

# VU Research Portal

## **Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht - invaren is niet juridisch onhoudbaar**

Lutjens, Erik

### ***published in***

Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken  
2020

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Lutjens, E. (2020). Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht - *invaren is niet juridisch onhoudbaar*. *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2020(3), 5-16. Article 2020/20.  
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D3BDEF&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar

TPV 2020/20

Verplicht invaren is cruciaal voor het nieuwe pensioenstelsel. Zo zegt ABP-voorzitter mevr. Wortmann in PensioenPro van 20 mei 2020.<sup>2</sup> Ook PMT vindt in PensioenPro van 22 mei 2020 dat de overheid invaren moet verplichten.<sup>3</sup> Er is echter ook twijfel geuit over de juridische haalbaarheid van invaren in verband met de regels over het eigendomsrecht.<sup>4</sup> Op 29 april 2020 heeft Van Rooijen (50PLUS) over de relevantie van het eigendomsrecht bij invaren schriftelijke vragen gesteld aan de Minister van SZW.<sup>5</sup> Dit artikel bespreekt de betekenis van het eigendomsrecht in verband met het invaren van oude pensioenaanspraken en -rechten in een nieuw pensioencontract met als kernvraag: maakt het eigendomsrecht het invaren juridisch onhoudbaar?<sup>6</sup>

## 1. Wat is invaren?

Eerst is het nodig de betekenis van het begrip invaren te duiden. Wat is dat, invaren? Het is geen wettelijk begrip. De Stichting van de Arbeid duidde in het 'Uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord 2010'<sup>7</sup> het 'invaren' aan als het onderbrengen van bestaande aanspraken in het nieuwe contract. Dat betekent volgens dit Uitwerkingsmemorandum 'dat bij invaren de waardering van de bestaande rechten plaatsvindt door over te stappen van de huidige risicovrije discontovoet naar een discontovoet die correspondeert met maximaal het verwachte portefeuillerendement.' Het 'Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract'<sup>8</sup> houdt in dat van invaren sprake is 'als de regels van het nieuwe pensioencontract worden toegepast op eerder opgebouwde pensioenaanspraken en rechten.' Dat vergt volgens dit Rapport het 'onderbrengen' van opgebouwde aanspraken en rechten 'door middel van een interne collectieve waardeoverdracht.' Deze invulling van invaren houdt in dat er sprake is van een collectieve interne waardeoverdracht in verband met een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst, de vorm van collectieve waardeoverdracht zoals thans in art. 83 lid 1

onder c Pensioenwet is geregeld.<sup>9</sup> In de literatuur is geopperd dat de bestaande aanspraken ook zonder waardeoverdracht ondergebracht kunnen worden onder de voor het nieuwe contract geldende regels: de pensioenovereenkomst wijzigt niet, maar komt met onmiddellijke werking, derhalve ook voor bestaande aanspraken en rechten, onder de nieuwe waarderings- en beschermingsregels te vallen.<sup>10</sup> Invaren wordt door Maatman daarop doordenkend omschreven als 'transformatie van opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken tot rechten met een ander – voorwaardelijk – karakter.'<sup>11</sup> Die transformatie kan volgens hem via de route van 'contractueel invaren' of 'prudentieel invaren'. Bij contractueel invaren is er sprake van wijziging van de pensioenovereenkomst gevolgd door waardeoverdracht. Bij prudentieel invaren wijzigen de prudentiële regels ten aanzien van bestaande aanspraken en rechten. Dit prudentieel invaren beschouwt de Minister van SZW (in 2012) echter niet als invaren omdat er dan geen sprake is van wijziging van de bestaande afspraken als zodanig, zij het dat zich hierbij volgens de minister wel vergelijkbare vragen voordoen als bij contractueel invaren en met dezelfde 'juridische randvoorwaarden' als waarmee bij contractueel invaren rekening gehouden moet worden.<sup>12</sup> Dat laatste lijkt mij zeker het geval indien de regel van een vastgestelde uitkering bij een uitkeringsovereenkomst (art. 1 Pensioenwet) vervangen wordt door een variabele uitkering, waarbij het beoogde nieuwe contract volgens het Pensioenakkoord 2019 bovendien in de basis een premieovereenkomst is.<sup>13</sup> Volgens de laatste inzichten voor het nieuwe pensioencontract zal er sprake zijn van een premieovereenkomst zonder jaarlijkse inkoop van pensioenaanspraken. Dan is bij thans bestaande uitkeringsovereenkomsten zeker een wijziging van de pensioenovereenkomst vereist zodat invaren door collectieve waardeoverdracht dan voor de hand ligt.

Het invaren door waardeoverdracht kan dan contractueel ingevuld worden (contractueel invaren) of wettelijk verplicht worden gesteld (dat noem ik: wettelijk invaren). Prudentieel invaren acht ik geen werkbare oplossing voor de wijziging van de pensioenovereenkomst. Er kunnen aan pensioenfondsen immers wel andere prudentiële regels opgelegd worden, maar dat heeft geen effect op verzekeraars en – nog belangrijker – ook niet op de rechten en verplichtingen die voor werknemers en werkgevers jegens elkaar uit de pensioenovereenkomst voortvloeien. Ten aanzien van een pensioenfonds kan bovendien de

1 Prof. dr. Erik Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat pensioenrecht bij DLA Piper.  
2 <https://pensioenpro.nl/pensioenpro/30040158/abp-bezorgd-over-invaren-en-projectierendement-bij-stelselhervorming>.  
3 <https://pensioenpro.nl/pensioenpro/30040257/pmt-verplicht-invaren-met-opt-out-voor-opfen>.  
4 <https://pensioenpro.nl/pensioenpro/30040242/conclusie-a-g-europees-hof-voedt-twijfel-over-houdbaarheid-invaren>.  
5 *Kamerstukken I* 2019/20, vragen 219200007.  
6 Van Rooijen verwijst in zijn Kamervragen naar een bericht in *Trouw* van 24 april 2020 waarin vraagtekens bij de juridische houdbaarheid zijn geplaatst.  
7 Juni 2011, publicatienr. 1/11.  
8 *Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, bijlage 2.

9 Aldus ook de duiding in de memorie van toelichting op het Voorontwerp van de Wet invoering reële ambitieovereenkomst, p. 37, zie <https://www.internetconsultatie.nl/ambitieovereenkomst/details>.  
10 P.J.M. Akkermans, 'Invaren: opdat de berg pensioenkapitaal naar Mozes kome...', *PensioenMagazine* 2012, 106, afl. 8/9.  
11 R.H. Maatman, 'Invaren, inwaardeproblematiek en tussenvariant', *TPV* 2014/17.  
12 Brief van 30 mei 2012 inzake Toekomst Pensioenstelsel, *Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, p. 7.  
13 Advies SER 19/05, Naar een nieuw pensioenstelsel.

vraag worden gesteld of met een prudentieel voorschrift waar inherent aan is dat (mogelijk) de overeengekomen uitkering niet waargemaakt kan worden, wel in overeenstemming wordt gehandeld met de verplichting om een passend bedrag aan technische voorzieningen aan te houden als bedoeld in art. 13 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/2341 (voor instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, IBPV- of IORP-richtlijn). Tot slot: een dergelijke verandering in prudentiële regels zonder wijziging van de pensioenovereenkomst zal een teleurstelling in gewekte verwachtingen (kunnen) meebrengen en is daarmee in strijd met de doelstelling die al aan de Pensioen- en spaarfondsenwet ten grondslag is gelegd.<sup>14</sup>

