

M C W C O N S U L

pensioenjuridische vraagstukken & communicatie

GRIFFIE EERSTE KAMER

NR. 156095.15

PUB.

TCS

DATUM

XV
04. DEC 2014

KOPIE

SZW

Bestemd voor: De leden van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid **VERW** Eerste Kamer

Position Paper Toekomstbestendigheid Nieuw FTK

Wanneer de Nederlandse wetgever zowel de Europese regelgeving als beproefde pensioensystemen negeert, kan dit zorgen voor schade aan het pensioenstelsel, waardoor het door het kabinet voorgestelde nieuw FTK (wetsvoorstel 'Wet aanpassing financieel toetsingskader') op de lange termijn niet houdbaar is.

Internationaal gezien bestaan er twee pensioensystemen: DB en DC. Mengvormen zijn in principe wel mogelijk, maar stuiten vaak op juridische barrières. In dit geval is dat de Europese Richtlijn voor pensioenfondsen (hierna: Richtlijn), die de waarborging van DB-pensioenen regelt.¹ De meeste Nederlandse pensioenfondsen voeren een DB-regeling uit. Een defined benefit pensioen is een verzekering met contractueel een duidelijk eindpunt (immers een 'defined' benefit) en dat is één bedrag. Zowel in het wetsvoorstel 'Wet aanpassing financieel toetsingskader' als het wetsvoorstel 'Wet pensioencommunicatie' lijkt dit uit het oog te worden verloren. De afwegingen met betrekking tot risico's, kortingen, indexaties, generatie-effecten en koopkrachtscenario's die deze wetsvoorstellen overheersen hebben weinig meer te maken met de uitvoering van een DB-contract. Uiteraard zit de spreiding die de pessimistische en optimistische scenario's representeren wel degelijk in het systeem en dienen belanghebbenden hierover goed te worden geïnformeerd. Het is echter (momenteel) de plicht van de bestuurders van pensioenfondsen (IORP's) om deze spreiding via risicomanagement zo goed mogelijk te absorberen en aan de deelnemer alleen de *juiste* (meest zekere) uitkomst te presenteren.²

¹ Zie de Europese Pensioenfondsen Richtlijn, Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003) en M.C.J. Witteman: 'Reëel pensioen is niet zacht'. Pensioenmagazine juni 2013, nr. 6/7, p. 6 e.v. (hier beschikbaar: <http://www.mcwconsult.nl/ervaring.html>).

² Het door het kabinet voorgestelde verplicht en standaard communiceren van fictieve grensbedragen bedragen via het Pensioenregister wekt ten onrechte de indruk dat risico's bij de uitvoering van de regeling bij de deelnemers zelf liggen er dus feitelijk geen verschil is tussen DB en DC. Dit heeft veel weg van het 'invaren' van de huidige DB-regelingen in nieuwe 'zachte' pensioencontracten via de sluip(vaar)route van wettelijk verplichte pensioencommunicatie. Zie M.C.J. Witteman: Wettelijk verplichte pensioencommunicatie: instortende nieuwbouw? Pensioenmagazine februari 2014, nr. 2, p. 35-36 (hier beschikbaar: <http://www.mcwconsult.nl/ervaring.html>). Zie eveneens het voorstel voor IORP II, de verplichte informatie artikelen 48-50 (hier beschikbaar: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014PC0167>)

In de Nota naar aanleiding van het verslag valt te lezen: 'Het systeem van indexeren en korten in het wetsvoorstel zorgt ervoor dat zowel meevallers als tegenvallers in de dekkingsgraad jaarlijks voor ongeveer 1/10^e deel worden verwerkt in indexatie of kortingen. Daarmee is het systeem van spreiden in het wetsvoorstel in materiële zin vergelijkbaar de voorstellen voor het reële contract met een 10-jaars spreidingsmechanisme'.³ Dit systeem van indexeren en korten (dat op diverse plaatsen in de parlementaire behandeling wordt toegelicht) zal echter ook in de formele documenten van het pensioenfonds moeten worden vastgelegd en de belanghebbenden zullen hierover worden geïnformeerd op de wijze zoals vastgelegd in het wetsvoorstel voor de pensioencommunicatie. Het contract wordt daarmee niet alleen materieel, maar ook formeel gewijzigd in een 'zacht' pensioencontract.

