

Compensatie voor de afschaffing van de doorsneesystematiek in de Wtp

TPV 2023/19

1. Inleiding

Een belangrijk onderdeel van de Wet toekomst pensioenen (Wtp) is de afschaffing van de doorsneesystematiek. De doorsneesystematiek betreft de combinatie van een leeftijdsonafhankelijke premie met een leeftijdsonafhankelijke (tijdsevenredige) opbouw van pensioenaanspraken. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen moeten tevens een leeftijdsonafhankelijke doorsneepremie hanteren. In plaats van de doorsneesystematiek en de doorsneepremie is in de Wtp gekozen voor een systematiek met leeftijdsonafhankelijke premies en een actuariel neutrale pensioenopbouw. De afschaffing van de doorsneesystematiek en introductie van leeftijdsonafhankelijke premies en een actuariel neutrale pensioenopbouw (hierna tezamen genoemd: afschaffing van de doorsneesystematiek), heeft gevolgen voor de pensioenopbouw in nagenoeg iedere pensioenregeling, te weten opbouw in een middel- of eindloonregeling bij een pensioenfonds of verzekeraar als ook de opbouw in een beschikbare premiereregeling met een leeftijdsafhankelijke staffel bij een verzekeraar, PPI of pensioenfonds. De redenen voor de afschaffing zijn onder meer dat dit een einde maakt aan de herverdeling van jongere naar oudere deelnemers² en van laagopgeleiden naar hoogopgeleiden.³ De overstap op een actuariële neutrale pensioenopbouw neemt ook belemmeringen weg voor een wisseling van baan of van arbeidsvorm, aldus het kabinet.⁴ Met name voor deelnemers in de categorie 40-55 jaar kan de overstap op een premiereregeling met een leeftijdsonafhankelijke, vlakke premie er echter toe leiden dat zij minder pensioen zullen opbouwen dan bij het voortzetten van de doorsneesystematiek, of het voortzetten van progressieve premies, het geval zou zijn geweest.⁵ Zij hebben immers vanwege de doorsneesystematiek en in geval van beschikbare premiereregelingen vanwege de leeftijdsafhankelijke staffel in de eerste helft van hun loopbaan (tot circa 45 jaar) “te weinig” pensioen opgebouwd en op het moment dat zij op het punt komen dat zij

gaan profiteren en “te veel” pensioen gaan opbouwen wordt de systematiek afgeschaft en worden ze dus benadeeld. Een evenwichtige overstap op een premiereregeling met een leeftijdsonafhankelijke premie zal volgens het kabinet vergen dat actieve deelnemers die hiervan een onevenredig nadeel ondervinden adequaat en kostenneutraal worden gecompenseerd.

Indien er in de Wtp in en de parlementaire toelichting gesproken wordt over compensatie heeft dit betrekking op compensatie die gegeven kan worden aan deelnemers die nadeel ondervinden als gevolg van de afschaffing van de doorsneesystematiek en de overstap naar het pensioenstelsel met leeftijdsonafhankelijke premies. Compensatie die om andere redenen wordt toegekend, geldt niet als compensatie in de zin van de Wtp.⁶ Ik zal in navolging van het kabinet mij in dit artikel beperken tot de compensatie voor de afschaffing van de doorsneesystematiek en de overstap naar het pensioenstelsel met leeftijdsonafhankelijke premies. Hierbij ga ik met name in op de vraag in welke mate er gecompenseerd dient worden voor een eventueel nadeel. Ik begin met de randvoorwaarden en financiering van de compensatie.

