



mr. Jan Aart van de Hoef
Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl



mr. W.P.M. Thijssen
Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl

In dit artikel bespreken wij de eisen die het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000¹ stelt aan de toeslagverlening bij de pensioenregeling van een werkgever met vrijstelling van verplichte deelneming in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Daarbij zal worden ingegaan op de situatie waarin om vrijstelling wordt verzocht met terugwerkende kracht terzake verstreken dienstjaren, alsmede voor de toekomstige dienstjaren. Daarna wordt besproken welke gevolgen de invoering van de Wet toekomst pensioenen (hierna: 'Wtp') zal hebben voor een bestaande vrijstelling waarbij onderscheid wordt gemaakt voor de situatie waarin wel en niet sprake is van invaren van bestaande pensioenaanspraken en -rechten. Tenslotte gaan wij in op de vrijstelling die wordt aangevraagd na inwerkingtreding van de Wtp.²

Toeslagverlening bij vrijstelling Bpf onder huidig recht en onder de Wtp

VRIJSTELLING VAN VERPLICHTE DEELNEMING

Een werkgever waarvan de bedrijfsactiviteiten vallen onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds als omschreven in een verplichtstellingsbesluit³ van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan om verschillende redenen verzoeken om vrijstelling van verplichte deelneming. Het Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000 (hierna: 'VBB') bevat daartoe een aantal verplichte vrijstellingen, waarbij het bedrijfstakpensioenfonds verplicht is de vrijstelling te verlenen indien de aanvrager voldoet aan de geldende wettelijke voorwaarden als vermeld in de artikelen 2 tot en met 5 VBB, en de zogenaamde vrijwillige vrijstelling van artikel 6 VBB (Vrijstelling om andere redenen) waarbij sprake is van een discretionaire bevoegdheid om de vrijstelling al dan niet te verlenen. In de praktijk wordt een vrijstelling veelal aangevraagd door de werkgever die een eigen pensioenregeling kent, ondergebracht bijvoorbeeld bij een pensioenverzekeraar of een premiepensioeninstelling en op een later tijdstip onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds komt of reeds blijkt te vallen. In zo'n situatie wordt, mede teneinde dubbele premiebetaling te voorkomen, veelal om vrijstelling verzocht voor het verleden en voor de

toekomst, bijvoorbeeld tot de afloopdatum van de uitvoeringsovereenkomst bij de 'eigen' pensioenuitvoerder van de werkgever. Als de werkgever na die afloopdatum aansluit bij het bedrijfstakpensioenfonds, wordt van afloopvrijstelling of afwikkelvrijstelling gesproken. Als de werkgever ook voor de toekomst en voor toekomstige nieuwe werknemers vrijstelling verkrijgt, wordt van collectieve vrijstelling gesproken. Hierna beperken wij ons tot de verplicht te verlenen vrijstelling op grond van een bij de werkgever die onder de verplichtstelling komt te vallen reeds een half jaar bestaande pensioenregeling (art. 2 VBB) en de vrijstelling om andere redenen (art. 6 VBB).

VOORWAARDEN VOOR VRIJSTELLING VAN VERPLICHTE DEELNEMING

Als wettelijke voorwaarde voor het verlenen van de vormen van vrijstelling van verplichte deelneming waartoe wij ons beperken, geldt ingevolge het bepaalde in artikel 7, lid 5 VBB dat de eigen pensioenregeling van de werkgever actuariel en financieel gelijkwaardig dient te zijn aan die van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. De uitgangspunten ter bepaling van de wettelijk vereiste actuariële en financiële gelijkwaardigheid zijn uitgewerkt in Bijlage 3 VBB. Het betreft hier de eis van collectieve gelijkwaardigheid.⁴ Die houdt in dat de gelijkwaardigheid niet op individueel niveau (per verzekerde) vereist is, maar bezien

