

# Tijdsevenredige kosten bij premieovereenkomsten verboden?



**Mr. Sijbren Kuiper en  
mr. drs. Mark Heemskerk**

*Sijbren Kuiper en Mark Heemskerk zijn werkzaam als onderzoekers Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Kuiper is tevens werkzaam als jurist bij SNS REAAL en Heemskerk als juridisch medewerker bij Houthoff Buruma.*

Onder de PSW was een systeem niet toegestaan waarbij de uitvoeringskosten van een beschikbare premieregeling in feite al in de beginperiode in haar totaliteit in rekening gebracht werden. Een verlaging van de voor pensioeninkoop beschikbare premie was in strijd met het voorschrift van tijdsevenredige pensioenopbouw ex artikel 7a PSW. In de PW ontbreekt een voorschrift om bij een premieovereenkomst tijdsevenredig pensioen te verwerven. Schrijvers waarschuwen dat de kans groot is dat de praktijk waarbij de kosten geconcentreerd worden aan het begin van de looptijd van een pensioenregeling, in strijd is met gelijkebehandelingsvoorschriften.

## 1. Inleiding

*'Klopt het dat een aantal pensioenverzekeraars de wet overtreedt door kosten niet tijdsevenredig maar vooral aan het begin in rekening te brengen, waardoor er weinig overblijft voor pensioenopbouw?'*

Deze Kamervraag met betrekking tot premieovereenkomsten stelde het Tweede Kamerlid Omtzigt tijdens het mondeling vragenuurtje d.d. 29 mei 2007 aan minister Donner.<sup>1</sup>

De kosten gemoeid met een pensioenregeling staan met enige regelmaat in de schijnwerpers. Het betreft dan veelal de onduidelijkheid over de hoogte en de kosten van beleggingsverzekeringen.<sup>2</sup> Een hiervan te onderscheiden element is het tijdstip waarop deze kosten in rekening gebracht worden. Dit onderwerp heeft vanwege de inwerkingtreding van artikel 17 Pensioenwet (PW) op 1 januari 2007 hernieuwde actualiteitswaarde.<sup>3</sup> In de discussie over het antwoord blijft naar onze mening vooralsnog een belangrijk aspect onderbelicht: de rol van gelijkebehandelingsvoorschriften. Ook bij de beantwoording van genoemde Kamervraag door minister Donner is hieraan ten onrechte voorbij gegaan.

## 2. Tijdsevenredige verwerving pensioenaanspraken

Waar gaat het om? De PW vereist dat verwerving van pensioenaanspra-

ken gedurende de deelneming in een pensioenregeling ten minste evenredig in de tijd plaatsvindt (artikel 17 PW). Deze voorwaarde is van toepassing op uitkeringsovereenkomsten en kapitaalovereenkomsten. De premieovereenkomst kent deze voorwaarde niet. Waarom niet? De aard van een premieovereenkomst wordt geacht hieraan in de weg te staan.<sup>4</sup> Bij premieovereenkomsten is er geen beoogd pensioen en daarmee geen beoogd eindresultaat; het is een overeenkomst slechts gericht op inleg van premie. Of zoals minister Donner het stelde: tijdsevenredigheid is alleen mogelijk als er ook een bepaalde uitkomst is toegezegd.<sup>5</sup> Dat moge zo zijn voor wat betreft de pensioenverwerving bij premieovereenkomsten, ten aanzien van de kosten is de tijdsevenredigheid geenszins onmogelijk.

