

Gelijkwaardigheid: alleen relevant tijdens vrijstellingsperiode en maximumsalaris doet er niet toe

Een werkgever kan voor zijn werknemers vrijstelling krijgen van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Bpf). Aan een vrijstelling op grond van art. 2 (tijdige eigen regeling) en art. 6 (andere redenen) van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (vrijstellingsbesluit) moet het voorschrift worden verbonden dat de pensioenregeling van de werkgever te allen tijde ten minste actuariel en financieel gelijkwaardig is aan de pensioenregeling van het Bpf.¹ In deze bijdrage bespreek ik een tweetal aspecten die samenhangen met dit voorschrift van actuariële en financiële gelijkwaardigheid. Korthedshalve gebruik ik daarvoor de term ‘gelijkwaardigheid’.

Als eerste bespreek ik in hoeverre na het einde van de vrijstelling de gelijkwaardigheid nog een rol speelt als het gaat om toeslagverlening (of indexatie). Een voor de praktijk relevante vraag is of de (voormalig) vrijgestelde pensioenregeling – in het bijzonder de indexatiebepaling daarin – kan worden gewijzigd.² Ten tweede bespreek ik hoe de gelijkwaardigheidstoets moet plaatsvinden als de Bpf-regeling een maximum pensioengevend salaris kent, terwijl de eigen regeling van de werkgever geen, of een hoger maximumsalaris kent. Moet dan bij de gelijkwaardigheidstoets zowel voor de Bpf-regeling als voor de eigen regeling worden uitgegaan van het maximumsalaris in de Bpf-regeling?

■ GELIJKWAARDIGHEID (IN TOESLAGEN) NA EINDE VRIJSTELLING?

Bij de toetsing van de actuariële en financiële gelijkwaardigheid moet rekening worden gehouden met het toeslagbeleid, waarbij de intentie tot het verlenen van toeslagen in de toekomst en het in het verleden gevoerde (toeslag)beleid maatgevend zijn, aldus Bijlage 3 van

het Vrijstellingsbesluit. Aan deze nogal cryptische formulering – want wat houdt ‘rekening houden met’ precies in en wat is de betekenis van ‘maatgevend’? – is in veel gevallen invulling gegeven door in het pensioenreglement van de vrijgestelde werkgever een indexatiebepaling op te nemen die de strekking heeft dat de vrijgestelde werkgever, wanneer het Bpf indexeert, dezelfde indexatie verstrekt, en financiert.³

Na het einde van een vrijstelling vindt in de meeste gevallen de verdere pensioenverwerving plaats bij het Bpf.⁴ De in de periode van vrijstelling opgebouwde (en ingegane) pensioenen blijven in beginsel premievrij achter bij de oude pensioenuitvoerder. Op die pensioenen blijft de ‘Bpf-volgende indexatie’ van toepassing. Die afspraak zal de werkgever of verzekeraar, afhankelijk van wat er is afgesproken, in beginsel gewoon moeten nakomen.⁵ Vooral in situaties waarin de werkgever verantwoordelijk is voor het nakomen van de ‘Bpf-volgende indexatie’ doet zich met enige regelmaat de vraag voor of hij deze verplichting na het einde van de vrijstelling kan wijzigen, bijvoorbeeld omdat de bereidheid of mogelijkheid tot betaling van indexatiekoopsommen is verdwenen.⁶ Een regelmatig gehoord argument voor het niet kunnen wijzigen is dat er anders ten opzichte van het Bpf lagere pensioenaanspraken uit de eigen regeling van de werkgever zouden voortvloeien, hetgeen in strijd zou zijn met het gelijkwaardigheidsvoorschrift. De gedachte is dan dat het voor een werknemer niet moet mogen uitmaken of er deelneming in de Bpf-regeling of deelneming in de eigen (vrijgestelde) pensioenre-



Alex ter Horst
Mr. A. ter Horst is advocaat pensioenrecht bij KienhuisHoving in Enschede

Regelmatig doet zich de vraag voor of de werkgever de ‘Bpf-volgende indexatie’ na het einde van de vrijstelling kan wijzigen

geling is geweest. In dat standpunt ligt besloten dat ook na het einde van de vrijstelling nog de eis van gelijkwaardigheid geldt. Ik zie dat anders.

