

Naar leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw zonder verboden leeftijdsonderscheid?

TPV 2019/34

Uitgangspunt van het nieuwe pensioenstelsel is degressieve pensioenopbouw. De pensioenopbouw van jongeren is dan hoger dan de pensioenopbouw van ouderen. In deze bijdrage analyseer ik of de overstap naar leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw mogelijk is zonder verboden leeftijdsonderscheid te maken.

1. Degressieve pensioenopbouw: drie soorten leeftijdsonderscheid?

1.1 Drie soorten leeftijdsonderscheid na invoering degressieve opbouw?

Invoering van degressieve pensioenopbouw kan leiden tot drie soorten leeftijdsonderscheid.

Tabel 1 Kans op drie soorten leeftijdsonderscheid na invoering degressieve pensioenopbouw

1.	Leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw
2.	Nadeel leeftijdsgroep na invoering leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw
3.	Leeftijdsafhankelijke compensatie

Duidelijk lijkt dat hogere pensioenopbouw voor jongeren dan voor ouderen leeftijdsonderscheid is. Minder duidelijk is dat de overstap vanuit doorsneesystematiek naar degressieve pensioenopbouw kan leiden tot nadeel voor sommige leeftijdsgroepen. Een groep werknemers krijgt een lagere pensioenopbouw dan in het huidige stelsel. Dat leidt tot een lager pensioenvooruitzicht. De minister heeft aangekondigd dat daarvoor een evenwichtige compensatie moet komen. Die compensatie is waarschijnlijk leeftijdsafhankelijk, want gericht op compensatie van leeftijdsgroepen. Er is dan een driedubbel discriminatiegevaar.

2. De gevolgen van mogelijke leeftijdsdiscriminatie

2.1 Juridische procedures over leeftijdsdiscriminatie bij CRM en rechter

Invoering van degressieve pensioenopbouw kan leiden tot juridische geschillen. De vraag naar verboden leef-

tijdsonderscheid kan worden voorgelegd bij zowel het College voor de Rechten van de Mens (CRM) als bij de civiele rechter. Die kans is groot. Zo leidde de fiscale afschaffing van VUT en prepensioen voor personen geboren na 1950 tot een stroom aan oordelen en uitspraken.

2.2 Rechtsgevolg van verboden leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw

Wat gebeurt er wanneer invoering van degressieve pensioenopbouw leidt tot verboden leeftijdsonderscheid? Een beding in strijd met de wet is nietig.² Ouderen verdienen gelijke behandeling. Stel dat de pensioenopbouw van een 25-jarige 4% van de pensioengrondslag is en de opbouw van een 65-jarige 0,5%. De 65-jarige vordert dan dezelfde hogere pensioenopbouw van de jongeren. Op grond van Europese rechtspraak geldt na gebleken leeftijdsdiscriminatie de verplichting om leden van de benadeelde groep de voordelen toe te kennen van de bevoordeelde groep.³ Verboden leeftijdsonderscheid is een risico met grote financiële gevolgen.

3. Leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw

3.1 Van leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw naar leeftijdsafhankelijke opbouw

De huidige doorsneesystematiek is wettelijk voorgeschreven bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met een uitkeringsovereenkomst. Het combineert een leeftijdsafhankelijke pensioenpremie (art. 8 Wet Bpf 2000) met een leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw (ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw, art. 17 PW). In het beoogde pensioenstelsel is de nieuwe pensioenovereenkomst er één met een *leeftijdsafhankelijke* pensioenpremie maar met *leeftijdsafhankelijke* pensioenopbouw:

“Daarbij is een leeftijdsafhankelijke premie het uitgangspunt en krijgen deelnemers een opbouw die past bij de betaalde premie. Omdat de premie-inleg van jongeren langer rendeert, leidt die premie-inleg tot een relatief hogere pensioenopbouw op jongere leeftijd ten opzichte van de pensioenopbouw op oudere leeftijd.”⁴

Hier staat de essentie van de nieuw beoogde pensioenovereenkomst met degressieve pensioenopbouw: een hogere pensioenopbouw voor jongeren dan voor ouderen (zie figuur 1).

