

No.W12.17.0115/III/Vo

's-Gravenhage, 3 juli 2017

Bij brief van 12 april 2017 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen betreffende de afschaffing van de doorsneesystematiek bij pensioenopbouw.

Blijkens het verzoek om voorlichting van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zijn, tegen de achtergrond van de discussie rondom een eventueel nieuw pensioenstelsel, vragen gerezen over de juridische consequenties van het afschaffen van de doorsneesystematiek bij pensioenopbouw. In het bijzonder de eventuele keuze voor een degressieve pensioenopbouw roept vragen op. Ten eerste is niet duidelijk hoe deze keuze zich verhoudt tot het Europeesrechtelijke verbod op leeftijdsdiscriminatie. Daarnaast is onduidelijk welke betekenis het afschaffen van de doorsneesystematiek heeft voor de houdbaarheid van de verplichtstelling, gelet op het Europees mededingingsrecht.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt in antwoord op het verzoek om voorlichting op dat bij de vormgeving van een nieuw pensioenstelsel weliswaar rekening gehouden dient te worden met het Europeesrechtelijke verbod op leeftijdsdiscriminatie, maar dit verbod sluit een overgang naar een pensioenstelsel met een degressieve opbouw niet bij voorbaat uit. Eveneens leidt het ontbreken van de doorsneesystematiek in een nieuw pensioenstelsel er niet automatisch toe dat moet worden geconcludeerd dat een dergelijk stelsel dusdanig weinig solidariteitskenmerken bevat dat verplichtstelling leidt tot een ongerechtvaardigde inbreuk op het Europese mededingingsrecht.

Veel keuzes voor een nieuw stelsel zijn derhalve mogelijk binnen de Europeesrechtelijke kaders, maar een eenmaal gemaakte keuze betekent wél dat die kaders randvoorwaarden scheppen bij de uitwerking van de gemaakte keuzes in de vormgeving van het stelsel. Of uiteindelijk voldaan wordt aan de eisen uit de Europeesrechtelijke kaders hangt voor beide bovengenoemde vragen af van de wijze waarop het pensioenstelsel als geheel is vormgegeven.

## 1. Inleiding

De achtergrond van het verzoek om voorlichting wordt gevormd door de Kamerbrief Hoofdlijnen van een toekomstbestendig pensioenstelsel<sup>1</sup> en de Perspectiefnota toekomst Pensioenstelsel.<sup>2</sup> Uit de voornoemde stukken blijkt nog niet op welke wijze een nieuw pensioenstelsel precies vormgegeven gaat worden, wel worden de contouren van het beoogde stelsel door het kabinet geschetst. Een belangrijk element van het beoogde stelsel is de afschaffing van de doorsneesystematiek. De doorsneesystematiek houdt in dat werknemers ongeacht hun leeftijd op jaarbasis evenveel pensioen opbouwen en voor die pensioenopbouw dezelfde premiepercentages betalen.

Het verzoek om voorlichting vermeldt hierover dat de doorsneesystematiek belangrijke nadelen meebrengt in een arbeidsmarkt waarin sprake is van flexibilisering en een

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2014/15, 32 043, nr. 263.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2015/16, 32 043, nr. 337.

toegenomen diversiteit in persoonlijke voorkeuren en omstandigheden van mensen. Daarnaast worden pensioenovereenkomsten en pensioenopbouw steeds vaker worden onderbroken omdat mensen – al dan niet tijdelijk – als zelfstandige gaan werken.

Het kabinet streeft naar een meer actuarieel neutrale wijze van pensioenopbouw om deze opbouw beter te laten aansluiten bij de veranderende arbeidsmarkt en op die manier te zorgen voor het behoud van maatschappelijk draagvlak voor het pensioenstelsel. Een meer actuarieel neutrale pensioenopbouw betekent dat er rekening mee wordt gehouden dat ingelegde premies bij jongere werknemers langer renderen en dus tot een hogere pensioenaanspraak leiden dan bij oudere werknemers het geval is. Dit kan op verschillende manieren worden bereikt. Er kan worden gekozen voor stijging van de premie met het stijgen van de leeftijd (progressieve premie). Ook kan worden gekozen voor een degressieve opbouw (daarbij neemt de pensioenopbouw af met het stijgen van de leeftijd). De voornoemde Perspectiefnota kiest vooralsnog voor een degressieve opbouw, om zo te voorkomen dat de loonkosten voor oudere werknemers stijgen ten opzichte van jongeren, hetgeen ten koste zou gaan van de arbeidsmarktpositie van en werkgelegenheid voor ouderen.