1 Besluit van 21 december 2000, Staatsblad 633.

2 De datum indiening van kopij voor dit artikel sloot op 28 november 2022.

3 Een besluit als bedoeld in art. 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

4 Zie art. 60, lid 5 Pw voor een definitie van collectieve gelijkwaardigheid.

over de gehele groep deelnemers. De toets of sprake is van gelijkwaardigheid vindt plaats bij het verzoek om vrijstelling, vervolgens eens per vijf jaar. Echter, indien sprake is van een ingrijpende wijziging van de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds waarvan vrijstelling is verkregen of van die van de werkgever, kan een tussentijdse toets worden verlangd.⁵

Kort gezegd wordt volgens Bijlage 3 voor de toets van de actuariële gelijkwaardigheid uitgegaan van de onvoorwaardelijk toegezegde reglementaire pensioensoorten en 'wordt rekening gehouden met het toeslagbeleid, waarbij de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst en het in het verleden gevoerde beleid terzake maatgevend zijn'. Actuariële gelijkwaardigheid wordt daarbij aanwezig geacht indien de contante waarde van de toekomstige uitkeringsstromen ten minste gelijk is aan 95 % van de uitkeringsstromen van de regeling van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Dit betekent **ten eerste** dat de toegezegde reglementaire pensioensoorten bepalend zijn en dat vrijwillige pensioensoorten in de regeling van de werkgever of van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, zoals bijvoorbeeld een excedentregeling van de werkgever die uitgaat boven het maximum pensioengevend salaris in de verplicht gestelde regeling van het bedrijfstakpensioenfonds, buiten beschouwing dienen te blijven bij de beoordeling van de actuariële gelijkwaardigheid. Dit betekent **ten tweede** dat rekening dient te worden gehouden met het toeslagbeleid van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. Hierna gaan wij nader in op wijze waarmee aan deze tweede eis wordt voldaan. Financiële gelijkwaardigheid houdt in dat onvoorwaardelijke rechten ontleend aan de vrijgestelde pensioenregeling dienen te zijn gefinancierd, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds zelf uitstelfinanciering kent voor onvoorwaardelijke rechten.⁶

VERSTREKEN DIENSTTIJD

Wanneer een werkgever verzoekt om vrijstelling van verplichte deelneming met terugwerkende kracht geldt als hiervoor vermeld conform Bijlage 3 VBB dat het over het verleden gevoerde beleid

terzake toeslagbeleid door het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds maatgevend is. Uit de wetsgeschiedenis⁷ kan worden afgeleid dat dit het toeslagbeleid en de feitelijk verleende toeslagen betreft waaruit volgt dat de feitelijk verleende toeslagen dienen te worden meegeteld voor de bepaling van actuariële gelijkwaardigheid over het verleden. Dit betekent echter niet dat exact gelijke toeslagen dienen te worden of te zijn verleend over het verleden, maar de actuariële gelijkwaardigheid betreft de totale waarde van de uitkeringsstromen van de 'eigen' pensioenregeling. Dit speelt bijvoorbeeld een rol indien een achterblijvende toeslagverlening wordt gecompenseerd door een hoger opbouwpercentage in de 'eigen' pensioenregeling waardoor in zijn totaliteit wordt voldaan aan de eis van ten minste 95 % van de contante waarde van uitkeringsstromen.

TOEKOMSTIGE DIENSTTIJD

Ten aanzien van de toekomstige diensttijd stelt Bijlage 3 als vermeld eveneens de eis dat rekening wordt gehouden met het toeslagbeleid van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds, waarbij de intentie tot het verlenen van toeslagen maatgevend is. Dit betekent dat indien het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds een voorwaardelijke toeslagregeling kent met een zekere ambitie⁸, de regeling van de werkgever hiermee rekening dient te houden. Dit kan door een voorwaardelijke toeslagregeling op te nemen met een gelijk of vergelijkbaar ambitieniveau. Naar onze mening volgt hieruit niet de eis dat de feitelijk door het bedrijfstakpensioenfonds gerealiseerde toeslagen één op één dienen te worden gevolgd omdat de eis van Bijlage 3 luidt dat '*rekening wordt gehouden*' met het toeslagbeleid waarbij de intentie tot het verlenen van toeslagen (de ambitie) maatgevend is. Aan deze eis wordt naar onze mening voldaan door het opnemen van een toeslagregeling met een gelijk of vergelijkbaar ambitieniveau.

