

## Nieuw pensioencontract: om invaren heen varen?

Cornelien Donner-Broersma en Jan-Olivier Kuijkhoven, datum 24-09-2019

**Datum**

24-09-2019

**Auteur**

Cornelien Donner-Broersma en Jan-Olivier Kuijkhoven<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS85991:1

**Vakgebied(en)**

Pensioenen (V)

In het gedicht Boerengezelschap schetst Bredero een chaotisch beeld waarvan wij hopen dat het niet de uitkomst is van het typische polderakkoord van dit voorjaar. Het collectief invaren van oude rechten is een van de meest complexe onderwerpen van het pensioenakkoord en daardoor een potentiële splijtzwam. En ook als het bonte gezelschap van de recentelijk ingestelde stuur-, werk-, voorbereidings- en klankbordgroepen tot overeenstemming komt, zijn daarmee de potentiële problemen rond invaren nog niet van tafel.



### Wat is invaren?

Invaren is (nog) geen wettelijk begrip. Kort gezegd kan hieronder worden verstaan: het recht om reeds verworven pensioenaanspraken en -rechten collectief onder te brengen in een nieuwe pensioenregeling zonder instemming van individuele (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden. De huidige pensioenwetgeving voorziet niet in deze mogelijkheid. Weliswaar is het mogelijk om opgebouwde aanspraken en rechten via een collectieve (interne) waardeoverdracht over te dragen naar een nieuwe pensioenregeling, maar individuele (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden kunnen hier tegen bezwaar maken. In dat geval worden de aanspraken en rechten van de individuele bezwaarmakers niet overgedragen. Aan invaren zitten diverse (juridische) haken en ogen, waarover verderop meer.

### Achtergrond van de wens tot invaren

moment kwalificeren 99 van de spreekwoordelijke 100 door pensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen als een uitkeringsovereenkomst. Ter financiering van deze regelingen hanteren alle fondsen verplicht of vrijwillig een doorsneepremie, dan wel een actuariële premie. Verzekeraars voeren premie- en uitkeringsovereenkomsten uit en hanteren altijd een actuariële premie. PPI's voeren standaard premieovereenkomsten uit en hanteren eveneens een actuariële premie.

Het nieuwe pensioenstelsel schrijft voor alle pensioenregelingen een leeftijdsonafhankelijke premie voor, waarvan de hoogte fiscaal wordt begrensd. Daarnaast worden twee nieuwe contracten geïntroduceerd. Deze nieuwe contractsmaken zijn elders in deze uitgave uitgebreid behandeld door Pierre Akkermans en worden door ons kortweg aangeduid als 'iDC en 'het nieuwe contract'. De verplichte overstap naar leeftijdsonafhankelijke financiering betekent een nieuwe vorm van

pensioenopbouw, waardoor alle pensioenovereenkomsten zullen kwalificeren als premieovereenkomst. Dientengevolge moeten de meeste bestaande pensioenovereenkomsten drastisch worden gewijzigd. Nu werkt een wijziging van de pensioenovereenkomst in beginsel alleen ten opzichte van toekomstige pensioenopbouw, zodat een knip ontstaat tussen de reeds opgebouwde aanspraken en rechten onder de oude pensioenovereenkomst en de toekomstige pensioenopbouw onder de nieuwe pensioenovereenkomst. Onder het huidige recht kan, althans in theorie, op verschillende manieren worden omgegaan met deze zogenoemde knip; zie tabel 1 voor een overzicht.[2](#)

