

Reactie van het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam op de Wet toekomst pensioenen (consultatieversie)

Het Expertisecentrum Pensioenrecht is het onderzoek- en kenniscentrum van de Vrije Universiteit Amsterdam -

<https://rechten.vu.nl/nl/onderzoek/organisatie/onderzoeksinstituten-en-centra/expertisecentrum-pensioenrecht/index.aspx>.

Dit document is een juridische reactie op de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen. Wij verwijzen naar voorgestelde gewijzigde of nieuwe artikelen in de Pensioenwet door vermelding van het artikel nummer met toevoeging “nieuw”.

Deze reactie is opgesteld door de volgende aan het Expertisecentrum Pensioenrecht verbonden personen:

Prof. dr. Erik Lutjens –	hoogleraar Pensioenrecht
Prof. mr. Herman Kappelle –	hoogleraar Fiscaal Pensioenrecht
Mr. Dr. Mark Boumans -	Onderzoeker
Drs. Bas Dieleman -	Onderzoeker
Mr. Monique van der Poel -	Onderzoeker
Drs. Erik Schouten -	Onderzoeker
Mr. Wim Thijssen -	Onderzoeker

Contactgegevens

<i>E. Lutjens</i>	– e.lutjens@vu.nl	– 0652418408
<i>H.M. Kappelle</i>	– HKappelle@aegon.nl	– 0611332053

Inhoudsopgave:

- **Overzicht besproken onderwerpen** p. 2
- **Samenvatting** p. 3
- **Volledige reactie** p. 5
- **Bijlage (Wet toekomst pensioenen en BTW)** p. 21

Overzicht van de besproken onderwerpen

- 1. Inleiding**
- 2. Verzekeraars (en PPI) in de Wet toekomst pensioenen**
- 3. De varianten van de premieovereenkomst**
- 4. Uitkeringsovereenkomst voor partnerpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen**
- 5. Partnerpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen met leeftijdsonafhankelijke premies**
- 6. Overgangsrecht bestaande regelingen met leeftijdsafhankelijke premies**
- 7. Omzetting kapitaal in vastgestelde uitkering bij PPI**
- 8. Partnerpensioen (1): de partnerdefinitie**
- 9. Partnerpensioen (2): hoogte bij overlijden voor pensioendatum**
- 10. Partnerpensioen (3): nabestaandenoverbruggingspensioen**
- 11. Partnerpensioen (4): vrijwillige voortzetting risicodekking**
- 12. Partnerpensioen (5): Invaren en partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum**
- 13. Invaren (1): eigendomsrecht, het proces en criterium “onevenredig ongunstig”**
- 14. Invaren (2): gesloten fondsen**
- 15. Experimenten zelfstandigen: taakafbakening en mededingingsrecht**
- 16. Transitie FTK**
- 17. Gelijke behandeling op grond van leeftijd**
- 18. BTW**

Samenvatting

1. Inleiding

Wij bespreken juridische onvolkomenheden en/of verbeterpunten van de consultatieversie Wet toekomst pensioenen.

2. Verzekeraars (en PPI) in de Wet toekomst pensioenen; de nieuwe premieovereenkomst

Het wetsvoorstel heeft te weinig aandacht voor verschillen tussen pensioenfondsen en verzekeraars. De eigen positie van verzekeraars (en ook PPI-en) moet beter gereguleerd worden.

3. De varianten van de premieovereenkomst

Het opnemen van vier varianten van een premieovereenkomst in art. 10-nieuw Pensioenwet is niet nodig en leidt tot uitvoeringstechnische problemen.

4. Uitkeringsovereenkomst voor partnerpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen

De uitkeringsovereenkomst moet blijven bestaan als karakter voor partnerpensioen voor pensioendatum en arbeidsongeschiktheidspensioen.

5. Partnerpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen met leeftijdsonafhankelijke premies

Voor het partnerpensioen voor pensioendatum en het arbeidsongeschiktheidspensioen, die voorzien in een vastgestelde uitkering, moeten leeftijdsafhankelijke premies mogelijk blijven.

6. Overgangsrecht bestaande regelingen met leeftijdsafhankelijke premies

De voorgestelde wettekst en/of de toelichting dienen duidelijk te maken of en tot op welke hoogte nog sprake kan zijn van wijzigingen in een bestaande regeling zonder dat hierdoor een nieuwe regeling ontstaat, waarop het overgangsrecht (dan) niet van toepassing is.

7. Omzetting kapitaal in vastgestelde uitkering bij PPI

In de nieuwe premieovereenkomsten is tussentijdse omzetting in een vastgestelde uitkering nog een optie en blijft er behoefte aan een waardeoverdracht ex artikel 81b Pensioenwet, zodat dit artikel niet hoort te vervallen.

8. Partnerpensioen (1): de partnerdefinitie

Het voorgestelde uniforme partnerbegrip is te ruim. Voor personen die niet gehuwd zijn of geregistreerd partner zijn, dienen zwaardere eisen te gelden dan het enkel voeren van een gezamenlijke huishouding, want enkel dit is te ruim en leidt tot onbedoelde gevolgen.

9. Partnerpensioen (2): hoogte bij overlijden voor pensioendatum

Het verschil in hoogte van het partnerpensioen bij overlijden voor of na de pensioendatum is niet begrijpelijk.

10. Partnerpensioen (3): nabestaandenoverbruggingspensioen

De samenloop van afschaffing van franchise en nabestaandenoverbruggingspensioen verdient heroverweging.

11. Partnerpensioen (4): vrijwillige voortzetting risicodekking

De uitloop van dekking in samenhang met vrijwillige voortzetting verdient heroverweging.

12. Partnerpensioen (5): Invaren en partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum

Niet duidelijk is waarom het partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum niet standaard mee loopt met het invaren

13. Invaren (1): eigendomsrecht, het proces en criterium “onevenredig ongunstig”

Invaren als zodanig wordt niet geblokkeerd door het recht van de EU, net zo min als het vervallen van het individueel bezwaarrecht, mits voor deze maatregelen een voldoende rechtvaardiging bestaat. De voorgestelde zeer beperkte uitzondering op invaren alleen bij onevenredig ongunstig en onevenwichtig nadeel staat echter op gespannen voet met de in art. 16 Handvest Grondrechten EU gewaarborgde vrijheid van ondernemerschap.

14. Invaren (2): gesloten fondsen

Het gesloten zijn van een pensioenfonds belemmert invaren op zichzelf niet. Voor gesloten pensioenfondsen zonder aangesloten werkgever moet worden voorzien in een specifieke regeling voor de governance, waarvoor een concreet voorstel wordt gedaan.

15. Experimenten zelfstandigen: taakafbakening en mededingingsrecht

Voor het experimenteren met het uitvoeren van pensioenregelingen voor zelfstandigen in de tweede pijler, moet worden nagegaan of voor bedrijfstakpensioenfondsen overeenkomstige criteria behoren te gelden als nu in art. 121 Pensioenwet voor vrijwillige aansluiting van een werkgever zijn opgenomen. Ook de verenigbaarheid met het mededingingsrecht behoeft onderbouwing..

16. Transitie FTK

Het belasten van pensioenfondsen met discretionaire bevoegdheden om te kunnen kiezen, op een zelf gekozen moment tussen 2022 en 2026, tussen twee verschillende sets financiële spelregels die zijn bedacht voor verschillende (eind)situaties, oogt kwetsbaar.

17. Gelijke behandeling op grond van leeftijd

Het vraagstuk van gelijke behandeling bij de waarde van het pensioen en bij de toedeling uit de solidariteitsreserve en de mogelijk nodige rechtvaardiging zouden nadere onderbouwd kunnen worden.

18. BTW

De individuele situatie van het pensioenfonds is bepalend voor de btw-vrijstelling voor uitbestede vermogensbeheerdiensten. De inhoud van de pensioenregeling en de mate van beleggingsrisico dat de deelnemers lopen, moet op fondsniveau beoordeeld worden. Hierbij speelt de solidariteitsreserve een belangrijke rol. De wetgeving of toelichting zou handvatten voor de praktijk kunnen geven.



1. Inleiding

Het voorstel voor de Wet toekomst pensioenen raakt veel onderwerpen. Het zijn veel onderwerpen met een politieke-/beleidsmatige grondslag, maar ook met juridische impact. Deze reactie is gebaseerd op de voorgestelde wettekst en adresseert de naar onze visie meest in het oog springende punten. Nochtans is deze reactie niet volledig compleet in deze zin dat wij eerder al breed geanalyseerde onderwerpen niet wederom aan de orde stellen. Dit betreft met name de verplichtstelling en het mededingingsrecht (zie hierover de analyse Verplichtstelling en pensioenakkoord, bijlage bij de brief van 22 juni 2020 van de minister van SZW over het pensioenakkoord, *Kamerstukken II* 2019-20, 32043, 519), het vraagstuk van de rechtvaardiging voor ongelijke behandeling naar leeftijd en in mindere mate het invaren. Vanwege het belang van het invaren en de juridische en – uit de reacties op de internetconsultatie blijkende – maatschappelijke reacties op dit onderwerp, wordt het onderwerp invaren in dit commentaar kort geadresseerd.

2. Verzekeraars (en PPI) in de Wet toekomst pensioenen; de nieuwe premieovereenkomst

Het wetsvoorstel heeft te weinig aandacht voor verschillen tussen pensioenfondsen en verzekeraars. De eigen positie van verzekeraars (en ook PPI'-en) moet beter gereguleerd worden.

