



Mr. Drs. Corey Dekkers MFP FFP
Senior pensioenjurist op de afdeling fiscale en juridische zaken Pensioennavigator BV



Drs R.J. van Woerden
Senior pensioenspecialist, partner bij Themis Pensioen Professionals en hoofdredacteur van dit blad

Op 5 juni 2019 is het langverwachte principeakkoord voor een nieuw pensioenstelsel gepubliceerd. Sociale partners lijken daarin akkoord te zijn met een structurele wijziging van ons huidige pensioenstelsel, waarbij degressieve opbouw het uitgangspunt gaat worden. In dit artikel staan wij stil bij de vraag of het voorgestelde nieuwe pensioenstelsel mogelijk in strijd is met de gelijke behandelingswetgeving.

Pensioensystematiek principeakkoord: wel of niet te rechtvaardigen?

INHOUD PRINCIPEAKKOORD

Uit het principeakkoord vernieuwing pensioenstelsel¹ blijkt dat het kabinet de doorsneesystematiek wil afschaffen en deze wil vervangen door een systematiek met leeftijdsonafhankelijke premies. Een uitkeringsovereenkomst is in de toekomst niet meer mogelijk. Er wordt overgestapt naar twee soorten premieregelingen. Eén met beperkte risicodeling en één met uitgebreide risicodeling. In beide systemen wordt de premie omgezet in een voorwaardelijke aanspraak. Omdat die omzetting leeftijdsafhankelijk plaatsvindt, is er sprake van een premieovereenkomst met een leeftijdsonafhankelijke premie, maar met degressieve opbouw. Omdat deze systematiek voor alle pensioencontracten gaat gelden zal de mogelijkheid van een stijgende premiestafel in een beschikbare premieregeling tot het verleden gaan behoren, tenzij eventueel overgangsrecht dit toch nog mogelijk maakt. In het akkoord zijn naar alle waarschijnlijkheid nog twee smaken mogelijk. De huidige zuivere beschikbare premieovereenkomst (inclusief de aangepaste variant

met beperkte risicodeling) en de premieovereenkomst waarbij de premie direct wordt omgezet in een voorwaardelijke pensioenuitkering.² Voor beide vormen geldt een leeftijdsonafhankelijke premie. Een leeftijdsonafhankelijke premie betekent dat naar mate de deelnemer ouder wordt, er per ingelegde euro minder pensioen kan worden opgebouwd. Dat is zelfs direct zichtbaar omdat in het nieuwe contract de premie wordt omgezet in een (leeftijdsafhankelijke) voorwaardelijke aanspraak op pensioen. De vraag is of deze systematiek verdedigbaar is op grond van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) en Europese gelijke behandelingswetgeving.

ACHTERGROND AFSCHAFFING DOORSNEESYSTEMATIEK

Het kabinet vindt dat de doorsneesystematiek niet langer houdbaar is. Bij een doorsneepremiesystematiek wordt voor werknemers van verschillende leeftijden met gelijke premies gelijke pensioenopbouw ge-

1 Principeakkoord vernieuwing pensioenstelsel van 5 juni 2019, onderdeel 2.1.

2 SER-rapport, *Naar een nieuw pensioenstelsel*, juni 2019.

realiseerd. Werkgevers met een jong bestand betalen in verhouding een hogere premie dan nodig voor dit bestand. Zij zijn daarmee solidair met branchegeenoten met een ouder werknemersbestand. In het geval dat er naast een werkgeversdeel ook een werknemersbijdrage verschuldigd is, zijn de jongeren rechtstreeks ook solidair met de ouderen. Zij betalen gerelateerd aan de benodigde actuariële premie voor hun aanspraak een hogere eigen bijdrage dan oudere werknemers. Door de toenemende generatiekloof zal de pensioenbijdrage van jongere werknemers toenemen ten gunste van de oudere collega's. Deze herverdeling is een argument om het huidige pensioensysteem te heroverwegen. Het huidige systeem zorgt er wel voor dat iedereen, ongeacht leeftijd, een zelfde levenslange pensioenuitkering krijgt voor een zelfde inleg. In de basis voldoet het huidige systeem ons inziens uitstekend aan gelijkebehandelingswetgeving. De Raad van State is van mening is dat ook bij de doorsneepremie geredeneerd kan worden dat sprake is van ongelijke behandeling. Volgens de Raad van State wordt immers geen rekening gehouden met de periode waarin de ingelegde premies renderen.¹