**Tabel 1. Opties voor bestaande aanspraken en rechten en hun bezwaren**

	<i>opties</i>	<i>bezwaren</i>
1	nieuwe pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door een nieuwe pensioenuitvoerder, reeds opgebouwde aanspraken en rechten blijven achter bij de bestaande pensioenuitvoerder	<ul style="list-style-type: none"> <li>• hogere uitvoeringskosten voor met name pensioenfondsen;</li> <li>• vervallen solidariteit tussen generaties door vermindering collectieve risicodeling, hetgeen voor verplichte bedrijfstakpensioenfondsen een risico is, gelet op de verplichtstelling;</li> <li>• bij pensioenfondsen worden de bestaande aanspraken relatief kwetsbaar voor financiële schokken*</li> </ul>
2	nieuwe pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door de huidige pensioenuitvoerder, reeds opgebouwde aanspraken en rechten worden via externe collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 PW ondergebracht in een collectiviteitskring bij een APF**	<ul style="list-style-type: none"> <li>• idem als bij optie 1;</li> <li>• DNB kan bezwaar maken tegen de waardeoverdracht;</li> <li>• de (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden kunnen individueel bezwaar maken tegen de waardeoverdracht met als gevolg dat de aanspraken en rechten van de bezwaarmakers niet worden overgedragen. In dat geval gelden dezelfde bezwaren als bij optie 4</li> </ul>
3	nieuwe pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door een nieuwe pensioenuitvoerder, bestaande pensioenfondsen worden geliquideerd waarbij de reeds opgebouwde aanspraken en rechten via waardeoverdracht op grond van art. 84 PW worden ondergebracht bij een APF	<ul style="list-style-type: none"> <li>• idem als bij optie 1;</li> <li>• als het APF de bestaande pensioenovereenkomst niet kan uitvoeren, dient deze te worden gewijzigd voorafgaande aan de waardeoverdracht (anders in strijd met art. 20 PW). Voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst gelden instemmingsrechten van betrokkenen</li> </ul>
4	reeds opgebouwde aanspraken en rechten, als-mede de toekomstige aanspraken en rechten blijven uitgevoerd door dezelfde pensioenuitvoerder	<ul style="list-style-type: none"> <li>• complexere pensioencommunicatie;</li> <li>• complexere uitvoering, hogere uitvoeringskosten en meer foutgevoeligheid;</li> <li>• bij pensioenfondsen uitvoeringstechnisch onwenselijk vanwege het verbod op ringfencing (art. 123 PW).*** Hierdoor vindt onderlinge kruissubsidiëring plaats; het dekkingstekort ten aanzien van de oude pensioenovereenkomst kan worden gecompenseerd met middelen die zijn bedoeld voor de nieuwe pensioenovereenkomst. Daarnaast heeft het effect op het beleggingsbeleid</li> </ul>
5	nieuwe pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door huidige pensioenuitvoerder, reeds opgebouwde aanspraken en rechten worden via interne collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 PW omgezet in aanspraken en rechten onder de nieuwe pensioenovereenkomst	<ul style="list-style-type: none"> <li>• DNB kan bezwaar maken tegen de waardeoverdracht;</li> <li>• (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden kunnen individueel bezwaar maken tegen de waardeoverdracht met als gevolg dat de aanspraken en rechten van de bezwaarmakers niet worden overgedragen. In dat geval gelden dezelfde bezwaren als bij optie 4</li> </ul>

- \* Volgens het rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract van het ministerie van SZW d.d. 30 mei 2012 zou niet invaren betekenen dat jongeren niet meer hoeven bij te dragen aan het herstel van het fonds als sprake is van een slechte financiële situatie. Als het fonds in een gunstige financiële situatie verkeert, delen jongeren ook niet mee in het vermogenoverschot van het pensioenfonds. Door niet in te varen bestaat het risico dat beide groepen uiteindelijk slechter af zijn.
- \*\* Waar wij in dit artikel verwijzen naar art. 83 PW wordt eveneens bedoeld art. 91 Wvb.
- \*\*\* Voor APF'en geldt op grond van art. 123 PW het voorschrift van een afgescheiden vermogen voor iedere collectiviteitskring.

