

Toeslagverlening en gelijkwaardigheid volgens het Vrijstellings- en boetebesluit Wet BPF 2000

TPV 2022/24

De pensioenregeling bij een werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, dient bij vrijstelling wegens bestaande pensioenregeling en bij vrijstelling om andere redenen aan de zogenaamde gelijkwaardigheidseis te voldoen. Dit artikel beantwoordt de vraag hoe de gelijkwaardigheid van de toeslagverlening volgens de pensioenregeling van de “vrijgestelde” werkgever moet worden getoetst.

1. Juridisch kader

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zijn soms verplicht en in het algemeen bevoegd om vrijstelling van de verplichte deelneming aan werkgevers te verlenen die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen. Indien niet meer aan de wettelijke voorwaarden of door het bedrijfstakpensioenfonds gestelde voorschriften voor een verleende vrijstelling wordt voldaan, is het bedrijfstakpensioenfonds verplicht de vrijstelling in te trekken.² Een bedrijfstakpensioenfonds is verplicht om vrijstelling van de verplichte deelneming te verlenen voor (verkort en niet geheel volledig weergegeven) bij aanvang van de verplichte deelneming bestaande pensioenvoorzieningen, bij groepsvorming, in verband met een bij cao overeengekomen pensioenvoorziening, voor pensioenvoorzieningen met betrekking tot nettopensioen en in geval van onvoldoende beleggingsrendement.³ Daarnaast is een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bevoegd om vrijstelling om andere redenen te verlenen.⁴

Vrijstelling om andere redenen wordt in de praktijk regelmatig verleend in de situatie waarin op grond van een werkingssfeeronderzoek wordt geconstateerd dat de werknemers van een werkgever met terugwerkende kracht onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen. De werkgever is dan wettelijk verplicht tot aansluiting met terugwerkende kracht tot de datum waarop de werknemers tot deelneming verplicht waren.⁵ Indien de werkgever die met terugwerkende kracht moet aansluiten pensioenovereenkomsten met zijn werknemers is aangegaan

die in de vrije markt zijn ondergebracht (bij een pensioenfonds, verzekeraar, premiepensioeninstelling of buitenlandse toegelaten verzekeraar of pensioeninstelling),⁶ kan met het bedrijfstakpensioenfonds worden overeengekomen dat de werkgever niet of uitsluitend voor de toekomst aansluit. Die mogelijkheid bestaat slechts als vrijstelling voor alle gewezen, bestaande en toekomstige werknemers wordt verleend (zogenaamde collectieve vrijstelling) respectievelijk als vrijstelling voor alle gewezen en bestaande werknemers wordt verleend tot de datum van de aansluiting (zogenaamde afloopvrijstelling of afwikkelvrijstelling).⁷ De afloopvrijstelling komt in de praktijk het vaakst voor. Een tussenvorm is de vrijstelling voor bestaande deelnemers op de datum waarop de vrijstelling moet ingaan, ook voor de toekomst. Alleen nieuwe werknemers gaan dan verplicht deelnemen aan de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds. Deze tussenvorm komt in de praktijk zelden voor omdat de mogelijkheid bestaat dat deze tot ongeoorloofd leeftijdsonderscheid leidt.⁸

In geval van vrijstelling van de verplichte deelneming op grond van een bij aanvang van de verplichtstelling bestaande pensioenregeling of vrijstelling om andere redenen geldt de gelijkwaardigheidseis. Deze houdt in dat de bestaande pensioenvoorziening te allen tijde ten minste actuariael en financieel gelijkwaardig moet zijn aan de pensioenregeling van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.⁹ Deze zogenaamde gelijkwaardigheidstoets dient bij afloopvrijstelling eenmalig te worden uitgevoerd per de datum waarop de vrijstelling aanvangt en daarnaast iedere vijf jaar na die datum tot de datum waarop de aansluiting aanvangt, of zoveel eerder als de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds of de bestaande pensioenvoorziening wijzigde.¹⁰ Deze toetsdata liggen bij afloopvrijstelling uit de aard van die vrijstelling allemaal in het verleden. Bij collectieve vrijstelling geldt indien deze zich mede over het verleden uitstrekt hetzelfde, maar bovendien dat de gelijkwaardigheidstoets vanaf de datum waarop deze ingaat in de toekomst iedere vijf jaar moet worden uitgevoerd, of zoveel eerder als de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds of de bestaande pensioenvoorziening zal worden gewijzigd.

De gelijkwaardigheidstoets kan op twee wijzen worden uitgevoerd. De hoofdregel is dat een zogenaamde kwantitatieve toets wordt uitgevoerd volgens Bijlage 3 van het

1 Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en is als onderzoeker verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Met dank aan mr. A.W. Cramer CPL, eveneens advocaat bij Pensioenadvocaten.nl, voor haar bijdrage aan het onderzoek voor dit artikel.

2 Art. 13 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en art. 8 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

3 Art. 2 tot en met 5 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000. Dat besluit bevat daarnaast een gedetailleerd uitgewerkte regeling voor het verlenen van vrijstelling in verband met fusie, splitsing en doorstart.

4 Art. 6 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

5 Art. 4 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Los daarvan staat de vraag in hoeverre de premie met terugwerkende kracht moet worden betaald. Dat aspect blijft in dit artikel buiten beschouwing.

6 Zie art. 23, lid 1 Pensioenwet.

7 Zie Asser/Lutjens 7-XI 2019/367.

8 Namelijk als de leeftijd van nieuw indienststredende werknemers structureel afwijkt van de leeftijd van werknemers die al in dienst waren en waarvoor de vrijstelling geldt. De vraag is dan of het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is. Werkgevers zullen geneigd zijn te voorkomen dat deze problematiek gaat spelen.