Toelichting

De voorgestelde Wet toekomst pensioenen en de memorie van toelichting (hierna: MvT) daarop gaan voornamelijk uit van de situatie bij pensioenfondsen. Hoewel de meerderheid van de deelnemers in Nederland inderdaad bij een pensioenfonds zit (ruim 5,9 mio), is er een substantieel deel van de deelnemers voor wie een verzekeraar (863.000) of een PPI (978.000) de regeling uitvoert. Daarbij komt dat het aantal door pensioenfondsen uitgevoerde regelingen (292) vele malen kleiner is dan het door verzekeraars (40.000) en PPI-en (12.000) geadmistreerde aantal regelingen. (Bron: <https://www.dnb.nl/statistieken>). Het wijzigen van een regeling met 100.000 deelnemers kost evenveel administratieve handelingen als het wijzigen van een contract met 100 deelnemers. De administratieve lasten zijn voor verzekeraars en PPI-en in zijn totaliteit dan ook groter dan die van pensioenfondsen. Zij het dat het aanpassen van een door een pensioenfonds uitgevoerde regeling naar een nieuwe premieovereenkomst gecompliceerder is dan het door een verzekeraar aanpassen van een bestaande middelloonregeling naar een verbeterde premiereregeling. Ook vermindert de overgangsregeling voor bestaande premieovereenkomsten de uitvoeringslasten voor verzekeraars en PPI-en dan zonder die overgangsregeling het geval zou zijn geweest. Niettemin: er is te weinig rekening gehouden met de positie van verzekeraars en PPI-en. Wij geven in dit punt 1 en de punten 2 tot en met 6 hierop een toelichting.

In dit punt gaat het om de uitvoerbaarheid van de nieuwe premieovereenkomst.

Verzekeraar en nieuwe premieovereenkomst

Verzekeraars mogen de nieuwe premieovereenkomst ook uitvoeren (MvT blz. 16). De solidariteitsreserve is een verplicht collectief element van dat nieuwe contract, waaruit pensioenvermogens en -uitkeringen kunnen worden aangevuld en waarmee risico's collectief kunnen worden gedeeld. De solidariteitsreserve kan worden gevuld uit twee bronnen: een deel van de premie en een deel van het overrendement. Ook is een combinatie van beide bronnen mogelijk (MvT blz. 32).

Ingeval van een individuele waardeoverdracht krijgen deelnemers alleen het actuele voor de uitkering gereserveerde pensioenvermogen mee en geen gedeelte van de solidariteitsreserve. De ontvangende pensioenuitvoerder voegt dit pensioenvermogen toe aan het voor de uitkering

gereserveerde pensioenvermogen in de nieuwe pensioenregeling. Er wordt door de ontvangende pensioenuitvoerder geen deel van het over te dragen vermogen in de solidariteitsreserve gestort (MvT blz. 34).

Knelpunt

Een deelnemer in een nieuw contract betaalt via (een deel van zijn premie) en/of het niet toekennen van het (volledige) overrendement aan zijn voor de uitkering gereserveerde vermogen mee aan (het vullen van) de solidariteitsreserve. Hij heeft het recht op individuele waardeoverdracht bij wisseling van werkgever (art. 71 PW) en bij een andere pensioenovereenkomst bij dezelfde werkgever (art. 76 PW) De consultatieversie Wet toekomst pensioenen voorziet niet in inhoudelijke wijziging van deze artikelen.

Wel wordt het recht op waardeoverdracht en bij het bereiken van de pensioendatum indien sprake is van een rechtstreeks verzekerde regeling (art. 81 PW) beperkt tot een verbeterde premiereregeling. Een deelnemer in een rechtstreeks verzekerd nieuw contract heeft geen shoprecht op pensioendatum.

Artikel 32 BGFO schrijft voor dat een financiële onderneming die financiële producten aanbiedt of samenstelt en in de markt verkrijgbaar stelt, beschikt over adequate procedures en maatregelen die waarborgen dat bij de ontwikkeling van het financieel product op een evenwichtige wijze rekening wordt gehouden met de belangen van de consument, cliënt en, indien van toepassing, de begunstigde van het financieel product en dat het financieel product aantoonbaar het resultaat is van deze belangenafweging. Dit zogenoemde Product Approval en Review Process geldt ook voor pensioenverzekeraars en door hen aangeboden producten.

De AFM vult dit in door aan te geven dat alleen producten dienen te worden ontwikkeld die in het belang van de klant zijn en die worden aangeboden aan een afgebakende groep klanten voor wie het product geschikt is (de doelgroep). In dat kader moet gedurende het PARP ook nadrukkelijk aandacht worden besteed aan de groep klanten voor wie het product ongeschikt is (de niet-doelgroep). De aanbieder van financiële producten moet in het proces voldoende waarborgen opnemen die er voor zorgen dat het product “uitdrukkelijk niet terecht komt bij consumenten waarvoor het pertinent niet is bedoeld” (Nota van toelichting bij artikel 32, tweede lid, aanhef en onderdeel c, BGFO). Financiële ondernemingen moeten kunnen aantonen dat hun financiële producten het resultaat zijn van een evenwichtige belangenafweging. Financiële ondernemingen mogen alleen producten aanbieden die toegevoegde waarde bieden voor de afgebakende doelgroep.

Een pensioenverzekeraar kan naast het nieuwe contract ook een verbeterde premiereregeling aanbieden. Bij een dergelijke regeling is geen sprake van een solidariteitsreserve en krijgt de deelnemer het volledige vanuit zijn beschikbare premies gevormde voor de uitkering gereserveerde vermogen mee bij een individuele waardeoverdracht.

Met name deelnemers in rechtstreeks verzekerde regelingen maken gebruik van de mogelijkheid tot individuele waardeoverdracht bij wisseling van werkgever. Een verandering van baan leidt in die situaties tot deelname aan een andere pensioenregeling, veelal bij een andere uitvoerder. Een pensioenverzekeraar die een nieuw contract aanbiedt, moet in het PARP zowel de positieve als de negatieve doelgroep definiëren. Gezien het verschil in overdrachtswaarde die een deelnemer die gebruik wil maken van zijn recht op individuele waardeoverdracht krijgt ten opzichte van de overdrachtswaarde die dezelfde deelnemer in dezelfde omstandigheden krijgt bij de verbeterde premiereregeling, vormen deelnemers die mogelijk gebruik willen maken van hun recht op individuele waardeoverdracht de negatieve doelgroep. De solidariteitsreserve komt immers alleen toe aan de achterblijvende deelnemers. Het is bij voorbaat niet te voorspellen hoeveel en welke deelnemers op enig moment gebruik willen maken van het recht op individuele waardeoverdracht. De potentiële negatieve doelgroep bestaat dus uit alle deelnemers. De verzekeraar die het nieuwe contract aanbiedt naast de verbeterde premiereregeling handelt als zodanig dus niet conform artikel 32 BGFO. Een dergelijk product zou dus niet door het PARP

van die verzekeraar moeten kunnen komen. Materieel betekent dat dat verzekeraars het nieuwe contract niet kunnen aanbieden.

Oplossing

De oplossing voor dit knelpunt is tweeledig. De wet kent ofwel het recht op individuele waardeoverdracht toe aan alle deelnemers ongeacht de wijze van uitvoering (pensioenfonds of pensioenverzekeraar), ofwel bepaalt dat bij een individuele waardeoverdracht vanuit een rechtstreeks verzekerd nieuw contract een evenredig deel van de solidariteitsreserve wordt meegegeven.

3. De varianten van de premieovereenkomst

Het opnemen van vier varianten van een premieovereenkomst in art. 10-nieuw Pensioenwet is niet nodig en leidt tot uitvoeringstechnische problemen.

Toelichting

Volgens art. 10-nieuw Pensioenwet komen er vier varianten van een premieovereenkomst.

Huidige wettekst:

Karakter pensioenovereenkomst

De pensioenovereenkomst houdt in:

- a. *een uitkeringsovereenkomst;*
- b. *een kapitaalovereenkomst; of*
- c. *een premieovereenkomst.*

Voorgestelde wettekst:

Karakter pensioenovereenkomst

1. *De pensioenovereenkomst houdt een premieovereenkomst in.*
2. *Een premieovereenkomst op basis van kapitaaldekking houdt in:*
 - a. *een nieuwe premieovereenkomst;*
 - b. *een verbeterde premieovereenkomst;*
 - c. *een premie-uitkeringsovereenkomst; of*
 - d. *een premie-kapitaalovereenkomst.*

De MvT merkt op:

In artikel 10 van de Pensioenwet en artikel 28 Wvb is neergelegd dat in de pensioenovereenkomst moet worden aangegeven wat het karakter van de pensioenovereenkomst is. In de huidige wet worden daarbij drie vormen onderscheiden waarbij bepalend is of de afspraken in de pensioenovereenkomst de uitkering, een kapitaal of de premie betreffen.

In het voorgestelde systeem zijn er alleen nog maar premieovereenkomsten, dat wil zeggen dat de toezegging in de pensioenovereenkomst primair de premie betreft. Voor de premieovereenkomsten over pensioen met kapitaaldekking (ouderdomspensioen en eventueel partnerpensioen op opbouwbasis) is voor het karakter van de pensioenovereenkomst ook relevant hoe de premie wordt vastgesteld en behandeld en hoe de pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd. Om die reden wordt geregeld dat daarvoor in de pensioenovereenkomst ook moet worden aangegeven welk van de vier premieovereenkomsten die worden onderscheiden de pensioenovereenkomst inhoudt.

Knelpunt

Op basis van de huidige wettekst is er maar één premieovereenkomst. De memorie van toelichting bij de Pensioenwet maakte indertijd echter onderscheid in drie varianten binnen de premiereregeling;

- a) de zuivere premiereregeling;
- b) de premiereregeling waarbij de premie onmiddellijk omgezet wordt in een aanspraak op kapitaal;

c) de premieovereenkomst waarbij de premie meteen na het beschikbaar stellen omgezet wordt in een aanspraak op een uitkering.

Overeenkomst tussen deze drie soorten premiereregelingen is dat bij alle drie het beschikbaar stellen van een premie ten behoeve van een pensioen centraal staat in de overeenkomst en niet de uitkering of een kapitaal zelf (*Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 32 en 33).