2. Randvoorwaarden van de compensatie in de vorm van extra pensioenaanspraken en compensatie in loon

Indien er sprake is van een nadeel en de sociale partners besluiten om compensatie in de vorm van extra pensioenaanspraken onderdeel te laten zijn van de wijziging van de pensioenovereenkomst, dan geldt er een aantal randvoorwaarden.⁷ Zo dienen de afspraken over compensatie en het financieringsplan voor de compensatie opgenomen te worden in het transitieplan, inclusief de bron van financiering. Ook hebben deelnemers recht op de compensatie die voor hun leeftijdscohort is overeengekomen in de pensioenovereenkomst, waarbij niet is vereist dat zij bij aanvang van de compensatieperiode reeds in dienst waren. Met andere woorden, ook werknemers die na het moment van transitie (uiterlijk 1 januari 2027) in dienst komen, hebben recht op de compensatie. De compensatie wordt tijdsevenredig toegekend en loopt uiterlijk tot 31 december 2036. De compensatie in extra pensioenaanspraken kan dus langer dan 10 jaar toegekend worden als er eerder dan 31 december 2026 wordt overgestapt op de nieuwe pensioenovereenkomst. Tot slot dient de compensatie te zijn gefinancierd op het moment dat de compensatie onvoorwaardelijk wordt toegekend.

Van belang is het onderscheid tussen compensatie in de vorm van extra pensioenaanspraken en compensatie in

1 Mr. D.L. Kok is als advocaat werkzaam bij Stibbe.

2 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 9*: De doorsneesystematiek leidt tot herverdeling van jongere naar oudere (45-plus) werknemers. De premie van de jongere kan immers langer renderen. Door de vergrijzing zouden jongeren van nu bij voortzetting van de doorsneesystematiek, er bovendien niet op kunnen rekenen dat zij zelf, als zij ouder worden, in dezelfde mate de voordelen van de doorsneesystematiek zullen ervaren. De verhouding tussen jongeren en ouderen wordt door de vergrijzing immers ongunstiger.

3 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 9*: Hoogopgeleiden hebben in het tweede deel van hun loopbaan vaak hogere loonstijgingen dan laagopgeleiden; hun carrièrepad is gemiddeld steiler. Voor hen pakt het gunstig uit dat de doorsneesystematiek pensioenopbouw in het tweede deel van de loopbaan ‘subsidieert’ vergeleken met het eerste deel. Ook deze onbedoelde herverdeling is voor deelnemers niet transparant en niet uitlegbaar.

4 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 19*.

5 CPB-notitie, Nieuwe pensioenregels: effecten en opties van het doorontwikkelde contract en een overgang naar een vlak premiepercentage, juni 2020.

6 *Kamerstukken I 2022/23, 36067, K, p. 107*.

7 Artikel 150d (nieuw) en artikel 150f PW (nieuw).

loon, derhalve compensatie buiten de pensioensfeer. Als compensatie in loon onderdeel is van de gewijzigde pensioenovereenkomst dan geldt dat dit moet zijn opgenomen in het transitieplan. Daarnaast maken de afspraken over compensatie, ook als het gaat om compensatie buiten de pensioensfeer, onderdeel uit van de afweging omtrent de evenwichtigheid van het totaal aan de gemaakte afspraken, aldus het kabinet.⁸ Alle andere eisen die gelden voor compensatie in de vorm van extra pensioenaanspraken gelden niet voor compensatie in loon. Dit betekent bijvoorbeeld dat de compensatie in loon niet verplicht is voor nieuwe deelnemers en de periode van compensatie niet is gelimiteerd.

3. Financiering van compensatie

De compensatie door extra loon zal door de werkgever moeten worden gefinancierd. De financiering van compensatie door extra pensioenaanspraken kan op twee manieren plaatsvinden, waarbij er ook sprake kan zijn van een mix van deze twee vormen. Ten eerste kan de werkgever extra pensioenaanspraken financieren door extra premies. De fiscale premiegrens is hiertoe tijdelijk tot en met 31 december 2036 met 3%-punt verhoogd tot 33%. De premie voor compensatie bedraagt derhalve maximaal 33% van de pensioengrondslag verminderd met wat wordt ingelegd voor de reguliere pensioenopbouw. Als er een reguliere premie van 25% is overeengekomen, dan is er voor de compensatiepremie dus een ruimte beschikbaar van 8% (33% minus 25%). Er geldt geen fiscale begrenzing voor het ontvangen van compensatie door de deelnemer. De deelnemer kan dus tot en met 31 december 2036 (veel) meer dan 33% premie ontvangen voor de pensioenopbouw.