Het ontbreken van een verplichting tot tijdsevenredige verwerving bij premieovereenkomsten heeft een neveneffect in de kostensfeer. Onder het regime van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) waren de karakters van de pensioenregelingen waarop de norm betreffende tijdsevenredige opbouw en financiering van pensioenaanspraken betrekking had (artikel 7a PSW), niet in de wet genoemd. Het artikel gaf daarmee, aldus De Nederlandsche Bank (DNB), voldoende aanknopingspunten om van pensioenverzekeraars te eisen dat kosten van een beschikbare premieovereenkomst tijdsevenredig werden gespreid. In de DNB-circulaire van 20 december 2000 staat dit als volgt verwoord:

*'Het hanteren van een systeem waarbij de uitvoeringskosten van de regeling in feite al in de beginperiode in haar totaliteit in rekening worden gebracht, is in strijd met artikel 7a van de PSW, indien de voor pensioeninkoop beschikbare premie als gevolg hiervan dermate verlaagd wordt dat de norm van evenredige opbouw niet gestand gedaan kan worden.'*<sup>6</sup>

Met het vervallen van de evenredigheidsnorm voor premieovereenkomsten in de PW is het percentage (per tijdseenheid) van de premie bestemd voor dekking van kosten grotendeels ongeregeerd geraakt. Dit heeft tot gevolg dat deze kosten geconcentreerd kunnen worden aan het begin van de looptijd van de overeenkomst. Indien dat gebeurt, drukt dit het rendement van de inleg met de in potentie grootste investeringsduur. Een overigens vanuit het perspectief van de pensioenuitvoerder begrijpelijke wijze van handelen. Er is immers relatief vroegtijdig zekerheid over de financiering van gemaakte en geraamde kosten. De deelnemer zal er minder gelukkig mee zijn. De renderende premie zal in de eerste periode lager zijn dan in een latere periode. Vooral bij vroegtijdige beëindiging van het deelnemerschap – daarover verder meer – is er dan maar weinig pensioen verworven.

De wetgever heeft zich niet genoodzaakt gevoeld een tijdsonevenredige kostenverdeling voor premieovereenkomsten te verhinderen in de PW. Het is gissen naar de argumenten. Minister Donner overwoog dat sociale partners er met hun neus bovenop zitten, aangezien een pensioenregeling in onderling overleg tot stand komt.<sup>7</sup> De kostenverdeling is derhalve, zo lijkt te worden gesteld, eerder een keuze – of op zijn minst een onderhandelingsresultaat – dan iets dat een van de partijen ongezien opgedrongen krijgt. Een informatieverplichting wordt gezien de PW blijkbaar voldoende geacht: in de startbrief moet de pensioenuitvoerder informeren over de bestemming van de premie. Hierbij dienen de kosten en de ontwikkeling daarvan in de tijd geduid te worden, zo staat te lezen in het besluit uitvoering Pensioenwet.<sup>8</sup> De voorschriften omtrent de startbrief treden voor pensioenfondsen op 1 januari 2008 en voor verzekeraars op 1 januari 2009 in werking.<sup>9</sup> Het is met het oog hierop nog even afwachten hoe door de pensioenuitvoerders en de toezichthouder invulling aan het voorschrift wordt gegeven.

### 3. Vereist gelijke behandeling tijdsevenredigheid?

Zijn werkgevers, werknemers en pensioenuitvoerders eigenlijk wel echt vrij de kosten van een premieovereenkomst willekeurig waar in de looptijd van een pensioenregeling te laten vallen? Artikel 17 PW staat hier weliswaar niet aan in de weg, maar de speelruimte van partijen wordt niet alleen door de PW bepaald. De contractsvrijheid wordt verder ingeperkt door de gelijkebehandelingswetgeving. Het direct ten laste brengen van de kosten van de premie kan daarmee op gespannen voet staan.

Door de kosten in de eerste jaren in rekening te brengen, zullen met name bepaalde tijders en jonge werknemers getroffen worden. Wegens de hogere aanvangskosten houden starters (relatief veel jongeren en bepaalde tijders) minder premie over waarmee pensioenaanspraken verworven worden. Daar komt bij dat deze groepen significant vaker van baan wisselen dan oudere werknemers, zo blijkt uit cijfers van het CBS.<sup>10</sup> In termen van de wet is dan sprake van indirect onderscheid naar leeftijd (WGBL)<sup>11</sup> en/of het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:649 BW of WOBOT)<sup>12</sup> in de arbeidsvoorwaarden. Betoogd kan worden dat er geen onderscheid gemaakt wordt omdat het nadeel op den duur wegvalt. Die visie is vanuit het perspectief van gelijke behan-

deling kwetsief omdat er 'in de tijd' wordt vergeleken. Wie garandeert immers dat jongere werknemers of bepaalde tijders de gehele deelnemingstijd doorlopen en daarmee het nadeel uit het begin 'goedmaken'?