In het principeakkoord heeft de coalitie haar voorkeur uitgesproken voor een pensioensysteem bestaande uit een leeftijdsonafhankelijke pensioenpremie. Deelnemers krijgen een opbouw die past bij de ingelegde premie. Dit betekent dat de pensioenopbouw daalt naarmate men ouder wordt. Volgens het kabinet sluit dit stelsel beter aan bij de arbeidsmarkt. Voor werkgevers wordt het aantrekkelijk om oudere werknemers in dienst te nemen, dan wel te houden.² Duidelijk is dat het kabinet en sociale partners gekozen hebben voor een vlakke premie.

WET GELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN LEEFTIJD BIJ DE ARBEID

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde. Daarom zijn de bepalingen uit de Wet gelijke behandeling bij leeftijd (Wgbl) van toepassing. In artikel 3 onderdeel e Wgbl is bepaald dat iedere vorm van onderscheid in arbeidsvoorwaarden op grond van leeftijd verboden is. Strikt genomen dus ook bij pensioen. Echter, zo staat in artikel 8 lid 3 Wgbl, is het verbod van onderscheid

niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Op grond van deze bepaling mogen voor personen met een verschillende leeftijd verschillende actuariële factoren worden toegepast.³

Uit de uitspraken van het Europese Hof, Dansk Industri/Karsten Eigil Rasmussen en Danmark/Experian kan afgeleid worden dat artikel 8 lid 3, onderdeel c Wgbl geen juiste implementatie is van Richtlijn 2000/78/EG. Het gevolg is dat artikel 8 lid 3 onderdeel c Wgbl buiten toepassing gelaten dient te worden. Hierdoor is actuariële onderscheid in arbeidsvoorwaarden, dus ook bij pensioen, in principe niet toegestaan.

Het nieuwe pensioencontact sluit niet aan bij gelijke behandeling

Voormalig Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Klijnsma heeft aangegeven dat artikel 8 lid 3 Wgbl bij wet zal worden aangepast en dat tot die tijd bij het gebruik van leeftijdsgrenzen in actuariële berekeningen kan worden teruggevallen op de algemene uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, van de Wgbl. Dit betekent dat leeftijdsonderscheid in pensioenopbouw niet helemaal verboden is. Onderscheid is nog steeds mogelijk zolang het maar objectief gerechtvaardigd is.⁴

Nu de actuariële uitzondering niet langer van toepassing is, zal beoordeeld moeten worden of leeftijdsonderscheid bij pensioenopbouw objectief gerechtvaardigd is. Van objectieve rechtvaardiging is sprake als het doel legitiem is en de middelen om het doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. Daarbij mogen geen andere oplossingen voorhanden zijn die leiden tot geen of minder onderscheid of die minder be-

1 Raad van State, nr. W12.17.0115/III/Vo, p. 5, 3 juli 2017.

2 Brief Staatssecretaris Klijnsma, 8 juli 2016, Perspectiefnota Toekomst pensioenstelsel.

3 TK 28 170, Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, nr. 3, memorie van toelichting.

4 Brief staatssecretaris Klijnsma, Kamervragen van de leden Lodders en Aukje de Vries (beiden VVD), 26 juni 2017.

zwaarlijk zouden zijn.¹ Onderscheid is ook toegestaan als dit gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet.²

IS IN HET HUIDIGE SYSTEEM VAN PREMIEREGELINGEN SPRAKE VAN LEEFTIJDSONDERSCHIED?