Gelijkwaardigheid betreft alleen periode van vrijstelling

Een van de voorschriften die aan een vrijstelling ex art. 2 en art. 6 Vrijstellingsbesluit moet worden verbonden, is dat de eigen pensioenregeling te allen tijde actuariëel en financieel gelijkwaardig is aan de Bpf-regeling. Deze eis van gelijkwaardigheid geldt naar zijn aard alleen tijdens de periode van vrijstelling en kan ook alleen maar betrekking hebben op die periode. Als er geen vrijstelling meer is, is er immers niks meer om de voorschriften uit art. 7 Vrijstellingsbesluit aan te verbinden. Zie de letterlijke tekst van art. 7, lid 5 Vrijstellingsbesluit: 'Aan de vrijstelling (...) wordt door het Bpf het voorschrift verbonden dat (...)'. In die zin moet de term 'te allen tijde' worden gelezen als: 'tijdens de gehele periode van vrijstelling'. Het gaat er immers om dat er in de periode dat een werknemer, vanwege een vrijstelling, geen pensioen opbouwt bij het Bpf, een andere gelijkwaardige pensioenregeling moet gelden. Zie ook de nota van toelichting bij het Vrijstellingsbesluit: 'Het is de bedoeling dat het Bpf, *zolang de vrijstelling geldt* (curs. AH) en het Bpf ervan uit mag gaan dat aan de voorwaarden voor vrijstelling is voldaan, gevrijwaard is van aanspraken van deelnemers verbonden aan de vrijgestelde werkgever.'⁷

In de periode na het einde van de vrijstelling kan de werkgever niet meer gebonden zijn aan de voorwaarden en voorschriften van de vrijstelling

In de periode na het einde van de vrijstelling kan de werkgever dus niet meer gebonden zijn aan de voorwaarden en voorschriften van de vrijstelling. Er is immers geen vrijstelling meer, dus ook geen voorwaarden en voorschriften waaraan de eigen pensioenregeling moet voldoen, of waaraan de werkgever zich moet houden. Dat een pensioenregeling actuariëel en financieel gelijkwaardig was aan een Bpf-regeling, levert dan ook geen belemmering op voor het kunnen wijziging van de pensioenregeling na het einde van de vrijstelling. Daarmee is overigens niet gezegd dat er helemaal geen belemmering of beperking meer is; de reguliere regels voor pensioenwijziging zijn 'gewoon' van toepassing. Maar de gelijkwaardigheid speelt geen rol.

Voor de goede orde: een wijziging van de pensioenregeling met terugwerkende kracht per een datum gelegen *in* de periode waarin de vrijstelling gold, zou dus wel (kunnen) conflicteren met het voorschrift van gelijkwaardigheid. Een wijziging met terugwerkende

kracht is echter niet zomaar mogelijk, vooral omdat daarmee (vaak) opgebouwde aanspraken worden gewijzigd. Art. 20 PW verbiedt dat. Daarenboven zou een wijziging met terugwerkende kracht van een vrijgestelde regeling ook grondslag kunnen zijn voor intrekking van de vrijstelling met terugwerkende kracht door het Bpf.

Lagere aanspraken geen argument

Hoewel het wijzigen van de 'Bpf-volgende indexatie' er inderdaad toe kan leiden dat er verschil ontstaat tussen Bpf-deelnemers en 'vrijgestelde werknemers' – in de vorm van lagere pensioenaanspraken op pensioendatum – is dat geen argument voor het niet kunnen wijzigen. De actuariële en financiële gelijkwaardigheid van de vrijgestelde pensioenregeling houdt immers geen belofte van gelijke pensioenaanspraken of gelijke indexatie in. Actuariële en financiële gelijkwaardigheid ziet op de gelijkwaardigheid van de pensioenregeling als geheel en niet op gelijkwaardigheid van individuele pensioenaanspraken, laat staan dat sprake zou moeten zijn van gelijke pensioenaanspraken of gelijke indexatie.⁸ Op dit laatste punt – de gelijkwaardigheid van de regeling als geheel – ga ik

1 Art. 7, lid 5 Vrijstellingsbesluit.

2 Strikt genomen wordt niet de pensioenregeling vrijgesteld, maar de werkgever, althans diens werknemers. Omdat echter de eigen pensioenregeling wel (mede) grondslag is voor de vrijstelling, wordt in de praktijk ook wel gesproken van 'de vrijgestelde (pensioen)regeling'.

