

Het reële pensioencontract is geen uitkeringsovereenkomst

Reactie op het artikel van L.H. Blom over het karakter van het reële pensioencontract

Prof. dr. E. Lutjens en prof. dr. M. Heemskerk, datum 01-10-2012

Datum	01-10-2012
Auteur	Prof. dr. E. Lutjens en prof. dr. M. Heemskerk ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

In bovenstaand artikel bespreekt Blom de vraag welk karakter het reële pensioencontract heeft. Hij concludeert dat het reële contract een variant op de uitkeringsovereenkomst is. Blom zet zich in zijn argumentatie af tegen onze opvatting dat het in het pensioenakkoord tot uitdrukking gebrachte pensioencontract als premieovereenkomst is aan te merken. Het reële pensioencontract 'is' geen premieovereenkomst, zo beweert Blom met stelligheid. Wij delen dit standpunt niet en vinden de argumenten van Blom ook niet overtuigend. Hieronder zetten wij uiteen waarom het reële pensioencontract geen uitkeringsovereenkomst kan zijn.

Karakters in de Pensioenwet

1.

De Pensioenwet (PW) kent drie karakters van een pensioenovereenkomst: uitkerings-, kapitaal- en premieovereenkomst. Bij de Pensioenwet zoals deze nu luidt vormen deze drie — mogelijke — karakters derhalve het toetsingkader voor de beoordeling van het karakter van het reële pensioencontract. Dat wil zeggen: het reële contract is of een uitkeringsovereenkomst of een kapitaalovereenkomst of een premieovereenkomst. Andere smaken kent de Pensioenwet (thans) niet.

2.

In zijn artikel merkt Blom op: 'Ook het reële contract is een uitkeringsovereenkomst'. Maar tevens schrijft Blom: 'Wel moet de definitie van uitkeringsovereenkomst aangepast worden'. Dat is innerlijk tegenstrijdig. Indien het reële contract een uitkeringsovereenkomst is, hoeft voor de toekenning van dat karakter de definitie niet aangepast te worden. Kennelijk onderkent Blom dat bij de huidige definities het reële contract niet als uitkeringsovereenkomst is aan te merken. Dat is ook onze opvatting, zoals wij hieronder toelichten.

Opvatting Lutjens en Heemskerk

3.

Alvorens de argumenten van Blom nader te bespreken is het goed onze opvattingen nog eens kort weer te geven. Blom beroept zich namelijk op het artikel van Lutjens 'Juridische obstakels bij nieuw pensioencontract', *TPV* 2011/7, maar hij gaat opmerkelijk genoeg niet in op het — daarop voortbouwende — artikel 'Het karakter van de pensioenregeling volgens het Pensioenakkoord'.^[2] In dit laatste artikel bespreekt Lutjens de vraag of het pensioencontract volgens het pensioenakkoord past in de bestaande — in art. 10 PW genoemde — karakters en concludeert hij dat het afhangt van de accenten die de pensioenovereenkomst legt met onder andere de opmerking: 'Het is een kwestie van fine-tuning of de afspraken zuiver premie gestuurd zijn (premieovereenkomst), of dat andere elementen een zodanige rol spelen dat sprake is van een uitkeringsovereenkomst'.^[3] Het hangt dus af van de vormgeving.

4.

In het door Blom aangehaalde artikel gaf Lutjens uitleg aan de gedachte in het pensioenakkoord dat de feitelijk betaalde pensioenpremie en de feitelijk behaalde rendementen de pensioenambitie begrenzen. Dit betekent dat premie en rendement de — maximaal bereikbare — pensioenaanspraak bepalen. Op grond daarvan concludeerde Lutjens: 'Hiermee krijgt de pensioenovereenkomst het karakter van een premieovereenkomst. In het beste geval kan men er nog een streefdoel aan koppelen, maar de risico's liggen bij de werknemer'. Dat sluit aan bij het karakter van een premieovereenkomst.

5.