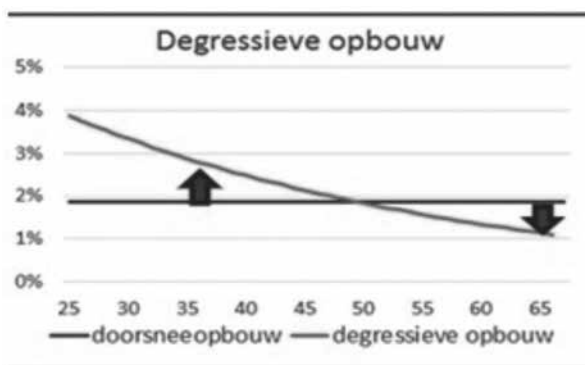
1 Prof. mr. drs. Mark Heemskerk is partner bij Held Advocaten, hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch. Dit artikel is een bewerking van de voordracht aan de VU op 18 september 2019 en het nog te verschijnen Netspar-papier compensatie bij afschaffing doorsneesystematiek dat ik schreef samen met Chantal de Groot, Dick Boeijen, Niels Kortleve en René Maatman.

2 Art. 13 WGBL, Hof Amsterdam 2 juni 2015, JAR 2015/184; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1680 (UWV); Hof Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3495 (ABN-AMRO); Rb. Amsterdam 22 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:380).

3 HvJ EU 19 juni 2014, NJ 2014/435 (Specht), r.o. 95; HvJ EU 28 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:38, r.o. 48-49 (Starjakob).

4 Brief minister Koolmees 5 juni 2019, p. 3.

Figuur 1 Van doorsnee-opbouw naar degressieve pensioenopbouw



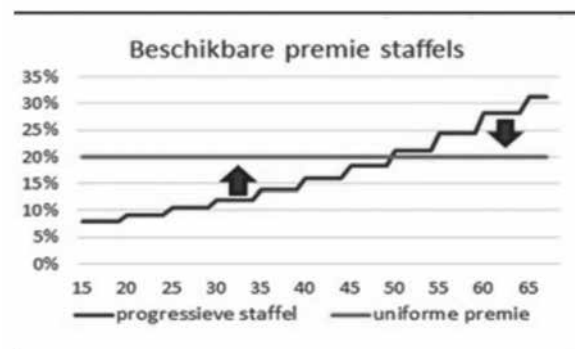
3.2 De wijziging bij pensioenfondsen: leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw

Bij vrijwel alle pensioenfondsen moet het huidige doorsneesysteem worden vervangen door de leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw. De ‘doorsneeopbouw’-lijn laat de huidige gelijke pensioenopbouw zien voor jong en oud. De ‘degressieve opbouw’-lijn laat de pensioenopbouw zien na invoering van degressieve pensioenopbouw. De pijlen maken duidelijk dat de pensioenopbouw voor jongeren in het nieuwe systeem stijgt en dat de pensioenopbouw voor ouderen daalt.

3.3 Premieovereenkomsten: naar leeftijdsafhankelijke premie

Met name bij verzekerde regelingen is de premieovereenkomst gangbaar. Daar stijgt de premie meestal met de leeftijd in cohorten van vijf jaar. De pensioenpremie voor ouderdomspensioen is dan bijvoorbeeld 3,2% van de pensioengrondslag, terwijl de pensioenpremie voor een 65-jarige 22,3% bedraagt. Fiscaal zijn deze progressieve staffels vastgelegd in het zogenaamde staffelbesluit. In de beoogde pensioenovereenkomst wordt de premie juist leeftijdsafhankelijk (zie figuur 2).

Figuur 2 Van leeftijdsafhankelijke naar uniforme premie



De hoogte van de fiscaal toegelaten leeftijdsafhankelijke pensioenpremie gaat naar verluidt rond de 27% bedra-

gen.⁵ Na invoering van degressieve opbouw wordt de premie van jongeren hoger dan nu. Voor ouderen wordt de pensioenpremie lager.