9 Art. 7, lid 5 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

10 Bijlage 3 onder “Frequentie” van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

Vrijstellingsbesluit. Kwantitatieve toetsing houdt in dat de gelijkwaardigheid van de bij de werkgever bestaande pensioenvoorziening op basis van het werknemersbestand bij de aanvragende werkgever, als geldend op de toetsdatum, wordt getoetst aan de hand van een modelbestand van deelnemers aan het bedrijfstakpensioenfonds per die datum.¹¹ De nevenregel is dat de aanvragende werkgever en het bedrijfstakpensioenfonds overeenkomen dat een kwalitatieve toets wordt uitgevoerd. Kwalitatieve toetsing houdt van de feitelijke bestanden geabstraheerde vergelijking van de bij de aanvragende werkgever bestaande pensioenregeling en de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds in.¹²

2. Wat houdt de gelijkwaardigheidseis in voor toeslagverlening?

In Bijlage 3 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 wordt de procedure beschreven die, in de woorden van die bijlage, bij de toetsing van de vereiste actuariële gelijkwaardigheid in acht moet worden genomen (“*Bij de toetsing van de actuariële gelijkwaardigheid wordt de volgende procedure in acht genomen:*”; hierna wordt toegelicht waarom de tevens vereiste financiële gelijkwaardigheid in die passage niet wordt genoemd en wat financiële gelijkwaardigheid inhoudt).¹³ De procedure omvat, zo blijkt uit het vervolg van Bijlage 3, verschillende stappen. Een van die stappen is, dat de werkgever vaststelt welke pensioensoorten in de toetsing worden betrokken (“*De werkgever stelt vast welke pensioensoorten voor toetsing in aanmerking komen.*”). Bij het vaststellen daarvan, gelden verschillende uitgangspunten (“*Hierbij wordt uitgegaan van de volgende punten:*”).¹⁴ Een van die uitgangspunten is, dat de werkgever rekening moet houden met het toeslagenbeleid (“*er wordt rekening gehouden met het toeslagenbeleid*”). Bij dat “rekening houden met” zijn maatgevend: ten eerste de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst en ten tweede het in het verleden gevoerde toeslagbeleid (“*waarbij de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst en het in het verleden gevoerde beleid terzake maatgevend zijn*”).¹⁵ Deze als laatste geciteerde passage kan op twee manieren worden uitgelegd.

De **eerste** uitleg is dat het woord “*terzake*” zowel naar “*de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst*” als naar de **intentie** die gold voor “*het in het verleden gevoerde beleid*” verwijst. Deze uitleg zou ertoe leiden dat voor het in aanmerking te nemen toeslagbeleid conform Bijlage 3, naast de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst, de intentie achter het in het verleden gevoerde toeslagenbeleid maatgevend is (het gaat er dan wat het verleden betreft niet om dat de gelijkwaardigheid achter-

af, op basis van de feitelijk gerealiseerde toeslagen, wordt getoetst, maar dat ook ten aanzien van het verleden wordt getoetst aan de hand van de intentie tot toeslagverlening bij het bedrijfstakpensioenfonds (geen ex post toetsing aan de hand van het gerealiseerde toeslagenbeleid, maar ex ante toetsing geabstraheerd van de werkelijk verleende toeslagen op basis van de intentie). Anders gezegd: geanalyseerd wordt welke intentie over de totale toetsperiode bestond (rekening houdend met wijziging van de intentie), geabstraheerd van de over het verleden feitelijk verleende toeslagen.

De **tweede** uitleg is dat voor het rekening houden met het toeslagenbeleid, naast de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst, ten aanzien van het verleden het feitelijk in het verleden gevoerde toeslagenbeleid maatgevend is. Steun voor deze lezing blijkt uit de wetgeschiedenis. Uit de wetgeschiedenis kan worden afgeleid, dat het om “*het indexatiebeleid van en de gerealiseerde indexatie door het bedrijfstakpensioenfonds*” gaat.¹⁶ Overigens was de geciteerde passage uit Bijlage 3 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 ook al opgenomen in de Vrijstellingsregeling Wet Bpf uit 1998, de voorganger van het huidige Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.¹⁷

De conclusie luidt dan dat de wetgever uitging van de tweede uitlegwijze (ex post toetsing). Dit betekent dat een bedrijfstakpensioenfonds in het kader van de gelijkwaardigheidstoets niet kan stellen dat bij toetsing van de gelijkwaardigheid bij een achteraf te verlenen vrijstelling, ten aanzien van de toeslagverlening die over het verleden werd verleend door het bedrijfstakpensioenfonds, zonder meer de geambieerde toeslagverlening doorslaggevend is, als daarvan door het bedrijfstakpensioenfonds feitelijk negatief werd afgeweken.

De gelijkwaardigheidseis houdt ten aanzien van toeslagverlening in dat de gelijkwaardigheid van de pensioenregeling van de werkgever die vrijstelling met terugwerkende kracht aanvraagt, wat de toeslagverlening betreft wordt getoetst op basis van de feitelijk door het bedrijfstakpensioenfonds verleende toeslagen. Deze worden vergeleken met de feitelijk door de werkgever verleende toeslagen. Dit betekent overigens niet dat de toets over het verleden zo eenvoudig is dat slechts de feitelijk bij de werkgever opgebouwde pensioenen zouden moeten worden vergeleken met de pensioenen die bij het bedrijfstakpensioenfonds zouden zijn opgebouwd, indien de werknemers hadden deelgenomen aan de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds. De werkgever die vrijstelling aanvraagt hoeft immers slechts “rekening te houden” met het door het bedrijfstakpensioenfonds feitelijk gevoerde toeslagenbeleid (de feitelijk door het bedrijfstakpensioenfonds verleende toeslagen als resultaat van het gevoerde beleid). Voor zover een vrijstellingsaanvraag ook op de toekomst betrekking heeft, wordt getoetst of de toesla-

11 Art. 7, lid 5 gelezen in verband met Bijlage 3 onder “Toets”, aanhef en tweede gedachtestreepje Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

12 Art. 7, lid 5 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

13 Zie Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, aanhef.

14 Zie Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, derde gedachtestreepje.

15 Zie Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, derde gedachtestreepje, tweede asterisk.

16 *Kamerstukken I 2006/07*, 30 413, C, p. 47.

