Bijlage 2

Rapport

Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Den Haag, mei 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting

Hoofdstukken

1. Inleiding
2. De noodzaak van het nieuwe reële pensioencontract en van collectief invaren
3. Juridisch kader voor collectief invaren
4. Financieel-economische gevolgen van de keuze voor het nieuwe reële pensioencontract en van collectief invaren
5. Beoordeling collectief invaren

Bijlage I Nadere toelichting op individueel invaren

Bijlage II Nadere toelichting op benodigde stappen voor collectief invaren

Bijlage III Nadere toelichting op internationaal juridisch kader collectief invaren

Samenvatting

Inleiding
De Commissie toekomstbestendigheid aanvullende pensioenen ("commissie-Goudswaard") en de Commissie beleggingsbeleid en risicobeheer ("commissie-Frijns") hebben begin 2010 overtuigend aangetoond dat de toekomstbestendigheid van het Nederlandse stelsel van aanvullende pensioenen onder druk staat door een structureel dalende rente, toegenomen schommelingen op financiële markten en een steeds verder stijgende levensverwachting. De belangrijkste conclusie van de commissies was dat de verwachting van een zeker pensioen niet spoort met de realiteit, en dat een nieuw evenwicht nodig is tussen ambitie, zekerheid en kosten.

Om de toekomstbestendigheid van de aanvullende pensioenen te vergroten heeft de Stichting van de Arbeid in het Pensioenakkoord afspraken gemaakt over aanpassingen van de pensioencontracten. Het nieuwe reële pensioencontract moet zich nadrukkelijk richten op het realiseren van een reële ambitie, terwijl de huidige nominale contracten zich primair richten op het waarborgen van de nominale toezegging. Veranderingen in de levensverwachting en schokken op de financiële markten kunnen in het reële contract worden opgevangen door aanpassing van (de waarde van) pensioenaanspraken en –rechten, en hoeven dus in beginsel niet te leiden tot premieaanpassingen. De Stichting van de Arbeid acht het gewenst dat bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten worden ondergebracht in het reële pensioencontract, ook wel invaren van bestaande pensioenaanspraken en –rechten genoemd.

Het kabinet deelt deze wens, maar heeft ook vastgesteld dat dit – gelet op het grote belang van zorgvuldigheid – nadere toetsing behoeft. Het kabinet heeft daarom aangekondigd te bezien hoe de juridische risico's van het - collectief of individueel - invaren van bestaande pensioenaanspraken en -rechten in reële pensioencontracten op een aanvaardbaar niveau kunnen worden gebracht.

Leeswijzer rapport
Dit rapport beschrijft de urgentie voor een groot aantal pensioenfondsen om op het nieuwe contract over te gaan en de noodzaak van het collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken en -rechten in dat verband, hoe het collectief invaren in deze context kan worden vormgegeven, waarom alternatieven voor de gekozen vorm van invaren ontoereikend zijn en welke voorwaarden aan het collectief invaren moeten worden verbonden. Daarbij wordt tevens aangegeven hoe dit zich verhoudt tot het nationale en internationale recht. Ook geeft het rapport inzicht in de financieel-economische effecten van de overstap op reële pensioencontracten en van het collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken en - rechten.

Urgentie van het nieuwe contract, maar wel mogelijkheid tot decentrale keuze
Het huidige pensioencontract is in voorkomende gevallen slechts voort te zetten tegen lastig te dragen consequenties voor de premies en/of de pensioengerechtigden. Doordat het huidig toezichtkader zich richt op het waarborgen van de nominale aanspraak leidt voortzetting van het huidige contract er in veel gevallen toe dat het wettelijk zekerheidsniveau uitsluitend kan worden bereikt door bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten (meermaals) aan te tasten. Het bieden van een robuust alternatief in de vorm van het reële pensioencontract stelt sociale partners in staat om per fonds passende en toekomstbestendige afspraken over het pensioen te maken. De continuïteit van het Nederlandse stelsel van arbeidsvoorwaardelijke pensioenen, dat is gebaseerd op collectiviteit en solidariteit, is hiermee gediend.

Ondanks de meerwaarde van het nieuwe reële contract dient de keuze om al dan niet hiertoe over te gaan op decentraal niveau te worden genomen. Het laten van deze beslissing bij sociale partners en pensioenfonds past bij het arbeidsvoorwaardelijke karakter van het Nederlands pensioenstelsel, waarin sociale partners op decentraal niveau verantwoordelijk zijn voor de inhoud en de vormgeving van pensioenregelingen in de tweede pijler. Ingrijpen door de overheid in de arbeidsvoorwaarde pensioen zou een trendbreuk zijn. Hierbij moet voorts worden bedacht dat

tussen pensioenfondsen grote verschillen bestaan, onder meer in de samenstelling van het deelnemersbestand, de dekkingsgraad, de ruimte voor verdere premiestijgingen en de risicovoorkeuren van deelnemers. Het belang van een overstap op een reëel pensioencontract varieert daarom per fonds. Het reële contract heeft een duidelijke meerwaarde in specifieke gevallen, waarin de bestaande risicodeling in het pensioenfonds tegen zijn (financiële) grenzen aanloopt, wat bij een aanzienlijk aantal pensioenfondsen het geval is, en waarin een nieuwe, robuuste vormgeving van de risicodeling tussen generaties gewenst is.

Bij de decentrale keus tot invaren moet nadrukkelijk de afweging worden gemaakt of in de situatie van dit specifieke fonds overgaan op een nieuwe pensioencontract inclusief invaren haalbaar en wenselijk is. Voorkomen moet worden dat eventuele herverdelingseffecten disproportioneel neerslaan bij individuen of groepen van belanghebbenden (bijvoorbeeld bij bepaalde generaties). De generatie-effecten kunnen per pensioenfonds verschillen, afhankelijk van de specifieke situatie.

Collectief invaren is noodzakelijk om beoogde verbeteringen te bereiken
De met de keuze voor een reëel pensioencontract beoogde verbetering van de toekomstbestendigheid van de pensioenregeling kan eerst worden gerealiseerd als ook de bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten onder het nieuwe pensioencontract worden gebracht. Dit is het geval als alle bestaande aanspraken en rechten collectief in het reële contract worden ingevaren. Van invaren is sprake als de regels van het nieuwe pensioencontract worden toegepast op eerder opgebouwde pensioenaanspraken en rechten.

In het geval zou worden gekozen voor het nieuwe contract zonder de bestaande pensioenaanspraken en - rechten in te varen, dan wordt de nieuwe balans tussen zekerheid, ambitie en kosten eerst na vele decennia gerealiseerd. Zonder (collectief) invaren ontstaat bovendien een cesuur tussen de nieuwe pensioenopbouw en de bestaande pensioenen en pensioenaanspraken. Dit doorbreekt de risicodeling tussen generaties binnen het pensioenfonds. De bestaande aanspraken en rechten worden in dat geval relatief kwetsbaar voor financiële schokken, waardoor fondsen zich genoodzaakt zullen voelen om meer conservatief te beleggen om – op korte termijn – zoveel mogelijk zekerheid te creëren. Dit beperkt de ruimte voor indexatie en vergroot de kans op nominaal korten. Dit zou bij de huidige lage dekkingsgraden vooral forse en onwenselijke inkomensgevolgen hebben voor huidige deelnemers die veel pensioenaanspraken en rechten hebben opgebouwd. Het onderscheid tussen de nieuwe opbouw en de bestaande aanspraken en rechten compliceert bovendien de uitvoering van en communicatie over de pensioenregeling.

Alternatieven voor collectief invaren, waaronder individueel invaren of het onderbrengen van bestaande aanspraken bij een API (Algemene Pensioeninstelling) of pensioenverzekeraar, komen uiteindelijk ook neer op het doorbreken van de risicodeling binnen het pensioenfonds en leiden tot een complexere uitvoering en een complexere pensioencommunicatie.

Collectief invaren vergt verschillende stappen
Om de opgebouwde pensioenaanspraken en - rechten collectief te kunnen invaren in het reële pensioencontract moet allereerst de wetgever de wet- en regelgeving wijzigen. De daadwerkelijke keuze om in te varen vergt een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen en maatwerk op fondsniveau. Als door sociale partners is besloten tot invaren moet de pensioenovereenkomst worden gewijzigd. Het pensioenfondsbestuur beslist over het pensioenreglement. Het pensioenfonds dient een eigen kritische afweging te maken of het nieuwe pensioencontract kan worden uitgevoerd en of de bestaande aanspraken en rechten daarin kunnen worden ondergebracht. Bij die afweging moet het fonds de wettelijke eisen betrekken, in het bijzonder de plicht tot evenwichtige belangenafweging. Ten slotte vergt invaren het onderbrengen van de opgebouwde pensioenaanspraken en - rechten onder het nieuwe reële contract door middel van een interne collectieve waardeoverdracht.

Wijziging van wet- en regelgeving
De pensioenwetgeving moet op diverse onderdelen aangepast worden om sociale partners de mogelijkheid te bieden om pensioenen af te spreken waarbij aanpassing van pensioenen en opgebouwde aanspraken een regulier sturingsinstrument is. Ook het faciliteren van collectief invaren vergt wetgeving. Dit heeft onder meer betrekking op aanpassing van de werkingssfeer van artikel 20 Pensioenwet (PW) dat de opgebouwde aanspraken bij wijziging van het pensioencontract beschermt. Ook moet de wettelijke definitie van de pensioenaanspraak worden aangepast. Ten slotte zal de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de collectieve waardeoverdracht naar het reële pensioencontract moeten worden geschrapt in geval van collectief invaren, om te voorkomen dat een splitsing tussen bestaande en nieuwe pensioenaanspraken en –rechten ontstaat.

Wijziging van pensioenovereenkomsten
Wijziging van pensioencontracten komt meestal collectief tot stand, bij collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) of via een wijziging van het pensioenreglement van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Collectieve wijziging is ook mogelijk als de werkgever de bevoegdheid – en een zwaarwegend belang – heeft om de pensioencontracten eenzijdig te wijzigen. Waar geen collectieve wijziging van de pensioencontracten mogelijk is, kan een nieuw pensioencontract op basis van de huidige regelgeving alleen tot stand komen met instemming van de individuele werknemers.

Als CAO-partijen, dan wel de werkgever, willen overstappen naar het nieuwe pensioencontract en gebruik willen maken van de verruimingen in (de uitzonderingen op) artikel 20 PW, zal dit zorgvuldig moeten gebeuren. Bij wijziging van de pensioenovereenkomsten zal ook bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de positie van gewezen deelnemers en gepensioneerden.

Collectieve waardeoverdracht
Voor het collectief invaren van bestaande aanspraken en rechten zal collectieve waardeoverdracht moeten plaatsvinden. Het pensioenfonds moet hierbij beoordelen of het – gegeven de specifieke omstandigheden - verantwoord is de bestaande pensioenaanspraken en - rechten collectief in het reële contract in te varen. Hierbij is het pensioenfonds aan wettelijke regels gebonden, waarbij de collectieve waardeoverdracht ook zal worden getoetst door de Nederlandsche Bank (DNB).

Toetsing aan bescherming eigendomsrecht in EVRM
Het reële contract bevat een aantal nieuwe elementen, zoals de omzetting van nominale naar reële aanspraken en nieuwe aanpassingsmechanismen voor financiële schokken en wijzigingen in de levensverwachting. De toepassing hiervan op aanspraken en rechten die vóór de inwerkingtreding van het reële contract zijn opgebouwd, kan leiden tot een verlies aan nominale zekerheid van deze pensioenaanspraken. Dat betekent dat zal moeten worden getoetst of de Staat door het collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken in het reële contract wettelijk mogelijk te maken, een inbreuk maakt op het eigendomsrecht en zo ja, of het gaat om een gerechtvaardigde inbreuk.

Pensioenrechten vallen onder de eigendomsbescherming van het eerste Protocol bij het Europese verdrag voor de rechten van de mens (EVRM). Maatregelen die inbreuk maken op het eigendomsrecht, zijn gerechtvaardigd als wordt voldaan aan de voorwaarden die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn gesteld:
a. de inbreuk moet bij wet zijn voorzien;
b. de inbreuk moet een gerechtvaardigd algemeen belang dienen. Als op nationaal niveau een belangenafweging heeft plaatsgevonden, volgt het EHRM het oordeel van de lidstaat dat sprake is een algemeen belang, tenzij dit oordeel kennelijk zonder enige redelijke grond is;
c. er moet een rechtvaardig evenwicht zijn tussen het algemeen belang en het belang van het individu (proportionaliteit). Een inbreuk in verband met een algemeen belang mag voor individuen geen onevenredige last opleveren.

Als het pensioenfondsbestuur, de wetgever of de rechter buiten de grens van EVRM treden, kan de Staat aansprakelijk en schadeplichtig zijn. Uit de jurisprudentie blijkt dat het EHRM bij sociaal-economische maatregelen aan staten een grote beoordelingsvrijheid toekent. Een inbreuk wordt vooral als ongerechtvaardigd beschouwd als voor individuen of specifieke groepen een onevenredig groot nadeel optreedt ten opzichte van de gevolgen voor andere belanghebbenden. Op het moment van invaren is in principe sprake van een actuarieel neutrale overgang van de aanspraken en rechten van het bestaande nominale naar het nieuwe reële pensioencontract. De materiële financieel-economische effecten op lange termijn kunnen echter wel afwijken. Het Centraal Planbureau (CPB) heeft hiernaar onderzoek gedaan. De analyse van het CPB is als bijlage bij dit rapport gevoegd.

Toetsing aan Wet gelijke behandeling op grond van bij leeftijd bij de arbeid
Voor sociale partners en pensioenfondsen geldt dat zij, voor wat betreft de situatie van het individuele fonds, bij de afweging om over te gaan op het reële pensioencontract en daarbij de opgebouwde rechten en aanspraken collectief in te varen zullen moeten beoordelen of geen leeftijdsonderscheid ontstaat en indien dit het geval is of dit onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

Financieel-economische gevolgen van collectief invaren
Het CPB heeft onderzocht wat de materiële financieel-economische gevolgen voor de aanspraak- en pensioengerechtigden zijn van overgang op het nieuwe reële pensioencontract (inclusief collectief invaren). De financieel-economische gevolgen zijn onder andere van belang om de proportionaliteit en evenredigheid van de inbreuk op de pensioenaanspraak of het pensioenrecht te kunnen bepalen.

De beslissing tot collectief invaren wordt genomen op het niveau van individuele fondsen. Daarom moeten de financieel-economische gevolgen van invaren ook per fonds worden bepaald. Een analyse voor ieder individueel fonds valt echter buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Om toch een beeld te geven van de financieel-economische gevolgen van de overstap naar het nieuwe pensioencontract en de keuze om opgebouwde aanspraken en rechten in te varen, heeft het CPB een analyse op hoofdlijnen gemaakt van de financieel-economische gevolgen in een gemiddeld Nederlands pensioenfonds, waarna vervolgens een gevoeligheidsanalyse is uitgevoerd naar onder meer kenmerken van pensioenfondsen. De analyse van het CPB is als bijlage bij dit rapport gevoegd.

De voornaamste conclusies die uit de CPB-analyse getrokken kunnen worden zijn dat:
- de overgang van de nominale contracten naar de reële contracten ertoe leidt dat nominale kortingen een regulier sturingsinstrument worden in het pensioenfonds. De frequentie van de kortingen neemt daardoor voor een gemiddeld pensioenfonds in beperkte mate toe, terwijl de diepte van de kortingen substantieel afneemt. De reële contracten leiden daardoor tot een stabieler uitkeringspatroon. Het loslaten van de nominale sturing leidt – in tegenstelling tot de verwachtingen - per saldo juist tot grotere nominale zekerheid;
- de overstap op het reële contract en het invaren van de bestaande rechten voor een gemiddeld pensioenfonds beperkte positieve herverdelingseffecten heeft voor generaties met relatief veel pensioenaanspraken (bijvoorbeeld personen in de geboortejaren 1950 tot 1975). Jongere generaties gaan er iets op achteruit. De generatie-effecten die optreden bij overgang op een nieuw contract, zijn van dezelfde orde van grootte als de verschuiving van pensioenwaarde die kan optreden bij een – gangbare - wijziging van de beleggingsmix onder de huidige contracten. Er is dus bij een gemiddeld pensioenfonds geen sprake van een excessieve herverdeling van pensioenwaarde tussen ouderen en jongeren door de overstap op het reële contract. Door eisen te stellen aan de minimale dekkingsgraad waarbij mag worden ingevaren, dan wel een overgangsregime te introduceren in geval van dekkingstekorten, kunnen deze effecten (deels) worden beperkt. Ook het introduceren van een egalisatiereserve heeft een dempend effect op de generatie-effecten;

- de financieel-economische effecten van de overgang op het reële contract hangen af van de specifieke situatie bij pensioenfondsen, bijvoorbeeld wat betreft beleggingsbeleid, deelnemersbestand en startdekkingsgraad. Dit onderschrijft de noodzaak om de beslissing om over te stappen op het reële contract en om de bestaande aanspraken collectief in te varen op het niveau van het pensioenfonds moet worden genomen, zodat zo goed mogelijk rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden in van het pensioenfonds en de belangen van de individuele deelnemers of groepen deelnemers.
- collectief invaren nodig is om de solidariteit tussen jongeren en ouderen door middel van de risicodeling in het pensioenfonds te behouden. Niet invaren betekent dat jongeren in een slechte financiële situatie niet meer bijdragen aan een vermogenstekort en in een gunstige financiële situatie niet meer meedelen in een vermogensoverschot in het pensioenfonds. Doorbreken van de risicodeling tussen jongeren en ouderen door niet in te varen zorgt ervoor dat beide groepen het risico lopen dat zij uiteindelijk slechter af zijn. Niet invaren leidt bovendien niet tot een beperking van de risico's voor de bestaande aanspraken, maar kan zelfs leiden tot meer risico.

De cijfermatige uitkomsten van de analyse van het CPB ondersteunen aldus de wenselijkheid om de bestaande pensioenrechten bij de overstap op het reële contract collectief in te varen. Voor een gemiddeld pensioenfonds treden geen excessieve herverdelingseffecten tussen generaties op en neemt paradoxaal genoeg de nominale zekerheid toe bij de overstap van het nominale naar het reële contract. Een afweging op fondsniveau blijft evenwel nodig om te bewaken dat er geen onevenredige nadeel optreedt voor individuen of groepen van individuen.

Waarborgen voor zorgvuldig collectief invaren
Uit het onderzoek blijkt dat het invaren van de bestaande aanspraken en rechten in het nieuwe reële pensioencontract inbreuk maakt op het eigendomsrecht van gepensioneerden en (gewezen) deelnemers. Deze maatregel wordt echter gerechtvaardigd vanuit een algemeen belang, namelijk het toekomstbestendig maken van arbeidsvoorwaardelijke pensioenregelingen. Verder dienen disproportionele effecten voor individuen of groepen van individuen te worden voorkomen. De berekeningen die het CPB heeft gemaakt duiden er op dat van dergelijke disproportionele effecten voor een gemiddeld pensioenfonds geen sprake is. Om te waarborgen dat dit ook het geval is voor collectief invaren door specifieke pensioenfondsen zullen voorwaarden worden gesteld aan de besluitvorming over collectief invaren, zoals:
- een voorgeschreven procedure voor het besluitvormingsproces van pensioenfondsen bij invaren;
- toetsingscriteria voor een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen door het pensioenfonds, waarbij rekening zal moeten worden gehouden met de dekkingsgraad;
- eisen omtrent de toezichtregels die de toezichthouder (DNB) hanteert.

De beslissing tot wijziging van de pensioenovereenkomst en tot collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken – en rechten vergt zorgvuldige motivering op basis van de fondsspecifieke situatie. Essentieel is de onderbouwing van een voldoende zwaarwegend belang voor een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever. Het is eveneens van belang om te toetsen of er geen ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid ontstaat tussen deelnemers. Om het proces van invaren van bestaande pensioenaanspraken en rechten ordelijk te laten verlopen, moet er daarnaast voor gezorgd worden dat ook de communicatie richting aanspraak- en pensioengerechtigden open en transparant is.

Voor DNB als toezichthouder is het van belang dat door de wetgever duidelijke criteria, onder meer voor wat betreft de actuariële grondslagen, worden vastgesteld aan de hand waarvan door DNB kan worden getoetst bij een interne collectieve waardeoverdracht van het nominale naar het reële pensioencontract.

Samenvattend
Collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract is na wetswijziging mogelijk. Invaren vraagt van de wetgever, toezichthouder en pensioenfondsen een grondige en zorgvuldige besluitvorming. Voor de Staat, de toezichthouder en de pensioenfondsen zijn aan invaren potentiële juridische risico's verbonden. Deze risico's zijn onderzocht en zijn voor de betrokken actoren verschillend van aard. Met aanpassing van wetgeving en een zorgvuldige uitwerking kunnen potentiële juridische risico's voor en door de betrokken actoren in aanzienlijke mate worden beperkt.

Hoofdstuk 1. Inleiding

Dit inleidende hoofdstuk beschrijft in paragraaf 1.1 de aanleiding voor het onderzoek naar collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken – en rechten in het reële pensioencontract. Paragraaf 1.2 geeft de centrale onderzoeksvragen weer, terwijl paragraaf 1.3 de gevolgde werkwijze van het onderzoek beschrijft. Paragraaf 1.4 bakent de reikwijdte van het rapport af en paragraaf 1.5 geeft de relatie met het ftk aan.

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Nieuw pensioencontract
Om de toekomstbestendigheid van de aanvullende pensioenen te vergroten hebben sociale partners, verenigd in de Stichting van de Arbeid, in het Pensioenakkoord van 4 juni 2010 afspraken gemaakt over aanpassingen van de pensioencontracten[1]. Deze afspraken zijn nader uitgewerkt in een uitwerkingsmemorandum, dat in ogenschouw is genomen bij het Pensioenakkoord tussen kabinet en sociale partners van 10 juni 2011[2]. In dit uitwerkingsmemorandum geeft de Stichting van de Arbeid aan dat dit nieuwe pensioencontract zich nadrukkelijk richt op het realiseren van een reële ambitie, terwijl het bestaande toezichtkader primair gericht is op de nominale toezegging. Veranderingen in de levensverwachting en schokken op de financiële markten kunnen in dit reële contract worden opgevangen door aanpassing van de waarde van pensioenaanspraken en –rechten, en hoeven dus in beginsel niet te leiden tot premieaanpassingen.

Invaren van bestaande pensioenaanspraken- en rechten
De Stichting van de Arbeid acht het gewenst dat een wettelijke maatregel het mogelijk maakt dat bestaande pensioenaanspraken (waaronder zowel toekomstige aanspraken van deelnemers als lopende pensioenuitkeringen worden verstaan) per pensioenfonds collectief ondergebracht kunnen worden in het reële contract: het zogenaamde collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken- en rechten. Hierbij worden de regels van het nieuwe pensioencontract (richtleeftijd, indexatiebeleid, aanpassing aan de ontwikkeling van sterftetafels en aan de ontwikkelingen op financiële markten) van toepassing op alle aanspraken en rechten die onder het bestaande pensioencontract zijn opgebouwd. Deelnemers hebben bij collectief invaren geen individuele zeggenschap over de vraag welke contractregels van toepassing zijn op de bestaande pensioenaanspraken en -rechten. Binnen de huidige PW is collectief invaren niet mogelijk. Om collectief invaren toch mogelijk te maken is een wetswijziging vereist, waarbij te bezien is in hoeverre dit mogelijk is binnen het Europese en internationale recht. Dit wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 3 (en in bijlage III). Mocht een collectieve overgang juridisch niet mogelijk zijn, dan zal aan individuele deelnemers wellicht de keuze kunnen worden geboden om hun opgebouwde aanspraken over te zetten naar een nieuw contract.

Overigens zal de overgang naar het nieuwe contract en de noodzaak van invaren niet voor elk pensioenfonds gelden en blijft het daarom mogelijk dat pensioenfondsen de huidige pensioencontracten voortzetten. De wetgever dwingt dus niet tot overgaan op een nieuw pensioencontract en/of tot invaren. Deze beslissing wordt overgelaten aan sociale partners en pensioenfondsen. Een wettelijke verplichting tot overgaan tot een nieuw contract en/of tot invaren zou de vrijheid van sociale partners om de inhoud van een pensioenregeling vorm te geven aanzienlijk inperken. Bovendien kan op deze wijze beter recht worden gedaan aan de noodzaak tot maatwerk, omdat beslissingen tot een nieuw contract en/of tot invaren worden afgestemd op de

1 Met de term “pensioencontract” wordt in dit rapport bedoeld: (1) pensioenovereenkomsten tussen werkgevers en werknemers (al dan niet op collectief niveau afgesloten), (2) pensioenregelingen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en (3) beroepspensioenregelingen in de zin van de Wet verplichte beroepspensioenregeling

2 Kamerstukken II 2010/2011, 30 413, nr. 157

specifieke fondssituatie.

Collectief invaren vergt dus in de eerste plaats wetwijziging en in de tweede plaats zullen sociale partners en pensioenfondsen op fondsniveau de afweging moeten maken of collectief invaren, gelet op de specifieke situatie van het fonds, wenselijk is.

Als beschreven in hoofdlijnennota herziening financieel toetsingskader pensioenen, zal de pensioenwetgeving, waaronder het ftk, op onderdelen worden aangepast om het nieuwe reële pensioencontract met voorwaardelijke pensioenaanspraken en pensioenuitkeringen te faciliteren. Hiernaast zal ook het ftk voor de huidige nominale pensioencontracten worden aangepast, zodat pensioenfondsen beter voldoen aan de in de wet vastgelegde mate van zekerheid en om ook de huidige contracten meer toekomstbestendig te maken.

Toegezegde onderzoeken door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW)
Het kabinet ziet het reële contract als een noodzakelijke en geschikte oplossingsrichting om te kunnen komen tot toekomstbestendige aanvullende pensioenregelingen. Het kabinet onderschrijft ook de wens van de Stichting van de Arbeid om de reeds opgebouwde aanspraken en rechten onder te kunnen brengen in het nieuwe pensioencontract wanneer in verband met de problematiek van een pensioenfonds wordt besloten tot overgang naar het nieuwe contract. Wel acht het kabinet het noodzakelijk dat zowel in juridisch als uitvoeringstechnisch opzicht nadere toetsing plaatsvindt. In de brief van 10 juni 2011 heeft de minister van SZW laten weten dat onderzoek zal worden uitgevoerd naar de mogelijkheden om een nieuw pensioencontract in te voeren voor reeds opgebouwde en nieuwe pensioenaanspraken en de voorwaarden (normenkader) die daarbij zouden moeten gelden[3]. Daarbij zal zowel worden gekeken naar de mogelijkheden om collectief als om individueel in te varen. Verder heeft de minister van SZW toegezegd te zullen onderzoeken wat de gevolgen van het nieuwe pensioencontract zijn voor de (generaties van) deelnemers[4] van de pensioenfondsen, ofwel de verdelingseffecten[5].

1.2 Onderzoeksvragen

Dit rapport geeft antwoord op de volgende onderzoeksvragen:

- Onder welke voorwaarden is het juridisch mogelijk bestaande pensioenaanspraken – en rechten collectief in te varen in het nieuwe reële pensioencontract? Indien dit niet mogelijk is, is de vraag in hoeverre individueel invaren een alternatief is.
- Wat zijn de financieel-economische effecten van de overgang naar het voorgestelde nieuwe pensioensysteem voor reeds opgebouwde en toekomstige aanspraken voor de verschillende generaties die deelnemen?

1.3 Gevolgde werkwijze

Analyses
Dit onderzoek bestaat zowel uit een financieel-economische analyse als uit een juridische analyse. In beide analyses is onderscheid gemaakt tussen twee aspecten van het nieuwe pensioencontract:

1. de overstap op reële ambities in plaats van nominale toezeggingen en het hieraan gekoppelde anders omgaan met financiële risico's;
2. het anders omgaan met stijgende levensverwachting.

[3] Kamerstukken II, 2011/2012, 30 413, nr. 157

[4] Waar in dit rapport wordt gesproken van deelnemers, gewezen deelnemers of pensiongerechtigden worden teven andere aanspraakgerechtigden bedoeld.

[5] Zie ook brief van 21 juni 2011, Kamerstukken II, 2011/2012, 32 043, nr. 62

Voor de financieel-economische analyse heeft het CPB berekeningen gemaakt. Bij deze berekeningen worden de effecten van het reële pensioencontract voor groepen deelnemers (generaties) vergeleken met de effecten van het bestaande nominale contract voor groepen deelnemers. Ook worden de effecten op groepen deelnemers in kaart gebracht in de situatie dat bij het reële contract bestaande pensioenaanspraken- en rechten worden ingevaren versus de situatie waarbij het reële contract alleen geldt voor nieuwe aanspraken. In het laatste geval blijven bestaande pensioenaanspraken – en rechten achter in het bestaande contract, waarbij sprake wordt van een gesloten fonds.

Bij het onderzoeken van de juridische mogelijkheid voor collectief invaren is de toets aan artikel 1 van het Eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (artikel 1 EP, EVRM), dat het eigendomsrecht beschermt, cruciaal voor wat betreft het wijzigen van de relevante regelgeving door de wetgever. Die toets begint met een onderbouwing dat een wijziging van het pensioensysteem – inclusief collectief invaren - noodzakelijk is vanuit het algemeen belang en de vraag of er reële alternatieven zijn. De juridische toets aan artikel 1 EP, EVRM vereist vervolgens onder meer dat 'collectief invaren' van bestaande pensioenaanspraken- en rechten in een nieuw pensioensysteem geen 'individual and excessive burden' oplevert voor bepaalde (groepen) deelnemers of gepensioneerden. Voor deze beoordeling zijn de uitkomsten van de financieel-economisch analyse door het CPB noodzakelijk. Op het niveau van de sociale partners en pensioenfondsen zijn vooral de nationale arbeidsrechtelijke en civielrechtelijke kaders cruciaal, vooral waar het gaat om het wijzigen van de pensioenovereenkomst/pensioenregelement en het voorkomen van leeftijdonderscheid daarbij. De consequenties voor de verschillende actoren als de Staat, sociale partners/werkgevers, pensioenfondsen en de toezichthouder (DNB) komen in de juridische toets aan bod.

In het onderzoek is ook ingegaan op alternatieven voor collectief invaren, waaronder het bieden van een individuele keuzemogelijkheid voor deelnemers om de pensioenen en de opgebouwde aanspraken onder te brengen onder de regels van het nieuwe pensioencontract (individueel invaren).

Beschrijving proces
Het rapport is tot stand gekomen na overleg met vertegenwoordigers van de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie, pensioenuitvoerders, het Verbond van Verzekeraars, toezichthouders (Autoriteit Financiële Markten (AFM) en DNB), het CPB en het ministerie van Financiën. In de technische werkgroep onder leiding van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) hebben deze vertegenwoordigers expertise geleverd door het opstellen en beantwoorden van de onderzoeksvragen. Tevens fungeerde de technische werkgroep als klankbord. De verantwoordelijkheid voor het rapport ligt bij SZW.
De onderzoeksopzet en onderzoeksresultaten zijn verder besproken in een begeleidingsgroep onder voorzitterschap van de directeur-generaal Werk van het ministerie van SZW. Op bestuurlijk niveau waren in de begeleidingsgroep de Stichting van de Arbeid, DNB, AFM, de Pensioenfederatie, het Verbond van Verzekeraars, pensioenuitvoerders en het ministerie van Financiën vertegenwoordigd. Daarnaast namen aan de begeleidingsgroep twee hoogleraren met expertise op pensioengebied deel, Prof. Dr. K.P. Goudswaard en Prof. Dr. J.M.G. Frijns, alsmede een hoogleraar Europees recht, Prof. Dr. R. Lawson. Regelmatig heeft in de begeleidingscommissie ook overleg plaatsgevonden met het CPB. Daarnaast is het rapport getoetst door een tweetal advocatenkantoren. Voorts heeft SZW frequent overleg met de CSO, de koepel van ouderenorganisaties en met diverse politieke jongerenorganisaties.

1.4 Afbakening

Dit rapport heeft uitsluitend betrekking op aanvullende pensioenregelingen die door pensioenfondsen in eigen beheer worden uitgevoerd waarvoor het ftk geldt. Dat betekent dat direct verzekerde regelingen - collectieve pensioenregelingen die een werkgever rechtstreeks bij een verzekeraar onderbrengt - buiten de scope van het onderzoek vallen. Ook pensioenregelingen die bij een pensioenfonds zijn ondergebracht dat alle pensioenverplichtingen door middel van een garantiecontract[6] heeft verzekerd bij een verzekeraar vallen buiten de scope van dit onderzoek.[7]

Beroepspensioenfondsen vallen wel binnen het kader van dit rapport. De Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb) kent grote parallellen met de PW en zal daarom niet afzonderlijk worden besproken maar in een aantal onderdelen worden aangestipt.

