



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## **De omgang met bestaande pensioenrechten: het Europeesrechtelijke speelveld voor verplicht invaren en de methodiek van het zo nodig vrijwillig invaren**

Barkhuysen, T.; Huijg, T.

### **Citation**

Barkhuysen, T., & Huijg, T. (2011). De omgang met bestaande pensioenrechten: het Europeesrechtelijke speelveld voor verplicht invaren en de methodiek van het zo nodig vrijwillig invaren. In *Het pensioenakkoord: pensioen op zijn kop?* (pp. 73-88). Den haag: SDU. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19953>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19953>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## De omgang met bestaande pensioenrechten: het Europeesrechtelijke speelveld voor verplicht invaren en de methodiek van het zo nodig vrijwillig invaren

*Prof. mr. Tom Barkhuysen*

(Bestuursrecht)advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden

*Mr. Teun Huijg*

(Pensioenrecht)advocaat te Amsterdam bij Stibbe

Deze bijdrage is gedeeltelijk een verslag van de lezing die de eerstgenoemde auteur verzorgde voor de Vereniging van Pensioenrecht te Utrecht op 13 september 2011. In deze bijdrage is grotendeels afgezien is van verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur.

## 1 Inleiding

De omgang met bestaande pensioenrechten, waaronder ook moeten worden begrepen bestaande aanspraken, is één van de heetste hangijzers in het kader van het Pensioenakkoord. In de Tweede Kamer is reeds uitvoerig over dit onderwerp gedebatteerd en door de minister van SZW is ook vervolgonderzoek uitgezet waarover begin 2012 zou moeten worden gerapporteerd. Centraal staat daarbij de vraag of er al dan niet kan worden gekozen voor het verplicht 'invaren' van bestaande rechten in het beoogde nieuwe pensioensysteem, waarbij dan nog een beslispoint is of dit al dan niet collectief/per pensioenfonds moet kunnen worden bepaald.

Om redenen die verband houden met de financiële soliditeit van het beoogde nieuwe pensioenstelsel, zal het niet verbazen dat er een grote voorkeur uitgaat naar het verplicht invaren van de bestaande rechten via een wettelijke voorziening, tenzij er serieuze juridische obstakels aan de orde zijn. In dat laatste geval zou alleen gekozen moeten worden voor het vrijwillig invaren van deze rechten op basis van instemming van de aanspraakgerechtigden.<sup>1</sup>

Juridisch is daarmee de belangrijkste vraag of dergelijke obstakels er al dan niet zijn. Daarbij is vooral het Europese recht van belang, nu er waarschijnlijk voor zal worden gekozen om een en ander in een formele wet te regelen en een dergelijke wet alleen kan worden getoetst aan het Europese recht. Alle redenen dus voor een verkenning van het Europeesrechtelijke speelveld. Daarbij zal overigens een toetsingskader worden besproken dat ook bruikbaar zal blijven wanneer er nog wijzigingen zullen worden aangebracht in het nu voorliggende Pensioenakkoord.

Met het oog op de beantwoording van de hier centraal staande vraag zal hierna in de eerste plaats dieper worden ingegaan op de beoogde maatregelen (onder 2). Daarna zal onder 3 worden verkend welke grenzen er al dan niet voortvloeien uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het daarmee materieel vergelijkbare EU-Grondrechtenhandvest (andere EU-rechtelijke bepalingen lijken geen obstakel te vormen). Vervolgens zal aan de orde komen welke mogelijkheden de Pensioenwet (PW) thans reeds kent om het invaren op vrijwillige basis moge-

<sup>1</sup> In dit artikel worden daarmee zowel pensioengerechtigden, slapers als actieve werknemers bedoeld.

lijk te maken voor het geval dat verplicht invaren om welke reden dan ook een brug te ver zou zijn (onder 4). Afgesloten zal worden onder 5 met een conclusie.