17 *Stcr.* 1998, 78, p. 8.

genambitie volgens de pensioenregeling van de werkgever gelijkwaardig is aan de toeslagenambitie van het bedrijfstakpensioenfonds.

In de situatie waarin het bedrijfstakpensioenfonds positief afwijkt van het geambieerde toeslagenbeleid, kan sprake zijn van inhaaltoeslagverlening (alsnog toekennen van de geambieerde toeslag indien de toeslagverlening in het verleden achterbleef bij de ambitie). Inhaaltoeslagen dienen in het kader van de gelijkwaardigheidstoets op het punt van de toeslagverlening in het kader van “*rekening houden met het toeslagbeleid*” mede in aanmerking te worden genomen, omdat het feitelijk verleende toeslagen zijn.¹⁸ Indien extra pensioenaanspraken worden toegekend, bijvoorbeeld voor herstel van kortingen in het verleden, dienen deze bij het uitvoeren van de gelijkwaardigheidstoets in aanmerking te worden genomen in het kader van de “*onvoorwaardelijk toegezegde reglementaire pensioensoorten*”.¹⁹ Kortingen en herstel daarvan tellen uitsluitend mee indien deze via reglementswijzigingen zijn geïmplementeerd, omdat het pensioenreglement van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds bepalend is in het kader van de gelijkwaardigheidstoets.²⁰

3. Houdt de gelijkwaardigheidseis in dat de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds door een werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming een-op-een moet worden gevolgd?

Met het voorafgaande is aangetoond dat uit het objectieve recht (Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000) niet de verplichting voortvloeit voor een werkgever die vrijstelling heeft van verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds, om bij vrijstelling met terugwerkende kracht over het verleden toeslagen te verlenen conform (lees: identiek aan) de feitelijke toeslagverlening die werd verleend door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. Voldoende is dat de werkgever bij de toeslagverlening over het verleden “rekening houdt” met de feitelijk door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds over het verleden toegekende toeslagen.²¹ Bij de toekomstige toeslagverlening is de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds niet verplicht om de door het bedrijfstakpensioenfonds geambieerde toeslagverlening tot de zijne te maken, maar is hij slechts verplicht de intentie te hebben toeslagen te verlenen volgens de ambitie van het bedrijfstakpensioenfonds.

3.1 Actuariële gelijkwaardigheid

Hiervoor bleek dat actuariële gelijkwaardigheid niet inhoudt dat de door de werkgever over het verleden verleende toeslagen **gelijk** moeten zijn aan de door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds verleende toeslagen, maar **gelijkwaardig**. De gelijkwaardigheidstoets houdt in dat de collectieve actuariële waarde van de feitelijk door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds over het verleden aan het modelbestand toegekende toeslagen moet overeenkomen met de collectieve actuariële waarde van de toeslagen die door de werkgever aan zijn bestand werden toegekend. Men spreekt van collectieve actuariële gelijkwaardigheid, geen gelijkwaardigheid op individueel niveau maar voor de groep.²² Het bedrijfstakpensioenfonds dient akkoord te zijn met de factoren aan de hand waarvan de werkgever de gelijkwaardigheid van de toeslagverlening aantoont.²³

In verband met de toekomstige toeslagverlening door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds houdt actuariële gelijkwaardigheid in, dat de actuariële waarde van de geschatte toekomstige toeslagverlening aan het bestand van de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds, gelijk is aan de actuariële waarde van de toekomstige aan de hand van de ambitie van het bedrijfstakpensioenfonds ingeschatte toeslagverlening aan het modelbestand van het bedrijfstakpensioenfonds. Ook hier geldt dat sprake moet zijn van collectieve actuariële gelijkwaardigheid. In dit verband dient de schatting van de toekomstige toeslagverlening zich uit te strekken over een periode van 35 jaar vanaf de datum waarop de vrijstelling ingaat.²⁴ Daarbij zijn de regelingen als geldend op de datum waarop de vrijstelling moet ingaan bepalend.²⁵ Aan de norm van collectieve actuariële gelijkwaardigheid is voldaan, indien de actuariële waarde van de geschatte uitkeringen (inclusief de geschatte toeslagverlening) over 35 jaar vanaf de datum waarop de vrijstelling ingaat vanuit de pensioenregeling van de werkgever, ten minste 95% bedraagt van de actuariële waarde van de uitkeringen uit hoofde van de pensioenregeling van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor het modelbestand.²⁶

3.2 Financiële gelijkwaardigheid

Financiële gelijkwaardigheid houdt (vereenvoudigd weergegeven) in dat toegekend pensioen moet zijn afgefinancierd, tenzij bij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioen-

18 Zie Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, derde gedachtestreepje, eerste asterisk.

19 Zie Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, derde gedachtestreepje, tweede asterisk.

20 Zie Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, derde gedachtestreepje, eerste asterisk, de woorden “*reglementaire pensioensoorten*”.

21 Volgens de terminologie in Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, derde gedachtestreepje, tweede asterisk.

22 Zie de definitie van collectieve actuariële gelijkwaardigheid in art. 60, lid 5 en art. 61, lid 4 Pensioenwet. Zie voor een uitwerking in het kader van collectieve waardeoverdracht het Protocol collectieve waardeoverdracht, uitgave van het Verbond van Verzekeraars, te vinden via www.verzekeraars.nl/media/protocol-collectieve-waardeoverdracht-2019.pdf.

23 Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, vijfde gedachtestreepje.

24 Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, zesde gedachtestreepje.