4. Uitkeringsovereenkomst niet langer mogelijk na Pensioenakkoord?

4.1 Het nieuwe pensioencontract is een premieovereenkomst

Het Pensioenakkoord gaat ervan uit dat de nieuwe pensioenovereenkomst een premieovereenkomst is:

“Het nieuwe pensioencontract is een premieregeling, waarbij jaarlijks pensioenaanspraken zonder zekerheidsmaat worden ingekocht tegen de dan geldende marktrente.”⁶

Is een uitkeringsovereenkomst (fiscaal) met een opbouwpercentage van 1,875% van de pensioengrondslag straks niet langer mogelijk? Anno 2019 is het nog steeds de meest voorkomende pensioenregeling. Afschaffing van de uitkeringsovereenkomst is een revolutie.

4.2 Wordt de uitkeringsovereenkomst afgeschaft?

Het Pensioenakkoord suggereert dat bestaande uitkeringsovereenkomsten (fiscaal) verboden worden. Toch is de deur niet op slot. De brief van 5 juni 2019 overweegt dat uitkeringsovereenkomsten niet meer mogelijk zijn *na de overstap* op een systeem met leeftijdsafhankelijke premies:

“De bestaande uitkeringsovereenkomst

Na de overstap op een systeem met leeftijdsafhankelijke premies en daarbij passende pensioenopbouw is het niet meer mogelijk om voor langere termijn een vaste pensioenopbouw toe te zeggen, zoals nu in de uitkeringsovereenkomst het geval is. Alle contracten zullen immers worden gebaseerd op arbeidsvoorwaardelijke toezeggingen over de premie.”⁷

Bestaande uitkeringsovereenkomsten mogen voorlopig blijven bestaan, lees ik hier. Die gedachte wordt versterkt doordat in de daarop volgende passage wordt opgemerkt dat de keuze voor een pensioencontract is en blijft aan werkgever, vakbond of OR:

“De afschaffing van de doorsneesystematiek en de overgang op een nieuwe vorm van pensioenopbouw betekent dat alle pensioencontracten moeten worden aangepast. Werkgevers zullen in overleg met de vakbonden per bedrijfstak of onderneming moeten overwegen welke pensioenregeling zij hun werknemers willen aanbieden. De keuze voor een pensioencontract is en blijft aan de werkgever en de vakbond of de ondernemingsraad. Zij moeten afwegen welke van de voorgenoemde pensioenregelingen het best past bij de

5 ‘Nieuwe premieplafond komt volgens “vingeroefening” uit op 27%’, *Pensioen Pro*.
 6 Brief minister Koolmees 5 juni 2019, p. 5.
 7 Brief minister Koolmees 5 juni 2019, p. 7.

“karakteristieken van hun sector of bedrijf, en bij de voorkeuren van hun deelnemers.”

De suggestie is dat er te kiezen valt voor een type pensioencontract: ‘voorgenoemde pensioenregelingen’. Ja, er komt één fiscaal kader voor alle pensioenovereenkomsten. Bedoeling is dat alle pensioenovereenkomsten in de toekomst een premieovereenkomst zijn. Dat sluit niet bij voorbaat uit dat een uitkeringsovereenkomst met degressieve opbouw voorlopig mogelijk blijft. De bestaande uitkeringsovereenkomst is nog niet dood. Niet alle werkgevers, pensioenuitvoerders en werknemers staan te juichen om hun bestaande uitkeringsovereenkomst te verlaten.

5. Uitkeringsovereenkomst met degressieve pensioenopbouw

5.1 *Degressieve pensioenopbouw: geen actuariële uitzondering voor leeftijdsonderscheid*

De pensioenpremie van een jongere is actuariel meer waard dan diezelfde pensioenpremie van een oudere. Deelnemers krijgen een opbouw die past bij de betaalde premie. De Nederlandse wet kent een uitzondering voor het verbod van leeftijdsonderscheid voor actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Art. 8 lid 3 WGBL luidt als volgt:

“Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden.”