## 2. Invaren en Pensioenwet

Het invaren is als opgemerkt in de huidige Pensioenwet een verschijningsvorm van interne waardeoverdracht bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst, geregeld in art. 83 lid 1 onder c Pensioenwet. Het is geregeld als een bevoegdheid tot 'collectieve waardeoverdracht' op verzoeken van de werkgever of de partijen (de sociale partners) die de pensioenregeling zijn overeengekomen. Het wordt 'collectieve waardeoverdracht' genoemd omdat het verzoek een collectiviteit van gerechtigden omvat, in tegenstelling tot de verschijningsvorm van individuele waardeoverdracht zoals bijvoorbeeld in art. 71 Pensioenwet geregeld voor het individuele einde van de deelneming of dienstbetrekking. De gebeurtenissen waarvoor art. 83 Pensioenwet de bevoegdheid tot waardeoverdracht geeft, betreffen de, althans een, collectiviteit van gerechtigden. De waardeoverdracht van art. 83 Pensioenwet is blijkens lid 2 onder a van het artikel onderhevig aan een bezwaarrecht van individuele gerechtigden: een voorwaarde voor rechtsgeldige overdracht is dat 'deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of de pensioengerechtigden' 'geen bezwaren' hebben geuit. Hoewel de formulering wellicht aanleiding zou kunnen geven voor de denklijn dat het gaat om 'geen bezwaren' van de genoemde deelgroepen gezamenlijk, blijkt uit de wetsgeschiedenis duidelijk dat hier een individueel bezwaarrecht is bedoeld.<sup>15</sup> Het is evenwel niet uitdrukkelijk verboden over de uitoefening van het bezwaarrecht via collectieve overeenkomsten, zoals bij cao, afspraken te maken. Zoals collectieve afspraken over de pensioenregeling in het algemeen toegestaan zijn, lijkt ook de collectieve afspraak dat er 'geen bezwaren' zijn niet principieel een verboden overeenkomst. Ook de bepaling dat met art. 83 strijdige bedingen nietig zijn (art. 83 lid 7 Pensioenwet), brengt dat rechtsgevolg niet noodzakelijk mee, want een dergelijke collectieve afspraak geeft invulling aan het 'geen bezwaren' en is zo gezien daar niet strijdig mee.<sup>16</sup> Voor art. 32ba Pensioen- en spaarfondsenwet, de voorloper van art. 83 Pensioenwet, had Hof 's-Hertogen-

bosch 3 maart 2009, *PJ* 2009/67, geoordeeld dat dit artikel zich tegen collectieve afspraken tot het geven van instemming met waardeoverdracht verzet. Bij gebreke van rechtspraak over art. 83 Pensioenwet is de toelaatbaarheid van collectieve afspraken daarom relatief onzeker. Belangrijker is dat met collectieve afspraken geen collectieve binding voor alle gerechtigden kan worden bereikt, omdat niet-georganiseerde werknemers en niet-georganiseerde andere gerechtigden, niet gebonden zijn aan die afspraken.

Om collectief invaren, zonder dat een (ongeorganiseerd) individu bezwaar kan maken, mogelijk te doen zijn, is het daarom nodig dat bij contractueel invaren de bezwaarmogelijkheid uit art. 83 Pensioenwet wordt geschrapt, dan wel wettelijk verplicht invaren zonder bezwaar wordt verankerd.

## 3. Eigendomsrecht: EVRM en EU

Ter bepaling of het eigendomsrecht het contractueel of wettelijk invaren verhindert, is van belang de regels over eigendom en de relevantie daarvan voor het aanvullend pensioen te duiden. Vooropgesteld: het aanvullend pensioen waarop uit hoofde van de arbeidsovereenkomst een aanspraak of recht bestaat, valt onder het eigendomsrecht.<sup>17</sup> Er zijn twee concrete rechtsbronnen waar de bescherming van eigendom direct in is geregeld: art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (art. 1 EP) en art. 17 Handvest Grondrechten EU (art. 17 Handvest).<sup>18</sup>

### 3.1 Tekst

De teksten van beide artikelen heb ik in het kader aangegeven.<sup>19</sup>

#### *Artikel 1 EP. Bescherming eigendom.*

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

#### *Artikel 17 Handvest. Het recht op eigendom.*

1. Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het

14 Zie over die doelstelling E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. VU Amsterdam, 1989, p. 29.

15 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 235 waar wordt opgemerkt dat het bezwaar van 'één of enkele deelnemers' de waardeoverdracht 'uitsluitend' voor hen kan blokkeren. Zie ook Rb. Amsterdam 23 januari 2020, *PJ* 2020/51 inzake het bezwaar van twee gerechtigden tegen een collectieve waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder.

16 T. Barkhuysen & T. Huijg, 'Al of niet verplicht invaren van bestaande pensioenrechten', *TPV* 2012/2, achten collectieve afspraken ook mogelijk.

17 Zie EHRM 20 juni 2002, nr. 56679/00 (*Azinas*) en EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz*).

18 Het Handvest heeft blijkens art. 6 EU-verdrag dezelfde juridische waarde als de verdragen van de EU.

19 Van het Handvest alleen lid 1 van art. 17. Lid 2 gaat over voor dit artikel niet relevante bescherming van intellectuele eigendom.

verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist.

### 3.2 Toepassing

De teksten komen grotendeels overeen. Een verschil ligt in de vermelding van het op billijke wijze vergoeden ingeval eigendom wordt ontnomen in art. 17 Handvest. Dit is echter geen materieel verschil met de toepassing van art. 1 EP zoals ingevuld in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Op die invulling kom ik hieronder bij bespreking van de voorwaarden voor ontneming en regulering van de eigendom terug. Belangrijk hierbij is dat met art. 17 Handvest geen andere werking is beoogd dan met art. 1 EP. Volgens de toelichting op het Handvest stemt art. 17 overeen met art. 1 EP.<sup>20</sup> Volgens de overwegingen bij het Handvest 'bevestigt' het Handvest de rechten uit onder meer het EVRM. Art. 52 lid 3 Handvest bepaalt dat 'inhoud en reikwijdte' van rechten uit het Handvest die corresponderen met het EVRM 'dezelfde zijn'. Alleen is volgens de toelichting op het Handvest de formulering 'gemoderniseerd' en mogen de door het EP toegestane beperkingen op de eigendom 'niet worden overschreden'.<sup>21</sup> Volgens de laatste zin van art. 52 lid 3 Handvest kan het EU-recht wel een ruimere bescherming bieden.

Voor de toepassing van art. 17 Handvest is hiernaast van belang dat volgens art. 51 Handvest het toepassingsgebied van het Handvest jegens lidstaten 'uitsluitend' geldt wanneer zij EU-recht ten uitvoer brengen (het vereiste van 'connexiteit'). Met betrekking tot invaren zijn er geen rechtstreekse normen van het EU-recht die hier invulling aan geven.<sup>22</sup> Richtlijn 2008/94/EG regelt de bescherming van pensioenaanspraken bij insolventie van de werkgever. Richtlijn 98/49/EG regelt de bescherming van rechten op aanvullend pensioen maar enkel om hinderpalen voor het vrije verkeer van werknemers weg te nemen en schrijft daartoe met name gelijke behandeling bij het behoud van aanspraken voor. Richtlijn 2014/50/EU geeft minimumvereisten voor vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van verwerving en behoud van pensioenrechten, maar 'stelt geen bepalingen betreffende de overdracht van definitieve pensioenrechten vast' (overweging (24)). Richtlijn (EU) 2016/2341 (IBPV- of IORP-richtlijn) geeft voorschriften voor het functioneren van pensioeninstellingen – waaronder in Nederland pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen zijn begrepen – maar deze richtlijn is niet van toepassing op 'kwesaties in verband met sociaal-, arbeids-, belasting- of contractenrecht of de toereikendheid van de pensioenvoorziening in de lidstaten' (overweging (3)), onder welk recht de regels over waardeoverdracht zijn begrepen (zie de duiding van het hetgeen 'in ieder geval' voor Nederland