3 Financiering van de indexatie kan ook de verantwoordelijkheid van de pensioenuitvoerder zijn. In die situatie zal de werkgever minder aanleiding hebben voor een wijziging van de indexatiebepaling. Zie Rechtbank Rotterdam 23 maart 2012, PJ 2012/141 voor een geval waarin volgens de werkgever de verzekeraar na afloop van de financieringsovereenkomst verantwoordelijk was voor toeslagverlening in de (voorheen) vrijgestelde pensioenregeling.

4 Het kan ook zijn dat de vrijstelling eindigt omdat de verplichtstelling niet meer van toepassing is op de werkgever. In die situatie heeft de werkgever keuzevrijheid ten aanzien van de toekomstige pensioenverving.

5 Zie voor een analyse van de verschillende rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek met betrekking tot toeslagverlening na het einde van vrijstelling: T. Zuiderman en S. Boer, Van toeslagverlening die voorbijgaat... of toch niet?, Pensioen Magazine 2012/149.

6 Zie Rechtbank Den Haag 1 oktober 1997, PJ 1997/77 m.nt. Tulfer (Homburg) voor een situatie waarin na intrekking van de vrijstelling (vanwege faillissement) geen middelen waren voor financiering van toeslagverlening.

7 Staatsblad 2000, 633, pag. 13.

8 Zie ook de memorie van antwoord bij de Pensioenwet, Kamerstukken I, 2005-2006, 30 413 C, p. 46 en 47: Indien deze onderneming echter (financiële) omstandigheden kan aantonen op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat het (volledig) volgen van de indexatie van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds in enig jaar onredelijk is en dus niet van de onderneming kan worden gevergd, kan van dit uitgangspunt worden afgeweken.

hierna verder in. Het is namelijk ook aan de orde bij de vraag of voor de gelijkwaardigheidstoets rekening moet worden gehouden met een maximumsalaris in de Bpf-regeling.

■ MAXIMUMSALARIS EN DE GELIJKWAARDIGHEIDSTOETS

Het Vrijstellingsbesluit schrijft voor dat de pensioenregeling van de werkgever ten minste actuariel en financieel gelijkwaardig is aan de regeling van het Bpf. Er moet dus een vergelijking plaatsvinden tussen de eigen regeling en de Bpf-regeling. In de praktijk is niet altijd duidelijk hoe moet worden omgegaan met een verschil tussen beide regelingen op het punt van een maximumsalaris. Als het Bpf wel een maximumsalaris hanteert en de werkgever niet, kan, ook wanneer de eigen regeling bijvoorbeeld een lager opbouwpercentage kent, toch gelijkwaardigheid bestaan, en wel doordat een (beperkt) aantal werknemers van de werkgever een hoger salaris dan het Bpf-maximum heeft en daardoor de lagere opbouw tot het maximumsalaris 'compenseert'.

Voorbeeld⁹

Een Bpf met twee deelnemers heeft een regeling met een opbouw van 2% per jaar en een maximumsalaris van € 50.000. Deelnemer 1 heeft een salaris van € 40.000, deelnemer 2 van € 80.000. Deelnemer 1 bouwt dus € 800 en deelnemer 2 € 1000 per jaar op. In totaal wordt dus jaarlijks een aanspraak van € 1800 opgebouwd.

Sommige Bpf'en willen dat bij de gelijkwaardigheidstoets ook voor de eigen regeling van de werkgever wordt gerekend met het maximumsalaris van de Bpf-regeling

Een werkgever met twee werknemers heeft een regeling met een opbouw van 1,5% per jaar en een maximumsalaris van € 100.000. Werknemer 1 heeft een salaris van € 40.000, werknemer 2 een van € 80.000. Werknemer 1 bouwt dus € 600 per jaar op en werknemer 2 € 1200, samen € 1800.