Toch is degressieve pensioenopbouw die het resultaat is van actuariële verschillen niet toegestaan zonder objectieve rechtvaardiging. Na het *Experian*-arrest is duidelijk dat de actuariële uitzondering niet van toepassing is omdat het geen zelfstandige uitzondering is.⁸

5.2 *Arbeidsmarktbeleid als objectieve rechtvaardiging voor degressieve pensioenopbouw*

Een degressieve opbouwstaffel is leeftijdsonderscheid. Dat moet objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel, dat passen en noodzakelijk is (art. 7 lid 1 sub c WGBL). Een rechtvaardiging voor degressieve pensioenopbouw is niet onmogelijk. Uit Europese rechtspraak blijkt dat lidstaten veel beleidsvrijheid hebben om hun arbeidsmarktbeleid vorm te geven en daarbij maatregelen te nemen. De toetsing is dan minder stringent.⁹ Het Pensioenakkoord verwijst uitdrukkelijk naar arbeidsmarktbeleid als motief voor degressieve opbouw:

“Deze nieuwe manier van pensioenopbouw past beter bij de veranderende arbeidsmarkt. Werkenden ondervinden niet langer onbedoelde effecten als zij overstappen naar een werkgever met een andersoortige pensioenregeling of naar zelfstandig ondernemer-

schap. In krimpende sectoren ondervinden werkgevers en werknemers niet langer nadeel van een voortdurend stijgende doorsneepremie. Door de directe relatie tussen premie en opbouw wordt het voor zelfstandigen aantrekkelijker om mee te doen.”

Dat klinkt mooi. Nadere onderbouwing daarvan door wetgever en sociale partners is vereist om risico’s van verboden leeftijdsonderscheid te verkleinen.¹⁰ Algemene stellingen, zoals dat degressieve pensioenopbouw goed is voor de arbeidsmarkt, zijn onvoldoende rechtvaardiging.¹¹ De noodzakelijke onderbouwing kan een substantiële bijdrage leveren aan de mogelijkheid voor werkgevers (sociale partners) en pensioenuitvoerders om degressieve pensioenopbouw te rechtvaardigen. Datzelfde geldt voor een breed maatschappelijk draagvlak voor een toekomstbestendig pensioenstelsel. De Raad van State werd in 2017 gevraagd of degressieve pensioenopbouw objectief gerechtvaardigd was. Gelet op de ruimte voor lidstaten stond Europees recht op zichzelf niet in de weg voor een keuze voor degressieve pensioenopbouw, aldus de Raad. Hij overwoog toen:

“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.”¹²

5.2.1 *Discriminatie omdat premieovereenkomst mogelijk is met minder leeftijdsonderscheid?*

Kappelle en Lutjens schreven in 2016 dat een uitkeringsovereenkomst met degressieve pensioenopbouw leeftijdsdiscriminatie is.¹³ Reden: een premieovereenkomst is een alternatief met minder leeftijdsonderscheid. Op die redenering valt wat af te dingen. Ten eerste zijn een uitkeringsovereenkomst en een premieovereenkomst geen gelijke gevallen. Indien het doel is om de zekerheid van een uitkeringsovereenkomst te behouden met degressieve pensioenopbouw is de premieovereenkomst geen alternatief voor een middelloonregeling (uitkeringsovereenkomst). Ten tweede staat niet vast dat elke premieovereenkomst leidt tot minder leeftijdsonderscheid (zie hierna).

8 HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:590 (*Experian*); anders CRM 2019-96.

9 HvJ EU 22 november 2005, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*).

10 HvJ EU 12 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:601 (*Rosenbladt*); HvJ EU 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:128 (*Age Concern*); HvJ EU 16 april 2007, ECLI:EU:C:2007:604 (*Palacios*).