Indien de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een pensioenfonds en er ingevaren wordt, dan kan een deel van het collectieve vermogen gebruikt worden voor de vulling van een compensatiedepot. Het compensatiedepot is een geormerkt vermogen op de balans van het pensioenfonds, waar de compensatie bestemd voor actieve deelnemers geheel of gedeeltelijk uit wordt gefinancierd. Een deel van het compensatiedepot kan ook door extra premies worden gevuld. Het compensatiedepot komt alleen ten goede aan actieve deelnemers als compensatie voor het afschaffen van de doorsneesystematiek. De sociale partners lichten in het transitieplan toe welk verzoek zij aan het pensioenfonds doen ten aanzien van de inzet van een deel van het collectieve vermogen voor compensatie. Het uiteindelijke besluit over de inzet van een deel van het collectieve vermogen voor compensatie ligt echter bij het pensioenfonds.⁹ Dit betekent dat er reeds in de arbeidsvoorwaardelijke fase overeenstemming dient te zijn tussen de sociale partners en het pensioenfonds over de eventuele vulling van het compensatiedepot. Hiermee wordt voorkomen dat na het akkoord van de sociale partners over de compensatie, het pensioenfonds weigert het door de sociale partners beoogde deel van het collectief vermogen van

het pensioenfonds in te zetten voor compensatie, en de sociale partners opnieuw afspraken moeten maken.

4. Feitelijke grondslag: is er een nadeel?

Om te bezien of er sprake is van een grondslag voor compensatie dient eerst de vraag beantwoord te worden of er feitelijk sprake is van onevenredig nadeel. Uit de Wtp volgt dat het vaststellen of er sprake is van een nadeel gebeurt aan de hand van berekeningen. Het is voor werkgevers verplicht om een transitieplan op te stellen dat de effecten bevat van de wijziging van de pensioenovereenkomst en de wijze waarop wordt omgegaan met opgebouwde pensioenaanspraken, oftewel of er wordt ingevaren of niet.¹⁰ De effecten van de wijziging van de pensioenovereenkomst en het invaren worden tezamen de transitie-effecten genoemd. De berekening van deze effecten dient, kort gezegd, te gebeuren door het doorzetten van de huidige pensioenovereenkomst af te zetten tegen de wijziging van de pensioenovereenkomst en het al dan niet invaren.¹¹ Uit deze berekening kan volgen dat er naar verwachting geen nadeel is. In 2020 hebben het CPB¹² en dertien pensioenfondsen¹³ bij de uitwerking van het Pensioenakkoord de gevolgen van de integrale aanpassing van het pensioenstelsel doorgerekend. Uit die berekeningen bleek dat er in veel gevallen geen nadeel, maar een voordeel ontstaat. De negatieve effecten als gevolg van de afschaffing van de doorsneesystematiek worden veelal opgeheven door de (positieve) effecten van andere verdeelregels in de nieuwe pensioenovereenkomst.

Ook is er geen nadeel als er op de datum van de inwerkingtreding van de Wtp sprake is van een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke staffel en de werkgever met gebruikmaking van het overgangsrecht van de Wtp ervoor kiest om deze leeftijdsafhankelijke staffel in stand te laten voor bestaande deelnemers. In dat geval is er ook geen feitelijke grondslag voor compensatie; de deelnemers gaan er immers niet op achteruit.

5. In welke mate compensatie?

De wettekst van de Wtp en de parlementaire geschiedenis geven geen eenduidig antwoord op de vraag in welke mate er gecompenseerd dient te worden. Artikel 150d lid 1 PW (nieuw) bepaalt dat de werkgever in het transitieplan de verantwoording moet vastleggen waarom sprake is van een evenwichtige transitie. Het kabinet benadrukt daarnaast dat de transitie als geheel, dus inclusief de afspraken over compensatie, evenwichtig moet zijn.¹⁴ Een evenwichtige overstap zal in voorkomende gevallen vergen dat actieve deelnemers die een onevenredig nadeel ondervinden van de overstap op een premieregeling met een leeftijdsonafhankelijke premie adequaat en kos-

⁸ Kamerstukken I 2022/23, 36067, H, p. 44.