onder het sociaal- en arbeidsrecht valt in art. 2 lid 11 Pensioenwet). Een regeling inzake de inhoud van een pensioencontract als wordt beoogd met het toekomstige pensioencontract en inzake het invaren ontbreekt in alle richtlijnen en dat valt aldus niet binnen de werkingssfeer van een richtlijn.<sup>23</sup> Het gegeven dat de IBPV-richtlijn bepalingen bevat over het aanhouden van technische voorzieningen en, indien daar niet meer aan wordt voldaan, over het opstellen van een herstelplan, impliceert niet dat het invaren daarmee is gereguleerd.<sup>24</sup> Dat is ook niet het geval doordat de IBPV-richtlijn grensoverschrijdende waardeoverdrachten regelt (art. 12 Richtlijn (EU) 2016/2341), want bij invaren gaat het – op basis van de huidige tekst van art. 83 lid 1 onder c Pensioenwet – om interne waardeoverdracht bij 'dezelfde' pensioenuitvoerder. Waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder is ook geregeld in art. 83 Pensioenwet, maar dan is er een andere grondslag voor de waardeoverdracht dan de collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst, namelijk de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met de oorspronkelijke uitvoerder (art. 83 lid 1 onder a Pensioenwet). De extra eisen die art. 90a Pensioenwet stelt aan de collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 83 voor overdracht naar een pensioeninstelling in een andere lidstaat en de mogelijke strijdigheid daarvan met de vrije dienstverrichting, zijn bij het invaren daarom niet aan de orde en vormen geen belemmering voor invaren.<sup>25</sup> Evenmin kan bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen van het gereguleerd zijn van invaren worden gesproken op grond van de enkele omstandigheid dat de inbreuk die de verplichtstelling op het mededingingsrecht maakt, gerechtvaardigd wordt door art. 106 lid 2 VWEU. Het enkele feit dat richtlijnen bepalingen over pensioenen bevatten, is onvoldoende om nationale bepalingen over niet-gereguleerde aspecten onder de werking van het Handvest te brengen. Het is noodzakelijk dat het EU-recht een specifieke verplichting oplegt voor de betrokken aangelegenheid.<sup>26</sup> Het HvJ EU formuleert het zo:

“Wanneer de bepalingen van het Unierecht op het betrokken gebied een aspect niet regelen en aan de lidstaten geen specifieke verplichting opleggen voor een gegeven situatie, valt de nationale regeling die een lidstaat met betrekking tot dat aspect uitvaardigt, buiten de werkingssfeer van het Handvest en kan de betrok-

20 *PbEU C 303/24* van 14 december 2007.

21 Zie *PBEG C 303/24* van 14.12.2007. Zie ook R.H. Maatman & E.M.T. Huijzer, 'Invaren onder het Handvest', *TPV 2015/32* die oordelen dat art. 17 Handvest geen ruimere mogelijkheden geeft dan art. 1 EP.

22 Het voorstel voor een richtlijn waarin onder meer de waardeoverdracht geregeld zou worden (COM (2007) 603), is nooit aangenomen.

23 Vgl. dat in zo'n situatie een regeling buiten de werkingssfeer van een richtlijn valt: HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, punt 45 en HvJ EU 19 november 2019, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981, punt 51; het laatste arrest handelt over de regeling die gunstiger aanspraken op vakantie toekende dan uit Richtlijn 2003/88/EG als minimumrecht voortvloeit, zie punt 51.

24 Anders, zo begrijp ik, H. van Meerten, *EU Pension Law*, Amsterdam University Press, 2019, p. 123/124 en H. Borsje & H. van Meerten, 'Pension rights and entitlement conversion ('invaren'): lessons from a Dutch perspective with regard to the implications of the EU Charter', *EJSS 18*, 2016.

25 Op die strijdigheid met de vrije dienstverrichting hadden H. van Meerten en E. Lutjens bij afzonderlijke brieven gewezen, zie *Kamerstukken I 2018/19*, 34943, B, bijlagen. In vraag 6 van de Kamervragen vraagt Van Rooijen hiernaar. De Raad van State zag blijkens zijn voorlichting geen aanleiding te veronderstellen dat de extra eisen van art. 90a Pensioenwet in strijd komen met het EU-recht, *Kamerstukken I 2018/19*, 34943, E.

26 Zie HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, punten 25 en 26 (*Siragusa*), en 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, punt 35 (*Julián Hernández e.a.*).

ken situatie niet worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van het Handvest.”<sup>27</sup>

Bij het vaststellen van een regeling betreffende invaren, of het wettelijk toestaan van collectieve afspraken daarover, handelt een lidstaat naar mijn oordeel derhalve niet ter uitvoering van het EU-recht.<sup>28</sup> Dit brengt mee dat een beroep op de bescherming van eigendom van art. 17 Handvest niet ingeroepen kan worden in relatie tot het invaren op zichzelf. Dat is anders wanneer met het invaren een situatie in het leven wordt geroepen waarin een (indirect) onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd of geslacht. Dan komt het invaren in zoverre binnen het bereik van de richtlijnen die gelijkheid op grond van geslacht en leeftijd bij aanvullende pensioenen voorschrijven (Richtlijn 2006/54/EG resp. Richtlijn 2000/78/EG), waarvoor een rechtvaardiging is vereist.<sup>29</sup> Dit kan zich bij invaren voordoen omdat wegens de met leeftijd samenhangende verschillende posities van de gerechtigden een indirect onderscheid op grond van leeftijd zich kan voordoen. Dat kan het geval zijn indien er leeftijdgebonden meer of minder bevoor- of benadeling is bij het invaren. Bijvoorbeeld omdat ouderen zwaarder getroffen kunnen worden door negatieve beleggingsrendementen. Mogelijk zou ook een element van indirect onderscheid op grond van geslacht aanwezig kunnen zijn, bijvoorbeeld wanneer personen met lagere pensioenen meer gevolgen ondervinden en dat vooral vrouwen zijn. Hieronder bespreek ik daarom naast art. 1 EP ook de betekenis van art. 17 Handvest, mede omdat in de literatuur wordt aangevoerd en in de Kamervragen door Van Rooijen wordt aangegeven dat er ‘grote verschillen’ bestaan tussen art. 17 Handvest en art. 1 EP en het EP het criterium van een billijke vergoeding ‘simpelweg’ niet kent en een beroep op de eigendomsbescherming van het Handvest tot ‘grote aansprakelijkheid van de fondsbesturen en/of sociale partners (kan) leiden’ (vragen 3, 4 en 5 van Van Rooijen).<sup>30</sup>

27 Zie HvJ EU 19 november 2019, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981, punt 51 met verwijzing naar de arresten van 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, punt 35 (*Julián Hernández e.a.*); 14 december 2017, C-243/16, ECLI:EU:C:2017:969, punt 34 (*Miravittles Ciurana e.a.*), en 19 april 2018, C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264, punten 34 en 35 (*Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi*). Zie ook de Themafiche van het HvJ EU, Toepassingsgebied van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 2017, waarin een overzicht is gegeven van de – vele – arresten over de betekenis van art. 51 Handvest.

28 Vgl. HvJ EU 19 november 2019, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981, punt 54: ‘Wanneer de lidstaten nationale regelingen vaststellen, of onderhandelingen voor cao’s toestaan, die, net als die in de hoofdgedingen, de werknemers rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon toekennen boven op de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 vastgelegde minimumduur van vier weken, en de voorwaarden bepalen voor de eventuele overdracht van dergelijke extra rechten in geval van ziekte van de werknemer, brengen zij deze richtlijn bijgevolg niet ten uitvoer in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest.’ Anders H. van Meerten, ‘Invaren: ten onrechte geen aandacht voor het Handvest’, *TPV* 2014/24, die oordeelt dat het ‘evenmin kwestieus’ is dat invaren onder de reikwijdte van het Handvest of EU-recht zal vallen.

29 Zie ook conclusie A-G van 7 mei 2020 in zaak C-223/19, punt 102.

30 Zie voor literatuur voetnoot 18: de auteurs sluiten niet uit dat het HvJ EU in het verschil in formulering ruimte ziet voor een van art. 1 EP afwijkende interpretatie. Zie ook: H. van Meerten, ‘Invaren: ten onrechte geen aandacht voor het Handvest’, *TPV* 2014/24.