Een aanvullend argument voor dit standpunt ontleen wij aan het feit dat de wetgever aan de vrijstelling als bedoeld in artikel 5 VBB⁹ het voorschrift verbindt van artikel 7, lid 6 VBB, te weten dat aan de pensioenregeling van de werkgever ten minste dezelfde aanspraken worden ontleend als aan de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds. Hier geldt dus niet de voorwaarde van financiële en actuariële gelijkwaardigheid en dat wordt 'rekening gehouden met het toeslagbeleid' als vermeld in Bijlage 3 VBB. Er geldt slechts de voorwaarde dat aan de pensioenregeling van de werkgever 'dezelfde aanspraken' worden ontleend. Deze voorwaarde, dat dezelfde aanspraken worden ontleend, wordt

5 In het navolgende blijft de bij een premiepensioeninstelling ondergebrachte pensioenregeling waarvoor vrijstelling van verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds bestaat buiten beschouwing, omdat een premiepensioeninstelling uitsluitend premieovereenkomsten uitvoert. Die kennen uit hun aard geen toeslagverlening. De gelijkwaardigheidstoets wordt op het punt van de actuariële gelijkwaardigheid uitgevoerd door de verwachte uitkeringsstromen uit de regelingen te vergelijken, waarbij de toeslagverlening door het bedrijfstakpensioenfonds wordt ingeschat.

6 Dat kwam in de praktijk uitsluitend voor bij voorwaardelijk toegekende pensioenaanspraken op de voet van paragraaf 3 van het Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 (Stb. 2005, 722).

7 Zie Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, blz. 47.

8 Een vaak voorkomende regeling is om afhankelijk van de beschikbare middelen jaarlijks de CPI (soms met een bepaald maximum) toe te kennen.

9 Vrijstelling in verband met onvoldoende beleggingsrendement van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds.

niet gesteld in Bijlage 3 VBB en wij leiden daaruit af dat de wetgever niet bedoeld heeft dat dezelfde (ofwel identieke) toeslagen dienen te worden of zijn verleend in de vrijgestelde pensioenregeling.

NADERE VOORWAARDEN AAN TOESLAGBEPALING VAN 'EIGEN' PENSIOENREGELING

De 'eigen' pensioenregeling van de werkgever is in de regel ondergebracht bij een pensioenverzekeraar, terwijl de verplicht gestelde pensioenregeling is ondergebracht bij een bedrijfstakpensioenfonds.¹⁰ De wijze waarop toeslagverlening wordt vastgesteld en gefinancierd bij een bedrijfstakpensioenfonds wijkt in hoge mate af van de financiering van een toeslagregeling ondergebracht bij een pensioenverzekeraar. Zo wordt de hoogte van toeslagverlening bij het bedrijfstakpensioenfonds (vooral) bepaald aan de hand van de beleidsdekkingsgraad¹¹, terwijl die bij een pensioenverzekeraar in de regel afhankelijk is gesteld van de daartoe beschikbare middelen afkomstig uit overrentedeling, rentestandskorting of winstdeling, eventueel aangevuld met verplichte bijstortingen door de werkgever. Omdat Bijlage 3 VBB als voorwaarde stelt dat rekening dient te worden gehouden met de intentie tot het verlenen van toeslagen, dient de 'eigen' pensioenregeling van de werkgever op dit punt te voldoen aan de consistentie-eis van artikel 95, lid 1 en 2 Pw. Daarin wordt bepaald dat sprake dient te zijn van een consistent geheel tussen de gewekte verwachting, de financiering en het realiseren van de voorwaardelijke toeslagen. De consistentie-eis is nader uitgewerkt in artikel 137 Pw in verbinding met artikel 15 Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds waarin (verkort weergegeven) wordt bepaald dat pensioenfonds kunnen besluiten tot toeslagverlening indien de beleidsdekkingsgraad ten minste 110 % bedraagt en er niet meer toeslag wordt verleend dan in de toekomst naar verwachting kan worden gerealiseerd. Kortom: er dient voldoende samenhang te zijn tussen de gewekte verwachting terzake de toeslagambitie in de pensioenregeling van de werkgever en de financiering daarvan. De toeslagambitie dient afdoende te zijn gefinancierd uit beschikbare bronnen zoals overrentedeling, rentestandskorting of winstdeling, zodat voor de toeslagregeling en daarmee de wijze waarop met de financiering van die toeslagregeling rekening wordt gehouden met de intentie tot het verlenen van toeslagen door het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, geen sprake is van een lege huls.