Met name in rechtstreeks verzekerde regelingen komt het zeer regelmatig voor dat de werkgever een premieovereenkomst als bedoeld in artikel 10, onderdeel c Pensioenwet met zijn werknemer afsluit, waarbij een deelnemer zelf mag bepalen voor welke van de in de memorie van toelichting genoemde drie varianten hij deze beschikbare premie gebruikt. Hij kan jaarlijks bepalen of hij hem gebruikt voor de opbouw van een pensioenbeleggingskapitaal, een in euro's gegarandeerd pensioenkapitaal of een gegarandeerde uitgestelde periodieke uitkering. Ongeacht welke keuze hij maakt, blijft op basis van de huidige wettekst sprake van één premieovereenkomst.

Door de in de consultatieversie Wet toekomst pensioenen gekozen opzet, met telkens een punt komma achter elk onderdeel en het woordje “of” voor het laatste onderdeel, alsmede de toelichting waarin wordt gesproken over vier premieovereenkomsten die worden onderscheiden, houdt het maken van de hiervoor genoemde keuze steeds een wijziging van de pensioenovereenkomst in. Daar is dan dus telkens de medewerking en instemming van de werkgever voor nodig (tenzij de werkgever een vorm van eenzijdige wijzigingsbevoegdheid aan de werknemer zou toekennen, waar de werkgever bij voorbaat mee heeft ingestemd, vgl. het wijzigingsbeding van art. 19 Pensioenwet). Dat de werkgever moet instemmen is een onwenselijke situatie, die de flexibiliteit van de huidige premiereregelingen onnodig beperkt. Overigens bevreemdt ons de passage in de MvT: “*Voor de premieovereenkomsten over pensioen met kapitaaldekking het is voor het karakter van de pensioenovereenkomst ook relevant hoe de premie wordt vastgesteld...*”. In het nieuwe stelsel is immers alleen nog maar sprake van een beschikbare premie ter grootte van maximaal 30% van het pensioengevende salaris. Daarbij is het niet van belang voor welke variant deze premie uiteindelijk wordt gebruikt. De premie wordt voor alle varianten op dezelfde wijze en tot dezelfde hoogte vastgesteld.

Oplissing

Wij stellen voor om in de voorgestelde tekst van artikel 10-nieuw Pensioenwet het eerste lid te laten vervallen en te vervangen door het huidige tweede lid en daarin de onderdelen c en d te schrappen en in de memorie van toelichting op te nemen dat een verbeterde premiereregeling de vorm kan hebben van een zuivere premiereregeling, een premie-kapitaalovereenkomst of een premie-uitkeringsovereenkomst.

4. Uitkeringsovereenkomst voor partnerpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen

De uitkeringsovereenkomst moet blijven bestaan als karakter voor partnerpensioen voor pensioendatum en arbeidsongeschiktheidspensioen.

Toelichting

Art. 10-nieuw Pensioen kent alleen nog een premieovereenkomst als karakter.

Knelpunt

Het partnerpensioen vóór pensioendatum en het arbeidsongeschiktheidspensioen (beide uitsluitend mogelijk op risicobasis) zijn volgens de voorgestelde Wet toekomst pensioenen nog een uitkeringsovereenkomst zijn. Zie de definitie van partnerpensioen; “*een geldelijke uitkering, die vastgesteld of variabel is, voor de partner of gewezen partner wegens het overlijden van de werknemer of gewezen werknemer*” en arbeidsongeschiktheidspensioen; “*een geldelijke, vastgestelde uitkering wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer of gewezen werknemer*”.

Oplossing

Aan art. 10-nieuw Pensioenwet moet een nieuw tweede lid worden toegevoegd, luidende: “*de pensioenovereenkomst inzake een nabestaandenpensioen op risicobasis en/of een arbeidsongeschiktheidspensioen houdt een uitkeringsovereenkomst in*”.

Daarbij moet de definitie van uitkeringsovereenkomst (een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde pensioenuitkering) niet vervallen.

5. Partnerpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen met leeftijdsonafhankelijke premies

Voor het partnerpensioen voor pensioendatum en het arbeidsongeschiktheidspensioen, die voorzien in een vastgestelde uitkering, moeten leeftijdsafhankelijke premies mogelijk blijven.

Toelichting

De voorgestelde tekst van en MvT op art. 17-nieuw Pensioenwet luiden als volgt.

Voorgestelde wettekst:

Gelijke premie

- 1. De door of voor een deelnemer verschuldigde premie bedraagt voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen.*
- 2. Voor verschillende vormen van pensioen en voor verschillende pensioenregelingen kunnen verschillende premies worden vastgesteld.*
- 3. Het eerste lid is niet van toepassing op de premie voor vrijwillige pensioenregelingen.*

MvT:In het huidige artikel 17 van de Pensioenwet en artikel 33 Wvb is geregeld dat de verwerving van pensioenaanspraken in een uitkeringsovereenkomst of een kapitaalovereenkomst ten minste evenredig in de tijd plaats vindt. Dit paste bij de doorsneesystematiek met een doorsneepremie en een doorsneeopbouw. Nu deze systematiek wordt vervangen en de uitkerings- en kapitaalovereenkomst vervallen kan ook dit artikel vervangen worden. In het nieuwe artikel 17 van de Pensioenwet en artikel 23 Wvb (het artikel waar nu de doorsneepremie voor beroepspensioenfondsen is geregeld) wordt de regeling opgenomen voor de gelijke, doorsnee, premie. Omdat de gelijke premie voor alle pensioenovereenkomsten en alle pensioenuitvoerders gaat gelden wordt artikel 8 Wet Bpf2000, waarin de doorsneepremie voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is voorgeschreven, geschrapt. Artikel 33 Wvb kan vervallen.

De regeling voor de doorsneepremie komt grotendeels overeen met de regeling voor de doorsneepremie in artikel 8 van de Wet Bpf2000.

In het eerste lid is bepaald dat de premie voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen bedraagt. Onderscheid in premie op welke grond dan ook is niet toegestaan. Zo zal leeftijd, geslacht of gezondheid geen reden kunnen zijn voor een andere premie.

Op grond van het tweede lid kunnen voor verschillende vormen van pensioen of verschillende pensioenregelingen verschillende premies worden vastgesteld. Er kan dus een andere premie worden vastgesteld voor het partnerpensioen als voor het ouderdompensioen. Ook kan in de situatie dat er twee verschillende ouderdompensioenregelingen worden uitgevoerd door dezelfde pensioenuitvoerder voor iedere regeling een eigen gelijke premie worden vastgesteld. Tenslotte is in het derde lid geregeld dat de verplichting tot het hanteren van een gelijke premie niet geldt voor vrijwillige pensioenregelingen.

Knelpunt

Voor verschillende vormen van pensioen en voor verschillende pensioenregelingen kunnen weliswaar verschillende premies worden vastgesteld, maar het moet in alle gevallen en voor alle uitvoerders gaan om een voor alle deelnemers gelijk percentage van het pensioengevende loon. Voor de opbouw van het ouderdompensioen en het partnerpensioen na pensioendatum (de in

het voorstel genoemde “premieovereenkomsten op kapitaalbasis” MvT blz. 159) is dit uitvoeringstechnisch geen probleem. Het partnerpensioen ter dekking van het risico op overlijden vóór pensioendatum is echter nog steeds gebaseerd op een levenslange periodieke uitkering ter grootte van maximaal 50% van het salaris (MvT blz. 129). Verzekeraars kennen echter geen leeftijdsonafhankelijke premie voor partnerpensioen en arbeidsongeschiktheids-pensioen die vóór de pensioeningangsdatum verzekerd zijn als een periodieke uitkering. Beide pensioenen zijn straks uitsluitend op risicobasis verzekerd (MvT blz. 129). In zoverre is voor deze rechtstreeks verzekerde pensioenen dus geen sprake van een premieovereenkomst op basis van kapitaaldekking (ouderdompensioen en partnerpensioen op opbouwbasis), zoals bedoeld in het voorgestelde artikel 10-nieuw Pensioenwet, lid 2, maar van een uitkeringsovereenkomst (zie hiervoor bij punt 3).

Verzekeraars kennen voor dergelijke verzekeringen alleen maar een dekking op basis van een actuariële premie. Indien ook voor het partnerpensioen ter dekking van het risico op overlijden vóór de pensioendatum en het arbeidsongeschiktheidspensioen door verzekeraars een leeftijdsonafhankelijke premie moet worden gevraagd, terwijl sprake blijft van een uitkering die is uitgedrukt in een percentage van het salaris (partnerpensioen maximaal 50%, arbeidsongeschiktheidspensioen doorgaans 80%), ontstaat ook bij verzekeraars en blijft bij pensioenfondsen sprake van de huidige voor fondsen voorgeschreven doorsneesystematiek, die leidt tot een herverdeling tussen jongere en oudere deelnemers. De premie voor de jongere deelnemers is ‘te hoog’, voor de ouderen ‘te laag’. Er blijft daarbij dan dus sprake van de huidige doorsneesystematiek die het wetsvoorstel nu juist beoogt te beëindigen (zie bladzijde 3, MvT).

Oplossing

Wij stellen voor om het eerste lid van artikel 17 als volgt te redigeren: *De door of voor een deelnemer voor een premieovereenkomst op basis van kapitaaldekking verschuldigde premie bedraagt voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen.*

6. Overgangsrecht bestaande regelingen met leeftijdsafhankelijke premies

De voorgestelde wettekst en/of de toelichting dienen duidelijk te maken of en tot op welke hoogte nog sprake kan zijn van wijzigingen in een bestaande regeling zonder dat hierdoor een nieuwe regeling ontstaat, waarop het overgangsrecht (dan) niet van toepassing is.