11 *Kamerstukken II* 2001/02, 28170, nr. 3, p. 25; HvJ EU 13 juli 1989, C 171-88, ECLI:EU:C:1989:328; HvJ EU 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:181 (*Age Concern*), r.o. 51; HvJ EG 9 februari 1999, ECLI:NL:XX:1999:AC0755, r.o. 76 (*Seymour*).

12 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 32043, nr. 375.

13 H.M. Kapelle, ‘SER-varianten Toekomst Pensioenstelsel nopen tot nieuw fiscaal kader’, *WFR* 7154. E. Lutjens & H. Kappelle, *Toekomst pensioenstelsel*, 1 september 2016, www.eufin.nl/images/A-Formulieren/Tijdelijk/Toekomst_pensioen_reactie_Expertisecentrum_Pensioenrecht_1.9.2016.F.pdf.

6. **Geen leeftijdsonderscheid in een premieovereenkomst?**

6.1 **Geen leeftijdsonderscheid want de premie is de beloning?**

Is de premieovereenkomst de oplossing voor het discriminatieprobleem? Bij een premieovereenkomst is bepleit dat die hogere degressieve pensioenopbouw voor jongeren geen leeftijdsonderscheid is. De gedachte is: de premie is de beloning, niet de pensioenopbouw.¹⁴ Omdat de premie leeftijdsonafhankelijk is, is er geen leeftijdsonderscheid. En zonder leeftijdsonderscheid is geen objectieve rechtvaardiging vereist. Dat is een welkome conclusie voor de voorstanders van degressieve pensioenopbouw. Er zit echter een addertje onder het gras.

6.2 **Is de premie of de pensioenaanspraak de beloning?**

Of er sprake is van leeftijdsonderscheid, wordt volgens de wetsgeschiedenis bepaald door het beloningsbegrip van art. 157 VWEU.¹⁵ Dat luidt als volgt:

“Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan 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.”

Voor de werknemer is de pensioenpremie de prijs die wordt betaald. Daarvoor krijgt hij als beloning een pensioenaanspraak. De *pensioenaanspraak* van de deelnemer is de beloning. De wettelijke definitie uit de Pensioenwet van pensioenaanspraak maakt niet onmiddellijk duidelijk of de beloning bij een premieovereenkomst de premie of de waarde daarvan is. Een pensioenaanspraak is een recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd voorwaardelijke indexatie. Rechtspraak en literatuur kwalificeren de pensioenaanspraak als een voorwaardelijk vorderingsrecht.¹⁶ Dat maakt nog niet duidelijk wat de inhoud van die vordering is. In normaal Nederlands: krijg ik als deelnemer aan een premieovereenkomst als beloning de pensioenpremie of de waarde van de pensioenpremie, inclusief rendement. Dat laatste klinkt logisch, maar ligt genuanceerd. De Raad van State stelt dat het een kwestie van perspectief is of gekeken moet worden naar de premie en/of de waarde van de premie.¹⁷

6.3 **Drie soorten premieovereenkomst**

De ene premieovereenkomst is de andere niet. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat er drie soorten premieovereenkomsten zijn:

- (1) de zuivere premieovereenkomst;
- (2) premieovereenkomst met omzetting premie in aanspraak op kapitaal;
- (3) premieovereenkomst met omzetting premie in aanspraak op uitkering.¹⁸

Dat maakt verschil bij de beoordeling of er geen of wel leeftijdsonderscheid moet worden gerechtvaardigd. The devil is in the details.

6.3.1. **Geen leeftijdsonderscheid bij zuivere premieovereenkomst?**

In de wetsgeschiedenis is overwogen dat bij een *zuivere premieovereenkomst* de pensioenaanspraak de aanspraak op beschikbaarstelling van de premie kan zijn:

“Bij zuivere premieovereenkomsten wordt de hoogte van de technische voorziening overigens rechtstreeks bepaald door de omvang van de waarden. Immers, bij een zuivere premieovereenkomst bestaat de pensioenaanspraak louter uit een aanspraak op beschikbaarstelling van de premie”¹⁹

Ik ben het met Herman Kappelle eens dat bij een zuivere premieovereenkomst verdedigbaar is dat er geen leeftijdsonderscheid is.²⁰ Het CRM heeft in het verleden enkele malen geoordeeld dat het beschikbaar stellen van een leeftijdsonafhankelijke premie als % van de pensioengrondslag niet leidt tot leeftijdsonderscheid.²¹ Daar valt tegenin te brengen dat de pensioenaanspraak de *waarde* van die premies is, maar de wetsgeschiedenis stelt premie en aanspraak aan elkaar gelijk.