In het kader van de aangekondigde wijziging van de pensioenwetgeving die nodig is om collectief invaren mogelijk te maken, zal worden bezien in hoeverre de waarborgen voor deelnemers uit de PW die nu voor de rechtstreeks verzekerde regelingen gelden ook voor nieuwe contractsvormen zullen blijven gelden, en in hoeverre eventueel additionele waarborgen nodig zijn ter bescherming van de belangen van deelnemers in de nieuwe contractsvormen waarmee het nieuwe pensioencontract kan worden uitgevoerd.

1.5 Relatie met uitwerking van het financieel toetsingskader (ftk)

De uitvoering van dit onderzoek liep parallel aan de nadere uitwerking van het ftk, als beschreven in de hoofdlijnennota herziening financieel toetsingskader pensioenen. Het nieuwe ftk bevat een verbetering van het toetsingskader voor huidige contracten en wordt uitgebreid voor reële pensioencontracten. Bij de CPB-berekeningen die in het kader van dit onderzoek zijn uitgevoerd is zoveel mogelijk gebruik gemaakt van de laatste inzichten bij de uitwerking van het ftk. Waar hierover nog onduidelijkheid bestond zijn er technische veronderstellingen gemaakt. Tegelijkertijd zijn de uitkomsten van CPB-berekeningen meegewogen bij de nadere uitwerking van het ftk.

Het ftk voor huidige nominale contracten richt zich in de eerste plaats op de bescherming van de nominale aanspraak. Op het moment dat sprake is van een dekkingstekort waarbij er onvoldoende middelen in kas zijn om de nominale verplichtingen gestand te doen, moet een herstelplan worden ingezet waarmee binnen een termijn van drie jaar de middelen weer op een afdoende niveau worden gebracht. Nominaal korten is hierbij ultimum remedium[8]. Voor de huidige contracten worden de eisen rond het vereist eigen vermogen aangescherpt. Dit gebeurt allereerst om beter te kunnen voldoen aan de in de wet vastgelegde zekerheidsmaat van 97,5%. In de tweede plaats wordt geëist dat het normvermogen hoog genoeg is zodat de beoogde indexatieambitie in verwachting kan worden waargemaakt. Verder worden aanpassingen doorgevoerd om de financiële risico's meer transparant te beleggen en de communicatie richting deelnemers te verbeteren. Korten blijft voor het nominale contract nog steeds ultimum remedium.

De uitbreiding van het ftk voor reële contracten richt zich in de sturing volledig op de reële geïndexeerde pensioenopbouw. Hierbij worden de instrumenten voorgeschreven die moeten worden gebruikt voor de aanpassing van de (reële) pensioenrechten aan schokken op financiële

[6] Er is sprake van een garantiecontract indien het pensioenfonds na afloop van de duur van de verzekeringsovereenkomst de opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten premievrij kan achterlaten bij de verzekeraar.

[7] Deze fondsen kunnen besluiten om het herverzekeringscontract te beëindigen en de pensioenverplichtingen in eigen beheer te nemen. In dat geval speelt mogelijk wel een invaardiscussie.

[8] Wanneer aanpassing van het premiebeleid, het beleggingsbeleid en indexatie geen sturing meer kunnen geven, is korten op de pensioenen een uiterste maatregel die een pensioenfonds kan treffen.

markten en veranderingen in de levensverwachting. De eisen aan de financiële opzet voor reële contracten worden zo ingericht dat pensioenfondsen volledige prijsindexatie kunnen waarmaken. Tegelijkertijd wordt de expliciete bescherming van de nominale toezeggingen losgelaten. Hierdoor komt er ruimte om bij berekening van de verplichtingen een disconteringsvoet te hanteren waarin gedoseerd rekening wordt gehouden met rendementsverwachtingen. Dit leidt in zichzelf tot een hogere discontovoet, en dus een lagere waardering van de toekomstige verplichtingen. Hierbij wordt aangetekend dat dit effect op de hoogte van de verplichtingen meer dan wordt gecompenseerd doordat de indexatie aan ten minste prijsinflatie in de verplichtingen moet worden meegenomen.

Hoofdstuk 2. De noodzaak van het nieuwe reële pensioencontract en van collectief invaren

Dit hoofdstuk geeft aan waarom het noodzakelijk is dat sociale partners en pensioenfondsen – bij een overstap op een reëel pensioencontract – de mogelijkheid krijgen op reeds opgebouwde pensioenaanspraken en – rechten collectief in te varen. Paragraaf 2.1 gaat in de op de urgentie van het nieuwe pensioencontract en paragraaf 2.2 op nieuwe reële pensioencontract. Paragraaf 2.3. geeft aan dat de keuze voor een passende pensioenoplossing op decentraal niveau plaatsvindt. Paragraaf 2.4 beschrijft de noodzaak tot invaren in relatie tot het reële pensioencontract. Vervolgens richten de paragrafen 2.5 en 2.6 zich op onderzochte alternatieven voor collectief invaren. Aan het slot van dit hoofdstuk bevat paragraaf 2.7 een tussenconclusie.

2.1 Urgentie nieuwe pensioencontract

Een nieuw fundament voor de pensioenen
Een goed geregeld pensioen is een waardevol goed. Daarom heeft Nederland een pensioenstelsel dat daarvoor zo goed mogelijk zorgt. Solidariteit, collectiviteit en verplichtstelling zijn hierin de kernelementen. De meeste ouderen hebben een goede inkomenspositie en met aanvullende pensioenen is veel kapitaal opgebouwd. Door de verplichtstelling is er sprake van brede dekking, en het stelsel biedt mogelijkheden om risico's met andere generaties te delen. Daarnaast profiteren collectieve pensioenregelingen van lagere uitvoeringskosten naarmate het aantal deelnemers in de regeling groter is[9].

Tegelijkertijd is de afgelopen jaren gebleken dat Nederlandse pensioenregelingen kwetsbaar zijn. Het is duidelijk dat pensioenfondsen al enige jaren in zwaar weer zitten. Veel fondsen hebben onvoldoende vermogen om de pensioenen te kunnen uitbetalen die werknemers verwachten. Zij zijn onder de minimaal vereiste dekkingsgraad gekomen en moeten maatregelen nemen. Verschillende fondsen kunnen de pensioenen niet meer indexeren of moeten die zelfs verlagen[10]. De collectiviteit en solidariteit in pensioenregelingen vervullen juist in de huidige situatie hun functie bij het waarborgen van de pensioenen, maar een groot aantal pensioenregelingen moet ook worden aangepast om de gestelde ambities te kunnen (blijven) realiseren en verwachtingen die mensen hebben over hun pensioen meer in overeenstemming te brengen met de financieel-economische werkelijkheid.

[9] Zie bijvoorbeeld het rapport "Uitvoeringskosten van pensioenregelingen", PricewaterhouseCoopers, 2009

[10] Zie ook nieuwsbericht DNB van 22 mei 2012 (www.dnb.nl). DNB heeft de afgelopen maanden de evaluaties van de herstelplannen van ca. 300 pensioenfondsen beoordeeld. Uitgangspunt daarbij was de financiële situatie van het fonds per 31 december 2011. Het beeld is als volgt:

Voorgenomen kortingsmaatregelen
Gewogen gemiddelde korting die fondsen hebben opgenomen: 2,2%
Aantal kortingsfondsen: 103
De totale pensioenverplichtingen van de kortingsfondsen: 390 miljard
Aantal fondsen dat meer dan 7% verwacht te moeten korten: 34
Aantal fondsen daarvan dat korting wil maximeren op 7% (per 01-04-2013): 23
Deelnemers totaal: 7,5 miljoen, waarvan actieven: 2,4 miljoen; slapers: 3,9 miljoen; gepensioneerden: 1,2 miljoen

Doorgevoerde kortingen per 01-04-2012
Aantal fondsen: 5
Gewogen gemiddelde korting per 01-04-2012: 6,8%
Totale pensioenverplichtingen van deze 5 fondsen: 1,8 miljard
Deelnemers totaal: 28000, waarvan actieven: 9000; slapers: 16000; gepensioneerden: 3000

Commissies Goudswaard en Frijns
De problemen waarin de pensioenfondsen zijn komen te verkeren, waren voor het toenmalige kabinet aanleiding om twee onafhankelijke commissies in te stellen om een analyse te geven van de oorzaken en een richting te wijzen voor een oplossing: de Commissie toekomstbestendigheid aanvullende pensioenen ("commissie-Goudswaard") en de Commissie beleggingsbeleid ("commissie-Frijns"). Daarnaast heeft het toenmalige kabinet – in samenwerking met DNB – een evaluatie uitgevoerd van het huidige ftk.

De belangrijkste conclusie van de commissies en de evaluatie van het ftk was dat de verwachting van een zeker pensioen niet spoort met de realiteit, en dat een nieuw evenwicht nodig is tussen ambitie, zekerheid en kosten. Deze conclusie zijn onderbouwd door te wijzen op de oplopende kosten van pensioenen, de aanwezige spanning tussen de reële ambitie (en verwachtingen) en de nominale zekerheid waar fondsen en toezichthouder vanuit het huidige contract op moeten sturen, en tot slot de trend van een toename in de levensverwachting die het stelsel verder onder druk zet.

De commissie-Goudswaard heeft aangegeven dat de kosten van aanvullende pensioenen sterk zullen oplopen, door onder meer een structurele daling van de rente en stijgende levensverwachting. In het verleden zijn stijgende kosten over het algemeen opgelost door de premies te verhogen. Verder verhogingen van de premie zijn volgens de commissie-Goudswaard voor veel fondsen echter geen adequate oplossing meer. Bij het huidige ambitieniveau zou de premie moeten doorstijgen van bijna 13% van de loonsom naar meer dan 17% in 2025, met negatieve gevolgen voor de arbeidsmarkt en de concurrentiepositie van Nederland. Voor relatief vergrijsde fondsen zullen de kostendekkende premieniveaus bovendien nog hoger liggen. Tegelijkertijd heeft ook vanwege veranderingen in de verhouding tussen actieven en inactieven, een hogere premie op korte termijn maar een beperkt effect op de dekkingsgraad van pensioenfondsen. Het premiestuur is dermate bot geworden, dat het voor veel fondsen de rol van sturingsinstrument niet meer adequaat kan vervullen.

Evenals de commissie-Goudswaard heeft ook de commissie-Frijns geconstateerd dat er een spanning bestaat tussen aan de ene kant de verwachting van deelnemers en ambitie van fondsen dat de koopkracht van het pensioen op peil blijft door jaarlijkse indexatie, en aan de andere kant de nominale zekerheid waarop pensioenfondsen en de toezichthouder op grond van het huidige pensioencontract en toetsingskader moeten sturen. De ambitie van een geïndexeerd pensioen maakt het nemen van beleggingsrisico noodzakelijk, terwijl het sturen op nominale zekerheid juist noopt tot een meer terughoudend beleggingsbeleid. De Commissie-Frijns heeft daarom gepleit voor het centraal stellen van de reële doelstelling.[11]

Tot slot heeft de commissie-Goudswaard aangegeven dat de forse bijstellingen van de levensverwachting waar de afgelopen jaren sprake van was en die mogelijk ook in de toekomst kunnen optreden, het pensioensysteem verder onder druk zetten. Door een verhoging van de levensverwachting moet immers over een langere periode pensioen worden uitbetaald dan waar bij de premiestelling rekening mee is gehouden.

Berekeningen CPB onderschrijven beperkingen van het bestaande nominale contract
Het CPB heeft in het kader van het onderzoek naar generatie-effecten van het pensioenakkoord ook gekeken naar het functioneren van het bestaande nominale contract[12]. Hierin is ondermeer geconstateerd dat nominale korting in het bestaande nominale contract geen uitzondering is. Ook na aanscherping van het ftk heeft een gemiddeld pensioenfonds bij de huidige lage dekkingsgraden op korte termijn een kans van 10%-20% op nominale kortingen, er van uitgaande dat premieverhogingen maar in beperkte mate mogelijk zijn. De gemiddelde diepte van de nominale kortingen is hierbij fors: 5% tot 10%. Ofwel: binnen het nominale contract is korten formeel

[11] Zie het rapport "Pensioen: Onzekere zekerheid" van de Commissie-Frijns van 19 januari 2010.
[12] Zie het rapport "Generatie-effecten pensioenakkoord van CPB van mei 2012.

ultimum remedium, maar het zal in praktijk geen uitzondering zijn. Het CPB constateert dan ook dat het huidige nominale contract ten onrechte het bestaan van nominale zekerheid suggereert, en dat het eigenlijk niet geschikt is voor fondsen die zich richten op de indexatieambitie en het nemen van risico.

Verder laat de analyse van het CPB zien dat de waardeverdeling tussen generaties afhankelijk is van de gekozen beleggingsmix. Voor oudere werknemers en gepensioneerden is het aantrekkelijk als pensioenfondsen kiezen voor een minder risicovolle beleggingsmix. Dit verkleint de kans op tegenvallers op korte termijn. Er kan hierdoor vanuit oudere deelnemers druk ontstaan op fondsbesturen om minder risicovol te beleggen. Jongere generaties hebben er echter relatief veel last van dat het verwachte pensioen lager uitvalt bij het nemen van minder beleggingsrisico.

Het reële contract onontbeerlijk voor toekomstbestendigheid vele pensioenen
Aangezien er bij veel fondsen nauwelijks rek meer zit in de pensioenpremies, zullen oplossingen gezocht moeten worden in een beperking van de pensioenambitie of in het anders omgaan met risico's, of in een combinatie van beide.

Het huidige pensioencontract, dat nominaal georiënteerd is en op grond waarvan een minimaal zekerheidsniveau wordt opgelegd door het ftk, laat fondsen weinig keuze in de afruil tussen zekerheid en pensioenambitie. Doordat het huidig toezichtkader zich richt op het waarborgen van de nominale aanspraak, bestaat het risico dat veel pensioenfondsen minder risico nemen dan in hun situatie wenselijk zou zijn om te komen tot een (in termen van koopkracht) aantrekkelijk pensioen tegen een betaalbare premie.[13] Voor dergelijke fondsen die tegen de grenzen van het huidige contract aanlopen en waar een hogere premie geen optie meer is, is het verlagen van de hoogte van de uitkering binnen het huidige contract de enige mogelijkheid. Juist vanwege die nominale oriëntatie van het huidige contract, betekent dat in eerste instantie dat pensioenen niet of in mindere mate worden geïndexeerd. Maar het is ook mogelijk dat de nominale pensioentoezeggingen voor nieuwe opbouw (meermaals) verlaagd moeten worden om bij het huidige premieniveau te blijven voldoen aan de wettelijk vastgelegde zekerheidsmaatstaf. Ook na een dergelijke maatregel blijft de huidige spanning tussen een beoogd reëel pensioen en nominaal sturen bestaan: immers de bescherming van het nominale deel van de toezegging staat ook na een verlaging van de pensioentoezeggingen nog steeds centraal.

Sociale partners en kabinet beogen deze fondsen de mogelijkheid te geven om over te gaan op een nieuw reëel pensioencontract, waarin niet op nominale zekerheid wordt gestuurd maar pensioenfondsen ruimte wordt gelaten om via hun beleggingsbeleid te sturen op de koopkracht van pensioenen op de lange termijn, wanneer dit de belangen van hun deelnemers het beste dient.

Daarnaast heeft het kabinet uit de evaluatie van het ftk de conclusie getrokken dat het ftk ook voor de bestaande nominale contracten verbetering behoeft om de gewenste mate van zekerheid van de pensioentoezeggingen te waarborgen.

2.2 Nieuwe reële pensioencontracten

In reactie op de rapporten van de commissies Goudswaard en Frijns hebben de sociale partners belangrijke stappen gezet hebben voor het vernieuwen van pensioenregelingen. Zij hebben in juni 2010 een Pensioenakkoord gesloten over de hoofdlijnen: verhogen van de pensioenleeftijd en de introductie van een nieuw pensioencontract. Die afspraken geven een antwoord op de twee belangrijkste oorzaken van de problemen bij de pensioenfondsen: de voortdurende stijging van de levensverwachting en de toenemende gevoeligheid van pensioenfondsen voor schokken op

[13] Zie onder meer van Ewijk en Teulings, 'Structureel tekortpensioenfondsen, Risico's over generaties spreiden' *CPB Policy Brief 2011/01*

financiële markten. Daarmee hebben de sociale partners de bevindingen van genoemde commissies overgenomen.

In het Pensioenakkoord dat sociale partners hebben gesloten worden reële contracten gepresenteerd als duurzame oplossing voor de problemen waarmee de meeste pensioenfondsen kampen:

- Met volledige en transparante afspraken ten aanzien van de toedeling van financiële risico's aan deelnemers en pensioengerechtigden;
- Die zich richten op het realiseren van een reële pensioenambitie, en niet meer focussen op nominale zekerheden. In de contracten wordt de ambitie van een geïndexeerd pensioen afgesproken, en CAO-partijen moeten vooraf bepalen met welke maatstaf wordt geïndexeerd (bijvoorbeeld loon - of prijsinflatie). Het blijven echter nadrukkelijk reële ambities, waarbij er het besef is dat pensioenresultaten in hoge mate afhankelijk zijn van beleggingsresultaten;
- Waarin financiële schokken voortaan direct doorberekend worden in de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken. Contractueel wordt voorgeschreven dat een negatieve schok ten laste komt van het geïndexeerd pensioen. Die korting is een automatisme: de discretionaire ruimte voor het fonds is beperkt tot het vooraf vastleggen van een spreidingperiode (van maximaal 10 jaar) waarbinnen kortingen geleidelijk tot uitdrukking komen in de pensioenuitkeringen. Bij grote financiële schokken kan de jaarlijkse korting meer bedragen dan de indexatie, waardoor de aanspraken en uitkeringen ook nominaal worden verlaagd. In de huidige contracten is nominale korting een "ultimum remedium". Bij het bepalen van de financiële opzet[14] van een pensioenfonds moet ervoor worden gezorgd dat naar verwachting slechts in een zeer beperkt aantal gevallen hoeft te worden gekort[15]. Het pensioenfonds moet daarvoor een financiële reserve aanleggen. Indien een fonds onvoldoende reserves heeft, kunnen opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten pas worden gekort als er sprake is van een dekkingstekort, en pas nadat is gebleken dat het fonds niet in staat is binnen een redelijke termijn te herstellen zonder de belangen van aanspraak- en pensioengerechtigden of de werkgever te schaden en alle andere sturingsinstrumenten van het fonds zijn ingezet. Dit principe wordt in het reële contract losgelaten vanuit de constatering dat veel fondsen voor het herstel van hun buffers inmiddels vrijwel volledig zijn aangewezen op het herstel op de financiële markten, en dat het risico bestaat dat de gevolgen van uitblijvend herstel eenzijdig bij jongere generaties terechtkomen. Omdat financiële schokken meteen worden doorberekend in de pensioenen en aanspraken, zijn verplichte risicogeoriënteerde buffers niet langer nodig. De nieuwe pensioencontracten kunnen wel een egalisatiereserve bevatten om de effecten van financiële schokken te spreiden;
- Waarin opgebouwde aanspraken en de lopende pensioenuitkeringen – onafhankelijk van de financiële positie van het pensioenfonds – kunnen worden aangepast als blijkt dat de levensverwachting hoger is (dan wel lager is) dan waarmee tot dan toe rekening is gehouden.[16] Dit is een belangrijk verschil ten opzichte van de huidige situatie, omdat bestaande rechten met terugwerkende kracht (nominaal) gekort kunnen worden zodra de levensverwachting stijgt. Als hierboven beschreven, kan in het huidige contract een nominale korting alleen ingezet worden als "ultimum remedium" bij nominale dekkingsgraden beneden de 105%, dus alleen als de financiële positie van het pensioenfonds daar aanleiding toe geeft;

[14] Onder financiële opzet wordt in dit kader verstaan het premiebeleid, het beleggingsbeleid en het indexatiebeleid van een pensioenfonds.

[15] Een pensioenfonds moet in dat kader een vereist eigen vermogen vaststellen dat met een zekerheid van 97,5% voorkomt dat het fonds binnen een jaar over minder waarden beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen.

[16] In de hoofdlijnennota rond het ftk is overigens ook de mogelijkheid opgenomen dat het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme ook binnen de huidige contracten onder het nieuwe nominale contract wordt toegepast. In dat geval is niet langer sprake van korten als ultimum remedium. Indien dit ook op de bestaande pensioenaanspraken en -rechten wordt toegepast, ontstaat net als bij de overstap op een reëel contract een invaarvraagstuk.

- Met stabilisatie van pensioenpremies als uitgangspunt. Dit laat onverlet de mogelijkheid voor CAO-partijen om binnen het decentrale integrale arbeidsvoorwaardenbeleid nieuwe keuzes te maken in de verhoudingen tussen het pensioen en de andere arbeidsvoorwaarden.

Pensioenaanspraken, pensioenuitkeringen en de financiering daarvan bewegen in het voorgestelde reële contract met elkaar mee doordat financiële tegenvallers direct verrekend worden. Het reële contract is daardoor financieel transparant, en de financieringswijze sluit één-op-één aan bij de pensioenambitie. Daarnaast verlopen noodzakelijke neerwaartse aanpassingen van pensioenuitkeringen veel geleidelijker dan in het huidige contract. Bij afwezigheid van reserves of andere stabiliserende sturingsmechanismen in het pensioenfonds verhoogt dit de stabiliteit van het pensioeninkomen. Het reële contract biedt daarmee een robuust alternatief voor de vormgeving van de intergenerationele risicodeling.

2.3 Keuze voor passende pensioenoplossing op decentraal niveau

De mogelijkheid van het naast elkaar bestaan van verschillende contractvormen is een essentieel onderdeel van het arbeidsvoorwaardelijke karakter van het Nederlandse pensioenstelsel, waarin sociale partners op decentraal niveau verantwoordelijk zijn voor de inhoud en de vormgeving van de pensioenregelingen in de tweede pijler. Het Nederlandse stelsel is niet gericht op uniformiteit, maar op het bieden van diversiteit om zo goed mogelijk aan te kunnen sluiten bij de wensen en de financiële mogelijkheden ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden op decentraal niveau. De rol van de overheid is daarin faciliterend, en de overheid schept waarborgen om de intergenerationele balans in het pensioenstelsel te bewaken.

De optimale oplossing voor de geconstateerde pensioenproblematiek, overgang naar het nieuwe contract of verlagen van de ambitie binnen het bestaande nominale contract, verschilt bovendien sterk per fonds. Fondsen verschillen immers, onder meer in de samenstelling van het deelnemersbestand, de dekkingsgraad, de mate waarin er ruimte is voor verdere premiestijgingen en de risicovoorkeuren van deelnemers. In weerwil van de macro-economische situatie kan er op decentraal niveau nog steeds sprake zijn van ruimte om de pensioenpremie te verhogen of van een sponsor die een bijstortingsverplichting op zich wil nemen. Ook de gewenste balans tussen zekerheid, nagestreefde hoogte van de uitkering en kosten zal dus verschillen tussen fondsen.

Het reële contract biedt vooral uitkomst in die gevallen waarin:
- De stijgende levensverwachting leidt tot een verdere, onaanvaardbare kostenstijging voor de opgebouwde pensioenaanspraken en –uitkeringen;
- Het bieden van nominale zekerheid niet meer geloofwaardig is gegeven de afwezigheid van financiële reserves en de afhankelijkheid van financiële markten voor herstel;
- Pensioenpremies als onderdeel van de arbeidsvoorwaardenruimte tegen hun grenzen aanlopen, maar desalniettemin de wens bestaat om een stabiel, loongerelateerd pensioen gericht op koopkrachtbehoud af te spreken dat is gebaseerd op collectiviteit en solidariteit tussen (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden onderling.

De keuzevrijheid van sociale partners, en de mogelijkheden om deze spanning op decentraal niveau weg te nemen, rechtvaardigen het instandhouden van de mogelijkheid om te kiezen voor het huidige contract. In weerwil van de macro-economische situatie kan er op decentraal niveau immers nog steeds sprake zijn van ruimte om de pensioenpremie te verhogen of van een sponsor die een bijstortingsverplichting op zich wil nemen.

2.4 Noodzaak van invaren in relatie tot de keuze voor het reële pensioencontract

Reële pensioencontract leidt niet tot toekomstbestendigheid zonder invaren
Een wijziging van het pensioencontract heeft in beginsel alleen betrekking op nieuw op te bouwen pensioenaanspraken. Voor gepensioneerden en gewezen deelnemers blijven dan in principe de

bestaande contracten gelden, al kunnen zij wel de gevolgen ondervinden van veranderende regels rondom indexatie. Voor actieve deelnemers zou in dat geval een splitsing tussen bestaande en nieuwe pensioenaanspraken – en rechten met verschillende contractuele en wettelijke regels ontstaan.
Ervan uitgaande dat bij een splitsing maatregelen worden genomen om deze consequent door te voeren en kruissubsidiëring[17] tussen bestaande en nieuwe pensioenaanspraken en – rechten tegen te gaan kan vervolgens worden vastgesteld dat een dergelijke splitsing om redenen van zowel financieel-economische aard als uitvoeringstechnisch onwenselijk gevolgen zou hebben.

In de eerste plaats is het gevolg dat voor reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten die niet onder de systematiek van het nieuwe contract kunnen gebracht niet een gewenste andere balans tussen zekerheid, ambitie en kosten voor de bestaande rechten kan worden gerealiseerd waarmee wordt beoogd te waarborgen dat die aanspraken en rechten duurzaam kunnen worden waargemaakt. Het beleggingsbeleid ten aanzien van pensioenvermogens in verband met de bestaande aanspraken en rechten moet dan gericht blijven op het realiseren van nominale zekerheid, ook wanneer het belang van de deelnemers bij een goed pensioenresultaat beter gediend zou zijn met een risicovoller beleggingsbeleid gericht op koopkracht op de lange termijn. Voor die grote groep pensioenfondsen die het betreft hebben zowel de Stichting van de Arbeid als het kabinet daarom de voorkeur uitgesproken om de bestaande aanspraken en rechten collectief in te varen.

In de tweede plaats doorbreekt het zetten van een schot tussen bestaande en nieuwe pensioenaanspraken- en rechten en in lijn daarmee het splitsen van het fondsvermogen de risicodeling tussen de generaties. Dit heeft grote consequenties voor de verwachte hoogte van het te bereiken pensioen van de huidige deelnemers. Oudere generaties hebben gemiddeld meer oude aanspraken opgebouwd en jongere generaties meer nieuwe aanspraken. Door een schot tussen oude en nieuwe pensioenaanspraken en - rechten kunnen bij de huidige (zeker in reële termen veelal lage) dekkingsgraden oudere generaties aanzienlijk minder profiteren van het vermogen van jongere generaties om risico's te absorberen, en delen zij niet meer mee in het rendement dat de (toekomstige) pensioenpremies van de jongere generaties kan genereren. De bestaande pensioenaanspraken worden daarmee relatief kwetsbaar voor (financiële) schokken. De verwachting is reëel dat fondsen zich hierdoor genoodzaakt voelen om meer conservatief beleggen om – op korte termijn - zoveel mogelijk zekerheid te creëren, waardoor de indexatie onder druk komt te staan. Als er geen beleggingsrisico wordt teruggenomen is de consequentie dat de kans op nominaal korten toeneemt. Overgaan op een nieuw contract, zonder de reeds opgebouwde rechten ook bij de contract onder te brengen, kan daarmee forse en onwenselijke inkomensgevolgen hebben mensen met veel opgebouwde aanspraken. Voor een kwantitatieve onderbouwing van dit punt zij verwezen naar paragraaf 4.3.

In de derde plaats is handhaven van de solidariteit in het pensioenfonds ook vanuit het Europeesrechtelijke perspectief van belang. Een voldoende mate van solidariteit tussen de

[17] Een pensioenfonds vormt op basis van de huidige wetgeving één financieel geheel, ook als het fonds meerdere regelingen uitvoert. Daardoor ontstaat het risico op kruissubsidiëring tussen het bestaande nominale en het reële contract. Bij nominale onderdekking moet het fonds voor de bestaande pensieoenaanspraken en -rechten handelen conform de systematiek van het herstelplan, met als uiterste middel een nominale korting. Voor de nieuwe rechten wordt al bij een reële onderdekking ingegrepen en bovendien via een andere systematiek. Dit kan ertoe leiden dat dekkingstekorten voor rechten die zijn opgebouwd onder de ene regeling worden gecompenseerd met middelen die zijn bedoeld voor de dekking van de rechten onder de andere regeling. Hierbij zal in praktijk vaak het nieuwe pensioencontract – waarin eerder een korting moet worden toegepast dan bij het huidige contract – opdraaien voor de financiering van tekorten in het bestaande nominale contract. Het risico van kruissubsidiëring kan worden beperkt door het fondsvermogen te splitsen in twee gescheiden ('geringfencte') vermogens, voor de aanspraken die opgebouwd zijn onder het nominale pensioencontract en aanspraken die opgebouwd zijn onder het nieuwe reële pensioencontract. Daartoe zal het verbod op ringfencen zoals vastgelegd in artikel 123 PW moeten worden gewijzigd.

deelnemers van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds is cruciaal voor het behoud van de verplichtstelling en de taakafbakening met verzekeraars.[18] Van belang is dat elementen als leeftijd, gezondheid of bijzondere risico's verbonden aan de functie van de deelnemer geen rol spelen in de relatie tussen uitkering en premie teneinde een kwalitatief goede en betaalbare pensioenregeling voor een groot deel van de werknemers te waarborgen. Deze solidariteit is essentieel om een inbreuk op het Europese mededingingsrecht te rechtvaardigen.[19]

In de vierde plaats zal ongelijkheid in de contractregels er toe leiden dat besluiten over al dan niet indexeren en/of korten voor elk van de gescheiden vermogens afzonderlijk worden genomen. Dit zorgt voor een complexere pensioencommunicatie. Het zal moeilijk zijn om uit te leggen waarom deelnemers voor de bestaande pensioenaanspraken- en rechten een andere indexatie ontvangen dan voor de nieuwe rechten. De begrijpelijkheid van het stelsel en de rechten die aan de aanspraak ontleend kunnen worden, zullen zo hiermee verminderen.

In de vijfde plaats leidt een blijvend onderscheid tussen bestaande en nieuwe pensioenaanspraken en -rechten tot een toename van de complexiteit van de uitvoering, hogere uitvoeringskosten en meer kans op administratieve fouten. De bestuurlijke en uitvoeringstechnische nadelen van het splitsen van bestaande en nieuwe pensioenaanspraken en -rechten kunnen weliswaar worden beperkt, maar de gevolgen van het doorbreken van de intergenerationele solidariteit worden daarmee niet verminderd.

Concluderend
De meerwaarde van het reële contract kan alleen ten volle gerealiseerd worden als de regels van het reële contract zowel op de bestaande als op de nieuwe aanspraken en rechten van toepassing zijn. Dit is het geval als, bij de keuze voor het reële contract, alle bestaande aanspraken worden ingevaren. Anders geformuleerd: insteek is dat sociale partners ofwel ervoor kiezen om zowel bestaande als nieuwe pensioenaanspraken en -rechten onder te brengen in het reële contract (en dus in te varen) ofwel kiezen om zowel bestaande als nieuwe rechten te laten blijven in het huidige nominale contract. Bij de beslissing voor het nieuwe contract zullen sociale partners en pensioenfondsen dus ook gelijk moeten afwegen of deze keus houdbaar is in het licht van de effecten die optreden bij het invaren van bestaande aanspraken en rechten.

2.5 Individueel invaren is geen realistisch alternatief voor collectief invaren

Bij collectief invaren worden de regels van het gewijzigde pensioencontract van toepassing op de ingegane pensioenen en opgebouwde aanspraken (kortweg: aanspraken) van alle deelnemers van een pensioenfonds. Voor de wijziging van de contractregels wordt geen instemming gevraagd aan individuele (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Dit roept de vraag op of dit zo maar juridisch kan. Een van de hoofdvragen van dit onderzoek is dan ook onder welke voorwaarden het juridisch mogelijk is om collectief in te varen. In hoofdstuk 3 wordt hier nader op ingegaan. Hierbij zou de overheid – mits dit juridisch haalbaar is - het wettelijk kader dienen te scheppen om collectief in te varen, terwijl de beslissing om over te stappen op het nieuwe pensioencontract en om de bestaande opbouw vervolgens in te varen in de nieuwe systematiek wordt genomen op het decentrale niveau, door sociale partners en pensioenfondsen. Dit past binnen het huidige stelsel waarin de overheid niet treedt in de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dat behoort tot het domein van sociale partners.