Deze verkenning is temeer van belang nu via de media de Stichting PensioenFatoen reeds heeft aangekondigd zich met alle juridische middelen te zullen verzetten tegen een eventueel verplicht invaren van de bestaande rechten. Daarbij moet in eerste instantie worden gedacht aan het voeren van procedures voor de nationale rechter, waarbij vervolgproucedures mogelijk zijn bij zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie als het Straatsburgse Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

## 2 De beoogde maatregelen

In het nu voorliggende Pensioenakkoord wordt wat betreft de oude pensioenrechten in essentie op drie punten een belangrijke wijziging aangebracht ten aanzien van de huidige pensioenregeling. In de eerste plaats wordt beoogd om de huidige 'onvoorwaardelijke' aanspraken die in nominale zin alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden verlaagd (vergelijk de regeling van art. 134 PW) en waarbij veelal een van de rendementen afhankelijke indexatieambitie geldt, om te vormen naar 'voorwaardelijke' aanspraken. Bij deze laatstbedoelde 'zachte' aanspraken is korten reeds mogelijk bij (op termijn) tegenvallende beleggingsresultaten. Criticasters van het Pensioenakkoord hebben deze regeling ook wel aangeduid met de term 'casinopensioen'. Een tweede hoofdpunt van de pensioenherziening betreft de periodieke verhoging van de ingangsdatum van het pensioen en de AOW van 65 jaar stapsgewijs naar 66 jaar in 2020, 67 jaar in 2025 en daarna iedere vijf jaar indien de gemiddelde levensverwachting hoger is dan 18,26 jaar. Een hogere levensverwachting zal bovendien ook gevolgen hebben voor de reeds opgebouwde rechten. Ten derde vervallen eventueel bestaande bijbetalingsverplichtingen van werkgevers.

Duidelijk is dat met deze beoogde maatregelen de huidige bestaande pensioenrechten zachter worden. Dat roept de vraag op hoe de overige maatregelen zich verhouden met het Europese recht.

### 3 Betekenis van het EVRM

#### 3.1 De status van het EVRM en de hier relevante rechten

Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de rechten uit het EVRM voorrang hebben boven formele wetgeving, waaronder dus ook zou moeten worden verstaan de eventueel aan te passen Pensioenwet. Verder is van belang dat de Nederlandse rechter een formele wet niet kan toetsen aan de grondrechten opgenomen in de Nederlandse Grondwet. Mocht een procedure bij de Nederlandse rechter voor de betrokkenen – zoals de Stichting PensioenFatoen en haar leden – niet het beoogde resultaat opleveren, dan kan na uitputting van de in Nederland beschikbare rechtsmiddelen worden doorgeprocedeerd bij het EHRM in Straatsburg. Ook is het mogelijk in het kader van een procedure voor de nationale rechter een prejudiciële vraag te stellen aan het Luxemburgse Hof van Justitie van de Europese Unie.

Hieruit blijkt reeds dat de te nemen maatregelen moeten voldoen aan de EVRM-eisen en de daarmee vergelijkbare normen uit het EU-Grondrechtenhandvest. Het gaat immers niet aan om een pensioenherziening in te voeren, die daarna op losse schroeven zal komen te staan door rechterlijk ingrijpen.

Daarbij komt de vraag aan de orde welke rechten uit het EVRM bij de beoogde pensioenmaatregelen in het geding zijn. In de eerste plaats kan daarbij worden gedacht aan het eigendomsrecht zoals dit is neergelegd in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP). Verder zou een rol kunnen spelen het verbod van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling, onder meer op grond van leeftijd, zoals dat is gegarandeerd in art. 14 EVRM en in het Twaalfde Protocol bij het EVRM. Op beide onderdelen wordt hierna afzonderlijk ingegaan. Opgemerkt zij nog dat beide rechten een equivalent kennen in het EU-Grondrechtenhandvest en voor wat betreft gelijke behandeling EU-Richtlijn 2000/78/EG, waarop echter niet nader ingegaan hoeft te worden nu er qua geboden bescherming op dit punt daarvan in beginsel geen toegevoegde waarde uitgaat.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Zie over de relevante EVRM-bepalingen met verwijzingen naar jurisprudentie T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse bestuursrecht*, VAR-preadvies, Den Haag 2004; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer 2005. Zie over het EU-Grondrechtenhandvest T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JB-plus* 2011, p. 3-34.