Zonder rekening te houden met het Bpf-maximum is – bij voor het overige gelijke omstandigheden (leeftijd, ontslagkansen etc.) – de regeling van de werkgever op totaalniveau ten minste gelijkwaardig aan de Bpf-regeling (€ 1800 vs. € 1800). Werknemer 1 bouwt weliswaar € 200 minder op dan deelnemer 1, maar dat verschil wordt gecompenseerd doordat werknemer 2 € 200 meer opbouwt dan deelnemer 2. Als wel rekening wordt gehouden met het Bpf-maximum van € 50.000, is de regeling van de werkgever niet gelijkwaardig; er wordt dan immers 'fictief' in totaal maar € 1350 opgebouwd tegenover € 1800 bij het Bpf.

Sommige Bpf'en willen daarom dat bij de gelijkwaardigheidstoets voor zowel de eigen regeling van de werkgever als de Bpf-regeling wordt gerekend met het maximumsalaris van de Bpf-regeling.¹⁰ Daarmee wordt dan bereikt dat voor iedere werknemer – ongeacht diens salaris – een ten minste gelijkwaardige regeling geldt. Het wel of niet rekenen met het Bpf-maximum kan het verschil betekenen tussen wel en geen vrijstelling en leidt daarom regelmatig tot discussie. In mijn optiek biedt het Vrijstellingsbesluit geen grondslag voor het moeten rekenen met het maximumsalaris van de Bpf-regeling.

Historisch perspectief

De wet- en regelgeving voor verplichte deelneming in een Bpf is ingevoerd in 1949. Het doel van die wetgeving was het sociaal of algemeen belang van een goede pensioenvoorziening voor allen in een bedrijfstak. Het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden door middel van algehele verplichtstelling was daarvoor vooral een middel en niet een doel op zich.¹¹ Dat is relevant omdat een veelgehoord argument voor het moeten hanteren van het Bpf-maximumsalaris luidt dat er anders binnen de bedrijfstak concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen zou plaatsvinden, doordat vergelijkbare werknemers een lagere pensioenopbouw hebben. Dat argument gaat dus niet op. Het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden is geen doel op zich van de Wet Bpf 2000 en haar voorlopers. En bovendien is het niet de taak van Bpf'en om te zorgen dat het doel van het systeem van verplichtstelling wordt verwezenlijkt; als dat doel niet of onvoldoende wordt bereikt, is de wetgever aan zet.

Eind jaren negentig van de vorige eeuw heeft een evaluatie plaatsgevonden van het systeem van verplichtstelling en de daarbij horende vrijstellingsmogelijkheden.¹² Het kabinet concludeerde daarin dat het systeem van verplichtstelling nog steeds zijn waarde had omdat sociaal beleid een wezenlijk onderdeel vormt van de tweede pijler. Tegelijk achtte het kabinet een verruiming van de vrijstellingsmogelijkheden wenselijk voor ondernemingen die een eigen pensioenbeleid willen voeren.¹³ Onder de regelgeving tot dan toe was vrijstelling namelijk nagenoeg geheel een discretionaire bevoegdheid van het Bpf, waarbij Bpf'en veelal gelijkwaardigheid op elk onderdeel van de pensioenregeling verlangden. Voor wat betreft de beoordeling van de gelijkwaardigheid werd om die reden een nieuwe objectieve gelijkwaardigheidstoets ingevoerd.

Om te voorkomen dat 'het verlenen van vrijstelling wordt belemmerd in situaties waarin de uittredende onderneming een "fatsoenlijke" regeling heeft', werd besloten de gelijkwaardigheid te toetsen op basis van actuariële gelijkwaardigheid: 'De onderneming die om vrijstelling verzoekt, dient in dat geval aan te tonen dat de vervangende pensioenregeling in totaliteit voor het deelnemersbestand waarvoor vrijstelling wordt verzocht actuariel gelijkwaardig is aan de Bpf-regeling.'¹⁴ Vervolgens heeft de STAR in 1997 advies uitgebracht over de invulling en uitwerking van de gelijkwaardigheidstoets.¹⁵ In dat advies wordt opge-

merkt: 'De aldus uitgevoerde berekening (i.e. de gelijkwaardigheidstoets) geeft uitsluitend antwoord op de vraag of de regeling als zodanig als "globaal gelijkwaardig" kan worden aangemerkt. Voor individuele werknemers behoeft dat niet onder alle omstandigheden zo te zijn.' Het STAR-advies heeft vervolgens ten grondslag gelegen aan de gelijkwaardigheidstoets zoals die in 1998 in de Vrijstellingsregeling werd vastgelegd.¹⁶ Sindsdien is deze toets materieel ongewijzigd gebleven, al zijn in de loop der tijd nog wel enkele terminologische wijzigingen doorgevoerd.