Een alternatief om bestaande en nieuwe aanspraken- en rechten samen te voegen onder de nieuwe contractregels is om deelnemers een individuele keuzemogelijkheid te bieden om hun bestaande aanspraken- en rechten in te varen. Voordeel hiervan is dat deelnemers zelf kunnen beslissen over

[18] HvJ EU 21 september 1999, Albany (C-67/96), Brentjens (C-115/97-C-117/97) en Drijvende Bokken (C-219/97)
[19] Meer recent HvJ EU 3 maart 2011, AG2R (C-437/09)

wat er met hun bestaande aanspraken- en rechten gebeurt. Aan individueel invaren zijn echter ook nadelen verbonden.

- Met individueel invaren wordt niet de beoogde collectiviteit en daarmee solidariteit binnen de totale populatie van deelnemers bereikt. Het is namelijk waarschijnlijk dat een deel van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden niet zal instemmen met het invaren van de bestaande pensioenaanspraken- en rechten. De in paragraaf 2.2 genoemde voordelen van het nieuwe pensioencontract zijn in dat geval niet op alle rechten van het pensioenfonds van toepassing;
- Verder zullen in dat geval op een deel van de aanspraken andere wettelijke en contractuele regels gelden dan op een ander deel. Dit leidt tot kruissubsidiëring die alleen te verhelpen is door splitsing in 'geringfenced' vermogens voor bestaande aanspraken/rechten én nieuwe aanspraken/rechten. De negatieve gevolgen hiervan zijn in paragraaf 2.4 al aangegeven;
- Belangrijke vraag is hoe het mogelijk is om deelnemers een inzichtelijk en eerlijk invaaraanbod - ook wel 'fair deal' genoemd - te doen. Een aanbod om individueel in te varen vergt inzichtelijke en volledige informatie van het fonds aan de deelnemer. Het fonds zal de deelnemer bij het aanbod op een zo eenvoudige manier de keuze moeten presenteren, en daarbij aangeven wat zijn kansen zijn op (volledige of gedeeltelijke) indexatie en op een nominale korting. Op voorhand zijn deze kansen lastig in te schatten en helder te presenteren. Niet alle deelnemers zullen goed in staat zijn om deze keus te kunnen maken; het pensioencontract is complexe materie en de gevolgen van de keuze om wel / of niet invaren kan (flinke) financiële gevolgen hebben. Zie voor een verdere toelichting op dit punt bijlage I;
- Wat het extra lastig maakt om een eerlijk invaaraanbod te doen is dat de financiële effecten ex ante niet goed te bepalen zijn, omdat deze afhankelijk zijn van het gedrag van alle deelnemers. Voor het fonds is namelijk niet goed in te schatten wat de omvang en de samenstelling is van de groep deelnemers die wel invaart en van de groep die niet invaart. Voor de financiële positie van pensioenfondsen is de samenstelling van de groepen deelnemers die besluiten hun bestaande aanspraken – en rechten al dan niet in te varen van belang. Als bijvoorbeeld vooral gepensioneerden besluiten om niet in te varen, levert dit beperkingen op voor de mate waarin het vermogen voor de niet ingevaren aanspraken risicodragend kan worden belegd, met alle gevolgen voor het indexatieperspectief van dien. Het fonds zal daarom bij ieder individueel aanbod een voorbehoud moeten maken voor de waarde van de pensioenaanspraken nadat de deelnemers hun keuze hebben gemaakt om wel of niet in te varen. Dit voorbehoud is niet nodig als de individuele keuze om in te varen wordt gecombineerd met individuele waardeoverdracht. De overige nadelen die samenhangen met de splitsing in het pensioenfonds worden hiermee echter niet ondervangen.

Concluderend
Individueel invaren is een theoretisch, maar in de praktijk niet realistisch alternatief voor collectief invaren.

2.6 Andere alternatieven voor collectief invaren

Tijdens het onderzoek is verder bezien in hoeverre de met collectief invaren beoogde doelen eveneens via andere maatregelen kunnen worden gerealiseerd. Daarbij is gekeken naar de mogelijkheid om alle niet ingevaren rechten collectief onder te brengen in één collectieve API. Dit voorstel is in 2011 geopperd door toenmalig Tweede Kamerlid Dezentjé Hamming (VVD). De verschillende regelingen bestaande pensioenaanspraken en -rechten zouden in dit voorstel door de API geringfenced uitgevoerd moeten worden. Deze constructie zou aanpassing vereisen van artikel 123 PW. Verder is collectieve waardeoverdracht vanuit alle fondsen waar niet collectief wordt ingevaren noodzakelijk, waarbij instemming van de betrokken deelnemersraden vereist is. DNB zal alle overdrachten afzonderlijk moeten toetsen.

Het voordeel van de API-constructie is dat voor het beheer van alle bestaande pensioenaanspraken en -rechten slechts één bestuur nodig is. De wettelijke regels die voor de

huidige nominale pensioencontracten zullen gaan gelden, zijn in dit voorstel alleen nog van toepassing op aanspraken en rechten die door de API worden uitgevoerd. De andere pensioenfondsen voeren in dit voorstel alleen nieuwe pensioencontracten uit. Zij krijgen dus alleen te maken met het toetsingskader dat geldt voor reële pensioencontracten.

Hiertegenover staan zwaarwegende nadelen. De API zal een groot aantal zeer uiteenlopende pensioenregelingen moeten uitvoeren, met verschillende indexatiestaffels en –maatstaven. De API zal het beheer van het (zeer grote) vermogen moeten afstemmen op zeer verschillende samengestelde deelnemersbestanden en divers indexatiebeleid. De huidige pensioenfondsen hebben hun administratie en vermogensbeheer in grote meerderheid uitbesteed aan private partijen. Dit stelt naar verwachting prohibitief hoge eisen aan het bestuur en de controle van de API. De samenstelling van het bestuur van de API, de medezeggenschap vanuit de deelnemers en het interne toezicht zal naar verwachting niet eenvoudig zijn, temeer daar de wettelijke grondslag voor een API die uitkeringsovereenkomsten kan uitvoeren nog niet bestaat.

Pensioenfondsen kunnen ook besluiten om bestaande pensioenaanspraken- en rechten die niet worden ingevaren, bij een pensioenverzekeraar onder te brengen. De uitvoering van de bestaande aanspraken en - rechten verschuift naar de verzekeraar. Het onderbrengen van de bestaande aanspraken en - rechten bij een pensioenverzekeraar vermindert de kwetsbaarheid voor financiële schokken. De nominale garantie kost echter wel geld. De kosten voor de omzetting van bestaande pensioenaanspraken- en rechten naar verzekerde pensioenrechten kunnen hoger zijn dan de bedragen die het pensioenfonds voor die rechten heeft gereserveerd. Dat kan ertoe leiden dat de pensioenen en de opgebouwde aanspraken vóór de overdracht naar een verzekeraar eenmalig afgestempeld moeten worden, ook als het pensioenfonds op dat moment niet in onderdekking is. Het onderbrengen van niet-ingevaren pensioenaanspraken en -rechten bij een verzekeraar vergt – net als bij de API – een besluit op fondsniveau met een adviesrecht van de deelnemersraad en afzonderlijke toetsing van alle waardeoverdrachten door DNB.

2.7 Conclusie

Het reële pensioencontract heeft een duidelijke meerwaarde in specifieke gevallen, waarin de bestaande risicodeling in het pensioenfonds tegen zijn (financiële) grenzen aanloopt, hetgeen bij een aanzienlijk aantal pensioenfondsen het geval is, en een nieuwe, robuuste vormgeving van de risicodeling tussen generaties gewenst is. Het bieden van een robuust alternatief in de vorm van het nieuwe pensioencontract, naast de mogelijkheid om de bestaande nominale contracten – in aangepaste vorm – te handhaven, biedt sociale partners de benodigde ruimte om op decentraal niveau passende en toekomstbestendige afspraken over het pensioen te maken. Deze ruimte is een noodzakelijke voorwaarde voor de continuïteit van het Nederlandse stelsel, dat is gebaseerd op collectiviteit en solidariteit en waarin het arbeidsvoorwaardelijke karakter van pensioenen centraal staat.

De meerwaarde van het reële contract kan alleen ten volle gerealiseerd worden als de regels van het reële contract zowel op de bestaande als op de nieuwe aanspraken en rechten van toepassing zijn. Dit is het geval als, bij de keuze voor het reële contract, alle bestaande aanspraken worden ingevaren. Anders geformuleerd: sociale partners moeten ofwel ervoor kiezen om zowel bestaande als nieuwe pensioenaanspraken en -rechten onder te brengen in het reële contract (en dus in te varen) ofwel ervoor moeten kiezen om zowel bestaande als nieuwe aanspraken en - rechten te laten blijven in het huidige nominale contract.

Collectief invaren is hiervoor de aangewezen weg. Individueel invaren is een theoretisch, maar in de praktijk niet realistisch alternatief voor collectief invaren. Andere alternatieven, in welke vorm dan ook, komen uiteindelijk neer op het doorbreken van de risicodeling binnen het pensioenfonds. Het mogelijk maken van het reële contract en daaraan gekoppeld het bieden van de mogelijkheid tot collectief invaren dient daarom een algemeen belang.

In het vervolg van dit rapport wordt nader ingegaan op de juridische risico's die collectief invaren met zich mee kan brengen, en over de mogelijkheden om deze tot een aanvaardbaar niveau te brengen.

Hoofdstuk 3. Juridisch kader voor collectief invaren

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet waarom het noodzakelijk is dat sociale partners en pensioenfondsen – bij een overstap op een reëel pensioencontract – de mogelijkheid krijgen om de eerder opgebouwde rechten collectief in te varen. Dit hoofdstuk beschrijft de gevolgen van het invaren voor de pensioenuitkeringen en – aanspraken. Paragraaf 3.1 beschrijft wat verstaan wordt onder opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten. De vraag wat onder invaren wordt verstaan, komt in paragraaf 3.2 aan de orde. Paragraaf 3.3 gaat in op de effecten van het invaren van opgebouwde aanspraken en rechten. Paragraaf 3.4 beschrijft welke stappen de wetgever, sociale partners en pensioenfondsen moeten zetten om invaren mogelijk te maken. Paragraaf 3.5 beschrijft aan welke internationale rechtsregels collectief invaren moet worden getoetst. Paragraaf 3.6 bespreekt marktwaardering als objectieve maatstaf om de effecten van invaren in kaart te brengen.

3.1 Opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten

Onderdeel van dit onderzoek is de vraag welke juridische risico's zijn verbonden aan de verandering van de contractregels voor de opgebouwde aanspraken. Om dit vast te stellen moet duidelijk zijn wat de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten precies inhouden. Het aanknopingspunt daarbij is de definitie van de pensioenaanspraak en pensioenrecht in artikel 1 PW en artikel 1 Wvb.

Uit artikel 1 PW en artikel 1 Wvb volgt dat een pensioenaanspraak het recht is op nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening. Dat wil zeggen het recht op een toekomstige, geldelijke, vastgestelde (nominale) pensioenuitkering, zoals overeengekomen tussen werkgever en werknemer. Een pensioenrecht is het recht op een ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening. Voorwaardelijke indexatie is dus geen onderdeel van de pensioenaanspraak. Dit is belangrijk, omdat - zoals later zal blijken – de PW voorschrijft dat opgebouwde aanspraken niet zomaar gewijzigd kunnen worden, terwijl verandering van voorwaardelijke indexatie over reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten wel mogelijk is zonder dat sprake is van "invaren".

In deze definitie van pensioenaanspraak en pensioenrecht is in het vervolg van dit hoofdstuk een nader analytisch onderscheid gemaakt tussen enerzijds het nominale pensioen, dat wil zeggen de hoogte van de geldelijke uitkering, en anderzijds het recht op die uitkering. Het recht is hier het geheel van regels en normen die van toepassing zijn op de hoogte van het pensioen. Het analytisch onderscheid tussen het nominale pensioen en de regels voor het nominale pensioen in de definitie van de pensioenaanspraak en het pensioenrecht wordt gebruikt om de gevolgen van invaren voor de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten nader te kunnen duiden.

3.2 Wat wordt verstaan onder invaren?

Regels reële contract gelden ook voor opgebouwde pensioenaanspraken en - rechten
Er is alleen sprake van invaren indien de regels die sociale partners afspreken voor een nieuw pensioencontract ook van toepassing zijn op reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten. Bij een verhoging van de richtleeftijd voor de nieuwe pensioenopbouw is dus geen sprake van invaren. Eind vorige eeuw zijn veel pensioenfondsen overgestapt van een pensioenreglement op basis van een eindloonregeling naar een middelloonregeling. Er was in dat kader geen aanleiding tot een invaardiscussie, omdat de regels voor de nieuwe opbouw op basis van middelloon geen effect hadden op de onder de eindloonregeling opgebouwde pensioenaanspraken.

Invaren berust op een besluit van sociale partners en pensioenfonds

De keuze tot al dan niet invaren vereist een dubbelbesluit. Het besluit tot invaren maakt deel uit van de pensioenovereenkomst en is als zodanig een verantwoordelijkheid van sociale partners. Dat wil zeggen dat een pensioenfondsbestuur niet kan invaren indien sociale partners hiertoe niet hebben besloten. Aan de andere kant dient het pensioenfondsbestuur zelf de afweging te maken of zij de verantwoordelijkheid tot invaren wil dragen. Het pensioenfonds is verantwoordelijk voor de uitvoering van de pensioenovereenkomst zoals deze is uitgewerkt in het pensioenreglement dat het pensioenfondsbestuur vaststelt. Om van invaren te kunnen spreken moet derhalve sprake zijn van een besluit van sociale partners en het pensioenfonds tot toepassing van het nieuwe reële pensioencontract dat ook betrekking heeft op opgebouwde aanspraken- en rechten betrekking. De wetgever zal sociale partners, respectievelijk pensioenfondsen hiertoe de mogelijkheid bieden.

Bij een wijziging van de regels voor opgebouwde aanspraken die voortvloeit uit dwingendrechtelijke wet- en regelgeving is geen sprake van invaren. Bij de invoering van de PW was bijvoorbeeld geen sprake van invaren. Het feit dat de tot 2007 onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) opgebouwde pensioenaanspraken onder het regime van de PW kwamen te vallen vloeide niet voort uit een besluit van sociale partners en pensioenfonds, maar uit het feit dat bij de invoering van de PW de PSW werd ingetrokken. Er was bij de overgang van PSW naar PW geen aanleiding tot discussie over de toepasselijke regels voor opgebouwde aanspraken. Hoewel de prudentiële regels bij de overgang werden aangescherpt, vond er geen aantasting van opgebouwde pensioenaanspraken en - rechten plaats. De strengere regels verbeterden slechts de zekerstelling van de toegezegde nominale pensioenen, zij tastten de pensioenafspraken tussen sociale partners niet aan.

3.3 Invloed overstap naar het reële pensioencontract op pensioenaanspraken en pensioenrechten

3.3.1 Overzicht belangrijkste wijzigingen in reële pensioencontract

Om te zien waar het reële contract gevolgen heeft voor de opgebouwde pensioenaanspraak of het pensioenrecht moet worden gekeken naar de veranderingen in het reële contract ten opzichte van het huidige contract. De vier belangrijkste wijzigingen die van invloed zijn op de aanspraak en het pensioenrecht zijn:

1. de ambitie van een reëel pensioen;
2. het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme;
3. het aanpassingsmechanisme voor het opvangen van financiële schokken, al dan niet in combinatie met een egalisatiereserve;
4. het uitgangspunt van premiestabilisatie.

Bij invaren wordt de nominale aanspraak of het nominale recht in principe actuarieel neutraal ondergebracht in het nieuwe pensioencontract. Het nominale pensioen – de hoogte van de pensioenuitkering – verandert in principe niet. Dit wordt nader toegelicht aan de hand van de voorbeelden in box 1. Merk op dat deze voorbeelden zich richten op een situatie zonder dekkingstekort. Op het moment dat sprake is van een dekkingstekort bij invaren is het denkbaar dat de wetgever bepaalde randvoorwaarden stelt. In paragraaf 5.3 wordt hier nader op ingegaan.

Box *1: Mogelijke effecten van invaren op het nominale pensioen*

Voorbeeld 1

- Mevrouw X is 56 jaar.

- Zij heeft 30 pensioenjaren opgebouwd in een voorwaardelijk geïndexeerde middelloonregeling met een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar.
- De nominale pensioenaanspraak, inclusief de verleende indexatie, die mevrouw X heeft opgebouwd bedraagt op het moment van invaren € 6500,- per jaar vanaf 65 jaar.
- Het pensioenfonds van mevrouw X stapt over op het reële contract, en de opgebouwde pensioenaanspraken worden ingevaren. Het pensioenfonds verkeert op het moment van invaren niet in onderdekking, maar heeft ook geen reserves.
- In de maand na het invaren wordt mevrouw X door het fonds geïnformeerd over de pensioenuitkering die zij kan verwachten. Indien toekomstige pensioenopbouw en mogelijke indexatie tot de pensioendatum buiten beschouwing wordt gelaten dan heeft mevrouw X na invaren nog steeds uitzicht op een pensioen van € 6500,- per jaar vanaf 65 jaar.

Voorbeeld 2

- Meneer Y is 68 jaar.
- Hij is al enkele jaren met pensioen. Zijn pensioenrecht bedraagt € 1000,- per maand. De pensioenuitkering wordt voorwaardelijk geïndexeerd.
- Het pensioenfonds van meneer Y stapt over op het reële contract, en de lopende pensioenuitkeringen worden ingevaren. Het pensioenfonds verkeert op het moment van invaren niet in onderdekking, maar heeft ook geen reserves.
- In de maand na het invaren ziet meneer Y, eventuele tussentijdse indexatie buiten beschouwing gelaten, dat hij nog steeds € 1000,- aan pensioen ontvangt van zijn pensioenfonds.

De risicoverdeling in het reële contract wijzigt overigens zowel in voorbeeld 1 als in voorbeeld 2 wel.

Daarentegen veranderen de wijzigingen in het pensioencontract wél de regels waaronder het nominale pensioen kan worden aangepast. Hierdoor verandert de risicoverdeling tussen tussen werkgevers en werknemers en tussen de deelnemers in het pensioenfonds onderling. Dit kan leiden tot een inbreuk op de nominale zekerheid van de opgebouwde pensioenaanspraken. Hiervan is sprake als de wijziging van de risicoverdeling bestaat uit een verruiming van de mogelijkheden om de nominale aanspraak of het recht op een nominaal bedrag te verlagen. Een dergelijke inbreuk op de nominale zekerheid kan gerechtvaardigd zijn op het moment dat hier andere, positieve, effecten tegenover staan. Overigens zijn wijzigingen in de risicoverdeling niet uitzonderlijk. Ook bijvoorbeeld een versobering van de voorwaardelijke indexatie of de overstap van een eindloon- naar een middelloonregeling leiden tot een andere risicoverdeling binnen het pensioenfonds. De nominale zekerheid van de opgebouwde pensioenaanspraken wordt in dergelijke gevallen echter niet geraakt.

Het vervolg van deze paragraaf gaat kwalitatief in op de vraag hoe de verschillende nieuwe onderdelen van het reële contract de risicoverdeling veranderen ten opzicht van het huidige contract, en wat dit betekent voor de nominale zekerheid. In hoofdstuk 4 komt vervolgens het integrale kwantitatieve beeld aan bod op basis van CPB-berekeningen. Hierbij worden de verwachte toekomstige gevolgen van de gewijzigde risicoverdeling in kaart gebracht, inclusief de consequenties hiervan voor de nominale zekerheid.

3.3.2 De reële ambitie

Voorwaardelijke indexatie blijft voorwaardelijk
Het reële contract richt zich nadrukkelijk op het realiseren van een reële ambitie op basis van een ex-ante maatstaf. De term "ambitie" heeft in dit verband twee betekenissen. Enerzijds wordt het contract "aan de voorkant" ingericht op het bereiken van een reëel pensioenresultaat, door bij de financiële opzet van het pensioenfonds uit te gaan van indexatie. Anderzijds wordt expliciet vastgelegd dat de uiteindelijke pensioenuitkomst afhankelijk is van rendementen (en de ontwikkeling van de levensverwachting) en dat kortingen op (dan wel toeslagen bovenop) een geïndexeerd pensioen een regulier sturingsinstrument zijn.

De reële ambitie kan ten opzichte van het huidige contract worden gezien als een vorm van voorwaardelijke toeslagverlening met een ex-ante maatstaf (namelijk de loon- of prijsinflatie). In vergelijking met contracten die nu al een voorwaardelijke toeslagverlening kennen betekent de reële ambitie op het punt van de indexatieverlening op voorhand dus geen materiële verslechtering van de aanspraak of het recht. Alleen ten opzichte van contracten die een onvoorwaardelijke toeslagverlening kennen is er wel sprake van een aantasting van de zekerheid omdat de feitelijke indexatie niet automatisch meer gelijk is aan de ambitie. Bij een dergelijke overstap zal het pensioenfonds goed moeten onderbouwen dat dit gerechtvaardigd is.

Aandachtspunt is dat de aanpassingsmechanismen voor verandering in levensverwachting en schokken op de financiële markten er toe kunnen leiden dat zulke grote kortingen optreden dat niet alleen de indexatie achterwege blijft, maar dat zelfs sprake is van nominale kortingen, terwijl in het huidige pensioencontract korten een ultimum remedium is. In paragraaf 3.3.3 en 3.3.4 wordt hierop nader ingegaan.

3.3.3 Het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme

Voor de beoordeling van het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme is het van belang om onderscheid te maken tussen de aanpassing van de pensioenrichtleeftijd voor de nieuwe pensioenopbouw en de mogelijkheid om eerder opgebouwde aanspraken aan te passen.

Aanspraken schuiven mee met de hogere pensioenrekenleeftijd
De fiscale pensioenrekenleeftijd wordt, evenals de AOW-leeftijd, verhoogd en gekoppeld aan de levensverwachting. Het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme leidt ertoe dat de opgebouwde pensioenaanspraken bij een verhoging van de pensioenrekenleeftijd actuarieel neutraal worden herrekend naar de nieuwe pensioenleeftijd. Door de actuariële herrekening is het nog steeds mogelijk om hetzelfde pensioen te ontvangen op de pensioenleeftijd zoals die luidde vóór de verhoging. Voor gepensioneerden heeft een aanpassing van de pensioenrekenleeftijd in het geheel geen consequenties. Het meeschuiven van de ingangsdatum van de opgebouwde aanspraken met de hogere pensioenrekenleeftijd heeft dus geen gevolgen voor de risicoverdeling en/of voor de nominale zekerheid.

Aanpassingen van de overlevingstafels werken anders uit
Een kernelement van het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme is dat de (reële) aanspraak wordt aangepast als de levensverwachting stijgt (of daalt) als gevolg van nieuwe overlevingstafels van bijvoorbeeld het Centraal Bureau voor de Statistiek of het Actuarieel Genootschap. Door een hogere levensverwachting stijgt de technische voorziening op de balans van een pensioenfonds. Dit tast de financiële positie van het pensioenfonds aan.

In het huidige contract wordt een aanpassing van de overlevingstafel:
- snel verwerkt in de opgebouwde aanspraken en rechten (binnen de herstelttermijn van in principe drie jaar) als er sprake is van dekkingtekort (dekkingsgraad < 105%);

- langzaam verwerkt in de verleende indexatie als er sprake is van een reservetekort (na aanpassing van het ftk: dekkingsgraad < ca. 125%);
- niet direct verwerkt in opgebouwde pensioenaanspraken en - rechten of indexatie in geval van een gunstige reservepositie. Echter, de indexatiekansen in de toekomst verslechteren wel, omdat de reservepositie iets minder gunstig wordt.

In het reële contract gebeurt aanpassing aan de nieuwe overlevingstafel expliciet op het moment dat de levensverwachting wijzigt, waarbij de kostenverhoging (of verlaging) in een periode van maximaal tien jaar wordt ingelopen door een aanpassing van de indexatie, ook als het fonds ruim in zijn financiële middelen zit. Als geen sprake meer is van indexatie kan het mechanisme hierbij uiteindelijk leiden tot nominale korting.

Doordat het tempo van de aanpassing van de overlevingstafels in het reële contract uniform is, en dus niet meer afhangt van de dekkingsgraad, is sprake van een andere risicoverdeling tussen groepen binnen het pensioenfonds, in het bijzonder tussen jongeren en ouderen. Hierbij kan het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme er ook toe leiden dat – in tegenstelling tot de huidige situatie - nominaal gekort kan worden bij dekkingsgraden boven de 105%. Hier tegenover staat dat bij een dekkingstekort een schok in de levensverwachting over een langere periode kan worden uitgesmeerd (maximaal 10 jaar in plaats van 3 jaar).

De meerwaarde van het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme is dat in financieel gunstige tijden de – doorgaans structurele – kosten van een aanpassing van de overlevingstafels niet vooruit worden geschoven en zich ophopen bij jongere generaties. Ook is het vanuit het oogpunt van transparantie winst dat van te voren helder is hoe een aanpassing van overlevingstafels wordt verwerkt, en dat het niet van de toevallige financiële positie van een fonds afhangt of een dergelijke aanpassing al op korte termijn effecten heeft, of alleen op middellange of lange termijn.

Levensverwachtingsaanspassingsmechanisme wordt ook mogelijk voor nominaal contact
In de hoofdlijnennota ftk is de mogelijkheid opgenomen dat het levensverwachtings-aanpassingsmechanisme ook binnen de huidige contracten onder het nieuwe nominale contract wordt toegepast. In dat geval is niet langer sprake van korten als ultimum remedium. Indien dit ook op de bestaande pensioenaanspraken en -rechten wordt toegepast, ontstaat een vergelijkbaar invaarvraagstuk als bij overstap op een reëel contract. Echter, de toets op de noodzaak van de maatregel en de weging van de effecten zal zich dan alleen op dit aspect van de aanpassing van het contract hoeven te richten.

3.3.4 Aanpassingsmechanisme voor het opvangen van financiële schokken

Het aanpassingsmechanisme voor het opvangen van financiële schokken bepaalt dat de (gerealiseerde) pensioenopbouw aangepast kan worden wanneer ontwikkelingen op de financiële markten daartoe nopen. Deze aanpassingen vinden zowel plaats als de beschikbare middelen boven de reële pensioenverplichtingen liggen, als wanneer zij onder de reële pensioenverplichtingen liggen.

Als een financiële schok leidt tot een tekort ten opzichte van de reële pensioenverplichtingen, worden de reële pensioenopbouw en de pensioenuitkeringen neerwaarts aangepast, in eerste instantie door een korting op de toekomstige indexatie. De aanpassing van de pensioenopbouw en de pensioenuitkeringen vindt uniform plaats, dat wil zeggen er wordt geen onderscheid naar leeftijd gemaakt, maar kan wel worden gespreid over een periode van maximaal 10 jaar. De lange spreidingsperiode zorgt ervoor dat conjuncturele schokken worden gedempt en dat negatieve en positieve schokken (deels) tegen elkaar kunnen wegvallen. Dit dempende effect kan nog worden versterkt door voorziene plussen en minnen met elkaar te salderen (het zogenoemde verfijnde rendementsaanpassingsmechanisme). In aanvulling op het aanpassingsmechanisme kan bovendien worden gekozen voor een egalisatiereserve, die wordt gevormd uit premies of meevallende

rendementen. De egalisatiereserve functioneert dan als een extra dempingsmechanisme, waardoor negatieve financiële schokken niet onmiddellijk behoeven te worden doorvertaald naar de pensioenopbouw en pensioenuitkeringen.

Het belangrijkste verschil tussen het aanpassingsmechanisme en de huidige methodiek is, dat dekkingstekorten in het pensioenfonds onder het reële contract meteen leiden tot een nominale korting, in geval de (jaarlijkse) kortingen de indexatieambitie overstijgen. Hiermee kan niet gewacht worden tot aan het einde van een herstelplan. Het korten van aanspraken en rechten wordt daarmee een regulier sturingsinstrument in plaats van een uiterste maatregel. Hier tegenover staat dat bij een dekkingstekort een financiële schok in de levensverwachting over een langere periode kan worden uitgesmeerd (maximaal 10 jaar in plaats van 3 jaar), waarmee in deze situatie dus minder snel dan wel minder diep nominaal gekort hoeft te worden.

In het algemeen leidt het aanpassingsmechanisme ertoe dat kortingen in het reële contract in vergelijking met het huidige contract frequenter zullen voorkomen, maar dat de omvang van kortingen kleiner zal zijn. De toepassing van een egalisatiereserve bovenop het aanpassingsmechanisme dempt de frequentie en de omvang van de kortingen in ruil voor een gemiddeld iets lager pensioenresultaat. De hogere kortingskans, die mogelijk leidt tot maatschappelijke onrust, moet worden afgewogen tegen de verwachte kleinere omvang van de kortingen. Voordeel van meer, maar wel kleine kortingen, ten opzichte van minder, maar wel grotere, kortingen is dat de groep van gepensioneerden hierdoor beter in staat is hun uitgavenpatroon geleidelijk aan het gewijzigde pensioenniveau aan te passen.

3.3.5 Premiestabilisatie

In het kader van het nieuwe pensioencontract is afgesproken dat premieaanpassingen geen onderdeel meer zijn van het automatisme waarmee stijgingen van de levensverwachting en de ontwikkelingen op de financiële markten worden opgevangen. Het is de bedoeling dat in het nieuwe pensioencontract sprake is van een stabiele premie en dat bijstortingen en herstelpremies hun functie verliezen. Sociale partners kunnen echter in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg nog steeds afspraken maken over de aanpassing van de premie.

Ook in het huidige pensioencontract kunnen sociale partners afspraken maken over de hoogte van de premie. Sociale partners kunnen bijvoorbeeld een premiemaximum of een vaste premie afspreken. Ook kunnen sociale partners expliciet afspreken dat de werkgever nimmer herstelpremies zal betalen of bijstortingen zal verrichten. In de praktijk blijkt overigens dat in het huidige contract het premie-instrument beperkte werking heeft. Bij pensioenfondsen met een vergrijsd deelnemersbestand zal een premieverhoging nauwelijks bijdragen aan herstel. Werkgevers zijn verder in beginsel niet verplicht om herstelpremies te betalen of bijstortingen te verrichten.

Samenvattend
Premiestabilisatie wordt in het reële contract niet verplicht, en ook in het huidige contract is premiestabilisatie mogelijk. Dit leidt tot de conclusie dat de mogelijkheden wat betreft premiebeleid in het nieuwe reële en het bestaande nominale pensioencontract maar in beperkte mate van elkaar verschillen.

3.4 Noodzakelijke stappen voor collectief invaren

3.4.1 Te nemen stappen

Om de opgebouwde pensioenaanspraken en - rechten collectief te kunnen invaren in het reële contract moeten eerst verschillende stappen worden gezet, welke in de volgende paragrafen nader worden toegelicht:

1. wijziging van pensioenwet- en regelgeving om invaren mogelijk te maken;
2. wijziging van de pensioenovereenkomst door sociale partners en daarop volgend de wijziging van het pensioenreglement door het pensioenfonds;
3. het onderbrengen van de opgebouwde aanspraken onder het nieuwe reële contract door middel van een interne collectieve waardeoverdracht.

3.4.2 Wijziging wet- en regelgeving

Wijziging van het financieel toetsingskader
Om een overstap op een nieuw pensioencontract mogelijk te maken moet het huidige ftk (hoofdstuk 6 van de PW) aangepast worden. Met name de regels voor het (minimaal) vereiste eigen vermogen en voor de herstelplannen moeten worden aangepast aan de systematiek van het reële contract.

Wijziging verbod op aantasting van de opgebouwde pensioenaanspraken
Om het collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken in het reële pensioencontract mogelijk te maken, moet daarnaast de werking van artikel 20 PW worden ingeperkt. Artikel 20 PW geeft aan dat een wijziging van de pensioenovereenkomst in principe geen betrekking kan hebben op de tot aan de wijziging opgebouwde aanspraken. De tot aan het tijdstip van wijziging opgebouwde aanspraken blijven in stand en kunnen op basis van de huidige wetgeving niet gewijzigd worden. De bescherming van artikel 20 PW geldt niet in de situatie dat de pensioenen gekort moeten worden op basis van de kortingsregeling (artikel 134 PW), in het geval van interne collectieve waardeoverdracht (artikel 83 PW) of individuele waardeoverdracht op verzoek van de deelnemer bij een andere pensioenovereenkomst met dezelfde werkgever (artikelen 76 en 78 PW). Artikel 20 PW heeft voorts geen betrekking op een voorwaardelijke toeslagregeling, omdat deze op grond van artikel 1 PW niet tot de pensioenaanspraak behoort.