⁹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 107.

¹⁰ Artikel 150d lid 2 sub c PW (nieuw).

¹¹ Artikel 150e PW (nieuw).

¹² CPB-notitie, Nieuwe pensioenregels: effecten en opties van het doorontwikkelde contract en een overgang naar een vlak premiepercentage, juni 2020.

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 34043, nr. 519.

¹⁴ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 7, p. 41.

tenneutraal worden gecompenseerd.¹⁵ In de Wtp staat echter niet dat er gecompenseerd moet worden; er is geen compensatieplicht.¹⁶ In artikel 150d lid 2 sub d en sub e PW (nieuw) staat dat in het transitieplan de afspraken over compensatie worden opgenomen, alsmede de financiering daarvan. Ook als er geen compensatie gegeven wordt, dient dit derhalve in het transitieplan opgenomen te worden. In artikel 150f PW (nieuw) staan de eisen *indien* er afspraken gemaakt worden over compensatie in de vorm van extra pensioenaanspraken.

Het kabinet legt de bal bij de sociale partners aangaande de mate van compensatie en lijkt hen daarin veel speelruimte te geven. Sociale partners gaan erover of zij de effecten die bepaalde leeftijdscohorten ondervinden naar de nieuwe pensioenregelingen acceptabel vinden. Indien gewenst kunnen zij voor bepaalde leeftijdscohorten een compensatieregeling overeenkomen, aldus het kabinet.¹⁷ Het is aan de partijen die de pensioenregeling overeenkomen om vast te stellen wat in een specifieke situatie kwalificeert als adequate compensatie.¹⁸

Dit betekent niet dat er een onbeperkte ruimte is om al dan niet te compenseren. Of er sprake is van evenwichtigheid is een open norm die ingevuld wordt door de sociale partners. De sociale partners moeten daarbij kwantitatief aan de hand van de (netto)profijtberoekeeningen¹⁹ kunnen onderbouwen dat er sprake is van evenwichtigheid. De grens waarbij geoordeeld zal worden dat er sprake is van onevenredig nadeel is op dit moment niet duidelijk, deze grens volgt althans niet uit de Wtp. Gezien de ruimte van de sociale partners om te bepalen wat zij acceptabel vinden, zal het naar mijn mening moeten gaan om een evident onevenredig nadeel en niet om een enkele procentpunt achteruitgang.

De grens tussen de ruimte die de sociale partners hebben om te bepalen wat zij acceptabel vinden in achteruitgang en een (onevenredig) nadeel dat gecompenseerd dient te worden zal zich mede uitkristalliseren in de rechtspraak over de wijziging van de pensioenovereenkomst in het kader van de transitie. Daarom ga ik hierna in op de rol van de compensatie voor de afschaffing van de doorsneesystematiek bij de verschillende manieren van wijziging van de pensioenovereenkomst in het kader van de transitie naar de Wtp.

Indien de werkgever gebruikmaakt van het eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 PW) zal hij een voldoende zwaarwegend belang moeten hebben. De Hoge Raad heeft in het Fair Play-arrest²⁰ over het gebruik van het eenzijdig wijzigingsbeding overwogen dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwichtige belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenaf-

weging wordt het voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen die daartegenover staan, aldus de Hoge Raad. Het zwaarwichtige belang is een relatief belang en of dit zich voordoet, vergt een holistische toetsing van alle feiten en omstandigheden over en weer aan de vereisten van redelijkheid en billijkheid. De werkgever heeft een duidelijk belang om de pensioenregeling te wijzigen om zo te voldoen aan de eisen van de Wtp, inclusief de fiscale wetgeving. Indien er een (onevenredig) nadeel is van een bepaalde leeftijdsgroep deelnemers, hetgeen door de rechter beoordeeld kan worden aan de hand van door de Wtp voorgeschreven rekenmethodes, is het echter de vraag of de belangenafweging voor de werkgever goed uitpakt op het moment dat er niet gecompenseerd wordt, nu de belangen van deze werknemers hierdoor (extra) geschaad worden.