#### 3.2 De betekenis van het eigendomsrecht

Uit de jurisprudentie volgt dat bestaande pensioenrechten kwalificeren als eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP. Het eigendomsbegrip onder het EVRM is namelijk veel ruimer dan dat van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Feitelijk vallen alle op geld waardeerbare aanspraken onder dit eigendomsrecht te scharen. Een inmenging in het eigendomsrecht c.q. een beperking daarvan is alleen toegestaan als:

- deze is voorzien bij wet;
- een algemeen rechtvaardig belang dient; en
- proportioneel is (er moet een 'fair balance' bestaan tussen het aangeaste belang van de houder van de rechten en het met de maatregelen gediende algemene belang).

Verder kan worden vastgesteld dat het voorwaardelijk maken van de bestaande pensioenrechten en het opschuiven van de ingangsdatum leidt tot een inmenging in het eigendomsrecht. Wel is het van belang om te vermelden dat ook de huidige regeling niet geheel ongeclausuleerd is, in die zin dat op basis daarvan onder bepaalde omstandigheden ook een beperking van de aanspraken mogelijk (de regeling van art. 134 PW).

Daarmee komt de vraag op of de beoogde pensioenmaatregelen kunnen worden gerechtvaardigd onder het eigendomsrecht. Aan het vereiste van voorzienbaarheid bij wet kan makkelijk worden voldaan, door het voorzien van een basis in de Pensioenwet. Ook aan de eis van een gerechtvaardigd algemeen belang kan worden voldaan. De jurisprudentie van het EHRM laat grote vrijheid aan staten voor wat betreft het bepalen daarvan. Het behoud van de stabiliteit van het pensioenstelsel voldoet als motivering voor het aannemen van een dergelijk belang, waarbij wel expliciet zal moeten worden aangegeven waarom de huidige regeling van art. 134 PW niet toereikend is. De wetgever zal hier waarschijnlijk wel in slagen, nu toepassing van art. 134 PW alleen mogelijk is in zeer extreme omstandigheden en als *ultimum remedium*.

Zoals in veel zaken hangt het antwoord op de vraag of de beoogde maatregelen kunnen worden gerechtvaardigd onder het eigendomsrecht er uiteindelijk van af of er al dan niet sprake is van een fair balance. Uit de jurisprudentie kan een aantal factoren worden afgeleid dat hier relevant is. Uitgangspunt daarbij is dat er geen excessieve last mag worden gelegd op de houder van de rechten. Om te beginnen blijkt uit de jurisprudentie dat daarvan niet snel sprake is. Het EHRM en de Nederlandse rechter toet-

sen terughoudend, met name op het terrein van de sociale zekerheid en de pensioenen. Zo vond het EHRM in de zaak Goudswaard-Van der Lans in het kader van de wijziging van de Algemene Weduwen- en Wezenwet naar de Algemene nabestaandenwet een korting van 69% op het nabestaandenpensioen niet excessief.<sup>3</sup> Daarbij ging het daarenboven nog eens om een geval waarin het verzekeringsrisico reeds was ingetreden, door het overlijden van de echtgenote, voordat de wetswijziging tot stand kwam. Uit de jurisprudentie blijkt verder dat voor het EHRM nog meeweegt of de beoogde veranderingen al dan niet het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen. Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat aan de ene kant kan worden vastgesteld dat er inderdaad sprake is van dergelijke onderhandelingen, maar dat er anderzijds een grote meerderheid binnen de vakbonden is overgebleven die zich verzet tegen de maatregelen. Verder is van belang dat het EHRM en de Hoge Raad geen duidelijk verschil maken tussen publiek- of privaatrechtelijk opgebouwde aanspraken en evenmin tussen omslag- en opbouwstelsels. Heel voorzichtig kan worden geconstateerd dat bij private opbouw mogelijk iets eerder sprake kan zijn van een excessieve last, maar heel harde aanwijzingen daarvoor zijn in de jurisprudentie niet terug te vinden. Bij het gerechtvaardigd achten van de beoogde maatregelen zou verder een rol kunnen spelen dat de huidige rechten ook niet geheel ongeclausuleerd zijn. Dit blijkt mede uit art. 134 PW. Aan de acceptatie van de maatregel onder het eigendomsrecht zou verder kunnen bijdragen dat betrokkenen mogelijk ook kunnen profiteren van buiten verwachting goed renderende beleggingen.