### 3.3 *Genieten, ontnemen en reguleren*

Ieder heeft recht op het ongestoorde genot van eigendom en de vrijheid daarover te beschikken. Dat is de basisregel van art. 1 EP en art. 17 Handvest. Dit is evenwel geen absoluut beschermd recht. Bepaalde inbreuken zijn volgens de tekst van art. 1 EP en art. 17 Handvest toegestaan. Voor de reikwijdte van art. 1 EP en ook art. 17 Handvest is het van belang dat er twee geregelde vormen van inmenging in eigendom zijn te onderscheiden: 1) het ontnemen en 2) het reguleren of regelen van het gebruik van eigendom. Voor beide inmengingsvormen geldt dat deze bij wet voorzien moeten zijn en enkel in het algemeen belang zijn toegestaan. Dan kan er ook nog sprake zijn van inmenging in het ongestoorde genot van eigendom, zonder dat sprake is van ontneming of regulering; dat blijkt uit de onder paragraaf 4. ‘Invaren en eigendomsrecht’ hierna te bespreken uitspraak inzake *Aizpurua Ortiz*. Het is duidelijk dat het ontnemen van eigendom een veel ingrijpender inbreuk op het eigendomsrecht is dan het regelen van het gebruik. Voor het ontnemen stelt zoals hiervoor is opgemerkt art. 17 Handvest de aanvullende voorwaarde dat het verlies van eigendom op billijke wijze wordt vergoed. Die voorwaarde geldt niet bij het regelen van het gebruik van eigendom. A contrario denkend zou men dan kunnen redeneren dat in geval van het regelen van het gebruik geen billijke vergoeding verstrekt hoeft te worden op grond van het Handvest. Blijkens de invulling in de rechtspraak van het EHRM over het regelen van het gebruik van eigendom blijkt dit voor het EP niet zo zwartwit te liggen en daarmee ook niet voor art. 17 Handvest, gezien het gegeven dat met art. 17 Handvest dezelfde werking als met art. 1 EP is beoogd.<sup>31</sup>

Wat houdt dan de rechtspraak van het EHRM in?<sup>32</sup> Naast de uit de tekst van art. 1 EP volgende voorwaarden van 1) bij wet voorzien en 2) in het algemeen belang, heeft het EHRM de leer ontwikkeld dat de inmenging in de eigendom 3) proportioneel moet zijn, dat wil zeggen een gerechtvaardigd evenwicht, een ‘fair balance’ tussen het doel van het algemeen belang en de mate van inmenging. Bij het bepalen van hetgeen in het algemeen belang is, geeft het EHRM een staat een ruime beoordelingsvrijheid, ‘a wide margin of appreciation’, zeker bij maatregelen die

31 Daarom hoeft ook volgens het ‘Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract’ niet afzonderlijk aan art. 17 Handvest getoetst te worden naast art. 1 EP, *Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, bijlage 2.

32 In dit artikel volsta ik met een korte duiding, want over de inhoud en betekenis van de rechtspraak van het EHRM is veel literatuur. Ik noem hier slechts: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: Het Straatsburgse perspectief’, in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol*, Kluwer 2005; I. Leijten, ‘The right to minimum subsistence and property protection under the ECHR: Never the twain shall meet?’ *EJSS* 13 december 2019; specifiek over aanvullend pensioen: M.J.C.M. van der Poel, ‘Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen, Toetsing van alternatieven voor het aanvullend pensioenstelsel en gewijzigde solidariteitsverhoudingen aan art. 1 Protocol EVRM’, *TPV* 2018/29. Zie ook het ‘Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract’, *Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, bijlage 2.

invulling geven aan sociaal en economisch beleid.<sup>33</sup> Bij de 'fair balance' accepteert het EHRM ook – soms aanzienlijke – verminderingen van pensioenaanspraken.<sup>34</sup> De grens van een toelaatbare inmenging is bereikt wanneer er een 'individual and excessive burden' (individuele excessieve last) aanwezig is. Dit impliceert dat een maatregel in zijn algemeen toelaatbaar kan zijn, maar toch voor een of meer individuen een te zware ingreep vormt. De aanwezigheid van ander inkomen, naast het pensioeninkomen, kan een factor zijn die meeweegt om de zwaarte van de last te bepalen.<sup>35</sup> Ook indien er inmenging is in de eigendom zonder ontneming of regulering, beoordeelt het EHRM of er een juist evenwicht is tussen het algemeen belang en de inmenging in de eigendom.<sup>36</sup> In dat verband kan ook betekenis toekomen aan de relevantie van het aanvullend pensioen in het totale inkomen. Bij dit alles is uiteraard altijd de voorvraag: is er een door art. 1 EP erkend eigendomsrecht. Bij opgebouwde aanspraken en rechten op aanvullend pensioen uit de arbeidsovereenkomst is dat het geval, zoals al aangegeven. Ook de gewettigde verwachting dat een regeling, wet of andere bron, die de grondslag vormt voor een verworven pensioen niet wijzigt en het pensioen behouden kan blijven, kan een eigendomsrecht vormen.<sup>37</sup> Louter voorwaardelijke toekomstverwachtingen vallen evenwel niet onder het eigendomsrecht.

#### 4. Invaren en eigendomsrecht

Indien het invaren langs de lat van voorgaande analyse wordt gelegd, ontstaat het volgende beeld.

##### 4.1 Wat gebeurt er bij invaren?

Bij invaren worden opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten ondergebracht onder de regels van een nieuw, ander, pensioencontract. Uitgaande van het Pensioenakkoord 2019 en hetgeen daarover als nadere invulling bekend is, zal het nieuwe contract een premiereregeling worden met derhalve voorwaardelijke, onzekere, aanspraken omdat het eindresultaat afhankelijk zal zijn van onder meer gerealiseerde rendementen. Bij een uitkeringsovereenkomst wordt een vastgestelde uitkering – zoals de definitie in art. 1 Pensioenwet zegt – omgezet naar een niet vooraf vastgestelde uitkering, die vermoedelijk ook na ingang va-

riabel kan zijn. Aangezien opgebouwde aanspraken en rechten op pensioen een eigendomsrecht representeren, is hier dan sprake van inmenging in de eigendom.

##### 4.2 Argumenten voor invaren? Een algemeen belang?

Welke argumenten kunnen worden aangevoerd voor invaren? In het 'Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract'<sup>38</sup> is hier uitgebreid op ingegaan. Niet invaren en daarmee een 'fondssplitsing' zou zowel om redenen van financieel-economische aard als uitvoeringstechnisch onwenselijke gevolgen hebben. Ter onderbouwing worden vijf punten genoemd:

1. Voor reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten die niet onder de systematiek van het nieuwe contract kunnen worden gebracht kan niet een gewenste andere balans tussen zekerheid, ambitie en kosten voor de bestaande rechten worden gerealiseerd waarmee wordt beoogd te waarborgen dat die aanspraken en rechten duurzaam kunnen worden waargemaakt. Het beleggingsbeleid ten aanzien van pensioenvermogens in verband met de bestaande aanspraken en rechten zou zonder invaren gericht blijven op het realiseren van nominale zekerheid, ook wanneer het belang van de deelnemers bij een goed pensioenresultaat beter gediend zou zijn met een risicovoller beleggingsbeleid gericht op koopkracht op de lange termijn.
2. Risicodeling wordt gesplitst. Dit heeft grote consequenties voor de verwachte hoogte van het te bereiken pensioen van de huidige deelnemers.
3. Solidariteit is EU-rechtelijk van belang.
4. Splitsen zorgt voor een complexere pensioencommunicatie.
5. Splitsing leidt tot complexiteit van de uitvoering, hogere uitvoeringskosten en meer kans op administratieve fouten.

Het zijn argumenten die enerzijds gebaseerd zijn op de sociaal-economisch noodzakelijk, of minstens gewenst, geachte vernieuwing van het pensioenstelsel en anderzijds op de opvatting dat invaren noodzakelijk is om solidariteit tussen generaties te behouden als element om duurzaam een goed pensioenresultaat met koopkrachtbehoud te realiseren. Mede in aanmerking genomen de ruimte die een staat heeft om sociale en economische beleidsdoelen te bepalen, is het aannemelijk dat in deze argumentatie een voldoende algemeen belang gevonden kan worden.