Dit betekent voorts dat de realisatie van toeslagen bij het bedrijfstakpensioenfonds en de 'eigen' (bijvoorbeeld) bij een pensioenverzekeraar ondergebrachte vrijgestelde pensioenregeling op

termijn uiteen zullen kunnen gaan lopen omdat de financiering en wijze van vaststelling van toeslagverlening op verschillende wijzen plaatsvindt. De voorwaarde van Bijlage 3 VBB biedt daartoe ook ruimte omdat immers in de 'eigen' pensioenregeling (slechts) rekening dient te worden gehouden met de intentie tot toeslagverlening in de toekomst.

Vrijwillige pensioensoorten blijven buiten beschouwing

Wij vatten de drie argumenten voor dit standpunt als volgt samen. Op de **eerste plaats** volgt dit uit de letterlijke tekst van Bijlage 3 VBB te weten dat 'rekening dient te worden gehouden met het toeslagbeleid'. Op de **tweede plaats** zou, indien de eigen pensioenregeling van de vrijgestelde werkgever het de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds exact zou moeten volgen, sprake zijn van een onvoorwaardelijke toeslagbepaling in de pensioenregeling van die werkgever. Ingevolge het bepaalde in artikel 1 Pw valt een onvoorwaardelijke toeslagbepaling onder de definitie van pensioenaanspraak en zou deze onvoorwaardelijke toeslagen krachtens artikel 17 Pw volledig en (derhalve ook voor de toekomst) dienen te zijn gefinancierd.¹² Dit is naar onze mening een onaanvaardbaar rechtsgevolg. Op **derde plaats** verbindt artikel 7, lid 6 VBB aan de vrijstelling op grond van onvoldoende beleggingsrendement het voorschrift van ten minste gelijke aanspraken uit de pensioenregeling van de 'eigen' pensioenregeling van de werkgever terwijl de wetgever dit voorschrift in Bijlage 3 VBB niet verbindt aan de financiële en actuariële gelijkwaardigheid.

MAG HET BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS AANVULLENDE VOORWAARDEN STELLEN AAN VRIJSTELLING?

Op grond van artikel 7, lid 1 VBB 'kan' het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds nadere voorschriften verbinden aan de vrijstelling ter verzekering van een goede uitvoering van de wet. Daarbij dient te worden gedacht aan de nadere invulling van (operationele) uitvoeringsaspecten terzake de vrijstelling. Daarnaast vermeldt artikel 7 VBB diverse voorschriften die aan de vrijstelling 'dienen' te worden verbonden per vrijstellingsgrond zoals het voorschrift tot informatieverstrekking door de werkgever aan het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds dat de vrijstelling verleent of aan De Nederlandsche Bank, het hebben of treffen van een andere pensioenvoorziening, het betalen van het

10 Denkbaar is nog onderbrenging bij een ondernemingspensioenfonds of een algemeen pensioenfonds.

11 Zie art. 12a jo., art. 15 Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds.

12 Vgl. Gerechtshof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2043.

verzekeringstechnisch nadeel, of de gelijkwaardigheid van de ‘eigen’ pensioenregeling.