Cruciaal is echter dat de noodzaak van de maatregel overtuigend moet kunnen worden onderbouwd, hetgeen ook geldt voor het moment van het bepalen van de korting en het al dan niet kiezen voor een inhaalindexatie. Op basis van rapportages van onafhankelijke deskundigen zou deze noodzaak moeten kunnen worden onderbouwd, en daarvan zou dan ook rekenschap moeten worden gegeven in de memorie van toelichting bij het beoogde voorstel tot wijziging van de Pensioenwet. Uit de jurisprudentie blijkt verder dat een overgangsregeling zou kunnen bijdragen aan de acceptatie van het verplicht invaren onder het eigendomsrecht, zoals die bijvoorbeeld al is voorgesteld met betrekking tot de leeftijd voor het ingaan van een pensioen. Mede in het kader van de noodzakelijkheids-toets moet verder worden vastgesteld dat maatwerk van essentieel belang is. De kans dat de maatregel kan worden geaccepteerd onder het eigen-

<sup>3</sup> EHRM 22 september 2005, AB 2006/1 (Goudswaard-Van der Lans/Nederland).

domsrecht, wordt sterk vergroot wanneer de regeling voorziet in beslissingen op decentraal niveau (per pensioenfonds) en wanneer er ook hardheidsclausules in zijn opgenomen voor personen die als gevolg van de overgang onevenredig worden getroffen.

Uit de jurisprudentie blijken ook duidelijke grenzen te kunnen worden afgeleid voor de vormgeving van de stelselwijziging. Zo lijkt een terugbetalingsregeling van reeds uitgekeerde gelden onder art. 1 EP niet mogelijk. Ook wanneer de korting die als gevolg van het nieuwe systeem zou worden opgelegd dusdanig hoog is dat daarmee sprake zou zijn van de facto ontneming van de opgebouwde rechten, zal dat waarschijnlijk niet door de beugel kunnen, hetgeen ook geldt voor een evident ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Op dit moment moet de conclusie zijn dat wanneer de hiervoor genoemde factoren in acht worden genomen, het eigendomsrecht van art. 1 EP voldoende ruimte laat voor het verplicht invaren van de bestaande rechten. Alleen wanneer er geen overtuigende onafhankelijke deskundigenrapportages beschikbaar zouden zijn waaruit de noodzaak van de maatregel blijkt, lijkt art. 1 EP voor problemen te kunnen zorgen.

### 3.3 *Zijn de beoogde maatregelen in overeenstemming met het verbod van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling?*

Uit art. 14 EVRM en het Twaalfde Protocol bij het EVRM vloeit voort dat gelijke gevallen niet ongelijk mogen worden behandeld, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden gegeven. Deze eis heeft op twee punten relevantie voor de beoogde pensioenmaatregelen.

In de eerste plaats betekent de gelijkebehandelingsnorm dat indien ervoor zou worden gekozen om per fonds te beslissen over het invaren daarbij objectieve criteria moeten worden gehanteerd, die voorkomen dat er personen ongerechtvaardigd ongelijk worden behandeld. In de tweede plaats moet voorkomen worden dat bepaalde leeftijdscategorieën als gevolg van de beoogde maatregel onevenredig worden geschaad. Dit zou voorkomen kunnen worden door de differentiatie met de discontoet en het variëren met de vereiste herstelperiode.