Regeling als zodanig

Het gaat bij de gelijkwaardigheidstoets dus om een vergelijking tussen de Bpf-regeling en 'de regeling van de werkgever als zodanig', waarbij maatgevend is of deze laatste regeling in totaliteit voor het deelnemersbestand globaal gelijkwaardig is. 'De regeling als zodanig' kan wat mij betreft geen andere betekenis hebben dan dat het gaat om de regeling van de werkgever zoals die is zonder rekening te houden met de (inhoud van de) Bpf-regeling. Daarop bestaan twee uitzonderingen en die worden in bijlage 3 van het Vrijstellingsbesluit beschreven. Het betreft ten eerste de niet-vrijwillige onderdelen van de pensioenregeling van de werkgever die niet in de Bpf-regeling zijn opgenomen, maar waarin op andere wijze in het arbeidsvoorwaardenoverleg is voorzien. Die onderdelen blijven buiten beschouwing bij de gelijkwaardigheidstoets. Ten tweede blijven vrijwillige elementen in de regeling van de werkgever buiten beschouwing voor de gelijkwaardigheidstoets. Dit laatste geldt overigens ook voor vrijwillige elementen uit de Bpf-regeling.

Voor alle overige kenmerken van de pensioenregeling van de werkgever is niet relevant of en in hoeverre de Bpf-regeling die kenmerken ook bezit. Het gaat er immers om dat de pensioenregeling van de werkgever *als zodanig* wordt vergeleken met die van het Bpf. De gelijkwaardigheidstoets levert voor individuele werknemers geen waarborgen op, anders dan dat ze deelnemen in een regeling die in totaliteit globaal gelijkwaardig is. Dat blijkt ook uit het feit dat niet de exacte regelingen van werkgever en Bpf worden vergeleken, maar – in zekere zin – 'fictieve' regelingen; vrijwillige elementen en niet in de Bpf-regeling opgenomen cao-arbeidsvoorwaarden worden immers buiten beschouwing gelaten, terwijl (mogelijk) ook met een fictief werknemersbestand wordt gewerkt. Dat in het voor de gelijkwaardigheidstoets te gebruiken werknemersbestand van de werkgever alleen werknemers mogen worden opgenomen die onder de Bpf-regeling vallen, is geen argument voor toepassing van het Bpf-maximumsalaris. Voor het wel of niet behoren tot het werknemersbestand is alleen de definitie van werknemer (of deelnemer) in het Bpf-reglement relevant en niet het salaris. Mij zijn in ieder geval geen reglementen bekend waarin werknemers met een salaris boven een bepaald maximum worden uitgesloten van deelneming.

De conclusie moet dus luiden dat er in de gelijkwaardigheidstoets geen rekening hoeft te worden gehouden met een eventuele maximering van het pensioen-

gevend salaris, c.q. pensioengrondslag in de Bpf-regeling. Dat in die situatie bij de vrijgestelde werkgever op individueel niveau sprake kan zijn van een niet-gelijkwaardige pensioenregeling, is inherent aan de wijze waarop de wetgever de gelijkwaardigheidstoets heeft vormgegeven. Het gaat immers om een globale toetsing van de regeling in totaliteit waarbij de wetgever heeft aanvaard dat die gelijkwaardigheid niet op individueel niveau aanwezig hoeft te

'De regeling als zodanig' kan geen andere betekenis hebben dan dat het gaat om de regeling zoals die is zonder rekening te houden met de Bpf-regeling

zijn.¹⁷ Het voorgaande geldt ook bij een verschil in franchise tussen beide regelingen. Een hogere of lagere franchise in de Bpf-regeling maakt niet dat de regeling van de werkgever aan de hand van de Bpf-franchise moet worden getoetst.