De gewenste overstap naar een stelsel van degressieve pensioenopbouw is volgens het verzoek om voorlichting ingrijpend en roept een aantal vragen op. In verband hiermee bestaat volgens het verzoek om voorlichting behoefte aan een nadere beschouwing door de Afdeling die meer duidelijkheid verschaft over de juridische consequenties van de overgang naar een degressieve pensioenopbouw bij uitkeringsovereenkomsten vanwege de tegenstrijdige signalen die daaromtrent bestaan. De Afdeling wordt verzocht in te gaan op twee vraagstukken:

- a. De verhouding van degressieve pensioenopbouw tot het verbod op leeftijdsdiscriminatie.<sup>3</sup> Daarbij wordt de Afdeling verzocht in te gaan op de mogelijkheden om de afschaffing van de thans gehanteerde doorsneesystematiek objectief te rechtvaardigen vanuit de doelstelling om het pensioenstelsel beter aan te laten sluiten op de arbeidsmarkt en het behoud van maatschappelijk draagvlak voor dit stelsel.
- b. De houdbaarheid van de verplichting om deel te nemen aan een bedrijfstakpensioenfonds of een beroepspensioenfonds als dat fonds niet langer een doorsneesystematiek toepast. Deze verplichting vormt een inbreuk op het mededingingsrecht,<sup>4</sup> maar wordt volgens het verzoek om voorlichting gerechtvaardigd door acceptatieplicht van en een hoge mate van solidariteit in het betreffende pensioenfonds. De Afdeling wordt verzocht de betekenis van de afschaffing van de doorsneesystematiek in dit verband te beschouwen.

De Afdeling heeft eerder al onderschreven dat er aanleiding is om tot een fundamentele aanpassing van het pensioenstelsel te komen, en heeft daarbij gewezen op de veranderde maatschappelijke omstandigheden, in het bijzonder de veranderende arbeidsmarkt, alsook op de structureel verslechterde situaties van veel pensioenfondsen.<sup>5</sup> In dat verband heeft de Afdeling ook opgemerkt dat bij de overgang

<sup>3</sup> Artikel 6 van richtlijn 2000/78/EG jo. artikel 157 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

<sup>4</sup> Artikelen 101, 102 en 106 VWEU.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 972, nr. 4 (Wet aanpassing financieel toetsingskader).

naar een nieuw pensioenstelsel (her)verdelingsvraagstukken tussen verschillende bij het stelsel betrokken groepen met vaak tegengestelde belangen een belangrijke rol spelen. Bij de afschaffing van de doorsneesystematiek spelen dergelijke vraagstukken bij uitstek. Een fundamentele herziening van het pensioenstelsel betekent onvermijdelijk dat dergelijke vraagstukken onder ogen moeten worden gezien.

Tegen deze achtergrond gaat de Afdeling in deze voorlichting nader in op de voorgelegde vraagstukken. Zij merkt daarbij evenwel op dat – afgezien van de keuze voor een degressieve pensioenopbouw – grotendeels nog onbekend is hoe het toekomstige pensioenstelsel precies vormgegeven wordt. Deze omstandigheid is van belang voor de mate van concreetheid waarmee de voorliggende vragen kunnen worden beantwoord. De vormgeving van het stelsel als geheel en de wijze waarop de daarmee nagestreefde doelen daarin zijn uitgewerkt, zijn van groot belang voor de vraag hoe elementen van het stelsel (zoals de degressieve pensioenopbouw en het ontbreken van de doorsneesystematiek) zich verhouden tot het Europeesrechtelijke verbod op leeftijdsdiscriminatie en de houdbaarheid van de verplichtstelling. Met name geldt wat betreft het rechtvaardigen van onderscheid op grond van leeftijd en het mededingingsrecht, dat de voor de rechtvaardiging gehanteerde doelstellingen op een systematische en consistente wijze uitgewerkt moeten zijn in het stelsel als geheel. Het voorgaande brengt met zich dat de gestelde vragen niet op alle onderdelen tot in detail beantwoord kunnen worden in deze voorlichting.