Het al dan niet compenseren van nadelige gevolgen voor de werknemer is in de rechtspraak vaak meegenomen bij de vraag in hoeverre de werkgever een zwaarwichtig belang heeft bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. Zo wees de rechtbank Rotterdam recent twee uitspraken over de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst, waarin het ene geval de werkgever geen compensatie bood en de rechter geen zwaarwichtig belang aannam.²¹ In het andere geval bood de werkgever (actuarieel onderbouwde) compensatie aan en nam de rechter wel een zwaarwichtig belang aan.²² Ook het hof 's-Hertogenbosch oordeelde in het nadeel van een werkgever die geen compensatie had geboden bij de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. Het feit dat de wijziging in feite onvermijdelijk was, nam niet weg dat de werkgever rekening moest houden met de belangen van de werknemers, aldus het hof.²³ Het ging in de genoemde rechtspraak over andere vormen van benadeling van de werknemer, zoals het introduceren van onzekerheid over de hoogte van de pensioenuitkering bij een wijziging van een verzekerde middelloonregeling naar een beschikbare premieregeling. Dit neemt niet weg dat ook bij benadeling van de werknemer vanwege de afschaffing van de doorsneesystematiek door de rechter gekeken zal worden naar de compensatie die daar al dan niet tegenover staat.

Bij een wijziging door (stilzwijgende) instemming van de werknemer is de werknemer op basis van goed werknemerschap (art. 7:611 BW) in beginsel gehouden om akkoord te gaan met een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van een of meer arbeidsvoorwaarden dat verband houdt met gewijzigde omstandigheden, tenzij aanvaarding niet in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Dit betreft het Stoof-Mammoet-criterium dat ook voor collectieve wijzigingen kan gelden, zo

15 Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 108.

16 Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 176.

17 Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 7, p. 79.

18 Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 107.

19 Een uitzondering geldt voor bepaalde transities van bestaande premieregelingen, daarvoor moeten de bruto profijteffecten in kaart gebracht worden.

20 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864, TRA 2020/15, m.nt. J.J.M. de Laet (Fair Play).

21 Rb. Rotterdam 13 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:175, PJ 2023/7, m.nt. E. Lutjens.

22 Rb. Rotterdam 9 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10864, PJ 2023/6, m.nt. E. Lutjens.

23 Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2342, JAR 2022/216, PJ 2022/94.

volgt uit het IFF-arrest.²⁴ Hierbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waaronder het al dan niet compenseren. Indien er niet gecompenseerd wordt, is het de vraag of het een redelijk voorstel betreft.

In theorie kan de wijziging van de pensioenovereenkomst ook via de zogeheten pensioenfondsroute gebeuren, waarbij het de vraag is of deze route zich leent voor de ingrijpende wijzigingen in verband met de Wtp. Indien een pensioenovereenkomst enkel bestaat uit een verwijzing naar het pensioenreglement van het pensioenfonds, dan is het pensioenreglement van het pensioenfonds geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst en werkt een wijziging van het pensioenreglement door het pensioenfonds automatisch door in de pensioenovereenkomst. Zoals Lutjens terecht opmerkt,²⁵ zal de wijziging in de praktijk waarschijnlijk ingevuld worden door en na overleg met de werkgever. Mocht er sprake zijn van een onevenredig nadeel van een bepaalde leeftijdsgroep deelnemers, vastgesteld aan de hand van de door de Wtp voorgeschreven rekenmethodes, dan kan de werkgever bij het gebruik van de pensioenfondsroute voor de wijziging van de pensioenovereenkomst mogelijk aangesproken worden op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Een argument om de werkgever aan te spreken, ondanks het feit dat het pensioenfonds de pensioenovereenkomst wijzigt, zou kunnen zijn dat de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer geldt, en de werkgever verantwoordelijk is voor de wijziging van die pensioenovereenkomst, ongeacht het feit of de werkgever de wijzigingsbevoegdheid van die pensioenovereenkomst heeft overgedragen aan het pensioenfonds.