Om te voorkomen dat artikel 20 PW collectief invaren onmogelijk maakt, dient de werkingsfeer van dit artikel te worden aangepast, dan wel de uitzonderingen op dit artikel te worden verruimd. Het ligt voor de hand om een specifieke uitzondering te maken voor het collectieve invaren, om te waarborgen dat aanspraken die niet ingevaren worden – en onder een vorm van het huidige nominale contract blijven vallen - geen verandering in het niveau van rechtsbescherming ondergaan. Bij deze wijziging moet ook bewerkstelligd worden dat er geen onzekerheid bestaat over de binding van gewezen deelnemers en gepensioneerden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst.

Het verruimen van (de uitzonderingen op) artikel 20 PW zal zorgvuldig moeten gebeuren, waarbij de wetgever vanzelfsprekend ook gehouden is aan algemene rechtsbeginselen. Hiernaast zal moeten worden gekeken of een dergelijke wijziging geen spanning oplevert met internationale verdragsbepalingen. In paragraaf 3.5 wordt hier nader op ingegaan.

Wijziging regeling hoogte pensioenuitkering
Uit de definities van ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen in artikel 1 PW volgt dat pensioen een zekere mate van inkomenszekerheid moet bieden voor de oude dag. Dat kan alleen als het gaat om uitkeringen in geld waarvan de hoogte in ieder geval op de ingangsdatum voor de deelnemer is vastgesteld. Artikel 15 PW bepaalt in dat kader dat een ouderdomspensioen levenslang moet worden uitgekeerd. Artikel 63 PW bepaalt dat het ouderdomspensioen slechts

beperkt in hoogte mag variëren, waarbij de mate van variatie uiterlijk op de ingangsdatum van het pensioen moet worden vastgesteld.[20] Om ook de ingegane pensioenen te kunnen laten meebewegen met de ontwikkeling op de financiële markten en in de levensverwachting zal de PW zodanig worden aangepast dat niet meer voorzien wordt in een vanaf pensioendatum in hoogte vastgestelde levenslange uitkering (artikel 1 in samenhang met de artikelen 15 en 63 PW).

Wijziging regeling collectieve waardeoverdracht
Het daadwerkelijk invaren van opgebouwde pensioenaanspraken vindt plaats via collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 83 PW. Om de overgang naar het reële pensioencontract soepel te laten verlopen is van belang dat voor deze specifieke situatie de thans geldende individuele bezwaarmogelijkheid voor de deelnemer wordt geschrapt. Op basis van de huidige tekst van artikel 83 PW geldt dat een (individuele) werkgever het initiatief moet nemen tot een collectieve waardeoverdracht. In het kader van collectief invaren is het wenselijk dat de beslissing om al dan niet een verzoek te doen tot collectieve waardeoverdracht op het niveau van de sociale partners in de betreffende bedrijfstak wordt genomen en niet op het niveau van de individuele werkgevers. In dat kader zal artikel 83 PW mogelijk moeten worden aangepast.

Om het collectief invaren goed te laten verlopen zal de individuele mogelijkheid om waardeoverdracht te blokkeren voor de overgang van het bestaande naar het nieuwe reële pensioencontract moeten worden geschrapt. Tevens kan belemmerend werken dat iedere werkgever die niet is gebonden via een verplichtstelling of CAO een verzoek tot collectieve waardeoverdracht zou moeten indienen. Aangezien collectieve waardeoverdracht vooraf wordt gegaan door een wijziging van de pensioenovereenkomst, heeft dit verzoek niet direct toegevoegde waarde en zou in de situatie van collectief invaren deze belemmering kunnen worden weggenomen. Dit betekent dat artikel 83 aanhef en tweede lid, onder a PW en artikel 91 aanhef en tweede lid onder a Wvb moeten worden aangepast.

Immers, anders kan een individuele aanspraak- of pensioengerechtigde bezwaar maken tegen collectieve waardeoverdracht, waarmee collectief invaren onmogelijk wordt. Dit betekent overigens niet dat de aanspraak- en pensioengerechtigden niet betrokken zullen zijn bij een eventueel besluit van een pensioenfonds om mee te werken aan collectief invaren: zo is één van de vereisten bij (interne) collectieve waardeoverdracht, dat tijdig advies is gevraagd bij de deelnemersraad. Indien het pensioenfonds het advies van de deelnemersraad niet opvolgt kan de deelnemersraad beroep instellen bij de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (artikel 217 PW).

Voor de afweging die op decentraal niveau zal moeten worden gemaakt alvorens tot collectief invaren te besluiten, zullen toetsingscriteria worden ontwikkeld. Hiermee kan onder meer de evenwichtige belangenafweging zoals neergelegd in artikel 105 PW nader worden ingevuld.

Een wetwijziging zonder overgangsrecht heeft onmiddellijke werking en is van toepassing op de rechtsverhoudingen en posities zoals die bij de inwerkingtreding bestaan. Daardoor kunnen in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken en rechten met de inwerkingtreding van een wetwijziging worden meegenomen in het nieuwe pensioencontract en als zodanig worden gewijzigd. Betrokken deelnemers zullen dit wellicht ervaren als terugwerkende kracht doch daarvan zal geen sprake zijn. Het is denkbaar dat onmiddellijke werking onder bepaalde omstandigheden voor bepaalde groepen ongewenste gevolgen heeft. Het is dan aangewezen dat de wetgever overgangsrecht met een uitgestelde of eerbiedigende werking in overweging neemt om de gevolgen voor deze groepen te verzachten. Een andere optie is dat eventuele ongewenste gevolgen zoveel mogelijk worden beperkt doordat de wetgever waarborgen biedt door middel van het stellen van randvoorwaarden. Zie in dat verband ook paragraaf 5.3.

[20] Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 14.

Handhaven verbod op ringfencing
Bij de inventarisatie van te wijzigen regelgeving is ook de wettelijke eis tegen het licht gehouden dat een pensioenfonds dat meerdere pensioenregeling uitvoert, één financieel geheel vormt (artikel 123 PW en artikel 119 Wvb). Ingeval sociale partners, of de beroepspensioenvereniging, besluiten voor de nieuwe pensioenopbouw over te stappen op een nieuw reëel contract, zonder de bestaande pensioenaanspraken- en rechten in te varen, ontstaat er spanning met deze eis[21]. Op basis van de huidige wetgeving wordt het gehele vermogen dat binnen ofwel het bestaande nominale contract, ofwel binnen het 'nieuwe' reële contract valt, als één vermogen beschouwd. In dat geval kan kruissubsidiëring optreden waarmee de verschillende toedelingsmechanismen in het nominale en reële pensioencontract worden doorbroken. Dit probleem zou in beginsel kunnen worden opgelost door het bestaande verbod op ringfencing op te heffen. Als betoogd in paragraaf 2.4 kent het werken met twee gescheiden vermogen grote nadelen. Het ligt daarmee in den rede het bestaande verbod op ringfencing te handhaven.

Het is overigens niet uit te sluiten dat sociale partners ervoor kiezen een volledig nieuw fonds op te richten voor nieuwe pensioenaanspraken, terwijl de bestaande pensioenaanspraken – en rechten in het oude fonds blijven. Dit vraagt echter om de inrichting van een aparte organisatie, zodat deze route niet heel eenvoudig is. Van belang is dat het oude fonds voldoende toekomstperspectief moet hebben. Indien dit niet het geval is, dan kan DNB het oude fonds verplichten tot overdracht, herverzekering of onderbrenging van de opgebouwde pensioenaanspraken (artikel 149 PW).

Invaren is niet in strijd met afkoopverbod (artikel 65 PW en artikel 77 Wvb)
Een andere mogelijke belemmering in de PW en de Wvb is het verbod op afkoop. Afkoop is iedere handeling waardoor pensioenaanspraken en pensioenrechten hun pensioenbestemming verliezen. Het is echter de vraag of bij collectief invaren in het reële pensioencontract de pensioenbestemming van de opgebouwde aanspraken verloren gaat. Bij een collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 83 PW moet worden voldaan aan het voorschrift van collectieve actuariële gelijkwaardigheid (artikel 83, lid 2, aanhef en onder b PW). Dit betekent dat de waarde van de aanspraken van alle aanspraak- en pensioengerechtigden tezamen voor en na de waardeoverdracht gelijk moet zijn. De pensioenaanspraken en pensioenrechten van aanspraak- en pensioengerechtigden behouden hiermee dus hun pensioenbestemming. In de parlementaire geschiedenis is expliciet gesteld dat bij een waardeoverdracht geen sprake is van afkoop[22].

3.4.3 Wijziging van de pensioenovereenkomst

De pensioenovereenkomst is hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen over het pensioen (artikel 1 PW). De pensioenovereenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding (op individueel niveau of via een CAO) en wordt dan onderdeel van de arbeidsovereenkomst. De PW geeft hiervoor geen vormvoorschriften. Vallen werkgever en werknemer onder een verplichtgestelde deelneming in een pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds (Bpf), dan is er geen sprake van een pensioenovereenkomst. De uit de verplichtstelling voortvloeiende rechtsbetrekking tussen de werkgever en werknemer met een pensioenovereenkomst wordt overigens wel gelijkgesteld met een pensioenovereenkomst (artikel 2, tweede lid, PW). Op basis van artikel 4 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 zijn aanspraak- en pensioengerechtigden en werkgevers verplicht om de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het Bpf na te leven.

Doordat de werkgever verplicht is de uitvoering van de pensioenovereenkomst door middel van een uitvoeringsovereenkomst extern onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (artikel 23 PW), ontstaat er een driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder. Als er

[21] Van deze eis, die bekend staat als het verbod op ringfencing, zijn multi-ondernemingspensioenfondsen uitgezonderd.
[22] Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 221-222.

door sociale partners in het kader van een CAO afspraken zijn gemaakt over de pensioenuitvoerder heeft de werkgever geen keuzevrijheid. Dit zal het geval zijn bij een Bpf. Met een Bpf hoeft geen afzonderlijke uitvoeringsovereenkomst te worden afgesloten maar volstaat een door het Bpf vastgesteld uitvoeringsreglement waaraan de werkgever is gebonden (artikel 23, tweede lid, PW), indien sprake is van een verplichte deelname aan de pensioenregeling.

Voor een niet-verplichtgestelde bpf- en ondernemingspensioenfondsen is een ander wijzigingstraject denkbaar. Is het pensioen bij CAO overeengekomen dan binding lans die weg plaatsvinden. Doorgaans verklaart de individuele arbeidsovereenkomst de CAO dan van toepassing via een incorporatiebeding, waardoor de CAO onderdeel wordt van de arbeidsovereenkomst. Een wijziging van het pensioen in de CAO werkt dan door in de individuele arbeidsovereenkomst. Op die wijze kan de pensioenovereenkomst van werknemers collectief worden gewijzigd.
Is het aanvullend pensioen niet bij CAO geregeld dan is het gebruikelijk bij een ondernemingspensioenfonds of niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds om in de arbeidsovereenkomst te verwijzen naar het pensioenreglement dat van toepassing is. Niet ongebruikelijk is een clausule in het pensioenreglement die inhoudt dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is het reglement (onder voorwaarden) te wijzigen.

Bij vrije beroepsbeoefenaren die verplicht deelnemen in een verplichte beroepspensioenregeling in de zin van de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb), stelt de beroepspensioenvereniging de beroepspensioenregeling vast en sluit een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder.

De systematiek van de pensioenuitvoering zoals neergelegd in de PW heeft tot gevolg dat sociale partners in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg verantwoordelijk zijn voor de inhoud van de pensioenovereenkomst en dat het pensioenfonds verantwoordelijk is voor de uitvoering van de pensioenovereenkomst zoals deze is uitgewerkt in het pensioenreglement dat het bestuur van het pensioenfonds vaststelt. Het pensioenreglement moet naadloos aansluiten op de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst.

Op grond van het voorgaande is de verantwoordelijkheidsverdeling tussen sociale partners (inhoud van de pensioenovereenkomst) en pensioenfonds (uitvoering van de pensioenovereenkomst) helder. Het fonds zal vervolgens moeten beoordelen of het een nieuwe, gewijzigde pensioenovereenkomst kan uitvoeren, gegeven de wettelijke taak van het bestuur. Daarbij moet onder meer de wettelijke verplichting tot evenwichtige belangenafweging (artikel 105 PW), prudent beleggen (artikel 135 PW) en een beheerste en integere bedrijfsvoering (artikel 143 PW) worden betrokken[23].

De huidige PW kent drie soorten pensioenovereenkomsten:
1. uitkeringsovereenkomst: een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde pensioenuitkering;
2. premieovereenkomst: een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering;
3. kapitaalovereenkomst: een pensioenovereenkomst inzake een vastgesteld kapitaal dat uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering.

Het nieuwe pensioencontract heeft zowel kenmerken van de uitkeringsovereenkomst als van de premieovereenkomst. In het kader van de invoering van het nieuwe pensioencontract zal moeten worden bepaald hoe het nieuwe pensioencontract het beste kan worden gekarakteriseerd. Het is denkbaar dat de wetgever een nieuwe - vierde – soort pensioenovereenkomst introduceert of de

[23] Zie voor beroepspensioenregelingen de artikelen 110, 130 en 138 WVB.

huidige pensioenovereenkomsten nader definieert. De kwalificatie van het nieuwe pensioencontract is een punt dat nadere afweging behoeft maar in dit rapport verder buiten beschouwing blijft.

Wijziging zonder individuele instemming werknemer en werkgever
Pensioenovereenkomsten kunnen uiteraard worden gewijzigd met instemming van de betrokken werkgevers en werknemers. Collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken – en rechten vergt echter juist dat de pensioenfondsen/sociale partners de overeenkomst en de opgebouwde pensioenaanspraken en- rechten kunnen aanpassen zonder instemming van iedere afzonderlijke werknemer en werkgever.

In bepaalde gevallen kunnen pensioenovereenkomsten voor de toekomstige opbouw worden gewijzigd zonder uitdrukkelijke, individuele en afzonderlijke instemming van werknemers en werkgevers. Bijvoorbeeld:

1. Bij verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds kunnen sociale partners een wijziging van de pensioenregeling doorvoeren. Het pensioenfondsbestuur wijzigt vervolgens het pensioenreglement, waarna het gewijzigde reglement moet worden nageleefd (artikel 4 Wet verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds 2000). Individuele werkgevers en werknemers zijn gebonden door de verplichtstelling. Bij pensioenfondsen met een deelnemerraad moet het fondsbestuur wel advies vragen aan de deelnemersraad over een voorgenomen besluit tot wijziging van het pensioenreglement (artikel 111 PW). Indien het pensioenfonds het advies van de deelnemersraad niet opvolgt kan de deelnemersraad beroep instellen bij de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (artikel 217 PW);
2. Als de pensioenovereenkomst is geregeld in een CAO, zullen de gebonden werkgevers en werknemers op een wijziging in de pensioenovereenkomst geen invloed kunnen uitoefenen maar kunnen cao-partijen de pensioenregeling wijzigen. Niet georganiseerde werknemers zijn door een incorporatiebeding eveneens gebonden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst in een cao door sociale partners. Ten aanzien van gewezen deelnemers en gepensioneerden die geen werkgever meer hebben wordt wel aangenomen dat zij in beginsel niet aan een cao-wijziging zijn gebonden. Daarover bestaat echter geen consensus;
3. Via een wijziging van het dwingend burgerlijk recht. Deze werkt door in de pensioenovereenkomst. Dwingende bepalingen werken direct door in de rechtspositie van rechthebbenden en zijn rechtstreeks inroepbaar, ook als de pensioenovereenkomst niet is aangepast. Zo kon bij de invoering van de Wet medische keuringen het verbod op het verrichten van medische keuringen direct ingeroepen worden ook al voorzag de pensioenovereenkomst nog in de mogelijkheid van medische selectie;
4. De werkgever kan een pensioenregeling eenzijdig wijzigen indien dit schriftelijk is bedongen (artikel 19 PW, 7:613 BW ; Burgerlijk Wetboek) of - bij het ontbreken van een schriftelijk wijzigingsbeding – via een beroep op artikel 7:611 BW, het goed werkgever- en werknemerschap (de redelijkheid - en billijkheid). Van belang is dat hierbij getoetst dient te worden of de werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft om tot eenzijdige wijziging over te gaan en het belang van de werkgever zwaarder weegt dan de belangen van de werknemer die daarvoor moeten wijken.[24] In de praktijk komt het voor dat een wijzigingsbevoegdheid van de werkgever wordt doorgecontracteerd aan het pensioenfonds. Door incorporatie van het pensioenreglement in de arbeidsovereenkomst is de werknemer gebonden aan wijzigingen van het reglement door het pensioenfonds. Deze constructie is niet onomstreden waardoor niet altijd helder zal zijn of de werknemer is gebonden aan de door het pensioenfonds gewijzigde pensioenovereenkomst[25];

[24] Rechtbank Almelo, 29 juni 2011, LJN: BQ9740
[25] Rechtbank Rotterdam, 9 april 2010, PJ 2010, 137

Van een zwaarwichtig belang kan sprake zijn bij[26]:
a. ingrijpende wijziging van wetgeving;
b. toetreding tot een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds;
c. een fusie of splitsing;
d. zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden;
e. dwingend voorgeschreven pensioenwetgeving.

De Hoge Raad heeft in het Taxi Hofman-arrest[27] bepaald dat het bij een eenzijdige wijziging door de werkgever moet gaan om redelijke wijzigingsvoorstellen die verband houden met bijvoorbeeld gewijzigde omstandigheden op het werk, waarin een goed werkgever aanleiding mag zien voor een wijziging. Bovendien moet de aanvaarding van de wijziging in redelijkheid van de werknemer gevergd kunnen worden. Hoewel in het arrest Taxi Hoffman geen sprake was van een schriftelijk eenzijdig wijzigingsbeding, maar werd getoetst aan goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) heeft de Hoge Raad deze toets ook gebruikt in een zaak waar wel sprake was een aan schriftelijk eenzijdig wijzigingsbeding.[28] Aangenomen wordt dat eenzelfde strakke toets ook geldt voor een arbeidsovereenkomst waarin wel een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen.

Indien niet sprake is van één van de bovengenoemde uitzonderingen of indien niet met succes de pensioenovereenkomst eenzijdig kan worden gewijzigd, moet de pensioenovereenkomst op grond van de huidige wetgeving op basis van wederzijds goedvinden worden gewijzigd.

Wijziging beroepspensioenregeling
Een beroepspensioenvereniging is bevoegd om de toekomstige opbouw in een beroepspensioenregeling te wijzigen. Hiervoor is geen instemming nodig van individuele beroepsgenoten. Bij wijziging van een beroepspensioenregeling, moet de beroepspensioenvereniging een afschrift van de wijziging aan de Minister van SZW en aan DNB (artikel 10, eerste lid Wvb) sturen. De Minister doet mededeling in de Staatscourant van de wijziging. Belanghebbenden kunnen binnen vier weken bij de Minister zienswijzen indienen, inzake het al dan niet voldoen aan de representativiteitseis van artikel 5, eerste lid, onderdeel b Wvb. Indien de zienswijzen daartoe aanleiding geven, zal de Minister de beroepspensioenvereniging verzoeken aan te tonen dat aan de representativiteitseis wordt voldaan.

De positie van gewezen deelnemers en gepensioneerden
Gewezen deelnemers[29] en gepensioneerden[30] - evenals andere personen met wie de werkgever geen arbeidsverhouding heeft zoals ontslagen arbeidsongeschikten en nabestaanden - nemen een bijzondere plaats in bij het wijzigen van de pensioenregeling. Er wordt wel aangenomen dat er geen juridische relatie meer met de werkgever is waardoor de arbeidsvoorwaarde, het nominaal onvoorwaardelijk toegezegde pensioen, in beginsel niet meer zou kunnen worden gewijzigd. Dit geldt dan niet voor een voorwaardelijke indexatieregeling. In deze opvatting geldt dat voor gewezen deelnemers en gepensioneerden en andere personen met wie geen arbeidsverhouding meer bestaat de situatie bij het einde van de arbeidsovereenkomst en daarmee het einde van het deelnemerschap wordt bevroren.[31]

De werknemer/deelnemer krijgt in deze visie op basis van de door de pensioenuitvoerder in een pensioenreglement omgezette pensioenovereenkomst een zelfstandige relatie met de pensioenuitvoerder. De gewezen deelnemer heeft een recht op behoud van opgebouwde

[26] A. Pásztor, Arbeidsrecht 2006, nr.9, Kamerstukken II, 1971/72, 11 529, nr. 4, p.6 en nr. 5, p.4.
[27] Taxi Hofman, HR 26-6-1998, JAR, 1998/199
[28] Bruins/Valk Welding, ktg Assen 19 december 2005, JAR 2006/36.
[29] Werknemer of gewezen werknemer door wie op grond van een pensioenovereenkomst geen pensioen meer wordt verworven en die bij beëindiging van de deelneming een pensioenaanspraak heeft behouden jegens een pensioenuitvoerder.
[30] Gewezen werknemer voor wie het ouderdomspensioen is ingegaan.
[31] Wirschell in Tekst & Commentaar Pensioenrecht, toelichting op artikel 19 PW.

aanspraken jegens de pensioenuitvoerder. Die aanspraak wordt verkregen op grond van de pensioenovereenkomst zoals uitgewerkt in het pensioenreglement zoals dat gold op het moment dat de deelneming werd beëindigd. Over de opvatting dat er in beginsel sprake is van een gewijzigde/uitgewerkte rechtssituatie waaruit nog postcontractuele verbintenissen voortvloeien jegens de pensioenuitvoerder en eventueel de werkgever voor zover die nog op basis van het pensioenreglement verplichtingen heeft jegens de gewezen deelnemer/gepensioneerde, bestaat echter geen consensus. Daartegenover staat een meer dynamische leer die ervan uitgaat dat met het eindigen van de pensioenovereenkomst bepaalde verbintenissen zoals een eenzijdig wijzigingsbeding kunnen blijven doorlopen. [32]

Het wijzigen van de pensioenovereenkomsten van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden blijft een lastige zaak en is vooral afhankelijk van wat partijen hebben afgesproken over het doorlopen van bepaalde verplichtingen. Jurisprudentie op dit gebied is zeer casuïstisch zodat op voorhand niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat pensioenrechten van gepensioneerden en gewezen deelnemers al dan niet kunnen worden aangepast. Er is in de rechtspraak een enkel voorbeeld waarin een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst jegens gewezen deelnemers en gepensioneerden is toegestaan door de rechter.[33] De wetgever zal daarom moeten bezien of het collectief invaren voor deze groepen nader moet worden gefaciliteerd.

Besluit sociale partners/werkgever tot invaren
Als CAO-partijen, dan wel de werkgever, willen overstappen naar het nieuwe pensioencontract en gebruik willen maken van de verruimingen in (de uitzonderingen op) artikel 20 PW, zal dit zorgvuldig moeten gebeuren. Zij zullen nadrukkelijk de afweging moeten maken of in de situatie van dit specifieke fonds overgaan op een nieuwe pensioencontract (inclusief invaren) haalbaar en wenselijk is. Als aangegeven, zal – als tot invaren wordt besloten - de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer moeten worden gewijzigd, waarna vervolgens collectieve waardeoverdracht moet plaatsvinden van de aanspraken opgebouwd onder de oude regeling naar de nieuwe regeling. Om dit proces zorgvuldig te laten verlopen is zeer wel denkbaar dat een pensioenfonds bij collectieve waardeoverdracht verplicht een aantal waarborgen in acht moet nemen ter bescherming van de deelnemers.

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl)
Bij de afweging om over te gaan op een nieuw pensioencontract (inclusief invaren) zal tevens de Wgbl in acht moeten worden genomen (zie ook bijlage II). Dit betekent dat per pensioenfonds zal moeten worden gekeken naar de generatie-effecten van het collectief invaren van pensioenaanspraken en rechten. Een bepaalde leeftijdscategorie die meent benadeeld te worden op grond van hun leeftijd moet voldoende feiten naar voren kunnen brengen die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Als dat vermoeden aanwezig is zal de werkgever/ het pensioenfonds moeten aantonen dat er geen leeftijdsonderscheid is dan wel dat er een objectieve rechtvaardiging is voor dat leeftijdsonderscheid.

Daar waar als gevolg van het collectief invaren een bepaalde leeftijdsgroep wordt benadeeld is daarvoor een objectieve rechtvaardiging vereist. Compensatie als zodanig vormt geen rechtvaardiging voor leeftijdonderscheid. Een beding dat in strijd is met de Wgbl is nietig. Zowel werkgever als pensioenfonds zijn aansprakelijk voor een correcte naleving van gelijke behandelingsvoorschriften. [34]

Pensioen- en aanspraakgerechtigden kunnen mogelijk een beroep doen op de Wgbl op het moment dat zij het idee hebben dat collectief invaren nadelig is voor bepaalde leeftijdscategorieën. Zij

[32] J. van Sloten, Is de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer bevroren? Een verkenning, Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing: liber amicorum voor prof. dr. Antoine Jacobs, Zutphen, Paris 2011.
[33] Zie bijvoorbeeld de recente uitspraak in de IBM zaak LJN: BR4484, Gerechtshof Amsterdam, 200.051.232/01 + 200.050.942/01 en Elementis Specialties zaak LJN: BU6019, Gerechtshof Arnhem, 200.072.393.
[34] HvJ EU 9 oktober 2001, PJ 2001, 101

kunnen daartoe de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) om een oordeel verzoeken of een beroep doen op de civiele rechter. Een oordeel van de CGB is gezaghebbend maar in tegenstelling tot een rechterlijk vonnis niet bindend. Pensioenfondsen hebben ook de mogelijkheid om de CBG vooraf een oordeel te vragen over de gewijzigde pensioenregeling.

Verjaring pensioenaanspraken
Op grond van artikel 59 PW verjaren rechtsvorderingen van een pensioengerechtigde tegen een pensioenuitvoerder niet bij leven van de pensioengerechtigde. Op vorderingen tegen de werkgever is het BW van toepassing en is de verjaringstermijn afhankelijk van de grondslag van de vordering. Bij een vordering tot nakoming (artikel 3:307 BW) en een vordering tot schadevergoeding (artikel 3:310 BW) geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Bij schadevergoeding is wel van belang dat de verjaringstermijn begint te lopen op het moment de benadeelde bekend wordt dat hij enige schade heeft geleden. Waarbij geldt dat de verjaringstermijn in ieder geval is verstreken na verloop van twintig jaar na de schade veroorzakende gebeurtenis.

3.4.4 Collectieve waardeoverdracht

Collectieve waardeoverdracht is nodig bij invaren
Voor het invaren van bestaande pensioenaanspraken en - rechten zal collectieve waardeoverdracht moeten plaatsvinden van de huidige pensioenregeling naar het nieuwe pensioencontract. Dit volgt uit de tekst van artikel 83, eerste lid, onder c PW. Dit artikel bepaalt dat een pensioenuitvoerder bevoegd is om op verzoek van de werkgever over te gaan tot collectieve waardeoverdracht indien de waardeoverdracht ertoe strekt in verband met een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten de waarde van pensioenaanspraken of pensioenrechten aan te wenden bij dezelfde pensioenuitvoerder overeenkomstig die gewijzigde pensioenovereenkomsten. Hieruit kan worden afgeleid dat de werkgever[35] een verzoek moet doen aan het pensioenfonds om de opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten in te varen in het nieuwe pensioencontract. Een pensioenfonds mag niet zelfstandig besluiten tot het invaren van bestaande aanspraken en rechten in een nieuwe pensioenregeling. Indien een werkgever geen verzoek doet aan het pensioenfonds om de opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten in te varen in de nieuwe pensioenregeling, zal het pensioenfonds de tot de wijziging van de pensioenregeling opgebouwde aanspraken en rechten moeten uitvoeren op basis van de oude pensioenregeling.

Wettelijke regels voor collectieve waardeoverdracht
Een collectieve waardeoverdracht is aan wettelijke regels gebonden (zie bijlage II voor de volledige procedure en wettelijke eisen). Een belangrijk punt daarbij is dat deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden schriftelijk moeten worden geïnformeerd over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever. Collectieve waardeoverdracht is op dit moment slechts mogelijk indien de betrokkenen geen bezwaren jegens de pensioenuitvoerder kenbaar hebben gemaakt. Daarbij hoeft niet ieder individu uitdrukkelijk in te stemmen; de toestemming wordt geacht te zijn gegeven als de werknemer binnen een redelijke termijn geen bezwaar maakt tegen de pensioenoverdracht. Indien een werkgever op een dergelijke wijze instemming vraagt aan de deelnemers voor een collectieve waardeoverdracht zal dit met de nodige waarborgen moeten zijn omkleed. Zo zal een deelnemer voldoende tijd moeten hebben om te reageren en zal de werkgever voldoende duidelijk moeten maken wat de gevolgen zijn voor de deelnemer van een collectieve waardeoverdracht. Indien een deelnemer bezwaar maakt tegen de collectieve waardeoverdracht, dan heeft dit overigens slechts tot gevolg dat zijn individuele aanspraken of rechten niet kunnen worden overgedragen. De collectieve waardeoverdracht op zich wordt niet geblokkeerd; ofwel: de collectieve waardeoverdracht kan wel doorgang vinden bij deelnemers die geen bezwaar maken.[36] Zoals in paragraaf 3.4.2 al is aangegeven dient de

[35] Bij een beroepspensioenregeling zal de beroepspensioenvereniging een verzoek moeten doen tot een (interne) collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 91, eerste lid, onderdeel b WVB.
[36] Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 maart 2009, LJN: BH4945.

wetgever deze bezwaarmogelijkheid te schrappen, om het collectief invaren van de opgebouwde aanspraken in een reëel pensioencontract mogelijk te maken.

Toetsing collectieve waardeoverdracht door DNB
DNB toetst bij een (interne) collectieve waardeoverdracht of aan de wettelijke eisen is voldaan, waaronder of zorgvuldige besluitvorming heeft plaatsgevonden (zie bijlage II voor nadere toelichting). DNB zal met name een verbod opleggen tot een (interne) collectieve waardeoverdracht indien zij van oordeel is dat de belangen van de betrokken (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden hierdoor onevenredig geschaad worden. DNB zal ook een verbod tot waardeoverdracht opleggen indien zij over onvoldoende gegevens beschikt om de gevolgen van de interne collectieve waardeoverdracht te kunnen beoordelen.

In geval van liquidatie geen individueel blokkaderecht
Bij liquidatie is er op basis van artikel 84 PW en artikel 92 Wvb een verplichte collectieve waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder en zijn er geen individuele blokkades mogelijk zoals bij waardeoverdracht op grond van artikel 83 PW en artikel 91 Wvb. Wel moet worden voldaan aan de eisen omtrent collectieve actuariële gelijkwaardigheid. Liquidatie en onderbrenging bij een nieuwe pensioenuitvoerder kan een wijziging van de pensioenovereenkomst met zich meebrengen. Indien dit het geval is dan gelden de algemene regels voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Overigens is artikel 84 PW niet uitgezonderd van het aantastverbod van artikel 20 PW en zal de waardeoverdracht bij DNB moeten worden gemeld die een verbod kan opleggen.

3.5 Internationaal juridisch kader juridische collectief invaren bestaande pensioenaanspraken- en rechten

3.5.1 Inleiding

Zoals uiteengezet in de hoofdstukken 1 en 2 heeft het Pensioenakkoord als uitgangspunt dat de hoogte van de aanspraken afhankelijk wordt van levensverwachting en ontwikkeling op de financiële markten. In dat kader speelt de vraag of en onder welke voorwaarden reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten meegenomen kunnen worden in het nieuwe pensioencontract ("invaren van bestaande aanspraken en - rechten"). Daardoor worden toegekende aanspraken en rechten die in het verleden zijn opgebouwd minder hard gemaakt, omdat zij net als de nog op te bouwen aanspraken afhankelijk worden van de levensverwachting en de ontwikkelingen op de financiële markten. Uit het hiervoor beschreven nationale kader blijkt dat dit een wijziging zal vergen van de PW en de Wvb omdat het onder de huidige PW en Wvb niet mogelijk is om in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten eenzijdig te wijzigen.

De vraag die hierbij opkomt is hoe een wijziging van de PW en de Wvb zich verhoudt tot verplichtingen van Nederland die voortvloeien uit het internationale en Europese recht, met name als het gaat om het recht op ongestoord genot van eigendom, het gelijkheidsbeginsel en pensioenregelgeving. Uit een analyse van het internationale en Europese recht (zie voor een nadere toelichting bijlage III) blijkt dat in het kader van collectief invaren vooral artikel 1 Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP EVRM) van belang is.