De Afdeling zal in het hiernavolgende eerst ingaan op de keuze voor degressieve pensioenopbouw in relatie tot het verbod op leeftijdsonderscheid (paragraaf 2). Vervolgens wordt ingegaan op de betekenis van de afschaffing van de doorsneesystematiek in relatie tot de rechtvaardiging van de door de verplichtstelling veroorzaakte inbreuk op het mededingingsrecht (paragraaf 3). Ten slotte wordt, in het licht van hetgeen in paragraaf 2 en 3 is opgemerkt, beknopt aandacht gevraagd voor het belang van een adequate en evenwichtige overgangsregeling (paragraaf 4).

## 2. Pensioenopbouw en leeftijdsdiscriminatie

Om de eerste vraag van het kabinet te beantwoorden, geeft de Afdeling eerst het Europeesrechtelijke toetsingskader weer. Vervolgens wordt nader ingegaan op de spanning die bij de beloningscomponent pensioenpremies en de daarmee gerealiseerde opbouw kan ontstaan met het verbod van discriminatie. Ten slotte wordt – op hoofdlijnen – geschetst hoe de keuze voor degressieve opbouw zich verhoudt tot het Europeesrechtelijke toetsingskader.

### a. *Toetsingskader*

Artikel 21, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) verbiedt expliciet onder andere iedere leeftijdsdiscriminatie. In artikel 19 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) wordt een grondslag gegeven voor het vaststellen van maatregelen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Op dit artikel is de algemene richtlijn 2000/78/EG inzake discriminatie gebaseerd. Die richtlijn verbiedt discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid<sup>6</sup> en

<sup>6</sup> Artikel 1 en 2, eerste lid, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

geeft daarvoor een algemeen kader. Doordat de richtlijn zowel directe als indirecte discriminatie verbiedt, zijn ook 'ogenschijnlijk neutrale' bepalingen of handelingen verboden als die tot gevolg hebben dat bepaalde personen bijzonder worden benadeeld.<sup>7</sup> Het is dan ook van belang dat bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van ongelijke behandeling mede wordt beoordeeld of een bepaalde regel die op het eerste gezicht geen onderscheid maakt, niettemin in haar feitelijke uitwerking ten opzichte van een of meer leeftijdscategorieën discriminatoir is.

In artikel 157, eerste lid, VWEU is het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers neergelegd. Het tweede lid van dat artikel geeft een omschrijving van wat in dit verband onder beloning moet worden verstaan. Het begrip beloning, zoals dat in enkele bepalingen van Richtlijn 2000/78/EG wordt gehanteerd, dient overeenkomstig artikel 157 VWEU te worden uitgelegd. Ingevolge de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) omvat beloning alle huidige of toekomstige voordelen in geld of natura, mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever uit hoofde van diens dienstbetrekking worden betaald.<sup>8</sup>

Artikel 6, eerste lid, van richtlijn 2000/78/EG geeft een kader waarbinnen de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het gebied van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.<sup>9</sup> Bij die beoordeling is van groot belang dat leeftijdsonderscheid bij arbeid en beloning in sterke mate een aangelegenheid is van een samenspel van overheid en sociale partners. In verschillende arresten heeft het HvJ EU dit onderkend, en gekozen voor een meer marginale toetsing in geval van afspraken met een collectief karakter en een groot maatschappelijke draagvlak, waarbij de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid.<sup>10</sup> Deze ruimte geldt niet alleen bij het kiezen van specifieke doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid, maar eveneens bij het bepalen van de maatregelen waarmee die doelstellingen worden verwezenlijkt.<sup>11</sup> De keuze voor een bepaalde maatregel kan berusten op economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen<sup>12</sup> – die mede kunnen berusten op onzekere voorspellingen – alsmede op politieke overwegingen.<sup>13</sup>

Ondanks de ruimte die lidstaten hebben, blijkt uit jurisprudentie van het HvJ EU dat, wil een maatregel als 'passend' aangemerkt kunnen worden, daarbij zoveel mogelijk een evenwicht gezocht dient te worden tussen de eisen van het beginsel van gelijke

<sup>7</sup> Artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van richtlijn 2000/78/EG.