25 Dit volgt eveneens uit Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, zesde gedachtestreepje.

26 Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 onder “Toets”, zevende gedachtestreepje.

fonds sprake is van uitstelfinanciering.²⁷ De financiering van de pensioenregeling van de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming dient ten minste hetzelfde te zijn als die van het bedrijfstakpensioenfonds. Indien de pensioenregeling van de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming bij een verzekeraar is ondergebracht, is het lastig de vergelijking te maken. Voor een verzekeraar geldt immers de Solvency-regelgeving²⁸ (uitgewerkt in de Wet op het financieel toezicht; zekerheidsgraad 99,5%²⁹), terwijl voor het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds de IorP II-richtlijn³⁰ geldt (uitgewerkt in het financieel toetsingskader (FTK) opgenomen in hoofdstuk 6 van de Pensioenwet; zekerheidsgraad 97,5%).³¹ Dit verschil tussen de Solvency-regelgeving en het FTK betekent in het kader van de onderbrengingsverplichting³² voor zowel opgebouwd nominaal pensioen als eenmaal toegekende toeslagen dat de buffers die een verzekeraar dient aan te houden hoger dienen te zijn dan de buffers die het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds moet aanhouden gezien het verschil in te bieden zekerheidsmaatstaf.³³ Voor de (gewezen) deelnemer betekent het verschil tussen toepasselijkheid van Solvency II en het FTK niet dat de rechten op opgebouwd pensioen of eenmaal toegekende toeslagen afwijken, maar dat de zekerheidsmaatstaf afwijkt. Dit verschil heeft geen betekenis in het kader van de financiële gelijkwaardigheid, omdat die slechts de financiering betreft,³⁴ niet de buffervorming binnen de pensioeninstelling waar het pensioen is ondergebracht.

Een financieringsachterstand binnen de vrijgestelde pensioenregeling ondergebracht bij een verzekeraar was op grond van de rechtspraak tot 2016 toegestaan, mits de verzekeraar de rechten garandeerde en het insolventierisico

van de werkgever heeft overgenomen.³⁵ Sedert de implementatie van de Solvency-II Richtlijn in de Wet op het financieel toezicht met ingang van 2016 is het echter mijns inziens niet meer toegestaan dat een verzekeraar rechten garandeert tegen uitstelfinanciering. Sedert 2016 bepaalt art. 67, lid 2 Wet op het financieel toezicht namelijk dat de activa die een verzekeraar ter dekking van zijn verplichtingen moet aanhouden, zodanig moeten worden vastgesteld dat een andere verzekeraar de verplichtingen van de verzekeraar tegen overdracht van die activa zou willen, kunnen en mogen overnemen.³⁶ Aangenomen moet worden dat vorderingen op verzekeringnemers daarom sinds 2016 niet meer kwalificeren als activa ter dekking van pensioenverplichtingen. Een verzekeraar zal de portefeuille van een andere verzekeraar immers niet willen overnemen indien en voor zover de verplichtingen zijn gedekt door vorderingen op verzekeringnemers. Hiervoor gaf ik aan dat het woord “financiële” ontbreekt in de voorschriften van Bijlage 3 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 omtrent de gelijkwaardigheidstoets. De verklaring is dat de financiering van pensioen losstaat van de toekenning van pensioen. De toets of de pensioenaanspraken uit hoofde van pensioenovereenkomsten die de “vrijgestelde” werkgever met zijn werknemers sluit, actuariel gelijkwaardig zijn aan de pensioenaanspraken die aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zouden zijn ontleend indien de werkgever bij het bedrijfstakpensioenfonds zou zijn aangesloten, staat los van de toets naar de financiële gelijkwaardigheid.

Een pensioenfonds (en daarmee ook een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds) kan voorwaardelijke toeslagverlening financieren uit een daarvoor gevormde technische voorziening, uit ongebonden eigen vermogen, uit een opslag op de premie³⁷ of uit overrendement.³⁸ De opslag op de premie kan eventueel een gedempte premieopslag zijn indien het pensioenfonds de pensioenverplichtingen dekt op basis van gedempte premie (premie die lager wordt vastgesteld dan de kostendekkende premie op basis van anticipatie op de renteontwikkeling of het verwachte rendement op de beleggingen). De zekerheidsmaatstaf van toeslagverlening die tegen gedempte premie wordt ondergebracht zal lager zijn dan die van toeslagverlening ondergebracht tegen kostendekkende premie. Dat doet echter niet af aan de financiële gelijkwaardigheid, omdat daarvoor slechts bepalend is dat geen sprake is van finan-

27 Uitstelfinanciering bij pensioenfonds is sinds 2000 overigens niet meer toegestaan vanwege het per 1 januari 2000 in de destijds geldende Pensioen- en spaarfondsenwet ingevoerde voorschrift dat de pensioenaanspraken volledig moeten zijn gefinancierd en gedekt door toereikende voorzieningen (art. 9a Pensioen- en spaarfondsenwet in de vanaf 2000 geldende tekst). Sinds 2007 bepaalt de Pensioenwet dat de premie kostendekkend moet zijn in verhouding tot de aangroei van de pensioenverplichtingen. Zie art. 128 Pensioenwet.

28 Richtlijn 2009/138/EG van 25 november 2009, *PbEU* 17 december 2009, L 335.

29 Zie overweging 64, art. 101, lid 3 en art. 104, lid 4 van Richtlijn Solvency II.

30 Richtlijn (EU) 2016/2341 van 14 december 2016, *Pb EU* 23 december 2016, L 354, p. 37-85.

31 Art. 132, lid 2 Pensioenwet. Zie nader W.P.M. Thijssen, 'Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfonds', *NJB* 2014/1998.

32 Opgenomen in art. 23 Pensioenwet.

33 Een relativerende factor ten aanzien van de hoogte van de buffers is overigens dat pensioenfonds hun voorzieningen moeten waarderen op basis van de marktrente (een actuele rentetermijnstructuur; art. 2, lid 2 Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds), terwijl verzekeraars bij de berekening van hun voorzieningen een hogere rekenrente mogen hantieren op grond van Solvency II (de EIOPA-UFR-methode, zie het Advies Commissie Parameters van 6 juni 2019, te vinden op de website van het CPB, p. 67-68). Gevolg is dat het verschil in aan te houden buffers (deels) wordt gecompenseerd door het verschil in aan te houden voorzieningen. Zie ook het Verslag van een mondelinge behandeling van 8 juni 2017, *Kamerstukken II*, 85-10 (Rekenrente voor verplichtingen van verzekeraars).