De in tabel 1 vermelde bezwaren spelen niet in gelijke mate bij alle soorten pensioenovereenkomsten en pensioenuitvoerders. Als de bestaande pensioenregeling is ondergebracht bij een verzekeraar of PPI kan gebruik worden gemaakt van optie 1, 2, 4 of 5, waarbij opties 1 en 4 voor de hand liggen en op weinig bezwaren stuiten. Voor pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij pensioenfondsen is dat anders. De eerste drie opties zijn dan in veel gevallen onmogelijk of onacceptabel, zeker als het bedrijfstakpensioenfonds betreft. Wat betreft optie 4 gooit art. 123 PW roet in het fondseten. Pensioenfondsen zijn daardoor in beginsel aangewezen op optie 5. Deze optie vereist echter geen enkel bezwaar, hetgeen niet realistisch lijkt. Het invaren van opgebouwde aanspraken en rechten in de nieuwe pensioenovereenkomst zou in sommige situaties een oplossing kunnen zijn voor de hierboven genoemde bezwaren. De wens tot invaren bestaat vooral wanneer de huidige pensioenregeling een niet-gegarandeerde uitkerings- of kapitaalovereenkomst is, dat wil zeggen, een die is ondergebracht bij een niet volledig herverzekerd pensioenfonds.<sup>[3]</sup> De door verzekeraars uitgevoerde uitkerings- of kapitaalovereenkomsten betreffen immers garantiecontracten, zodat het niet opportuun is deze gegarandeerde DB-aanspraken en rechten om te zetten in DC-aanspraken en rechten. In dat geval volstaat de hiervoor genoemde optie 1 of 4. Datzelfde geldt voor pensioenfondsen die alle aanspraken en rechten volledig hebben herverzekerd. Bij bestaande premieovereenkomsten zal evenmin een wens tot invaren bestaan. Welbeschouwd ziet het fenomeen invaren, en derhalve dit artikel, alleen op het omzetten van aanspraken en rechten opgebouwd onder een uitkeringsovereenkomst bij een niet volledig herverzekerd pensioenfonds. Volledigheidshalve melden we dat in het pensioenakkoord wordt opgemerkt dat voor de financiering van de compensatielast van de afschaffing van de doorsneesystematiek deels gebruik kan worden gemaakt van de vrijval van middelen als gevolg van de overstap naar iDC of het nieuwe contract. Ook al is het nog maar de vraag of deze vrijval na invoering van de nieuwe parameters van de commissie-Dijsselbloem adequaat is, hij zal zeer beperkt zijn als de opgebouwde aanspraken en rechten niet worden ingevaren. Het huidig juridisch kader verzet zich tegen invaren.

## Huidig juridisch kader

Om te kunnen invaren moet eerst sprake zijn van een nieuwe pensioenovereenkomst waaronder de opgebouwde aanspraken en rechten kunnen worden omgezet in nieuwe aanspraken en rechten. Voor wat betreft de toepasselijke instemmingsrechten bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst verwijzen we naar de bijdrage van Roel Veugelers en Tim Zuiderman elders in dit nummer. Niet alleen bij instemming, maar ook in verband met invaren is art. 20 PW evenwel van belang; in geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst mogen de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd.<sup>[4]</sup> Een dergelijke wijziging is nietig. Een uitzondering op art. 20 PW geldt echter als sprake is van een collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 PW. Van een waardeoverdracht is sprake als de waarde van de opgebouwde aanspraken en rechten wordt aangewend ten behoeve van:

- *andere* pensioenaanspraken en -rechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder; of
- *dezelfde* pensioenaanspraken en -rechten bij een andere pensioenuitvoerder.

Art. 83 PW geeft de pensioenuitvoerder – op verzoek van de werkgever of, wanneer sprake is van een bedrijfstakpensioenfonds de sociale partners – de bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht in een drietal situaties. Voor zover relevant bestaat deze bevoegdheid bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst bij dezelfde pensioenuitvoerder (interne collectieve waardeoverdracht) en bij het wijzigen van de pensioenuitvoerder (externe collectieve waardeoverdracht). De collectieve waardeoverdracht dient aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden hebben geen bezwaar tegen de waardeoverdracht kenbaar gemaakt nadat ze over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd;
- er is sprake van collectieve actuariële gelijkwaardigheid; en
- DNB heeft geen verbod opgelegd.<sup>[5]</sup>