Wij menen dat het bedrijfstakpensioenfonds niet bevoegd is om als voorschrift aan de vrijstelling te verbinden dat de ‘eigen’ pensioenregeling van de werkgever de toeslagverlening van het bedrijfstakpensioenfonds exact dient te volgen omdat dit voorschrift niet dient ter goede uitvoering van de wet zoals bovenstaand vermeld en evenmin een voorschrift is dat dient te worden opgenomen en in artikel 7 VBB nader wordt gespecificeerd per vrijstellingsgrond. Indien het bedrijfstakpensioenfonds een dergelijk voorschrift evenwel verbindt aan de vrijstelling zal sprake zijn van misbruik van bevoegdheid als bedoeld in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het verbod voor het bestuursorgaan om een wettelijke bevoegdheid tot het nemen van een besluit voor een ander doel aan te wenden dan waarvoor die bevoegdheid is verleend.¹³

GEVOLGEN WTP VOOR VRIJSTELLING

Hierna bespreken wij de gevolgen die de invoering van de Wtp zal hebben voor bestaande vrijstellingen alsmede voor toekomstig te verlenen vrijstellingen onder de voorgestelde nieuwe wetgeving in relatie tot toeslagverlening. Daarbij zal kort worden stilgestaan bij de gevolgen van invaren voor bestaande vrijstellingen en bij het overgangsrecht als bepaald in het wetsontwerp voorgestelde artikel 220e Wtp voor de progressieve premie. Tevens wordt onderscheid gemaakt tussen de financiële en actuariële gelijkwaardigheid.

Van belang is dat onder de Wtp geen sprake meer zal zijn van toeslagverlening, maar dat de hoogte van de pensioenuitkeringen en de persoonlijke beleggingswaarde afhangen en mee ademen met de hoogte van de ingelegde premie en behaalde beleggingsresultaten. Er is onder de Wtp dan ook geen sprake meer van voorwaardelijke toeslagregelingen zoals onder het huidige Financieel toetsingskader het geval is en die afhankelijk zijn van de dekkingsgraad van een (bedrijfstak)pensioenfonds, dan wel van voor toeslagverlening gereserveerde beschikbare middelen in een verzekerde pensioenregeling (veelal ondergebracht in een depot bij de verzekeraar).

FINANCIËLE GELIJKWAARDIGHEID ONDER WTP

De huidige omschrijving van financiële gelijkwaardigheid in Bijlage 3 VBB houdt kort gezegd in dat het financieringssysteem gebaseerd dient te zijn op jaarlijkse affinanciering van de tijdsevenredige ontslagaanpakken. Daarnaast dient het financieringssysteem te waarborgen dat in beginsel sprake is van een 100 % dekking van de tijdsevenredige aanspakken.

13 Zie art. 3:3 Algemene wet bestuursrecht.

Omdat onder de Wtp uitsluitend nog premieovereenkomsten zijn toegelaten en geen sprake meer zal zijn van tijdsevenredige ontslagaanpakken noch van dekkingsgraden van bedrijfstakpensioenfonds, wordt de definitie van financiële gelijkwaardigheid aangepast in Bijlage 3 VBB volgens de internetconsultatie van het concept Besluit toekomst pensioenen. Kort gezegd zal aan financiële gelijkwaardigheid zijn voldaan indien de totale premie voor het pensioen op opbouwbasis en op risicobasis in de regeling van de werkgever ten minste even hoog is als de totale premie van het bedrijfstakpensioenfonds.¹⁴

Er moet rekening gehouden worden met het toeslagbeleid van het fonds

Inmiddels vermeldt het concept Besluit toekomst pensioenen dat de Bijlagen VBB komen te vervallen¹⁵ en zullen worden vervangen door de Regeling Vrijstellingen Wet Bpf 2000. De toelichting vermeldt dat uit oogpunt van werknemersbescherming de toets op actuariële gelijkwaardigheid blijft behouden. De actuariële toets van gelijkwaardigheid kan echter achterwege blijven indien het bedrijfstakpensioenfonds en werkgever hiertoe gezamenlijk besluiten en mits zowel de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds als die van de werkgever dezelfde pensioensoorten kennen.