Toelichting

Het concept wetsvoorstel bevat een overgangsregeling voor mensen die deelnemen in een premieovereenkomst met progressieve premies die al bestaat vóór inwerkingtreding van deze wet. Eenzelfde overgangsrecht geldt voor deelnemers aan een uitkeringsovereenkomst met een progressieve premie die bij een verzekeraar is ondergebracht. Voor bestaande deelnemers kunnen werkgevers en werknemers ervoor kiezen om ook na de overgangsfase progressieve premies voort te zetten.

Deze overgangsregeling ligt vast in artikel 220e nieuw Pensioenwet:

“In afwijking van artikel 17 mag de door of voor een deelnemer verschuldigde premie tot het moment van beëindiging van de deelneming een met de leeftijd oplopend percentage van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen bedragen, mits: a. op 31 december 2021 sprake was van een premieovereenkomst met een met de leeftijd oplopend premiepercentage of een uitkeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 1, zoals dat artikel luidde op 31 december 2021, met een met de leeftijd oplopend premiepercentage ondergebracht bij een verzekeraar”.

De toelichting zegt hierover: *“Hiervoor geldt allereerst als voorwaarde dat er op de dag voor inwerkingtreding van dit wetsvoorstel sprake was een premieovereenkomst met een progressieve premie (ongeacht het type pensioenuitvoerder waar die is ondergebracht) of een*

uitkeringsovereenkomst met een progressieve premie ondergebracht bij een verzekeraar (MvT p. 195)”.

Het concept wetsvoorstel definieert een “bestaande regeling” als een op 31 december 2021 bestaande premieovereenkomst en een “bestaande deelnemer” als een op 31 december 2025 bestaande deelnemer in een bestaande regeling.

De voorgestelde wettekst en de toelichting maken niet duidelijk of en tot op welke hoogte nog sprake kan zijn van wijzigingen in een bestaande regeling zonder dat hierdoor een nieuwe regeling ontstaat, waarop het overgangsrecht (dus) niet van toepassing is. Een definitie zoals nu gekozen; “een bestaande regeling is een regeling die op 31 december 2021 bestaat” biedt hiervoor onvoldoende houvast. Het meest concrete – maar niet het enige – voorbeeld hiervan is de werkgever die op dit moment een premieovereenkomst heeft met zijn werknemers op basis van een 4%-staffel. Hij wil de pensioenregeling zodanig aanpassen dat sprake is van premies op basis van een 3% staffel, of op basis van de staffel zoals opgenomen in het voorgestelde artikel 38q Wet op de loonbelasting 1964. Is dit een wijziging van een bestaande regeling waardoor het een bestaande regeling in de zin van artikel 220e -nieuw Pensioenwet blijft? Of ontstaat er hierdoor een nieuwe regeling die niet meer onder het overgangsregime valt? Met andere woorden, moet deze werkgever zijn regeling aanpassen vóór 1 januari 2022 of kan hij dat ook nog nadien doen zonder dat hij het overgangsregime verliest.

Wij hebben op dit punt de volgende aanbevelingen:

1. Neem een definitie op in de wet van het begrip ‘bestaande regeling’ en ‘bestaande deelnemer’.
2. Geef aan welke wijzigingen er mogelijk zijn in een bestaande regeling, zonder dat daarbij een nieuwe regeling ontstaat.

7. Omzetting kapitaal in vastgestelde uitkering bij PPI

In de nieuwe premieovereenkomsten is tussentijdse omzetting in een vastgestelde uitkering nog een optie en blijft er behoefte aan een waardeoverdracht ex artikel 81b Pensioenwet, zodat dit artikel niet hoort te vervallen.

Toelichting

Huidige wettekst:

Bevoegdheid tot waardeoverdracht voor tussentijdse omzetting in pensioenuitkering

1. Onverminderd de artikelen 80, 81 en 81a is de pensioenuitvoerder bevoegd om op verzoek van de deelnemer, gewezen deelnemer of andere aanspraakgerechtigde de waarde van zijn pensioenaanspraken welke voortvloeien uit een kapitaalovereenkomst of een premieovereenkomst op de datum van omzetting van de aanspraken in een pensioenuitkering rechtstreeks over te dragen aan een andere pensioenuitvoerder indien:

a. de pensioenovereenkomst hierin voorziet;

b. de overdrachtswaarde zodanig door de overdragende pensioenuitvoerder wordt vastgesteld dat de voor mannen en vrouwen te verwerven pensioenrechten gelijk zijn waarbij aan het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen wordt voldaan;

en
c. indien de ontvangende pensioenuitvoerder een pensioenfonds is, de deelnemer, gewezen deelnemer of andere aanspraakgerechtigde reeds aanspraken heeft jegens dit pensioenfonds.

Indien het verzoek van de deelnemer of gewezen deelnemer tot waardeoverdracht partnerpensioen betreft is voor de waardeoverdracht van dit partnerpensioen tevens vereist dat de partner die begunstigde is voor het partnerpensioen met de waardeoverdracht instemt.

2 Artikel 80, derde tot en met zevende lid, en artikel 81a, tweede lid, onderdeel b, zijn van overeenkomstige toepassing.

Memorie van toelichting:

In artikel 81b van de Pensioenwet en artikel 89b Wvb is een regeling getroffen voor de tussentijdse (voor de pensioendatum) omzetting van pensioenaanspraken op grond van een premieovereenkomst in aanspraken op een vastgestelde uitkering vanaf de pensioendatum. Bij de nieuwe premieovereenkomsten is tussentijdse omzetting in een vastgestelde uitkering en tussentijdse waardeoverdracht geen optie meer en dus kan deze bepaling vervallen.

Knelpunt

Artikel 81b kwam indertijd in de wet via een amendement van het VVD-Tweede Kamerlid Lodders (*Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 863, nr. 18). Lodders baseerde haar amendement blijkens de toelichting op een aan de praktijk ontleend voorbeeld waarin een werkgever onderdelen van zijn pensioenregeling laat uitvoeren door meerdere uitvoerders. Er is in die situatie sprake van een premieregeling voor het ouderdomspensioen. De deelnemers hebben de keuze om de aan hen ter beschikking te stellen premie te gebruiken voor een ouderdomspensioen op basis van beleggingen dat wordt ondergebracht bij bijvoorbeeld een PPI of voor een uitgestelde gegarandeerde periodieke uitkeringen, die wordt ondergebracht bij een pensioenverzekeraar. Het omzetten van het pensioenbeleggingskapitaal dat is opgebouwd bij de ene uitvoerder in de gegarandeerde uitgestelde periodieke uitkering bij de andere uitvoerder werd beschouwd als een niet onder de Pensioenwet vallende vorm van waardeoverdracht. En dus tot het moment van deze wijziging niet toegestaan. Het amendement maakte mogelijk dat in deze situatie waardeoverdracht mogelijk wordt wanneer alle betrokken partijen het eens zijn met deze waardeoverdracht.

Ook in het nieuwe stelsel kan bij een rechtstreeks verzekerde regeling nog sprake zijn van een vastgestelde uitkering, namelijk bij de premie-uitkeringsovereenkomst. Tevens kan sprake zijn van een vastgesteld kapitaal, namelijk bij de premie-kapitaalovereenkomst. Verzekeraars kunnen de premie-kapitaalovereenkomst en de premie-uitkeringsovereenkomst blijven aanbieden, omdat zij – anders dan pensioenfondsen – hierbij een nominaal kapitaal of pensioen verzekeren. Deze nominale garantie wordt uitsluitend door verzekeraars geboden. Voor pensioenfondsen vervalt daarom deze mogelijkheid (MvT blz.16 en 17). De premie-uitkeringsovereenkomst en de premie-kapitaalovereenkomst zijn feitelijk de huidige onzuivere premieovereenkomsten waarbij de premie direct wordt aangewend voor ofwel een vastgestelde uitkering vanaf de pensioendatum of voor een kapitaal dat beschikbaar komt op de pensioendatum voor financiering van een variabele uitkering, of de aankoop van een vaste uitkering. Bij beide premieovereenkomsten is de premie de toezegging. Met die premie wordt vervolgens direct een aanspraak op een periodieke uitkering of een kapitaal gekocht. Vanaf de omzetting ligt het renterisico en beleggingsrisico (premie-uitkeringsovereenkomst) dan wel het beleggingsrisico (premie-kapitaalovereenkomst) bij de verzekeraar (MvT blz. 157 en 158). In zoverre is er in het nieuwe stelsel dus geen principiële verschil met de huidige rechtstreeks verzekerde premieregelingen.

Zowel de premie-uitkeringsovereenkomst als de premie-kapitaalovereenkomst mogen niet door een PPI worden uitgevoerd als sprake is van een gegarandeerde levenslange periodieke uitkering of een in euro's gegarandeerd kapitaal. Een PPI mag immers geen biometrische risico's lopen en geen garanties geven. Dat is in huidige stelsel zo en blijft ook zo in het nieuwe stelsel. Deelnemers in een door een PPI uitgevoerde verbeterde premieovereenkomst die op enig moment hun opgebouwde pensioenbeleggingskapitaal willen omzetten in een vaste premie-uitkeringsovereenkomst dan wel een gegarandeerde premie-kapitaalovereenkomst, kunnen dit dus alleen doen door middel van waardeoverdracht naar een verzekeraar. Ook bij nieuwe premieovereenkomsten is tussentijdse omzetting in een vastgestelde uitkering dus – anders dan de MvT aangeeft - wel degelijk nog een optie en blijft er behoefte aan een waardeoverdracht ex artikel 81b PW.

Oplossing

De mogelijkheid van tussentijdse waardeoverdracht voor rechtstreeks verzekerde regelingen handhaven door artikel 81b niet te schrappen.

8. Partnerpensioen (1): de partnerdefinitie

Het voorgestelde uniforme partnerbegrip is ter ruim. Voor personen die niet gehuwd zijn of geregistreerd partner zijn, dienen zwaardere eisen te gelden dan het enkel voeren van een gezamenlijke huishouding.

