

## Consultatiereactie Besluit toekomst pensioenen

De classificatie van pensioenregelingen als DB- of DC-regelingen is onontkoombaar. Internationaal gezien bestaan alleen deze twee pensioensystemen. Mengvormen zoals CDC-regelingen zijn in beginsel wel mogelijk, maar stuiten vaak op juridische barrières of inconsistenties.

Toetsing van pensioenregelingen aan de IORP-II richtlijn is ook alleen mogelijk als duidelijk is welk karakter de regeling heeft: DB of DC. Zodra zou worden gesteld dat een nieuw type pensioenregeling niet onder een van beide karakters valt en daarom niet kan worden getoetst aan de IORP-richtlijn, kan deze pensioenregeling volgens mij niet door een IORP (pensioenfonds) worden uitgevoerd. Daarmee zou immers sprake kunnen zijn van een poging tot het omzeilen van Europese regelgeving.

Echter, louter het opplakken van het etiket DB of DC door de nationale wetgever op nieuwe pensioenregelingen is niet voldoende; de onderliggende contracten moet wel degelijk de desbetreffende kenmerken hebben: *you have to call a spade a spade*. Het ter consultatie voorgelegde Besluit toekomst pensioenen biedt de benodigde verheldering nog niet.

### **Classificatie van de toekomstige pensioenregelingen**

In het wetsvoorstel Toekomst pensioenen wordt met nadruk gesproken over persoonlijke pensioenvermogens van de deelnemers, zonder dat het woord 'vermogen' in dit verband overigens ook maar enige (juridische) betekenis heeft. Het zou wel op individuele DC-regelingen kunnen wijzen.

Op de mede door het ministerie van SZW ondersteunde website *Werken aan ons pensioen* wordt in de begrippenlijst de volgende definitie van 'persoonlijk pensioenvermogen' gegeven: *Bij het invaren in het nieuwe pensioencontract wordt het collectieve vermogen van het pensioenfonds gericht toe gedeeld aan de individuele persoonlijke pensioenvermogens van de deelnemers van het pensioenfondsen*. Dit is een hersenspinsel of een fictie. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat het vermogen van de pensioenfondsen wordt overgeheveld naar de deelnemers zelf, die dan een eigen participatie zouden krijgen in een (al dan niet ongedeeld) belegd vermogen. Pensioenfondsen zouden zich dan omvormen tot beleggingsvehikels, mogelijk vergelijkbaar met fondsen voor gemene rekening (FGR's).

Als er sprake zou zijn van eigen participaties in een belegd vermogen, dan zullen er ook individuele beleggingsaccounts voor de deelnemers moeten worden aangemaakt. Dit is in Europa alleen gereguleerd voor banken, verzekeraars en beleggingsinstellingen. Pensioenfondsen kunnen geen beleggingsparticipaties of kapitalen voor hun deelnemers administreren. Het lijkt er daarom op dat er sprake zal zijn van een collectief belegd vermogen van pensioenfondsen met bijschrijving van premies en collectieve rendementen op louter administratieve (virtuele) accounts, ofwel collectieve DC-regelingen (CDC).

Het voorgelegde besluit maakt het met slechts enkele terloopse aanpassingen op dit punt nog steeds niet duidelijk wat pensioenfondsen nu ten behoeve van hun deelnemers gaan administreren:

zogenaamde persoonlijke vermogens (bedragen?), pensioenaanspraken of kapitalen? Het verdient aanbeveling om dit voor de solidaire en de flexibele premiereregeling nader uit te werken, aan Europese wet- en regelgeving te toetsen (inclusief de classificatie als DB- of DC-regeling) en de communicatie daarop aan te passen.

### ***Het gebruik van leeftijdscohorten en het maken van onderscheid op grond van leeftijd***

De uitwerking van de regeling met betrekking tot de leeftijdscohorten in het voorgelegde besluit (of het gebrek daaraan) maakt duidelijk dat het collectief belegd vermogen van pensioenfondsen evenmin wordt opgesplitst in leeftijdscohorten ('mini-funds') met een bijpassend risicoprofiel. Dit betreft alleen een voorspiegeling. De reden hiervoor is waarschijnlijk het gebod vanuit de IORP-II richtlijn om ringfencing tot een minimum te beperken teneinde de integriteit en het bestaansrecht van IORP's niet aan te tasten. De indeling in leeftijdscohorten met een bijpassende risicohouding lijkt te kunnen worden gebruikt als rekenhulpmiddel voor een eventueel wenselijke geachte toekenning van rendementen aan 'toedelingskringen'.