34 Art. 17 Pensioenwet.

35 Dat dit is toegestaan volgt uit Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800 inzake Washington. Zie ook *Asser/Lutjens* 7-XI 2019/265.

36 Tot 2016 gold op grond van art. 67 Wet op het financieel toezicht dat een verzekeraar toereikende voorzieningen diende aan te houden. De wijziging van art. 67 en het opnemen van de tekst van het huidige art. 67, lid 2 Wet op het financieel toezicht was noodzakelijk in het kader van de implementatie van de Solvency-II Richtlijn (Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het Verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (herschikking), *PbEU* 17 december 2009, L 335, p. 1-155). Zie voor de wijzigingen van art. 67, lid 2 Wet op het financieel toezicht ook W.P.M. Thijssen, 'Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfonds', *NJB* 2014/1998.

37 Art. 128, lid 2 Pensioenwet.

38 Art. 137, lid 4 Pensioenwet.

cieringsachterstand. Het verschil tussen gedempte en kostendeekkende premie heeft slechts gevolgen voor de zekerheidsmaatstaf (die overigens wel minimaal 97,5% dient te zijn).

In het kader van bij een verzekeraar ondergebrachte pensioenregelingen pleegt voorwaardelijke toeslagverlening te worden gefinancierd uit een daarvoor gevormd en bij de verzekeraar ondergebracht depot,³⁹ uit aanvullende premie of uit rentestandskortingen op de premie of uit winstdeling gerealiseerd uit overrendement op de door de verzekeraar aangehouden beleggingen (dat kunnen ook fictieve beleggingen zijn).⁴⁰ Een combinatie van deze varianten is ook mogelijk. In het kader van de financiële gelijkwaardigheidstoets kan de werkgever volstaan met in de pensioenovereenkomst overeengekomen financiering op basis van deze varianten of een combinatie daarvan, zonder een “bijstortingsverplichting” op zich te nemen inhoudend dat aanvullende middelen beschikbaar worden gesteld indien de door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds toegekende toeslagverlening niet kan worden gevolgd op basis van de overeengekomen financiering. De reden daarvoor is dat voldoende is dat de werkgever de intentie heeft om de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds te volgen. De betreffende regeling uit Bijlage 3 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 moet wel met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid worden geïnterpreteerd: de overeengekomen financieringswijze van de voorwaardelijke toeslagverlening binnen de pensioenregeling waarvoor vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds geldt, moet ex ante getoetst wel een redelijke mate van waarschijnlijkheid bieden dat de toeslagverlening uit hoofde van de vrijgestelde pensioenregeling in de pas loopt met de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds.

4. Vrijstelling onder voorwaarden

Mag een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds voor het verlenen van onverplichte vrijstelling de **voorwaarde** stellen dat de werkgever identieke toeslagen toekent als het bedrijfstakpensioenfonds? Het bedrijfstakpensioenfonds heeft immers beleidsvrijheid bij het al dan niet verlenen van vrijstelling en zelfs de vrijheid in beginsel nimmer vrijstelling te verlenen.⁴¹ De gestelde vraag dient te worden beantwoord in het licht van het leerstuk van de contractvrijheid. Het verlenen van onverplichte vrijstel-

ling berust immers op een overeenkomst tussen het bedrijfstakpensioenfonds en de werkgever die vrijstelling aanvraagt, waarin eventueel voorwaarden kunnen zijn opgenomen waaronder het bedrijfstakpensioenfonds de onverplichte vrijstelling verleent (het is uiteraard ook mogelijk dat geen voorwaarden worden overeengekomen). In de praktijk komt bijvoorbeeld in geval van aansluitplicht met terugwerkende kracht wel voor dat wordt overeengekomen dat de werkgever vanaf een bepaalde datum aansluit, over de afgelopen vijf jaar vrijstelling van de verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds verkrijgt voor een gelijkwaardige of gelijkwaardig te maken bestaande pensioenregeling en over de periode daarvoor een vrijwaring voor vorderingen van werknemers op het bedrijfstakpensioenfonds geeft.⁴² De voorwaarde voor het verlenen van vrijstelling is dan dat over de periode vóórdat de vrijstelling gaat gelden, de werkgever het bedrijfstakpensioenfonds vrijwaart voor “geen premie, toch pensioen”-vorderingen. Feitelijk kan de aansluitplicht immers ook voor die periode gelden, reden waarom het bedrijfstakpensioenfonds een vrijwaring voor die periode als voorwaarde zal willen stellen.⁴³

Zolang het stellen van dergelijke voorwaarden niet in strijd komt met de wet, de openbare orde of de goede zeden, moet worden aangenomen dat het stellen daarvan mogelijk is.⁴⁴ Voorwaarden die tot voor de werkgever die vrijstelling wenst aan te vragen onaanvaardbare rechtsgevolgen leiden, kunnen echter niet worden gesteld.⁴⁵ De voorwaarde dat de werkgever slechts vrijstelling zal verkrijgen indien uit hoofde van de pensioenregeling waarvoor vrijstelling wordt aangevraagd identieke toeslagen zullen worden toegekend als door het bedrijfstakpensioenfonds zullen worden verleend, pakt strenger uit dan de wettelijke gelijkwaardigheidseis. Dat betekent dat het stellen van deze voorwaarde in strijd met de wet zou zijn, zodat de contractvrijheid van het bedrijfstakpensioenfonds op dit punt is ingeperkt.⁴⁶ Het stellen van de voorwaarde kan daarom tevens misbruik van bevoegdheid opleveren, met als gevolg dat het bedrijfstakpensioenfonds dat de voorwaarde bedingt eventueel ook schadeplichtig kan zijn jegens de werkgever.⁴⁷

39 Sedert de invoering van de Pensioenwet zijn niet volgens art. 23 Pensioenwet ondergebrachte toeslagfondsen (bijvoorbeeld in de vorm van een door de werkgever beheerde stichting) voor de financiering van voorwaardelijke toeslagverlening niet meer toegestaan. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 18.