6.3.2. **Wel leeftijdsonderscheid bij onzuivere premieovereenkomst uit het Pensioenakkoord?**

De nieuwe pensioenovereenkomst uit het Pensioenakkoord is geen zuivere premieovereenkomst. Dat is een ‘premierегeling, waarbij jaarlijks pensioenaanspraken zonder zekerheidsmaat worden ingekocht tegen de dan geldende marktrente.’ De jaarlijkse inkoop tegen marktrente is niet beleggen van de premie tot de pensioendatum, karakteristiek voor de zuivere premieovereenkomst. De pensioenaanspraak die direct wordt ingekocht moet volgens de wet net zo zijn gefinancierd als een uitkeringsovereenkomst.²² Bij beëindiging van de deelneming ontvangt de deelnemer niet de premie, maar de waarde daarvan (art. 55 PW). Die waarde is voor een jongere straks hoger dan voor een oudere. De inkoop van de premie van een jongere leidt bijvoorbeeld tot een pensioenaanspraak van € 100 en die van een oudere tot een pensioenaanspraak van € 50. Dat is de essentie van degressieve opbouw. Dat is leeftijdsonderscheid bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Bij een lagere opbouw voor oud dan voor jong is een objectieve recht-

14 H.M. Kapelle, ‘SER-varianten Toekomst Pensioenstelsel nopen tot nieuw fiscaal kader’, *WFR*, 7154, 11 augustus 2016; Pensioenfederatie, Rapport onderzoeksgroep juridisch fiscaal, 2016, p. 66.

15 *Kamerstukken II* 2001/02, 28170, 3, p. 21.

16 J. Tangelder, ‘De deelnemersverhouding civielrechtelijk ontrafeld’, *TPV* 2017/5; *Asser-Lutjens* 7-XI, 100; HR 27 november 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4271 (*Boon/van Loon*).

17 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 32043, nr. 375.

18 *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 32-33.

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 86.

20 H.M. Kappelle, ‘Pensioenakkoord fiscaal: het kabinet draagt wel bij, maar betaalt niet’, *TPV* 2019/37 (in dit *TPV*-nummer).

21 CRM 2005-137, CRM 2006-137; CRM 2007-146; CRM 2008-70.

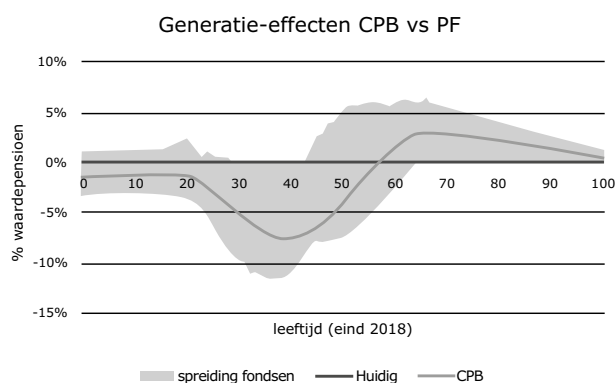
22 Art. 55 lid 3 jo. lid 1 PW.

vaardiging nodig.²³ Dat het volgens de Pensioenwet een premieovereenkomst is, maakt dat niet anders. Niet het etiket premieovereenkomst is bepalend, maar of de pensioenaanspraak leeftijdsafhankelijk is. Bij de onzuivere premieovereenkomst is dat het geval. De conclusie dat bij premieovereenkomsten de premie de beloning is en er dus geen risico is op verboden leeftijds onderscheid, is gevaarlijk. Rekening houden met de mogelijkheid dat de (Europese) rechter oordeelt dat sprake is van leeftijds onderscheid dat objectief gerechtvaardigd moet worden is geen overbodige luxe.

