

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

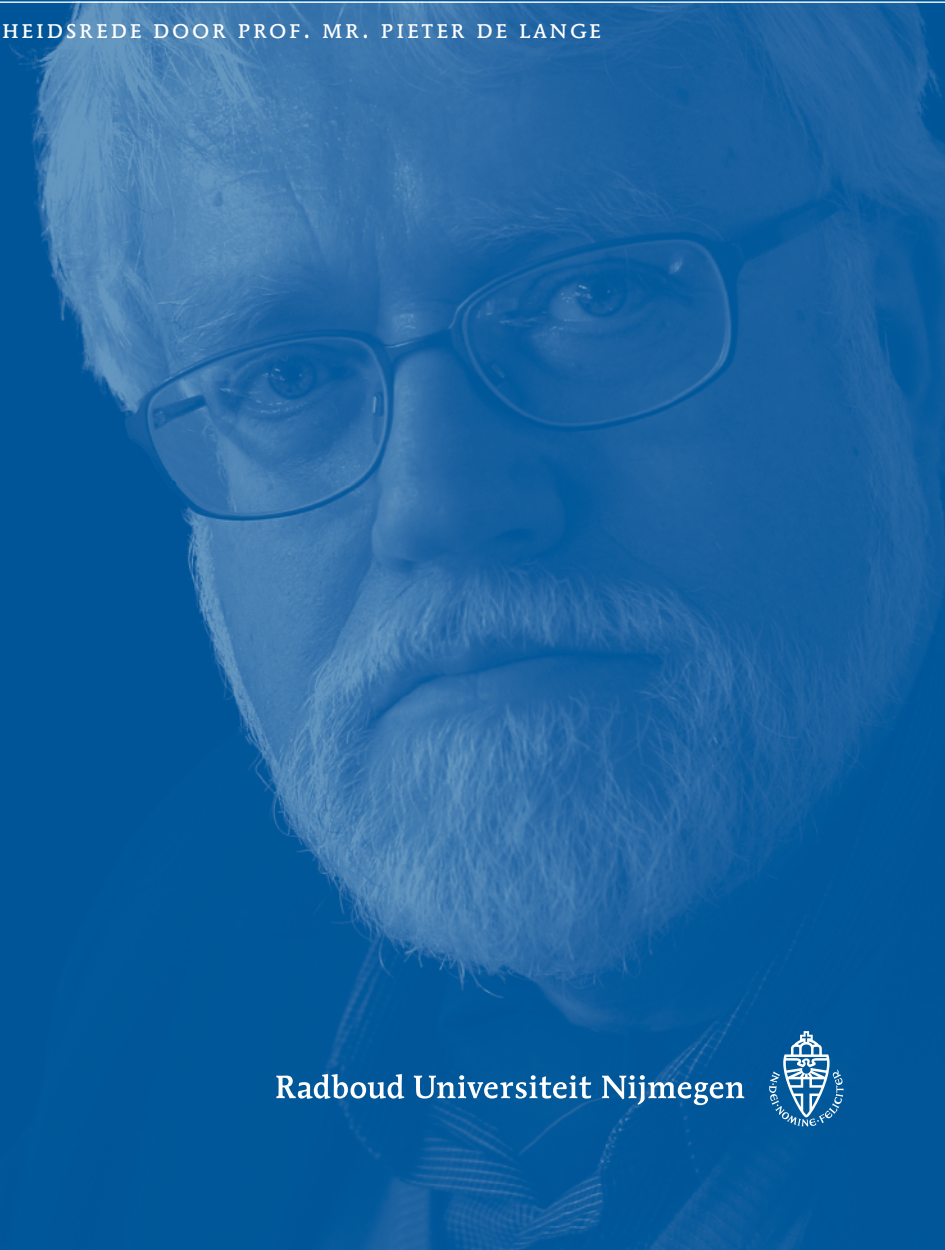
<http://hdl.handle.net/2066/65649>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-19 and may be subject to change.

Wat is oud?

Sfeerovergangen in het pensioenrecht

AFSCHEIDSREDE DOOR PROF. MR. PIETER DE LANGE



Radboud Universiteit Nijmegen



AFSCHEIDSREDE

PROF. MR. PIETER DE LANGE



Het denken over levensloopregelingen, pensioenen en ouderdom staat al enige tijd ter discussie, vooral ook vanwege de wens of noodzaak om langer te blijven werken. Professor Pieter de Lange gaat in zijn afscheidsrede als hoogleraar Pensioenrecht dieper in op enkele juridische aspecten van het fenomeen pensioen-

leeftijd. De tendens is dat deze leeftijd hoger komt te liggen. Het antwoord op de vraag 'wat is oud?' ligt ook juridisch niet vast.

Hij wijst erop dat uitvoerders van de pensioenregeling steeds weer balanceren tussen sociale instelling en financieel instituut. Door nieuwe wet- en regelgeving komt de sociale instelling in het gedrang.

Terugkijkend valt het De Lange op hoe moeilijk het steeds weer is om de doorlooptijd van een pensioenregeling in overeenstemming te brengen met de maatschappelijke ontwikkelingen. De wereld verandert sneller dan de pensioenregeling kan bijhouden. Dat maakt duidelijk waarom de pensioenwereld, soms ten onrechte, niet erg gericht is op verandering.

Pieter de Lange (1944) studeerde fiscaal recht aan de Rijksuniversiteit Leiden en was werkzaam in het pensioen en levensverzekeringbedrijf. In 1977 trad hij in dienst bij Centraal Beheer werd daar later directeur van het Fiscaal Juridisch Adviesbureau van Achmea Pensioenen. Van 1998 tot begin 2009 bekleedde hij de bijzondere leerstoel Pensioenrecht, ingesteld door de Stichting Instituut GAK.

WAT IS OUD?
SFEEROVERGANGEN IN HET PENSIOENRECHT

Wat is oud?

Sfeerovergangen in het pensioenrecht

Rede in verkorte vorm uitgesproken bij het afscheid als bijzonder hoogleraar Pensioenrecht vanwege de Stichting Instituut GAK aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen op vrijdag 23 januari 2009

door prof. mr. Pieter M.C. de Lange

Vormgeving en opmaak: Nies en Partners bno, Nijmegen
Fotografie omslag: Bert Beelen
Drukwerk: Thieme MediaCenter Nijmegen

ISBN 978-90-9023995-8

© Prof. mr. Pieter M.C. de Lange, Nijmegen, 2009

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd en/of openbaar worden gemaakt middels druk, fotokopie, microfilm, geluidsband of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de copyrighthouder.

*Mijnheer de Rector Magnificus,
Leden van het bestuur en van het curatorium van de Stichting Instituut GAK,
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

Bij het denken over mijn afscheid als hoogleraar Pensioenrecht kwam ik als aantrekkelijke datum voor dat moment eerst op 30 januari, volgende week dus. Dat is namelijk precies de datum dat ik de 65-jarige leeftijd hoop te bereiken. Door agendatechnische redenen werd het een week eerder. Maar inmiddels ben ik er ook achter gekomen dat juist vandaag zich het bijzondere feit voordoet dat voor de eerste maal de AOW-uitkering op onze beide rekeningen wordt bijgeschreven. Met ingang van vandaag zijn mijn vrouw en ik, omdat wij allebei in deze maand jarig zijn, nu ook in praktische zin officieel en algemeen oud.

Als ik daarmee al de vraag in de titel van deze rede zou hebben beantwoord, zouden we snel klaar zijn. Maar de maatschappelijke ontwikkelingen rond het denken over levensloop en ouderdom staan al enige tijd volop ter discussie, vooral in het licht van de voor de toekomst zo wenselijk geachte grotere en langere participatie van ouderen op de arbeidsmarkt. Ik wil hierna nog wat dieper ingaan op enkele juridische aspecten van het fenomeen pensioenleeftijd.

Maar het bereiken van een bepaalde leeftijd is niet de enige sfeerovergang die zich voordoet in pensioenland. Een andere overgang is de statuswijziging van deelnemer in de pensioenregeling naar gepensioneerde en de daaruit voortvloeiende vragen rond invloed op en belangenbehartiging van de gerechtigde in dat ingewikkelde samenspel van arbeidsvoorwaarden, inkomensniveau en koopkrachtbescherming. Ik heb al eerder¹ aandacht gevraagd voor een bezinning op nieuwe oplossingen voor de geconstateerde onevenwichtigheden, maar die ideeën hebben nog niet erg school gemaakt. De pensioen-uitvoerder bij uitstek is in Nederland nog steeds de stichting die het gehele pensioenproces van begin tot eind uitvoert.