Toelichting

Knelpunt

De consultatieversie van het Wetsvoorstel toekomst pensioenen voorziet in de introductie van een uniform partnerbegrip. Onder dit partnerbegrip vallen, behoudens de echtgenoot en geregistreerd partner, personen die een gezamenlijke huishouding voeren. Bepaalde familieverbanden zijn uitgezonderd. Volgens par. 10.2 van de MvT gaat het bij personen die een gezamenlijk huishouding voeren, in principe om degenen die op eenzelfde adres wonen en een duurzame huishouding voeren. Als voorbeelden van het voeren van een duurzame huishouding worden genoemd het delen van kosten van boodschappen, het delen van kosten van een gezamenlijke woning en het hebben van een kind.

Gevolg van het voorgestelde uniforme partnerbegrip is dat relatief veel personen met succes kunnen betogen dat zij een gezamenlijke huishouding voeren en daarmee voldoen aan de definitie van partner voor de pensioenregeling. Wij denken daarbij met name aan studenten en starters die een gezamenlijke woning delen. In die situaties zal namelijk regelmatig sprake zijn van het delen van kosten van boodschappen en/of het delen van kosten van een gezamenlijke woning. We betwijfelen of het de bedoeling van het kabinet is, dat onder andere studenten en starters die een gezamenlijke woning delen, als partner voor de pensioenregeling kwalificeren.

Oplossing

Ingeval van een uniform partnerbegrip dienen voor personen die niet gehuwd zijn en geen geregistreerd partner zijn, zwaardere eisen te gelden dan het enkel voeren van een gezamenlijke huishouding.

9. Partnerpensioen (2): hoogte bij overlijden voor pensioendatum

Toelichting

Knelpunt (1)

In het geval van overlijden voor pensioendatum, voorziet de consultatieversie van het Wetsvoorstel toekomst pensioenen in een partnerpensioen op risicobasis ter hoogte van 50% van het pensioengevend salaris. In het geval van overlijden na pensioendatum blijft het partnerpensioen ongewijzigd op ten hoogste 70% van het pensioengevend salaris minus de AOW-franchise. Het kabinet geeft in par. 10.3 van de Memorie van Toelichting aan, dat de uitkomsten van deze twee pensioenen vergelijkbaar zijn. Dit gaat ons inziens echter enkel op als pensioenregelingen wat betreft de hoogte van het ouderdomspensioen aansluiten bij de wettelijk maximale pensioenambitie van 75% van de gemiddelde pensioengrondslag. De praktijk leert dat (bedrijfstak)pensioenfondsen veelal een ouderdomspensioen met een lagere dan bovengenoemde ambitie uitvoeren. Als een pensioenfonds bijvoorbeeld een ouderdomspensioen met een ambitie van 60% van de gemiddelde pensioengrondslag uitvoert, zal 50% van het pensioengevend salaris hoger zijn dan 70% van het ouderdomspensioen. 70% van 60%, waar bij die 60% zelfs de aannahme moet worden gemaakt dat werknemers 40 jaren in de pensioenregeling deelnemen, is immers 42%. In die gevallen zal de partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum hoger zijn dan het partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum.

Oplossing

Dit verschil in hoogte van het partnerpensioen afhankelijk van het – toevallige – moment van overlijden achten wij niet gewenst. Gelijk trekken is gewenst.

Knelpunt (2)

Volgens het Wetsvoorstel sluit de hoogte van een partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum, aan bij het pensioengevend salaris. In tegenstelling tot de huidige wetgeving, wordt de hoogte van dit pensioen dus niet beperkt door een AOW-franchise. Het kabinet geeft in par. 10.3 van de Memorie van Toelichting aan, dat het niet rekenen met een franchise met name goed uitpakt voor (nabestaanden van) deelnemers met een laag inkomen. Dit geldt echter ook voor het niet rekenen met een franchise bij het ouderdompensioen en het partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum. Uit het advies van Stichting van de Arbeid ten aanzien van dit onderwerp, blijkt verder dat steeds minder burgers gerechtigd zijn tot een ANW-uitkering.¹ Nu een ANW-uitkering in feite de equivalent is van een AOW-uitkering, zou dit een rechtvaardiging kunnen zijn voor het niet rekenen met een AOW-franchise bij het partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum. Hier kan echter tegen in worden gebracht dat degenen die de AOW-leeftijd nog niet hebben bereikt, gezien hun leeftijd beter in staat zijn om inkomen uit arbeid en daarmee een aanvulling op hun pensioen te verwerven, dan degenen die de AOW-leeftijd wel hebben bereikt.

Oplossing

De reden voor het niet rekenen met een AOW-franchise voor het partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum, lijkt net zo goed te gelden voor het ouderdompensioen en het partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum. Waarom dit toch verschillend wordt behandeld behoeft nadere toelichting of heroverweging.

10. Partnerpensioen (3): nabestaandenoverbruggingspensioen

Toelichting

Knelpunt

Volgens artikel 18f van de Wet op de loonbelasting is een nabestaandenoverbruggingspensioen gemaximeerd tot (1) een bedrag dan ongeveer gelijk aan een AOW-uitkering en (2) een bedrag gelijk aan eventueel te betalen AOW-premies. Volgens de consultatieversie van het Wetsvoorstel toekomst pensioenen komt laatgenoemd element van het nabestaandenoverbruggingspensioen te vervallen. Het nabestaandenoverbruggingspensioen wordt in principe uitgekeerd vanaf overlijden voor de pensioendatum tot het bereiken van de AOW-leeftijd. Het nabestaandenoverbruggingspensioen is dus een aanvulling op het partnerpensioen dat bij overlijden voor de pensioendatum wordt uitgekeerd.

Het Wetsvoorstel voorziet, zoals bij punt 9 besproken, in een partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum waarbij geen AOW-franchise meer in acht hoeft te worden genomen. Een dergelijk partnerpensioen voorziet dus, evenals bij het nabestaandenoverbruggingspensioen, mede in uitkering vanwege over een bedrag gelijk aan nog niet ontvangen AOW-uitkeringen. Hierdoor is het mogelijk dat men via een partnerpensioen en een nabestaandenoverbruggingspensioen, twee keer recht heeft op een uitkering die verband houdt met nog niet ontvangen AOW-uitkeringen. Dit lijkt ons dubbelop en daarmee niet wenselijk.

Oplossing

Een partnerpensioen zonder franchise en een nabestaandenoverbruggingspensioen leidt tot tweemaal pensioen over eenzelfde grondslag. Dat lijkt niet gewenst. Een oplossing is om het nabestaandenoverbruggingspensioen niet langer te faciliteren

¹ Stichting van de Arbeid, Advies nabestaandenpensioen, juni 2020, par. 4.

11. Partnerpensioen (4): vrijwillige voortzetting risicodekking

Toelichting

Knelpunt

De consultatieversie van het Wetsvoorstel toekomst pensioenen voorziet in een uitlooperperiode van minimaal drie maanden voor de risicodekking van het partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum. Volgens par 10.3 van de Memorie van Toelichting is deze maatregel primair bedoeld voor de periode dat een werknemer 'in between jobs' is. Wij plaatsen drie kanttekeningen bij de voorgestelde uitlooperperiode. Ten eerste heeft een werknemer die bij een nieuwe werknemer in dienst treedt, in praktijk veelal geen keuze voor de arbeidsvoorwaarde pensioen. Hij of zij zal zich moeten schikken aan het feit dat de werkgever al dan niet aan alle werknemers (verplicht) een pensioenregeling aanbiedt. De duur van de uitlooperperiode tot 'in between jobs', lijkt daarmee erg kort wanneer de nieuwe werkgever geen pensioenregeling heeft. Ten tweede constateren wij een samenloop met de in de consultatieversie voorgestelde vrijwillige voortzetting van de risicodekking van het partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum. De periode van die vrijwillige voortzetting is in principe veel ruimer dan de periode van minimaal drie maanden die voor de uitlooperperiode geldt. Wij vragen ons dus af of de uitlooperperiode in de voorgestelde vorm veel toegevoegde waarde heeft als ook een vrijwillige voortzetting voor de risicodekking wordt geïntroduceerd. Ten derde constateren wij dat met de uitlooperperiode nieuwe administratieve lasten voor pensioenuitvoerders worden geïntroduceerd. De bedoelde vrijwillige voortzetting betreft een periode van maximaal drie jaar en is niet beperkt tot de situaties die de Stichting van de Arbeid in haar advies over het nabestaandenpensioen heeft genoemd. Volgens par. 10.3 van de Memorie van Toelichting vindt de financiering van deze vrijwillige voortzetting plaats door kapitaal te onttrekken aan het ouderdompensioen. Dit lijkt een niet verwaarloosbare vermindering van uitkeringen uit hoofde van ouderdompensioen te impliceren.

Oplossing

De regeling van de uitlooperperiode zou nadere overweging verdienen.

Er is nadere verdieping gewenst van de mate waarin een uitkering uit hoofde van ouderdompensioen gemiddeld genomen wordt verlaagd, indien een deelnemer voor de voorgestelde vrijwillige voortzetting van drie jaar opteert.

12. Partnerpensioen (5): Invaren en partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum

Het partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum wordt volgens het voorstel niet bij wijze van standaardoptie ingevaren. Het is onduidelijk waarom niet.

Toelichting

Knelpunt

Uit paragraaf 10.4 van de Memorie van Toelichting blijkt dat opgebouwde aanspraken op een partnerpensioen, niet worden ingevaren. Het kabinet noemt daarbij diverse nadelen van invaren van het partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum en het bijzonder nabestaandenpensioen. Wij hebben op zich begrip voor die argumenten. Volgens het voorgestelde artikel 214d-nieuw Pensioenwet wordt via overgangsrecht echter geregeld dat alle aanspraken op partnerpensioen niet worden ingevaren. Dit bevat dus ook aanspraken op partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum. Dit terwijl invaren nu juist een van de belangrijkste elementen van het Wetsvoorstel is. In de Memorie van Toelichting wordt niet ingegaan op de voor- en nadelen van het invaren van een partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum.