<sup>8</sup> Zaak C-262/88, Barber, Jurispr. 1990, blz. I-1889.

<sup>9</sup> Deze beperkingsmogelijkheid sluit in wezen aan bij die in artikel 52, eerste lid, van het Handvest.

<sup>10</sup> Zie in het bijzonder arresten HvJ EU, 22 november 2005, C-144/04, Mangold en HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, Palacios de la Villa.

<sup>11</sup> HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, Palacios de la Villa, r.o. 68; HvJ EU 26 september 2013, C-476/11, Experian r.o. 60.

<sup>12</sup> Duidelijk is wel dat louter budgettaire overwegingen geen legitiem doel vormen in de zin van artikel 6, eerste lid, van de richtlijn, HvJ EU, 21 juli 2011, C-159/10, Fuchs en Köhler, r.o. 74.

<sup>13</sup> HvJ EU, 21 juli 2011, C-159/10, Fuchs en Köhler, r.o. 81.

behandeling en het beoogde doel van de maatregel.<sup>14</sup> Uit latere jurisprudentie van het Hof volgt dat een maatregel redelijkerwijze het na te streven doel moet kunnen bereiken; daarbij is het van belang dat dat doel op een coherente en systematische wijze wordt nagestreefd door de maatregel.<sup>15</sup> Bovendien mag de maatregel geen excessieve inbreuk maken op gerechtvaardigde werknemersbelangen.<sup>16</sup> De ruime beoordelingsvrijheid waarover lidstaten beschikken mag eveneens niet tot gevolg hebben dat de toepassing van het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd zinloos wordt, aldus het Hof.<sup>17</sup>

Artikel 6, tweede lid, van richtlijn 2000/78/EG geeft, in aanvulling op artikel 6, eerste lid, de lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat de vaststelling van een toetredingsleeftijd of – kort gezegd – een pensioenleeftijd, inclusief de vaststelling van verschillende leeftijden voor (groepen) werknemers voor toetreding tot socialezekerheidsregelingen, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie vormt, mits dit niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Uit het arrest *Experian* van het HvJ EU blijkt dat leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen niet als zelfstandige afwijkingsmogelijkheid kunnen worden gezien in het kader van artikel 6, tweede lid. Het gebruik van leeftijdsgerelateerde actuariële factoren bij berekeningen in pensioenregelingen valt alleen onder de reikwijdte van de uitzonderingen in artikel 6, tweede lid, als deze gebruikt worden voor het instellen van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd.<sup>18</sup> Voornoemd arrest laat niettemin ruimte om actuariële berekeningen te gebruiken in het kader van de objectieve rechtvaardiging onder het algemene afwegingskader van artikel 6, eerste lid, van richtlijn 2000/78/EG.

b. *Opbouw van pensioenaanspraken en gelijke behandeling*

Pensioen is een vorm van (uitgestelde) beloning. Bij direct uitgekeerde beloningen is het toepassen van een toets op leeftijdsdiscriminatie doorgaans vrij eenvoudig: de beloning van de één (een jongere werknemer) wordt gelegd naast die van de ander (de oudere werknemer). Vanwege het feit dat pensioen een vorm van uitgestelde beloning is, vormt de beoordeling of sprake is van ongelijke behandeling tussen werknemers met een verschillende leeftijd een ingewikkelde opgave. Worden alleen de premies in ogenschouw genomen dan kunnen de bedragen worden vergeleken. De waarde die deze bedragen vertegenwoordigen, is veel lastiger te bepalen. De factor tijd zorgt er bij pensioenopbouw voor dat de waarde die vertegenwoordigd wordt door een bepaalde premie van persoon tot persoon kan verschillen.

Teneinde de complexiteit te reduceren en de waarde van pensioenaanspraken (als onderdeel van de beloning) tussen verschillende werknemers te kunnen vergelijken, wordt gebruik gemaakt van actuariële berekeningen. Met behulp van dergelijke berekeningen kunnen verschillen in leeftijd en de periode waarover ingelegde premies kunnen renderen tot uitdrukking gebracht worden in de premiestelling of opbouw. Als wordt gekeken naar de waarde die de ingelegde premie vertegenwoordigt tegen de tijd dat de beloning (het pensioen) daadwerkelijk wordt genoten, dan vertegenwoordigt de

<sup>14</sup> HvJ EU, 22 november 2005, C-144/04, *Mangold*.