De inhoud van de Regeling Vrijstellingen Wet Bpf 2000 is thans nog onbekend en van belang wordt of nieuwe voorwaarden terzake de toeslagverlening worden opgenomen. Indien wordt uitgegaan van voortzetting van de huidige tekst als vermeld in Bijlage 3 VBB leidt dat tot de volgende bevindingen.

ACTUARIËLE GELIJKWAARDIGHEID ONDER WTP

De contante waarde van uitkeringsstromen uit een premieovereenkomst is afhankelijk van de geïnvesteerde pensioenpremies voor de pensioenbeleggingen en de premies ten behoeve van risicoverzekeringen. Daarnaast zijn de toe te passen *life-cycles* en in te houden kosten op de pensioenbeleggingen uiteraard mede bepalend voor de contante waarde van uitkeringsstromen. Tenslotte is de vraag in welke mate rekening dient te worden gehouden met de solidariteitsreserve en/of risicodelingsreserve bij het bedrijfstakpensioenfonds en eventueel bij de pensioenregeling

14 Zie p. 32 van de Internetconsultatie van het concept Besluit toekomst pensioenen.

15 Zie p. 31 van de Nota van Toelichting van het concept Besluit toekomst pensioenen.

van de werkgever¹⁶, die eveneens van invloed zullen zijn op de hoogte van pensioenuitkeringen. Vooralsnog is onbekend of en hoe rekening gehouden dient te worden met al deze elementen die de hoogte van de contractwaarde van de uitkeringsstromen beïnvloeden en derhalve de actuariële gelijkwaardigheid mede bepalen. In dat verband is van belang dat toedelingen vanuit de solidariteitsreserve of de risicodelingsreserve op discretionair beleid zullen kunnen berusten, waardoor deze nauwelijks voorspelbaar zijn.

De solidariteitsreserve en risicodelingsreserve dienen om schokken op te vangen in rendementen waarbij naar verwachting in de praktijk de oudere (gewezen) deelnemers meer zullen worden beschermd dan jongere (gewezen) deelnemers. De gedachte daarbij is dat jongeren meer tijd hebben om slechtere rendementen goed te maken in toekomstige deelnemingsjaren, terwijl dat bij ouderen niet het geval is. Toedeling van hogere bijdragen aan ouderen dan aan jongeren leidt tot direct leeftijdsonderscheid als bedoeld in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid¹⁷ ('WGBLA'). Direct onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid kan ingevolge artikel 7, lid 1 onder c WGBLA objectief gerechtvaardigd zijn indien sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Naar onze mening is hier sprake van een objectieve rechtvaardiging van dit leeftijdsonderscheid omdat de oudere (gewezen) deelnemer, als reeds vermeld, over een kortere beleggingshorizon beschikt dan de jongere (gewezen) deelnemer, en het legitieme doel van de solidariteitsreserve is om schokken in rendement op te vangen waarmee de te verwachten pensioenuitkering stabiel zal zijn. Het middel om dat doel, te weten het inzetten van middelen uit de solidariteitsreserve waarbij jongeren relatief méér ontvangen dan ouderen, te bereiken is passend en naar onze mening in het kader van de Wtp tevens noodzakelijk. Voor de inzet van de risicodelingsreserve bij de flexibele premieovereenkomst geldt mutatis mutandis hetzelfde.

BESTAANDE VRIJSTELLING EN INVOERING WTP

Indien bij de transitie bij een bedrijfstakpensioenfonds sprake is van het invaren van bestaande pensioenaanspraken en -rechten naar het nieuwe stelsel onder de Wtp, is van belang of sprake is van compensatie voor bepaalde groepen deelnemers in de vorm van extra pensioenaanspraken of -rechten. Tevens is van belang of sprake is van het vullen van de solidariteits- of de risicodelingsreserve. Door financiering van compensatie en de genoemde