Waar het het meer specifiek verschuiven van de ingangsdatum van het pensioen en de bijbehorende overgangsregeling betreft, lijkt te kunnen worden geconstateerd dat de thans beoogde plannen voldoen aan de gelijk-

kebehandelingsnorm. De verschillen die hiervan het gevolg zijn voor de jongere en de oudere generatie, lijken objectief gerechtvaardigd te kunnen worden. Ouderen zijn immers gemiddeld eerder met werken begonnen, jongeren kunnen zich nog langer instellen op een latere ingangsdatum en er is sprake van een gestegen levensverwachting. Ook hier geldt echter dat de noodzaak dat dit punt objectief moet kunnen worden onderbouwd.

#### 4 Methodiek van het vrijwillig invaren

Op het moment dat de wetgever besluit dat verplicht invaren via een wettelijke voorziening op te veel juridische bezwaren stuit, zal hij – naar het nu lijkt – betrokken partijen willen faciliteren in het invaren op basis van collectieve en/of individuele vrijwilligheid. In deze paragraaf wordt besproken of – en zo ja, tot op welke hoogte – dat reeds onder de huidige Pensioenwet mogelijk is en of de wet aangepast moet worden. Eerst worden de obstakels besproken die de Pensioenwet thans kent voor het invaren. Daarna komt – als invaarmogelijkheid – collectieve waardeoverdracht aan bod. Ook zullen eventuele alternatieven besproken worden, waarbij geldt dat de Pensioenwet wel gewijzigd moet worden. De verzerde regeling valt buiten het bestek van dit artikel.

##### 4.1 Algemene schets van huidige obstakels in de Pensioenwet

*Eigen wijzigingsregime; art. 20 Pensioenwet*

Het eerste obstakel voor het vrijwillig invaren vormt art. 20 PW. Dat artikel bepaalt dat tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken in beginsel niet gewijzigd kunnen worden. Daarmee doorkruist de Pensioenwet als *lex specialis* de algemene vermogensrechtelijke wijzigingsmogelijkheden (zoals wijziging op basis van wilsovereenstemming, art. 6:248 BW, etc.).

Gezien de systematiek van de Pensioenwet is het niet verwonderlijk dat de Pensioenwet de algemene vermogensrechtelijke wijzigingsmogelijkheden opzij zet. Aan de Pensioenwet ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de pensioengelden te allen tijde hun bestemming moeten behouden. Uiteraard is dat uitgangspunt ingegeven vanuit de wens de werknemer te beschermen. Een al te gemakkelijke wijzigingsbevoegdheid zou afbreuk doen aan die beschermingsgedachte.

De Pensioenwet kent dan ook voor al opgebouwde pensioenrechten een geheel eigen wijzigingsregime. Alleen het fonds is bevoegd tot wijziging over te gaan. Het fonds kan dat alleen doen indien het niet meer beschikt over het wettelijk minimaal vereiste eigen vermogen (voor een standaardpensioenfonds 105%) en het geen andere middelen meer ter beschikking staan (*ultimum remedium*). In dat geval is het fonds bevoegd tot korten over te gaan. Deze kortingsmogelijkheid zal van geen nut zijn bij het invaren. Door het korten worden reeds opgebouwde rechten verlaagd, maar wijzigt het karakter van de pensioenregeling niet. Bij het invaren moet juist het karakter van de rechten gewijzigd worden.

Een andere wijzigingsmogelijkheid is de wijziging als gevolg van een collectieve waardeoverdracht. Daarbij wordt in mindere mate inbreuk gemaakt op de algemene vermogensrechtelijke wijzigingsmogelijkheden. Bij collectieve waardeoverdracht heeft de aanspraakgerechtigde namelijk altijd de mogelijkheid daartegen bezwaar te maken, waardoor deze methode van wijziging eerder het karakter heeft van wijziging op basis van wederzijdse wilsovereenstemming. Over de nadere inhoud van art. 83 PW en het karakter van het maken van bezwaar zal hierna nog nader worden ingegaan.