##### 4.3 Verplicht invaren?

Moet daarom een wettelijke verplichting tot invaren worden opgelegd? In het Pensioenakkoord 2010<sup>39</sup> had de Stichting van de Arbeid aangegeven dat opgebouwde pensioenaanspraken 'op enigerlei wijze betrokken zullen moeten worden' bij het schokbestendig maken van pensioencontracten. In het Uitwerking memorandum Pen-

33 Zie bijvoorbeeld EHRM 12 oktober 1994, nr. 60669/00 (*Asmundsson/Iceland*): 'that, in implementing social and economic policies, the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in determining what is in the general interest of the community is a broad one'. Zie ook de uitspraak van 25 september 2017, punt 113 (*Fabian/Hungary*): 'The notion of 'public interest' is necessarily extensive. In particular, the decision to enact laws concerning social-insurance benefits will commonly involve consideration of economic and social issues. The Court finds it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one and will respect the legislature's judgment as to what is 'in the public interest' unless that judgment is manifestly without reasonable foundation'.

34 Bijvoorbeeld uitspraak van 25 oktober 2011, nr. 2033/04 (*Valkov/O.V. Bulgaria*).

35 EHRM 18 juli 2017, nr. 8271/15, punt 29 (*Lengyel/Hungary*).

36 EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz*).

37 Zie o.a. EHRM 24 november 2015, nr. 17285/08, punt 36 (*Noreikienė en Noreika/Lithuania*); EHRM 3 juni 2014, nr. 43331/12, punt 20 (*Velikoda/Oekraïne*); en EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05, punt 40 (*Aizpurua Ortiz*).

38 *Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, bijlage 2.

39 Pensioenakkoord voorjaar 2010, 4 juni 2010.

sioenakkoord 2010<sup>40</sup> noemt de Stichting van de Arbeid dit gewenst, met de motivering dat zij ervan ‘overtuigd’ is dat het continueren van bestaande aanspraken, in plaats van ze onder te brengen in het nieuwe contract, tot slechtere pensioenresultaten zal leiden. De SER heeft een ‘voorkeur’ voor het omzetten van bestaande aanspraken naar een nieuw contract uitgesproken; fondssplitsing – een oud fonds met eerdere deelnemers en een jong fonds met alleen nieuwe deelnemers – zou sterk negatieve generatie-effecten hebben.<sup>41</sup> Het kabinet heeft bij brief van 5 juni 2019 inzake het principeakkoord vernieuwing pensioenstelsel uitgesproken de ‘wens’ om oude en nieuwe contracten bij elkaar te houden te ondersteunen en daartoe bereid te zijn om ‘collectief invaren te faciliteren’. De beslissing of zal worden ingevaren is volgens de brief aan de sociale partners.<sup>42</sup> Ook in eerdere beleidsstukken ging het kabinet er steeds van uit dat het invaren gebaseerd moet zijn op een besluit van de sociale partners. Zo is in het ‘Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract’ opgemerkt: ‘Het besluit tot invaren maakt deel uit van de pensioenovereenkomst en is als zodanig een verantwoordelijkheid van sociale partners’.<sup>43</sup>

#### 4.4 Welke vorm van inmenging? De ruimte voor collectieve afspraken

Gelet op de beschrijving van hetgeen gebeurt bij invaren is wel duidelijk dat de eigendom (de aanspraak of het recht op pensioen) niet wordt ontnomen. De opgebouwde aanspraken en rechten worden slechts bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst onder nieuwe, andere, regels gebracht.<sup>44</sup> Is dat dan een vorm van regulering, of het op andere wijze inmengen in het ongestoorde genot van eigendom? Voor het beantwoorden van deze vraag is het arrest van het EHRM van 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz*) van belang. Het ging hier om het in Spanje spelende geval dat gepensioneerd sedert 1983 een aanvullend pensioen ontvingen op basis van een cao met de onderneming, hun vroegere werkgever. In 2000 werd een nieuwe cao afgesloten die het recht op aanvullend pensioen beëindigde en vervangde door een afkoopsom van drie maanden pensioen. De gepensioneerden stelden dat er inbreuk op hun eigendomsrecht werd gemaakt door de beëindiging van hun pensioen omdat zij zelf niet bij de onderhandelingen over de nieuwe cao betrokken waren. De zaak is hiermee interessant voor de vraag of contractueel invaren door collectieve afspraken voor de niet-georganiseerden door de eigendomsbescherming wordt verhinderd.

Hoewel het EHRM erkent dat aanvullende pensioenen waarop krachtens de arbeidsovereenkomst aanspraak of recht

bestaat onder de eigendomsbescherming vallen,<sup>45</sup> was er in het berechte geval geen direct optreden van de staat waarbij over het pensioen werd beslist. Er was een wijziging bij cao, een collectieve afspraak tussen sociale partners, die tot effect had dat de eerdere cao niet meer gold. Ook niet voor de gepensioneerden. De Spaanse wetgeving hield in dat bij een wijziging of een nieuwe cao, de nieuwe cao van rechtswege van toepassing is. Volgens het Hof was er echter geen ontneeming of regulering bij wet. Niettemin heeft een staat, zo overweegt het EHRM, wel de verplichting om eigendommen, als aanvullende pensioenen, te beschermen ook al zijn zij onderwerp van afspraken tussen sociale partners (de ‘positieve verplichting’). Dat volgt uit de basisregel van art. 1 EP dat ieder recht heeft op het ongestoorde genot van de eigendom. Het Hof overweegt:

“verplicht artikel 1 van Protocol nr. 1 de Staat om de nodige om het recht op ongestoord genot van eigendom te beschermen maatregelen te nemen, zelfs wanneer er geschillen tussen particulieren zijn betrokken. De staat heeft met name de verplichting om de partijen in het geschil gerechtelijke procedures aan te bieden die de vereiste procedurele waarborgen bieden, zodat de nationale rechtbanken in staat zijn om effectief en eerlijk te beslissen in het licht van de toepasselijke wetgeving” (punt 50).<sup>46</sup>

In feite geeft het EHRM aan dat de nationale gerechten in staat moeten zijn gesteld om te oordelen of art. 1 EP is gerespecteerd. Hiermee opent het Hof de deur om in geschillen tussen particulieren (pensioenrechthebbenden tegen sociale partners of pensioenuitvoerders) te toetsen aan het eigendomsrecht. De toets is echter licht. Het is, aldus het EHRM ‘noodzakelijk om te bepalen of er een billijk evenwicht is gevonden tussen de vereisten met betrekking tot het algemeen belang van de samenleving en de imperatieven die verband houden met de bescherming van de grondrechten van het individu.’ (punt 48). Het Hof oordeelt dat art. 1 EP niet is geschonden gelet op:

- de vrijheid van de sociale partners om zich te verenigen en daarbij over arbeidsvoorwaarden afspraken te maken (art. 11 EVRM);
- de belanghebbenden die gelegenheid hebben gehad hun standpunt in recht naar voren te brengen;
- de pensioenrechten die niet geheel waren afgenomen, maar vervangen door een forfaitair bedrag;
- het feit dat de inmenging een doel van algemeen belang nastreefde, namelijk het behoud van de goede financiële gezondheid van de ondernemingen en hun schuldeisers, de bescherming van de werkgelegenheid en de eerbiediging van het recht om collectief te onderhandelen.

40 Publicatienr. 1/11.

41 Advies ‘Toekomst Pensioenstelsel’, februari 2015, nr. 15/01, p. 92. Idem het advies ‘Naar een nieuw pensioenstelsel’, juni 2019, nr. 19/05.

42 *Kamerstukken II* 2018/19, 32043, 457.

43 *Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, bijlage 2, p. 25.

44 Zie ook: M. Heemskerck, *De (on)houdbaarheid van het pensioenakkoord*, Vrije Universiteit Amsterdam, 2011, p. 136.

45 Zie punt 38 van het arrest: ‘Het Hof heeft geoordeeld dat het recht op een arbeidsgerelateerd pensioen in bepaalde omstandigheden kan worden gelijkgesteld met een eigendomsrecht wanneer met name de werkgever een meer algemene toezegging had gedaan om een pensioen te betalen onder voorwaarden die kunnen worden beschouwd als een deel van de arbeidsovereenkomst’ (vertaling uit originele Franse tekst door auteur).