Heemskerk heeft een overeenkomstige lijn van denken. Hij analyseert in zijn boek 'De (on)houdbaarheid van het pensioenakkoord' dat volgens het pensioenakkoord premie plus rendement het pensioen bepalen. Het beleggingsrisico en het langlevensrisico in zowel de opbouwfase en de uitkeringsfase liggen bij de werknemer. Op grond daarvan concludeert Heemskerk, na aangegeven te hebben dat de karakters van uitkerings- en kapitaalovereenkomst niet van toepassing zijn, dat het nieuwe pensioencontract uit het pensioenakkoord kwalificeert als premieovereenkomst.^[4]

6.

De kern is dat de uitkering volgens de lijn van het pensioenakkoord niet is vastgesteld, maar juist onzeker is en bepaald wordt door de premie en rendement en dat niet alleen in de uitkeringsfase, maar ook in de opbouwfase. Dat maakt dat er naar ons oordeel geen sprake is van een uitkeringsovereenkomst.

De argumenten van Blom weerlegd

Geen vastgestelde uitkering

7.

Blom geeft de volgende typering van de uitkeringsovereenkomst: 'De deelnemer heeft in beginsel zekerheid over de hoogte van de nominale uitkering'. Die zekerheid heeft de deelnemer in het reële pensioencontract nu juist niet. Alle aanspraken zijn namelijk voorwaardelijk, dus onzeker. De Minister van SZW verwoordt het aldus: 'Bij het reële contract is het uitgangspunt een geïndexeerd pensioen. Je

hebt een pensioen en daar hoort ieder jaar een indexatie bij. Men heeft daar aanspraak op, *maar dat is een voorwaardelijke aanspraak*.^[5] Gelet op het zogenaamd complete karakter van het pensioencontract — nominale aanspraak en indexatie zijn een geïntegreerd geheel — bedoelde de minister met deze voorwaardelijkheid de gehele aanspraak, dus nominaal en indexatie. Reeds op grond hiervan kan er geen sprake zijn van de voor een uitkeringsovereenkomst noodzakelijke ‘vastgestelde’ — aldus de definitie in art. 1 PW — pensioenuitkering.

8.

Blom beroept zich ook op uitlatingen van de Minister van SZW en Blom concludeert dat in de ogen van de minister het reële contract een uitkeringsovereenkomst is. De minister zegt in de door Blom aangehaalde passage: ‘*De hoogte van die uitkering staat niet op voorhand vast, maar is afhankelijk van enerzijds de premie en de beleggingsresultaten en anderzijds de rentestand en de levensverwachting op het moment van de conversie*’. Dat is ons inziens het tegenovergestelde van een uitkeringsovereenkomst, waarvoor immers de eis geldt van een vastgestelde uitkering. Aan die eis voldoet het reële contract simpelweg niet.

9.

De minister wijst er op dat het reële pensioencontract onderscheiden kan worden van de premieovereenkomst. Daar valt iets voor te zeggen indien het reële pensioencontract streeft naar een uitkering van een bepaalde hoogte, gekoppeld aan salaris en diensttijd. Niet de uitkering, maar de ambitie is gedefinieerd. Er is geen defined-benefit-regeling, maar een defined-ambition-regeling.^[6] Men streeft wel naar een bepaalde uitkering, maar of die bereikt wordt is onzeker. Aldus bezien lijkt het reële pensioencontract nog het meest op de oude streefregeling,^[7] maar ook dat is een regeling die voor de Pensioenwet in een van de erkende karakters moet worden geplaatst. De vergelijking die de minister maakt met de CDC-regeling, miskent dat het beleggingsrisico en langlevensrisico bij CDC-regelingen, die het karakter van een uitkeringsovereenkomst hebben, niet bij de deelnemer liggen. Bij het reële pensioencontract is dat wel het geval zodat deze niet als uitkeringsovereenkomst kwalificeert.

De mate van onzekerheid

10.