<sup>15</sup> HvJ EU, 21 juli 2011, C-159/10, *Fuchs en Köhler*, r.o. 81-85; EU 26 september 2013, C-476/11, *Experian* r.o. 66-67.

<sup>16</sup> HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, r.o. 73; HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, *Rosenblatt*, r.o. 47.

<sup>17</sup> HvJ EU 5 maart 2008, C-388/07, *Age Concern England*, r.o. 51.

<sup>18</sup> Zie onder meer HvJ EU 26 september 2013, C-476/11, *Experian*.

premie die door en voor een 25-jarige wordt ingelegd een andere waarde dan voor een 60-jarige als gevolg van de periode waarin het apart gezette vermogen kan renderen. Een andere complicatie daarbij is dat bij uitkeringsregelingen geen sprake is van een uitkering die één op één is gerelateerd aan de daadwerkelijke ingelegde premies en het daarop daadwerkelijke behaalde rendement (zoals bij een beschikbare premie-regeling het geval is), maar van een uitkering die afhankelijk is van de met premiebetaling opgebouwde aanspraken, waarbij onder andere de dekkingsgraad van het pensioenfonds als geheel van belang is. Er is dan geen rechtstreekse relatie tussen de ingelegde premies en de uiteindelijke pensioenuitkering.

De beantwoording van de vraag of bij het inleggen van pensioenpremies en de daardoor gerealiseerde opbouw sprake is van een gelijke beloning tussen werknemers van een verschillende leeftijd wordt verder gecompliceerd doordat het antwoord mede afhankelijk is van het gekozen perspectief. Het maakt immers verschil of bij het beoordelen van de eventuele ongelijkheid van beloning van verschillende werknemers de door de premie gerealiseerde opbouw vergeleken wordt op een specifiek moment in de tijd of dat de gehele opbouwperiode voor verschillende werknemers in ogenschouw wordt genomen. Eveneens leidt een perspectief waarin de focus louter ligt op de inleg van de premie of opbouw van de aanspraak tot een ander antwoord op de vraag of in een specifieke situatie sprake is van ongelijke behandeling, dan wanneer een perspectief gekozen wordt waarbij de door de premie of aanspraak vertegenwoordigde waarde, rekening houdend met de factor tijd, daarbij betrokken wordt. Indien slechts de premie en opbouw van verschillende werknemers wordt vergeleken, kan worden geconstateerd dat bij de bestaande doorsneesystematiek gelijkheid bestaat in die zin dat gelijk loon een gelijke ingelegde pensioenpremie genereert en in beginsel leidt tot een gelijke pensioenaanspraak. Wanneer evenwel verder gekeken wordt dan de premie en de aanspraak en de (actuariële) waarde in ogenschouw wordt genomen, is er juist bij de doorsneesystematiek geen sprake van een logische verhouding tussen de ingelegde premie en de gerealiseerde opbouw. Indien voor werknemers van verschillende leeftijden gelijke premies gelden en daarmee een gelijke opbouw wordt gerealiseerd, wordt immers geen rekening gehouden met de periode waarin de ingelegde premies renderen.

*c. Degressieve opbouw in het licht van het toetsingskader*

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat zowel bij de doorsneesystematiek als bij een keuze voor een premieheffing of opbouw die actuariëel neutraal is, van onevenwichtigheden en ongelijkheden sprake is, afhankelijk van de invalshoek die wordt gekozen. Bij de wijze waarop in een nieuw pensioenstelsel omgegaan wordt met deze problematiek komt, zoals hiervoor onder a duidelijk is geworden, lidstaten een grote mate van ruimte toe. De vragen die in het licht van richtlijn 2000/78/EG worden opgeroepen door een eventuele keuze voor degressieve opbouw in een uitkeringsovereenkomst, zijn weliswaar van belang bij de vormgeving van een nieuw stelsel, maar niet allesbepalend voor de inrichting daarvan.