reserves uit de financiële middelen die kunnen worden toegerekend aan de ingevaren aanspraken en rechten, zullen de financiële middelen ten behoeve van de persoonlijke pensioenkapitalen die de ingevaren aanspraken en rechten vervangen, in beginsel dalen. De opgebouwde aanspraken en rechten uit hoofde van de vrijgestelde regeling bij de werkgever zullen naar verwachting in stand blijven (de verwachting is dat bij verzekerde regelingen niet wordt ingevaren, omdat voor verzekeraars de Solvency-regels gelden in plaats van het financieel toetsingskader). De vraag rijst of na invaren bij het bedrijfstakpensioenfonds nog sprake is van actuariële gelijkwaardigheid.

Toeslagen één op één volgen is geen vereiste

Ten aanzien van de aanspraken of rechten die de ingevaren aanspraken of rechten vervangen is de vraag of de gelijkwaardigheid nog moet worden getoetst op basis van de huidige Bijlage 3 VBB of op basis van de nieuwe regels, die nog niet bekend zijn. Een en ander zal afhangen van het overgangsrecht. Het lijkt voor de hand te liggen dat de nieuwe regels volgens de aangekondigde Regeling Vrijstellingen Wet Bpf 2000 die Bijlage 3 gaat vervangen, zullen moeten worden gevolgd, omdat het bedrijfstakpensioenfonds in de situatie die hier aan de orde is heeft ingevaren, zodat bij het bedrijfstakpensioenfonds ook over het verleden een premieovereenkomst volgens de Wtp geldt. Het saillante aspect is dat de mogelijkheid bestaat dat aan de bedragen die vóór het invaren werden aangehouden ter dekking van de ingevaren aanspraken en rechten een substantiële onttrekking wordt gedaan voor het vullen van de solidariteitsreserve of de risicodelingsreserve en de financiering van compensatie. Desondanks beoogt de wetgever dat de na invaren verkregen aanspraken en rechten een beter pensioenresultaat zullen opleveren dan onder het huidige pensioensysteem het geval is (wel is het risico van daling groter). Aan de wetgever de taak om in de aangekondigde Regeling Vrijstellingen Wet Bpf 2000 het juiste evenwicht tussen de kans op hogere pensioenen en het grotere risico dat de pensioenen na invaren lager zullen uitpakken te vinden voor het uitvoeren van de gelijkwaardigheidstoets.

Ten aanzien van de toekomstige opbouw geldt bij het bedrijfstakpensioenfonds dat deze kan worden verhoogd op basis van compensatie en op basis van uitdelingen uit de solidariteitsreser-

16 Denkbaar is dat de pensioenregeling van de vrijgestelde werkgever bij een ondernemingspensioenfonds of een algemeen pensioenfonds een risicodelingsreserve kent (solidariteitsreserves zullen naar verwachting in de praktijk slechts door bedrijfstakpensioenfondsen in de pensioenregeling worden geïmplementeerd).

17 Wet van 17 december 2003, Staatsblad 2004, 30.

ve of de risicodelingsreserve.¹⁸ Bij de werkgever kan sprake blijven van een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie, als van het overgangsrecht progressieve premie gebruik is gemaakt. Als dat niet het geval is, kan sprake zijn van compensatie in de vorm van pensioenaanspraken.¹⁹ De aangekondigde nieuwe regelgeving zal duidelijk moeten maken of en op welke wijze met compensatie in de vorm van pensioenaanspraken bij zowel de vrijgestelde werkgever als het bedrijfstakpensioenfonds rekening moet worden gehouden. Ook zal duidelijk moeten worden of met de uitdelingen uit de solidariteitsreserve of de risicodelingsreserve rekening moet worden gehouden. Die laatste zijn moeilijk in te schatten, althans als het bedrijfstakpensioenfonds geen beleid(sregel) kent voor dergelijke uitdelingen. Ons lijkt dat met compensatie in de vorm van pensioenaanspraken en uitdelingen uit de solidariteitsreserve of de risicodelingsreserve rekening moet worden gehouden omdat deze nu eenmaal tot een uitkeringsstroom leiden. Daarbij nemen wij aan dat de verwachte uitkeringsstromen uit hoofde van de pensioenregeling van de vrijgestelde werkgever en de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds maatgevend zullen blijven voor het uitvoeren van de gelijkwaardigheidstoets (op het onderdeel actuariële gelijkwaardigheid).