Het is overigens de vraag of de beoordeling van goed werkgeverschap, goed werknemerschap en het zwaarwichtig belang, zoals hiervoor uiteengezet, niet veelal op hetzelfde zal neerkomen. In alle gevallen dient rekening gehouden te worden met de belangen van de werknemers en het effect van compensatie op deze belangen. Bij de invulling van goed werkgeverschap, goed werknemerschap en het zwaarwichtig belang zal de rechter naar mijn verwachting niet alleen meewegen of er sprake is van een nadeel, maar ook of dit nadeel onevenredig is ten opzichte van de andere leeftijdsgroepen, met andere woorden of de transitie in haar geheel evenwichtig is.

Indien de wijziging van de pensioenovereenkomst, inclusief de afspraken over compensatie, bij cao wordt gedaan dan zal dit voor de georganiseerde werknemers bindend zijn op grond van artikel 9 en artikel 12 Wet CAO, en door incorporatie van de cao in de arbeidsovereenkomst ook bindend zijn voor niet-georganiseerde werknemers. Mogelijk zou een groot onevenredig nadeel dat ontstaat bij wijziging van de pensioenovereenkomst via cao, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn (art. 6:248 BW). De lat voor de werknemer om dit aan te tonen ligt echter erg hoog, en in mijn

optiek hoger dan de lat om aan te tonen dat niet voldaan is aan goed werkgeverschap, een zwaarwichtig belang of een redelijk voorstel in geval van een beroep door de werkgever op goed werknemerschap. De wijziging van de pensioenovereenkomst, inclusief het in meer of mindere mate compenseren, via de cao lijkt derhalve moeilijker aan te vechten voor de werknemer dan de overige besproken manieren van wijziging.

Bij verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds zijn deelnemers van rechtswege gebonden aan het gewijzigde pensioenreglement (art. 4 Wet Bpf 2000) nadat in beginsel eerst de sociale partners van de desbetreffende bedrijfstak een gewijzigde pensioenovereenkomst, inclusief het in meer of mindere mate compenseren, zijn overeengekomen.

6. Ongelijke behandeling

Los van de manier van wijziging van de pensioenovereenkomst zou het niet compenseren en daarmee in stand houden van een onevenredig groot nadeel van één bepaalde leeftijdsgroep verboden onderscheid op grond van leeftijd kunnen opleveren. Het kabinet erkent dat leeftijdsonderscheid aan de orde kan zijn voor met name deelnemers in de leeftijdsgroep van 40-55 jaar. Voor zover er sprake is van indirect onderscheid op grond van leeftijd, is het kabinet van mening dat dit verschil in behandeling gelet op de doelstellingen van de vernieuwing van het pensioenstelsel objectief en redelijk kan worden gerechtvaardigd.²⁶ Om redenen zoals genoemd in de inleiding van dit artikel is het kabinet van mening dat de afschaffing van de doorsneesystematiek een legitiem doel dient en daarnaast een passend middel vormt. Bij de vraag of het ook een noodzakelijk middel betreft, is het kabinet van mening dat de afschaffing van de doorsneesystematiek in evenredige verhouding staat tot het doel dat wordt beoogd. Daarbij speelt een rol dat in de Wtp is voorzien in mogelijkheden en randvoorwaarden voor adequate compensatie voor leeftijdsgroepen die nadeel ondervinden van de overstap.²⁷ Het is de vraag of de evenredige verhouding tussen het doel en het middel standhoudt ingeval de werkgever of de sociale partners geen compensatie bieden voor het nadeel. Mocht dit niet het geval zijn dan zou de conclusie van de rechter kunnen zijn dat het geen noodzakelijk middel betreft en de werknemers succesvol kunnen claimen dat er sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd. Ook in die zin kan het dus noodzakelijk zijn om deze bepaalde leeftijdsgroep te compenseren.

