

# Een carve-out van de gelijke behandeling tussen slapers en gepensioneerden?

Column

TPV 2021/8

Het conceptwetsvoorstel Toekomst pensioenen ('wetsvoorstel') heeft vele pen- nen in beweging gebracht. Bij de consultatieronde van het wetsvoorstel is geble- ken dat het onderwerp nogal leeft: maar liefst 483 reacties werden er geplaatst, waarvan een groot deel inhoudelijk was. Maar ook voor en na de consultatieter- mijn werden en worden de meningen gedeeld.

Een punt dat recentelijk naar aanleiding van het wetsvoorstel extra aandacht kreeg in Pensioen Pro,<sup>2</sup> betreft de belemmering die de gelijke behandeling tus- sen met name slapers en gepensioneerden met betrekking tot de toeslagverle- ning, zoals bedoeld in artikel 58 lid 3 Pensioenwet, opwerpt voor de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel.

Toeslagverlening wordt in het beoogde pensioenstelsel alleen nog mogelijk voor de vastgestelde uitkering. Toeslagverlening blijft derhalve relevant, temeer als wordt besloten om niet in te varen en de bestaande pensioenregeling – inclusief toeslagbepaling – in stand blijft.<sup>3</sup>

Ook nu is het al zo dat de gelijke behandeling van slapers en gepensioneerden in de praktijk kan verhinderen dat bijvoorbeeld de pensioenen van gepensioneer- den worden afgesplitst van het pensioenfonds naar een andere pensioenuitvoer- der door middel van een partiële waardeoverdracht,<sup>4</sup> ook wel 'carve-out' ge- noemd.<sup>5</sup>

De reden voor zo'n carve-out is vaak dat op die manier voor diverse doelgroepen (pensioengerechtigden, slapers, actieven) een meer op die specifieke doelgroep gericht beleggingsbeleid aan de hand van de bijbehorende risicopreferenties kan worden gevoerd. Hierdoor is het bijvoorbeeld mogelijk om voor gepensioneer- den meer zekerheid en een ander indexatie-perspectief te bieden. Daardoor kunnen verschillen ontstaan in de verleende toeslagen tussen gepensioneerden en slapers. Dat is niet toegestaan op grond van artikel 58 lid 3 PW, zoals hierna zal worden toegelicht.

Bij de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel is het uitgangspunt van de wet- gever dat in beginsel de onder het oude regime opgebouwde aanspraken en rechten in het nieuwe regime worden 'ingevoerd' door middel van een collectie- ve waardeoverdracht. Indien invaren tot onevenredige nadelige gevolgen leidt, kunnen sociale partners besluiten om de opgebouwde pensioenaanspraken en ingegane pensioenuitkeringen niet om te zetten. Alsdan blijven de oude regels op deze pensioenaanspraken en -rechten van toepassing.

Het gevolg daarvan zal zijn dat het betreffende pensioenfonds meerdere pen- sioenregelingen moet gaan uitvoeren: een gesloten regeling bestaande uit reeds opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken onder het oude regime en een nieuwe regeling onder het nieuwe regime voor de toekomstige opbouw. Op grond van het verbod op ringfencing dient het pensioenfonds beide pensioenre- gelingen als één financieel geheel te beschouwen (artikel 123 PW). Deze eis blijft van kracht als het wetsvoorstel ongewijzigd wordt ingevoerd. Dat betekent dat het mogelijk is dat kruissubsidiëring tussen beide pensioenregelingen kan ont- staan, waardoor herverdelingseffecten kunnen optreden. Dit risico bestaat ook

1 Roland de Greef is advocaat pensioenrecht bij Houthoff en redacteur van TPV.

2 Pieter Kiveron en Angela Peters, 'Schrap verplicht gelijke behandeling slapers en gepensioneerden in nieuwe stelsel', *PensioenPro* 19 februari 2021 en Lennaert van Anken, 'Staak verplichte gelijke behande- ling slapers en gepensioneerden zo snel mogelijk', *PensioenPro* 3 maart 2021.