Gelet op de ruimte die lidstaten toekomt, staat richtlijn 2000/78/EG op zichzelf niet in de weg aan de keuze voor een degressieve opbouw in een nieuw pensioenstelsel. Indien deze keuze wordt gemaakt, zal op grond van artikel 6, eerste lid, van richtlijn 2000/78/EG gemotiveerd moeten worden dat de eventuele inbreuk op het verbod op leeftijdsonderscheid door de keuze voor degressieve opbouw, ingegeven is door een

legitieme doelstelling alsmede dat deze keuze in het licht van het nieuwe stelsel als geheel passend en noodzakelijk is.

De doelen en overwegingen die het verzoek om voorlichting noemt ter motivering van de keuze voor een nieuw pensioenstelsel waarin een degressieve opbouw is opgenomen, kunnen naar het oordeel van de Afdeling gezien worden als doelstellingen op het gebied van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt. Het hangt van de inrichting van het pensioenstelsel als geheel, de overwegingen die daarbij een rol spelen en de verdere uitwerking af, of het met de degressieve opbouw gemaakte leeftijdsonderscheid kan worden gerechtvaardigd. Omdat de Afdeling niet weet hoe het nieuwe pensioenstelsel vormgegeven gaat worden, kan op dit moment nog niet worden beoordeeld of het uiteindelijke voorstel de toetsing aan het verbod op leeftijdsonderscheid zal kunnen doorstaan.

### 3. Doorsneesystematiek; mededingingsrechtelijke aspecten verplichtstelling

Pensioenfondsen hebben door hun verplichte karakter een bevoorrechte positie ten opzichte van pensioenregelingen aangeboden door andere marktpartijen. Die positie wordt gerechtvaardigd door de doelstelling van solidariteit die deze pensioenregelingen kenmerkt. Bij de totstandkoming van de Pensioenwet is het belang van de solidariteit en collectiviteit voor de verplichtstelling benadrukt.<sup>19</sup>

De binnen een pensioenfonds georganiseerde solidariteit is ook van belang voor de houdbaarheid van de verplichtstelling van (bedrijfstaking)pensioenfondsen in het licht van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Het HvJ EU heeft in een reeks arresten<sup>20</sup> de verhouding tussen verplichtgestelde pensioenregelingen en de relevante Europese mededingingsregels – de artikelen 101 en 102 jo. 106, tweede lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie – verduidelijkt. Daarin heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat pensioenfondsen moeten worden beschouwd als ondernemingen die worden belast met een bijzondere taak van sociale aard. Die sociale taak bestaat er met name in dat via de verplichtstelling pensioenfondsen in staat worden gesteld tegen aanvaardbare kosten een pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstaking uit te voeren. Zonder de verplichtstelling zouden de “goede risico’s” en de “slechte risico’s” naar alle waarschijnlijkheid niet in één fonds blijven.<sup>21</sup>

Die sociale taak van het fonds kan de inbreuk op het mededingingsrecht – de verplichtstelling van het fonds houdt immers in dat het fonds het uitsluitend recht krijgt de pensioenregeling voor de betreffende bedrijfstaking uit te voeren en te beheren – rechtvaardigen, mits de inbreuk niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van die sociale doelstelling.<sup>22</sup> Uit de voornoemde arresten blijkt dat het voor een

<sup>19</sup> Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, blz. 1.

<sup>20</sup> Arresten van het HvJ EU van 21 september 1999, C-67/96, Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen; en C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoeren Havenbedrijven en het arrest van het HvJ EU van 3 maart 2011, C-437/09, AG2R Prévoyance.

<sup>21</sup> Zie onder meer: arrest van het HvJ EU van 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, r.o. 108.

<sup>22</sup> Voor de rechtvaardiging van de inbreuk is vereist dat de onderneming zonder de verplichtstelling de bijzondere taak van sociale aard niet kan vervullen of dat de handhaving van de bijzondere rechten noodzakelijk is om de onderneming in staat te stellen de opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen, arrest van het HvJ EU 21

rechtvaardiging van een inbreuk op het mededingingsrecht in dit verband van belang is dat de pensioenregeling daadwerkelijk een sociaal karakter heeft. Het bepalen van het sociale karakter van een regeling vergt telkens een individuele beoordeling van de doelen en kenmerken van de desbetreffende regeling. De solidariteit die aan de regeling ten grondslag ligt, speelt daarbij een belangrijke rol.