7. Invoering degressieve opbouw leidt tot nadeel voor leeftijdsgroep

7.1 Indirect leeftijds onderscheid voor de middengroep
Invoering van degressieve pensioenopbouw leidt tot overwegende benadeling van bepaalde leeftijdsgroepen. Een groep werknemers krijgt in de toekomst een lagere pensioenopbouw dan jongere werknemers. Deelnemers rond de 45 jaar hebben in het verleden niet een hogere opbouw gehad die jongeren krijgen. De generatie-effecten blijken uit een studie van de Pensioenfederatie onder een aantal pensioenfondsen (zie figuur 3).

Figuur 3 Leeftijds onderscheid door overstap naar degressieve opbouw



Met name de middengroep van 30 tot 50 jaar krijgt na invoering van degressieve pensioenopbouw een aanzienlijke lagere pensioenuitkering in het vooruitzicht. De lijn van CPB-cijfers maakt dat duidelijk. Aannemelijk is dat dit voldoende is voor een vermoeden van indirect leeftijds onderscheid dat objectief gerechtvaardigd moet worden.²⁴ Het grijze vlak laat zien dat de effecten verschillen per pensioenfonds.

7.2 Disproportioneel nadeel door overstap degressieve opbouw?

CRM en rechters betrekken bij de beoordeling van de noodzakelijkheid de verwachtingen op het toekomstig pensioennadeel. Er zijn diverse procedures gevoerd over mogelijk verboden leeftijds onderscheid na afschaffing

van VUT- en prepensioen voor werknemers geboren na 1950. Daarbij werd het pensioenresultaat van de verschillende leeftijdsgroepen beoordeeld door de rechter of het CRM.²⁵ Bij de rechtvaardiging van de overstap naar degressieve opbouw is belangrijk dat de invoering van degressieve pensioenopbouw niet disproportioneel mag zijn. Die proportionaliteitstoets is onderdeel van de verste noodzakelijkheid (art. 7 lid 1 sub c WGBL).

7.3 Evenwichtige compensatie als remedie voor benadeling

Gelet op de generatie-effecten is aannemelijk dat invoering van degressieve pensioenopbouw bij sommige werkgevers of pensioenuitvoerders leidt tot een disproportioneel resultaat voor bepaalde leeftijdsgroepen. Dat betekent dat deelnemers in de benadeelde categorie een redelijke kans van slagen hebben om op grond van leeftijdsdiscriminatie de nietigheid van de degressieve pensioenopbouw te bepleiten, omdat zij disproportioneel worden getroffen. Afwezigheid van compensatie kan verboden onderscheid vormen.²⁶ In het Pensioenakkoord staat dat er evenwichtige compensatie komt. Eenvoudig uitgedrukt: de kuil in figuur 2 van circa 30 tot 55 moet worden gedempt met de ophoging na 55 jaar. Die compensatie neemt naar verwachting de disproportionaliteit weg. In diverse oordelen en uitspraken zorgde compensatie van het fiscale VPL-nadeel ervoor dat geen sprake was van verboden leeftijds onderscheid.²⁷

8. Leeftijdsafhankelijke compensatie: rechtvaardigen

8.1 Wijze van compensatie: buffer, premie en fiscaal?

Duidelijk is dat er volgens het Pensioenakkoord evenwichtige compensatie komt. De vormgeving van die compensatie én de financiering daarvan is nog niet uitgekristalliseerd, to put it mildly. Denkrichtingen zijn fiscale compensatie, een solidariteitspremie, premievrijval en buffervrijval.²⁸ De ruimte voor buffervrijval is voor veel pensioenfondsen gering, gelet op de huidige dekkinggraden. Bij verzekeraars is buffervrijval onmogelijk. Het prijskaartje van de compensatie en wie dat moet betalen zijn belangrijke hindernissen. De stuurgroep mag zich daarover buigen.