In de praktijk wordt de huidige premiereregeling op twee manieren toegezegd. Een vlakke (gelijkblijvende) premie, of een stijgende premie (staffel). De overeenkomst tussen beide regelingen is dat het om een toezegging van een premie gaat waarmee een levenslang ouderdomspensioen moet worden aangekocht. In het kader van gelijke behandelingswetgeving zou je kunnen stellen dat op zijn minst bij één van beide methodes sprake moet zijn van ongelijke behandeling (tenzij dit objectief kan worden gerechtvaardigd). Als je alleen de premie in ogenschouw neemt, dan leidt een stijgende staffel tot ongelijke behandeling. Kijk je naar de waarde en de daaraan gekoppelde pensioenuitkering, dan leidt de vlakke staffel tot ongelijke behandeling. In het Experian-arrest stelde het Europese Hof (HvJ EU) dat een stijgende werkgevers- en werknemersbijdrage leidt tot ongelijke behandeling. Naar aanleiding van dit arrest zijn Kamervragen gesteld of de premiestaffel die wij in Nederland hanteren leidt tot ongelijke behandeling. Staatssecretaris Klijnsma stelde dat de staffels objectief gerechtvaardigd zijn doordat het verschil in premiepercentages voor beschikbare premiereregelingen gericht is op een per ingelede euro gelijk pensioenresultaat op pensioeningsdatum. Indien men deze redenering volgt en toepast op vlakke staffel kan gesteld worden dat het pensioenresultaat per ingelede euro op pensioendatum ongelijk is per leeftijdscategorie.

HET NIEUWE PENSIOENSTELSEL EN DE VLAKKE PREMIE

In het nieuwe pensioenstelsel wordt uitgegaan van een premieovereenkomst. Naast de huidige premieovereenkomst³ komt straks het nieuwe pensioencontract. Beide vormen kennen een vlakke premie die leidt tot degressieve opbouw. Eerder is aangegeven dat een vlakke premie per leeftijdsklasse leidt tot on-

Artikel 8 lid 3 Wgbl niet meer toepasbaar

gelijke pensioenuitkeringen, zie Kamerstukken I, 2003/2004, 28 170 C, p. 2-3.⁴ Het nieuwe contract kenmerkt zich doordat de ingelede premie direct wordt omgezet in een voorwaardelijk pensioen.

Interessant is de vraag hoe het Europees Hof aankijkt tegen deze problematiek. Als de lijn wordt gevolgd door alleen naar de premie-inleg te kijken, dan is bij een vlakke premie geen sprake van een verboden leeftijdsonderscheid. Wordt er verder gekeken dan alleen naar de premie, dus ook naar het pensioenresultaat (conform oud staatssecretaris Klijnsma), dan kan het hof tot de conclusie komen dat een vlakke premie leidt tot ongelijke behandeling. Daar zijn gronden voor. In de Pensioenwet is namelijk vastgelegd dat bij premieovereenkomsten de ingelede premie en het bijbehorend rendement aangewend moet worden voor een levenslange pensioenuitkering. Dit kan op de pensioeningsdatum, maar ook direct.⁵ Ook de pensioenuitkering maakt ondanks dat de exacte hoogte niet is afgesproken onderdeel uit van de pensioenovereenkomst.

De verplichting dat in het nieuwe pensioencontract de premie moet worden aangewend voor een levenslange voorwaardelijke pensioenuitkering kan ons inziens niet los worden gezien van de overeengekomen premie.

IS EEN VLAKKE PREMIE NU VERBODEN?

Ongelijke behandeling terwijl de directe pensioenbeloning gelijk is, dat lijkt ver gezocht. Derhalve zullen we ongeacht het voorgaande, nog stilstaan bij het volgende argument: wanneer iedereen dezelfde premie

¹ Artikel 7, lid 1, onderdeel c Wgbl.

² Artikel 7, lid 1, onderdeel a Wgbl.

³ Eventueel aangevuld met de variant in het pensioenakkoord met beperkte risicodeling.