40 Zie voor de diverse mogelijkheden in de praktijk de Beleidsregel toeslagenmatrix, geldend van 2 maart 2007 tot 8 september 2015, Beleidsregel van De Nederlandsche Bank N.V. van 26 februari 2007, nr. TB/2007/00372/Sch, houdende regels omtrent art. 95, eerste lid, van de Pensioenwet en art. 103, eerste lid, van de Wet verplichte beroeps pensioenregeling, te vinden via <https://wetten.overheid.nl/BWBR0021367>.

41 Rechtbank Rotterdam 5 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA4643, waaruit kan worden afgeleid dat een weigering om vrijstelling te verlenen kan worden getoetst aan art. 3:4, lid 2 Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

42 Zie voor een voorbeeld Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:595.

43 Zie HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462. De vraag rijst of een bedrijfstakpensioenfonds dat genoegen neemt met een vrijwaring wel voldoet aan de handhavingsplicht van art. 4 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Vgl. *Asser/Lutjens* 7-XI 2019/331.

44 Art. 3:40 BW.

45 Zie art. 6:248, lid 2 BW.

46 Namelijk in strijd met art. 7, lid 5 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, waardoor de contractvrijheid is beperkt op grond van art. 3:40 BW.

47 Art. 3:13 BW inzake misbruik van bevoegdheid en art. 6:162 BW inzake de eventuele schadevergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad.

5. **Het verbinden van voorschriften aan de vrijstelling**⁴⁸

Mag een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat op zichzelf bereid is vrijstelling van de verplichte deelneming te verlenen, aan het verlenen van onverplichte vrijstelling **het voorschrift** verbinden dat de werkgever identieke toeslagen toekent als het bedrijfstakpensioenfonds? Gezien de wettelijke invulling van de gelijkwaardigheidseis is dat niet het geval. Het bedrijfstakpensioenfonds dient het voorschrift van actuariële en financiële gelijkwaardigheid te stellen, geen verdergaand voorschrift. Het verdergaande voorschrift zou in verband met strijd met de wet⁴⁹ afketen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het legaliteitsbeginsel (het objectieve recht biedt geen rechtsgrond voor het stellen van strengere eisen dan door de wet gesteld).

6. **Geldt de toeslagverlening bij de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming als gevolg van de gelijkwaardigheidseis als onvoorwaardelijk?**

Het thema van onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagverlening is momenteel actueel. Met onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagverlening wordt toeslagverlening bedoeld die vóór 2007 (vóór invoering van de Pensioenwet) voorwaardelijk was bedoeld, maar vanaf 2007 niet in de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst, het pensioenreglement en de persoonlijke informatie was voorzien van de sedertdien vereiste voorwaardelijkheidsverklaring.⁵⁰ De bedoelde voorwaardelijkheid pleegt in te houden dat toeslagen volgens een bepaalde ambitie werden toegekend tegen uitstelfinanciering, waarbij de definitieve toekenning van de toeslag volgens de ambitie in een bepaald jaar zou afhangen van een beslissing van de werkgever. Bedoeld werd dat, indien het gezien de financiële positie van de werkgever, naar het oordeel van de werkgever, niet verantwoord zou zijn om in het betreffende jaar de geambieerde toeslag toe te kennen, de werkgever bevoegd zou zijn de toeslagverlening achterwege te laten of te beperken.

De lijn in de rechtspraak is dat dergelijke voorwaardelijk bedoelde toeslagverlening vanaf 2007 onvoorwaardelijk is geworden. Dit als gevolg van het feit dat vanaf 2007 de definitie van het begrip pensioenaanspraak onvoorwaardelijke toeslagverlening bevat, en onvoorwaardelijke pensioenaanspraken niet meer kunnen worden gewijzigd.⁵¹ De voorwaardelijk bedoelde toeslagverlening is vanaf 2007 onvoorwaardelijk geworden indien de vereiste voorwaar-

delijkheidsverklaring niet is opgenomen. De consequentie daarvan is weer dat de toekomstige toeslagen uit hoofde van onvoorwaardelijke toeslagverlening moeten zijn ondergebracht en moeten worden vóórgefinancierd.⁵² Voor pensioenfondsen betekent dit dat tegenover onvoorwaardelijke toeslagverlening een voldoende voorziening moet staan.⁵³ Uitstelfinanciering voor onvoorwaardelijke toeslagverlening is slechts beperkt mogelijk door middel van een leningconstructie, die slechts in beperkte mate is toegestaan.⁵⁴ Voor verzekeraars betekent dit dat uitstelfinanciering van onvoorwaardelijke toeslagverlening slechts mogelijk is indien de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever ten aanzien van de toekomstige financiering op zich neemt.⁵⁵ Zoals hiervoor werd uiteengezet, was dat waarschijnlijk tot 2016 wel mogelijk, maar sedert 2016 niet meer.

De hiervoor bedoelde rechtspraak, waarin werd geoordeeld dat indien de hier bedoelde vorm van toeslagverlening die vóór 2007 voorwaardelijk was bedoeld vanaf 2007 als onvoorwaardelijk gold indien niet vóór 2007 een voorwaardelijkheidsverklaring was opgenomen in de pensioenovereenkomst en de overige juridische documenten, had tot gevolg dat deze onbedoeld onvoorwaardelijk geworden toeslagverlening vanaf 2007 niet meer kon worden gewijzigd.⁵⁶ In mijn visie gaat deze rechtspraak ten onrechte volledig voorbij aan het feit dat de wetgever niet voor ogen had toeslagverlening die vóór 2007 voorwaardelijk was bedoeld vanaf 2007 onvoorwaardelijk te laten worden. De wetgever beoogde slechts verduidelijking van arbeidsvoorwaarden door het opnemen van een voorwaardelijkheidsverklaring volgens de nieuwe wetgeving, geen wijziging.⁵⁷ Uitgaande van de bedoeling van de wetgever kon onbedoeld onvoorwaardelijk geworden toeslagverlening in mijn visie ook vanaf 2007 alsnog voorwaardelijk worden gemaakt conform de oorspronkelijke bedoeling door alsnog een voorwaardelijkheidsverklaring op te nemen.⁵⁸

48 Ik merk op dat een voorwaarde civielrechtelijk karakter heeft, een voorschrift bestuursrechtelijk karakter. Materieel kunnen voorwaarden en voorschriften overeenkomen, zoals in de hier behandelde kwestie over de gelijkheidseis (die noch als voorwaarde, noch als voorschrift mag worden gesteld).