Ten slotte wil ik, grotendeels bij wijze van terugblik, nog enige aandacht besteden aan enkele andere sfeerovergangen, die zich in de periode van meer dan 45 jaar dat ik 'in pensioen deed' hebben voorgedaan. Bij het voorbereiden van dat gedeelte is mij vooral opgevallen, hoe lastig het steeds weer is om de tijdspanne die het compleet doorlopen van een pensioenregeling vergt, in overeenstemming te brengen met de maatschappelijke ontwikkelingen die zich in die lange periode voordoen. De wereld heeft de neiging om sneller te veranderen dan de pensioenregeling kan bijhouden. En dat komt denk ik ook doordat de pensioenwereld helaas niet zo heel erg gericht is op verandering: 'We hebben het toch al heel lang (of zelfs al altijd) zo gedaan!' Maar dat probleem lijkt te gelden voor elk terrein dat vooral door deskundigen vorm wordt gegeven.² En pensioen is zo'n terrein.

HET BEGRIP OUD

Allereerst de vraag 'Wordt oud bepaald door leeftijd?'. Het bereiken van de 'normale' pensioengerechtigde leeftijd, zoals de WRR dat noemt, van 65 jaar, speelt volgens een betrekkelijk recente kabinetsnotitie³ een belangrijke rol in de ervaring van oud worden en oud zijn, zowel individueel als maatschappelijk. Maar biologisch heeft die leeftijd, volgens die notitie, echter geen basis als (sfeer)overgang. De pensioenleeftijd van 70 jaar uit de sociale wetten van Bismarck en uit onze Invaliditeitswet van 1913, was een leeftijd waarop gemiddeld bijna iedereen die de risico's en ziekten van de jeugd had overleefd, al overleden was. Dat aspect was toen ook eigenlijk de aanleiding om de begrippen oud en invalide als synoniem te beschouwen. Bij de latere aanpassing van deze wet en bij de invoering van de Ouderdomswet 1919 werd al wel de 65-jarige leeftijd als pensioendatum ingevoerd. Toen Drees vervolgens in 1947 de Noodwet Ouderdomsvoorziening tot stand bracht en de 65-jarige leeftijd overnam als pensioengerechtigde leeftijd, lag de gemiddelde levensverwachting al op 68 jaar. En ook in de AOW tien jaar later verscheen deze leeftijd als de pensioenleeftijd. Dezelfde leeftijd die nu nog steeds zo nadrukkelijk als normale pensioenleeftijd wordt beschouwd. De lange historie van de keuze voor deze leeftijd als pensioenleeftijd draagt, denk ik, ook bij aan het algemeen geldende gevoel, bijvoorbeeld verwoord in de kwalificatie van de WRR, van 65 jaar als de 'magische' leeftijdsgrens.

Wie in de tijd van de invoering van 'Drees' geboren werd en nu dus al over de zestig is, heeft echter na ingang van de AOW niet nog maar een levensverwachting van enkele jaren, zoals toen, maar redelijkerwijze van nog ruim zestien jaren voor mannen en twintig voor vrouwen⁴. Bovendien is ons werkzame leven gemiddeld ten minste zes jaren korter geworden, zijn veel schadelijke aspecten van arbeid weggenomen en zijn de fysieke lasten van arbeid voor vele werkenden beperkt. Vanuit de biologische invalshoek moet geconstateerd worden dat de beroepsbevolking in Nederland weliswaar vergriest, maar tegelijkertijd fitter dan voorheen de pensioenleeftijd bereikt. Het, zo mogelijk, nog enige tijd doorwerken na 65 jaar komt uit alle rapporten van de laatste tijd steeds nadrukkelijker in beeld als een wenselijke ontwikkeling. Dus is 65 oud? De trend lijkt te zijn: nee niet oud genoeg.

Maar de juridische aspecten daarvoor geven nog steeds de nodige aanleiding voor discussie.

Een van die onduidelijkheden in dit verband is de vraag hoe de arbeidsovereenkomst met een werknemer die nog doorwerkt na de pensioendatum, nu eigenlijk eindigt. Meestal bepaalt de, al dan niet collectieve, arbeidsovereenkomst dat deze overeenkomst automatisch eindigt bij het bereiken van de leeftijd waarop het ouderdomspensioen reglementair ingaat. En in lijn met de sociale en belastingwetgeving is inmiddels de standaardleeftijd hiervoor in de meeste aanvullende pensioenregelingen weer op 65 jaar gesteld. Een sterke duw in deze richting is namelijk vooral ook gegeven door de wijzigingen in de fiscale pensioenwetgeving als gevolg van de Wet aanpassing fiscale behandeling

vut/prepensioen en introductie levensloopregeling, die de in 1999 geïntroduceerde 'Witteveen-pensioenleeftijd' van minimaal 60 weer opschoof naar 65. Een dergelijke einddatum voor de arbeidsovereenkomst is algemeen geaccepteerd⁵ en thans ook in de wet terug te vinden in art. 7 lid 1 onder b van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

Als werkgever en werknemer na de pensioendatum van de laatste nog met elkaar door willen, is het de vraag of dat voor onbepaalde tijd zal zijn of voor een bepaald aantal maanden of jaren. Veel werkgevers willen, als het al van een voortzetting komt, de zekerheid inbouwen dat de voortgezette arbeidsovereenkomst op enig moment vanzelf stopt, zonder dat dan bijvoorbeeld nog een ontslagprocedure gevoerd hoeft te worden of een vergoeding verschuldigd is. Het probleem daarbij is volgens onze arbeidsrechtcollega's de zogeheten Ragetlie-regel. Deze regel (opgenomen in artikel 7: 667 lid 4 BW) houdt in dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (maar aanvankelijk dus tot de pensioendatum) wordt verlengd voor bepaalde tijd (met bijvoorbeeld nog twee jaar, tot de werknemer 67 jaar wordt), dat dan de verlengde arbeidsovereenkomst niet automatisch eindigt bij het verstrijken van die bepaalde tijd. Daarvoor is dan alsnog een formele beëindiging vereist. Dat is slechts anders indien de eerdere arbeidsovereenkomst al was geëindigd door een rechtsgeldige opzegging of indien er meer dan drie maanden onderbreking tussen de twee arbeidsovereenkomsten is geweest.

Overigens is er inmiddels ook rechtspraak die de Ragetlie-regel voor dat soort gevallen buiten toepassing laat⁶. De lijn hierin is dat als de werknemer zelf en voldoende bewust heeft ingestemd met de beëindiging van de aanvankelijke dienstbetrekking voor onbepaalde tijd, partijen opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen sluiten die dan automatisch eindigt bij het einde van de looptijd daarvan. Probleem blijft echter dat de huidige wettekst (art. 7:667 lid 4 BW) die op de Ragetlie-regel is gebaseerd, letterlijk nog wel tot een andere conclusie zou moeten luiden. De wettekst bevat dus nog steeds een probleem dat de wetgever zou moeten verhelpen.

Maar het eerste concrete initiatief van de wetgever om de gangbare denkrichting over de pensioenleeftijd te gaan beïnvloeden is ergens anders op gericht. Het is te vinden in het recente wetsvoorstel tot Wijziging van de Algemene Ouderdomswet⁷ in verband met opname van de mogelijkheid om op verzoek van de pensioengerechtigde het ouderdomspensioen geheel of ten dele op een later tijdstip te laten ingaan.

Het kabinet brengt in de Memorie van Toelichting (MvT)⁸ de eerder genoemde notitie in herinnering als uitgangspunt voor de in te voeren wijzigingen. De invoering van de mogelijkheid om de ingangsdatum van het AOW-pensioen bij 65 jaar vrijwillig geheel of gedeeltelijk uit te stellen, berust vooral op de gedachte dat wanneer doorwerken tot 65 jaar normaal wordt, er meer behoefte ontstaat aan de mogelijkheid tot afbouw van het arbeidzame leven na 65 jaar. Volgens het kabinet neemt de behoefte om langer door te werken in de samenleving nu al toe, vooral bij jongere generaties⁹. De regering voorziet daarom dat er behoefte zal zijn aan een flexibeler systeem van

pensionering, waarbij volledige pensionering bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet meer de norm zal zijn. Daarnaast wil de regering met dit voorstel een cultuuromslag bereiken, waardoor 65 jaar minder als het vaste en definitieve eindpunt van het werkzame leven wordt gezien, maar het ingaan van het pensioen meer dan nu een individuele keuze wordt, gebaseerd op fysieke en financiële mogelijkheden en wensen van betrokkenen.

Langer doorwerken in combinatie met de mogelijkheid van uitstel van aanvullend pensioen én AOW maakt de gewenste flexibiliteit beter mogelijk. Voor wat betreft aanvullende pensioenregelingen is van belang dat uit cijfers van De Nederlandsche Bank¹⁰ blijkt dat 70% van de actieve deelnemers van pensioenregelingen nu al de mogelijkheid heeft om na 65 jaar door te werken in combinatie met uitstel van het aanvullend pensioen. Voor 85% bestaat de mogelijkheid om met deeltijdpensioen te gaan.