⁴ Een beschikbare premie die voor iedereen gelijk is, ongeacht leeftijd, is toegestaan. De arbeidsvoorwaarde is immers de toegezegde premie en die is voor alle leeftijdscategorieën gelijk. Een gelijke premie, ongeacht leeftijd, heeft echter als consequentie dat er verschillen in pensioenaanspraken kunnen ontstaan, die voortvloeien uit de actuariële berekeningen: met het toemen van de leeftijd zal voor de beschikbare premie minder pensioen kunnen worden ingekocht.

⁵ Artikel 10, onderdeel c PW.

krijgt en deze ook wordt toebedeeld aan de persoon waarvoor deze betaald wordt, kan geen sprake zijn van ongelijke behandeling. Men krijgt immers de facto dezelfde premie en daarmee ook een zelfde leeftijdsonafhankelijke beloning. Dat het resultaat van die premie voor jongeren in beginsel gunstiger uitpakt dan voor ouderen doet er dan niet toe. Ons inziens wordt in deze redenering dus vergeten dat de premie moet worden omgezet in een levenslange uitkering vanaf pensioendatum. De redenering snijdt hout als men de pensioenpremie gebruikt voor een uitkering ineens. Het pensioenkapitaal wordt echter gebruikt voor een levenslange pensioenuitkering. In de pensioenovereenkomst is immers opgenomen dat de ingelegde pensioenpremie aangewend moet worden voor de aankoop van een levenslange pensioenuitkering. De pensioenovereenkomst bestaat dus niet enkel uit het toezeggen van een premie, maar ook uit de verplichting om het resultaat uit die premies om te zetten in een pensioenuitkering. En deze zijn per leeftijdscategorie ongelijk. In het pensioenakkoord wordt een pensioenstelsel voorgestaan met twee varianten. Bij de eerste variant (het nieuwe contract) wordt de premie direct omgezet in een voorwaardelijke uitkering. Die is aantoonbaar voor een oudere lager dan voor een jongere. In de tweede variant (beperkte risicodeling) worden in beginsel vanaf 10 jaar voor de pensioenleeftijd het gespaarde kapitaal en de toekomstige premies omgezet in voorwaardelijke aanspraken. Voor beide contracten geldt dat de levenslange pensioenuitkering in beginsel voor de premies betaald tijdens de jongere jaren hoger is dan de levenslange pensioenuitkering die aangekocht wordt uit de latere premies. In beginsel is dit ons inziens ongelijke behandeling. Dat sluit ook aan bij eerdere oordelen van het College voor de Rechten van de Mens. In 2004 oordeelde het College voor de Rechten van de Mens¹ dat het beschikbaar stellen van een vlakke premie onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, Wgbl valt, zodat het verbod van onderscheid op grond van

leeftijd niet van toepassing is (zie CGB 17 mei 2004, oordeel 2004-51).

Voldoende alternatieven voor het nieuwe pensioencontract

Deze argumentatie kan niet langer standhouden nu artikel 8 lid 3 Wgbl niet meer toepasbaar is. Ook in die uitspraken was dus in beginsel sprake van leeftijdsdiscriminatie bij het hanteren van een vlakke staffel. Doordat artikel 8 lid 3 kon worden toegepast hoefde het leeftijdsonderscheid niet getoetst te worden aan artikel 7 WGBL. Nu zal er echter wel gekeken moeten worden of er een objectieve rechtvaardigingsgrond is voor een vlakke premie. Bovendien moet getoetst worden of het onderscheid noodzakelijk is en er geen alternatieven voorhanden zijn die minder bezwaarlijk zijn.

OBJECTIEVE RECHTVAARDIGING

Het kabinet heeft een aantal argumenten geuit die het nieuwe pensioencontract rechtvaardigen. Deze zijn voornamelijk sociaal-economisch gefundeerd. Door invoering van een leeftijdsonafhankelijke premie, die voor alle pensioencontracten gaat gelden, blijft de pensioenregeling voor oudere deelnemers betaalbaar. Voor werkgevers blijft het hierdoor aantrekkelijk oudere werknemers in dienst te nemen dan wel te houden. Door afschaffing van de doorsneepremie worden jongeren niet langer onevenredig geraakt in hun pensioenbijdrage. Toch is er wat af te dwingen op deze argumenten.