In het kader van de Richtlijn zijn er rondom het voorgestelde nieuw FTK en het 'zachte' pensioencontract de volgende issues:

Issue 1: De voorgestelde UFR-methode en artikel 15 van de Richtlijn

In artikel 15, lid 4 sub b van de Richtlijn is vastgelegd bij de bepaling van prudente rentepercentages rekening wordt gehouden met het rendement van de overeenkomstige activa die door de instelling worden beheerd en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, en/of marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties. In artikel 15, lid 5 van de Richtlijn is tevens (meer in het algemeen) bepaald dat de lidstaat van herkomst ten aanzien van de berekening van de technische voorzieningen aanvullende en meer uitvoerige voorwaarden kan opleggen met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden. De vraag is de formulering van artikel 15, lid 4 sub b in combinatie met de formulering van artikel 15, lid 5 ruimte biedt voor de door het kabinet voorgestelde UFR-methode.

Issue 2: De herstelplansystematiek en artikel 16 en 17 van de Richtlijn

In verband met de door het kabinet voorgestelde herstelsystematiek is art. 16, lid 2 sub a van de Richtlijn relevant, dat aangeeft dat een lidstaat kan toestaan dat een IORP tijdelijk een tekort heeft, mits de instelling een concreet en haalbaar plan opstelt om de hoeveelheid activa die noodzakelijk is om de technische voorzieningen volledig te dekken, tijdig te herstellen. Een eerste aandachtspunt is de eis in de Nederlandse wetgeving om in het herstelplan terug te keren naar een minimale dekkingsgraad van circa 105% (de technische voorzieningen met een opslag van 5% om tot het minimaal vereist vermogen te komen, voortvloeiende uit art. 17, 1e en 2e lid van de Richtlijn). Hierdoor wordt er dus meer geëist dan het hebben van de technische voorzieningen van art. 16, lid 1 van de Richtlijn. Als Nederlandse pensioenfondsen in de komende jaren zelfs kunnen gaan korten bij een dekkingsgraad die boven de 105% ligt, kunnen de pensioenaanspraken dus in theorie

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 972, nr. 10, p. 32-33

worden verminderd zonder dat (bij benadering) sprake is van het niet voldoen aan de dekkingseis van art. 16, lid 1 van de Richtlijn. Dergelijke extra prudentiële maatregelen in het herstelplan bovenop de IORP-benchmark van 100% van de technische voorzieningen lijken door geen enkele bepaling of overweging in de Richtlijn te worden toegestaan. De mogelijkheid tot een eigen invulling van de eisen bestaat voor de lidstaten bijvoorbeeld wel uitdrukkelijk met betrekking tot de wijze van vaststellen van de technische voorzieningen (zie hierboven onder Issue 2 beschreven), de hoogte van het eigen vermogen en onder voorwaarden de beleggingsvoorschriften.⁴ De (immer) opschuivende 10-jaarsherstelplan-systematiek lijkt voorts niet in overeenstemming met artikel 17, lid 1 van de Richtlijn, dat bepaalt dat de IORP op permanente basis voldoende eigen vermogen dient aan te houden. Dit probleem wordt mogelijk deels gemitigeerd door het feit dat de toezichthouder (DNB) gedurende de herstelfase kan ingrijpen, maar erg transparant is dat laatste niet.

Issue 3: Het kortingsinstrument wordt onderdeel van de arbeidsvoorwaardelijke afspraken

Het korten van de aanspraken bij een tekort is op grond van artikel 16 van de Richtlijn de enige manier om een faillissement van pensioenfonds af te wenden, tenzij de afwikkeling van pensioenfondsen die hun verplichtingen niet kunnen nakomen in de nationale wetgeving op andere wijze geregeld is, bijvoorbeeld via een herstelplan of een bijstortingsplicht voor werkgevers. Deze zogeheten *ultimum remedium* kortingen of *ex-post last resort* reducties zijn daarmee geen onderdeel van de arbeidsvoorwaardelijke afspraken, maar een gevolg van het feit dat de pensioenregeling bij een pensioenfonds is ondergebracht.⁵ Onder de huidige Pensioenwet kan een korting alleen plaatsvinden als een concreet en haalbaar herstelplan niet gemaakt kan worden of faalt en het tijdelijk toestaan van het tekort niet (langer) aan de orde is (vgl. ook de letterlijke tekst van huidig art. 134 PW). Onder het voorgestelde FTK worden deze kortingen deels onderdeel van de *ex ante* arbeidsvoorwaardelijke afspraken, nu er uit prudentieel oogpunt immers geen sprake van *ex post last resort* kortingen kan zijn indien de vereiste technische voorzieningen (mogelijk zelfs ruimschoots) aanwezig zijn (zie hierboven onder Issue 2). Voorts geldt dat de mogelijke spreiding van onvoorwaardelijk door te voeren kortingen zal moeten worden gefinancierd en dit zal waarschijnlijk gebeuren door een hogere korting vast te stellen. Daarmee lijken de opgebouwde pensioenaanspraken te worden aangewend (afgekocht?) ten behoeve van de interne financiering van het pensioenfonds. Het mechanisme van korten en tegelijkertijd