Oplossing

De uitzondering op invaren voor het partnerpensioen bij overlijden na de pensioendatum verdient heroverweging of nadere onderbouwing.

13. Invaren (1): eigendomsrecht, het proces en criterium “onevenredig ongunstig”

Invaren op zich wordt niet geblokkeerd door het recht van de EU, net zo min als het vervallen van het individueel bezwaarrecht. De voorgestelde zeer beperkte uitzondering op invaren alleen bij onevenredig ongunstig en onevenwichtig nadeel staat echter op gespannen voet met de in art. 16 Handvest Grondrechten EU gewaarborgde vrijheid van ondernemerschap.

Toelichting

Zoals in de inleiding aangestipt gaan wij hier in het kader van deze reactie niet uitgebreid op in. Wij volstaan meer concluderend met de volgende constatering:

- De eigendomsbescherming van onder meer art. 17 Handvest Grondrechten EU hoeft geen blokkade te zijn voor invaren. Eigendom is geen absoluut recht. Het eigendomsrecht geeft geen aanspraak op pensioen van een bepaald bedrag. Een inbreuk moet wel de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht eerbiedigen.² Bij het invaren wijzigt het karakter van de pensioenovereenkomst, maar de wezenlijke inhoud is de uitkering. Die zal in beginsel op het tijdstip van het invaren niet wijzigen door een andere berekeningsformule. Indien toch een vermindering nodig is, is van belang dat er geen recht op een bepaald pensioenbedrag uit het EU recht volgt.
- Het EU eigendomsrecht geeft (ook) geen recht op individueel bezwaar. Het bestaande bezwaarrecht kan evenwel als eigendomsrecht worden gezien, waardoor hett afschaffen van het individueel bezwaarrecht getoetst moet worden aan de genoemde criteria. Zonder voldoende alternatieve zeggenschap, zie volgende punt, is het afschaffen van het individueel bezwaarrecht dan kwetsbaar, want hiermee wordt de wezenlijke inhoud van het bezwaarrecht geraakt. Wij constateren hiernaast afschaffing van het individueel bezwaar voor maatschappelijke onrust kan zorgen. Rechthebbenden hebben het gevoel dan hun een recht wordt ontnomen. Het is voor ons niet duidelijk of dat bijdraagt aan herstel van het vertrouwen in het pensioenstelsel.
- Hoe dan ook moet afschaffen van het individueel bezwaarrecht zorgvuldig gebeuren, zowel inhoudelijk als procedureel, met voldoende waarborgen dat ieder zich toch kan laten horen. Dat laatste is overigens via de gang naar de rechter steeds mogelijk. Toch verdient de structuur van de zeggenschap nadere aandacht. Het kan worden betwijfeld of werknemersorganisaties groepen ex-werknemers, waaronder de groep pensioengerechtigden, in de ogen van deze andere groepen voldoende vertegenwoordigen. Wij pleiten er voor dat een representatieve vereniging van pensioengerechtigden of vereniging van andere belanghebbenden directe zeggenschap krijgt bij de invaarbe beslissing in de vorm dat zij net als de werknemersverenigingen aan de overlegtafel zitting hebben en niet alleen maar het hoorrecht hebben zoals de Wet toekomst pensioenen in de consultatieversie regelt. Ook is mogelijk het individueel bezwaarrecht om te zetten naar een collectief bezwaarrecht door de verenigingen.
- Invaren is bijna een plicht. Daarvan kan slechts worden afgezien als dat “onevenredig ongunstig” of bij de pensioenfondsen tot “onevenwichtig nadeel” zal leiden. Indien het weliswaar ongunstig is, maar niet onevenredig moet toch worden ingevaren. Dit beperkt de keuzevrijheid van werkgever en sociale partners om een evenwichtiger keuze te maken in verhouding tot het invaren. Deze beperking van de invulling van de arbeidsvoorwaarde pensioen staat op gespannen voet met de collectieve onderhandelingsvrijheid geborgd in ILO_Vedragen en met de vrijheid van ondernemerschap zoals geborgd in art. 16 Handvest Grondrechten EU.
- Voor zover de voorgestelde Wet toekomst pensioenen hierin niet voorziet, menen wij dat het invaren voor enkel een deelgroep – bijvoorbeeld alleen pensioengerechtigden – mogelijk moet zijn.

² Zie het arrest van het HvJ EU van 13 juni 2017 (*Florescu*), zaak C-258/1, met herhaling van deze criteria in het arrest van 24 september 2020 (*YS*), zaak C-223/19.

14. Invaren (2): gesloten fondsen

Knelpunt

De beoordeling van de maatregelen die ten aanzien van gesloten pensioenfondsen worden voorgestaan in het Pensioenakkoord lijkt beperkt tot beantwoording van de vraag of gesloten pensioenfondsen de bestaande rechten, beheerst door het FTK, moeten invaren in... ja, waarin? In een pensioenregeling volgens het nieuwe pensioencontract op basis van wijziging van het bestaande pensioenreglement?

De positie van gesloten pensioenfondsen kwam aan de orde in het kader van de beantwoording van 211 Kamervragen door de Minister van SZW³. De Minister gaf in het kader van beantwoording van vraag 33 aan dat:

- Gesloten pensioenfondsen kunnen kiezen om de bestaande pensioenverplichtingen om te zetten in pensioenverplichtingen volgens een nieuw pensioencontract (“invaren”) en dat dan de regels die gelden voor het nieuwe contract gaan gelden;
- Indien deze omzetting tot onevenredig nadeel zou leiden voor de (een deel van) de belanghebbenden, na afstemming met de sociale partners kan worden gekozen om de bestaande situatie te handhaven;
- Indien de bestaande situatie wordt gehandhaafd, het bestaande FTK blijft gelden, maar bezien wordt of dit wordt aangepast⁴.

In het kader van beantwoording van vraag 66 gaf de Minister aan dat invaren (kennelijk in het licht van toepassing van art. 105, lid 2 PW) “onevenwichtig” zou kunnen uitpakken en daarom achterwege zou kunnen blijven bij gesloten pensioenfondsen. Daarbij werd bedoeld op gesloten pensioenfondsen zonder aangesloten werkgever. Bij dergelijke gesloten pensioenfondsen wordt geen nieuwe pensioenregeling voor deelnemers ingevoerd omdat er geen bij gebreke van een aangesloten werkgever geen deelnemers meer zijn (afstemming met de sociale partners is niet mogelijk). Een nieuwe pensioenregeling (volgens het nieuwe pensioencontract) zou bij een gesloten pensioenfonds zonder aangesloten werkgever kunnen worden ingevoerd op basis van collectieve interne waardeoverdracht met inachtneming van het bepaalde in artikel 83 Pensioenwet, dat voor zover in dit verband relevant ongewijzigd blijft gelden. In die situatie geldt het individuele bezwaarrecht (artikel 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet). Wel dient dan ingevolge het bepaalde in art. 83, lid 8 Pensioenwet bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te worden voorzien in een regeling die het mogelijk maakt dat het pensioenfonds (vertegenwoordigd door het bestuur) in plaats van de werkgever of (in geval het gesloten pensioenfonds een bedrijfstakpensioenfonds is) de partijen die de pensioenregeling zijn overeengekomen de collectieve waardeoverdracht kan initiëren.

Aanbevelingen

Het voorafgaande leidt tot de conclusie dat het in artikel 150m, lid 3 van het ter consultatie voorliggende voorstel van Wet toekomst pensioenen voorgestelde adviesrecht voor het verantwoordingsorgaan van een pensioenfonds (aanvankelijk werd een collectief bezwaarrecht⁵ voor het verantwoordingsorgaan⁶ voorgesteld), of het in artikel 150m, lid 5 van het wetsvoorstel voorgestelde goedkeuringsrecht van het belanghebbendenorgaan (aanvankelijk werd ook voor het belanghebbendenorgaan⁷ een collectief bezwaarrecht voorgesteld), bij een gesloten pensioenfonds **zonder aangesloten werkgever** niet voldoende waarborgen biedt voor de gewezen deelnemers en personen met accessoire pensioenrechten voor het invaren van bestaande rechten in een nieuw pensioencontract. Dit omdat over de inhoud van dat nieuwe

³ *Kamerstukken II*, 2019-2020, 32 043, nr. 539.

⁴ Beantwoording vraag 33, *Kamerstukken II*, 2019-2020, 32 043, nr. 539, p. 12. Zie ook de vragen 35 en 140.

⁵ Hoofddlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord, EK 2019-2020, 32 043, AC, p. 25.

⁶ Zie art. 115 PW.

⁷ Zie art. 115b PW.

pensioencontract en de voorwaarden voor invaren geen transitieplan tot stand kan komen tussen de sociale partners, eenvoudigweg omdat geen aangesloten werkgever bestaat⁸. De belangrijke keuze voor de Vba-methode voor invaren of de standaardmethode kan door de gewezen deelnemers en personen met accessoire pensioenrechten naar alle waarschijnlijkheid in het algemeen niet op evenwichtigheid worden beoordeeld, omdat de daarvoor vereiste kennis zal ontbreken. Deze overwegingen leiden ten aanzien van gesloten pensioenfondsen **zonder aangesloten werkgever** tot de volgende aanbevelingen:

- Het voorgestelde adviesrecht voor het verantwoordingsorgaan en het goedkeuringsrecht voor het belanghebbendenorgaan in verband met invaren zou bij gesloten pensioenfondsen zou moeten worden vervangen door een wettelijk collectief bezwaarrecht voor de gewezen deelnemers en personen met accessoire pensioenrechten, waarbij kan worden gedacht aan een regeling die inhoudt dat invaren slechts kan worden geblokkeerd indien een tweederdemeerderheid bezwaar maakt tegen invaren⁹;
- De keuze door het bestuur van een gesloten pensioenfonds voor de Vba-methode voor invaren of de standaardmethode dient vooraf ter goedkeuring aan DNB te worden voorgelegd, aan DNB dient een wettelijke goedkeuringsbevoegdheid te worden toegekend met dien verstande dat het besluit van DNB aan bestuursrechtelijke toetsing zou dienen te kunnen worden onderworpen.