Het betaalbaar houden van oudere werknemers wordt onder andere als argument gebruikt voor een vaste

1 Voorheen Commissie Gelijke Behandeling.

gelijkmatige premie. Feitelijk heeft de doorsnee-premiesystematiek hetzelfde resultaat. Immers, ook daar wordt voor iedere werknemer een zelfde premiepercentage betaald. Verschil tussen de systemen is hoe uiteindelijk die premie wordt toebedeeld aan de werknemer. In hoeverre de premie wordt toebedeeld voor de aankoop van een aanspraak is niet relevant voor het betaalbaar houden van een oudere werknemer. Ook is het maar de vraag in hoeverre de jongeren in hun pensioenbijdrage onevenredig worden getroffen. En wanneer juist dit werknemersdeel maatschappelijk te hoog zou zijn, zou dan niet een oplossing denkbaar zijn die de werknemersbijdrage voortaan verlaagt?

Bij verzekerde premieovereenkomsten waar een stijgende premiestaffel wordt gehanteerd zal de invoering van een leeftijdsonafhankelijke premie ertoe leiden dat de jongeren juist duurder worden dan nu het geval is. Toetreding tot de arbeidsmarkt wordt dan voor jongeren juist minder aantrekkelijk gemaakt. Dat geldt ook als de leeftijdsonafhankelijke premie hoger is dan de gemiddelde doorsnee premie.

ALTERNATIEF IS ER: DE CDC-REGELING

De toets of er sprake is van een objectieve rechtsvaardigheidsgrond wordt niet zomaar doorstaan. Maar als deze wordt gevonden, moet vervolgens worden getoetst of er sprake is van een alternatief dat niet leidt tot leeftijdsdiscriminatie. Ons inziens is dit alternatief er, namelijk de zogenaamde *Collective Defined Contribution*-regeling (CDC-regeling). De CDC-regeling kenmerkt zich doordat de werkgever een vaste premie betaalt waarbij een bepaalde pensioenambitie wordt nagestreefd die voor iedere deelnemer gelijk is¹. Is de premie niet meer toereikend, dan wordt het ambitieniveau (voor iedere actieve deelnemer) naar beneden bijgesteld. Hoewel dit systeem nog steeds een vorm van solidariteit kent tussen jong en oud, is deze minder ingrijpend dan bij de doorsneesystematiek bij ver-

Een premieovereenkomst houdt niet op bij de inleg

plicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Het grote voordeel van de CDC-regeling is, naast de vlakke premie, dat er geen sprake is van degressieve opbouw.

CONCLUSIE

Er zijn wel degelijk argumenten aan te dragen dat het voorgestelde pensioensysteem leidt tot ongelijke behandeling in verband met leeftijd bij de arbeid, omdat de premies betaald voor jongeren in beginsel zullen leiden tot een hoger levenslang ouderdomspensioen dan de premies die betaald worden voor ouderen. Dat is zelfs direct zichtbaar, omdat in het nieuwe contract de premie wordt omgezet in een voorwaardelijk aanspraak op pensioen. Ervan uitgaande dat deze argumenten plausibel zijn, moet er getoetst worden of dit leeftijdsonderscheid objectief rechtvaardig en noodzakelijk is. Daarbij mogen geen andere oplossingen voorhanden zijn die leiden tot geen of minder onderscheid, of die minder bezwaarlijk zouden zijn.

Die noodzakelijkheid is er ons inziens niet. Er is immers reeds een pensioensysteem, de CDC-regeling, dat beter past binnen de Europese gelijke behandelingswetgeving. Daarmee ontbreekt de noodzakelijke objectieve rechtvaardiging. Ook het aanvoeren dat het pensioenvoorstel onderdeel is van werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën zal niet snel succesvol zijn, aangezien een deel van de jonge deelnemers in een premieregeling daardoor juist duurder wordt voor werkgevers. Het woord is nu aan de politiek en de sociale partners.

¹ Zie artikel 1r. Coenraad Vos AAG elders in deze uitgave.