Het onderscheid zal zich met name voordoen wanneer deelnemers (jonge werknemers of bepaalde tijders) gewezen deelnemers worden, bijvoorbeeld doordat zij van baan wisselen of omdat hun contract niet verlengd wordt. Zij hebben dan door de relatief hoge uitvoeringskosten in de beginfase minder pensioen verworven dan hun oudere collega's. Het nemen van uitvoeringskosten aan het begin betekent dat de premie die na aftrek van kosten voor een 25-jarige starter lager is dan voor zijn 50-jarige collega. Dat is vanuit beleggingsperspectief tevens ongunstig doordat de pensioenkracht van jongere werknemers groter is. Hun premie kan langer renderen. Indirect onderscheid kan tevens voortvloeien uit de opeenvolgende confrontatie met onevenredige uitvoeringskosten die bepaalde tijders hebben als gevolg van repeterende arbeidsovereenkomsten ('dubbel pakken').

#### 3.1 Geen verboden onderscheid want geen arbeidsvoorwaarde?

Het argument dat het kostenaspect van een premieovereenkomst buiten de reikwijdte van de wetgeving valt omdat het geen arbeidsvoorwaarde betreft, lijkt ons weinig kansrijk. De maatstaf voor de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving is het beloningsbegrip ex artikel 141 lid 2 EG-Verdrag<sup>13</sup>: 'het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.' De kneep zit hem niet in de tijdsonevenredige kosten, maar in het gevolg daarvan: de tijdsonevenredige pensioenverwerving. Een jonge werknemer of startende bepaalde tijder verwerft door de kostenafrek minder pensioen dan zijn (oudere) collega die reeds langer in dienst is. Dat onderscheid in de pensioenverwerving valt binnen de lange arm van het beloningsbegrip.

#### 3.2 Gelijke behandeling geldt niet voor pensioenuitvoerders?

Pensioenuitvoerders kunnen zich evenmin verschuilen achter het argument dat de gelijkebehandelingsvoorschriften zich richten tot de werkgever. Zowel de WGBL als de WOBOT kennen een open normadressaat.<sup>14</sup> De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) omschrijft dat voor de WOBOT als volgt: 'Deze bepaling (artikel II WOBOT, toevoeging SHK/MH) richt zich niet alleen tot de werkgever – zoals artikel 7:649 Burgerlijk Wetboek – maar ook tegen een partij die anderszins bij de arbeidsovereenkomst betrokken is, zoals de pensioenverzekeraar'.<sup>15</sup> Overigens wijzen wij ook op het arrest Menauer van het HvJ EG, waaruit blijkt dat de pensioenuitvoerder aansprakelijk is voor de rechtsgevolgen, wanneer een uitvoeringsovereenkomst in strijd is met gelijkebehandelingswetgeving.<sup>16</sup>

#### 3.3 Rechtvaardiging voor onderscheid?

De gelijkebehandelingswetgeving biedt een ontsnappingsmogelijkheid. Om verboden onderscheid te voorkomen, dient het onderscheid objectief gerechtvaardigd te zijn. De werkgever of pensioenuitvoerder moet dus een rechtvaardig doel hebben voor het onderscheid, waarbij het onderscheid moet leiden tot dat doel. Bovendien mag er geen alternatief zijn dat minder onderscheidend is, zoals bijvoorbeeld het spreiden van de kosten over de deelnemingsjaren.<sup>17</sup> Wij kunnen ons voorstellen dat de kosten voor een nieuwe deelnemer (eerste aanmelding, gegevensverwerking, (afsluit)provisies, enzovoort) relatief hoger zijn en dat dit argument