⁴ Zie Mr. J.A. Gielink CPL, dr. L.J.P. van der Meij, mr. M.W. Minnaard, mr. dr. E.M.F. Schols en mr. drs. M.C.J. Witteman: 'Juridische aspecten van korten van pensioenen.' In: Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, april 2011, p. 13 e.v. (Beschikbaar hier: http://www.houthoff.com/uploads/tx_hhpublications/Juridische_aspecten_van_korten_van_pensioenen.PDF)

⁵ Zie M.C.J. Witteman: 'Reëel pensioen is niet zacht, reactie op FTK Consultatiedocument'. Pensioenmagazine augustus/september 2013, nr. 8/9, p. 24 (hier beschikbaar: <http://www.mcwconsult.nl/ervaring.htm>).

indexeren dat door het kabinet wordt veronderstelt⁶, doet tot slot tekort aan het ‘schone lei’ perspectief dat bij een neerwaarts aanpassen van de verplichtingen als *ultimum remedium* door een (bijna) insolvabele instelling hoort.⁷ Al deze contractuele afspraken zijn geen kenmerken van een DB-contract, maar van een ‘zacht’ contract dat niet aan de Richtlijn kan worden getoetst. Een dergelijk contract lijkt niet door een IORP (pensioenfonds) te kunnen worden uitgevoerd; er zou immers sprake kunnen zijn van het omzeilen van de Europese regelgeving.⁸

Issue 4: Het meefinancieren van de indexatieambitie

Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel, p. 43 moeten in de toekomst de kosten van de indexatieambitie in de kostendekkende premie worden meegenomen en dus worden meegefinancierd (in ieder geval bij een demping van de kostendekkende premie op basis van verwacht rendement). Dit veronderstelt dat voorwaardelijke toeslagverlening geschikt zou zijn voor kapitaaldekking. Strikt formeel gezien heeft een voorwaardelijk toeslag op het pensioen echter pas een waarde op het moment dat aan de voorwaarde is voldaan. De aan de voorwaardelijk toeslag verbonden pensioenverplichtingen zijn tot die tijd € 0. Een wat hardere ambitie zou een beperkte waarde kunnen hebben; dat zou althans wenselijk kunnen zijn. Het lijkt echter moeilijk om te bedenken of te berekenen wat daarvoor de juiste financiering zou moeten zijn.⁹ Worden voorwaardelijke aanspraken of uitgesproken ambities vervolgens in de technische voorzieningen opgenomen, dan leidt dit al snel tot onjuiste verwachtingen bij de deelnemers. Bovendien is op het moment dat voorwaardelijke pensioenaanspraken zijn gefinancierd, doorgaans ook aan de voorwaarde voldaan en zijn de aanspraken onvoorwaardelijk geworden.¹⁰ Als dit laatste niet het geval zou zijn, rijst uiteraard de vraag of de wijze van financiering van de betreffende aanspraken juist is. In het voorgestelde nieuw FTK lijkt de financiering van de indexatieambitie niet tot aanspraken te leiden die worden opgenomen in de technische voorzieningen. Het is onduidelijk op grond waarvan hiervoor dan door de IORP een premie in rekening kan worden gebracht. Ook vindt geen bijbehorende (extra) buffervorming plaats in de zin van artikel 17 van de Richtlijn in de vorm van een opslag op het vereist eigen vermogen.¹¹ Het lijkt de bedoeling dat de (gefinancierde) indexatieambitie verwezenlijkt wordt uit het bestaande eigen vermogen, dat gelet op artikel 17 van de Richtlijn vrij dient te zijn van iedere verplichting. Betoogd zou kunnen worden dat de Richtlijn dergelijke voorwaardelijke toeslagverlening alleen

⁶ Onder meer Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 972, nr. 10, p. 22 en 27 (inclusief rekenvoorbeelden).

⁷ Zie het in voetnoot 4 vermelde artikel, p. 17 e.v.

⁸ Zie het in voetnoot 1 vermelde artikel, p. 6

⁹ Zie echter het in voetnoot 6 vermelde Kamerstuk, p. 39: ten minste de verwachte prijsinflatie op basis van de meest actuele parameters ftk moet worden meegenomen, dit lijkt een harde ambitie.

¹⁰ Zie het in voetnoot 5 vermelde artikel, p. 23

¹¹ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 972, nr. 10, p. 39

(voorzichtig) toestaat, indien er geen enkele (onjuiste) verwachting¹² wordt gewekt en de toeslagen na verlening ook voorwaardelijk blijven.

Lisse, 14 november 2014

Mr. drs . Marie-Christine Witteman

12 Wederom (zie ook voetnoot 1): het presenteren van optimistische koopkrachtscenario's (bedragen?) in het Pensioenregister lijkt hiermee niet in overeenstemming.