*Afkoopverbod; art. 65 Pensioenwet*

In het verlengde van het eigen wijzigingsregime bevat de Pensioenwet ook een nog meer algemeen obstakel voor het invaren van oude rechten. Dat is het afkoopverbod uit art. 65 PW. Afkoop is iedere handeling waardoor pensioenrechten hun pensioenbestemming verliezen. Een door alle betrokken contractspartijen overeengekomen aanpassing van de oude rechten lijkt in beginsel daarmee strijdig te zijn.

Uit de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet volgt dat het wijzigen middels een collectieve waardeoverdracht – mits conform de wettelijke eisen verricht – niet strijdig is met het afkoopverbod. Waardeoverdracht zou namelijk geen afkoop zijn en daardoor ook niet strijdig kunnen zijn met het afkoopverbod. De wetgever gaat er blijkbaar vanuit dat bij collectieve waardeoverdracht de pensioenrechten niet hun pensioenbestemming verliezen. In feite is dat niet helemaal waar. Bij een collectieve waardeoverdracht kan bijvoorbeeld ook een uitkeringsovereenkomst gewijzigd worden in een premieovereenkomst. Naar de letter van de wet (art. 1 PW, definitie ‘afkoop’) is dat strijdig met het afkoopverbod. Door die wijziging verliezen de desbetreffende oude rechten immers hun pensioenbestemming. De wetgever lijkt in ieder geval in het kader van waardeoverdracht

niet alleen naar de letterlijke tekst te kijken. De wetgever heeft aangegeven dat met het hierna nog nader te bespreken vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid (uit art. 83 PW) wordt voorkomen dat op het niveau van de pensioenuitvoerder geld achterblijft. De gedachte van de wetgever lijkt daarom te zijn dat weliswaar de oude rechten hun bestemming verliezen, maar dat de daarvoor gereserveerde financiële middelen dat niet doen. In de (impliciete) visie van de wetgever bijten het afkoopverbod en de mogelijkheid van wijziging door middel van waardeoverdracht elkaar dan ook niet.

#### 4.2 *Collectieve waardeoverdracht – collectieve actuariële gelijkwaardigheid*

Uit het voorafgaande is gebleken dat op basis van de huidige Pensioenwet het karakter van de oude rechten alleen gewijzigd kan worden in het kader van een collectieve waardeoverdracht (art. 83 PW). Art. 83 PW bevat twee criteria die bij het invaren tot problemen zouden kunnen leiden. Dat betreft het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid en het recht van de aanspraakgerechtigden bezwaar te maken tegen de voorgenomen waardeoverdracht. In deze paragraaf wordt het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid besproken. De bezwaarmogelijkheid komt in de volgende paragraaf aan bod.

Art. 83, lid 2, onderdeel b, PW eist dat bij collectieve waardeoverdracht de over te dragen overdrachtswaarde dusdanig wordt vastgesteld dat aan het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen wordt voldaan. De vraag is of dat vereiste aan het invaren middels collectieve waardeoverdracht in de weg staat. Kan het karakter van de over te dragen rechten ook gewijzigd worden als gevolg van collectieve waardeoverdracht?

Uit onder meer de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet blijkt dat het doel van het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid gelegen is in het voorkomen dat door de waardeoverdracht mannen en vrouwen verschillende pensioenrechten krijgen. Dat betekent dus niet dat het karakter van de over te dragen rechten niet gewijzigd zou mogen worden, maar wel dat die wijziging geslachtsneutraal moet uitpakken.

Bovendien lijkt met het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid bedoeld te zijn dat de wijziging financieel neutraal moet uitpakken. Zoals gezegd heeft de wetgever hieromtrent gesteld dat er in het kader van waardeoverdracht geen geld moet achterblijven bij de oude uitvoer-

der. Die uitvoerder moet er niet beter van worden, aldus de wetgever. Hieruit kan de conclusie getrokken worden dat bij collectieve waardeoverdracht de waardeoverdracht niet alleen geslachtsneutraal moet uitpakken, maar ook financieel neutraal. Bij het invaren kan aan beide voorwaarden voldaan worden.