– onevenredige administratieve lasten – wordt aangevoerd als rechtvaardiging. De werkgever of pensioenuitvoerder die aan kan tonen dat bij de kostencalculatie rekening is gehouden met de verhouding tussen afspraken en lasten, kan daaraan een argument ontleen. Wij wijzen er echter op dat financiële argumenten in de jurisprudentie slechts zelden geaccepteerd worden als rechtvaardiging voor ongelijke behandeling.<sup>18</sup> De werkgever of pensioenuitvoerder zal moeten aantonen dat de gelijke behandeling leidt tot een disproportionele stijging van de kosten, waarvoor het belang van gelijke behandeling moet wijken. Dat is volgens de CGB slechts in uitzonderlijke gevallen zo.<sup>19</sup>

### 3.4 Mogelijke rechtsgevolgen

Het is gelet op het voorgaande geenszins denkbeeldig dat een tijdsonevenredige kostenverdeling bij premieovereenkomsten strijdig is met gelijkebehandelingswetgeving. Staat de kostenverdeling in de overeenkomst, dan is – in het geval de rechter de bepaling discriminatoir acht – die bepaling nietig op grond van artikel 13 WGBL of artikel 7:649 lid 3 BW. Aldus ontstaat een leemte in het contract. De logische vraag is dan hoe die leemte gevuld moet worden. Voor de toekomstige pensioenverwerving is de oplossing voor de hand liggend: tijdsonevenredige kostenverdeling uit het verleden. Vast staat dat de ongelijke behandeling uit het verleden ‘gerepareerd’ moet worden. Er had gelijk behandeld moeten worden. De invulling van die leemte is niet eenvoudig. Immers, op welk niveau had er gelijk behandeld moeten worden en hoe kan dat worden bepaald? Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EG inzake onderscheid naar geslacht dat op leden van de benadeelde groep dezelfde regeling dient te worden toegepast als op de andere werknemers (‘levelling up’).<sup>20</sup> Twee nuanceringen zijn hier op zijn plaats. Ten eerste gaat het hier niet om onderscheid naar geslacht. Ten tweede is de ‘bevoordeelde’ groep en de omvang van de bevoordeling nauwelijks vast te stellen. Dat maakt de inschatting van de financiële consequenties complex. Als mogelijke oplossingsrichting kan aangesloten worden bij de gemiddelde duur van deelname in de regeling en de gemiddelde premiekosten die in rekening zijn gebracht. Het nadeel bestaat dan uit het verschil tussen de werkelijke pensioenverwerving en de fictieve pensioenverwerving op grond van de gemiddelde kostendruk. Anders gezegd: de kostendruk per euro premie dient voor de benadeelde groep even zwaar te zijn als voor de groep waarmee vergeleken wordt. De exacte waarde-bepaling van het nadeel laten wij graag aan de actuaris over.

### 4. Conclusie

De kosten van een premieovereenkomst hoeven volgens de PW niet evenredig te worden gespreid over de duur van de premieovereenkomst. Wie daaraan de conclusie verbindt dat het pensioenuitvoerders dus is toegestaan om de kosten van een premieovereenkomst in de eerste jaren in rekening te brengen, komt bedrogen uit. Deze methode kan namelijk bepaalde tijders en jongeren discrimineren. De gelijkebehandelingswetgeving kan niet ontgaan worden door te argumenteren dat de kosten geen onderscheid in de arbeidsvoorwaarden opleveren. De tijdsonevenredige kosten leiden namelijk tot tijdsonevenredige pensioenverwerving. Het voor de hand liggende argument om deze ongelijke behandeling te rechtvaardigen, is dat kosten voor nieuwe deelnemers hoger zijn en dat de kosten van gelijke behandeling daartoe niet in verhouding staan. De rechtspraak toont echter aan dat financiële argumenten slechts zelden geaccepteerd worden. Uitvoerders en werkgevers die bij de premieovereenkomst de kosten niet spreiden over de duur van de premie-

overeenkomst, zijn bij dezen gewaarschuwd. De consequentie kan nietigheid van de afspraak over de kostenverdeling zijn. Tijdsonevenredige kostenverdeling voorkomt die nietigheid. Aan de reparatie van de ongelijke behandeling in het verleden hangt een prijskaartje.