49 Art. 7, lid 5 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

50 Zie art. 95, lid 3 Pensioenwet.

51 Art. 1 (de definitie van het begrip "pensioenaanspraak") gelezen in verband met art. 20 Pensioenwet.

52 Zie art. 17 gelezen in verband met art. 23 Pensioenwet. Zie voorts Wirschem, T&C Pensioenwet, art. 1 Pensioenwet, aant. 2.

53 Art. 126, lid 1 Pensioenwet.

54 Art. 135, lid 1, aanhef en onder b Pensioenwet.

55 Onderbrenging volgens art. 23 Pensioenwet betekent niet méér dan dat de verzekeraar de uitkeringsverplichting op zich neemt. Zie Rb. Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800.

56 Op grond van art. 20 Pensioenwet. Zie Rb. Noord-Holland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6929; Hof Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:25; Rb. Den Haag 11 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1061; Rb. Den Haag 13 augustus 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:7813; PHR 6 augustus 2021, ECLI:NL:PHR:2021:737 en Rb. Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12948.

57 Zie het meest duidelijk *Kamerstukken I 2006/07*, 30 655, C, p. 2-3.

58 Zie over de problematiek T. Huijg, "Onvoorwaardelijke" toeslag wel degelijk te wijzigen', *PensioenMagazine* 2020/45; R.H. Maatman, 'Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 PW', *TPV* 2021/29; E. Lutjens, 'De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet, Reactie op: Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 PW', *TPV* 2021/30; T. Huijg, 'Wijzigingsverbod en vaste verhogingen: gebrek aan financiering juist van belang', *TPV* 2021/39; E. Lutjens, 'Geen financiering toch pensioen geldt ook voor onvoorwaardelijke toeslagen, Reactie op: Wijzigingsverbod en vaste verhogingen: gebrek aan financiering juist van belang', *TPV* 2021/40.

Met het oog op de gelijkwaardigheidstoets voor toeslagverlening rijst in verband met het kort aangeduide juridisch kader voor (onbedoeld) onvoorwaardelijke toeslagverlening de vraag of de toeslagverlening door een werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds als onvoorwaardelijk geldt. Ervan uitgaande dat de toeslagverlening door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds als voorwaardelijk geldt, geldt de toeslagverlening door de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming dan ook als voorwaardelijk, of toch als onvoorwaardelijk omdat voor de werkgever de gelijkwaardigheidseis geldt? Gesteld kan worden dat de toeslagverlening door de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming niet als onvoorwaardelijk geldt, omdat de gelijkwaardigheidseis de werkgever met vrijstelling niet dwingt de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds een-op-een te volgen. Dit standpunt wordt hierna gemotiveerd.

In de wetgeschiedenis bij de Pensioenwet⁵⁹ is expliciet aan de orde geweest dat bij een werkgever die in het kader van een verleende vrijstelling de voorwaardelijke toeslagverlening door het betreffende bedrijfstakpensioenfonds volgt, de toeslagverlening door de werkgever óók voorwaardelijk is, omdat de werkgever de ruimte heeft om in specifieke omstandigheden af te wijken van de door het bedrijfstakpensioenfonds verleende toeslagverlening. Dat afwijking mogelijk is, werd hiervoor aangetoond. Dat zou betekenen dat die werkgever daarom als gevolg van de inwerkingtreding van de Pensioenwet niet wordt geconfronteerd met de extra financieringslasten die hiervoor aan de orde kwamen (vóórfinanciering van toekomstige toeslagen over opgebouwde aanspraken), die er wel zouden zijn indien de toeslagregeling van de werkgever zou moeten worden gekwalificeerd als een onvoorwaardelijke toeslagregeling, omdat de toeslagverlening van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zou moeten worden gevolgd. Dan zou bovendien ook de bizarre discrepantie ontstaan dat het bedrijfstakpensioenfonds niet verplicht is tot vóórfinanciering van de voorwaardelijke toeslagverlening, terwijl de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming dan wel tot vóórfinanciering van de toekomstige toeslagverlening verplicht zou zijn.

In de wetgeschiedenis wordt opgemerkt, dat “*rekening houden met*” het toeslagbeleid van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds,⁶⁰ betekent dat de werkgever de intentie moet hebben om de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds te volgen en dat dit ook uit de feitelijke gedragingen van de werkgever moet blijken. De werkgever kan volgens de wetgeschiedenis van dit uitgangspunt afwijken, indien het volgen van de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds in enig jaar door omstandigheden in redelijkheid niet van de werkgever zou kunnen worden gevergd. Uit de wetgeschiedenis blijkt, gezien het voorgaande, dat de van verplichte deelneming vrijgestelde werkgever de intentie moet hebben

om de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds te volgen. Verder blijkt dat de voorwaardelijkheid, in de zin van de mogelijkheid om in enig jaar niet te volgen indien dat in de gegeven omstandigheden onredelijk zou zijn, in de toeslagverlening door de werkgever is “ingebakken”. Dat doet er echter niet aan af, dat de concrete toeslagregeling in een gedispenseerde regeling die een werkgever met zijn werknemers is overeengekomen, wel degelijk een onvoorwaardelijke indexeringtoezegging kan inhouden (te weten: als de sedert 2007 vereiste voorwaardelijkheidsverklaring ontbreekt,⁶¹ bijvoorbeeld indien is bepaald dat de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds zonder meer wordt gevolgd). De werkgever heeft dan de ruimte die het objectieve recht biedt om in specifieke omstandigheden af te wijken van de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds “weggecontracteerd”.⁶²