Als een of meer (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden bezwaar maken tegen de voorgenomen collectieve waardeoverdracht, mogen de aanspraken en rechten van de bezwaarmakers niet worden overgedragen. Dientengevolge blijft de pensioenuitvoerder de niet overgedragen aanspraken en rechten onder de oude pensioenovereenkomst uitvoeren. Als een pensioenfonds daarnaast ook de nieuwe pensioenovereenkomst gaat uitvoeren – bijvoorbeeld het nieuwe contract – vormen deze pensioenregelingen financieel één geheel (art. 123 PW). Dit kan ongewenst zijn, omdat hierdoor kruissubsidiëring kan ontstaan tussen de oude nominale pensioenregeling en het nieuwe

contract. Bovendien blijft op de nominale pensioenregeling waarschijnlijk het huidige FTK van toepassing, zodat het fonds onder meerdere financiële regimes valt. Dit kan ertoe leiden dat dekkingstekorten ten aanzien van de ene pensioenregeling worden gecompenseerd met middelen die zijn bedoeld ter dekking van de andere pensioenregeling. Het is aannemelijk dat het nieuwe contract vaker zal moeten opdraaien voor de financiering van tekorten in de nominale pensioenregeling, omdat onder het nieuwe contract schokken eerder worden verwerkt.

## Toekomstig juridisch kader?

Het huidige juridische kader in aanmerking nemende kan invaren worden gefaciliteerd door aanpassing van art. 20 PW of art. 83 PW. Het omzetten van de opgebouwde aanspraken en rechten onder een uitkeringsovereenkomst naar aanspraken en rechten onder het nieuwe contract kan leiden tot een verlies aan nominale zekerheid van deze aanspraken en rechten. Dit roept de vraag op of invaren een gerechtvaardigde inbreuk is op art. 1 van het Eerste Protocol EVRM (eigendomsbescherming). Maatregelen die inbreuk maken op het eigendomsrecht zijn gerechtvaardigd als wordt voldaan aan de voorwaarden die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn gesteld:

- a. de inbreuk moet bij wet zijn voorzien;
- b. de inbreuk moet een gerechtvaardigd algemeen belang dienen (als op nationaal niveau een belangenafweging heeft plaatsgevonden, volgt het EHRM het oordeel van de lidstaat, tenzij geen redelijke grond is aangedragen);
- c. er is een rechtvaardig evenwicht tussen het algemeen belang en dat van het individu (geen onevenredige last voor het individu).

Wordt invaren wettelijk verplicht gesteld, dan bestaat het risico dat de overheid aansprakelijk wordt gesteld door gepensioneerden of aanspraakgerechtigden die stellen dat de wetswijziging voor hen een onevenredige last inhoudt (het verticale risico). Faciliteert de overheid slechts door invaren wettelijk mogelijk te maken, dan is dit verticale risico gering. Wel bestaat dan het risico dat sociale partners of het pensioenfonds door gepensioneerden of aanspraakgerechtigden aansprakelijk worden gesteld vanwege het besluit tot omzetting van hun aanspraken en rechten (het horizontale risico). Het is dan ook zaak voor sociale partners en pensioenfonds om zorgvuldig alle belangen af te wegen en ervoor te waken dat invaren voor bepaalde groepen niet tot een onevenredige last leidt.<sup>61</sup> De (financieel-economische) gevolgen van invaren verschillen immers per pensioenfonds en zijn onder meer afhankelijk van het deelnemersbestand, het beleggingsbeleid en de dekkingsgraad. Ook het bestaan van een eventuele bijstortverplichting van de werkgever speelt een rol. Daarnaast is het van belang dat vanuit de overheid duidelijke toetsingscriteria voor een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen worden opgesteld voor het pensioenfonds en om de nodige guidance te geven.