46 Vertaling van deze en volgende passages van originele Franse tekst door auteur.

Ook nam het Hof in aanmerking dat actieve werknemers eveneens van hun recht op pensioen hadden afgezien. Van der Poel twijfelt aan de juistheid van deze uitspraak van het EHRM, omdat deze uitspraak meebrengt dat de staat aansprakelijk kan worden gehouden voor besluiten van cao-partijen.<sup>47</sup> Dat is echter wel precies de bedoeling van art. 1 EP: de staat moet zorgen voor ongestoord genot van eigendom en heeft daarmee ook te waken tegen inbreuk makende inmengingen door cao-partijen. Dat er sprake is van een besluit van cao-partijen en daarmee invulling is gegeven aan de vrijheid van sociale partners zich te verenigen en arbeidsvoorwaarden af te spreken, is wel een element dat meebrengt dat strijd met art. 1 EP minder snel aangenomen kan worden. De Nederlandse raadsheer in het EHRM, Myjer, had bij dissenting opinion wel tot een schending van art. 1 EP geconcludeerd omdat de gepensioneerden niet vertegenwoordigd zijn in de organen die de cao afsluiten, waardoor er een ‘gebrek aan garanties’ was op grond van art. 1 EP ‘om kwetsbare gepensioneerden te beschermen tegen aanvullen op hun pensioenrechten’. Myjer wijst er daarbij op dat gepensioneerden, anders dan werknemers, geen machtsmiddelen hebben, zoals werknemers het stakingsrecht hebben. Deze afwijkende opvatting is door het EHRM niet (in meerderheid) gevolgd. Het Hof acht een juiste procedure waarbij onafhankelijk bepaald kan worden of het genoemde evenwicht aanwezig is, blijkbaar in beginsel voldoende als methode van bescherming. Daarnaast moet natuurlijk een inhoudelijke toets op de evenwichtigheid voldoende geborgd zijn, waarbij de maatregel geschikt is voor het beoogde doel van algemeen belang en geen onevenredig zware last meebrengt.<sup>48</sup> De onderbouwing door het EHRM is wellicht wat dun, maar geeft wel een richting. Hierbij is nog op te merken dat het element van gezondheid van de onderneming met name relevant was omdat de betrokken Spaanse pensioenen niet, zoals in Nederland, extern, buiten het ondernemingsvermogen, waren ondergebracht, terwijl de Nederlandse aanvullende pensioenen (momenteel) tevens beschermd zijn door het afkoopverbod. Dat sluit een korting door pensioenfondsen niet uit. Een dergelijke korting kan dan ook aan het eigendomsrecht worden getoetst.<sup>49</sup>

De conclusie van het voorgaande is dat wanneer direct bij wet een invaar- of omzettingplicht van pensioenaanspraken wordt opgelegd, de staat zelf de eigendom reguleert. Indien de sociale partners hierover bij collectieve afspraken besluiten is de staat (slechts) aanspreekbaar of in voldoende mate het genot van eigendom is beschermd.

#### 4.5 De conclusie van de A-G in *YS/NK* (Oostenrijk)

Op 7 mei 2020 heeft A-G Kokott haar conclusie genomen in de zaak *YS/NK* waarin de Oostenrijkse prejudiciële vragen over onder meer art. 17 Handvest heeft gesteld. Het is deze conclusie die Van Meerten tot de opvatting heeft ge-

bracht dat invaren ‘lastiger’ is geworden.<sup>50</sup> Is dat een juiste constatering? De zaak gaat over Oostenrijkse wetgeving waarbij ondernemingen werden verplicht om op pensioenuitkeringen een bijdrage in te gaan houden voor financiering van een solidariteitsfonds voor zekerstelling van pensioen en verboden werd om boven een bepaalde hoogte van het pensioen nog – de contractueel overeengekomen – verhogingen (indexaties) toe te kennen. De zaak kan worden geplaatst binnen de uitvoering van EU-recht als bedoeld in art. 51 Handvest omdat er ook sprake was van rechtvaardiging behoevende mogelijke inbreuk op het in richtlijnen neergelegde verbod van onderscheid op grond van geslacht en/of leeftijd. Anders dan in de zaak *Aizpurua Ortiz* was de inmenging hier dus op de wet gebaseerd. Wat betreft de verhogingen overweegt de A-G dat de verhogingen ‘nog niet als een concreet eigendomsrecht’ kunnen worden beschouwd omdat de vooruitzichten hierop toekomstig en onzeker waren (punt 111). De verplichting om een deel op het verworven pensioenrecht in te gaan houden, merkt de A-G aan als een beperking van het gebruik van de eigendom (geen ontneming). Overeenkomstig de voorwaarden voor inmenging bij art. 1 EP overweegt de A-G dat er in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel moet worden gehandeld en er overeenstemming moet zijn met door de EU nagestreefde doelstellingen van algemeen belang (punt 112). Daarbij geeft de A-G aan dat ‘met name wat betreft beperkingen van eigendomsrechten die ertoe strekken de salarisuitgaven in de overheidssector te verminderen en het pensioenstelsel te hervormen’ de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken (punt 113). Dit was al eerder beslist door het HvJ EU, onder meer in het arrest van 13 juni 2017, zaak C-258/14 (*Florescu*), een Roemeense zaak waarbij nationale wetgeving de cumulatie van overheidspensioen met inkomsten uit werkzaamheden bij een openbare instelling boven een bepaalde drempel verbod. Het Hof overweegt, punt 56: ‘Wat meer in het bijzonder de nationale wettelijke bepalingen in het hoofdgeding betreft, zij zijn er zowel op gericht, de salarisuitgaven in de overheidssector te verminderen, als de herziening van het pensioenstelsel uit te voeren, doelstellingen die in beschikking 2009/459 en in het memorandum van overeenstemming zijn vastgelegd om de moeilijkheden van de betalingsbalans te verhelpen die voor Roemenië reden waren om financiële bijstand van de Unie te vragen en te ontvangen. Dergelijke doelstellingen zijn doelstellingen van algemeen belang.’ De maatregel was volgens de uitspraak van het Hof geschikt voor dit doel, bracht geen onevenredige aantasting van het pensioen mee en was daarom niet in strijd met art. 17 Handvest.

Deze punten brengen mee dat niet gezegd kan worden dat nu opeens de conclusie van A-G Kokott het invaren lastiger maakt. Niet alleen geeft de conclusie geen nieuw inzicht over de juridische betekenis van art. 17 Handvest, mede nu deze conclusie aansluit bij het al in 2017 gewezen arrest *Florescu*. Ook wijkt de aangegeven toetsing aan

47 In *TPV* 2018/29 (a.w.).

48 Zie ook F.J. Pennings, noot bij het arrest in *EHRC* 2010/44.

49 Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 1 december 2016, *Pf* 2017/5 inzake de korting met 2% door Pensioenfonds Verlooskundigen die geen verboden inbreuk op het eigendomsrecht maakt.

50 Weergave van telefonische reactie in *PensioenPro* 13 mei 2020.



art. 17 Handvest niet af van art. 1 EP.<sup>51</sup> De mogelijkheid van toetsing in geschillen tussen particulieren van art. 17 Handvest is ook niet wezenlijk anders dan art. 1 EP, nu rechterlijke instanties moeten (kunnen) beoordelen of een staat voldoende heeft gezorgd voor het ongestoord genot van eigendom bij inmenging door particulieren. Wel is er een verschil in toegang tot het EHRM in vergelijking tot het HvJ EU. Een rechter kan bij een beroep op het EU-recht al direct prejudiciële vragen stellen. Voor de gang naar het EHRM dienen eerst de nationale rechtsmiddelen uitgeput te zijn.