3.5.2 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM

Indien de wetgever het door een aanpassing van de PW en Wvb mogelijk maakt dat bestaande pensioenaanspraken en –rechten collectief worden ingevaren in het nieuwe pensioencontract, dus zonder dat individuele aanspraak- en pensioengerechtigden daar bezwaar tegen kunnen maken, kan dit leiden tot een mogelijke aantasting van de nominale zekerheid en hiermee tot een inbreuk op het eigendomsrecht. Artikel 1 EP EVRM beschermt het ongestoord genot van eigendom.

Het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) heeft geoordeeld dat pensioenrechten onder het eigendomsrecht vallen en deze dus beschermd worden door artikel 1 EP EVRM. De tekst van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM bepaalt:

"Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoorde genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt, het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of onder betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren."

Het EHRM heeft zich meerdere malen uitgesproken over de vraag of inbreuken op het eigendomsrecht al dan niet gerechtvaardigd en daarmee rechtmatig zijn. Het EHRM hanteert een vast algemeen toetsingskader om te beoordelen of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd:

(a) het EHRM toetst of de inbreuk bij wet is voorzien;
(b) het EHRM toetst of de inbreuk een gerechtvaardigd algemeen belang dient. Verdragsstaten hebben in het algemeen een ruime beoordelingsvrijheid om te beoordelen of sprake is van een dergelijk algemeen belang. De overheid heeft de vrijheid om, in het bijzonder met het oog op sociale en economische doelstellingen, een bepaald beleid te voeren waarmee inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten. Het EHRM is van mening dat nationale autoriteiten vanwege hun directe kennis van de samenleving in beginsel beter toegerust zijn dan de Straatsburgse organen om te beoordelen wat in het algemeen belang is. Gelet hierop zal het EHRM het oordeel van de nationale autoriteiten wat in het algemeen belang is, dan ook in beginsel accepteren tenzij deze beoordeling kennelijk zonder enige redelijke grond is. Het EHRM zal daarbij wel altijd nagaan of er een belangenafweging op nationaal niveau heeft plaatsgevonden;
(c) voorts is het de vraag of de inbreuk proportioneel is, dat wil zeggen of er rechtvaardig evenwicht is tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van het eigendomsrecht van het individu. Dit betekent dat een inbreuk in verband met een algemeen belang geen onevenredige last ("excessive burden") voor de betrokkene mag betekenen. Indien er sprake is van een onevenredige last dan zal moeten worden onderzocht of, en zo ja in welke mate, een redelijke schadevergoeding moet worden geboden voor de ondervonden last. Naarmate de inbreuk een groter negatief gevolg heeft, dient ruimere compensatie te worden geboden voor het creëren van een rechtvaardig evenwicht. Hierbij speelt tevens een rol of er geschikte minder belastende alternatieven voor handen zijn. Daarbij wordt opgemerkt dat compensatie een inbreuk op het eigendomsrecht kan rechtvaardigen, hetgeen bij leeftijdonderscheid op decentraal niveau in het kader van de Wgbl niet het geval is.

Indien aan één van de hiervoor genoemde rechtvaardigingsvereisten niet wordt voldaan, is sprake van strijd met artikel 1 EP EVRM. Indien bestuur, wetgever en rechter buiten de grens van het EVRM treden, schendt Nederland zijn verdragsverplichtingen, waarvoor het volkenrechtelijk aansprakelijk is en mogelijk schadeplichtig. Dit artikel is dus vooral relevant bij mogelijke vorderingen tegen de Staat en zal in mindere mate van belang zijn bij vorderingen tegen pensioenfondsen/werkgevers. Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat aangenomen mag worden dat een vordering uit onrechtmatige daad tegen de Staat uiterlijk twintig jaar na wetswijziging zal verjaren (artikel 3:310 BW).

In het kader van het collectief invaren zal dus in het bijzonder de vraag spelen hoe een wetswijziging die het invaren van opgebouwde pensioenrechten mogelijk maakt zich verhoudt tot artikel 1 EP EVRM. Voor de rechtvaardiging van een dergelijke wetwijziging waarbij de Staat een bepaalde mate van bescherming van opgebouwde pensioenrechten opheft, is niet alleen de motivering waarom dit in het algemeen belang is essentieel, maar ook of er een "fair balance" bestaat tussen het algemeen belang enerzijds en de individuele rechten anderzijds (de

proportionaliteit). Daarbij dient bezien te worden of bepaalde groepen (met name generaties) of individuen niet onevenredig hard worden getroffen in vergelijking met anderen.

Hierin ligt mede de vraag besloten of de maatregel mogelijk discriminatoir is en dus een toets aan non-discriminatie bepalingen als artikel 14 EVRM en 26 Internationaal verdrag inzake de burgerrechten en politieke rechten (BUPO) aan de orde is[37]. In dat kader geldt dat een onderscheid gerechtvaardigd kan zijn als daarbij een legitiem doel wordt nagestreefd en als de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. Het zijn met name deze elementen die beoordeeld moeten worden. De afweging die daarbij gemaakt wordt is niet alleen relevant voor de wijziging van de PW door de wetgever maar speelt eveneens een rol bij het feitelijke besluit van sociale partners en pensioenfondsbesturen om opgebouwde pensioenrechten collectief in te varen.

3.6 Meten van de effecten van invaren

De toets van de wetswijziging om invaren mogelijk te maken en van het besluit van die mogelijkheid gebruik te maken komt in hoofdstuk 5 aan de orde. Duidelijk is dat daarbij op grond van de voorgaande juridische analyse een beoordeling dient plaats te vinden van de effecten voor verschillende groepen.

Om de effecten van (collectief) invaren te kunnen beoordelen is inzicht nodig in de materiële, financieel-economische gevolgen voor de aanspraak- en pensioengerechtigden. Dat wil zeggen inzicht in de waardeverandering van de bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten waarover de rechter zich in geval van een juridische procedure waarschijnlijk zal uitspreken. De materiële financieel-economische, gevolgen zijn onder andere van belang om de proportionaliteit en evenredigheid van de inbreuk op de pensioenaanspraak of het pensioenrecht te kunnen bepalen. De maatstaven voor de financieel-economische gevolgen moeten daarom een evenwichtig beeld geven van de omvang van de verschillende effecten die optreden bij collectief invaren.

De gevolgen van collectief invaren voor het nominale pensioen hoeven zich niet op het moment van invaren voor te doen. De nominale aanspraak zal in de meeste gevallen pas na verloop van de tijd veranderen, bij het toepassen van de verschillende aanpassingsmechanismen voor de levensverwachting en voor financiële schokken. De omzetting naar het reële contract heeft in eerste instantie betrekking op een wijziging van de verdeling van risico's die zich nog niet hebben gemanifesteerd. De aard van deze wijziging leidt in beginsel tot een inbreuk op de nominale zekerheid.

Om te bepalen wat de materiële financieel-economische gevolgen zijn van deze inbreuk op de nominale zekerheid door wijzingen in de risicoverdeling, kan gebruik worden gemaakt van effectmaten die uitgaan van de "marktwaarde" van de pensioenaanspraak en het pensioenrecht. Omdat pensioenaanspraken en pensioenrechten niet daadwerkelijk op "de markt" verhandeld worden kan de feitelijke waardeverandering door de gewijzigde risicoverdeling echter niet geobserveerd worden.

Daarom zal gebruik moeten worden gemaakt van economische scenario's waarmee de toekomstige ontwikkeling van pensioenuitkomsten wordt geanalyseerd. Hierbij wordt gebruik gemaakt van economische modellen waarin de toekomstige ontwikkeling van het pensioenvermogen en de pensioenverplichtingen wordt gesimuleerd, en waarbij rekening wordt gehouden met de onzekerheid in de uitkomsten. Dit komt overeen met de methodiek die wordt gebruikt voor de

[37] Ongelijke behandeling kan leiden tot een schending van artikel 1 EP EVRM. Zie in dat verband de zaak Asmundsson (EHRM 12 oktober 2004) waarin het EHRM niet meer toekwam aan een beoordeling van het beroep op artikel 14 EVRM omdat al sprake was van een inbreuk op het eigendomsrecht.

waardering van financiële activa, zoals aandelen en obligaties. Deze vorm van “marktwaardering” weegt de risico’s in het pensioen en hangt daar op een objectieve manier een prijskaartje aan, zoals dat ook zou gebeuren als pensioenaanspraken en pensioenrechten vrij verhandelbaar zouden zijn. Dit is een adequate manier om de materiële financieel-economische effecten van (de gewijzigde risicoverdeling in) het reële contract te beoordelen. Hiernaast wordt onder meer in kaart gebracht wat de verwachte pensioenuitkering is in het huidige en nieuwe pensioencontract, zowel voor mediane scenario’s, als voor de 5% minst gunstige scenario’s. Ten slotte wordt ook geanalyseerd hoe de verwachte kans op nominaal korten zich ontwikkelt voor zowel het bestaande nominale als het nieuwe reële pensioencontract.

Hoofdstuk 4. Financieel-economische gevolgen van de keuze voor het nieuwe reële pensioencontract en van collectief invaren

In hoofdstuk 3 is beargumenteerd dat bij de juridische toetsing van de beslissing tot collectief invaren ook moet worden gekeken naar de materiële financieel-economische gevolgen op het moment van invaren. Daarbij is globaal beschreven hoe deze gevolgen kunnen worden bepaald door te kijken naar economische scenario's waarmee de toekomstige ontwikkeling van pensioenuitkomsten wordt geanalyseerd, uitgaande van de gewijzigde risicoverdeling in het reële contract.. Dit hoofdstuk geeft een beeld van de financieel-economische gevolgen van de overstap naar een reëel pensioencontract naar aanleiding van de analyse van het Centraal Planbureau. Paragraaf 4.1. beschrijft het doel, opzet en belangrijkste conclusies van de financieel-economische analyse. Paragraaf 4.2 gaat in op de effecten van de overgang van een nominaal naar een reëel pensioencontract. Paragraaf 4.3. beschrijft de gevolgen van niet-invaren van bestaande pensioenaanspraken en – rechten in het nieuwe reële pensioencontract. Paragraaf 4.4 bevat een conclusie.

4.1 Doel, opzet en belangrijkste conclusies analyse financieel-economische effecten

De financieel-economische gevolgen moeten in beginsel per fonds worden bepaald, omdat de beslissing tot collectief invaren op het niveau van individuele fondsen moet worden genomen. Een analyse voor individuele fondsniveau valt buiten de reikwijdte van dit rapport. Om toch een – eerste – beeld te geven van de materiële financieel-economische gevolgen van de overstap naar het nieuwe pensioencontract en de keuze om opgebouwde aanspraken en rechten in te varen heeft het Centraal Planbureau (CPB) een analyse op hoofdlijnen gemaakt van de te verwachten effecten. De analyse van het CPB is als bijlage bij dit rapport gevoegd.

Om een algemeen beeld te krijgen van de effecten van het nieuwe pensioencontract richt de analyse van het CPB zich in de eerste plaats op een pensioenfonds met een 'gemiddelde' deelnemerssamenstelling, een nominale startdekkingsgraad van 100% en een gemiddelde beleggingsmix. Hierbij heeft het CPB ook onderzocht hoe gevoelig de uitkomsten zijn voor aannamen rond de economische situatie. Om een gevoel te krijgen voor de mate waarin de berekende effecten afhangen van de kenmerken van pensioenfondsen heeft het CPB vervolgens ook gevoeligheidsanalyses uitgevoerd rond de deelnemerssamenstelling, start dekkingsgraad en beleggingsmix.

De focus in de analyse ligt op de verwachte gevolgen voor verschillende generaties op het moment van overgang naar het reële contract. Het CPB heeft daarbij vooral gekeken naar de volgende effectmaten:

- *Het netto profijt per persoon, naar geboortejaar:* het netto profijt representeert de winst of het verlies aan pensioenwaarde op individueel niveau als gevolg van de overstap naar het reële contract. In deze effectmaat is ook rekening gehouden met eventuele veranderingen in de waarde van premiebetalingen.
- *Percentielen van het pensioenresultaat:* de analyse van het CPB is gebaseerd op economische scenario's met onzekerheid. Deze onzekerheid vertaalt zich in onzekerheid over het uiteindelijke pensioenresultaat. De percentielen van het pensioenresultaat geven aan binnen welke marges het pensioenresultaat zich in de meeste gevallen zal bewegen.
- *De kans op nominale kortingen:* de kans op nominale kortingen is de kans die elk jaar bestaat dat de tot dan toe opgebouwde pensioenaanspraken moeten worden verlaagd.

De analyse van het CPB richt zich zowel op de afzonderlijke effecten van de verschillende onderdelen van het nieuw contract, zoals het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme en het aanpassingsmechanisme voor financiële schokken, als op de effecten van het contract als geheel.

Als referentie voor de effecten van het reële contract dient het huidige nominale contract, waarbij rekening is gehouden met de in de hoofdlijnennota vermelde aanpassingen van het ftk. Daarmee worden de twee contractvormen die in het vernieuwde ftk naast elkaar komen te staan met elkaar vergeleken. Na aanpassing van het ftk is immers het huidige ftk niet meer relevant. Pensioenfondsen hebben de keus tussen ofwel het huidige nominale contract (onder het aangepaste ftk), ofwel het reële contract waarbij in principe bestaande pensioenaanspraken – en rechten worden ingevaren. De financieel-economische effecten van de aanpassingen in het ftk, zoals de introductie van een Ultimate Forward rate (UFR) zijn overigens wel onderdeel van het CPB-rapport.

In het vervolg van dit hoofdstuk worden de belangrijkste resultaten uit de CPB-analyse samengevat.

4.2 Effecten overgang nominaal contract naar reëel contract

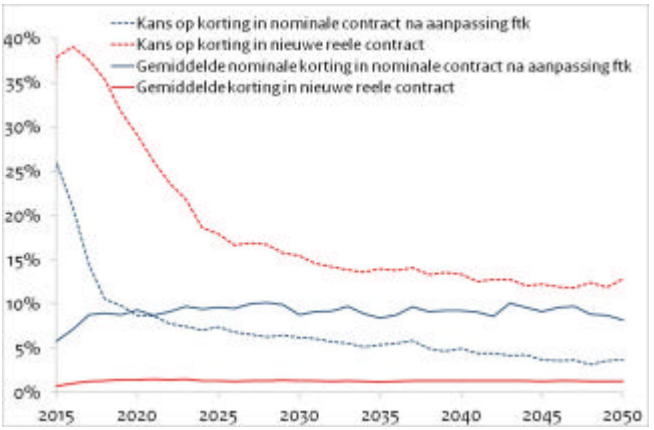
4.2.1 Effecten van invaren in de uitgangssituatie

Startdekkingsgraad
De CPB-analyse gaat in de basisvariant uit van een startdekkingsgraad van 100% in het huidige contract. Uitgaande van de rentecurve ultimo 2011 komt dit overeen met een reële dekkingsgraad van 82% in het reële contract voor het 'gemiddelde' fonds in de CPB-analyse, onder de veronderstelling dat de nominale aanspraken niet veranderen door de overgang naar het reële contract. In deze reële dekkingsgraad is rekening gehouden met de risico-opslag op de disconteringsvoet in het reële contract.

Tussen pensioenfondsen kan de startdekkingsgraad variëren bij de overstap naar het reële contract. 'Groene' fondsen met een relatief jong deelnemersbestand hebben veel verplichtingen op lange termijn. De dekkingsgraad van een dergelijk jong fonds is hierdoor gevoeliger voor de overstap naar een reëel contract dan een 'grijzer' fonds met een wat ouder deelnemersbestand.

Mate van korten
Binnen het reële contract ligt de gemiddelde omvang van de nominale kortingen op een duidelijk lager niveau dan in het aangepaste huidige contract. Daarentegen ligt de kans op nominale kortingen iets hoger in het reële contract. De afname van de gemiddelde korting is echter aanzienlijk groter dan de toename van de kans op korten (zie figuur 1).

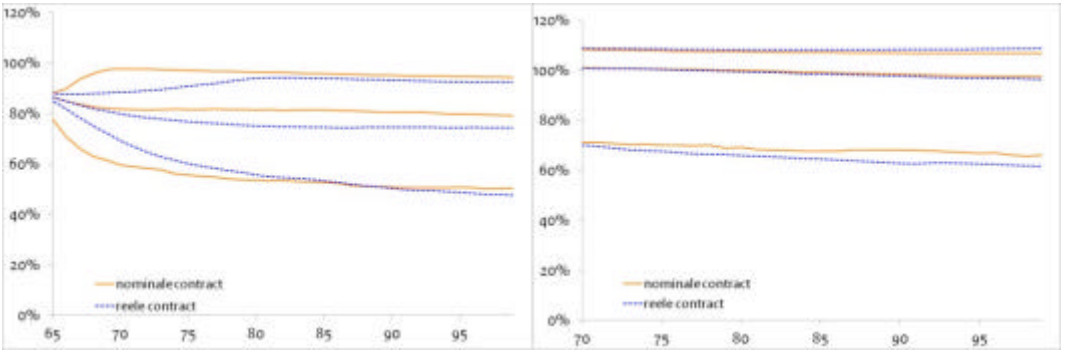
Figuur 1: kans op nominale korting en gemiddelde diepte van een nominale korting in huidige en nieuw contract. (bron: CPB rapport, figuur 5.4)



Gemiddeld genomen is de nominale zekerheid daarmee in het reële pensioencontract groter dan in het nominale contract. Dit is het gevolg van de wijze van korten binnen het huidige contract, als "ultimum remedium" aan het einde van het kortetermijnherstelplan.

In figuur 2 is voor respectievelijk het cohort 1950 en het cohort 1990 de spreiding in de verwachte pensioenuitkering in het nominale en het reële pensioencontract. In deze figuren is de leeftijd tijdens de pensioenperiode op de horizontale as. Het gebied tussen de bovenste en de onderste lijn geeft het meest waarschijnlijke gebied weer waarbinnen het pensioenresultaat zich kan bewegen. Uit deze figuur blijkt dat het cohort 1950 bij overgang op het nieuwe reële contract zowel minder neerwaarts risico heeft als minder opwaarts potentieel. Immers, het 5% percentiel en het 95% percentiel liggen voor het reële contract dichter bij de mediane pensioenuitkering dan in het nominale pensioencontract. Voor het cohort 1990 zijn de effecten van overgang op het nieuwe contract beperkter. Overigens ligt de pensioenuitkering voor het cohort 1950 bij 65 jaar op een niveau van 90%, omdat het CPB rekening houdt met een reeds bestaande indexatieachterstand van 10%. De generatie 1990 heeft hier geen last van.

Figuur 2: Percentielen (5%, 50% en 95%) van de pensioenuitkering van twee spilcohorten: de cohorten met geboortejaar 1950 (links) en 1990 (rechts) 50/50 beleggingsmix, op basis van APG scenario set (bron: CPB-rapport, figuur 5.7); op de horizontale as staat de leeftijd tijdens de pensioenperiode; op de verticale as het pensioenresultaat als percentage van een volledig geïndexeerd pensioen.



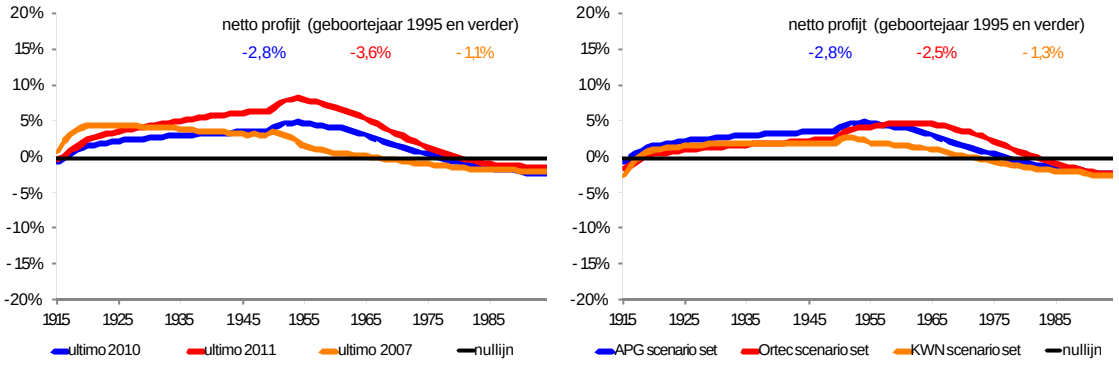
Aandachtspunt hierbij is dat de focus op nominale zekerheid in het huidige contract er toe kan leiden dat pensioenfondsen zich genoodzaakt kunnen voelen om minder beleggingsrisico te nemen dan mogelijk is in het reële contract. Uit het rapport van het CPB is af te leiden dat het terugnemen van risico in het huidige nominale contract leidt tot een aanzienlijk lagere pensioenverwachting. Het effect op de pensioenverwachting is hierbij groter voor jongere generaties dan voor oudere generaties.

Generatie-effecten en gevoeligheid voor economische omstandigheden
Het CPB presenteert de generatie-effecten voor verschillende economische situaties op het moment van overgang en voor hoe de economische situatie zich verder ontwikkelt (de gehanteerde scenariosets). Bij de economische situatie op het moment van overgang speelt met name de dan geldende rentetermijnstructuur een rol. Figuur 3 laat zien dat de exacte resultaten afhankelijk zijn van de gemaakte economische veronderstellingen.

Ondanks de gevoeligheid van de generatie-effecten voor de algemene economische situatie komt voor een gemiddeld fonds, dat voor 50% belegt in vastrentende waarden en voor 50% in zakelijke waarden, het patroon naar voren dat huidige generaties met veel opgebouwde aanspraken (en voor de meeste scenario's met name de geboortejaren tussen 1950 en 1975) in enige mate voordeel hebben bij overstappen op een nieuw pensioencontract, ten koste van een beperkte daling van de pensioenwaarde voor latere generaties. Dat komt met name doordat tegenvallers in het reële contract niet direct resulteren in forse nominale kortingen, maar worden gespreid over

een periode van 10 jaar. In het huidige contract resulteren financiële tegenvallers sneller in nominale kortingen vanwege de herstelperiode van 3 jaar bij een dekkingstekort.

Figuur 3: Netto profijt per geboortejaar van overgang nominale naar reële contract voor 50/50 mix, zonder egalisatiereserve, met gevoeligheid voor economische situaties op het moment van overgang (links) en economische scenariosets (rechts) (bron: CPB rapport, figuur 5.8 en 5.9).



4.2.2 Gevoeligheid voor kenmerken van pensioenfondsen

Generatie-effecten en gevoeligheid voor kenmerken van pensioenfondsen
Uit de CPB-resultaten (figuur 5.8 en 5.9) komt naar voren dat de generatie-effecten kleiner zijn bij een minder risicovolle beleggingsmix. Dit komt omdat de langere spreidingsperiode voor tegenvallers in het reële contract veel minder relevant wordt.

Naast de beleggingsmix heeft het CPB eveneens gekeken naar de gevoeligheid van de generatie-effecten voor andere kenmerken die per fonds kunnen verschillen, in het bijzonder de leeftijdsopbouw van het deelnemersbestand en de invloed van de startdekkingsgraad in het reële contract. De leeftijdsopbouw hoeft in principe nauwelijks tot generatie-effecten te leiden zolang de spreidingstermijn in het aanpassingsmechanisme voor financiële schokken in het reële contract is afgestemd op de leeftijdsopbouw van het werknemersbestand. “Groene” fondsen kunnen zich daarbij een langere spreidingsperiode veroorloven dan “grijze” fondsen. Als deze afstemming er niet is, kunnen zich echter aanzienlijke generatie-effecten voordoen (figuur 5.10 in het CPB-rapport).

De startdekkingsgraad kan verder ook tot grote generatie-effecten leiden als er wordt ingevaren met een lage nominale dekkingsgraad (figuur 5.11 in het CPB-rapport). Dit is een gevolg van de langere spreidingstermijn voor nominale kortingen van 10 jaar in het reële contract tegenover 3 jaar in het nominale contract.

Samenvattend
Uit de resultaten van het CPB komt naar voren dat de generatie-effecten van de overgang op het nieuwe reële pensioencontract sterk kunnen afhangen van de specifieke positie en het contract van het pensioenfonds.

4.2.3 Partiële effecten van de verschillende contractelementen

Egalisatiereserve
Het toevoegen van een egalisatiereserve leidt er toe dat een stabieler indexatiepatroon ontstaat, waarbij ook minder vaak nominale kortingen optreden. Een egalisatiereserve is relatief gunstig voor jongere generaties en kan dus ingezet worden om generatie-effecten van invaren te dempen. Uit de CPB-analyse komt naar voren dat toevoeging van een egalisatiereserve van 20% de

generatie-effecten van de overgang op het nieuwe contract bij verschillende economische uitgangspunten dempt.

Spreidingsperiode aanpassingsmechanisme voor financiële schokken
Het hanteren van een kortere spreidingsperiode leidt er juist toe dat meer schommelingen in de indexatie optreden dan bij een langere spreidingsperiode. Uitgaande van een nominale dekkingsgraad van rond de 100% betekent een kortere spreidingsperiode een nadeel voor huidige generaties ouderen, maar een voordeel voor toekomstige generaties. Door de kortere spreidingsperiode hoeven toekomstige deelnemers relatief minder bij te dragen aan het huidige (reële) tekort, omdat zij minder worden aangeslagen via hun toekomstige opbouw.

Disconteringsvoet
De hoogte van de disconteringsvoet heeft veel gevolgen voor de waargenomen generatie-effecten bij invaren. In de CPB-analyse blijkt dit uit de resultaten omtrent de gehanteerde afslag vanwege indexatie.

Dit betekent overigens niet dat de disconteringsvoet zo maar als instrument gebruikt kan worden om deze generatie-effecten te beperken. De disconteringsvoet is in de eerste plaats bedoeld om de (nieuwe) pensioenopbouw in het reële contract te kunnen waarderen op een wijze die past bij de aard van de pensioenovereenkomst. De speelruimte om bij het bepalen van de disconteringsvoet tevens rekening te houden met de generatie-effecten bij invaren is daardoor beperkt. De disconteringsvoet zoals die wordt voorgesteld voor het nieuwe ftk houdt rekening met de generatie-effecten binnen de uitgangspunten die gelden voor de waardering van de aanspraken in het reële contract.

Levensverwachtingsaanpassingsmechanisme
De mate en richting van de herverdelingseffecten die optreden als gevolg van het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme (LAM) hangt af van de hoogte van de dekkingsgraad en de richting van de schok (valt de levensverwachting mee of tegen). Bij het LAM geldt dat zowel een positieve schok als een negatieve schok bij iedere hoogte van de dekkingsgraad altijd leidt tot een verwerking in 10 jaar. In het huidige contract is dit asymmetrisch: bij onderdekking dient te schok in drie jaar verwerkt te worden. Bij overdekking wordt de schok heel langzaam uitgesmeerd. De generatie-effecten van het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme zijn over het geheel genomen beperkt.

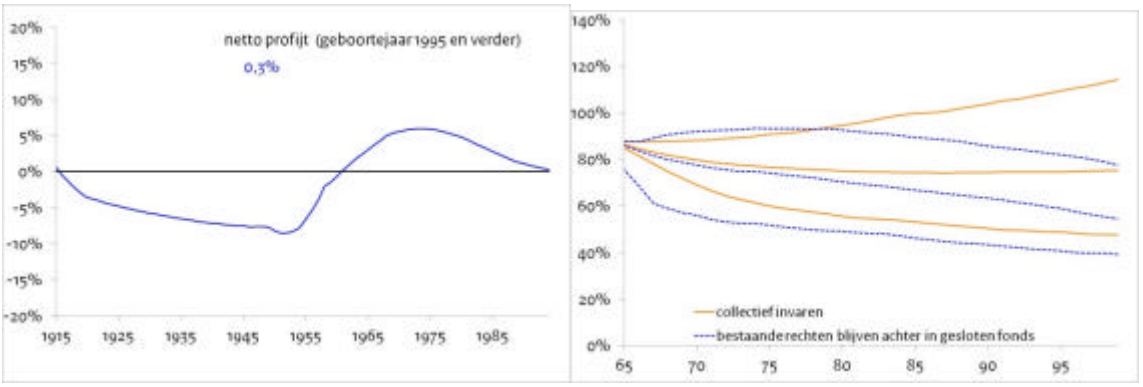
4.3 Gevolgen van niet invaren

Als wordt besloten om voor de nieuwe opbouw over te stappen op het reële contract, en daarbij zou worden besloten om de opgebouwde aanspraken en rechten niet in te varen, is er sprake van een scheiding van bestaande en nieuwe pensioenaanspraken en –rechten. Dit wordt aangeduid als ‘fondssplitsing’.

Jongeren zijn bij de huidige financiële situatie van de pensioenfondsen gebaat bij fondssplitsing in tegenstelling tot collectief invaren, terwijl ouderen (tot ongeveer geboortejaar 1960) verlies leiden in marktwaarde. Fondssplitsing zorgt ervoor dat jongeren niet meer hoeven bij te dragen aan het herstel van de initiële slechte financiële situatie. In figuur 5 is het netto profijt voor de verschillende generaties in deze situatie weergegeven (linker figuur), naast de gevolgen van al dan niet collectief invaren voor het pensioenresultaat cohort 1950 (rechter figuur). Met name de rechter figuur toont aan waarom collectief invaren nodig. Als de opgebouwde aanspraken achterblijven in een gesloten fonds, en het beleggingsrisico geleidelijk wordt teruggenomen om aan de zekerheidsmaat in het ftk te blijven voldoen, verslechtert het pensioenresultaat structureel. Het verlies voor de huidige generatie ouderen kan daarbij oplopen tot 10 procent.

Op het moment dat de dekkingsgraad op een veel hoger niveau ligt kan overigens fondssplitsing juist leiden tot nadeel voor jongere generaties: zij delen dan immers niet meer mee in het vermogensoverschot in het pensioenfonds. Doorbreken van de risicodeling tussen jongeren en ouderen door niet in te varen zorgt ervoor dat beide groepen het risico lopen dat zij uiteindelijk slechter af zijn.

Figuur 5: Het netto profijt, per geboortejaar, als gevolg van fondssplitsing (linker figuur) en het pensioenresultaat (5%, 50% en 95% percentiel) van cohort met geboortejaar 1950 in de situatie van collectief invaren en in de situatie waarin bestaande rechten achterblijven in een gesloten fonds (rechter figuur). (Bron: CPB-rapport, figuur 7.1 en 7.2)



4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de financieel-economische gevolgen van de overgang van het huidig – aangepaste – pensioencontract op het nieuwe pensioencontract op basis van analyses van het CPB.

De overgang van de nominale contracten naar de reële contracten leidt ertoe dat nominale kortingen een regulier sturingsinstrument worden in het pensioenfonds. De frequentie van de kortingen neemt daardoor in beperkte mate toe, terwijl de diepte van de kortingen substantieel afneemt. De reële contracten leiden daardoor tot een stabieler uitkeringspatroon. Het loslaten van de nominale sturing leidt – in tegenstelling tot de verwachtingen - per saldo juist tot grotere nominale zekerheid.

Ondanks de gevoeligheid voor gemaakte economische veronderstellingen, kan worden geconcludeerd dat de overstap op de basisvariant van het reële contract voor een gemiddeld pensioenfonds beperkte positieve herverdelingseffecten heeft voor generaties met relatief veel pensioenaanspraken (bijvoorbeeld personen in de geboortejaren 1950 tot 1975). Jongere generaties gaan er in de basisvariant iets op achteruit. De generatie-effecten die optreden bij overgang op een nieuw contract, zijn van dezelfde orde van grootte als de verschuiving van pensioenwaarde die kan optreden bij een – gangbare - wijziging van de beleggingsmix onder de huidige contracten. Er is dus geen sprake van een excessieve herverdeling van pensioenwaarde tussen ouderen en jongeren door de overstap op het reële contract. Door eisen te stellen aan de minimale dekkingsgraad waarbij mag worden ingevaren, dan wel een overgangsregime te introduceren in geval van dekkingstekorten, zouden deze effecten (deels) kunnen worden beperkt. Ook het introduceren van een egalisatiereserve heeft een duidelijk dempend effect op de generatie-effecten.

De effecten van het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme zijn beperkt. Afhankelijk van de hoogte van de dekkingsgraad, wordt in bepaalde gevallen eerder en in andere gevallen juist later

gekort (ten opzichte van de indexatie, maar bij zeer grote schokken in de levensverwachting in combinatie met financiële schokken wellicht ook in nominale termen) dan nu het geval is.

Verder kan geconcludeerd worden dat de financieel-economische effecten afhankelijk zijn van de specifieke fondssituatie, bijvoorbeeld omtrent beleggingsbeleid, deelnemersbestand en startdekkingsgraad. De CPB-analyse toont aan dat de beslissing om over te stappen op het reële contract en om de bestaande aanspraken collectief in te varen op het niveau van het pensioenfonds moet worden genomen, zodat zo goed mogelijk rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden in van het pensioenfonds en de belangen van de individuele deelnemers of groepen deelnemers.