## Wat zegt het pensioenakkoord over invaren?

De SER is in zijn advies van afgelopen juni zeer kort en kernachtig over invaren en herhaalt zijn in 2015 uitgesproken voorkeur om bestaande en nieuw op te bouwen aanspraken en rechten bij elkaar te houden. De SER adviseert het kabinet dit te faciliteren. Uit de brief van 5 juni 2019 van minister Koolmees blijken de volgende kabinetsvoornemens:

- het kabinet is bereid om collectief invaren te faciliteren en de regels daarvoor *indien nodig* wettelijk vast te leggen;
- er wordt een waarderingskader ontwikkeld voor het omzetten van opgebouwde aanspraken en rechten naar het nieuwe pensioencontract. Dat waarderingskader moet evenwichtig zijn en rekening houden met de verdeling van het pensioenvermogen in het huidige contract;
- de beslissing tot invaren van bestaande aanspraken en rechten naar het nieuwe contract wordt overgelaten aan de sociale partners binnen de bedrijfstakken en ondernemingen;
- voor de gevallen waarin de bestaande aanspraken en rechten niet worden overgedragen zal het kabinet onderzoeken of het in deze situatie ook mogelijk is te voorkomen dat bestaande en nieuwe aanspraken en rechten in aparte fondsen moeten worden ondergebracht. Een mogelijkheid kan zijn om de nieuwe opbouw vóór de pensioendatum weer (geleidelijk) samen te voegen met de al opgebouwde aanspraken en rechten.

Uit deze voornemens blijkt dat het kabinet invaren, zoals verwacht, niet verplicht zal stellen, maar slechts zal faciliteren door de wet aan te passen. De woorden 'als dat nodig is' vallen op. Wij vermoeden dat het kabinet ervan overtuigd is dat de wettelijke faciliteit van invaren nodig is en dat het hiermee wil aangeven dat invaren niet in alle gevallen de juiste oplossing is. Er wordt een waarderingskader ontwikkeld dat rekening houdt met de verdeling van het pensioenvermogen opgebouwd onder de huidige pensioenregeling. De vraag is in hoeverre dit waarderingskader rekening houdt met de rentestand. Door een beweging van de rente kan het pensioenvermogen immers toe- of afnemen. Momenteel is als gevolg van de lage rente een relatief groot deel van het pensioenvermogen gereserveerd voor jonge deelnemers. Door een stijging van de rente kan dit echter veranderen. Het invaren van aanspraken en rechten op enig moment tegen de dan geldende rentestand kan (grote) generatie-effecten hebben. Het hanteren van een geprognoseerde rentestand kan echter weer arbitrair zijn. Ons inziens kan niet worden voorkomen dat het waarderingskader arbitraire trekjes zal hebben.

## Alleen collectief

De mogelijkheid tot invaren zal alleen worden gefaciliteerd als het collectief gebeurt. Dit betekent dat het aan sociale partners is om al dan niet te kiezen voor invaren van het hele deelnemersbestand van de desbetreffende pensioenregeling. Daarnaast lijkt het erop dat aanspraken en rechten alleen in het nieuwe contract kunnen worden ingevaren. Als de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd in een premieregeling, zijnde een iDC-regeling, bestaat er dus geen mogelijkheid tot invaren. Waarschijnlijk is invaren in een iDC-regeling een brug te ver voor vakbonden en kabinet en vergroot dit het horizontale risico; in een iDC-regeling worden schokken immers direct (individueel) geabsorbeerd, hetgeen een wezenlijk andere behandeling is dan onder het FTK.

Het kabinet heeft niet aangegeven of de mogelijkheid tot invaren ook een externe waardeoverdracht kan betreffen. Weliswaar bestaat bij liquidatie van een pensioenfonds al de verplichting tot waardeoverdracht ex art. 84 PW. Maar er zijn ook situaties denkbaar waarin een pensioenfonds niet besluit tot liquidatie: de aanspraken en rechten onder een of meer pensioenregelingen worden ingevaren in het nieuwe contract en uitgevoerd door een andere pensioenuitvoerder, terwijl het fonds zelf de aanspraken en rechten opgebouwd in andere pensioenregelingen blijft uitvoeren. Het is aan het kabinet hierover duidelijkheid te verschaffen.