De voorgestelde wettelijke regeling zit als volgt in elkaar. Zoals al aangegeven heeft iedere (gewezen) inwoner van Nederland, die aan de voorwaarden voldoet, bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd recht op een AOW-pensioen. Maar volgens het kabinet is in de samenleving een toenemende bereidheid zichtbaar om langer door te werken. Belangrijk bij de beslissing om tot of na het 65ste jaar door te werken is het bestaan van de mogelijkheid om het werkzame leven geleidelijk af te bouwen. De praktijk en onderzoek wijzen uit dat mensen tegen het einde van hun werkzame leven geleidelijk aan meer de vrijheid wensen te hebben om hun tijd in te delen. Dat klopt ook met mijn eigen ervaring. Om mensen hierin tegemoet te komen en aan te sluiten bij het feitelijke arbeidspatroon na het 65ste jaar, geeft het wetsvoorstel de mogelijkheid om met ingang van 2010 het AOW-pensioen bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd geheel of gedeeltelijk uit te stellen. Dat kan voor maximaal vijf jaar.

De mogelijke uitstelperiode stopt automatisch bij het bereiken van de 70-jarige leeftijd. Hierdoor bewegen de wettelijk bepaalde mogelijkheden om AOW dan wel aanvullend pensioen in te laten gaan, naar elkaar toe. Immers, voor de fiscaal gefacilieerde aanvullende pensioenen geldt ook de verplichting dat het pensioen uiterlijk bij het bereiken van de 70-jarige leeftijd ingaat. De voor de AOW te introduceren maximumleeftijd van 70 jaar sluit daar op aan. Een latere ingangsdatum van het pensioen leidt tot een actuariële verhoging over de resterende uitkeringsperiode, maar die wordt uitsluitend gebaseerd op het verschil in levensverwachting en niet op een interestvergoeding tijdens het uitstel. Belangrijk is dat hierbij, uiteraard, geen onderscheid gemaakt wordt tussen de toe te passen factor voor mannen en vrouwen.

Met collega Kappelle¹¹ vraag ik mij overigens af of de aldus te realiseren verhoging eigenlijk wel voldoende zal opwegen tegen andere aanwendingsmogelijkheden van de wel op 65 ingaande AOW. Ik voorzie een keur aan alternatieve oplossingen en aanbiedingen.

Het voorstel biedt ook de mogelijkheid om het AOW-pensioen gedeeltelijk uit te stellen, waardoor aangesloten kan worden bij het feitelijke arbeidspatroon na het 65ste jaar. Gedeeltelijk uitstel van het pensioen kan in stappen van tien procent plaatsvinden. Vanwege uitvoeringstechnische redenen vindt een eventuele tussentijdse bijstelling van

het percentage van de deelbetaling alleen naar boven plaats en alleen per de eerste van een maand. Dit houdt in dat een betrokkene tussentijds alleen kan besluiten om het percentage van de deelbetaling te verhogen; tussentijdse verlaging van het pensioen is dus niet mogelijk.

De AOW-opbouw stopt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Dat blijft ongewijzigd. Bij het geheel of gedeeltelijke uitstel van het pensioen vindt dan ook geen AOW-opbouw meer plaats en is derhalve geen AOW-premie verschuldigd.

Overigens is de actuariële omrekening bij het uitstellen van aanvullend pensioen beter geregeld dan in het AOW-voorstel. Daarbij is voor de eventuele fiscale facilitering van de voortgezette pensioenopbouw wel van belang of daarvoor nog fiscale ruimte bestaat.

Voor de belasting- en premieheffing is ten slotte praktisch nog van belang dat bij geheel of gedeeltelijk uitstel van het AOW-pensioen recht blijft bestaan op de alleenstaande ouderenkorting. Deze heffingskorting, zoals opgenomen in de Wet IB 2001, is namelijk gekoppeld aan het in aanmerking komen voor de AOW-utkering en het tijdstip van uitbetaling van die uitkering is daarbij niet relevant.

Moeten we uit het voorgaande concluderen dat 'oud' voortaan gesteld moet worden op 70 jaar? Ik heb mijn twijfels.

VERHOUDINGEN OP DE ARBEIDSMARKT

Passend in de gangbare attitude van het kabinet tegenover aanvullende pensioenregelingen zijn nog enkele opmerkingen in de eerder genoemde notitie over het uitstellen van aanvullend pensioen van belang: 'De regelgeving ten aanzien van het aanvullende ouderdompensioen bevat geen beperkingen met betrekking tot het geheel of gedeeltelijk langer doorwerken na 65 jaar. Sociale partners zijn verantwoordelijk voor de aanvullende pensioenen. Het is aan de sociale partners hoe daaraan invulling wordt gegeven. Zij kunnen voor zover dit nog niet gerealiseerd is, afspraken maken over flexibilisering van de ingangsdatum van het aanvullend pensioen, de mogelijkheid tot deeltijdpensioen en over verdere opbouw bij doorwerken na 65 jaar.'

Dit citaat geeft ook het bruggetje naar het mijns inziens echte probleem dat ten grondslag ligt aan de (te) beperkte arbeidsparticipatie van ouderen. Sociale partners gaan in Nederland inderdaad over pensioen, maar nog meer en nog eerder over het invulling geven aan de verhoudingen op de arbeidsmarkt. En veel ouderen hebben in de praktijk te maken met het feit dat zij ondanks alle fraaie theorieën en voornemens toch niet zo'n erg sterke positie op die markt innemen. In een recente column¹² heb ik dat als volgt omschreven: 'Helaas is in de afgelopen tijd dan ook veel praktische werkervaring "geruimd" door jongelieden die er vast van overtuigd zijn dat het belangrijkste kenmerk van wielen nu eenmaal is dat ze steeds weer opnieuw moeten worden uitgevonden.'

En ik denk dat het wegwerken van die houding (voorstel 23 uit het advies *Naar een toekomst die werkt* van de Commissie Arbeidsparticipatie¹³) veel lastiger te realiseren zal zijn dan alle andere voorstellen van die commissie. Hoe juist en passend ook de constatering is dat in een evenwichtige situatie er (meer) ruimte zou moeten komen

voor de geleidelijke afbouw van de carrière en voor deeltijdpensioen. Die benadering past nu eenmaal net niet in het werk- en denkpatroon van de wielenvernieuwers. Steeds staat weer die onuitroeibare kortetermijnperceptie tegenover de wenselijke handhaafbaarheid van de continuïteit voor een heel lange termijn.

Met name deze arbeidsmarktaspecten zijn ook met enige regelmaat aan de orde gesteld in verschillende publicaties van onder meer het Expertisecentrum *leeftijd*. Zo geven Sap en Schippers¹⁴ vanuit de context van de arbeidsmarkt een veel ingrijpender kritiek op de AOW dan de leeftijdsproblematiek waar de wetgever thans van uitgaat. Zij stellen dat arbeidsjaren een eerlijker criterium zouden zijn dan leeftijd voor het recht op AOW. Zij gaan uit van de constatering dat de AOW door de omslagfinanciering en de voortschrijdende vergrijzing een zware wissel op de solidariteit van jong met oud trekt en ook op het punt van solidariteit van rijk met arm slecht scoort. Immers, lager opgeleiden betalen in principe meer jaren premie dan hoger opgeleiden, omdat ze eerder beginnen met werken. Tegelijkertijd hebben ze relatief weinig jaren profijt van de AOW, omdat hun levensverwachting aanzienlijk korter is dan die van hoger opgeleiden. Voorts biedt de AOW in hun optiek ook geen prikkels tot arbeids- en maatschappelijke participatie van senioren. En ook zij constateren dat de beeldvorming over ouderen zijn schaduwen ver vooruit werpt op de arbeidsmarkt. Al vanaf pakweg 45 jaar investeren werkgevers, en ook werknemers zelf nauwelijks meer in scholing en loopbaanontwikkeling. Daarom zouden in hun optiek 'rijke' ouderen moeten meebetalen aan de AOW, zou bij een flexibele pensionering de AOW niet langer aan leeftijd moeten worden gekoppeld, maar aan het aantal jaren dat iemand zich door werk en/of zorg verdienstelijk heeft gemaakt voor de samenleving. De auteurs denken daarbij om te beginnen aan een periode van veertig jaar. Als de gemiddelde gezonde levensverwachting verder oploopt, kunnen die veertig jaar geleidelijk worden opgehoogd. Waar het hen om gaat, is dat het principe van 'na gedane arbeid is het goed rusten' daadwerkelijk tot uitgangspunt wordt genomen voor de AOW. Op die manier ontstaat naar hun oordeel een houdbaar en solidair stelsel dat prikkelt tot verlenging van de activiteit en ook aan jongere generaties zekerheid biedt.