Blom beschrijft vervolgens dat in zowel het nominale contract als in het reële contract een *onzekere* pensioenuitkering wordt vastgesteld. Dat is een opvallend statement. Blom voegt daar overigens wel direct aan toe dat de ‘mate van zekerheid’ verschilt: bij het nominale contract gaat het om onvoorwaardelijke aanspraken en bij het reële contract om voorwaardelijke aanspraken. Het is voor ons echt een paar bruggen te ver om onvoorwaardelijke verbintenissen dezelfde juridische kwalificatie toe te kennen als voorwaardelijke verbintenissen. Tussen die twee bestaat een grote wereld van verschil. Met de argumenten van Blom zijn alle discussies — en juridische procedures — over de voorwaardelijkheid of onvoorwaardelijkheid van toeslagverplichtingen ook opeens lood om oud ijzer.^[8] Het door Blom aangehaalde element van de mogelijke korting van nominale (onvoorwaardelijke) aanspraken om aan te tonen dat in de huidige nominale contracten de pensioenuitkering ook onzeker is, is niet steekhoudend. Korting is een uiterst redmiddel voor een noodsituatie, welk redmiddel uitsluitend mag worden ingezet nadat alle andere sturingsmiddelen zijn uitgeput. Dat in die situatie korting mogelijk is, maakt de onvoorwaardelijke nominale aanspraken niet gelijksoortig aan de voorwaardelijke reële

aanspraak bij welke laatste het 'korten' of 'mee-ademen' met rendementen een vooraf overeengekomen vast onderdeel — een regulier sturingsmiddel zoals Blom zegt — is van de aanspraak. Onzekere zekerheid (het nominale pensioencontract waarin als ultimum remedium gekort kan worden) is ook in juridische opzicht naar ons oordeel iets compleet anders dan zekere onzekerheid (het reële pensioencontract waarin het voorwaardelijke pensioen automatisch meebeweegt).

Volgens Blom betekent de zekere onzekerheid niet dat daardoor het reële contract een premieovereenkomst is. Blom merkt in dit verband op: 'Onzekere pensioenen passen heel goed in de definitie van uitkeringsovereenkomst in de PW'. Wij zien dat anders. Deze onzekere pensioenen betreffen immers in ieder geval geen 'vastgestelde' uitkering en dus is er geen uitkeringsovereenkomst.

De voorwaardelijke toeslagen

11.

Een volgende stellingname van Blom luidt: 'Lutjens en Heemskerk gaan er kennelijk van uit dat pensioencontracten met onzekere, voorwaardelijke pensioenen premieovereenkomsten zijn. In die lijn zou de voorwaardelijke indexatie in het nominale contract ook een premieovereenkomst zijn!' Dat zegt Blom op de toon dat een dergelijk standpunt toch wel erg discutabel is. Blom wil doen geloven dat volgens ons middelloonregelingen met voorwaardelijke indexatie premieovereenkomsten zijn. Dat hebben wij natuurlijk nooit beweerd. Waar het om gaat is dat ten eerste de voorwaardelijke pensioenen in het reële contract geen vastgestelde uitkering opleveren. Ten tweede merken wij wat betreft toeslagen op dat deze een eigen status hebben in de Pensioenwet (zie definitie toeslagen in art. 1) en bovendien de voorwaardelijk overeengekomen toeslagen geen onderdeel zijn van het begrip pensioenaanspraak (zie definitie begrip aanspraak).

Definitie premieovereenkomst

12.

Blom beweert verder het volgende: 'De stelling dat het reële pensioencontract een premieovereenkomst is, voldoet niet aan de definitie van premieovereenkomst in de PW. Volgens die definitie wordt immers met de betaalde premies en de behaalde rendementen een pensioenkapitaal opgebouwd, dat uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering. In het reële contract is geen sprake van opbouw van kapitaal en omzetting in een uitkering. Lutjens en Heemskerk gaan ten onrechte voorbij aan dit wezenlijke kenmerk van de premieovereenkomst'. Hierover merken wij op dat Blom de definitie van premieovereenkomst zoals opgenomen in art. 1 PW onjuist weergeeft. Vermoedelijk om die reden trekt Blom verkeerde conclusies. De definitie van premieovereenkomst spreekt helemaal niet over de opbouw van kapitaal en dat daarvan sprake zou zijn bij het reële pensioencontract hebben wij nooit beweerd. Opbouw van kapitaal is helemaal geen kenmerk, laat staan een wezenlijk kenmerk, van de premieovereenkomst. Het is daarom terecht dat wij daar aan voorbij zijn gegaan. Het gaat volgens de definitie van premieovereenkomst om een vastgestelde premie — dat is het geval in het reële contract — die 'uiterlijk' op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering. Uiterlijk. Het kan en mag dus eerder en ook onmiddellijke omzetting in een uitkering is mogelijk. Zo sluit de definitie van premieovereenkomst volledig aan op hetgeen met het reële contract is beoogd.