Tot slot onderschrijven de berekeningen van het CPB het beeld dat collectief invaren nodig is om de solidariteit tussen jongeren en ouderen door middel van de risicodeling in het pensioenfonds te behouden. Niet invaren betekent dat jongeren in een slechte financiële situatie niet meer bijdragen aan een vermogenstekort en in een gunstige financiële situatie niet meer meedelen in een vermogensoverschot in het pensioenfonds. Doorbreken van de risicodeling tussen jongeren en ouderen door niet in te varen zorgt ervoor dat beide groepen het risico lopen dat zij uiteindelijk slechter af zijn. Niet invaren leidt bovendien niet tot een beperking van de risico's voor de bestaande aanspraken, maar kan zelfs leiden tot meer risico.

Hoofdstuk 5. Beoordeling collectief invaren

Dit hoofdstuk beschrijft na een korte inleiding in paragraaf 5.1 de juridische risico's van collectief invaren voor de Staat, werkgevers, de pensioenfondsen en de toezichthouder, en geeft aan hoe het collectief invaren zodanig kan worden ingericht dat de juridische risico's voor verschillende betrokken partijen zo beperkt mogelijk zijn (paragraaf 5.2). In verband daarmee wordt onder 5.3 ingegaan op door de wetgever te stellen randvoorwaarden. Paragraaf 5.4 geeft een finale afweging en conclusie weer.

5.1 Inleiding

Insteek is dat ingeval sociale partners besluiten over te stappen op een reëel pensioencontract, bestaande pensioenaanspraken – en rechten collectief worden ingevaren. De beleidsmatige overwegingen hiervoor zijn in hoofdstuk 2 verwoord. Hoofdstuk 3 noemt de stappen die nodig zijn om collectief invaren mogelijk te maken. Kort weergegeven:

- de PW en andere wetten moeten worden gewijzigd om reële pensioencontracten, alsmede het collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken- en rechten in die contracten mogelijk te maken en te bewerkstelligen dat er geen onzekerheid bestaat over de binding van gewezen deelnemers en gepensioneerden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst;
- sociale partners moeten gebruik maken van die wettelijke mogelijkheden, te weten een reëel pensioencontract overeenkomen en afspreken dat de regels van dat contract ook voor de bestaande pensioenaanspraken- en rechten gaan gelden;
- het pensioenfondsbestuur moet beoordelen of het – gegeven de specifieke omstandigheden - verantwoord is de bestaande pensioenaanspraken- en rechten collectief in het reële pensioencontract in te varen;
- de waarde van de bestaande pensioenaanspraken- en rechten moeten binnen het pensioenfonds collectief worden overgedragen.

5.2 Inschatting van de juridische risico's

5.2.1 Algemeen juridisch oordeel

Indien in het verleden opgebouwde nominale pensioenaanspraken en rechten afhankelijk worden van de ontwikkeling op de financiële markten en van de levensverwachting, leidt dit tot een inbreuk door de Staat op het door artikel 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht. Inmenging in het eigendomsrecht is toegestaan mits die inmenging gerechtvaardigd is. Aangenomen mag worden dat nu de wetgever de mogelijkheden en randvoorwaarden gaat scheppen om collectief invaren mogelijk te maken er sprake is van regulering van eigendom. Zoals eerder in dit rapportrapport aangegeven doen zich dan de volgende vragen voor.

Is inbreuk op het eigendomsrecht bij wet voorzien?
De wetgever kan de PW en andere relevante regelgeving aanpassen en hiermee een mogelijkheid creëren tot het collectief invaren van pensioenaanspraken en –rechten. De inbreuk op het eigendomsrecht is in dat geval "bij wet voorzien" en dus legitiem.

Dient inbreuk een algemeen belang?
Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet dragen reële pensioencontracten bij aan een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen en heeft collectief invaren meerwaarde. Het huidige pensioencontract, dat nominaal georiënteerd is en op grond waarvan een minimaal zekerheidsniveau wordt opgelegd door het ftk, laat fondsen weinig keuze in de afruil tussen zekerheid en pensioenambitie. Voor fondsen waar een hogere premie geen optie meer is, is binnen het huidige contract het verlagen van de hoogte van de uitkering uiteindelijk de enige mogelijkheid. Door fondsen de mogelijkheid te geven om over te gaan op een reëel

pensioencontract, waar niet op nominale zekerheid wordt gestuurd maar op een hoger - want geïndexeerd - resultaat, krijgen fondsen de ruimte om zelf een afweging te maken welke balans tussen ambitie, zekerheid en kosten de belangen van hun deelnemers het beste dient.

Is de inbreuk proportioneel?
De overstap op reële pensioencontracten kan blijkens de CPB-berekeningen voor een gemiddeld pensioenfonds beperkte positieve herverdelingseffecten hebben voor de oudere generatie ten koste van de jongere generaties. Deze effecten kunnen worden beperkt door – bijvoorbeeld - het introduceren van een egalisatiereserve en het stellen van eisen aan de minimale dekkingsgraad waarbij mag worden ingevaren. Met het oog op een toekomstbestendig, stabiel en solidair pensioenstelsel kunnen herverdelingseffecten tot op zekere hoogte acceptabel zijn. Indien wordt gewaarborgd dat de herverdelingseffecten niet overwegend neerslaan bij specifieke groepen of individuen kan de inbreuk op het eigendomsrecht proportioneel worden geacht in relatie tot het algemeen belang van een stabiel, toekomstbestendig en solidair pensioenstelsel. Aangenomen mag worden dat daarmee tevens een objectieve en redelijke rechtvaardiging wordt gegeven voor het geval er door generatie-effecten in enige mate sprake is van het ongelijk behandelen van gelijke gevallen.

Op microniveau zal echter per pensioenfonds moeten worden afgewogen of het invaren van opgebouwde rechten acceptabel is met het oog op het optreden van mogelijke herverdelingseffecten. Dat is een beslissing die op decentraal niveau genomen zal moeten worden aan de hand van de kaders die de wetgever stelt aan het collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken en rechten. Daarbij zijn twee aspecten van essentieel belang. Namelijk het bewerkstelligen van een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst waarmee zowel deelnemers als gewezen deelnemers en gepensioneerden worden gebonden en het voorkomen van leeftijdsonderscheid.

Alternatieven maatregelen om de doelen van het collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken en rechten te realiseren, kennen overwegende nadelen. Zij doen namelijk afbreuk aan de voor het Nederlandse pensioenstelsel kenmerkende solidariteit of zouden een inbreuk vormen op het principe dat de overheid niet treedt in de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen, een terrein dat is voorbehouden aan sociale partners. Deze alternatieven vormen hierdoor geen volwaardig en reëel alternatief. De eventuele inbreuk op het eigendomsrecht van aanspraak- en pensioengerechtigden door collectief invaren kan worden gerechtvaardigd vanuit het daarmee gediende algemene belang en het ontbreken van aanvaardbare alternatieven.

5.2.2 Juridische risico's Staat

Het wettelijke kader moet worden aangepast om sociale partners en pensioenfondsen de mogelijkheid te bieden om rechten en opgebouwde aanspraken collectief in te varen. Het aantastverbod van artikel 20 PW moet worden ingeperkt en aanspraak- of pensioengerechtigden kunnen door aanpassing van de artikelen 83 PW en 91 W vb geen bezwaar maken tegen het collectief invaren. Daarbij dient verzekerd te worden dat gewezen deelnemers en gepensioneerden zijn gebonden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst/reglement. Bij deze aanpassing van de PW en de W vb kan sprake zijn van inbreuk op het eigendomsrecht van aanspraak- en pensioengerechtigden in de zin van artikel 1 EP EVRM.

De Staat heeft op sociaaleconomisch terrein een ruime beoordelingsvrijheid bij het bepalen of een maatregel in het algemeen belang is (zie bijlage III). In dat kader is het aannemelijk dat het wettelijk mogelijk maken van collectief invaren een voldoende algemeen belang dient om een inbreuk op het eigendomsrecht te rechtvaardigen.

De juridische risico's voor de Staat zijn beperkt als gewaarborgd kan worden dat bepaalde groepen en individuen enkel en alleen door het wettelijk mogelijk maken van het collectief invaren van

opgebouwde pensioenaanspraken en rechten niet onevenredig hard worden getroffen. Uit de berekeningen die het CPB heeft gemaakt komt naar voren dat voor een gemiddeld pensioenfonds de effecten van overgang op het reële contract (inclusief invaren van bestaande pensioenaanspraken en - rechten) beperkt zijn, en dat paradoxaal genoeg de nominale zekerheid toeneemt bij de overstap van het nominale naar het reële contract.

Bovendien zullen aanvullende randvoorwaarden worden gesteld om te borgen dat pensioenfondsen een zorgvuldige afweging maken of in hun specifieke situatie invaren ook geëigend is. De uitkomsten voor een gemiddeld fonds, in combinatie met de aanvullende eisen voor specifieke situaties, dragen ertoe bij dat een wijziging van de PW en de Wvb, die het mogelijk maakt om collectief in te varen, de objectieve rechtvaardigingstoets voor wat betreft de inbreuk op het eigendomsrecht en een mogelijke ongelijke behandeling van generaties kan doorstaan.
Indien echter mocht blijken dat er wel degelijk bepaalde groepen en individuen ernstig worden benadeeld bestaan er juridische risico's voor de Staat. Denkbaar is dat het risico kan worden beperkt door het treffen van een compensatieregeling op decentraal niveau.

5.2.3 Juridische risico's werkgever

Als sociale partners of de werkgever wil overstappen op het reële pensioencontract moet de pensioenovereenkomst worden gewijzigd. Bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst moet een werkgever altijd aantonen dat sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang, dat zwaarder weegt dan de belangen van de werknemer. Dit geldt waarschijnlijk in versterkte mate indien de werkgever onder het oude pensioencontract verplicht was om in tijden van tekort bijstortingen te doen of herstelpremies te betalen en voor het verval van deze financiële verplichtingen geen of onvoldoende compensatie wordt geboden[38]. Indien de werkgever er niet in slaagt om het zwaarwichtig belang aan te tonen, dan kan een werknemer in een procedure bij de civiele rechter stellen dat de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst in strijd is met artikel 19 PW of 7:611 BW en dus vernietigbaar. Als de civiele rechter dit oordeel overneemt, dan zal de werkgever gehouden zijn om de oude pensioenovereenkomst na te komen. Onder omstandigheden kan de werkgever schadeplichtig zijn jegens de betreffende werknemer.

Voorts zou een werknemer op grond van de Wgbl de nietigheid van het betreffende beding in de pensioenovereenkomst kunnen inroepen indien hij van mening is dat er sprake is van leeftijdsdiscriminatie. . Hierop wordt in paragraaf 5.2.4 in het kader van de juridische risico's voor pensioenfondsen uitgebreider teruggekomen.

Het zwaarwegend belang zal gevonden kunnen worden in algemene belang om te komen tot een toekomstbestendige, stabiele en solidaire pensioenregeling, gelet op de positie waarin de werkgever en het betrokken pensioenfonds zich bevinden. Daarbij spelen elementen als de houdbaarheid van de pensioenovereenkomst op lange termijn, de solidariteit tussen jong en oud, harmonisatie, de algehele situatie van de branche, financiële noodzaak, het draagvlak onder sociale partners en draagvlak binnen een eventueel aanwezige ondernemingsraad in samenhang met elkaar een rol.

De werkgever zal hierbij de betrokken belangen tegen elkaar moeten afwegen. Zowel procedureel als inhoudelijk zal een wijziging van de pensioenovereenkomst de civielrechtelijke toets van redelijkheid en billijkheid moeten kunnen doorstaan. Daarbij dient ervoor gewaakt te worden dat een wijziging van de pensioenovereenkomst niet leidt tot ongelijke behandeling van gelijke

[38] Hoe deze verplichtingen moeten worden afgewikkeld zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de werkgever de bijstortingsverplichting met een eenmalige bijdrage aan het pensioenfonds afkoopt. Uiteindelijk is het aan de civiele rechter om vast te stellen op welke wijze de financiële verplichtingen moeten worden afgewikkeld.

gevallen. Zo daarvan sprake mocht zijn dan zal deze objectief gerechtvaardigd moeten kunnen worden. Met inachtneming van een zorgvuldige besluitvorming en een goed onderbouwde evenwichtige belangafweging kunnen de juridische risico's voor de werkgever beperkt worden en zou een besluit om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen om daarmee opgebouwde pensioenaanspraken en rechten collectief in te varen juridisch houdbaar moeten kunnen zijn.

5.2.4 Juridische risico's pensioenfondsen

Wijziging pensioenreglement
Voor de pensioenfondsen is essentieel dat sociale partners en pensioenfondsen beoordelen of overstappen op het reële pensioencontract (inclusief het invaren van bestaande pensioenaanspraken en - rechten) een duidelijke meerwaarde heeft.
De keuze voor een nieuwe pensioenovereenkomst door de werkgever/sociale partners wordt altijd gevolgd door een wijziging van het pensioenreglement door het pensioenfondsbestuur. Voor veel werknemers geldt dat zij gebonden zijn via de verplichtstelling aan een bedrijfstakpensioenfonds of de geldende cao. Dit geldt echter niet voor iedereen. Daarbij hebben gewezen deelnemers en gepensioneerden zoals in dit rapport beschreven een andere positie. In ieder geval zal bij wijziging een zwaarwegend belang moeten worden aangetoond. Dat zwaarwegend belang zal gevonden kunnen worden in het eerdergenoemde algemene belang om te komen tot een toekomstbestendige, stabiele en solidaire pensioenregeling voor het betreffende pensioenfonds gelet op de positie waarin dat pensioenfonds zich bevindt. Zie in dit verband ook 5.2.3 over de juridische risico's van de werkgever.

Bij een wijziging van de pensioenovereenkomst moet het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement daarmee in lijn brengen. Het pensioenfonds zal daarbij moeten vaststellen of de wijziging van de pensioenovereenkomst kan en mag worden uitgevoerd. Bij wijziging van het pensioenreglement moet het fonds de wettelijke voorgeschreven procedures in acht moeten nemen.

Een besluit tot collectief invaren zal de toets van redelijkheid en billijkheid moeten kunnen doorstaan. Daarbij mag het besluit niet leiden tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Zo daarvan in enige mate sprake mocht zijn dan zal deze objectief gerechtvaardigd moeten kunnen worden. In dit verband vormt met name leeftijdsonderscheid dat op grond van de Wgbl verboden is een risico. De vraag is evenwel of daarvan sprake is. Het besluit tot invaren geldt namelijk voor de gehele populatie van deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden en is niet afhankelijk van een bepaalde leeftijd. Daarbij is het niet zo dat collectief invaren leidt tot een beloningsverschil tussen verschillende generaties. De hoogte van de pensioenaanspraak blijft immers gelijk en ondergaat als zodanig geen verandering. Zo al sprake zou zijn van leeftijdsonderscheid zou dit indirect zijn en kan dat objectief worden gerechtvaardigd. Hiertoe zal moeten worden aangetoond dat het invaarbesluit een legitiem doel dient. Hier kan een samenstel van redenen worden aangevoerd dat ten grondslag ligt aan het invaarbesluit. Zie ook de elementen die in 5.2.3 zijn benoemd bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. In de tweede plaats moet kunnen worden aangevoerd dat het invaarbesluit doelmatig is en dus leidt tot een toekomstbestendige, stabiele en solidaire pensioenregeling. Tot slot dient te kunnen worden aangevoerd dat het invaarbesluit noodzakelijk en proportioneel is. Daarbij dient onderzocht te worden of er alternatieven zijn die minder grote verschillen in leeftijd doen ontstaan.

Indien het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement op onzorgvuldige wijze zou aanpassen, dan kunnen deelnemers mogelijk in een civiele procedure van het pensioenfonds nakoming van het oude pensioenreglement vorderen. Op grond van de Wgbl kan nietigheid van (een deel van) het pensioenreglement worden ingeroepen. Om procedures in het kader van de Wgbl te voorkomen kan een pensioenfondsbestuur overwegen om gebruik te maken van de mogelijkheid om vooraf een oordeel aan de CGB te vragen omtrent eigen handelen.

(Interne) collectieve waardeoverdracht
Het pensioenfonds kan onder de in paragraaf 3.4.4 (en de in bijlage II) genoemde voorwaarden overgaan tot (interne) collectieve waardeoverdracht van de aanspraken van (gewezen) deelnemers en de rechten van gepensioneerden. Bij het besluit om in te varen zal het pensioenfonds zorgvuldig moeten handelen en de voorwaarden van artikel 83, tweede lid PW (artikel 91, tweede lid Wvb) moeten naleven. Het pensioenfonds zal moeten vaststellen of sprake is van een rechtsgeldige collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten van deelnemers. Indien dit niet het geval is dan is het pensioenfonds immers niet bevoegd tot een (interne) collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 83, eerste lid, onder c PW. Het pensioenfonds zal ook moeten toetsen of het redelijk en billijk is dat door de (interne) collectieve waardeoverdracht een wijziging van het pensioenreglement mede van toepassing wordt verklaard op gewezen deelnemers en gepensioneerden. Het pensioenfonds zal de belangen van alle betrokkenen op evenwichtige wijze moeten afwegen en moeten onderzoeken of bepaalde aanspraak- en pensioengerechtigden niet onevenredig worden benadeeld door de (interne) collectieve waardeoverdracht. Het pensioenfonds zal bij de belangenafweging expliciet rekening moeten houden met eventuele bijstortingsverplichtingen en herstelpremieverplichtingen van werkgevers onder het huidige pensioencontract. Indien aanspraak- en pensioengerechtigden onevenredig worden benadeeld dat zal het pensioenfonds compenserende maatregelen moeten nemen.

In het kader van een zorgvuldige besluitvorming is van belang dat indien er een deelnemersraad aan het pensioenfonds is verbonden, het pensioenfonds deze deelnemersraad in staat stelt advies uit te brengen over een voorgenomen besluit tot wijziging van het pensioenreglement en over een voorgenomen besluit tot (interne) collectieve waardeoverdracht. De rol van de deelnemersraad wordt van groter belang als de bezwaarmogelijkheid voor de individuele deelnemer bij de collectieve waardeoverdracht in het kader van het collectief invaren van opgebouwde rechten komt te vervallen. De deelnemersraad kan in bepaalde gevallen beroep instellen bij de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam indien een uitgebracht advies niet wordt opgevolgd.

Indien het pensioenfonds op onzorgvuldige wijze zou besluiten tot een (interne) collectieve waardeoverdracht, dan kan DNB verbieden dat dit besluit wordt uitgevoerd. DNB kan eventueel ook sancties opleggen aan het fonds indien bij de collectieve waardeoverdracht wettelijke bepalingen als het voorschrift van evenwichtige belangenafweging van artikel 105, tweede lid PW of artikel 110, tweede lid Wvb worden overtreden. Indien de (interne) collectieve waardeoverdracht ondanks de gebreken in het besluitvormingsproces bij het pensioenfonds toch wordt uitgevoerd, dan zullen aanspraak- en pensioengerechtigden mogelijk in een civiele procedure nakoming van het oude pensioenreglement en schadevergoeding vorderen van het pensioenfonds.

De juridische risico's voor pensioenfondsen kunnen worden beperkt door duidelijke criteria vast te stellen voor het proces van collectieve waardeoverdracht in het kader van de overstap naar het reële pensioencontract. Een belangrijk punt is dat de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid[39] nader wordt ingevuld en onder meer wordt vastgelegd met welke factoren pensioenfondsen moeten rekenen indien de waarden van pensioenaanspraken en –rechten onder het huidige nominale en het reële pensioencontract worden vergeleken. Een ander belangrijk punt is dat duidelijke (kwalitatieve) kaders moeten worden gegeven voor de belangenafweging die pensioenfondsen moeten maken bij de beslissing om al dan niet mee te werken aan een verzoek tot collectieve waardeoverdracht. Ook is van belang dat duidelijk wordt vastgelegd onder welke voorwaarden pensioenfondsen met een nominaal of reëel tekort kunnen meewerken aan een collectieve waardeoverdracht. Daarbij kan gedacht worden aan door de wetgever te ontwikkelen criteria als een zorgvuldige besluitvorming, een toets waaruit blijkt dat de nieuwe regeling gelijkwaardig of in elk geval evenwichtig in vergelijking met de huidige regeling en een analyse waaruit blijkt dat er evenwicht is in effecten voor de verschillende geledingen/generaties en de

[39] Zie artikel 83, tweede lid, onder b PW en artikel 91, tweede lid, onder b WVB.

toedeling van risico's. In dat kader is vooral van belang dat vooraf wordt beoordeel of er sprake kan zijn van (indirect) leeftijdsonderscheid en of dit objectief gerechtvaardigd kan worden zodat voldaan wordt aan de Wgbl. Tot slot is denkbaar dat pensioenfondsen voor onvoorziene gevallen van benadeling - in de vorm van een hardheidsclausule - een compensatieregeling treffen.

5.2.5 Juridische risico's toezichthouder

DNB houdt op grond van de pensioenwetgeving prudentieel toezicht op pensioenuitvoerders. Artikel 83 PW respectievelijk artikel 91 Wvb regelt de voorwaarden waaronder een pensioenuitvoerder bevoegd is om op verzoek van de werkgever een collectieve waardeoverdracht uit te voeren. Één van de voorwaarden is dat de overdragende pensioenuitvoerder minimaal 3 maanden voor de beoogde datum van overdracht het voornemen tot collectieve overdracht bij DNB meldt. Tot de beoogde datum van overdracht kan DNB een verbod tot waardeoverdracht opleggen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als DNB van oordeel is dat de belangen van de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden onevenredig worden geschaad door de collectieve waardeoverdracht. Een wijziging van artikel 83, tweede lid, sub a, respectievelijk artikel 91, tweede lid, sub a Wvb, waarbij in het kader van de overgang naar het reële pensioencontract het individueel bezwaarrecht tegen collectieve waardeoverdracht wordt geschrapt, wijzigt als zodanig niet de toetsende rol van DNB. DNB zal ook in dat geval zorgvuldig moeten kijken naar onder meer de rechtsgeldigheid van de wijziging van het pensioenreglement en de belangenafweging door het pensioenfonds alsmede de financiële deugdelijkheid moeten beoordelen. Wel is het zo dat belanghebbenden mogelijk eerder bezwaar en beroep zullen aantekenen tegen het besluit van DNB, als het individueel bezwaarrecht komt te vervallen.

Gelet hierop zullen de juridische risico's voor de toezichthouder beperkt moeten worden door duidelijke criteria vast te stellen waaraan DNB moet toetsen bij een collectieve waardeoverdracht van het bestaande nominale contract naar het reële pensioencontract. Het is noodzakelijk om de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid nader in te vullen, duidelijke (kwalitatieve) kaders te geven voor de evenwichtige belangenafweging die pensioenfondsen moeten maken en vast te leggen onder welke voorwaarden pensioenfondsen met een nominaal of reëel tekort kunnen meewerken aan een collectieve waardeoverdracht.

Indien het besluit van DNB om al dan niet de collectieve waardeoverdracht te verbieden in een bezwaar- of beroepprocedure door de bestuursrechter wordt vernietigd , dan zal één van de betrokken partijen bij de collectieve waardeoverdracht mogelijk proberen DNB aansprakelijk te stellen. Hierbij dient wel bedacht te worden dat de bestuursrechter het besluit marginaal toetst en dus beoordeelt of DNB in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Een helder toetsingskader en consistente toepassing daarvan kan het risico dat de bestuursrechter een besluit van DNB vernietigt beperken en daarmee dus ook het aansprakelijkheidsrisico beperken.

Tot slot zij gewezen op het wetsvoorstel Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen dat op dit moment aanhangig is bij de Eerste Kamer[40]. Op het moment dat dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven en in werking is getreden wordt de aansprakelijkheid van DNB ook in de situatie dat sprake is van een vernietigd besluit, beperkt tot schade die in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van taken of bevoegdheden, of welke in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld zijdens de toezichthouder.

[40] Kamerstukken I 2010/2011, 33 058

5.3 Randvoorwaarden om de risico's te beperken

Enkele randvoorwaarden worden voorgesteld om de juridische risico's te beperken. Dit betreffen:

- een voorgeschreven procedure voor het besluitvormingsproces over invaren;
- toetsingscriteria voor een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen door het pensioenfonds, waarbij rekening zal moeten worden gehouden met de dekkingsgraad;
- eisen omtrent het toezicht door de toezichthouder (DNB).

5.3.1 Procedure voor besluitvorming

Om te waarborgen dat pensioenfondsen de bij een besluit tot invaren betrokken belangen zorgvuldig afwegen, kunnen eisen worden gesteld aan het besluitvormingsproces. Het besluitvormingsproces kan ruwweg in de volgende stappen worden onderverdeeld:

1. Analyse effecten van invaren;
2. Besluitvorming;
3. Planning en uitvoering besluit.

Analyse effecten van invaren

Een pensioenfonds dat na wijziging van de pensioenovereenkomst overgaat tot (interne) collectieve waardeoverdracht, moet onderzoeken wat de financiële gevolgen daarvan zijn voor het fonds. Het fonds moet ook vaststellen welke belanghebbenden mogelijk (financieel) benadeeld worden door de collectieve waardeoverdracht. In dat kader zou de wetgever als voorwaarde kunnen stellen dat een pensioenfonds een analyse uitvoert naar de effecten van invaren op verschillende groepen belanghebbenden en op verschillende generaties ter voorkoming van leeftijdsonderscheid. De toezichthouder zou hierbij in beleidsregels preciezer kunnen omschrijven hoe een dergelijke analyse moet worden opgezet, en welke aannames hierbij worden gehanteerd, bijvoorbeeld omtrent de parameters (verwachting, spreiding, samenhang tussen verschillende variabelen) die worden gehanteerd in de economische scenario's.

Besluitvorming

De besluitvorming over de collectieve waardeoverdracht moet zorgvuldig plaatsvinden op basis van actuele informatie. Bij een besluit tot invaren zal het pensioenfonds alle relevante feiten en omstandigheden moeten betrekken en alle belangen moeten meewegen. Het is wenselijk dat het pensioenfonds het besluitvormingsproces en alle daarbij betrokken overwegingen schriftelijk vastlegt. Als een of meer specifieke groepen aanspraak- of pensioengerechtigden door invaren onevenredig worden benadeeld, zal het pensioenfonds voor deze groep(en) compenserende maatregelen moeten treffen. Compenserende maatregelen kunnen echter geen leeftijdonderscheid rechtvaardigen maar kan wel een onevenredige last (individual and excessive burden) in verband met een inbreuk op het eigendomsrecht rechtvaardigen.

Planning en uitvoering besluit

Een pensioenfonds moet de interne collectieve waardeoverdracht op zorgvuldige wijze uitvoeren. De aanspraak- en pensioengerechtigden moeten hierover adequaat worden geïnformeerd. Voor iedere aanspraak- en pensioengerechtigde moet duidelijk zijn welke regels op zijn pensioenaanspraak of pensioenrecht van toepassing zijn. Dit vergt zorgvuldige communicatie.

5.3.2 Toetsingscriteria voor een zorgvuldige afweging

Naast het stellen van voorwaarden aan de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces zijn ook toetsingscriteria nodig op grond waarvan het besluit om al dan niet collectief in te varen kan worden gebaseerd. Van belang is in elk geval dat zorgvuldig wordt afgewogen of het invaren geen ongewenste generatie-effecten met zich meebrengt.

Uit de CPB-berekeningen, zoals samengevat in hoofdstuk 4, komt naar voren dat invaren weliswaar generatie-effecten met zich meebrengt, maar dat deze voor een gemiddeld fonds vergelijkbaar zijn met de generatie-effecten die optreden bij een wijziging van de beleggingsmix binnen het huidige nominale contract. De daadwerkelijke generatie-effecten van invaren voor een specifiek pensioenfonds zijn echter sterk afhankelijk van ondermeer het deelnemersbestand, de startdekkingsgraad, de gehanteerde beleggingsmix, en het beleid met betrekking tot bijvoorbeeld premiestelling en indexering. De CPB-berekeningen laten wél zien wat hierbij cruciale factoren zijn (waaronder: de samenstelling van het deelnemersbestand, de startdekkingsgraad en de gehanteerde beleggingsmix), maar laten niet zien wat invaren voor elk afzonderlijk pensioenfonds betekent.

Het is dus essentieel dat sociale partners en pensioenfondsen samen in elke situatie beoordelen of overstappen op het nieuwe pensioencontract (inclusief het invaren van oude pensioenaanspraken en –rechten) geëigend is, en welke maatregelen genomen kunnen worden om eventuele generatie-effecten te beperken. Op basis van de resultaten van de CPB-analyse valt bijvoorbeeld te denken aan de (verdere) inzet van een egalisatiereserve en/of het hanteren van een kortere spreidingsperiode bij het rendementsaanpassingsmechanisme.

Invaren kan extra gevoelig liggen indien op het moment van invaren sprake is van onderdekking. Binnen het huidige ftk moeten tekorten binnen de hersteltermijn van drie jaar worden opgelost. Bij de overstap op het nieuwe reële contract mogen deze in principe over een langere periode worden uitgesmeerd, wat – als ook de CPB-berekeningen blijkt – aanzienlijke generatie-effecten met zich mee kan brengen. Om generatie-effecten bij invaren te beperken is te overwegen pensioenfondsen de mogelijkheid te geven om te kiezen voor een kortere spreidingsperiode indien op het moment van invaren sprake is van een dekkingstekort.

5.3.3 Eisen omtrent het toezicht door de toezichthouder

Een voornemen tot een collectieve waardeoverdracht wordt door DNB getoetst. Bij onzorgvuldige besluitvorming kan DNB de collectieve waardeoverdracht verbieden. Om deze toetsing uit te kunnen voeren heeft DNB een helder wettelijk kader nodig voor de condities waaronder kan worden ingevaren, voor de wijze waarop met dekkingstekorten moet worden omgegaan en voor de besluitvormingsprocedure die pensioenfondsen moeten volgen.

5.4 Finale afweging en conclusie

Een belangrijk winstpunt van het reële pensioencontract is dat grote nominale kortingen worden voorkomen. Hier staat tegenover dat in het reële pensioencontract nominale kortingen wel iets vaker voorkomen. Per saldo leidt het invaren van bestaande pensioenaanspraken- en rechten in het reële pensioencontract tot een grotere nominale zekerheid.

Uit de berekeningen van het CPB blijkt verder dat de generatie-effecten bij collectief invaren voor een gemiddeld pensioenfonds beperkt zijn. Deze effecten zijn - voor een gemiddeld fonds - vergelijkbaar met de generatie-effecten die optreden bij een wijziging van de beleggingsmix binnen het nominale pensioencontract. De daadwerkelijke generatie-effecten van invaren verschillen echter per pensioenfonds. Zij zijn onder meer afhankelijk van het deelnemersbestand, de startdekkingsgraad, de gehanteerde beleggingsmix, en het beleid met betrekking tot bijvoorbeeld premiestelling en indexering. De berekeningen van het CPB laten zien welke factoren hierbij cruciaal zijn, maar niet wat invaren voor elk afzonderlijk pensioenfonds betekent. Besluitvorming over het invaren van de bestaande pensioenaanspraken- en rechten moet daarom plaatsvinden op het fondsniveau door sociale partners en pensioenfondsen. Zij kunnen beoordelen of overstappen op het reële pensioencontract (inclusief het invaren van bestaande pensioenaanspraken- en rechten) geëigend is, en welke maatregelen genomen kunnen worden om ongewenste generatie-effecten te beperken.

Vanuit het algemeen belang is het wenselijk dat sociale partners en pensioenfondsen de mogelijkheid krijgen om reële pensioencontracten tot stand te brengen en de bestaande pensioenaanspraken- en rechten collectief daarin te varen. De wetgever zal nadere voorwaarden scheppen voor decentrale besluitvorming over collectief invaren op fondsniveau. Gezien de verschillen tussen pensioenfondsen en de vrijheid van sociale partners om de inhoud van een pensioenregeling vorm te geven, is het dwingend opleggen van collectief invaren niet wenselijk. Op verschillende niveaus moeten stappen worden gezet om collectief invaren mogelijk te maken.

Wetgever
De wetgever zal de wettelijke belemmeringen voor collectief invaren moeten wegnemen. Het algemeen belang van deze maatregel moet daarbij goed worden onderbouwd. Om disproportionele effecten voor specifieke groepen belanghebbenden en generaties te voorkomen, kunnen eisen worden gesteld aan het collectief invaren van de bestaande pensioenaanspraken – en rechten. Hierbij kan gedacht worden aan:

1. een voorgeschreven procedure voor het besluitvormingsproces over invaren;
2. toetsingscriteria voor een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen door het pensioenfonds, waarbij rekening zal moeten worden gehouden met de dekkingsgraad;
3. eisen omtrent het toezicht door de toezichthouder (DNB).