#### 4.3 *Collectieve waardeoverdracht – bezwaarmogelijkheid*

##### *Algemeen*

Hiervoor is aan de orde geweest dat het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid van art. 83 PW op het eerste gezicht geen belemmering lijkt te vormen voor het via collectieve waardeoverdracht invaren van oude pensioenrechten. Daarnaast bepaalt art. 83 PW dat bij collectieve waardeoverdracht de betrokken aanspraakgerechtigde het recht heeft bezwaar te maken tegen die overdracht.

Art. 83 PW spreekt over 'geen bezwaar'. De voorganger van art. 83 PW (art. 32ba, lid 1, onderdeel a, Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW)) sprak over 'instemmen'. Inhoudelijk is er echter niet veel veranderd. Het 'geen-bezwaarvereiste' is niets anders dan een stilzwijgende instemming, zoals dat onder de PSW ook al vrij gebruikelijk was. Net zoals het instemmen onder de PSW een rechtshandeling was (en overigens ook een aanvaarding in de zin van art. 6:217, lid 1, BW), is het (wel of geen) bezwaar maken dat thans ook.<sup>4</sup> De constatering dat het maken van (geen) bezwaar een rechtshandeling is, is relevant voor het invaren, omdat aan die rechtshandeling wilsgebreken kunnen kleven en die nietigheid of vernietigbaarheid tot gevolg kunnen hebben. Om dat te voorkomen zal een goede en heldere informatievoorziening essentieel zijn.

Praktisch en juridisch gezien zal de bezwaarmogelijkheid van de aanspraakgerechtigde het grootste obstakel zijn bij het invaren. Werkgevers en pensioenuitvoerders zullen er de voorkeur aan geven zo veel mogelijk de betrokken aanspraakgerechtigden op collectief niveau te binden. Tegelijkertijd hebben zij er ook belang bij dat er zo veel mogelijk op individueel niveau maatwerk wordt geleverd. Dat bevordert immers de redelijkheid van de wijziging. Hierna wordt bekeken in hoeverre aanspraakgerechtigden collectief gebonden kunnen worden aan een collectieve waardeoverdracht.

4 Zie in gelijke zin A-G Keus in zijn conclusie bij de uitspraak CZ (PJ 2010/69; vgl. punt 3.4).

### *Collectief geen bezwaar en actieve werknemers*

Voor actieve werknemers zijn de vakbonden doorgaans de aangewezen partij om namens die werknemers in te stemmen met (een wijziging van) arbeidsvoorwaarden (zoals pensioen). Verdedigd zou kunnen worden dat vakbonden dat ook ten aanzien van collectieve waardeoverdracht zouden kunnen doen. Daar moeten de volgende kanttekeningen bij worden gemaakt.

Een werknemer is alleen gebonden aan wat sociale partners overeenkomen indien hij lid is van de contracterende vakbond en hij bovendien onder de werkingssfeer van de cao valt. Ook is een werknemer daaraan gebonden indien hij dat met zijn werkgever is overeengekomen middels een incorporatiebeding. De werknemer die dus noch door lidmaatschap, noch door incorporatie gebonden is, valt buiten het directe regelingsbereik van sociale partners en is dus sowieso niet gebonden aan wat sociale partners overeenkomen.

Voor een niet-lid (maar wel gebonden als gevolg van een incorporatiebeding) is het wel van belang dat het incorporatiebeding ook betrekking heeft op afspraken omtrent art. 83 PW. Voorkomen moet worden dat de werknemer succesvol kan stellen dat met het incorporatiebeding niet bedoeld is de werknemer ook te binden aan cao-afspraken omtrent art. 83 PW. Of dat succesvol bepleit kan worden, is een kwestie van uitleg van het incorporatiebeding en hangt sterk af van de omstandigheden van het geval.