De reikwijdte van deze aanbevelingen lijkt overigens beperkt, omdat de wetgever er van uit lijkt te gaan dat gesloten pensioenfondsen kunnen en zullen voortbestaan na inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen onder het huidige FTK¹⁰. De wetgever erkent dat indien geen aangesloten werkgever meer bestaat, voor invoering van een gewijzigd pensioenreglement (volgens de voorgestelde wetgeving) een ander juridisch kader moet worden toegepast dan dat van het transitieplan (artikel 150d-nieuw Pensioenwet) en invaren (artikel 150m-nieuw Pensioenwet)¹¹. Indien de wetgever niet zou wensen te voorzien in een bijzondere wettelijke regeling voor invaren van bestaande rechten bij gesloten pensioenfondsen zonder aangesloten werkgever, is invaren mogelijk volgens de momenteel al geldende regeling van artikel 83, lid 1, aanhef en onder c Pensioenwet. In dat verband geldt een individueel bezwaarrecht. Indien de aanbevelingen worden gevolgd, komt de lat voor invaren bij gesloten pensioenfondsen zonder aangesloten werkgever wel aanmerkelijk lager te liggen. Wel dient bij algemene maatregel van bestuur te worden voorzien in de mogelijkheid dat het gesloten pensioenfonds invaren op de voet van art. 83 Pensioenwet initieert.

15. Experimenten zelfstandigen: taakafbakening en mededingingsrecht

Voor het experimenteren met het uitvoeren van pensioenregelingen voor zelfstandigen in de tweede pijler, zouden voor bedrijfstakpensioenfondsen overeenkomstige criteria behoren te gelden als nu in art. 121 Pensioenwet voor vrijwillige aansluiting van een werkgever zijn opgenomen. Ook is toetsing aan het mededingingsrecht nodig.

Toelichting

Knelpunt

Volgens het wetsvoorstel zullen afwijkingen van de Pensioenwet mogelijk zijn opdat kan worden geëxperimenteerd met het uitvoeren van pensioenregelingen voor zelfstandigen in de tweede

⁸ In die zin de MvT bij het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel, onderdeel 4b.1, p. 52.

⁹ Vgl. art. 90a PW.

¹⁰ MvT bij het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel, onderdeel 4b.1, p. 52.

¹¹ MvT bij het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel, noot 79, p. 69-70.

pijler. In de toelichting wordt op de taakafbakening tussen verzekeraars en pensioenfondsen gewezen. Maar het belangrijke art. 121 Pensioenwet wordt niet genoemd in verband met de mogelijkheid dat zelfstandigen zich vrijwillig bij een bedrijfstakpensioenfonds aansluiten. Dat artikel stelt voorwaarden aan de mogelijkheid voor werkgevers om zich vrijwillig bij een bedrijfstakpensioenfonds aan te sluiten. Een van de voorwaarden is dat de werkgever de loonontwikkeling in de bedrijfstak volgt. Dat wordt in het kader van de marktordening in Nederland een belangrijke voorwaarde gevonden. Hiernaast is het nodig te onderbouwen of de uitvoering van vrijwillige aansluitingen van zelfstandigen mededingingsrechtelijk verenigbaar is met de verplichtstelling.

Oplossing

Er moet worden nagegaan welke impact de beoogde experimenten op de marktordening hebben en welke voorwaarden, vergelijkbaar met die in art. 121 Pensioenwet, (waarom) wel of niet zullen gelden. Ook de verenigbaarheid met het mededingingsrecht behoeft onderbouwing.¹²

16. Transitie FTK

Het belasten van pensioenfondsen met discretionaire bevoegdheden om te kunnen kiezen, op een zelf gekozen moment tussen 2022 en 2026, tussen twee verschillende sets financiële spelregels die zijn bedacht voor verschillende (eind)situaties, oogt kwetsbaar.

Toelichting

Financiële spelregels voor pensioenfondsen zijn er niet voor niets. Het belasten van pensioenfondsen met discretionaire bevoegdheden om te kunnen kiezen, op een zelf gekozen moment tussen 2022 en 2026, tussen twee verschillende sets financiële spelregels die zijn bedacht voor verschillende (eind)situaties, oogt kwetsbaar. Ook zou het beter zijn niet de verantwoordelijkheid van pensioenfondsen te beperken als zij terugkeren van het transitie-FTK naar het FTK om eventueel opgetreden herverdelingseffecten te corrigeren wanneer deze niet evenwichtig zijn. Het transitie-FTK als standaardpad voorschrijven vanaf 2022, in aansluiting bij het standaardpad voor invaren, lijkt evenwichtiger, beter voorspelbaar en uitlegbaar.¹³

17. Gelijke behandeling op grond van leeftijd

De elementen van gelijke behandeling op grond van leeftijd en de rechtvaardiging van (mogelijke) ongelijke behandelingen behoeven naderde duiding en onderbouwing.

Toelichting

Gelijke behandeling op grond van leeftijd is een belangrijke norm, gebaseerd op het recht van de EU. Onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden kan zijn toegestaan, onder meer indien onderscheid is gebaseerd op arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën of bij een algemene rechtvaardigingsgrond. De ongelijkheid op grond van leeftijd kan zich met name manifesteren bij de waarde van de uniforme premie en bij de begunstiging uit de solidariteitsreserve. Wij onderkennen dat de arbeidsvoorwaardelijke afspraak bij een premieovereenkomst bestaat uit het betalen van de premie. Niettemin kan de vraag worden gesteld of specifiek bij pensioen het vervolg, de verwerving van pensioenaanspraken, niet onderdeel is van de arbeidsvoorwaarde. Wij missen een deugdelijke onderbouwing waarom dat niet zo is. Indien de arbeidsvoorwaarde ook betrekking heeft op het met de premie te verwerven pensioen, kan worden geconstateerd dat er direct onderscheid op grond van leeftijd is. Volgens de toelichting op de consultatieversie

¹² Over dat punt uitgebreid: M.E.C. Boumans, *Pensioen van zelfstandigen. Een juridische analyse van de toegang van zelfstandigen tot pensioen*, diss, 2020, Vrije Universiteit Amsterdam 2020, par. 10.4.2.2.

¹³ Zie nader hierover de opinie van M.J.C.M. van der Poel, "Op naar een evenwichtig en juridisch houdbaar transitie-FTK", Nieuwsbrief Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit 2021, uitgave 44.

van de Wet toekomst pensioenen, is de rechtvaardiging hiervoor dat het alternatief – actuariële met de leeftijd stijgende premies – de positie van ouderen op de arbeidsmarkt zou verslechteren. Wij zien geen bewijs dat dit het geval is en tot nu zijn de met de leeftijd stijgende premies uit gelijke behandelingsoogpunt ook nooit een bezwaar gevonden.

Bij de solidariteitsreserve is het mogelijk dat – kort gezegd – oudere deelnemers of pensioengerechtigden meer beschermd worden tegen financiële tegenvallers voor hun pensioen, maar dan ook minder profijt hebben. Dit kan een rechtvaardigingsgrond zijn, maar aandacht zou moeten zijn voor een situatie van langdurige positieve resultaten en of de beoogde bescherming dan niet omslaat in benadeling.

Oplossing

Op voorgaande punten behoeven zowel het vraagstuk van de arbeidsvoorwaarde als de rechtvaardiging – indien er een arbeidsvoorwaarde is en indien onderscheid – nadere onderbouwing.

18.BTW

Voor de BTW problematiek verwijzen waar naar de bijlage. De conclusies daarvan zijn:

Volgens het consultatiedocument geeft het kabinet bij de indiening van het wetsvoorstel duidelijkheid of het nieuwe collectieve pensioencontract met zich brengt dat uitbestede vermogensbeheerdiensten onder de btw-vrijstelling voor collectieve beleggingsfondsen vallen. De Europese btw-richtlijn en de jurisprudentie van het HvJ EU en de Hoge Raad geven een duidelijk toetsingskader wanneer de btw-vrijstelling van toepassing is. De visie van het kabinet kan deze jurisprudentie uiteraard niet opzij zetten.

De individuele situatie van het pensioenfonds is bepalend. De inhoud van de pensioenregeling en de mate van beleggingsrisico dat de deelnemers lopen, moet op fondsniveau beoordeeld worden. Hierbij zal de solidariteitsreserve een belangrijke rol spelen. Wij geven het kabinet in overweging om op dit specifieke punt handvatten te geven voor de praktijk.