Compensatie heeft mede als doel het eerder gemaakte onderscheid voor een bepaalde leeftijdsgroep op te heffen of het in ieder geval zo veel als mogelijk ongedaan te maken. Dat in de compensatieregeling ook onderscheid naar leeftijd worden gemaakt door alleen een bepaalde leeftijdsgroep te compenseren is, zoals het kabinet aangeeft, in overeenstemming met artikel 7 Richtlijn 2000/78/EG, waarin is opgenomen dat gelijke behandeling er niet aan

24 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759, JAR 2023/17, m.nt. A.F. Bungener, PJ 2023/12, m.nt. C. Beltman, TRA 2023/21, m.nt. N. Hummel.

25 E. Lutjens, 'Wijziging van pensioenregeling en pensioenaanspraken en -rechten onder de Wet toekomst pensioenen', TPV 2023/1.

26 Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 172.

27 Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 173.

in de weg hoeft te staan dat er wordt gecompenseerd wegens ongelijke behandeling.²⁸

7. Verzoek tot invaren en opdrachtbevestiging

Compensatie speelt ook een rol indien de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een pensioenfonds en de sociale partners een verzoek tot invaren doen. Op grond van artikel 150I lid 4 sub b PW (nieuw) kan het pensioenfonds dit invaarverzoek weigeren indien het van oordeel is dat er onevenwichtig nadeel is voor bepaalde groepen. Denkbaar is derhalve dat als de leeftijdsgroep 40-55 jaar onevenredig benadeeld is vanwege de transitie en hiervoor geen compensatie geboden wordt, het pensioenfonds dit als onevenwichtig beoordeelt en het invaren weigert. Het gegeven dat de werkgever die onevenwichtigheid niet heeft onderkend (immers de werkgever heeft het verzoek tot waardeoverdracht gedaan) ontslaat het pensioenfonds niet van de eigen verantwoordelijkheid dit te beoordelen en, indien nodig, het verzoek af te wijzen.²⁹

Ook als er geen invaarverzoek wordt gedaan speelt compensatie een rol bij het pensioenfonds, namelijk bij de opdrachtaanvaarding. Voordat de sociale partners en het pensioenfonds afspraken maken over de uitvoering, draagt het bestuur van een pensioenfonds zorg voor de formele opdrachtaanvaarding van de pensioenregeling (art. 102a PW). Het pensioenfonds beoordeelt bij de opdrachtaanvaarding of het de pensioenregeling kan uitvoeren met inachtneming van evenwichtige belangenafweging (art. 105 lid 2 PW). Indien bij de uitvoering van de pensioenregeling er sprake zou zijn van een evident onevenredig nadeel van een bepaalde groep deelnemers, dan is het de vraag of er sprake is van een evenwichtige belangenafweging door het pensioenfonds en of het pensioenfonds de uitvoering van de pensioenregeling niet moet weigeren.³⁰

8. Conclusie

Het kabinet legt de bal bij de sociale partners met betrekking tot de mate van compensatie en lijkt hen hier veel speelruimte te geven. Echter, deze ruimte wordt, afhankelijk van de manier waarop, in meer of mindere mate beperkt door het rechtsgeldig wijzigen van de pensioenovereenkomst en daarnaast door verboden onderscheid op grond van leeftijd. De compensatie zal tevens worden meegenomen in de beoordeling van de evenwichtigheid door het pensioenfonds in het kader van het invaarverzoek en de opdrachtaanvaarding van de nieuwe pensioenovereenkomst. Het is derhalve een belangrijk onderdeel in de arbeidsvoorwaardelijke fase van de transitie. Het besluit van de sociale partners over de compensatie zal goed onderbouwd moeten worden in het transitieplan, zowel cijfermatig als de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, ook om te voorkomen dat het gebrek aan onderbouwing (mede) leidt tot een succesvolle claim van de werknemer.

²⁸ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 175.*

²⁹ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 407.*

³⁰ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 87.*