#### 4.6 De onderhandelingsvrijheid benadrukt

Het EHRM betreft bij de rechtvaardiging voor de inmenging in de eigendom de onderhandelingsvrijheid van de sociale partners. Het EHRM erkent dat op grond van art. 11 EVRM het recht om collectief met de werkgever te onderhandelen in principe een van de essentiële elementen is geworden voor de sociale dialoog en van het 'recht om vakbonden op te richten en zich bij vakbonden aan te sluiten' voor de bescherming van werknemersbelangen.<sup>52</sup> Dit argument krijgt extra nadruk door ILO-verdragen die de contractsvrijheid van sociale partners beschermen en art. 16 Handvest inzake de ondernemingsvrijheid hierbij te betrekken. ILO-verdrag 87 (betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht, *Trb.* 1950, J 538) en ILO-verdrag 98 (Right to Organise and Collective Bargaining Convention) zijn van belang. Art. 4 van ILO-verdrag 98 schrijft voor dat staten maatregelen nemen 'to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation between employers or employers' organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements.' Tenzij er sprake is van een economische (tijdelijke) noodzaak of de noodzaak tot bescherming van een minimumbestaansniveau (zoals door een Wet op het minimumloon), dan wel het tegengaan van excessen (zoals ongewenst hoge beloningen voor bepaalde functionarissen), moet de overheid op grond van deze regel de – resultaten van – vrije onderhandelingen respecteren. Illustratief is de uitspraak van het ILO-Committee in zaak 2171/2003, een zaak waarin Zweden bij wet aan de individuele werknemer het recht toekende om tot 67 jaar door te werken, terwijl bij cao's veelal een lagere pensioenleeftijd, toen vaak 62 jaar, was overeengekomen. Het ILO-Committee oordeelde dat de inbreuk die de wetgeving op bestaande cao's maakt in strijd is met ILO-verdrag 98 en hetzelfde nam het Committee aan voor de toekomst, nu de wetgeving niet het resultaat was van gemeen overleg met de sociale partners. De conclusie is dat eenzijdige wetgeving op be-

zwaren vanuit ILO-verdragen stuit.<sup>53</sup> Bij besluitvorming door de sociale partners, of het faciliteren van die besluitvorming, wordt de doelstelling van ILO-verdragen juist ondersteund. Dit geldt ook wanneer cao's algemene werking krijgen via algemeenverbindendverklaring of verplichtstelling. Art. 16 Handvest waarborgt de vrijheid van ondernemerschap. Een inmenging bij wet in overeenkomsten over aanvullend pensioen, is een beperking van deze vrijheid.<sup>54</sup> Dat is niet het geval indien partijen zelf hun overeenkomst wijzigen. Deze aspecten benadrukken het belang dat gemeoid is bij het respecteren van het resultaat van onderhandelingen tussen de sociale partners.

#### 5. Het invaren gefaciliteerd – houdbaar gelet op eigendomsrecht

Ik kom tot een afrondende beschouwing en conclusie over mogelijke inrichting van het invaren.

##### I. De vormgeving van invaren; wettelijk verplicht of besluit door sociale partners

In verband met het eigendomsrecht is van belang onderscheid te maken tussen direct bij wet geregeld invaren – het wettelijk invaren – of invaren op grond van een besluit van sociale partners – het contractueel invaren. Het wettelijk invaren is tot nu nimmer een beleidsoptie geweest. Wel is er bereidheid het invaren door besluitvorming door sociale partners te faciliteren. Overigens moet hierbij onderkend worden dat niet volstaan kan worden met een besluit van de sociale partners alleen; er is een dubbelbesluit nodig, want ook de pensioenuitvoerder moet akkoord gaan met de waardeoverdracht. Daarbij heeft de pensioenuitvoerder binnen het raamwerk van de eigen regels omtrent besluitvorming en prudentiële regels met dezelfde normen uit het eigendomsrecht te maken.

##### II. Toetsing aan eigendomsrecht

Het eigendomsrecht maakt onderscheid tussen: ontnemen, reguleren gebruik en bewaken ongestoord genot. Het is een aflopende reeks van sterkte van inmenging in de eigendom met bijgevolg een eveneens een aflopende mate van bescherming tegen inmenging. Of omgekeerd gezegd: een minder sterke inmenging in de eigendom is eerder toegestaan. Bij directe wetgeving dient de overheid zelf een regulering die inbreuk maakt op eigendomsrechten te vermijden en is daarop aanspreekbaar. Bij een besluit door de sociale partners is het de verantwoordelijkheid van de overheid om te bewaken dat geen ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op het ongestoord genot van de eigendom. In beginsel is besluitvorming echter de verantwoordelijkheid van de sociale partners die gerespecteerd hoort te worden. Dat respecteren volgt mede uit de vrijheid van vereniging, de vrijheid van

51 Zie ook R.H. Maatman & E.M.T. Huijzer, Invaren onder het Handvest, *TPV* 2015/32, oordelen op basis van de stand van rechtspraak dat de opvatting dat er grote verschillen bestaan tussen art. 17 Handvest en art. 1 EP 'nuancering' behoeft.

52 Zie Guide sur Article 11 de la Convention – Liberté de réunion et d'association, *EHRM* 21 augustus 2019.

53 Zie over de ruimte voor overheidsingrijpen in ILO-context en de aangehaalde Zweedse zaak K. Boonstra, 'Government Responsibility and Bargaining Scope within Article 4 of ILO Convention 98', in: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, herfst 2004. Zie ook: E. Lutjens, 'De toekomst van het pensioenakkoord: de juiste afslag?', *TPV* 2020/1.

54 Aldus ook A-G Kokott in haar conclusie in zaak C-223/19, punt 110.

onderhandeling en de vrijheid van ondernemerschap (art. 11 EVRM, ILO-verdragen en art. 16 Handvest).

### III. Wijziging in wetgeving

Bij wettelijk invaren kan simpelweg in de Pensioenwet die regel worden opgenomen. Om contractueel collectief invaren mogelijk te maken, dient ofwel art. 20 Pensioenwet geschrapt te worden, ofwel het individueel bezwaarrecht bij art. 83 Pensioenwet omgezet te worden naar collectieve besluitvorming met algemeenverbindendverklaring van het collectieve besluit voor alle gerechtigden binnen de betrokken pensioenregeling (voor onderneming of bedrijfstak; bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen volgt na het schrappen van het bezwaarrecht die algemene verbindendheid uit de verplichting van art. 4 Wet Bpf 2000 om statuten en reglementen van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds na te leven – dan moet het invaren ook wel in het reglement overgenomen worden). De wetgever maakt dan wel inbreuk op de door die wetsartikelen gerechtvaardigde verwachting dat opgebouwde aanspraken niet tegen de wil (het bezwaar) kunnen worden aangetast. Dit bezwaarrecht kan daarom als een vorm van eigendom worden gezien<sup>55</sup> en het weghalen van dat recht als een regulering van de eigendom, waarvoor dan de rechtvaardiging in het algemeen belang moet bestaan en evenredigheid aanwezig is. Zie voor de conclusie ten aanzien van het algemeen belang punt V hierna en voor de beoordeling van de evenredigheid geldt de toets op het besluit tot invaren door sociale partners. De vormgeving van de regeling omtrent contractueel collectief invaren kan nog steeds zijn dat een verbod tot wijziging van opgebouwde aanspraken het uitgangspunt is, maar dat hiervan bij cao in het kader van waardeoverdracht afgeweken kan worden. Het wijzigingsverbod is dan een vorm van driekwart dwingend recht, een in het arbeidsrecht veel voorkomende uitzondering op in beginsel dwingend recht, waarbij via de cao-vorming de belangen van de werknemers afdoende geborgd worden geacht.<sup>56</sup> Alleen hiermee is echter nog geen algemene collectieve werking bereikt van het invaren, want cao's zijn niet door wetsduiding (art. 9 en 12 Wet cao) bindend voor niet gebonden werkgevers en werknemers (de ongeorganiseerden). Algemene werking moet dan bereikt worden door een vorm van verbindendverklaring voor alle gerechtigden binnen de pensioenregeling. Bij de vormgeving als driekwart dwingend recht kan een individuele niet aan een cao gebonden werkgever of een groep van niet-cao-gebonden werkgevers niet zelfstandig tot invaren besluiten. Dat kan onder omstandigheden ongewenst zijn omdat dit kan leiden tot noodzakelijke fondssplitsing met de beschreven bezwaren. De oplossing is dat de betrokken werkgever of groep een cao-afpraak maakt of zich aansluit bij een bedrijfstak-cao. Eventueel zou een specifieke ontheffingsmogelijkheid (van het wettelijk verbod) ingericht kunnen worden, mogelijk met inbreng van de onder VI genoemde Commissie. Het inschakelen van de ondernemingsraad als alternatief voor cao-partijen als drager

van een inbaarbesluit ligt mijns inziens niet voor de hand gezien de geheel andere rol en plaats van een ondernemingsraad, mede in aanmerking nemende dat de ondernemingsraad geen leden kent. Het overlaten van invaren aan individueel overleg tussen een werkgever en een werknemer blijft natuurlijk mogelijk, maar dan wordt collectief invaren niet bereikt.