Sociale partners/pensioenfondsen
Het collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken vergt zorgvuldige motivering op basis van de fondsspecifieke situatie. Per pensioenfonds zal moeten worden afgewogen of het invaren van opgebouwde pensioenaanspraken – en rechten acceptabel is. Nagegaan zal moeten worden of er geen sprake is van dusdanige herverdelingseffecten over generaties dat deze invaren in de weg staan. Om het proces van invaren ordelijk te kunnen laten verlopen is het van belang dat ook de communicatie richting (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden open en transparant is.
Om te kunnen overgaan tot collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken zal in de eerste plaats de pensioenovereenkomst moeten worden gewijzigd vervolgens zal het pensioenfonds over kunnen gaan tot een interne collectieve waardeoverdracht. Essentieel is dat aan de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst een voldoende zwaarwegend belang ten grondslag ligt. Om dit te kunnen onderbouwen is een samenstel van elementen zoals genoemd in paragraaf 5.2.3. van belang. In het proces van eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst en aanpassing van het pensioenreglement dienen sociale partners en pensioenfondsen te toetsen of er geen ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid ontstaat. Tot slot is denkbaar dat pensioenfondsen voor onvoorziene gevallen van benadeling in de vorm van een hardheidsclausule een compensatieregeling treffen mocht sprake zijn van een “individual and excessive burden” voor (groepen van) individuen.

Toezichthouder
Voor DNB als toezichthouder is van belang dat duidelijke criteria, onder meer voor wat betreft de actuariële grondslagen, worden vastgesteld waaraan kan worden getoetst bij een interne collectieve waardeoverdracht van het nominale naar het reële pensioencontract.

Conclusie
Collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract is eerst na wetswijziging mogelijk. Invaren vraagt van de Staat/wetgever, toezichthouder en pensioenfondsen grondige en zorgvuldige besluitvorming. Voor de Staat, de toezichthouder en de pensioenfondsen zijn aan invaren potentiële juridische risico’s verbonden. Deze risico’s, die voor de betrokken actoren verschillend van aard zijn, zijn onderzocht. Met aanpassing van wetgeving en een zorgvuldige uitwerking kunnen potentiële juridische risico’s voor en door de betrokken actoren in aanzienlijke mate worden beperkt.

Bijlage I. Nadere toelichting op individueel invaren

Individueel Invaren vraagt om 'Fair deal'
Bij individueel invaren worden deelnemers van een pensioenfonds gevraagd of ze wel of niet hun bestaande pensioenaanspraken en - rechten aanspraken willen invaren in het nieuwe pensioencontract, waarbij voor de nieuwe aanspraken sowieso het nieuwe pensioencontract gaat gelden. Dit vergt een collectieve waardeoverdracht voor alle betrokken deelnemers. In de PW zijn geen voorschriften opgenomen over hoe een pensioenfonds aanspraak- en pensioengerechtigden moet informeren over een voorgenomen collectieve waardeoverdracht. Het is van belang dat deze informatie, net als de informatie bedoeld in artikel 48 PW, in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen wordt verstrekt. Dat betekent onder meer dat de informatie zoveel mogelijk moet zijn toegesneden op belangen van specifieke groepen met zo simpel mogelijke voorbeelden – zodat het de deelnemers duidelijk is waaruit zij kunnen kiezen. Dit inzichtelijk en eerlijk invaaraanbod wordt ook wel 'fair deal' genoemd.

Voorlopige voorwaardelijke keuze
Op voorhand is het overigens lastig in te schatten welke aanspraak- of pensioengerechtigde wel en welke niet voor invaren zal kiezen. Dit maakt de financiële gevolgen van individueel invaren voor het fonds, en daarmee voor de deelnemers, ongewis. Het fonds zal daarom bij ieder individueel aanbod een voorbehoud moeten maken voor de waarde van de pensioenaanspraken na invaren.

Fondsen kunnen deze onzekerheid beperken door – voorafgaand aan de definitieve keuze – aan aanspraak- en pensioengerechtigden een voorlopige, voorwaardelijke keuze voor te leggen. De uitkomsten van de voorlopige keuze kunnen dan bij het definitieve invaaraanbod worden gepresenteerd. Een dergelijke aanpak reduceert de onzekerheden, maar neemt deze niet weg. De onzekerheid over de uiteindelijke keuze van de aanspraak- en pensioengerechtigden maakt het lastig een goede inschatting te maken van de (afgescheiden) vermogens voor wel en niet ingevaren pensioenaanspraken. Dit beperkt de mogelijkheid om aan individuele deelnemers een fair invaaraanbod te doen.

Bedenktijd
Aanspraak- en pensioengerechtigden zullen voldoende bedenktijd – in de regel 6 weken - moeten hebben bij de 'fair deal'. In het geval het pensioenfonds onzorgvuldig is geweest bij het verstrekken van informatie in het kader van invaren, kan een deelnemer of gewezen deelnemer het pensioenfonds aansprakelijk stellen voor een eventueel later nadeel dat opgetreden is doordat hij of zij op basis van deze informatie besloten heeft al dan niet in te varen.

Verplichte onderdelen
De volgende punten zullen in de 'fair deal' aan de orde moeten komen:
- Dat de actuariële waarde van de aanspraak hetzelfde is bij beide contracten.
- Dat wel sprake is van een verandering in de wijze waarop risico's van bijvoorbeeld een collectief hogere levensverwachting of financiële schokken worden gedeeld, met ook mogelijke consequenties voor kortingskansen.

Keuzemogelijkheden
Openstaande vraag is of het mogelijk moet zijn dat aan deelnemers die hebben afgezien van invaren later nogmaals de mogelijkheid wordt geboden om in te varen. Op grond van CPB-berekeningen lijkt invaren immers het meest gunstig. Voordeel van een trapsgewijze aanpak is dat mensen die in eerste instantie het invaren nog niet aandurfden, dan in de praktijk kunnen zien dat dit toch gunstiger is voor hen, waarna zij alsnog kunnen overstappen. Nadeel is dat misschien meer mensen de kat uit de boom zullen kijken en hun aanspraken en rechten niet willen invaren dan bij een eenmalige keuze. Ook kan het cherry picking uitlokken: men wacht net zo lang met invaren tot dat de dekkinggraad op het voor hem of haar optimale niveau is. Alles overziend lijkt het niet gewenst een dergelijke trapsgewijze benadering te volgen.

Verder is een openstaande vraag of personen de mogelijkheid moeten hebben om met terugwerkende kracht de individueel genomen invaarbeslissing terug te draaien. In dat geval zal helder gecommuniceerd dienen te worden dat dit alleen kan als de schade die hierdoor wordt veroorzaakt voor het fonds wordt gecompenseerd.

Voorwaarden individueel invaren
Het kan wenselijk zijn om aan de keuzemogelijkheid een aantal voorwaarden te verbinden en deze ook helder voor de keuze aan de deelnemer te communiceren:

- Minimale dekkingsgraad van het pensioenfonds. Zo kan worden voorkomen dat er één pot met een flink tekort wordt opgezadeld, bijvoorbeeld als heel weinig aanspraak- en pensioengerechtigden ervoor kiezen om niet in te varen.
- Actuariële en bedrijfstechnische opzet van de vermogens die achterblijven in het nominale contract dient op orde te zijn. Op deze manier wordt voorkomen dat een beperkt aantal ouderen achterblijven in het nominale contract, waarbij niet meer aan de verplichtingen kan worden voldaan en dus flink gekort zal moeten te worden.

Bijlage II. Nadere toelichting op benodigde stappen voor collectief invaren

In paragraaf 3.4 is kort ingegaan op de stappen die nodig zijn om invaren mogelijk te maken. In deze bijlage wordt hierop een nadere toelichting gegeven. De onderstaande onderwerpen komen aan bod:

- wijzigen van de pensioenovereenkomst zonder individuele instemming van werknemers;
- wijzigen van de pensioenovereenkomst en reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten;
- collectieve waardeoverdracht.

II. 1 Wijzigen pensioenovereenkomst zonder individuele instemming werknemers

In paragraaf 3.4.3 is beschreven in welke situaties de pensioenovereenkomst van een werknemer zonder zijn individuele instemming kan worden gewijzigd. Hieronder worden deze situaties nader toegelicht.

1) Wijziging reglement verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (vrijgesteld bpf)
Elke werknemer die in dienst is bij een werkgever die onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bpf valt, neemt verplicht deel aan de pensioenregeling van dit bpf. Op basis van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (Wet verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds 2000) kan een bpf in een beperkt aantal situaties vrijstelling verlenen van de verplichting tot deelneming.

Als een werkgever verplicht is aangesloten bij een bpf heeft hij geen wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van de pensioenregeling. In beginsel kunnen alleen sociale partners de pensioenregeling van een bpf wijzigen. Het bpf is wel bevoegd tot wijziging van de pensioenregeling indien de sociale partners deze bevoegdheid aan het pensioenfonds hebben gedelegeerd. Na een wijziging van de pensioenregeling, past het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement aan, waarna het gewijzigde reglement moet worden nageleefd (artikel 4 Wet verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds 2000).[41]

2) Bij CAO
Als de pensioenovereenkomst is geregeld in een CAO, zullen individuele werkgevers en werknemers hier over het algemeen geen invloed op kunnen uitoefenen. Wijziging van cao wordt immers overeengekomen door de bij de cao betrokken werkgevers- en werknemersorganisaties. Als de pensioenovereenkomst is vastgelegd in een cao is er van rechtswege gebondenheid voor de georganiseerde werkgevers en werknemers en zijn zij ook gebonden aan wijzigingen. Werknemers zijn van rechtswege gebonden aan de wijziging in de pensioenovereenkomst die is neergelegd in een CAO. De CAO-afspraken dalen automatisch neer in de individuele arbeidsovereenkomst. Hun instemming is niet vereist.

Voor anders of niet georganiseerde werknemers geldt dat er geen automatische "indaling" van CAO-bepalingen in de individuele pensioenovereenkomst plaatsvindt. Wel is de werkgever gehouden de CAO-bepalingen ook toe te passen ten opzichte van deze groep (artikel 14 Wet op de Collectieve arbeidsovereenkomst), maar de niet-georganiseerde werknemers zelf behouden hun individuele onderhandelingsvrijheid. De CAO of een wijziging daarin kan aan deze werknemers niet tegen hun wil worden opgedrongen. Dit is anders wanneer de CAO op de individuele arbeidsovereenkomst van niet-georganiseerde werknemers van toepassing is verklaard of is geïncorporeerd door een verwijzing in de individuele arbeidsovereenkomst. In dat geval wordt ook voor ongeorganiseerde werknemers de individuele arbeidsovereenkomst bepaald door de CAO. Hun individuele instemming is dan niet vereist.

[41] E. Lutjens, 'Pensioenwet analyse en commentaar', Kluwer Deventer.

3) Wijziging van wetgeving

In het verleden hebben onder meer de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet op de medische keuringen geleid tot verplichte aanpassing van de pensioenovereenkomsten tussen werkgevers en werknemers.

4) Schriftelijk wijzigingsbeding

Als de werkgever een schriftelijk wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst heeft opgenomen, kan de werkgever de pensioenovereenkomst "zonder instemming van de werknemer wijzigen", indien de werkgever daartoe een voldoende zwaarwichtig belang heeft en het belang van de werkgever zwaarder weegt dan de belangen van de werknemer (artikel 19 PW). In paragraaf 3.4.3 is kort beschreven in welke gevallen sprake is van een zwaarwichtig belang.
Ook indien de OR met een voorgenomen wijziging heeft ingestemd, wordt veelal aangenomen dat er sprake is van een zwaarwichtig belang.[42] Een enkel financieel belang van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen is in beginsel niet doorslaggevend.

Ook als alleen in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen, kan de pensioenovereenkomst eenzijdig worden gewijzigd indien de werkgever daartoe een voldoende zwaarwichtig belang heeft (basis is dan artikel 7:613 BW).[43] Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de werkgever geen aparte pensioenovereenkomst is aangegaan maar alleen in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar een pensioenreglement (incorporatie).[44]

Naast de eisen van een zwaarwichtig belang zijn ook de eisen van redelijkheid en billijkheid van belang. Op grond van het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Of het beroep op een beding in een overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet op grond van het bepaalde in artikel 3:12 BW rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Redelijkheid en billijkheid behelzen de sociaal aanvaardbare normen zoals ze door het gewoonterecht of de ongeschreven rechtsregels zijn geformuleerd. Van strijd met redelijkheid en billijkheid kan sprake zijn wanneer het naleven van een overeenkomst zou leiden tot een dermate ongunstig effect voor een der betrokkenen dat het afdwingen van naleving van die overeenkomst onaanvaardbaar zou zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. In dat geval wordt de regel uit de overeenkomst (of uit het gewoonterecht, of zelfs uit de wet) buiten toepassing gelaten. Dit hangt af van de omstandigheden van het concrete geval (maatwerk).

Wijzigen met wederzijds goedvinden

Indien er geen sprake is van een van de bovengenoemde uitzonderingen moet de pensioenovereenkomst met wederzijds goedkeuren worden gewijzigd en is in principe individuele instemming vereist.

Voor het geven van instemming zijn geen vormvereisten in de PW opgenomen. Artikel 3:37 BW is van toepassing. Dit artikel bepaalt dat verklaringen in principe vormvrij zijn. Zij kunnen

---

[42] In het wetsvoorstel ter wijziging van art. 7:613 BW was in lid 2 de volgende zinsnede opgenomen: 'De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.' Tijdens de parlementaire behandeling werd dit tweede artikellid onder druk van de vakorganisaties ingetrokken (Kamerstukken II 1995/96 , 24 615, nr. 3, p.21).

[43] E. Lutjens, 'Pensioenwet analyse en commentaar', Kluwer Deventer.

[44] E. Lutjens en S.H. Kuiper, 'Pensioenwet en privaatrecht', Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR) 2008 - afl. 2.

uitdrukkelijk geschieden maar ook in een of meer gedragingen besloten liggen. Dit geeft een ruime interpretatieruime maar ook rechtsonzekerheid. Onder omstandigheden kan een weigering van instemming op grond van redelijkheid en billijkheid of op basis van goed werknemerschap als onredelijk genegeerd worden. Dan dient wel vast te staan dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden die nopen tot een wijziging van de pensioenovereenkomst, dat het gedane voorstel tot wijziging van de pensioenovereenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval redelijk is en de aanvaarding van de voorgestelde wijziging in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd.

Voor het verkrijgen van instemming wordt bij het wijzigen van de arbeidsvoorwaarde pensioen vaak gebruik gemaakt van de "negatieve optie".[45] Werknemers worden dan schriftelijk over de wijziging door de werkgever geïnformeerd. Gaat men niet akkoord met de wijziging, dan moet dit gemeld worden. Bezwaren kunnen binnen een bepaalde periode kenbaar worden gemaakt. Wordt niet geprotesteerd, dan worden de werknemers geacht akkoord te zijn met de wijziging. In een recent arrest[46] is de Hoge Raad akkoord gegaan met het hanteren van een negatieve optie. De Hoge Raad oordeelde dat de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen moet worden beoordeeld aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met de wijziging van zijn arbeidsvoorwaarde die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud daarvan is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden uitgegaan dat deze welbewust met de wijziging heeft ingestemd. Een ondubbelzinnige instemming was volgens de Hoge Raad niet vereist (de ondubbelzinnigheidmaatstaf wordt bijvoorbeeld wel gebruikt voor de instemming van een werknemer voor diens ontslag).[47]

Wordt van een negatieve optie gebruikt gemaakt dan worden veelal de onderstaande eisen gehanteerd:

- pensioen is een complexe arbeidsvoorwaarde die de werkgever tot extra voorzichtigheid dwingt bij wijzigingsvoornemens. De voorgenomen wijziging en de gevolgen daarvan dienen duidelijk uiteengezet te worden. Er moet immers sprake zijn van een begrijpelijk aanbod dat welbewust aanvaard kan worden;
- de informatie moet schriftelijk verstrekt worden:
- werknemers moeten ruim de mogelijkheid krijgen om bezwaar te maken. Algemeen is aanvaard dat in de regel zes weken een redelijke termijn is (vergelijkbaar met de bezwaartermijnen uit het bestuursrecht).

II.2 Wijzigen van de pensioenovereenkomst en reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten

Op de vraag of bij CAO bindende afspraken kunnen worden gemaakt voor gepensioneerden en gewezen deelnemers wordt verschillend gedacht. Een opvatting is dat cao-partijen hen niet kunnen binden. Er zal in de regel namelijk geen arbeidsovereenkomst meer zijn. Artikel 1 lid 1 Wet op de CAO bepaalt dat de CAO bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat de grondslag van een cao ook kan zijn aanneming van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Daarnaast bepaalt dit lid dat hetgeen in de Wet op de CAO is bepaald omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemer, overeenkomstige toepassing vindt. Hieruit wordt afgeleid dat een arbeidsovereenkomst dan wel een arbeidsverhouding moet bestaan waarop de cao kan inwerken of kan worden toegepast. Van

[45] Hof Amsterdam 27 januari 2000, PJ 2000/25.
[46] HR 12 februari 2010, PJ 2010, 69.
[47] Mogelijk dat in deze casus nog speelde dat de werknemers wel individuele instemming hadden verleend voor de waardeoverdracht.

belang is nog dat artikel 9 Wet op de CAO als hoofdregel bepaald dat voor gebondenheid aan de cao naast de eis van het lidmaatschap van de vereniging ook de eis van betrokkenheid van de CAO is vereist. Het lidmaatschap en de betrokkenheid zijn dus doorslaggevend voor de gebondenheid. Nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd bestaat er geen onderliggende overeenkomst meer, zodat de CAO daarin in beginsel niet meer dwingend kan doorwerken, of de arbeidsovereenkomst kan aanvullen.[48] Hieruit zou dan volgen dat na het einde van de arbeidsovereenkomst sprake is van een uitgewerkte rechtsverhouding.[49] Hierover bestaat echter geen consensus. Er zijn namelijk ook uitspraken waarin wordt bepaald dat de CAO een ruime strekking heeft en dat de hoedanigheid van werknemer niet is vereist voor de gebondenheid aan de CAO. [50]

II.3 Collectieve waardeoverdracht

Collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever (artikel 83 PW)
In de PW[51] is er sprake van waardeoverdracht als de overdracht plaatsvindt naar een andere pensioenuitvoerder of de waarde voor andere pensioensoorten wordt aangewend bij dezelfde pensioenuitvoerder. Ook uitruil binnen een pensioenregeling en overdracht van de ene naar de andere pensioenregeling ondergebracht bij dezelfde pensioenuitvoerder valt onder het begrip 'waardeoverdracht'.

Artikel 20 PW is niet van toepassing als er sprake is van collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 83 PW. Als een werkgever de huidige aanspraken van de deelnemers overdraagt naar de nieuwe pensioenregeling dan kunnen de reeds opgebouwde aanspraken wel worden aangetast. In de memorie van toelichting is hierover het volgende geschreven; "Tevens geldt een uitzondering op het principe van het behoud van de opgebouwde aanspraken wanneer via interne waardeoverdracht de waarde van de bestaande pensioenaanspraken- en rechten wordt ingebracht op basis van de nieuwe pensioenovereenkomst onder de garantie van actuariële gelijkwaardigheid. Dat heeft als voordeel dat niet de oude en de nieuwe pensioenregeling naast elkaar hoeven te blijven bestaan." Wel moet de collectieve waardeoverdracht aan de voorwaarden van artikel 83 PW voldoen.
De PW geeft in artikel 83 voorschriften voor een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever. De betrokken pensioenuitvoerder moet wel akkoord gaan met de waardeoverdracht, aangezien er geen wettelijke plicht is om aan de waardeoverdracht op verzoek van de werkgever mee te werken.[52]

Collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever is mogelijk in drie situaties:
- de werkgever sluit een uitvoeringsovereenkomst met een andere pensioenuitvoerder.
- de werkgever wordt overgenomen, hiervan is sprake bij een overgang ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing van een economische eenheid die haar identiteit behoud. De pensioenovereenkomst gaat van rechtswege (artikel 7:663 jo. 7:664 BW) over op de verkrijger.
- op verzoek van de werkgever indien er sprake is van een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst met alle of een deel van de werknemers.

Bij het invaren van bestaande pensioenaanspraken en – rechten in het nieuwe reële pensioencontract is sprake van collectieve waardeoverdracht op basis van de derde situatie.

Aan collectieve waardeoverdracht zijn enkele voorwaarden verbonden:
- Informatieverstrekking betrokkenen

[48] In gelijke zin: N. Tali, Arbeidsrecht 2009, nr. 33.
49 Rechtbank Almelo 29 juni 2011 (LJN: BQ9740) en Rechtbank Alkmaar 12 februari 2006 (LJN: AX4209).
[50] Ktr Terneuzen 22 augustus 2001, PJ 2002/18 en Ktr Terneuzen 12 december 2001, JAR 2002/29.
[51] Hetgeen is deze paragraaf voor de PW wordt aangegeven, geldt ook voor de Wvb.
[52] M. Dommerholt, 'Pensioenrecht: tekst & commentaar'.

Deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of pensioengerechtigden worden schriftelijk geïnformeerd over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever. Collectieve waardeoverdracht is slechts mogelijk indien de betrokkenen geen bezwaren jegens de pensioenuitvoerder kenbaar hebben gemaakt.

- Sekseneutraliteit en collectieve actuariële gelijkwaardigheid
  Op grond van deze bepaling moet de werkgever (en de pensioenuitvoerder) mannen en vrouwen in de pensioentoezegging gelijk behandelen. Mannen en vrouwen moeten na waardeoverdracht gelijke aanspraken verwerven. Dit houdt in dat de ruilvoet waartegen aanspraken in de oude regeling worden omgezet in aanspraken in de nieuwe regeling, voor mannen en vrouwen gelijk moet zijn. Overigens kan hierbij opgemerkt worden dat de eis van sekseneutraliteit bij collectieve waardeoverdracht tot gevolg kan hebben dat er op individueel niveau geen sprake is van actuariële gelijkwaardigheid, omdat actuariële grondslagen voor mannen en vrouwen doorgaans verschillen.
  Hoewel individuele actuariële gelijkwaardigheid geen voorwaarde is bij collectieve waardeoverdracht, moet er wel sprake zijn van collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen. Dit houdt in dat de berekende collectieve actuariële waarde van de aanspraken onder de nieuwe regeling tenminste gelijk moet zijn aan de berekende collectieve actuariële waarde onder de oude regeling, bij gebruikmaking van één en dezelfde set van actuariële grondslagen (waaronder het renteniveau en de te hanteren overlevingstafels) voor beide berekeningen. Deze set van grondslagen is niet wettelijk voorgeschreven en hoeft ook niet gelijk te zijn aan de werkelijke grondslagen in de oude of in de nieuwe regeling, of aan de grondslagen die worden voorgeschreven voor de berekening van de overdrachtswaarde. Wel dient er sprake te zijn van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen.
  Het bepalen van een ruilvoet voor het omzetten van aanspraken in de oude regeling in aanspraken in de nieuwe regeling, de toets op collectieve actuariële gelijkwaardigheid en de vaststelling van de overdrachtswaarde bij collectieve waardeoverdracht vergt dus drie verschillende berekeningen die alle drie op verschillende actuariële grondslagen gebaseerd (kunnen) worden.

- Melding toezichthouder
  De collectieve waardeoverdracht moet, indien er sprake is van overdracht naar een andere pensioenuitvoerder, uiterlijk drie maanden voor beoogde datum van overdracht schriftelijk worden gemeld bij de toezichthouder (DNB).

Berekening overdrachtswaarde
Overdracht van pensioenaanspraken vindt plaats onder de voorwaarde van collectieve actuariële gelijkwaardigheid. Deze bepaling geldt voor opgebouwde pensioenaanspraken in uitkeringsovereenkomsten vanaf 1 januari 2002, en voor premieovereenkomsten vanaf 1 januari 2005. Voor pensioenaanspraken die zijn opgebouwd voor deze periode geldt de eis van individuele actuariële gelijkwaardigheid, tenzij hierover andere afspraken zijn gemaakt. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld aan de vaststelling van de overdrachtswaarde. In artikel 25 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling is momenteel bepaald dat de overdrachtswaarde van pensioenaanspraken ten minste gelijk is aan de contante waarde van de over te dragen pensioenaanspraken op de overdrachtsdatum, en wordt berekend op basis van een standaardtarief.

Als er sprake is van collectieve actuariële gelijkwaardigheid is artikel 20 PW niet van toepassing en mag de pensioenregeling naar het verleden toe worden toe aangepast. Hoewel op individueel niveau een verschil kan ontstaan zal op collectief niveau sprake zijn van actuariële gelijkwaardigheid. Hiermee zijn echter nog niet alle belemmeringen weggenomen. De individuele deelnemer heeft immers de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de collectieve waardeoverdracht op basis van artikel 83 PW.

Toetsing van collectieve waardeoverdrachten door DNB
Artikel 83, tweede lid, onder c PW bepaalt dat de pensioenuitvoerder minimaal 3 maanden voor de beoogde datum van overdracht het voornemen tot (interne) collectieve waardeoverdracht bij de DNB moet melden. Tot de beoogde datum van overdracht kan DNB een verbod tot interne collectieve waardeoverdracht opleggen.

Wanneer legt DNB een verbod op tot interne collectieve waardeoverdracht
DNB zal met name een verbod opleggen indien zij van oordeel is dat de belangen van de betrokken (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden onevenredig geschaad worden door de interne collectieve waardeoverdracht. DNB zal ook een verbod tot waardeoverdracht opleggen indien zij over onvoldoende gegevens beschikt om de gevolgen van de interne collectieve waardeoverdracht te kunnen beoordelen.

Aan welke criteria toetst DNB op basis van het huidige artikel 83 PW een interne collectieve waardeoverdracht
DNB houdt in het kader van het bestaande pensioencontract bij de beslissing om al dan niet een verbod op te leggen tot interne collectieve waardeoverdracht onder meer rekening met de volgende zaken[53]:

- gevolgen van de overdracht voor de financiële positie van de pensioenuitvoerder;
- op welke wijze invulling wordt gegeven aan de eis dat de overdrachtswaarde zodanig wordt vastgesteld dat de voor mannen en vrouwen te verwerven pensioenrechten gelijk zijn waarbij aan het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen wordt voldaan;
- op welke wijze is of wordt voldaan aan het vereiste dat deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden de gelegenheid krijgen hun bezwaren tegen overdracht van hun individuele aanspraken/rechten kenbaar te maken;
- of een pensioenfonds de belangen van de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden van wie de pensioenaanspraak of pensioenrechten wordt overgedragen op evenwichtige wijze heeft afgewogen;
- wordt aan de overige wettelijke vereisten voldaan (bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht, tijdig advies gevraagd aan deelnemersraad, zorgvuldige besluitvorming).

Een schriftelijke beslissing van DNB om al dan niet gebruik te maken van de bevoegdheid om een verbod tot collectieve waardeoverdracht op te leggen kwalificeert als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb (Algemene wet bestuursrecht). Belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb kunnen bezwaar maken tegen dit besluit. Onder belanghebbenden bij een besluit tot collectieve waardeoverdracht verstaat DNB de betrokken pensioenfondsen en de werkgever. Individuele aanspraak- en pensioengerechtigden zijn geen belanghebbende, aangezien zij niet rechtstreeks in hun belangen worden getroffen. Zij kunnen immers op basis van het huidige artikel 83 PW bezwaar maken tegen collectieve waardeoverdracht van hun aanspraken of rechten.

Advies deelnemersraad
Op basis van artikel 111 PW heeft de deelnemersraad een adviesrecht bij een voorgenomen besluit tot gehele of gedeeltelijke overdracht van verplichtingen en in bepaalde gevallen kan de deelnemersraad beroep instellen bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (artikel 217 PW).

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl)
Bij het collectief invaren is met name voor werkgevers en pensioenfondsen de Wgbl van belang. De Wgbl verbiedt ingevolge artikel 3 in beginsel het maken van direct en indirect leeftijdsonderscheid bij de arbeidsvoorwaarden, waartoe pensioenen behoren. Voor de toepassing van de Wgbl wordt

[53] Zie http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202014.jsp.

verstaan onder pensioenvoorziening: een pensioenvoorziening ten behoeve van een of meer personen, uitsluitend in verband met hun werkzaamheden in een onderneming, bedrijfstak, tak van beroep of openbare dienst, in aanvulling op een wettelijk stelsel van sociale zekerheid en, ingeval van een voorziening ten behoeve van een persoon, anders dan door die persoon zelf tot stand gebracht (artikel 8 Wgbl). Het verbod van onderscheid is op grond van artikel 8 Wgbl niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden, alsmede op de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers. Het verbod van onderscheid is evenmin van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden.

Mocht blijken dat een uitwerking van het Pensioenakkoord op decentraal niveau leidt tot generatieverschillen en daarmee tot een (indirect) onderscheid naar leeftijd dan is een toetsing aan de Wgbl aan de orde.

Rechtvaardiging
Het maken van onderscheid naar leeftijd in een pensioenregeling is, behoudens de hierboven genoemde uitzonderingen, in principe niet toegestaan, tenzij voor dit onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat zoals geregeld in artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c van de Wgbl. Ten aanzien van deze uitzondering geldt dat feiten moeten worden aangedragen ter rechtvaardiging van het genoemde onderscheid. Of in een bepaald geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet.

- het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de organisatie. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk;
- het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en indien het middel in evenredige verhouding staat tot het doel.

Bij deze beoordeling spelen elementen als manier waarop de opgebouwde pensioenrechten collectief worden ingevaren, de dekkingsgraad van het pensioenfonds, het draagvlak binnen de sector/onderneming en fonds (medezeggenschap), de financiële effecten in diverse scenario's, de leeftijdsopbouw van het fonds, de gehanteerde actuariële uitgangspunten en de vergelijking van de oude en nieuwe pensioenregeling, een rol.

Als aan al de voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid op grond van leeftijd geen strijd op met de Wgbl. Het is van belang hierbij op te merken dat in een eventuele (ongelijke behandelings)procedure voor de civiele rechter of de Commissie gelijke behandeling alle omstandigheden van het concrete geval een rol spelen. Dit impliceert dat bij evt. generatie-effecten van collectief invaren per specifiek geval moet kunnen worden beargumenteerd dat deze samenhangen met een legitiem doel, en dat deze effecten proportioneel en niet te vermijden zijn. Mocht een wijziging van bepalingen van de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement niet in lijn met de Wgbl zijn, dan zijn deze nietig en moet de wijziging worden teruggedraaid.

Bijlage III. Nadere toelichting op internationaal juridisch kader collectief invaren

In paragraaf 3.5 is kort ingegaan op het internationaal kader voor de juridische analyse van het collectief invaren van bestaande pensioenaanspraken- en rechten in het kader van het Pensioenakkoord. In deze bijlage wordt dieper ingegaan op de potentiële juridische problemen hierbij. De onderstaande onderwerpen komen aan bod:

- doorwerking van internationaal recht en EU-recht in de Nederlandse rechtsorde;
- mogelijke relevante internationale en EU-verplichtingen;
- Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

III.1 Doorwerking van internationaal recht en EU-recht in de Nederlandse rechtsorde

Internationaal recht
Nederland is verplicht bindende internationale verplichtingen na te leven en dit geldt ook voor de Nederlandse wetgever. De Nederlandse rechter moet het internationaal recht, of het nu geschreven of ongeschreven is, toepassen omdat dit als onderdeel van de Nederlandse rechtsorde moet worden beschouwd. Als de toepassing van internationaal recht in strijd zou komen met een nationaal wettelijk voorschrift, wordt aan het internationale recht slechts voorrang verleend als het gaat om rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen of besluiten van intergouvernementele organisaties (artikelen 93 en 94 Grondwet). Rechtstreeks werkend wil zeggen 'een bepaling die zich leent voor directe toepassing in het nationale rechtssysteem en die daarom door een burger kan worden ingeroepen'. Of een internationale afspraak rechtstreekse werking heeft, is aan de rechter om te bepalen en zal afhangen van de aard van de bepaling, met name of die zodanig geformuleerd is dat daaruit kan worden afgeleid dat het de bedoeling was rechten te creëren waarop burgers een beroep kunnen doen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de meeste grondrechten vervat in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationaal verdrag inzake de burgerrechten en politieke rechten (BUPO) rechtstreekse werking hebben. Dit betekent dat:

- burgers deze rechten kunnen inroepen voor de nationale rechter;
- de nationale rechter wettelijke voorschriften die in strijd zijn met deze internationale afspraken buiten toepassing moet laten;
- en dat schending van een rechtstreeks werkende verdragsbepaling kan leiden tot aansprakelijkheid van de Staat jegens de gedupeerde(en) en de verplichting geleden schade te vergoeden.