Indexaties van fonds en gedispenseerde regeling kunnen uit elkaar lopen

Indien de vrijgestelde werkgever gebruik maakt van het overgangsrecht als bedoeld in artikel 220e Wtp kan voor bestaande deelnemers een progressieve premie worden behouden. Voor nieuwe deelnemers zal vanaf 1 januari 2027 daarnaast een pensioenregeling met een vlakke premie moeten worden opgezet zodat per saldo sprake zal zijn van twee pensioenregelingen. Die nieuwe pensioenregeling zal dan moeten worden getoetst op het punt van de gelijkwaardigheid op basis van de nieuwe, nog onbekende, regelgeving.

Op dit moment is als aangegeven echter nog onbekend op welke wijze voor deze twee pensioenregelingen de gelijkwaardigheid moet worden bepaald. Daarbij is mogelijk dat dit voor elke regeling apart dient te gebeuren, dan wel voor beide regelingen samen. Ook is denkbaar dat de gelijkwaardigheid van de pensioenregeling met progressieve premie dient te worden beoordeeld onder de huidige Bijlage 3 VBB, terwijl de pensioenregeling voor deelnemers vanaf 2027 met een vlakke premie t.z.t. dient te worden beoordeeld aan de hand van de nieuwe Regeling Vrijstellingen Wet Bpf 2000. Een en ander hangt af van de aangekondigde nieuwe regelgeving en eventueel daarin opgenomen overgangsrecht.

SAMENVATTING

In dit artikel hebben wij besproken op welke wijze de van verplichte deelneming vrijgestelde werkgever rekening dient te houden met de toeslagregeling van het verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Wij concludeerden dat voor verstreken diensttijd de feitelijk door het bedrijfstakpensioenfonds gerealiseerde toeslagverlening maatgevend is, terwijl voor toekomstige diensttijd rekening houden met de intentie tot het verlenen van toeslagen volstaat. Daarbij dient wel voldaan te worden aan een consistent geheel van de gewekte verwachting terzake de toeslagambitie in de pensioenregeling van de werkgever en de financiering daarvan. Wij stellen ons op het standpunt dat het bedrijfstakpensioenfonds geen aanvullende voorschriften kan stellen met betrekking tot toeslagverlening bij het verlenen van vrijstelling omdat dat zou leiden tot bestuursrechtelijke misbruik van bevoegdheid. Dit betekent dat de feitelijk door een bedrijfstakpensioenfonds toegekende toeslagen en die in de pensioenregeling van de vrijgestelde werkgever uiteen kunnen (gaan) lopen.

Onder de Wtp vervallen de Bijlagen 1, 2 en 3 VBB en deze worden vervangen door de Regeling Vrijstellingen Wet Bpf 2000. Daarbij wordt de omschrijving van de financiële gelijkwaardigheid gewijzigd en komt het aan op de totale premie van de pensioenregelingen. De eis van actuariële gelijkwaardigheid blijft behouden. Als vermeld is echter vooralsnog onbekend of en zo ja op welke wijze de toedeling van middelen uit een solidariteitsreserve of een risicodelingsreserve een rol gaat spelen in het kader van de gelijkwaardigheidseis. Het heikele punt is dat in de systematiek van de Wtp toeslagverlening niet meer van toepassing zal zijn.

18 Daarbij nemen wij aan dat het bedrijfstakpensioenfonds niet kiest voor gebruikmaking van het overgangsrecht progressieve premie van art. 220° Wtp.

19 Ons lijkt dat compensatie in de vorm van meer loon niet 'meetelt' in het kader van de gelijkwaardigheidstoets, ook niet volgens de aangekondigde nieuwe regels daarvoor.