### IV. Wettelijk invaren nodig?

Bij een zodanige vormgeving van collectief contractueel invaren is een direct in de wet vastgelegde inbaarverplichting overbodig, maar dat acht ik ook ongewenst. Immers, indien de sociale partners er gezamenlijk van overtuigd zijn dat invaren de beste optie is, kan daartoe worden besloten. Indien sociale partners daar niet van overtuigd zijn, wordt niet ingevaren. De vraag kan dan opkomen of wettelijk verplicht invaren met de mogelijkheid van "opt out", waaronder ik versta: een besluit nemen om niet in te varen, niet een betere invulling geeft. De – wellicht ingewikkelde – besluitvorming door sociale partners is dan niet nodig. Dit acht ik niet beter. Ten eerste niet omdat hiermee inbreuk wordt gemaakt op de vrijheden van de sociale partners en ondernemingen als hiervoor genoemd. Ten tweede niet omdat een besluit (1) tot afwijking van verplicht invaren niet vergelijkbaar is met een besluit (2) tot afwijking van het verbod van invaren. Niet alleen gezien de aard van het besluit, maar ook gezien de procedure. Bij staken van stemmen wordt bij besluit (1) verplicht ingevaren, bij besluit (2) juist niet. Laat de besluitvorming derhalve aan de sociale partners. Er kunnen ook situaties zijn dat niet-invaren en dus fondssplitsing juist niet de eerder genoemde bezwaren heeft. Dat moeten sociale partners in alle vrijheid kunnen afwegen.

### V. De toetsing op algemeen belang en evenredigheid

Hiervoor heb ik de argumenten genoemd die het belang van invaren benoemen. Dat lijken mij als aangegeven argumenten die een algemeen belang kunnen onderbouwen. Het respecteren van de onderhandelingsvrijheid van sociale partners ondersteunt dat extra. Daarbij merk ik op dat het streven naar houdbare pensioenen past binnen de doelstellingen van EU-beleid. Bovendien heeft het HvJ EU erkend dat het behoud van de goede werking en het waarborgen van het financiële evenwicht van premiegebonden stelsels in beginsel legitieme doelstellingen van sociaal beleid vormen.<sup>57</sup> Het financiële belang van de onderneming was ook in *Aizpurua Ortiz* een meewegende factor. Het ging daar om de financiële positie van de werkgever, maar dit kan ook betrokken worden op de financiële positie van het pensioenfonds. Dan is de evenredigheid en het behouden van een 'fair balance' nog wel een punt van beoordeling, naast de genoemde vraag of er geen verboden (leeftijd)onderscheid wordt gemaakt. De rechtvaardiging voor inmenging in het eigendomsrecht zal overigens in grote lijnen mede een rechtvaardiging

55 Zie ook M.J.C.M. van der Poel, *TPV* 2018/29 (a.w.), par. 6.4.2.

56 Zie ook E. Lutjens, 'Opties voor invaren', *TPV* 2013/4.

57 Arresten van 11 november 2014, C-530/13, ECLI:EU:C:2014:2359, punt 38 (*Schmitzer*); 19 juni 2014, C-501/12-C-506/12, C-540/12 en C-541/12, ECLI:EU:C:2014:2005, punt 46 (*Specht e.a.*), en 26 september 2013, C-476/11, ECLI:EU:C:2013:590, punt 60 (*HK Danmark*).

voor het onderscheid kunnen zijn. Het lastige bij beoordeling van de fair balance is dat dit niet in zijn algemeenheid kan worden beoordeeld. De regeling in zijn algemeenheid kan gerechtvaardigd zijn, maar toch voor een individu, gezien diens specifieke inkomenssituatie en overige individuele feitelijke omstandigheden, onevenredig uitpakken.<sup>58</sup> De beoordeling hiervan vergt een onderbouwing van de benadeelde en vervolgens een zorgvuldig feitenonderzoek van de sociale partners of pensioenuitvoerders.

#### VI. De beoordeling – toetsingsprocedure

Voor het voorkomen van mogelijke onevenredigheid – met grote aansprakelijkheid, waar Van Rooijen in zijn Kamervragen op doelt – is het formuleren van een duidelijk beoordelingskader van de evenredigheid van invaren op de eerste plaats noodzakelijk. Dat kader moet de waarderingsregels bevatten, de verdeling van toekomstige (negatieve) rendementen over en tussen groepen (generaties) omlijnen, het mogelijke indirecte onderscheid onderkennen en dat voorkomen, de voorwaarden voor eventuele compensatie bepalen. Dit zal transparant vastgelegd moeten worden – bijvoorbeeld in een convenant – opdat mede op basis hiervan een rechter in staat is te beoordelen of de staat het ongestoorde genot van eigendom voldoende heeft beschermd. Ook de toezichthouder kan hierbij een rol spelen. Dit lijkt mij voor het comfort nog onvoldoende. Ik pleit voor instelling van een Juridische en Actuariële Toetsings Commissie – een JATC – samengesteld uit onafhankelijke juristen en actuarissen van wie de deskundigheid buiten twijfel staat. De JATC kan zowel de invaarregeling als geheel beoordelen als bij een individuele of ook groepsgewijze klacht de evenredigheid voor het individu of de groep beoordelen. Dit kan het beste de vorm van een niet-bindend advies hebben, om het individu in zo'n belangrijke kwestie als het eigendomsrecht niet de gang naar de rechter te ontnemen. De houdbaarheid van het advies in rechte zal mede afhangen van de deskundigheid van de leden van de JATC.<sup>59</sup>

## 6. Concluderend

- De eigendomsbescherming maakt collectief invaren niet juridisch onhoudbaar.
- De vormgeving waarbij sociale partners collectief kunnen besluiten tot invaren – ter vervanging van het huidige bezwaarrecht in art. 83 Pensioenwet – is de lichtste vorm van inmenging in het eigendomsrecht en het minst bezwaarlijk; de overheid moet dan niettemin toezien op een voldoende bescherming tegen ongestoord genot van de eigendom.
- Besluitvorming door sociale partners is ook een belangrijke erkenning van de vrijheid van onderhandeling

over arbeidsvoorwaarden en de vrijheid van ondernemerschap, hetgeen op zich mede een rechtvaardiging vormt om in te mengen in de eigendom.

- Om ook ongeorganiseerde werkgevers en werknemers te binden aan het besluit van de sociale partners tot invaren, is een vorm van algemeen verbindend verklaring vereist.
- Vormgeving als driekwart dwingend recht – afspraken over het verbod tot waardeoverdracht alleen bij cao – is een optie, maar een ander besluitvormingsmodel is niet absoluut uitgesloten, maar dan kan niet in dezelfde mate aangehaakt worden bij de vrijheid van onderhandeling van sociale partners en is ook niet geborgd dat invaren collectief gebeurt.
- Een voldoende algemeen belang acht ik zeker te onderbouwen.
- De invaarbeslissing moet ook al is deze algemeen gerechtvaardigd, ook individueel op evenredigheid getoetst (kunnen) worden.
- De inrichting van duidelijke procedureregels en een onafhankelijke JATC zijn belangrijke bouwstenen om inbreuken op ongestoord genot van de eigendom te beschermen en daarmee aansprakelijkheid te vermijden.

<sup>58</sup> Zie ook de uitspraken van de CRvB inzake de geleidelijke verhoging van de AOW-leeftijd in art. 7a AOW, onder meer de uitspraak van 14 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:691 met verwijzingen naar eerdere uitspraken.

<sup>59</sup> De zorgvuldige procedure kan ook behulpzaam zijn bij de acceptatie van de gevolgen van invaren; zonder overtuigend verhaal van het waarom, lijkt die acceptatie niet aanwezig omdat het als schending van afspraken wordt gezien, zie de presentatie 'Hoe krijgen we het uitgelegd?', Ministerie SZW, Werkverband ICK, april 2020.