De vaste premie

13.

Volgens Blom miskennen wij verder dat de premie in het reële contract kan worden gewijzigd. Het kunnen wijzigen van de premie is volgens Blom blijkbaar niet mogelijk bij een premieovereenkomst. Dat is een onjuist en overigens door Blom niet onderbouwd gezichtspunt. Het feit dat de definitie van premieovereenkomst het over een ‘vastgestelde’ premie heeft, sluit geenszins uit dat de hoogte van de premie kan wijzigen.

Conclusie

14.

Het reële contract kan geen uitkeringsovereenkomst zijn in de zin van de Pensioenwet. De argumenten van Blom dat het reële contract wel een uitkeringsovereenkomst is, overtuigen geenszins. Uit de argumenten van Blom blijkt — de uitlatingen van de minister onderstrepen dat — dat de uitkering in het reële contract zowel in de opbouwfase als in de uitkeringsfase onzeker is en niet vastgesteld. Daarmee voldoet het contract niet aan de definitie van uitkeringsovereenkomst in de Pensioenwet.

15.

Overigens impliceert het niet vastgesteld zijn van het pensioen in de uitkeringsfase, dat niet aan de definitie van de pensioenuitkeringen wordt voldaan. Pensioen is immers een ‘vastgestelde’ uitkering, die na ingang niet meer mag meebewegen met rendementen of levensduur. Dit vereiste dat het pensioen na ingang is vastgesteld geldt voor alle pensioenen ongeacht het karakter van de pensioenovereenkomst waar de uitkering uit voortvloeit. Om het meebewegen van het pensioen in de uitkeringsfase mogelijk te maken zal de Pensioenwet derhalve aangepast moeten worden, ook wanneer er sprake is van een premieovereenkomst. Dat is dan een herformulering van het begrip pensioen die nodig is. Een aanpassing van de pensioenkaraktars lijkt ons niet nodig. Een pensioenovereenkomst met een defined-ambition kan heel goed in het karakter van een kapitaal- of premieovereenkomst worden vervat.^[9]

Voetnoten

[1]

Prof. dr. Erik Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en directeur van het Expertisecentrum Pensioenrecht, alsmede advocaat bij DLA Piper N.V. Prof. dr. Mark Heemskerk is bijzonder hoogleraar Pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Onno F. Blom Advocaten.

[2]

E. Lutjens, gepubliceerd in *TPV* 2012/5.

[3]

Zie in gelijke zin E. Lutjens, *Het Pensioenakkoord*, in de bundel van Zifo (Vrije Universiteit Amsterdam 2012, Kluwer), door Blom evenmin besproken.

[4]

M. Heemskerk, *De (on)houdbaarheid van het pensioenakkoord*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2011, p. 104-105.

[5]

[6]

Zie over defined-ambition Jan Tamerus, *Defined ambition*, diss. UvA 2011.

[7]

Vergelijk H.M. Kappelle, 'Pensioenakkoord voorjaar 2010; de streefregeling gerehabiliteerd?', *P&P* 2010/10 en I. Witte, 'Pensioenbegrip en pensioenkarakter', in E. Lutjens (red), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Kluwer 2010.

[8]

Zie als voorbeelden van deze rechtspraak Hof Amsterdam 31 mei 2011, *PJ* 2011/122 (*IBM*) en Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119 (*Delta Lloyd*).

[9]

Zie ook de argumentatie van E.Lutjens 'Juridische obstakels bij nieuw pensioencontract', *TPV* 2011/7, p. 3