In het stelsel voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen bestaan verschillende solidariteitskenmerken zoals:

- aan de deelneming liggen afspraken in het sociaal overleg tussen werkgevers en werknemers ten grondslag;
- er is geen risicoselectie en bij verplichtstelling is solidariteit binnen de gehele relevante groep verzekerd;
- er is een zekere samenhang tussen het sociaal overleg tussen werkgever en werknemers in een bedrijfstak, de kring van werkgevers en werknemers die onder de regeling vallen en het bestuur van het fonds (waarin die werknemers en werkgevers zijn vertegenwoordigd);
- de uitvoering van pensioenregelingen wordt gezien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers;
- er is risicodeling (solidariteit) door het verbod op ringfencing en door de doorsneepremie; en
- de domein- en productafbakening zorgen dat bedrijfstakpensioenfondsen in principe geen andere activiteiten mogen verrichten dan de uitvoering van (verplichtgestelde) pensioenregelingen in een (deel van een) bedrijfstak.

Vanwege deze solidariteitskenmerken wordt vooralsnog algemeen aanvaard dat de verplichtstelling in het licht van het mededingingsrecht thans geen risico's oplevert.

Het bepalen van het sociale karakter van een regeling vergt telkens een individuele beoordeling van de doelen en kenmerken van die regeling. Bovendien dienen de in verband met de beoogde solidariteit doorgevoerde mededingingsbeperkingen passend en noodzakelijk te zijn. De in de doorsneesystematiek gehanteerde combinatie van gelijke premies en gelijke opbouw kan worden gezien als een vorm van solidariteit tussen jongere werkenden en oudere werkenden. De jongere werknemer subsidieert met de doorsneesystematiek immers de oudere werknemer. Het vervangen van de doorsneesystematiek door een meer actuariel neutrale pensioenopbouw betekent dat in de premiestelling dit solidariteitselement voortaan minder prominent wordt. Dat betekent echter nog niet dat solidariteit geen rol meer speelt in het stelsel van aanvullende pensioenen. Het stelsel bevat ook dan nog steeds een reeks van solidariteitskenmerken, waaronder kansensolidariteit, solidariteit tussen actieven en niet-actieven, gendersolidariteit en bij bedrijfstakpensioenfondsen solidariteit op bedrijfstakniveau.<sup>23</sup> Solidariteit tussen jong en oud kan bovendien ook nog door andere elementen van het stelsel, zoals de risicodeling bij de aanspraken en uitkeringen, tot uitdrukking komen.

---

september 1999, C-67/96, Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, r.o. 107.

<sup>23</sup> In het Rapport "Een sterke tweede pijler" is in Box 2.2 een inventarisatie opgenomen van solidariteitskenmerken bij aanvullende pensioenregelingen (Commissie Toekomstbestendigheid aanvullende Pensioenregelingen (Commissie Goudswaard); Kamerstukken II 2009/10, 30 413, nr. 139, bijlage).



Met de vervanging van de doorsneesystematiek door een meer actuarieel neutrale pensioenopbouw zal opnieuw beoordeeld moeten worden welke solidariteitskenmerken het stelsel alsdan zal hebben en welke wettelijke maatregelen noodzakelijk zijn om die solidariteitskenmerken tot uitdrukking te laten komen. De vervanging van de doorsneesystematiek door een meer actuarieel neutrale pensioenopbouw staat niet op zichzelf, maar vormt – zo lijkt althans beoogd – onderdeel van een integrale stelselwijziging waarin het stelsel beter wordt toegesneden op de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en op een toegenomen diversiteit in persoonlijke voorkeuren en omstandigheden van mensen. Derhalve zal de beoordeling of de sociale functie van het nieuwe stelsel voldoende tot uitdrukking komt om de verplichtstelling te rechtvaardigen integraal moeten plaatsvinden. Het stelsel als geheel zal moeten worden beoordeeld evenals de doelstellingen die aan het stelsel ten grondslag liggen. Dat op dit moment nog geen definitieve beoordeling van de houdbaarheid van de verplichtstelling kan worden gegeven, indien in een nieuw stelsel de doorsneesystematiek niet gehandhaafd zou worden, betekent niet dat de verplichtstelling in een dergelijk stelsel niet gerechtvaardigd zou kunnen worden. Er is daarvoor ruimte, gelet op het feit dat de doorsneesystematiek één van de verschillende onderdelen van het stelsel vormt waarin het sociale karakter van een pensioenregeling tot uitdrukking komt. Op voorhand kan dan ook niet worden gesteld dat het enkele vervangen van de doorsneepremie door een meer actuarieel neutrale pensioenopbouw ertoe leidt dat de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen Europeesrechtelijk niet langer gerechtvaardigd zal kunnen worden.