TEN SLOTTE

Als het Bpf een maximumsalaris hanteert en de werkgever niet, kan, ook wanneer de eigen regeling bijvoorbeeld een lager opbouwpercentage kent, toch gelijkwaardigheid bestaan, en wel doordat een (beperkt) aantal werknemers van de werkgever een hoger salaris dan het Bpf-maximum heeft en daardoor de lagere opbouw tot het maximumsalaris 'compenseert'.

-
- 9 In het voorbeeld wordt voor de eenvoud geen franchise gebruikt.
 - 10 Bijvoorbeeld Molenaars Pensioenfonds en Bpf Reiswerk. Zie voor Molenaars Pensioenfonds pagina 9 van het vrijstellingsbeleid, te vinden via <https://www.molenaarspensioenfonds.nl/wp-content/uploads/2018/05/20180416-Vrijstellingsbeleid-Molenaarspensioenfonds.pdf>. Zie voor Bpf Reiswerk pagina 20 en 23 van het vrijstellingsbeleid, te vinden via <https://www.reiswerk-pensioenen.nl/Images/Vrijstellingsbeleid%20Reiswerk%20Pensioenen.pdf>.
 - 11 Asser/Lutjens 7-XI 2016/264. Zie ook E. Lutjens, Een halve eeuw solidariteit, 50 jaar wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, 1999, pag. 25.
 - 12 Nota naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling, TK 1996-1997, 25 014, nr. 1.
 - 13 Pag. 9 van de Nota.
 - 14 Beide citaten op pag. 11 van de Nota.
 - 15 Advies Verzekeringstechnische aangelegenheden, 21 november 1997, publicatiernr. 11/97.
 - 16 De Vrijstellingsregeling verving de sinds 1952 geldende Vrijstellingsrichtlijn.
 - 17 Zie ook Stb. 2000, 633, pag. 20: 'In bijlage 3 bij dit besluit zijn rekenregels neergelegd die moeten bewerkstelligen dat dit beperkt blijft tot een globale toetsing.'

De conclusie moet dus luiden dat er in de gelijkwaardigheidstoets geen rekening hoeft te worden gehouden met een eventuele maximering in de Bpf-regeling

Een (kleine) bestandswijziging bij de werkgever – bijvoorbeeld ontslag van een werknemer met een salaris boven het Bpf-maximum – kan dan echter al tot een niet-gelijkwaardige regeling leiden. In de woorden van bijlage 3 van het Vrijstellingsbesluit heeft die bestandswijziging dan een ‘reële invloed op de berekening’. Mijns inziens kan op grond van een redelijke wetsuitleg de inleiding van bijlage 3 (‘Frequentie’) niet alleen worden toegepast bij wijziging van de regeling, maar ook in andere gevallen die invloed (kunnen) hebben op de uitkomst van de gelijkwaardig-

heidstoets. In zo’n situatie kan het Bpf beslissen dat een nieuwe gelijkwaardigheidstoets moet worden uitgevoerd. Met het oog daarop zou het Bpf een voorschrift aan de vrijstelling kunnen verbinden dat de werkgever het Bpf direct – of steeds per 1 januari – informeert over wijzigingen in zijn personeelsbestand.¹⁸ Een andere mogelijkheid is om vaker dan eens in de vijf jaar te (her)toetsen op gelijkwaardigheid.¹⁹

18 Art. 7, lid 1 Vrijstellingsbesluit biedt de grondslag voor zo’n voorschrift. Het tweede lid regelt dat de werkgever informatie moet verstrekken op verzoek van het Bpf. Voor het Bpf is praktischer dat niet steeds een verzoek om informatie hoeft te worden gedaan.

19 Zie voor een voorbeeld daarvan het vrijstellingsbeleid van PME: als bij een toetsing ‘met maximumsalaris’ geen, maar ‘zonder maximumsalaris’ wel gelijkwaardigheid wordt aangetoond, vindt eens per drie jaar (her)toetsing plaats. Te vinden via <https://www.metalektropensioen.nl>.