In het artikel is een tabel met gegevens van het RIVM opgenomen die inzichtelijk maakt dat inderdaad vooral laaggeschoolde mannen minder oud worden.

	mannen	vrouwen
lager onderwijs	73,1	79,5
lager voortgezet onderwijs	76	82
hoger voortgezet onderwijs	76	82,1
hoger onderwijs	78	82,1

Het voorgaande overziende lijken de gesuggereerde oplossingen van Sap en Schippers niet onsympathiek, maar de operationalisering zal toch aanzienlijk ingewikkelder zijn dan waar de auteurs wat gemakkelijk van uit gaan. Gezien de ervaringen die de laatste

tijd het nieuws halen over de implementering van nieuwe (geautomatiseerde) systemen, lijkt mij de constatering dat, hoewel het voorstel veeleisender is voor de uitvoering van de AOW dan de huidige, simpele leeftijdsregeling, niettemin de voorgestelde aanpassing met de huidige administratieve systemen geen belemmering zou behoeven te zijn, nogal optimistisch. Vooral het kennelijk – en terecht – beoogde aspect om in dit systeem ook echt mede een positie te geven aan zorgtaken – een in deze tijd wat onverwachte suggestie, maar zeker toe te juichen – zal administratief niet zo makkelijk in kaart te brengen zijn. Ook het loslaten van het thans geldende Nederlandse criterium voor de opbouw van AOW, namelijk het inwonerschap van Nederland, ten gunste van een nieuw criterium, namelijk het verrichten van maatschappelijk nuttige arbeid (in Nederland?), lijkt mij een omslag in het denken te vergen, die ik nog niet zo een-twee-drie zie plaatsvinden. Hoezeer ook overigens het verricht hebben van arbeid in bijna alle staatspensioenstelsels, geldend in andere landen dan in Nederland, wel degelijk min of meer een rol speelt.

Ook voor het participatieprobleem van de senior helpt deze oplossing natuurlijk niet als deze, net als nu, op latere leeftijd moeilijk aan de slag kan komen bij het verrichten van betaalde arbeid. Ook dan en misschien juist daardoor komt de lager opgeleide niet aan de benodigde veertig jaar opbouw, hoewel hij eerder is begonnen dan de hoger opgeleide. Daar zou pas enig redelijk effect kunnen optreden als andere vormen van inspanning, zoals zorgtaken en vrijwilligerswerk, nadrukkelijker als maatschappelijk nuttig zouden worden erkend. Vinden we dat echt en willen we daarvoor ook betalen? Bovendien zou ik in deze omgeving nauwelijks durven beweren dat het volgen van een studie niet als maatschappelijk nuttig gekwalificeerd zou mogen worden. Kortom een gedachteontwikkeling die zeker nog wel eens zal opduiken in de discussie, maar die toch moeilijk uitvoerbaar zal zijn. Deze nieuwe invulling, oud is variabel. lijkt mij geen grote toekomst te hebben.

AANVULLENDE PENSIOENREGELINGEN

Voortbordurend op de vormgeving van pensioen is de volgende zeer in het oog springende sfeerovergang te vinden in de ontwikkeling van de ‘standaardpensioenregeling’ gedurende de periode dat ik met pensioen en pensioenregelingen bezig was en meer in het bijzonder gedurende de laatste tien jaar. Toen ik in 1966 werd overgeplaatst naar de, toen nieuwe, afdeling psw bij N.N., de afdeling die zich bezighield met alle stadia van individuele pensioenverzekeringen, begon de eindloonregeling steeds meer de norm te worden voor een passende pensioenregeling.

Zoals vaak was de ABP-regeling ook hier leidend voor de pensioennorm. Toch waarschuwde Thierry nog, overigens zo’n tien jaar daarvoor, heel nadrukkelijk voor de gevaren van vooral de eindloonregeling.¹⁵ Met de toepassing van dit systeem zou naar zijn mening de kiem voor de insolventie van een pensioenfonds worden gelegd. Maar de ontwikkeling gedurende de jaren zeventig van de vorige eeuw ging toch duidelijk in de richting van de eindloonregeling en zelfs meer.

Vooral de discussie over de aan de eindloonregeling inherente pensioenbreuk bij wisseling van werkgever in samenhang met de discussie, ook in die tijd, over een pensioenplicht leidde tot het ontstaan van zogeheten levensjarenregelingen, waarvan het resultaat nog nadrukkelijker beoogde om voor het ouderdomspensioen een vaste verhouding met het laatst genoten inkomen te bereiken. De opkomst van deze vorm van pensioenregeling begon in de jaren tachtig van de vorige eeuw, maar ondervond al snel de nodige kritiek als gevolg van de hoge kosten voor de nieuwe werkgever. Het repareren van de pensioenbreukproblematiek op een andere manier, met een meer evenwichtige lastenverdeling van de benodigde financiering tussen de oude en nieuwe regeling gaf aanleiding tot het weer tamelijk snel verdwijnen van de levensjarenoplossing¹⁶. En vervolgens zijn ook eindloonregelingen op ruime schaal vervangen door middelloonregelingen, als het goed is met indexatie.

Deze ontwikkeling brengt in ieder geval met zich mee dat het diep gewortelde idee dat een redelijk ouderdomspensioen iets in de orde van zo'n 70% van het laatstverdiende salaris zou moeten zijn, behoorlijk zwaar op de tocht staat. En het vervelende daarbij is, mijns inziens, dat eigenlijk vrijwel niemand van de direct betrokkenen, de deelnemers in de pensioenregeling, daar echt zicht op heeft. De duidelijke vermindering van het ambitieniveau van pensioenregelingen is kennelijk bij de belanghebbenden niet zo helder overgekomen. Daaraan zal de manier van uitleg van de noodzaak daartoe natuurlijk hebben bijgedragen. 'Voorkomen van explosieve kostenstijgingen', 'toch een redelijk resultaat', 'het kan niet anders', 'eerlijker voor de gemiddelde deelnemer' – het zijn even zovele verhullende toelichtingen die in het kader van deze operatie gebruikt zijn.

Onder de veelzeggende naam *Ouderdomspensioen op zijn retour?* heeft Pauline Bakker van het vu Expertisecentrum Pensioenrecht recent een onderzoek gepubliceerd naar het vraagstuk of de aanvullende pensioenregelingen voor werknemers een qua hoogte adequate pensioenuitkering opleveren¹⁷. Daarbij wordt inderdaad als referentiepunt de aloude 70%-norm gehanteerd. De voorbeelden worden uit de regelingen van ABP en PGGM gehaald, maar dat lijkt mij voldoende representatief voor een ontwikkeling die ook veel breder aan de orde zal zijn. Haar eindconclusie levert enkele zeer opmerkelijke standpunten op, die tot nu toe helaas te weinig aandacht hebben gekregen. Ik citeer:

- De overgang naar de middelloonregeling viel samen met een dekkingstekort, waardoor de opgebouwde pensioenen achterbleven bij de loonontwikkeling.
- De overstap naar middelloon heeft tot gevolg dat in jaren waarin er onvoldoende middelen zijn om de opgebouwde aanspraken te indexeren, dit direct doorwerkt in de hoogte van het pensioen.
- Het opgebouwde vroegpensioen is fors onvoldoende is om daadwerkelijk vervroegd te pensioneren.
- Werknemers beseffen niet dat hun pensioenregeling niet zelfstandig voorziet in een adequate oudedagsvoorziening.

Gezien de opnieuw, nu door de (nasleep van) de kredietcrisis, tamelijk slechte situatie van de dekkingsgraad van pensioenfondsen lijkt het erop dat indexatie van pensioenen opnieuw problematisch zal gaan worden. Uit een persbericht van de Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen: 'De helft van de tien grootste Nederlandse bedrijfstakpensioenfondsen heeft per eind november 2008 een dekkinggraad die ligt tussen de 85 en 95 procent. Andere fondsen zitten daar, soms fors, boven. Het aantal pensioenfondsen dat nog boven de wettelijke grens van 105 procent zit, is de afgelopen maand echter snel afgenomen. Dat betekent dat sinds het einde van het derde kwartaal de situatie voor de fondsen sterk verslechterd is.'¹⁸

Mijn lijfspreuk is al heel lang, dat pensioen iets is waar je je hele leven lang plezier van kunt hebben. Toen ik in 1969 mijn eerste pensioenoverzicht ontving, leek de pensioendatum in 2009 nog heel erg ver weg. Ondanks de toen wel erg beperkte helderheid van de opgave zag de beloofde (en verzekerde) aanspraak er toch heel betrouwbaar uit. Het is best wel zuur om juist op dit moment die pensioenleeftijd bereikt te hebben, zonder vrijuit te kunnen roepen dat wij het inmiddels met zijn allen op dat terrein dankzij een jarenlange ontwikkeling mooi en goed voor elkaar hebben. Aan de andere kant realiseer ik mij ook dat ons systeem op zichzelf nog steeds op de juiste manier is gestructureerd en dat wij niet voor het eerst te maken hebben met een tegenzittende ontwikkeling.

Bovendien is het lastige daarbij natuurlijk eigenlijk ook wel dat ik als jurist over de ontwikkeling van een steeds beter op het pensioendoel toegespitste regelgeving, met inbegrip van een zinnige interpretatie daarvan door de rechter, eigenlijk niet te klagen heb. Natuurlijk zijn de regelingen bij en krachtens de Pensioenwet best wel erg gedetailleerd en zo ver uitgewerkt dat de vraag rijst of het allemaal niet wat compacter had gekund, maar dat lijkt nu eenmaal onvermijdelijk nu open normen kennelijk niet meer voldoende houvast bieden voor een breed gedragen interpretatie. Het is jammer dat tegenwoordig kennelijk zo weinig waarde meer wordt gehecht aan gewoon logisch nadenken, dat alles tot op de millimeter dichtgerogeld moet worden, maar gelukkig wordt thans in ieder geval door regelgevers ook aandacht gegeven aan praktische aspecten. Hetzelfde hebben we immers zien gebeuren bij de fiscale regelgeving rond pensioen.