=====

Bijlage

Wet toekomst pensioenen en BTW

In het consultatiedocument Wet toekomst pensioenen staat in paragraaf 13.3 een korte alinea over de btw-vrijstelling voor uitbesteed vermogensbeheer: *“Zoals aangekondigd in de Hoofddlijnennotitie zal worden gezien of pensioenbeheer bij uitvoering van het nieuwe contract onder de BTW-vrijstelling voor gemeenschappelijke beleggingsfondsen valt. Hiervoor moet een zogenoemde ATP-vergelijkbaarheidstoets worden uitgevoerd. Deze toets wordt uitgevoerd na verwerking van de reacties op de consultatieversie van het wetsontwerp. Het kader voor het nieuwe contract is op dat moment naar verwachting voldoende duidelijk en stabiel.”*

Hoofddlijnennotitie

De Hoofddlijnennotitie gaat op pagina 39 als volgt in op de btw-vrijstelling voor uitbesteed vermogensbeheer: *“Het kabinet zal bezien of het nieuwe collectieve pensioencontract met zich meebrengt dat uitbestede pensioenbeheerdiensten onder de BTW-vrijstelling voor collectieve beleggingsfondsen vallen. Dit kan een bijdrage leveren aan het reduceren van de (transitie)kosten van de uitvoering.¹⁴ Het streven is om hierover duidelijkheid te verschaffen bij indiening van het wetsvoorstel waarin het kader voor het nieuwe pensioencontract wordt geschetst. Hiervoor is vereist dat er op dat moment voldoende zicht bestaat op de precieze invulling van het nieuwe contract om deze beoordeling te kunnen maken. Het nieuwe contract zal aan de zogenoemde ATP-vergelijkbaarheidstest onderworpen moeten worden die voortvloeit uit Europese jurisprudentie.”*

Huidige situatie

Pensioenfondsen kunnen onder voorwaarden gebruik maken van de btw-vrijstelling voor het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens (collectief vermogensbeheer).¹⁵ Deze btw-vrijstelling omvat de op EU-niveau gereguleerde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), zoals bedoeld in de icbe-richtlijn¹⁶. Andere fondsen die die geen icbe zijn maar dezelfde kenmerken vertonen en dus dezelfde handelingen verrichten of die op zijn minst zodanig vergelijkbaar zijn met deze icbe's dat zij ermee concurreren, worden ook als gemeenschappelijke beleggingsfondsen aangemerkt.¹⁷ Het HvJ EU heeft vier criteria geformuleerd¹⁸ om te toetsen of het pensioenfonds in concurrentie treedt met een icbe, te weten:

1. er moet sprake zijn van bijzonder overheidstoezicht;
2. het pensioenfonds moet worden gefinancierd door de pensioenontvangers;
3. de inleg moet worden belegd volgens het beginsel van risicospreiding; en
4. het beleggingsrisico wordt gedragen door de leden van het pensioenfonds.

Indien pensioenfondsen aan bovenstaande voorwaarden voldoen, is het collectief vermogensbeheer van het pensioenfonds vrijgesteld van btw. De vierde voorwaarde leidt het meest tot discussie. Uit de arresten *Wheels* en *ATP* van het HvJ EU en het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016¹⁹ blijkt dat de mate van het door de deelnemers gedragen beleggingsrisico de gevolgen voor de omzetbelasting bepaalt. Vertaald naar premie- en uitkeringsovereenkomsten betekent dit het volgende. Bij een pensioenfonds dat een premieovereenkomst uitvoert, lopen de deelnemers direct

¹⁴ Uit een onderzoek van LCP blijkt dat de vermogensbeheerkosten in 2019 ongeveer 7,9 miljard Euro bedragen. Het btw-belang is niet gespecificeerd maar zal omvangrijk kunnen zijn. Zie *Vermogensbeheerkosten in 2019 iets gedaald naar 0,55%*, PensioenPro, 10 september 2020.

¹⁵ Artikel 11, lid 1, onderdeel i ten derde Wet OB 1968.

¹⁶ Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985, PB L 347, p. 3-18.

¹⁷ HvJ EU 9 december 2015, C-595/13, ECLI:EU:C:2015:801 (*Fiscale eenheid X*), r.o. 37.

¹⁸ In HvJ EU 7 maart 2013, C-424/11, ECLI:EU:C:2013:144 (*Wheels Common Investment Fund*), HvJ EU 13 maart 2014, C-464/12, ECLI:EU:C:2014:139 (*ATP Services A/S*) en HvJ EU 9 december 2015, C-595/13, ECLI:EU:C:2015:801 (*Fiscale eenheid X*).

¹⁹ Hoge Raad 9 december 2016, nr. 15/00148, ECLI:NL:HR:2016:2786.

het beleggingsrisico. Bij een pensioenfonds met een uitkeringsovereenkomst is het risico dat de deelnemers dragen bij de beleggingen van het pensioenfonds en de doorwerking van het resultaat daarvan in de hoogte van hun pensioenuitkering, volgens de Hoge Raad²⁰ niet van voldoende betekenis om deze gelijk te stellen met het risico dat deelnemers van een icbe dragen.

De arresten *Wheels* en *ATP* van het HvJ EU en het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016 hebben een flinke discussie in Nederland teweeg gebracht. Het parlement heeft veel vragen gesteld aan de staatssecretaris van Financiën. In een brief van 19 september 2014²¹ maakt hij een analyse van het *ATP*-arrest en geeft aan de hand daarvan aanwijzingen over de praktische btw-gevolgen voor het beheer van pensioenfonds. Samengevat onderscheidt de staatssecretaris pensioenfonds die de volgende drie soorten pensioenregelingen uitvoeren:

1. Uitkeringsregelingen: de btw-vrijstelling is niet van toepassing;
2. Individuele premieregelingen: de btw-vrijstelling is van toepassing;
3. Collectieve premieregelingen ('CDC') en andere regelingen: afhankelijk van de feiten en omstandigheden is de btw-vrijstelling van toepassing. Voor de btw-behandeling moet in feite worden gekeken naar de vergelijkbaarheid van de specifieke regeling met de twee bovengenoemde categorieën.

In een brief van 19 december 2016²² gaat de staatssecretaris in op vragen die Tweede Kamerleden stelden over het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016. Hij geeft aan dat het arrest van de Hoge Raad duidelijk is: het desbetreffende pensioenfonds, dat tegen inleg van een premie een uitkering toezegt op basis van loon vermenigvuldigd met het aantal dienstjaren (dus een uitkeringsovereenkomst), is geen gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van de Wet OB 1968. Het arrest bevestigt volgens de staatssecretaris de lijn dat er geen ruimte bestaat om vermogensbeheerdiensten, verricht voor pensioenfonds die een uitkeringsovereenkomst uitvoeren, vrij te stellen van btw. In latere brieven aan de Tweede Kamer bevestigt de staatssecretaris steeds het hierboven weergegeven standpunt.

Verandering door Wet toekomst pensioenen?

Met de invoering van de Wet toekomst pensioenen verdwijnt de uitkeringsovereenkomst. Het nieuwe pensioencontract en de verbeterde premieregeling zijn beide immers premieovereenkomsten. Het ligt voor de hand dat deelnemers meer beleggingsrisico gaan lopen, maar of dat voldoende is voor de btw-vrijstelling is niet in alle gevallen op voorhand zeker. De solidariteitsreserve speelt hierbij een belangrijke rol. De verbeterde premieregeling zonder solidariteitsreserve valt in bovenstaande tweede categorie. De deelnemer draagt het volledige beleggingsrisico waardoor de btw-vrijstelling van toepassing is. Voor het nieuwe pensioencontract en de verbeterde premieregeling met solidariteitsreserve is dat volgens ons nog niet zo duidelijk. In lijn met de bovenstaande categorisering vallen de nieuwe pensioenregelingen in de derde categorie. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden kan de btw-vrijstelling van toepassing zijn.

Uit hiervoor genoemde rechtspraak blijkt dat het noodzakelijk is dat een pensioenfonds in concurrentie treedt met een icbe om gebruik te kunnen maken van de btw-vrijstelling. De solidariteitsreserve zal dit lastig maken. Volgens het consultatiedocument dient de solidariteitsreserve een aantal doelen:

1. het wordt mogelijk om intergenerationale risicodeling te organiseren binnen premieregelingen;
2. het is mogelijk om schommelingen in pensioenuitkomsten te dempen;
3. niet-verhandelde risico's kunnen via de solidariteitsreserve worden gedeeld (bijvoorbeeld macro-langlevensrisico).

Het moge duidelijk zijn dat een icbe deze doelen niet kent.

²⁰ Hoge Raad 9 december 2016, nr. 15/00148, ECLI:NL:HR:2016:2786, r.o. 2.3.3.

²¹ Nr. DGB/2014/5116 U.

²² Nr. 2016-0000227975, Kamerstukken I 2016/17, 34552, L.

De vul- en de toedelingsregels van de solidariteitsreserve maken de vergelijking tussen een pensioenfonds en een icbe bovendien ingewikkeld. Zo betaalt een deelnemer in een nieuw contract via (een deel van zijn premie) en/of het niet toekennen van het (volledige) overrendement aan zijn voor de uitkering gereserveerde vermogen mee aan (het vullen van) de solidariteitsreserve. De uitdeling van de solidariteitsreserve vindt plaats aan andere deelnemers. En bij een individuele waardeoverdracht krijgt de deelnemer alleen het actuele voor de uitkering gereserveerde pensioenvermogen mee maar geen gedeelte van de solidariteitsreserve. De vraag is gerechtvaardigd of het pensioenfonds dat gebruik maakt van een solidariteitsreserve, in concurrentie treedt met een icbe.

Conclusie

- Volgens het consultatiedocument geeft het kabinet bij de indiening van het wetsvoorstel duidelijkheid of het nieuwe collectieve pensioencontract met zich brengt dat uitbestede vermogensbeheerdiensten onder de btw-vrijstelling voor collectieve beleggingsfondsen vallen. De Europese btw-richtlijn en de jurisprudentie van het HvJ EU en de Hoge Raad geven een duidelijk toetsingskader wanneer de btw-vrijstelling van toepassing is. De visie van het kabinet kan deze jurisprudentie uiteraard niet opzij zetten.
- Wij benadrukken dat uiteindelijk de individuele situatie van het pensioenfonds bepalend is. De inhoud van de pensioenregeling en de mate van beleggingsrisico dat de deelnemers lopen, moet op fondsniveau beoordeeld worden. Hierbij zal de solidariteitsreserve een belangrijke rol spelen. Wij geven het kabinet in overweging om op dit specifieke punt handvatten te geven voor de praktijk.