3 Daarbij is wel de vraag in hoeverre dit dan nog uitgevoerd kan worden.

4 Zie brief DNB van 22 september 2017 aan staatssecretaris Klijnsma.

5 Een volledige collectieve waardeoverdracht van alle pensioenrechten en -aanspraken naar en andere pensioenuitvoerder wordt vaak als 'buy-out' aangemerkt. Doorgaans betreft het dan een 'gesloten' rege- ling, waarbij geen sprake meer is van premie-instroom. Daarbij wordt het achterblijvende pensioenfonds vervolgens geliquideerd.

al onder het huidige regime indien een pensioenfonds meerdere regelingen uitvoert. Echter, onder het nieuwe regime zullen de reserves kleiner zijn en zal dus eerder worden toegekomen aan het onderling subsidiëren tussen de pensioenregelingen binnen het pensioenfonds.

Het nieuwe pensioenstelsel is erop gericht om behaalde rendementen te verdelen naar risicohouding van deelnemers per leeftijdscohort. De pensioenen van de diverse leeftijdscohorten van deelnemers, maar ook van gewezen deelnemers (slapers) en gepensioneerden, zullen zich dus anders ontwikkelen binnen dezelfde pensioenregeling. De hiervoor genoemde herverdelingseffecten kunnen dit effect versterken als bijvoorbeeld extra toeslagen worden verleend om een tekort goed te maken.

Waarom vormt artikel 58 lid 3 PW een belemmering voor een carve-out? Artikel 58 lid 3 PW bepaalt dat wanneer het pensioenrecht van een gepensioneerde wordt verhoogd, de aanspraak op ouderdomspensioen uit *dezelfde pensioenregeling* voor een gewezen deelnemer in dezelfde mate wordt verhoogd. Slapers moeten dus gelijk worden behandeld met gepensioneerden wat betreft de toeslagverlening. De oude regeling zonder en de *gewijzigde* regeling met toeslagverlening zijn niet 'dezelfde' regeling. Dus als de pensioenovereenkomst (waar de toeslagregeling in is opgenomen) voor de waardeoverdracht wordt aangepast, is artikel 58 lid 3 PW niet van toepassing.

De beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst *zonder wijziging* van de pensioenovereenkomst is echter geen argument om de huidige versus toekomstige gewezen deelnemers en gepensioneerden bij de toeslagen verschillend te behandelen. De beëindiging of wijziging van de uitvoeringsovereenkomst als zodanig heeft geen rechtsgevolg voor de pensioenovereenkomst en de rechten die daaraan ontleend worden door werknemers. Dat geldt ook voor gewezen werknemers omdat de pensioenovereenkomst niet is uitgewerkt met het einde van de arbeidsovereenkomst. Het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met de ene pensioenuitvoerder gevolgd door het aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met een andere pensioenuitvoerder brengt dus geen wijziging aan in de pensioenovereenkomst, waaronder de toeslagverlening. Dus ook de gelijke behandeling bij toeslagen tussen alle gepensioneerden en gewezen deelnemers blijft ongewijzigd binnen deze niet gewijzigde pensioenregeling<sup>6</sup> ook al is – een deel van – de pensioenregeling bij een andere uitvoerder ondergebracht. Op het eerste gezicht wordt in de aangehaalde publicaties in *PensioenPro* terecht gesteld dat de huidige vorm van artikel 58 lid 3 PW zich niet verhoudt tot het wetsvoorstel. Dit zou opgelost kunnen worden door aan artikel 58 lid 3 PW toe te voegen dat de gelijke behandeling van slapers en gepensioneerden niet alleen slechts van toepassing is in dezelfde regeling, maar dat het bovendien moet gaan om een pensioenregeling bij *dezelfde pensioenuitvoerder*.<sup>7</sup> Echter, artikel 58 PW is geplaatst in hoofdstuk 4 PW dat gaat over bepalingen met betrekking tot de pensioenuitvoerder. Artikel 58 PW heeft vanuit deze wetsystematische invalshoek dus slechts betrekking op de pensioenregeling die door een specifieke pensioenuitvoerder wordt uitgevoerd. Gezien de plaats van artikel 58 PW in de PW is dit artikel juist alleen van toepassing met betrekking tot een bepaalde pensioenuitvoerder. Een aanpassing van de tekst als gesuggereerd door DNB is derhalve niet nodig. Dit standpunt wordt bovendien gesteund door de parlementaire behandeling van de PW waar de situatie nadrukkelijk aan de orde is geweest dat slechts een gedeelte van de waarde wordt overgedragen:

"De overdracht kan betrekking hebben op alle pensioenaanspraken en pensioenrechten, maar het is ook mogelijk dat wordt afgesproken dat de waarde van de ingegane pensioenen, dus de pensioenrechten, niet wordt overgedra-

6 *Asser/Lutjens 7-XI 2019/813*, naar aanleiding van de Euronext-zaak (Hof Amsterdam 23 april 2019, *PJ* 2019/72).

7 Zie in gelijke zin de brief DNB van 22 september 2017 aan staatssecretaris Klijnsma. Overigens signaleert DNB in dezelfde brief ook dat ook artikel 83 PW vermoedelijk niet werkt bij een partiële waardeoverdracht. Daar valt wel wat op af te dingen, echter aan dat punt ga ik in deze column voorbij.

gen. Het kan ook om een deel van de werknemers gaan. Dat hangt af van de afspraken die daarover zijn gemaakt.”<sup>8</sup>

Weliswaar betreft dit citaat de parlementaire behandeling van de bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever, maar niet valt in te zien waarom deze toelichting wordt gegeven als een partiële waardeoverdracht feitelijk belemmerd zou worden op grond van de gelijke behandelingsbepaling van slapers en gepensioneerden.

Bovendien zal het doorgaans zo zijn dat als de pensioenregeling van slapers en actieven wordt afgesplitst door middel van een collectieve waardeoverdracht en wordt ondergebracht bij een andere pensioenuitvoerder, de pensioenovereenkomst zal worden gewijzigd. Als de gepensioneerden in dat geval achterblijven in de bestaande pensioenregeling bij de oude pensioenuitvoerder, is er per definitie geen sprake meer van dezelfde regeling: de slapers hebben dan ingestemd<sup>9</sup> met de gewijzigde regeling, waarbij de waarde van de oude regeling is ingebracht in de nieuwe regeling en de oude regeling voor de slapers en actieven niet meer van toepassing is. Dezelfde redenering geldt indien partieel wordt ingevaren onder het nieuwe pensioenstelsel: als alleen de slapers en actieven worden ingevaren en de gepensioneerden achterblijven in een premievrije regeling, is ook sprake van twee verschillende pensioenregelingen.

Kortom, artikel 58 PW hoeft niet geschrapt te worden, noch aangepast te worden omdat het niet in de weg staat aan het nieuwe pensioenstelsel, ook niet als wordt besloten tot – partieel – niet-invaren.

---

8 *Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 235.* Zie in gelijke zin E. Soetendal, 'To carve out or not to carve out – that's the question', *PensioenMagazine 2017/152*. Soetendal wijst bovendien nog op de voorloper van artikel 58 lid 3 PW, artikel 8 lid 6 PSW, waar nadrukkelijk naar een specifiek fonds wordt verwezen. Met artikel 58 PW is niet bedoeld om daar wijziging in aan te brengen, doch slechts om artikel 8 PSW breder toepasbaar te maken zodat dit ook geldt voor verzekeraars.

9 Afgezien van de situatie waarbij sprake is van een rechtsgeldige eenzijdige wijziging als bedoeld in artikel 19 PW.