In een recent artikel gaan Kuijkhoven en Romein in op de veelheid van de fiscale regels rond pensioen.¹⁹ Zij zijn behoorlijk kritisch: 'Wij hebben eens snel geturfd. In de Wet LB en het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 2001 zijn 36 soms zeer onleesbare artikelen opgesomd die over pensioen gaan. Er bestaan 72 vragen en handreikingen van Het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen van de Belastingdienst (hierna: CAP) die handelen over pensioen (en levensloop). Van de door het ministerie van Financiën sinds de jaren negentig uitgevaardigde 123 besluiten over pensioen zijn er (gelukkig) alweer 89 ingetrokken.'

Overigens ben ik het niet eens met hun suggestie om de fiscale ruimte, zoals die thans is gericht op eindloonregelingen af te schaffen, waardoor de regelgeving eenvoudiger zou kunnen worden. Nog afgezien van de vraag of wij de eindloonregeling al definitief in het pensioenmuseum hebben bijgezet, moet het uit de ontwikkelingen van de laatste

jaren duidelijk zijn dat de aanvankelijk noodzakelijke overgangswetgeving de regelgeving bepaald niet overzichtelijker en simpeler zal maken. Kapelle²⁰ heeft immers terecht geconstateerd dat fiscaal overgangsrecht de neiging heeft om soms langer te bestaan dan de wettelijke regeling waarvan de invoering het overgangsrecht noodzakelijk maakte. Het is mij in ieder geval duidelijk geworden dat er in een periode van ruim veertig jaar heel veel kon veranderen in pensioenland. Steeds kostte het nogal wat tijd en moeite om noodzakelijke verbeteringen in de regelgeving uiteindelijk wettelijk vastgelegd te krijgen. Denk bijvoorbeeld aan de vijf jaar die nodig waren om de nieuwe fiscale regelgeving van aanbevelingen tot wetgeving om te vormen en de bijna twintig jaar die het heeft gekost om het idee dat de Pensioenwet gemoderniseerd zou moeten worden ook werkelijk praktisch in te vullen.

Maar ik wil nog even terug komen op de huidige pensioenproblematiek, die geen juridische, maar een economische achtergrond heeft. Omdat de regels voor economische ontwikkelingen kennelijk ook voor deskundigen toch steeds weer voor onverwachte en vooral ook onaangename verrassingen kunnen zorgen, blijft het een groot probleem om het pensioensysteem tegen onaangename incidenten te blijven beschermen. Een van de belangrijkste ontwikkelingen op dat gebied in de laatste tijd lijkt mij de grotere aandacht voor governance bij pensioenuitvoerders. In essentie komen wij dan steeds weer uit bij de vraag waarop bij een pensioenuitvoerder de inspanning nu eigenlijk primair moet zijn gericht. Moeten we kiezen voor een kortetermijnresultaat voor de huidige belanghebbenden, te vergelijken met de op dit moment zo nu en dan zo bekritiseerde shareholdersvalue? Of kiezen wij voor het nastreven van de continuïteit die verbonden is met de pensioenovereenkomst als (heel lange) duurovereenkomst? Anders gezegd: hebben bestuurders eigenlijk wel de ruimte om met die continuïteit als uitgangspunt incidenteel grote voordelen te behalen in de wetenschap dat daarvoor ook grotere risico's gelopen moeten worden?

EUROPESE REGELGEVING

Naar mijn oordeel is het denken over pensioenuitvoering de laatste jaren teveel gericht geweest op die korte termijn, waardoor de noodzakelijke continuïteit soms uit het oog werd verloren. Misschien heeft, wellicht onbewust, en in ieder geval niet in overeenstemming met de Nederlandse pensioentraditie, de Europese positionering van de pensioenuitvoering daarbij een rol gespeeld. Het uitvoeren van pensioenregelingen wordt immers vooral gezien als een belangrijke vorm van financiële dienstverrichting, waarbij de werking van de interne markt verbeterd zou moeten worden. De typisch Nederlandse invulling van een gezamenlijke invulling door sociale partners van een maatschappelijk nuttig doel komt daardoor misschien soms wat in het gedrang.

Het actieplan voor financiële diensten van de Europese Commissie beschouwde de opstelling van een richtlijn voor het bedrijfseconomisch toezicht op instellingen voor

bedrijfspensioenvoorziening als een dringende prioriteit. Het gaat immers om veel geld bij soms grote financiële instellingen die voor de integratie, de efficiëntie en de liquiditeit van de financiële markten een centrale rol spelen, maar die niet onderworpen zijn aan een samenhangende communautaire wetgeving die hen in staat stelt de voordelen van de interne markt ten volle te benutten. Het gaat bij de daaruit voortgekomen pensioenrichtlijn dus over de regulering van de financiële dienstverrichting van de pensioenuitvoering. Weliswaar zal natuurlijk ook steeds rekening gehouden moeten worden met andere Europese doelstellingen in relatie tot pensioen, zoals de coördinatie van het economisch beleid, de verwezenlijking van een grotere arbeidsparticipatie, de bevordering van goede werknemersrechten, de verwezenlijking van adequate sociale bescherming, de bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de afstemming van nationale fiscale regels, maar het kader is de financiële marktordering.

De eerste poging tot Europese regelgeving voor de uitvoering van pensioenregelingen in de tweede pijler, is te vinden in een voorstel voor een Richtlijn van 21 oktober 1991²¹ betreffende de vrijheid van beheer en de belegging van de gelden van instellingen voor pensioenvoorziening. In dit voorstel, waardoor de grensoverschrijdende vrijheid van dienstverlening in vermogensbeheer en beleggingen moest worden geregeld, werden grenzen gesteld aan de beperkingen die de lidstaten in hun toezichtwetgeving kunnen vaststellen. De richtlijn zou echter ook hebben moeten gaan gelden voor instellingen die hoofdzakelijk volgens het omslagstelsel met verplicht lidmaatschap en beperkte reserves werken. Maar de Commissie trok eind 1994 haar voorstel weer in, omdat in de Raad onenigheid bestond tussen de lidstaten. Dit ondanks dat het Europees Parlement een gunstig advies had uitgebracht, zij het met enkele amendementen.²² De Commissie probeerde vervolgens dit initiatief overeind te houden door een Mededeling²³ uit te vaardigen met een interpretatie inzake de gemeenschappelijke markt voor pensioenfondsen. Maar deze mededeling betreffende de vrijheid van beheer en belegging van de gelden van instellingen voor pensioenvoorziening werd vervolgens door het Hof van Justitie nietig verklaard²⁴, nadat Frankrijk bij het Hof een klacht had ingediend. Al snel na de afwijzing van de Mededeling ontwikkelde de Commissie opnieuw een initiatief op dit terrein. Met een zogenoemd Groenboek werd het probleem weer op de agenda geplaatst.²⁵

Het grootste probleem dat in het Groenboek werdesignaleerd, is het ontbreken van communautaire wetgeving. Om tot deze communautaire wetgeving te komen zouden uitdrukkelijke regels nodig zijn voor de administratieve en de financiële beheerders van de fondsen. Ook bestaat behoefte aan de fundamentele harmonisatie van de grensoverschrijdende aspecten van de pensioenwetgeving en van de belastingaspecten. Maar daaruit volgt ook de oorzaak voor de langdurigheid van de discussie. Praktisch juridisch stuit een eventuele communautaire wetgeving namelijk op het probleem van de verschillende rechtsgrondslagen die voor de reglementering van de bovengenoemde aspecten bestaan en op het verschil in de op grond daarvan toepasselijke procedures.

Regels voor administratieve en financiële beheerders zouden kunnen worden gebaseerd op art. 47, lid 2 en 51 van het EG-Verdrag. Deze bepalingen schrijven de medebeslissings-procedure voor, dat wil zeggen dat er geen sprake hoeft te zijn van algemene instemming bij de lidstaten. Maar de artikelen 42 en 308, waarop bijvoorbeeld richtlijn 98/49/EG van de Raad betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Europese Unie verplaatsen is gebaseerd, vereisen unanimititeit in de Raad.