## Ringfencing

Tot slot heeft het kabinet aangegeven te onderzoeken of de mogelijkheid tot ringfencing zal worden gecreëerd voor de situatie dat het fonds en sociale partners niet overgaan tot invaren. Dit ter voorkoming van het feit dat bestaande en nieuwe aanspraken en rechten in aparte fondsen moeten worden ondergebracht. Als ringfencing wordt gefaciliteerd, kunnen de vermogens van beide pensioenregelingen van elkaar worden gescheiden. De vraag is of het kabinet slechts een tijdelijke scheiding beoogt. Het heeft namelijk de mogelijkheid geopperd om de nieuwe opbouw voor de pensioendatum weer (geleidelijk) samen te voegen met de al opgebouwde aanspraken en rechten. Onduidelijk is of deze samenvoeging slechts een mogelijkheid wordt of een verplichting. Voorts is onduidelijk of de samenvoeging alleen van toepassing is als iemand zowel onder de oude als de nieuwe pensioenregeling aanspraken en rechten heeft opgebouwd. Bovendien is het de vraag of het tijdelijk ringfencen (praktisch) uitvoerbaar is voor fondsen; de mogelijkheid lijkt namelijk te bestaan tot de pensioendatum, maar deze verschilt per (gewezen) deelnemer.

## kans op discussies en procedures

Door invaren niet verplicht te stellen, mitigeert het kabinet het verticale risico en geeft het sociale partners de ruimte om rekening te houden met fondsspecifieke omstandigheden. Gevolg is dat de verantwoordelijkheid wordt overgelaten aan en een groot beroep wordt gedaan op sociale partners en pensioenfondsen. Doordat invaren een keuze wordt, vergroot dit ons inziens het risico op discussies met en juridische procedures van (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden (het horizontale risico). Aan een keuze tot al dan niet invaren liggen immers allerlei overwegingen ten grondslag waarmee rekening moet worden gehouden.

Invaren zal niet in alle gevallen de aangewezen route zijn, bijvoorbeeld niet in geval van een adequate bijstortingsverplichting van de werkgever. Afhankelijk van de situatie van het fonds zou er ook voor kunnen worden gekozen om de nieuwe pensioenopbouw onder te brengen bij een andere uitvoerder of deze te laten uitvoeren door hetzelfde pensioenfonds als waar de reeds opgebouwde aanspraken en rechten zijn ondergebracht. Wordt art. 123 PW inderdaad zodanig aangepast dat ringfencing is toegestaan, dan wordt het vraagstuk rond invaren nog interessanter, of liever gezegd complexer. Sociale partners en pensioenfondsen zullen dan hun keuze tot invaren nog beter moeten motiveren: waarom is gekozen voor invaren in plaats van het separeren van de oude en nieuwe aanspraken en rechten, nu de wetgever hier expliciet een faciliteit voor heeft opgetuigd? Deze motivering is van belang voor het uitleggen van de keuze jegens de (gewezen) deelnemers, gewezen partners, gepensioneerden en DNB. Daarnaast zal een rechter in een eventuele procedure eveneens kijken naar de motivering voor de gemaakte keuze.

## Invaren bĳ ondernemingspensioenfondsen

Er zijn werkgevers die een verplichting tot het betalen van een herstellpremie hebben afgesproken als het ondernemingspensioenfonds geen middelen heeft om te indexeren of als er een dekkingstekort is. Een dergelijke tekortenregeling leidt ten aanzien van uitkeringsovereenkomsten niet tot fiscale bovenmatigheid van de regeling zolang het pensioenresultaat niet leidt tot het overschrijden van de maxima van Hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Als de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd en wordt besloten tot invaren van de opgebouwde aanspraken en rechten, is het de vraag wat te doen met de tekortenregeling. Herstelpremies betekenen onder het pensioenakkoord namelijk dat, fiscaal-juridisch gezien, gebruik wordt gemaakt van de fiscale ruimte en niet dat tekorten worden ingelopen. De fiscale ruimte voor extra stortingen kan overigens afwezig blijken te zijn als de maximale premie al is gestort. Een tekortenregeling past dus niet in het nieuwe fiscale regime.