Voor verreweg de meeste bepalingen van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESC) en het Europees Sociaal Handvest (ESH) geldt dat zij geen rechtstreekse werking hebben. Indien Nederland verplichtingen voortvloeiend uit deze verdragen niet nakomt, betekent dit dat Nederland in internationaal verband in gebreke is en mogelijk aansprakelijk. De Universele Verklaring van de rechten van de mens ten slotte is een beginselverklaring en niet-bindend.

Procedure en ontvankelijkheid klacht EVRM
Met betrekking tot het EVRM kan een individuele burger[54] naar Straatsburg gaan en zijn beklag doen over het optreden van de nationale autoriteiten (inclusief de wetgever) bij het Europese Hof van de rechten van de mens (EHRM). Er geldt een aantal procedurele voorwaarden voor een klacht om inhoudelijk behandeld te worden door het EHRM. De belangrijkste voorwaarden zijn dat de klager daadwerkelijk slachtoffer is van de schending van een recht door een Staat aangesloten bij de Raad van Europa, dat door het EVRM of één van de protocollen hierbij wordt beschermd, en dat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. De slachtoffereis van het EVRM is een breed

[54] Een belangenorganisatie kan geen beklag doen bij het EHRM.

begrip. Persoonlijk leed is niet noodzakelijk, alleen een directe link tussen een maatregel van een publieke autoriteit en een natuurlijk persoon. Een groot deel van de klachten bij het EHRM stuit af op ontvankelijkheid. In het geval een klacht niet ontvankelijk wordt verklaard is geen beroep meer mogelijk.

Als een klacht ontvankelijk is, kan het EHRM een verdragsschending vaststellen. De verdragssluitende partij is dan gehouden alsnog zijn verplichtingen na te komen. Het EHRM kan verder besluiten een billijke genoegdoening aan de benadeelde toe te kennen. Er mag worden aangenomen dat uitspraken van het EHRM, ook als zij gedaan zijn in een niet-Nederlandse zaak, als gezaghebbende interpretatie moeten worden nageleefd door de Nederlandse wetgever, rechter en het bestuur.

EU-recht
Het EU-recht heeft voorrang boven het nationale recht. De nationale rechter dient het Europese recht toe te passen in de nationale rechtsorde. Dit betekent dat:

- de rechter het nationale recht zoveel mogelijk conform het EU-recht dient uit te leggen;
- en, indien een nationaal wettelijk voorschrift in strijd is met een verdragsbepaling of met Europese regelgeving de nationale rechter het wettelijke voorschrift buiten toepassing dient te laten.

Indien Nederland EU-verplichtingen niet nakomt kan dit bovendien leiden tot een inbreukprocedure van de Europese Commissie voor het Hof van Justitie van de EU, dat eventueel een boete en/of een dwangsom kan opleggen aan Nederland. Daarnaast kan er sprake zijn van aansprakelijkheid van de Staat voor schade geleden door particulieren door schendingen van het EU-recht die zijn toe te rekenen aan de Staat.

Van belang in dit kader is dat de rechten van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) worden erkend in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en de grondrechten van het EVRM, tezamen met die welke voortvloeien uit constitutionele tradities en internationale verdragen, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Europese Unie. Dit betekent dat bijvoorbeeld het EU Hof regelmatig deze beginselen betrekt bij de uitleg van het EU-recht. De niet-rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht (zoals die van het ESH) kunnen dus toch gevolgen hebben voor nationale wetgeving die langs de meetlat van het EU-recht wordt gelegd. Er moet dan in een concreet geschil wel sprake zijn van een situatie waarin een lidstaat het recht van de Unie ten uitvoer legt. Indien een dergelijk aanknopingspunt aanwezig is, kunnen alle genoemde relevante bepalingen van internationaal recht een rol gaan spelen via het EU-recht.

Horizontale werking
Horizontale werking, ook wel derdenwerking genoemd, betreft de toepassing van grondrechten in de civielrechtelijke verhouding tussen burgers. Zo is bijvoorbeeld het recht op vrijwaring van discriminatie niet alleen van toepassing op daden van de overheid jegens burgers, maar ook tussen burgers onderling.

Met betrekking tot het EVRM lijkt het EHRM zich in eerste instantie niet te kunnen uitspreken over de werking van het EVRM tussen burgers onderling. Het klachtrecht op grond van artikel 34 EVRM kan namelijk alleen worden gericht tegen staten en niet tegen particulieren. De doorwerking van het EVRM in de verhouding tussen burgers onderling kan wel op indirecte wijze bij het EHRM aan de orde worden gesteld. Namelijk als de Staat het verwijt kan worden gemaakt niet te hebben ingegrepen om een bepaald recht in de rechtsverhouding tussen burgers onderling te beschermen. Of, zoals in het kader van het Pensioenakkoord aan de orde zou kunnen zijn, dat in de nationale wetgeving een bepaalde bescherming wordt opgeheven. Het verwijt kan dan zijn dat de wetgeving niet het juiste beschermingsniveau biedt. Het kan ook zijn dat een rechter als orgaan van de Staat

in een civiele zaak de door het EVRM beschermde rechten op een onjuiste wijze tegen elkaar heeft afgewogen.

In nationale procedures kan het EVRM en dan in het bijzonder artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP EVRM) eveneens een rol spelen in geschillen tussen burgers en dus ook in een geschil tussen een deelnemer en een pensioenfonds alsmede een werkgever en een werknemer. Dit vindt dan plaats via de invulling van de civielrechtelijke eisen van redelijkheid en billijkheid. De toets die het EHRM toepast bij artikel 1 EP EVRM bieden de civiele rechter houvast bij het bepalen wat redelijk en billijk is.[55]

Conclusie
Uit het voorgaande kan de conclusie getrokken worden dat het EVRM aanknopingspunten biedt om, na uitputting van de nationale rechtsmiddelen, een klacht in te dienen tegen de Staat wegens schending van artikel 1 EP EVRM omdat de Staat middels wetgeving het invaren van opgebouwde rechten in het nieuwe pensioencontract mogelijk maakt. Voorts kan artikel 1 EP EVRM via de invulling van de redelijkheid en billijkheid een rol spelen in een civiele procedure tussen (gewezen) deelnemers en het pensioenfonds.

III.2 Mogelijk relevante internationale en EU-verplichtingen

De volgende internationale verplichtingen voor Nederland die voortvloeien uit het internationale en EU-recht kunnen bij het collectief invaren van opgebouwde pensioenrechten in het nieuwe pensioencontract een rol spelen.

EVRM
Artikel 1 EP EVRM beschermt het ongestoord genot van eigendom. Het EHRM heeft geoordeeld dat pensioenrechten vallen onder het eigendomsrecht. Daarmee is de relevantie van deze bepaling gegeven en derhalve wordt onder III.3 uitgebreid ingegaan op de criteria die van belang zijn bij een inbreuk op het door artikel 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht.

Artikel 14 EVRM bevat het verbod van discriminatie:
Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

Deze bepaling heeft rechtstreekse werking. Daarmee is de toets relevant of een maatregel niet bepaalde (groepen) individuen een zwaardere last oplegt dan anderen, zonder dat daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat[56]. Deze toets komt verder aan de orde bij de toetsing aan artikel 1 EP EVRM waarop in paragraaf III.3 nader wordt ingegaan.

BUPO
Artikel 26 van het BUPO beschermt evenals artikel 14 EVRM het recht op gelijke behandeling maar heeft een bredere strekking. Artikel 26 BUPO luidt als volgt.

Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur,

[55] Pagina 41, 42 en 85 van De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht, preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, Prof. Mr. T. Barkhuysen, mr. M.L. van Emmerik en mr. H.D. Ploeger, Kluwer 2005.
[56] EHRM 12 april 2006, nr. 65731/01 en 65900/01 (Stec/Groot Brittanië).

geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

Ook dit artikel heeft rechtstreekse werking. Evenals bij artikel 14 EVRM is hierbij dus relevant of bepaalde groepen of individuen niet onevenredig worden benadeeld door dat de reeds opgebouwde pensioenaanspraken/rechten worden meegenomen in het nieuwe pensioencontract.

IVESCR
Het IVESCR is een verdrag van de Verenigde Naties en is gebaseerd op de Universele Verklaring van de rechten van de mens. In artikel 9 van het IVESCR is het recht op sociale zekerheid neergelegd. Het tweede pijler pensioen dat bovenop het recht op een uitkering op grond van de Algemene Ouderdomswet (AOW) komt, wordt niet gerekend tot het Nederlandse sociale zekerheidsstelsel. Reden waarom deze verdragsbepaling, die overigens geen rechtstreekse werking heeft, niet in de weg zal staan aan het invaren van reeds opgebouwde pensioenaanspraken/rechten in het nieuwe pensioencontract. Met betrekking tot de werking van artikel 9 IVESCR heeft de Centrale Raad van Beroep (CRvB)[57] het volgende overwogen.

"Ten aanzien van artikel 9 van het IVESCR geldt hetzelfde[58]. Blijkens deze bepaling erkennen de verdragsluitende partijen het recht van eenieder op sociale zekerheid, daarbij inbegrepen sociale verzekering. Gelet op de bewoordingen en strekking van deze bepaling is daarin veeleer sprake van een algemeen geformuleerde sociale doelstelling, tot het nastreven en verwezenlijken waarvan in hun regelgeving de verdragsstaten zich hebben verbonden, dan van een door die verdragsstaten erkend recht waarop de burgers zich in hun nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen. In dit verband wordt opgemerkt dat in de Memorie van Toelichting bij de Wet tot goedkeuring van het IVESCR (Bijl. Hand. II 1975-1976, 13 932, nr. 3) is opgemerkt dat de bepalingen van dit verdrag 'in het algemeen' geen rechtstreekse werking zullen hebben. Niet valt in te zien waarom ten aanzien van artikel 9 een uitzondering op deze algemene regel zou moeten worden gemaakt. De Raad verwijst in dit verband naar zijn uitspraak van 21 januari 1994, gepubliceerd in RSV 1994/192."

ESH
Het ESH geeft in artikel 12 recht op sociale zekerheid. Evenals bij het IVESCR geldt voor deze bepaling dat deze niet van toepassing moet worden geacht op het tweede pijlerpensioen en voorts geldt ook voor deze bepaling dat die geen rechtstreekse werking heeft. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de CRvB[59] waarin de Raad het volgende overwoog.

"Met betrekking tot de door appellante aangehaalde artikelen van het ESH merkt de Raad op dat deze bepalingen naar hun inhoud niet eenieder kunnen verbinden. Gelet op de bewoordingen en strekking van bedoelde bepalingen is daarin veeleer sprake van algemeen geformuleerde sociale doelstellingen, tot het nastreven en verwezenlijken waarvan in hun regelgeving de verdragsstaten zich hebben verbonden, dan van een door die verdragsstaten erkend recht, waarop de burgers zich in hun nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen. Derhalve valt niet in te zien waarom met betrekking tot genoemde bepalingen een uitzondering zou moeten worden aangenomen op de in het algemeen gestelde regel, als verwoord in de Memorie van Toelichting bij de wet tot goedkeuring van het ESH (Bijl. Hand. II 1965-1966, 8606, nr. 3), te weten dat het ESH geen "interne werking" heeft in de deelnemende staten en dat onderdanen van partijen derhalve geen beroep kunnen doen op het ESH voor een nationaalrechtelijke instantie. De Raad verwijst in dit kader nog naar zijn uitspraak van 21 januari 1994, RSV 1994/192, inzake artikel 13, aanhef en onder l, van het ESH."

[57] CRvB 18 juni 2004, LJN:AP4680.
[58] Hier wordt door de CRvB verwezen naar het ESH.
[59] CRvB 5 december 2003, LJN AO2554.

Universele Verklaring van de rechten van de mens
Artikel 17 van de Universele Verklaring voor de rechten van de mens bepaalt het volgende:

1. *Een ieder heeft recht op eigendom, hetzij alleen, hetzij tezamen met anderen.*
2. *Niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd.*

Dit artikel beschermt evenals artikel 1 EP EVRM het recht op eigendom en is in dat kader relevant voor de vraag of een inbreuk kan worden gemaakt op de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten door deze in te varen in het nieuwe pensioencontract.
De Universele Verklaring van de rechten van de mens is evenwel een beginselverklaring die geen eenieder verbindende bepalingen bevat die door de rechter kunnen worden getoetst.
De CRvB heeft daartoe in de eerder genoemde uitspraak het volgende overwogen.

"Toetsing aan deze bepalingen is echter slechts mogelijk indien het gaat om in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet bedoelde bepalingen, die naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden. Zoals de Raad reeds heeft overwogen in zijn uitspraak van 1 maart 2000, RSV 2000/173, kan de Universele Verklaring niet worden aangemerkt als een verdrag in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, zodat zij het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet niet vermag te doorbreken."

EU-recht
Voorop gesteld dient te worden dat wetgeving omtrent pensioenen in beginsel een nationale aangelegenheid is. Nationale pensioenstelsels zijn evenwel van invloed op het vrije verkeer van werknemers en kapitaal binnen de Unie. Hiermee is een aanknopingspunt met het EU-recht als zodanig gegeven. Daarmee zijn ook de discriminatieverboden (artikelen 12 en 19 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) relevant. Daarbij zijn EU-lidstaten gebonden aan Europese richtlijnen.

IORP-richtlijn
De PW dient te voldoen aan de eisen die worden gesteld in richtlijn 2003/41 (IORP-Richtlijn) Deze richtlijn met betrekking tot het toezicht op pensioenfondsen en bevat onder meer voorschriften over technische voorzieningen. Dat wil zeggen het bedrag aan verplichtingen dat overeenkomt met de financiële verplichtingen van het pensioenfonds. Dat zijn dus de verplichtingen die voortvloeien uit de bestaande pensioenovereenkomsten. Tegenover die verplichtingen moet voldoende dekking staan. De technische bepalingen van de IORP-richtlijn regelen de financiële kant van de pensioenovereenkomst en geven als regel dat er voldoende dekking moet zijn. Het Pensioenakkoord en daarmee het invaren van bestaande rechten dient ertoe een adequate pensioenvoorziening voor huidige en toekomstige generaties pensioengerechtigden zeker te stellen. Dit lijkt te stroken met de algemene regel dat er voldoende dekking moet zijn voor de verplichtingen uit de bestaande pensioenovereenkomsten. Het is evenwel afhankelijk van de omstandigheden wat onder een adequate pensioenvoorziening wordt verstaan. In dit verband is tevens het groenboek van de Europese Commissie van 7 juli 2010 waarin aandacht wordt gevraagd voor de houdbaarheid, zekerheid en betaalbaarheid van pensioenen in de toekomst van belang. De vergrijzing en de financiële crises vormen de aanleiding voor dit groenboek. De Commissie merkt bijvoorbeeld op dat openbare pensioenen in veel lidstaten voor een financiële buffer zorgen maar dat enkele lidstaten met degelijk verankerde correctiemechanismen genoodzaakt waren om de uitbetaalde pensioenen te verlagen. De Commissie lijkt niet op voorhand van mening te zijn dat een dergelijk correctiemechanisme, ook als dit opgebouwde aanspraken raakt, in strijd komt met de IORP richtlijn of andere Europeesrechterlijke verplichtingen. Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat op grond van deze verplichtingen een pensioenrecht zelf niet zou kunnen worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden zoals de situatie op de financiële markten of de effecten van de demografische ontwikkeling in een land of een bepaalde bedrijfstak.

EU-Handvest
Het EU-Handvest bevat klassieke en sociale grondrechten. Het toepassingsbereik van het EU Handvest is echter beperkt en is gericht op de EU zelf en de lidstaten bij het ten uitvoer brengen van het recht van de Unie. Op grond van artikel 52, derde lid, EU-Handvest is de reikwijdte en inhoud van bepalingen gelijk aan die van het EVRM voor zover die bepalingen met elkaar overeenkomen. De inhoud en reikwijdte van artikel 17 van het EU-Handvest heeft eenzelfde strekking als artikel 1 EP EVRM. Dit blijkt ook uit de toelichting op het Handvest. Dat betekent dat voor de toetsing aan deze bepaling dezelfde elementen van belang zijn zodat hierna volstaan kan worden met een toetsing aan artikel 1 EP ERVM. Artikel 17 van het EU-Handvest luidt als volgt.

1. Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij de wet voorzover het algemeen belang dit vereist.
2. Intellectuele eigendom is beschermd.

III.3 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)

De bepalingen van het EVRM worden zoals eerder aangegeven in de Nederlandse rechtspraak in het algemeen aangemerkt als eenieder verbindend. Aan de bepalingen van het EVRM komt dus voorrang toe boven het nationale recht. Bepalingen van nationaal recht waarvan de toepassing niet verenigbaar is met een eenieder verbindende bepaling van het EVRM blijven op grond van artikel 94 Grondwet buiten toepassing. Niet alleen de rechter is hieraan gebonden ook het bestuur zal een nationale bepaling buiten toepassing moeten laten als deze een concreet geval zich niet verdraagt met een bepaling van het EVRM. Daarenboven geldt dat de wetgever het EVRM dient te respecteren en na te leven. Van het EVRM is met name artikel 1 EP EVRM inzake het eigendomsrecht relevant aangezien pensioenrechten vallen onder het eigendomsrecht. Dit blijkt uit het arrest Azinas van het EHRM [60], waarin het EHRM heeft geoordeeld dat een door de werkgever toegezegd pensioen als onderdeel van het arbeidscontract beschouwd kan worden als een eigendomsrecht en dus valt onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM.

Bescherming eigendomsrecht
Artikel 1 EP EVRM regelt de bescherming van eigendomsrechten en luidt:

Artikel 1 Bescherming van eigendom
Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.
De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

Artikel 1 EP EVRM bevat volgens vaste rechtspraak van het EHRM drie te onderscheiden regels:
(1) het algemene beginsel van het ongestoord genot van de eigendom (neergelegd in de eerste zin van de eerste paragraaf);
(2) de voorwaarden met betrekking tot ontneming van eigendom (neergelegd in de tweede zin van de eerste paragraaf);
(3) de erkenning van het recht dat de Staat het recht heeft het gebruik van de eigendom te reguleren (neergelegd in de tweede paragraaf).

[60] EHRM 20 juni 2002, nr. 56679/00 (Azinas/Cyprus)

De drie regels zijn nauw verbonden. De tweede en derde regel betreffen beperkingen van het recht op ongestoord genot van de eigendom en moeten worden uitgelegd in het licht van het algemene beginsel van de eerste regel. Een maatregel kan buiten het bereik van de tweede en derde regel vallen, terwijl niettemin de eerste regel is geschonden.

Bij ontneming van eigendom gaat het om formele en de facto onteigening. Er is geen ontneming indien er nog bevoegdheden voor de eigenaar behouden blijven. De ontneming moet plaatsvinden in het algemeen belang en in overeenstemming met de nationale wettelijke bepalingen en de algemene beginselen van internationaal recht. Met betrekking tot de beoordeling van hetgeen in het algemeen belang is hebben de nationale autoriteiten een ruime marge van waardering. Hiernaast moet de maatregel voldoen aan de eis dat sprake is van een redelijke mate van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel. Er is geen sprake van een redelijk evenwicht indien er een onevenredige en buitensporige last op het individu wordt gelegd. Bij de vraag of dit het geval is, is van belang of is voorzien in schadevergoeding. Als algemene regel geldt dat ontneming van eigendom zonder schadevergoeding of enige andere vorm van compensatie in beginsel een schending oplevert van artikel 1 EP EVRM.

De regulering van het gebruik van eigendom kan onder meer plaatsvinden in overeenstemming met het algemeen belang (de tevens in de tweede paragraaf genoemde verzekering van de betaling van belastingen, andere heffingen of boeten is hier niet aan de orde). Getoetst wordt of de maatregelen een wettig doel dienen in overeenstemming met het algemeen belang en of sprake is van een redelijke mate van proportionaliteit tussen de maatregelen en het doel van de wet waarop deze berusten. Bij de vraag of sprake is van een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang en de eisen van de bescherming van de fundamentele rechten van het individu, genieten de nationale autoriteiten een ruime marge van waardering ten aanzien van de keuze van de beperkende maatregelen en de beoordeling of de gevolgen van de ingreep gerechtvaardigd zijn in verhouding tot het doel van de maatregel. De vereiste mate van proportionaliteit bij de toepassing van de derde regel inzake de regulering van het gebruik van de eigendom verschilt van die bij de tweede regel inzake de ontneming van eigendom. De ontneming is bezien in het licht van het algemene beginsel van het ongestoord genot van de eigendom immers veel ernstiger dan de regulering van het gebruik daarvan, waarbij het eigendomsrecht volledig in stand blijft.

Bij het algemene beginsel van het ongestoord genot van de eigendom wordt (kort samengevat) getoetst of de maatregel in overeenstemming is met de nationale wettelijke en verdragsbepalingen, of de maatregel een legitiem doel heeft en of er sprake is van een redelijke mate van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel. Bij de vraag of een maatregel in het algemeen belang is, heeft de Staat een ruime marge van waardering. Bij ontneming van eigendom wordt in beginsel zwaarder getoetst dan bij regulering van eigendom. Er is echter niet altijd helder of sprake is van ontneming of regulering van eigendom. In de jurisprudentie wordt namelijk niet in alle gevallen een duidelijke kwalificatie tussen deze beide figuren gemaakt.[61] In casu is het evenwel waarschijnlijk dat de wetswijziging die collectief invaren van opgebouwde pensioenrechten mogelijk maakt wordt aangemerkt als regulering van eigendom.

Rechtvaardiging inbreuk
Inmenging in het eigendomsrecht is toegestaan indien die inmenging gerechtvaardigd is. Dit wordt getoetst aan de hand van drie stappen.

1. Rechtmatigheid: de inmenging moet bij wet zijn voorzien.
2. Algemeen belang: de inmenging moet een algemeen belang dienen.
3. Fair balance: de inmenging moet proportioneel zijn, dat wil zeggen een rechtvaardig evenwicht aanbrengen tussen het algemeen belang en het recht op een ongestoord eigendomsrecht.

[61] EHRM 6 januari 2005, nr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland)

In essentie gaat het er dus om of de inmenging in het eigendomsrecht een algemeen belang dient en of er een redelijke verhouding van proportionaliteit tussen het beoogde doel en het individuele nadeel bestaat. Het EHRM laat bij de beoordeling van deze vragen een ruime beoordelingsmarge (a broad margin of appreciation) aan de nationale autoriteiten in het bijzonder als het gaat om sociaal-economische maatregelen.[62] Dat betekent dat op dit beleidsterrein een schending van artikel 1 EP EVRM over het algemeen niet snel wordt aangenomen. De achtergrond daarvan is dat een veelheid van overheidshandelingen die noodzakelijk zijn in het algemeen belang op enigerlei wijze inbreuk maken op eigendomsrechten. Het is dan niet onredelijk is om deze inbreuken in sommige gevallen ten laste van de burger te laten komen. Burgers ervaren namelijk ook de voordelen van overheidsingrijpen. Daarnaast heeft het EHRM tot taak toe te zien op de naleving van het EVRM in 47 Europese Staten die onderling grote verschillen vertonen, bijvoorbeeld in termen van economische ontwikkeling en sociaal-economisch beleid.

Beoordelingsruimte Staat
Een Staat mag dus ingrijpen in eigendomrechten als het algemeen belang dat vereist, waarbij de Staat vooral op sociaal-economisch terrein een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het bepalen of een maatregel in het algemeen belang is. In het arrest Asmundsson[63] heeft het EHRM het bestrijden van financiële problemen van een pensioenfonds als een algemeen belang erkend. De volgende overweging van het EHRM in de zaak Hoogendijk is in dit kader ook interessant.

"In these circumstances, the Court is satisfied that the interference complained of pursued aims in the public interest. It finds that the removal of discriminatory regulations and the control of public expenses by the State are legitimate aims for the purposes of securing social justice and protecting the State's economic well-being. In this respect, the Court reiterates that, in implementing social and economic policies, the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in determining what is in the general interest of the community is a broad one ……"

Een ingrijpen in eigendomsrechten door de Staat is gerechtvaardigd als het algemeen belang goed is afgewogen tegen de individuele rechten. Er moet sprake zijn van een redelijke evenredigheid tussen de effecten van de getroffen maatregel en het nagestreefde doel. Daarvan is bijvoorbeeld geen sprake als een maatregel een kleine groep belanghebbenden onevenredig zwaarder treft dan anderen (arrest Asmundsson). Zie de passages uit de volgende overwegingen.

"43. However, the Court is struck by the fact that the applicant belonged to a small group of 54 disability pensioners (some 15% of the 336 persons mentioned above) whose pensions, unlike those of any other group, were discontinued altogether on 1 July 1997. (……..)
44. The discriminatory character of the interference was compounded by the fact that it affected the applicant in a particularly concrete and harsh manner in that it totally deprived him of the disability pension he had been receiving on a regular basis for nearly twenty years. (……)
45. Against this background, the Court finds that, as an individual, the applicant was made to bear an excessive and disproportionate burden which, even having regard to the wide margin of appreciation to be enjoyed by the State in the area of social legislation, cannot be justified by the legitimate community interests relied on by the authorities. It would have been otherwise had the applicant been obliged to endure a reasonable and commensurate reduction rather than the total deprivation of his entitlements ……"

Anderzijds moet een zekere "threshold of hardship" worden overschreden om het EHRM tot de conclusie te brengen dat artikel 1 EP geschonden is.[64] Wat betreft de aan belanghebbenden op te leggen last accepteert het Hof een forse vermindering eerder dan het volledig ontnemen van

[62] Zie in dit kader ook de zaak Hoogendijk
[63] EHRM 12 oktober 2004, nr. 60669/00 (Asmundsson/IJsland)
[64] EHRM 30 september 2009, nr. 20844/09 (Hasani/Kroatië) en 15 maart 2007/ 9 juli 2007, nr. 43278/98 (Velikovi/Bulgarije)

rechten, zo lijkt af te leiden uit het arrest Maggio[65]. Het EHRM kwalificeerde een forse vermindering als een redelijke en evenredige korting en niet als een volledige ontneming van rechten. Dit blijkt uit de volgende passage uit overweging 62.

"As a consequence, according to the first applicant, between the years 1996 when he started receiving his pension and 2009, he received a monthly pension of EUR 873 as opposed to EUR 1,372 which he would have obtained had his proceedings not been interfered with and he had been successful, and for the year 2010 he received a pension of EUR 1,178 instead of EUR 1,900. On the basis of these calculations the Court observes that the first applicant lost considerably less than half of his pension. Thus, the Court considers that the applicant was obliged to endure a reasonable and commensurate reduction, rather than the total deprivation of his entitlements ……"

Ook zal een vermindering van rechten voor de toekomst eerder worden geaccepteerd dan een maatregel waarbij reeds ontvangen vergoedingen moeten worden terug betaald (arrest Hasani). Dit blijkt uit de volgende passage.

"As to the present case, the Court notes at the outset that the legislative amendments to the Labour Act and the Health Insurance Act did affect the applicant's right to receive a maternity allowance in the future but did not affect the applicant's payments hitherto. At the time when the applicant's maternity allowance was discontinued the applicant's child had already passed her first birthday. Thus, the legislative amendments at issue were to be applied only in the future."

Naar aanleiding van een klacht over de Algemene nabestaandenwet die, als gevolg van de introductie van een inkomenstoets tot een lagere uitkering dan onder de Algemene Weduwen- en Wezenwet leidde, accepteerde het EHRM niet de stelling dat uit artikel 1 EP EVRM voortvloeit dat een sociale zekerheidsuitkering, waarvoor bijdragen zijn betaald, ongewijzigd zou moeten blijven, als de uitkering eenmaal is toegekend. Sociale zekerheidsrechten kunnen onder bepaalde omstandigheden worden verlaagd.[66]

"The Court cannot accept the suggestion made by the applicant and the third parties that their pension entitlements, based as they were on contributions to a particular fund made specifically for their benefit, should remain unaltered once they had been granted. There is no authority in its case-law for so categorical a statement; in actual fact, it has accepted the possibility of reductions in social-security entitlements in certain circumstances ……"

Uit deze zaak blijkt ook dat het EHRM de Staat de nodige ruimte laat bij het bepalen welke maatregel nodig is. Het bestaan van alternatieve oplossingen maakt op zich de bestreden regeling nog niet ongerechtvaardigd, aldus het EHRM.

Kapitaalgedekte pensioenaanspraken zijn, zoals al eerder vastgesteld, geen sociale zekerheidsuitkeringen die omslaggefinancierd zijn, maar de lijn zou kunnen worden doorgetrokken. In dit kader is nog het arrest Ortiz[67] van belang. In deze zaak speelde dat de belanghebbende als gevolg van een collectieve arbeidsovereenkomst zijn aanvullende pensioenaanspraken verloor en ter compensatie een eenmalig bedrag ter waarde van drie maanden uitkering ontving. Het EHRM oordeelde dat geen sprake was van een schending van artikel 1 EP EVRM.

Uit een arrest van oktober 2011[68] kan de nogmaals de bevestiging worden afgeleid dat pensioenrechten vallen onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM. Voorts geeft het EHRM ook hier aan dat Staten bij een inbreuk op het eigendomsrecht een ruime beoordelingsruimte toekomt om

[65] EHRM 31 mei 2011/ 31 augustus 2011, nr. 46286/09 (Maggio/ Italië).
[66] EHRM 22 september 2005, nr. 75255/01 (Goudswaard-Van der Lans/Nederland)
[67] EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (Ortiz/Spanje)
[68] EHRM 25 oktober 2011, nr.2033/04 (Valkov/Bulgarije)

te bepalen wat in het algemeen belang is. Daarbij overweegt het EHRM ten aanzien van pensioenrechten dat er grote verschillen bestaan in de manier waarop staten hun pensioensysteem inrichten en in hoeverre de te verkrijgen uitkeringen verband houden met de hoogte van het vroegere inkomen.

"According to the Court's case-law, the national authorities, because of their direct knowledge of their society and its needs, are in principle better placed than the international judge to decide what is "in the public interest". Under the Convention system, it is thus for those authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures interfering with the peaceful enjoyment of possessions. Moreover, the notion of "public interest" is necessarily extensive. In particular, the decision to enact laws concerning pensions or welfare benefits involves consideration of various economic and social issues. The margin of appreciation available to the legislature in implementing such policies should therefore be a wide one, and its judgment as to what is "in the public interest" should be respected unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. However, any interference must also be reasonably proportionate to the aim sought to be realised. In other words, a "fair balance" must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. That balance will be lacking where the person concerned has to bear an individual and excessive burden (.....). In that regard, it would also be important to verify whether an applicant's right to derive benefits from the social security scheme in question has been infringed in a manner resulting in the impairment of the essence of his pension rights (.....). On the other hand, it must not be overlooked that Article 1 of Protocol No. 1 does not restrict a State's freedom to choose the type or amount of benefits that it provides under a social security scheme (.....)."

De slotsom is dat de Staat een ruime margin of appreciation heeft waarbij het EHRM terughoudend toetst en accepteert dat economisch omstandigheden aanleiding kunnen zijn om een pensioen/sociaal zekerheidstelsel te hervormen en daarbij zeer vergaande kortingen aanvaardbaar acht. Wel is van belang dat wordt voorkomen dat bepaalde groepen of individuen onevenredig hard worden getroffen.

Compensatie
Bij de belangenafweging dient tevens beoordeeld te worden of enige vorm van compensatie noodzakelijk is. In het arrest Griekse kloosters[69] stelde het EHRM dat een depriverende maatregel in het algemeen belang zonder enige vorm van compensatie voor de betrokkenen normaliter zal worden aangemerkt als een ongerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht.

"Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 (P1-1) only in exceptional circumstances. Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of "public interest" may call for less than reimbursement of the full market value (.....)."

Uit het arrest Pressos Compania Naviera[70] blijkt echter dat dit niet altijd een volledige compensatie hoeft te zijn. In deze arresten gaat het wel duidelijk om een financiële tegemoetkoming ter compensatie van de ontneming van eigendom. Derhalve de meer klassieke vorm van onteigening. Zoals eerder aangegeven zal bij het collectief invaren van opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten veeleer sprake zijn van regulering van eigendom waarbij compensatie in zijn algemeenheid

[69] EHRM 9 december 1994, nr. 13092/87 en 13984/88 (Heilige Kloosters/Griekenland)
[70] EHRM 20 november 1995, nr. 17849/91 (Naviera/België)

niet direct aan de orde is. Dit is wel relevant in het geval er sprake mocht zijn van een “individual and excessive burden” zoals in de eerdergenoemde zaak Asmundsson aan de orde was.