Alle betrokkenen zijn het erover eens dat pensioenen van werknemers moeten worden beschermd. Aanvullende pensioenen zijn uitgestelde beloning en verdienen dus dezelfde behandeling als de directe beloning. Opdat de werknemers van een zeker pensioen kunnen genieten en de beleggers volledig kunnen profiteren van het vrije verkeer van diensten en kapitalen, moesten prudentiële regels worden vastgesteld die zouden zijn gericht op doelstellingen van algemeen belang en die aan deze doelstellingen zouden worden aangepast. Maar de discussie heeft zich verder vooral toegespitst op het hoe. Kan aan de beheerders van pensioengeld de vrijheid worden gelaten om hun diensten in de gehele Europese Unie aan te bieden en hun activiteiten te investeren volgens het principe van de 'goede huisvader' ('prudent man'), zonder verplichtingen van het beleggen in bepaalde categorieën waardepapieren en financiële instrumenten of bepaalde valuta's?

De resultaten van de Raadpleging over het Groenboek werden door de Commissie gepubliceerd in een Mededeling met als titel *Naar een interne markt voor aanvullende pensioenen*²⁶. In dit stuk werd opnieuw uitgebreid ingegaan op de voordelen en de contouren van een toekomstig gemeenschapsbeleid voor aanvullende pensioenen. Volgens de Commissie hebben de ervaring met het Groenboek, de schriftelijke reacties daarop en de aansluitende hoorzitting bewezen dat er een brede consensus bestaat over het feit dat een gecoördineerde en stapsgewijze aanpak noodzakelijk is.

Uiteindelijk verscheen op 11 oktober 2000 het lang verwachte voorstel voor een Richtlijn betreffende de werkzaamheden van instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening.²⁷ Dit voorstel heeft vervolgens, overigens opnieuw na de nodige discussie, geleid tot de huidige Richtlijn van 3 juni 2003²⁸, waarvan de elementen in 2006 werden opgenomen in de Nederlandse pensioenwetgeving.

Het werkingsgebied van de richtlijn beperkt zich tot pensioenregelingen in de tweede pijler die door kapitaaldekking worden veilig gesteld. Met name uitvoerders van sociale zekerheidsregelingen, instellingen die op basis van een omslagstelsel werken en ondernemingen die boekreserves aanhouden voor hun pensioenverplichtingen – zij zouden zeggen ondernemingen, die eigen beheer voeren – vallen niet onder de werking van de richtlijn. Instellingen die naast sociale zekerheidsregelingen ook niet verplichtte bedrijfspensioenvoorzieningen uitvoeren, vallen voor deze laatstgenoemde activiteit wel onder de werking van de Richtlijn. In Nederland is de regelgeving dus vooral afgestemd op pensioenfondsen. Levensverzekeraars als zodanig vallen namelijk niet onder de werking van de richtlijn.

De onder de werking van de richtlijn vallende instelling moet zich in haar activiteiten volstrekt beperken tot de pensioenuitvoering. Hetzelfde geldt voor de verzekeraar die volgens de nationale regelgeving zijn pensioenactiviteiten volkomen gesepareerd van de overige activiteiten uitvoert.

GOVERNANCE

Aan het voorschrift dat er een juridische scheiding moet bestaan tussen de bijdragende onderneming en de pensioenuitvoerder wordt door de huidige inrichting van de Pensioenwet voldaan. Ook overigens heeft de implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wetgeving niet zo veel nieuws opgeleverd. Maar het idee dat sprake is van een goed te reguleren financiële instelling staat zo nu en dan toch wat haaks op het geheel eigen karakter van de Nederlandse pensioenuitvoerder. Dat komt zeker tot uitdrukking als het gaat om het bestuurmodel voor pensioenregelingen, de laatste tijd vooral ook aangeduid met de term *governance*.

In zijn openbare les geeft Koelewijn²⁹ een belangwekkende analyse over *governance* uitmondend in een specifieke verhandeling over dat onderwerp bij pensioenen. Vanuit zijn economische invalshoek beschouwt hij als doel van het pensioenfonds het realiseren van zo hoog mogelijke pensioenen voor de rechthebbenden tegen minimale kosten. Het management van het fonds heeft tot taak deze doelen te realiseren en dient te zorgen voor een adequate belangenafweging.

Naar mijn oordeel terecht wijst hij erop dat er binnen het handelen van het fonds om dit doel te bereiken wel degelijk belangenconflicten aan de orde zijn, zowel tussen de sponsor en de rechthebbenden als tussen de rechthebbenden onderling. Kern van zijn betoog in dit verband is dat er door de aanwezige onzekerheden – uitkeringsverplichtingen kunnen hoger of lager uitvallen dan begroot, evenals beleggingsopbrengsten – een residueel risico ontstaat. Dat betekent als economisch, maar zeker ook als juridisch probleem dat mogelijke overschotten binnen een groep rechthebbenden onderling moet worden toegerekend of dat tekorten door partijen volgens een bepaalde verdeling moeten worden gedragen.

Zoals wij al gezien hebben, is er de laatste jaren de nodige druk geweest, vooral vanuit de sponsors om de bestaande regelingen te versoberen in termen van indexatie, maar ook voor wat betreft de inhoud van regeling op zich. Daarnaast komen de belangenconflicten tussen deelnemers ook steeds nadrukkelijker in beeld door de verschillende aard van hun wensen. Het rijper worden van de fondsen versterkt deze ontwikkelingen, omdat het ‘gewicht’ van gepensioneerden in verschillende betekenissen toeneemt.

Een ander probleem is daarbij overigens wel, zoals ik reeds opmerkte, dat de belanghebbenden zich de implicaties van dit soort ontwikkelingen vaak niet of onvoldoende zullen realiseren. Dit tenzij er sprake is van een direct voelbaar probleem, zoals het verminderen van indexatie voor gepensioneerden. De onbekendheid met de pensioenmaterie

speelt, naar mijn idee, in het ontwijken van de echte discussie daarover door sociale partners en overheid, een praktisch nog belangrijkere rol. Dat doet niets af aan de juistheid van Koelewijns conclusie dat de noodzaak steeds groter wordt dat de verzekerden – en dat geldt zowel voor de actieven als voor de niet-actieven – meer invloed krijgen op het beleid van het fonds dan wel een adequate verantwoording tegemoet kunnen zien.

Bij bedrijfstakpensioenfondsen lijkt het toezicht vanuit de deelnemers op de acties van de sponsors via het paritaire systeem op zichzelf goed geregeld. De sponsors hebben weinig mogelijkheden om het beleid van het fonds direct te beïnvloeden; zij hebben slechts invloed via hun representatieve organisaties. Maar de werknemersorganisaties representeren toch primair de actieve deelnemers en hebben om strategische redenen minder belang om zich in te zetten voor de belangen van niet-actieven. Niettemin acht Koelewijn bij de ondernemingspensioenfondsen het probleem het grootst. Hij wijst daarbij op de gevolgen van de veranderde regelgeving voor de verslaglegging, resulterend in de omzetting van DB-regelingen in een collectief DC-stelsel³⁰. Misschien dat de vormgeving van medezeggenschap in de Pensioenwet daar iets meer tegenwicht in zal brengen, maar het blijft inderdaad de vraag of de werknemersvertegenwoordiging in bestuur en deelnemersraad adequaat kan functioneren in een omgeving waarbij deze direct met de werkgever moet onderhandelen. Koelewijn stelt dan ook dat voor ondernemingspensioenfondsen de belangenbehartiging bij uitstek door professionals zou moeten plaatsvinden.

Voorts stelt hij, mijns inziens terecht, dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat de basis voor actieve governance vanuit de deelnemers niet optimaal is. In de eerste plaats zijn er duidelijke indicaties dat veel mensen weinig oog hebben voor hun pensioenvorming. Vooral bij jongeren is de toekomstige waarde van hun pensioeninkomen ten opzichte van het nog te verdienen inkomen beperkt. Maar schijn bedriegt. Zoals ook het eerder aangehaalde onderzoek al indiceert, heeft het verminderen van indexatie voor hen uiteindelijk veel langduriger effecten dan voor de oudere deelnemers. Maar praktisch is voor oudere rechthebbenden het pensioen als direct zichtbaar inkomensbestanddeel natuurlijk belangrijker. Zij zullen er daarom meer belang bij hebben om zich actief op te stellen. Toch blijken betrokkenen zich zeer moeilijk een beeld te kunnen vormen van de relevantie van de pensioenproblematiek voor hun eigen persoonlijke situatie³¹. De relevante tijdshorizon is eenvoudig te lang.

In de vormgeving van medezeggenschap in de Pensioenwet is er – ook naar mijn mening – nog geen adequaat mechanisme dat de invloed van de deelnemers – en dan in het bijzonder die van de slapers en de uitkeringsgenieters – voldoende tot zijn recht kan laten komen. Voorts zou het volgens Koelewijn aanbeveling verdienen om bij pensioenfondsen een toezichthoudend orgaan in te voeren dat bevoegdheden heeft die vergelijkbaar zijn met die van een raad van commissarissen bij een (structuur)vennootschap. Immers, de rechthebbende heeft geen interesse in de problematiek, er is weinig deskundigheid³² en men neigt naar verkeerde keuzes. Ik ben het volledig met Koelewijn

eens dat de door hem genoemde problemen in de toekomst tot andere bestuurlijke structuren zullen moeten leiden, maar ik kan daarbij de invulling door de externe deskundige nog niet zo helder als een oplossingsrichting zien. Het komt mij voor dat een dergelijke oplossing juist de belanghebbenden nog meer op afstand van het pensioengebeuren zet. Voor mij blijft de vraag actueel hoe deze problematiek beter aangepakt kan worden vanuit de bestuurlijk juridische invalshoek.