Dit roept de vraag op of dit niet tot het maken van verboden leeftijds onderscheid leidt, omdat de toekenning van rendementen in dat geval direct wordt gekoppeld aan de leeftijd en niet gekoppeld aan het behaalde rendement op het ongedeelde collectieve vermogen waarin de deelnemer daadwerkelijk is belegd, zoals gebruikelijk is in CDC-regelingen. Het maken van een mogelijk verboden onderscheid op grond van leeftijd kan naar mijn mening niet worden 'weggewerkt' door een voorspiegeling of de fictie dat de premies van een individuele deelnemer op een wijze zijn belegd die past bij de rendementstoekenning. Mogelijk wordt deze voorspiegeling vanuit een zorgplicht-gedachte wenselijk geacht, maar het leidt tot nieuwe problemen. Er lijkt ook geen objectieve rechtvaardiging voor het gebruik maken een dergelijke oneigenlijke systematiek te geven, omdat er altijd het alternatief is van het gebruik maken van de internationaal erkende pensioensystemen, zeker nu het toekomstige Nederlands pensioensysteem zijn superioriteit nog niet bewezen heeft.

### ***'Toedelen' en 'toedelingskringen'***

Het gebruik van de woorden 'toedelen' en 'toedelingskringen' ( in artikel 1 van het voorgelegde besluit) is evenmin transparant. Deze woorden komen in de Van Dale niet voor en zijn ook in het wetsvoorstel niet gedefinieerd. Ik meen dat het gebruik daarvan in strijd is met de ongeschreven regels van maatschappelijke betamelijkheid. De woordkeuze verbloemt namelijk niet alleen het maken van het bovenvermelde onderscheid op grond van leeftijd, want met 'toedelingskringen' wordt waarschijnlijk onder meer naar leeftijdscohorten verwezen, maar het suggereert ook een discretionaire bevoegdheid van pensioenfondsbesturen ten aanzien van de wijze van het bijschrijven van rendementen, alsof pensioenfondsen instellingen zijn die gebaseerd zijn op vroegmiddeleeuwse belastingsystemen. Van Dale kent in dit verband alleen het woord 'toebedelen': iemand iets geven. Een pensioenuitvoerder 'geeft' of 'schenkt' echter niets, maar dient de pensioenovereenkomsten op basis van kapitaaldekking uit te voeren en pensioenuitkeringen te verstrekken. Er wordt immers een premie betaald. Als er sprake is van een individuele DC-regeling en de behaalde rendementen worden door de pensioenuitvoerder niet rechtstreeks en zonder enig voorbehoud op de rekeningen van de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden bijgeschreven, dan laten ze het eigen vermogen laten aangroeien van een partij die geen enkel beleggingsrisico of ander risico loopt, hetgeen als ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen kwalificeren (art. 6:212 BW). In een CDC-

regeling kan er hoogstens sprake zijn van een beperkte *smoothing* van rendementen via een daarvoor aan te houden buffer. De wetgever zal kortom duidelijk moeten maken wat er met deze niet bestaande woorden wordt bedoeld.<sup>1</sup>

Mocht het wenselijk zijn om toch de indruk te blijven wekken dat rendementen niet onvoorwaardelijk en in rechte worden toegekend of bijgeschreven, maar dat pensioenfondsbesturen, zoals vroeger de kerk en de adel, naar eigen inzichten de door hen bijeengebrachte gelden kunnen 'verdelen', dan zou het in het kader van het hanteren van een meer evenwichtige terminologie bijna aan te bevelen zijn om ook niet langer te spreken over de inning van premies, maar over collecteren of het inzamelen van gelden. Dat geeft ook beter aan dat deelnemers aan het leveren van hun bijdragen alleen nog maar globale verwachtingen kunnen verbinden.

### ***Europeesrechtelijke gevolgen***

Pensioenregelingen die oneigenlijke elementen bevatten zijn niet voor kapitaaldekking geschikt. Zij kunnen daarom niet door werkgevers ter uitvoering aan IORP's in andere lidstaten worden aangeboden. Dit leidt naar mijn mening tot discriminatie ten gunste van de Nederlandse IORP's en daarmee tot het risico van inbreukprocedures.

### ***Nadere onderbouwing***

Voor een nadere onderbouwing van het bovenstaande verwijs ik naar de twee volgende artikelen:

- Mr. drs. M.C.J. Witteman: 'Haalt het nieuwe pensioencontract 2026?' in Pensioenmagazine Special, Consultatie Wet toekomst pensioenen, maart 2021. Hier te vinden: <https://www.mcwconsult.nl/Public/files/PMmaart2021.pdf>.
- Mr. drs. M.C.J. Witteman: 'De solidariteitsreserve in het nieuwe pensioencontract: backstop of full stop?' in Pensioenmagazine, mei 2021. Hier te vinden: <https://www.mcwconsult.nl/Public/files/PMmei2021.pdf>.

Lisse, 30 april 2022

Mr. drs . Marie-Christine Witteman

---

<sup>1</sup> Het woord 'toedelen' werd waarschijnlijk tot in de 16<sup>e</sup> eeuw gebruikt. De oude betekenis van 'in rechte toekennen' is alleen nog in het Middelnederlandsch handwoordenboek van Verdam terug te vinden. Er lijkt daarbij een correlatie te zijn met de verdeling van schenkingen (op een rechtmatige wijze). Het momenteel nog bestaande woord 'toebedelen' (geven) doet denken aan de 'Bedeling' (Armenkas) uit de 19<sup>e</sup> eeuw, in de tijd dat er nog geen pensioenfondsen waren.