8.2 Compenseren om gelijkwaardig pensioen tot stand te brengen

De compensatie is erop gericht nadeel van leeftijdsgroepen te voorkomen. Dat klinkt als leeftijdsafhankelijke compensatie. Door compensatie buiten de beloning te houden, is het mogelijk om leeftijds onderscheid te voorkomen. Is de compensatie een beloningsonderdeel, dan moet het leeftijds onderscheid objectief gerechtvaardigd worden. Aannemelijk is dat voor de rechtvaardiging voor die leeftijdsafhankelijke compensatie aangesloten wordt

23 CRM 2006-177, overweging 4.21.

24 Art. 12 WGBL; vergelijk CRM 2016-101 (Shell).

25 CRM 2005-219 (ABP); Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ9736.

26 CRM 2007-150; vgl. CRM 2006-62.

27 CRM 2006-187.

28 Brief minister Koolmees 5 juni 2019, p. 3.

bij dezelfde argumenten als bij de eerder aangehaalde VPL-rechtspraak. De compensatie beoogt juist een voor alle groepen gelijkwaardige pensioenvoorziening mogelijk te maken en rekening te houden met gerechtvaardigde verwachtingen, binnen de fiscale en wettelijke grenzen.

9. Conclusie

Degressieve pensioenopbouw zonder leeftijdsonderscheid is niet goed mogelijk. Invoering van degressieve pensioenopbouw kan leiden tot drie soorten leeftijdsonderscheid:

- (1) leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw;
- (2) een lagere pensioenuitkering voor sommige leeftijdsgroepen; en
- (3) leeftijdsafhankelijke compensatie.

In een degressieve uitkeringsovereenkomst is de pensioenopbouw van jongeren hoger dan de pensioenopbouw van ouderen.²⁹ Wetgeving en rechtspraak laten ruimte over om leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw te rechtvaardigen op grond van arbeidsmarktbeleid. Die onderbouwing is nu nog onvoldoende.

In de literatuur is opgemerkt dat er bij een premieovereenkomst geen leeftijdsonderscheid is. De gedachte: premie is de beloning en niet de opbouw. Dan is een objectieve rechtvaardiging niet vereist. Die voor aanhangers van degressieve opbouw aantrekkelijke gedachte is risikant. Volgens het Pensioenakkoord worden in de nieuwe premiereregeling jaarlijks pensioenaanspraken ingekocht. Dat betekent dat de hogere pensioenaanspraken van jongeren (de beloning) moeten worden gerechtvaardigd. Dat het een onzuivere premieovereenkomst is, maakt dat niet anders.

Invoering van degressieve pensioenopbouw leidt tot nadeel voor een leeftijdsgroep. Dat nadeel lijkt zonder compensatie disproportioneel. Verboden leeftijdsonderscheid dreigt daardoor. Die dreiging is klein omdat het Pensioenakkoord evenwichtige compensatie voorschrijft. Als die compensatie leeftijdsafhankelijk is, moet dat weer objectief gerechtvaardigd worden. De VPL-rechtspraak biedt daarvoor aanknopingspunten. De compensatie is er immers op gericht om te zorgen voor een gelijkwaardige pensioenvoorziening, rekening houdend met verwachtingen en binnen het nieuwe wettelijk kader. Degressieve pensioenopbouw dwingt partijen ertoe om uit te leggen wat de goede reden is om leeftijdsonderscheid te maken: zowel bij de pensioenopbouw, de overstap vanuit leeftijdsonafhankelijke opbouw als bij compensatie. Zonder goede reden voor dat leeftijdsonderscheid is de vraag zowel maatschappelijk als juridisch of de overstap naar degressieve opbouw wel zo'n goed plan is.

²⁹ Als gezegd laat het Pensioenakkoord de deur op een kier voor handhaving van een uitkeringsovereenkomst met degressieve pensioenopbouw.