Zoals ik al eerder heb geschreven en gezegd³³, blijf ik daarom ook problemen houden met de stichting als de meest voor de hand liggende rechtsvorm voor de pensioen-uitvoering. 'Een brok vermogen met een goed doel' blijft nu eenmaal per definitie de uitvoeringsvorm waar de cliënten weinig invloed op (kunnen) uitoefenen. En ook een deelnemersraad met uitsluitend adviesrecht blijft daarin toch nog steeds een onvolkomen beïnvloeder. Ook ligt het eigenlijk niet zo voor de hand dat de werkgever in de uitvoering van de pensioenregeling, zij het indirect, zijn traditionele bestuurdersrol blijft vervullen. Het gaat immers om het beheer van beloningselementen die alleen nog kunnen toekomen aan de (ex)-deelnemers. De bedoeling van de wet is toch onder meer juist om de uitvoering buiten de invloedssfeer van de werkgever te plaatsen. En dan toch nog steeds de werkgever als bestuurder, mede belast met de praktische uitvoering van een beloningsregeling? Ik denk dat weinig werknemers het zouden waarderen wanneer hun werkgever actief zou participeren in de beslissingen over de manier waarop zij hun loon zouden moeten te besteden. En dat zou bij toekomstig loon ineens anders zijn? Of heeft de werkgever(svereniging) misschien van nature zoveel pensioenkennis in huis dat dat de plaats in het bestuur van een pensioenuitvoerder rechtvaardigt?

Natuurlijk zult u mij nooit horen zeggen dat pensioen niet is uit te leggen, het bestaan van deze leeropdracht geeft dat al aan. Maar dat uitleggen moet wel gebeuren, kennis over en begrip van deze materie ontstaat niet vanzelf. Dit brengt mij, overigens opnieuw en eigenlijk nog steeds, tot de conclusie dat het ideale model de vorm heeft van een externe pensioenuitvoerder die (uiteraard professioneel) wordt gerund namens de belanghebbenden. Het gaat immers, als ik het zo kort door de bocht mag stellen, om hun geld, even los van de natuurlijk ook bestaande juridisch wat anders ingerichte praktijk.

Zoals eerder in de juridische literatuur steeds is betoogd en ook door de minister in zijn brief van 10 december 2007 terecht is herhaald³⁴, berust het juridische eigendom van de middelen bij de pensioenuitvoerder. Aanvankelijk vooral met als nuttig bijeffect dat de werkgever er dan niet meer aan kon komen, maar naderhand steeds meer met de nadruk op het feit dat er helemaal niets anders mee kan gebeuren dan de pensioenovereenkomst uitvoeren.

Het voorgaande betekent dat de bestemming van 'beklemd' pensioenvermogen, overigens in een zo ruim mogelijke zin in verband met de noodzaak van waardevastheid, per definitie niet kan veranderen. Ook niet door een eventuele truc, zoals het verlagen van aanspraken. In het verlengde daarvan zou ook de gedachte om pensioenmiddelen

te mogen besteden voor andere mooie en misschien zelfs wenselijke maatschappelijke doelen, weer met dezelfde vaart van tafel moeten worden geveegd. Pensioengeld is bestemmingsgebonden en bestemmingsgericht.

Eigenlijk komt het echte probleem pas aan de orde bij de vraag over het toezicht. In feite gaat het dus om de vraag wat er gebeurt met een 'echt' overschot van een pensioenuitvoerder als dat op enig moment vaststaat. In de discussie hierover zijn twee invalshoeken aan de orde gesteld. Bij uitkeringsovereenkomsten is dat in ieder geval dat er uitsluitend de verplichting ontstaat om de overeengekomen pensioenuitkeringen te doen. Maar door het onzekerheidselement in de pensioendekking kunnen nu eenmaal (bij voorkeur) overschotten en soms ook tekorten ontstaan. Ik heb betoogd dat er in die situatie niet zo veel op tegen zou zijn om het overschot te retourneren aan de werkgever die 'te veel' heeft betaald, zeker omdat uit een dergelijke situatie zou moeten volgen dat hij ook eventuele tekorten opvangt. Een andere mogelijkheid die werd gesteld is dat de werkgever zijn bijdrage in de pensioenregeling nu eenmaal heeft uitgegeven als onderdeel van de loonruimte waarover hij beschikte, zodat deze middelen in ieder geval altijd in enigerlei vorm als arbeidsbeloning beschikbaar moeten blijven.

Naar mijn mening sluiten beide invalshoeken elkaar niet uit, mits een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen een 'technisch' overschot en de invulling van een adequate beloning. Onterechte juridische transfermogelijkheden zouden daarbij moeten worden vermeden. Gezien de noodzakelijke waardevastheidsgarantie zal er overigens niet zo snel sprake zijn van een 'echt' overschot. In andere landen bestaan wel wettelijke regelingen om de oorzaak te analyseren en soms ook om de verdeling van overschotten te regelen.

Het doel van een wettelijke regeling zou moeten zijn om bij het vermoeden van een overschot eerst onafhankelijk te beoordelen of alle pensioendoelen zijn en worden bereikt, vervolgens of daarna redelijkerwijs nog op een andere manier iets in de sfeer van beloning kan worden gedaan. En pas daarna of er nog iets anders als algemeen nut hebbende bestemming kan worden bedacht.

Natuurlijk heb ik begrip voor de kritiek dat het door mij ook eerder voorgestelde alternatief in de vorm van de onderlinge waarborgmaatschappij niet veel verbetering kan brengen in het probleem van de pensioenlethargie. Daarvoor is inderdaad een adequate voorlichting nodig en verdienen alle activiteiten op dat terrein zo veel mogelijk ondersteuning. Denk bijvoorbeeld aan het nuttige werk van de Stichting Pensioen kijker.nl. Maar wel kunnen de leden van een dergelijke vereniging op een meer voor de hand liggende wijze, actief, en voor zover nodig uiteraard professioneel ondersteund, hun eigen belangen in een passende collectiviteit behartigen. Gezien de diversiteit in belangen tussen de verschillende betrokkenen zou ik mij ook (en opnieuw) kunnen voorstellen dat er een duidelijke tweedeling komt tussen het te hanteren opbouwmechanisme voor pensioen bestuurd door en namens de actieven en het bewaar- en uitkeringsmechanisme bestuurd door en namens slapers en gepensioneerden.

Wel blijft de vraag actueel welk probleem het sterkst om een oplossing vraagt: de belangentegenstelling tussen actieven en niet-actieven of de onderlinge solidariteit tussen deze groepen. Voorlopig lijkt mij het eerste punt het meest kritiek³⁵. Solidariteit tussen deze groepen zou ook niet meer ter discussie hoeven te komen onder de voorwaarde dat de financiering op het moment van inactief worden optimaal geregeld is. Ik zie daarin overigens voor de slapersbelangen niet een echt zelfstandige rol, omdat de voor hen geldende prioriteit, namelijk waardevastheid van de uitkering, gelijk is aan die van de gepensioneerden. Bovendien heeft de slaper die wel kiest voor de opbouwprioriteit ook nog de mogelijkheid om waardeoverdracht te plegen.

Mijn conclusie is dus dat zich in de toekomst nieuwe bestuurlijke en organisatorische vormen voor de pensioenuitvoering moeten ontwikkelen. Het is daarbij echter van het grootste belang om ervoor te waken dat dergelijke ontwikkelingen er niet toe leiden dat pensioenregelingen als zodanig verder worden aangetast.

BESLUIT

Uiteindelijk blijven we in pensioenland steeds weer aanlopen tegen de twee in wezen belangrijkste probleempunten rond pensioen:

- de onoverzichtelijkheid van een tijdsbestek van zestig jaar of meer en
- de onaangename aanleidingen voor de pensioenuitkering.

Het gaat immers bij pensioen over situaties waar men meestal niet bepaald naar uitkijkt. Oud worden, doodgaan of arbeidsongeschikt worden, daar zit je allemaal niet echt op te wachten. Zo blijkt ook uit onderzoek van de al genoemde Stichting Pensioenkijs.nl. dat in Nederland, ondanks de alom geprezen systematisch invulling daarvan, toch sprake is van een laag pensioenbewustzijn. De meeste mensen (52 procent) hebben zich in de afgelopen twee jaar nooit de vraag gesteld met hoeveel geld zij het moeten doen tijdens hun oude dag. Gelukkig is er een kleine stijging in het aandeel mensen dat stelt hiervan wel goed op de hoogte te zijn (thans 15,4 procent).