7. **Kan de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds de toeslagverlening uit hoofde van zijn pensioenregeling wijzigen met als gevolg dat deze gaat afwijken van de toeslagverlening bij het bedrijfstakpensioenfonds?**

Deze vraag is hiervoor feitelijk al beantwoord: ja, mits de toeslagverlening aan de gelijkwaardigheidseis blijft voldoen. Een in de praktijk relevante vraag in het verlengde van deze vraagstelling is welke de gevolgen zijn van het aflopen van toeslagverlening op basis van een toeslagregeling opgenomen in een pensioenregeling waarvoor vrijstelling van de verplichte deelneming wordt genoten. Die situatie kan zich voordoen als de toeslagverlening, opgenomen in een pensioenregeling waarvoor vrijstelling van verplichte deelneming aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bestaat, als ambitie de ambitie van het bedrijfstakpensioenfonds kent, en als financieringswijze rentestandskortingen op de premie en/of overrentedeling. Het betreft dan een bij een verzekeraar ondergebrachte pensioenregeling of een bij een pensioenfonds ondergebrachte pensioenregeling waarbij de toeslagverlening uit overrendement wordt gefinancierd.⁶³ De toeslagverlening kan in die situatie aflopen indien de rentestandskortingen en/of de overrente afloopt of stopt. Als gevolg van de structureel lage rentestand van de afgelopen jaren heeft deze situatie zich veelvuldig voorgedaan. Uit de rechtspraak blijkt dat in die situatie geen bijstortplicht voor de

61 Art. 95, lid 3 Pensioenwet.

62 Met name kan zich de mogelijkheid voordoen dat vóór 2007 (de invoering van de Pensioenwet) voorwaardelijk bedoelde toeslagverlening vanaf 2007 als onvoorwaardelijk is gaan gelden. Zie de uiteenzetting hiervóór in dit artikel. Dit deed zich voor bij voorwaardelijk bedoelde toeslagverlening op basis van uitstelfinanciering, waarbij de voorwaarde (dat de werkgever het jaarlijks voor de financiering van de toeslag over het betreffende jaar benodigde bedrag zou kunnen opbrengen) niet uitdrukkelijk of voldoende duidelijk was vastgelegd. De wetgever beoogde meer duidelijkheid voor deelnemers aan pensioenregelingen na te streven door voor te schrijven dat de bestaande situatie vanaf 2007 kon worden gecontinueerd door het opnemen van een voorwaardelijkheidsverklaring.

63 Art. 137, lid 4, aanhef en onder e Pensioenwet.

59 Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 46-47.

60 Conform Bijlage 3 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

werkgever bestaat, juist omdat de toeslagverlening anders feitelijk onvoorwaardelijk zou zijn.⁶⁴

Het antwoord op de opgeworpen vraag luidt dat ook in de situatie waarin de werkgever vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds heeft, geen bijstortplicht bestaat om ondanks het aflopen van de rentestandskortingen en/of overrente de toeslagverlening te blijven financieren. Voldoende is immers dat de werkgever met vrijstelling van de verplichte deelneming aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds de intentie heeft om de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds te volgen en kan volstaan met financiering van de toeslagverlening op de in de praktijk gebruikelijke wijzen (zoals financiering van toeslagverlening op basis van rentewinstdeling en/of overrente). De consequentie is dat de toeslagverlening voor (gewezen) deelnemers aan een pensioenregeling waarvoor vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds geldt, kan achterblijven bij de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds. De tegengestelde situatie kan zich echter ook voordoen, bijvoorbeeld indien het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds in verband met onderdekking geen toeslagen kan verlenen, terwijl binnen de pensioenregeling waarvoor vrijstelling van de verplichte deelneming wordt genoten nog sprake is van rentewinstdeling en/of overrente. Uit het voorafgaande kader volgt ook dat inhaaltoeslagen door het bedrijfstakpensioenfonds verleend nadat de toeslagverlening achterbleef, bij de ambitie niet hoeven te worden gevolgd.

8. Tot besluit

In dit artikel is de vraag beantwoord hoe de gelijkwaardigheid van de toeslagverlening volgens de pensioenregeling van de “vrijgestelde” werkgever moet worden getoetst. De kern van dit artikel wordt weergegeven in onderstaande tabel.

De conclusie luidt dat toeslagverlening op grond van een pensioenregeling waarvoor vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds geldt, kan afwijken van de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds, in ongunstige maar ook in gunstige zin.

Inhoud gelijkwaardigheidseis	Vrijstelling verleend voor verstreken diensttijd	Vrijstelling verleend voor toekomstige diensttijd
<i>Ambitie</i>	Intentie tot het volgen van de feitelijk over het verleden door het bedrijfstakpensioenfonds verleende toeslagen	Intentie tot het volgen van de door het bedrijfstakpensioenfonds geambieerde toeslagverlening
<i>Actuariële gelijkwaardigheid</i>	Collectieve actuariële gelijkwaardigheid tussen de feitelijk door het bedrijfstakpensioenfonds verleende toeslagen en de door de werkgever met vrijstelling verleende toeslagen	Collectieve actuariële gelijkwaardigheid tussen de op grond van de pensioenregeling waarvoor vrijstelling is verleend geambieerde toeslagverlening en de door het bedrijfstakpensioenfonds geambieerde toeslagverlening
<i>Financiële gelijkwaardigheid</i>	Marktconforme financiering van de toeslagverlening binnen de pensioenregeling waarvoor vrijstelling wordt genoten die een redelijke kans biedt op actuariële gelijkwaardigheid; een bijstortverplichting voor de werkgever is géén vereiste omdat dan feitelijk sprake zou zijn van onvoorwaardelijke toeslagverlening	

64 Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2043.