Het bestaan van een adequate tekortenregeling kan een reden zijn voor sociale partners en ondernemingspensioenfondsen om niet voor invaren te kiezen, maar voor het premievrij maken van de bestaande regeling en continuering van de tekortenregeling. In dat geval zal – afhankelijk van het bestaan van de mogelijkheid tot ringfencing – ervoor worden gekozen om de nieuwe pensioenovereenkomst te laten uitvoeren door hetzelfde ondernemingspensioenfonds of door een andere pensioenuitvoerder. Het is daarbij essentieel dat de wetgever het fiscale pensioenregime dat gold vóór invoering van de leeftijdsonafhankelijke premie in stand houdt, omdat bijdragen volgens de tekortenregeling zich zoals gezegd niet verhouden tot het nieuwe fiscale regime. Een alternatief is om wél voor invaren te kiezen en de tekortenregeling te beëindigen, nadat het eventuele bestaande tekort is aangevuld en/of een bruidsschat is meegegeven. Ook dit zal fiscaal en juridisch mogelijk moeten worden gemaakt.

## Ten slotte

Het kan verkeren, zo luidt de lijfspreuk van Bredero. Allereerst moet een bont gezelschap in verschillende samenstellingen in conclaaf. Een van de fundamentele keuzes waar zij voor staan is of voor invaren al dan niet een stringent wettelijk waarderings- en besliskader moet komen, zodat discussies tussen sociale partners op decentraal niveau zo veel mogelijk kunnen worden beperkt. Nadeel van zo'n stringent wettelijk kader is echter dat er minder ruimte is voor fondsspecifieke situaties en dat het zogenoemde horizontale en verticale risico toeneemt. Ten tweede moet het pensioenakkoord leiden tot een uitwerking van een aantal gesuggereerde oplossingsrichtingen. Vervolgens zijn de Tweede en Eerste Kamer aan zet. Daarna zal op decentraal niveau, als wordt gekozen voor het nieuwe contract, op het niveau van de sociale partners de keuze moeten worden onderzocht om in te varen, of te kiezen voor een alternatief, zoals ringfencing. Verder heeft het pensioenfonds een eigen verantwoordelijkheid om al dan niet akkoord te gaan met een verzoek van sociale partners tot invaren en dient het in zijn besluitvorming de belangen van de betrokkenen op evenwichtige wijze te behartigen. Wordt er eenmaal ingevaren, dan is tot slot de kans levensgroot dat ten minste enkele gepensioneerden en/of aanspraakgerechtigden de stap naar de rechter maken. Het is de vraag of sociale partners en pensioenfondsen bereid zijn deze risico's te lopen. Als invaren mogelijk wordt gemaakt, maar inderdaad een keuze is en er alternatieven zijn, dan zullen sociale partners er mogelijk met een boog omheen varen.

### Voetnoten

#### [1]

Mr. W.C.M. Donner-Broersma CPL en mr. J-O Kuijkhoven zijn als senior consultant en pensioenrechtadvocaat, respectievelijk partner en pensioenfiscalist werkzaam bij KWPS Employee Benefits & Risk Management.

#### [2]

De mogelijkheid om de reeds bij een pensioenfonds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten onder te brengen bij een verzekeraar hebben wij niet genoemd, omdat deze mogelijkheid op dit moment niet realistisch is vanwege de lage rekenrente en dientengevolge hoge kosten.

#### [3]

Weliswaar kan een bijstortverplichting met de werkgever(s) zijn overeengekomen, maar deze 'garantie' is niet altijd adequaat en vervalt wanneer de werkgever in betalingsonmacht verkeert of failliet gaat.

#### [4]

Behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134 PW.

#### [5]

Voor aanspraken en rechten opgebouwd voor 1 januari 2002 (bij een uitkeringsovereenkomst), respectievelijk 1 januari 2005 (kapitaal- en premieovereenkomst) geldt de eis van individuele actuariële gelijkwaardigheid, tenzij in de pensioenovereenkomst is opgenomen dat ten aanzien van deze aanspraken en rechten eveneens de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid geldt.

#### [6]

Op grond van art. 105, lid 2 PW dient het pensioenfonds de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden en de werkgever evenwichtig te behartigen.