### Noten

1. *Handelingen II* 2006-2007, nr. 73, p. 3879.
2. Zie bijvoorbeeld S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Deventer: Kluwer 2006, het advies van de Commissie Transparantie Beleggingsverzekeringen (De Ruiter) aan het Verbond van Verzekeraars d.d. 20 december 2006, de door de AFM gevoelde noodzaak tot publicatie d.d. 21 mei 2007 van ‘Leidraad misleiding – AFM geeft richting aan de open norm “niet misleidend”’ en de televisie-uitzending van TROS Radar d.d. 28 mei 2007 ‘Woekerpolis vorm van een misdaad’.
3. Naar aanleiding van de invoering van de voorganger van artikel 17 PW (artikel 7a PSW): E. Lutjens, ‘Evenredige opbouw ook voor beschikbare premieregelingen’, *P&P* 2001-5, p. 4; J.N.E. van der Meer & D.W. Bakker, ‘Artikel 7a PSW: Weg ermee!’, *P&P* 2001-5, p. 22-23.
4. *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 187; *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 35.
5. *Handelingen II* 2006-2007, nr. 73, p. 3879-3881.
6. Circulaire DNB 20 december 2000, samenvatting verschenen in *P&P* 2001/5, p. 28.
7. *Handelingen II* 2006-2007, nr. 73, p. 3879-3881.
8. Artikel 20 PW jo. 2 lid 2 onder a Besluit uitvoering PW en Wvb, *Stb.* 2006, 709.
9. Artikel 1 lid 4 Inwerkingtredingsbesluit PW en IPW, *Stb.* 2006, 707.
10. CBS, *De Nederlandse samenleving 2004, Sociale trends*, Voorburg/Heerlen: CBS 2004, p. 54. Uit de cijfers blijkt dat het aantal baanwisselaars onder de 15-24 jarigen ruim anderhalf maal zo hoog is als onder de gehele werkzame beroepsbevolking. Tevens blijkt dat het aandeel van baanwisselaars afneemt met de leeftijd. Daarnaast blijkt dat vier op de tien jongeren korter dan een jaar in hun baan werken. Het betreft voornamelijk schoolverlaters en studenten/scholieren in hun eerste baan.
11. Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs, *Stb.* 2004, 30.
12. Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd, Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeids-overeenkomsten voor bepaalde tijd, *Stb.* 2002, 560.
13. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 21.
14. Voor de WGBL, zie *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 19.
15. CGB 27 oktober 2006, oordeel 2006-216, *PJ* 2006-138.
16. HvJ EG 9 oktober 2001, C-379/99, *PJ* 2001, 101.
17. Voor een uitgebreid overzicht van de objectieve rechtvaardigings-toets, zie M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen. De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2005, p. 30; [www.vuexpertise-centrumpensioenrecht.nl](http://www.vuexpertise-centrumpensioenrecht.nl).
18. HvJ EG 24 februari 1994, *NJ* 1995, 1 (Roks); HvJ EG 20 maart 2003, C-187/00, *JAR* 2003, 130, r.o. 59 (Kutz-Bauer); HvJ EG 11 september 2003, C-77/02, *JAR* 2004, 16, r.o. 66 (Steinicke); HvJ EG 6 april 2000, C-226/98, *Jur.* blz. I-2447, (Jörgensen) punt 39; HvJ 23 oktober 2003, C-4/02, *JAR* 2004, 17 r.o.85 (Schönheit); CGB 3 oktober 2005, oordeel 2005-179; CGB 24 januari 2006, oordeel 2006-12.
19. CGB 20 maart 2006, oordeel 2006-46, overweging 3.21, zie ook CGB 19 mei 2006, oordeel 2006-102, overweging 3.11.
20. HvJ EG 27 juni 1990, C-33/89, *Jur.* I-2591 (Kowalska); HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297 (Nimz); HvJ EG 28 september 1994, C-28/93, *NJ* 1995, 384, r.o. 16-18 (Shell/van den Akker).