#### 4. Tot slot

Blijkens het voorliggende verzoek om voorlichting moeten de voorgelegde vragen worden gezien tegen de achtergrond van het debat over de aanpassing van het pensioenstelsel. Vooralsnog heeft dit geresulteerd in de Perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel, waarin in het licht van een veranderde arbeidsmarkt, contouren worden geschetst van een nieuw pensioenstelsel.

Uit hetgeen onder de punten 2 en 3 is opgemerkt, kan worden afgeleid dat de in het verzoek om voorlichting aan de orde gestelde kwesties van Europeesrechtelijke aard weliswaar van groot belang zijn bij de vormgeving van een nieuw pensioenstelsel, maar niet allesbepalend zijn voor de wijze waarop een toekomstig stelsel wordt ingericht. Bij de vormgeving van een nieuw pensioenstelsel dient rekening gehouden te worden met het Europeesrechtelijke verbod op leeftijdsdiscriminatie, maar dit verbod sluit een overgang naar een pensioenstelsel met een degressieve opbouw niet bij voorbaat uit. Eveneens leidt het ontbreken van de doorsneesystematiek in een nieuw pensioenstelsel er niet automatisch toe dat moet worden geconcludeerd dat een stelsel dusdanig weinig solidariteitskenmerken bevat dat verplichtstelling leidt tot een ongerechtvaardigde inbreuk op het Europese mededingingsrecht.

Uit het voorgaande volgt dat veel keuzes mogelijk zijn binnen de Europeesrechtelijke kaders, maar een eenmaal gemaakte keuze betekent wél dat die kaders randvoorwaarden scheppen bij de uitwerking van de gemaakte keuzes in de vormgeving van het stelsel. Die randvoorwaarden brengen in het bijzonder een analyse van de doelstellingen van dat stelsel (en de gerechtvaardigheid daarvan) mee, en van de geschiktheid en noodzaak van de verschillende elementen van dat stelsel voor het bereiken van die doelstellingen. Deze juridische voorwaarden zijn niet bepalend voor de keuzes die bij een nieuw pensioenstelsel moeten worden gemaakt, maar spelen

een belangrijke rol bij de vormgeving van dat stelsel indien eenmaal keuzes zijn gemaakt.

De Afdeling wijst er in dit verband op, dat niet alleen gekeken zal moeten worden naar het beoogde pensioenstelsel als zodanig, maar dat in het bijzonder ook de herverdelingsvraagstukken bij de overgang van het oude naar het nieuwe stelsel onder ogen zullen moeten worden gezien. Aangezien aan die overgang aanzienlijke herverdelingseffecten verbonden kunnen zijn, wijst de Afdeling op de noodzaak van een adequate regeling van (her)verdelingsvraagstukken en overgangsrecht voor een overgang naar een pensioenstelsel met degressieve opbouw. De herverdelingseffecten waarmee deze overgang noodzakelijkerwijs gepaard gaat, mag niet onevenredig uitpakken voor bepaalde groepen werknemers in het stelsel. Daarvoor zal een adequate en evenwichtige overgangsregeling moeten worden getroffen, waarbij de individuele situatie van een pensioenfonds medebepalend is voor de wijze waarop evenredige uitkomsten bereikt kunnen worden. Gelet op de kaderstellende rol die de overheid speelt ten aanzien van pensioenen (bijvoorbeeld door de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen) zal in de toepasselijke wetgeving moeten worden gewaarborgd dat de herverdeling en verdeling van de kosten waarmee een overgang naar een nieuw stelsel gepaard gaat, evenredig uitpakt voor alle relevante partijen. Dat vergt bovendien een juridisch zeer zorgvuldig vormgegeven overgangsrecht.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,