Mede door dit gebrek aan pensioenbewustzijn heeft de bepaald niet positieve ontwikkeling van de laatste vijftien jaar op pensioengebied, zoals de verandering van eindloon naar middelloon of slechter en de nog steeds niet adequate invulling van de koopkrachtbescherming, zich voor de belanghebbenden grotendeels in een duister gebied kunnen afspelen, afgepaald door en voor deskundigen.

Al met al is de conclusie dat de vraag 'wat is oud?' nog niet is beantwoord, maar dat dat antwoord op zich ook helemaal niet zo belangrijk is. Een toekomstgericht pensioenbeleid vraagt nog veel meer vormen van participatie van de belanghebbenden dan 'alleen maar' langer werken.

Het voorgaande maakt dat duidelijk dat onderwijs en onderzoek op dit terrein dringend noodzakelijk blijven en ik hoop dan ook van harte dat de plek die ik nu aan deze universiteit verlaat, heel spoedig zal kunnen worden ingevuld. Het goed regelen van

pensioen is belangrijk, en zoals aangegeven veel belangrijker dan waar de betrokkenen zich vaak van bewust zijn. Goed pensioenrecht behoort bij die bewustmaking.

DANKWOORD

Mijnheer de Rector Magnificus, Zeer gewaardeerde toehoorders,

Nu ik aan het eind van mijn rede ben gekomen, wil ik nog een aantal mensen en instellingen bedanken. Op de eerste plaats natuurlijk het bestuur van deze universiteit en dat van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Ik heb steeds in alle opzichten kunnen ervaren dat het bedrijven van pensioenrecht een in deze omgeving passende bezigheid kon en mocht zijn.

Ik dank ook het bestuur van thans de Stichting Instituut GAK en het curatorium van de leerstoel, dat mij geholpen heeft om aan het vak pensioenrecht invulling te geven. Wel herhaal ik dat ik hoop dat de leeropdracht pensioenrecht aan deze universiteit zo spoedig mogelijk opnieuw ingevuld zal worden. Ik weet zeker dat dit onderwerp een perfecte plek zal kunnen vinden binnen Onderneming en Recht.

Beste collega's in commissies, redacties en besturen.

De beste manier om bij te blijven is om op een professionele wijze in gesprek te kunnen blijven over al die belangwekkende pensioendingen die ons op elkaars pad hebben gebracht. Ik heb die contacten steeds als heel plezierig ervaren. Ik realiseer mij dat ik steeds verder op afstand kom te staan van de dagelijkse ontwikkelingen, maar als pensioengerechtigde zal ik best nog wel eens de gelegenheid te baat nemen om iets te vinden van ontwikkelingen op het buitengewoon belangwekkende pensioengebied. Zo nu en dan zal ik ook graag aan de discussie blijven deelnemen. Bovendien zorgen Emilie en Henriette er uitstekend voor dat ik niet vergeet hoe spannend pensioen is.

Lieve Henriette, Leendert en Marleen,

Het is een buitengewoon goed gevoel om te weten hoe betrokken de kinderen steeds zijn bij onze belevenissen. De mix van verstand, in de vorm van opmerkingen vanuit jullie eigen deskundigheid, maar ook gevoel voor de vragen en problemen die deze functie zo nu en dan nu eenmaal met zich meebrengt, was heel goed om te beleven. Ik ben trots op jullie inbreng en niet alleen wat dat betreft.

Lieve Sien,

Bij deze eerste deelname aan een officiële gelegenheid ben jij degene van ons allen die zich nog het minst om de toekomst bekommert. Voor ons Sientje hoop ik dat haar toekomst gekenmerkt zal worden door zorgen voor morgen en niet door zorgen om morgen.

En natuurlijk last-but-not-least Laurien,
mijn belangrijkste steun en (zo nu en dan) aanduwer. Wij zijn al meer dan veertig jaar zoveel mogelijk samen op zoek naar dingen waar wij ons beiden happy bij voelen. Soms zou je in de afgelopen tien jaar dingen dan ook best anders hebben willen invullen dan het programma dat aan Nijmegen vastzat eigenlijk toeliet. Maar jouw inbreng en betrokkenheid zijn altijd heel stimulerend geweest en erop gericht om te helpen er iets goeds van te maken. In ieder geval zullen semesters en agenda's nu minder in de weg staan bij het beleven van gezamenlijke dingen op momenten die gemakkelijker zo maar zijn te kiezen omdat wij daar samen zin in hebben.

Ik heb gezegd.

NOTEN

- 1 Zie bijvoorbeeld 'Pensioen en pensioenuitvoering op nieuwe wegen.' In: *Ongebonden recht bedrijven*, jubileumbundel Ned. Genootschap van Bedrijfsjuristen, oktober 2000.
- 2 Zie bijvoorbeeld de verzuchting van Joost Prinsen over (top)bridge in *Een goede speler is niet eerlijk*, Amsterdam 2008, blz. 183.
- 3 Kabinetsnotitie *Men is zo oud als men zich voelt*, aangeboden bij brief van de bewindslieden van het Ministerie van SZW, AV/IR/2008/15461 d.d. 28 mei 2008.
- 4 Zie http://www.rivm.nl/vtv/object_document/02309n18838.html
- 5 Zie bijvoorbeeld HR 13 jan 1995 (Codfried), NJ 95, 430: r.o. 3-5.
- 6 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 26 mei 2005, JAR 2005/132 met instemming aangehaald in het advies van de SER: *Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar*, Publicatienummer 3, d.d. 17 maart 2006.
- 7 Wetsvoorstel van 18 november 2008, TK 2008û09, 31 774, nr. 2.
- 8 TK 2008û09, 31 774, nr. 3, pag. 4.
- 9 Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden (NEA) 2007.
- 10 Rapportage *Perspectief op langer doorwerken* 2008, 7 juli 2008, TK 2007/08, 29 544, nr. 170.
- 11 Zie NRC.Next 28 september 2008 en de Kamervraag vergaderjaar 2008/09, nr. 700 van het lid Koser Kaya d.d. 2 oktober 2008 met antwoord op 19 november 2008.
- 12 P.M.C. de Lange, *Belangstelling voor pensioen*, Verzekerings-Archief, 2008, nr. 3
- 13 advies van 16 juni 2008, zie <http://www.naareentoeekomstdiewerkt.nl/Advies-Commissie-Arbeidsparticipatie.pdf>
- 14 Zie Jolande Sap en Joop Schippers, *NRC.Next*, 13 juni 2006.
- 15 H. Thierry, *Pensioen- en spaarfondsen*, 2e druk, Alphen a/d Rijn 1995, pag. 77.
- 16 Zie bijvoorbeeld P.M. Tulfers, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, 2e druk, Deventer 1997, pag. 147.
- 17 Gepubliceerd door het VU Expertisecentrum Pensioenrecht eind 2008.
- 18 Persbericht van de Vereniging van Bedrijfstackpensioenfondsen van 8 december 2008.
- 19 J.-O. Kuijkhoven en N.E. Romein, 'Fiscale regels rond pensioen verouderd en onnodig complex.' In: *TPV* 2009, nr.1.
- 20 H.M. Kapelle, *Levensverzekering en fiscaal overgangsrecht*, dissertatie UvA, 2000, blz. 248.
- 21 COM(91)0301, Publicatieblad C 312, 3 december 1991.
- 22 Publicatieblad C 337, 21 december 1992.
- 23 94/C 360/08, Publicatieblad C 360, 17 december 1994.
- 24 HvJEG 20 maart 1997, zaak C-57/95.
- 25 COM(1997)283, 10 juni 1997.
- 26 COM(99)134, 11 mei 1999.
- 27 COM(2000) 507.
- 28 Richtlijn nr. 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (PbEG L 235/10).
- 29 J. Koelewijn, 'Corporate Governance: Hoe mobiliseren we de onbewuste free rider'. Openbare les Hogeschool InHolland, 27 november 2006.

- 30 Zie daarover uitgebreid: *De CDC-regeling: stand van zaken anno 2008*, publicatie nr. 17 van de Vereniging voor Pensioenrecht, Amersfoort 2008.
- 31 Koelewijn verwijst bijv. naar M.C.J. van Rooij, , C.J.M. Kool, and H.M. Prast (2006), 'Risk return preferences in the pension domain: are people able to choose?' In: *Journal of Public Economics*, (<http://www.dnb.nl/dnb/pagina.jsp?cid=tcm:12-46328>).
- 32 Zie daarover het recente artikel van Harry van Dalen en Kène Henkens, 'Vertrouwen in pensioenfondsen: wie kennis vermeerdert...', In: *ESB* 1 december 2006, pag. 616 e.v.
- 33 Zie onder meer mijn oratie *Subjectief pensioenrecht*, Nijmegen, 3 februari 1999.
- 34 TK 2007/08, 28 294, nr. 32, pag. 6.
- 35 Ik sluit mij daarbij aan bij de conclusie van het rapport *De waarde van solidariteit. Spanning in de tweede pijler van het pensioengebouw*, Erik de Gier e.a, SISWO Cahiers Sociale Wetenschappen en Beleid, 2004, pag. 38/39.