Art. 83 PW heeft blijkens zijn tekst betrekking op de relatie tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer. De pensioenuitvoerder is echter geen contractpartij bij de cao. Cao-partijen zullen dat kunnen opvangen door in de cao een derdenbeding (art. 6:253 BW) op te nemen ten gunste van de pensioenuitvoerder. De uitvoerder moet dat dan vervolgens wel zelf nog aanvaarden.

Hof Den Bosch heeft in zijn uitspraak van 3 maart 2009 geoordeeld dat sociale partners niet bevoegd zouden zijn overeen te komen dat werknemers instemmen met collectieve waardeoverdracht. Sociale partners zouden aan het uitvoerende fonds niet een bevoegdheid tot waardeoverdracht kunnen toekennen die in strijd is met art. 83 PW. Dat artikel zou namelijk van dwingend recht zijn, aldus nog steeds het hof.<sup>5</sup> Het is twij-

5 Hof Den Bosch 3 maart 2009, *PJ* 2009/67, r.o. 4.12.4.

felachtig of deze uitspraak juist is. Niet goed valt in te zien waarom een werknemer zijn beschikkingsmacht ten aanzien van het uitoefenen van zijn recht op bezwaar niet zou mogen overdragen aan een vakbond (middels lidmaatschap of door incorporatie). Dat is immers waar het op neer komt indien een vakbond een cao aangaat waarin staat dat de desbetreffende werknemer akkoord gaat met de waardeoverdracht en die werknemer lid is van die bond (of zich aan zijn onderhandelingsresultaten middels incorporatie heeft onderworpen). Goed verdedigd zou kunnen worden dat de werknemer in dat geval juist gebruik heeft gemaakt van zijn wettelijk recht bezwaar te maken. Namelijk door dat over te laten aan zijn vertegenwoordiger(s). In deze visie kan er dan geen sprake zijn van strijdigheid met dwingend recht, zoals het hof doet voorkomen. De werknemer maakt juist gebruik van zijn wettelijk recht. Mogelijk dat het hof van mening is dat het in art. 83 PW neergelegde recht zich niet leent voor collectieve uitoefening en dat het artikel dwingend is in die zin dat elke werknemer te allen tijde zelf bezwaar moet kunnen maken tegen waardeoverdracht. Het is niet goed duidelijk waarop het hof die lezing van art. 83 PW dan baseert. De wetsgeschiedenis geeft daar in ieder geval geen aanknopingspunten voor.

### *Collectief geen bezwaar en slapers en gepensioneerden*

Wat betreft gepensioneerden en slapers geldt dat zij doorgaans niet meer gebonden zijn aan wat sociale partners overeenkomen. Het is dan ook een stuk lastiger om hen collectief te binden aan een collectieve waardeoverdracht. Dat lijkt anders te zijn indien de pensioenregeling – en de wijzigingen daarvan – altijd op cao-niveau is overeengekomen. Hetzelfde geldt indien gepensioneerden en slapers lid zijn gebleven van de contracterende vakbond. In die gevallen vallen zij nog onder het regelingsbereik van sociale partners (vgl. wat betreft gepensioneerden de reeks zgn. ziektekostenuitspraken).<sup>6</sup> Daarbij dient er voor gewaakt te worden dat de in de cao overeengekomen verslechtering in gelijke mate geldt voor actieve werknemers.

### *Individueel geen bezwaar*

Voor alle aanspraakgerechtigden die niet via cao te binden zijn (omdat zij geen lid zijn, of omdat zij geen incorporatiebeding zijn overeengekomen) geldt in ieder geval dat hen individueel de mogelijkheid gegeven moet worden bezwaar te maken tegen de voorgenomen waardeoverdracht. Een

6 T. Huijg, '(Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven', *TRA* juni/juli 2010, p. 11 e.v.



belangenafweging zou in dat geval kunnen meebrengen dat de aanspraakgerechtigde in alle redelijkheid geen bezwaar kan maken. Gezien het feit dat het een wettelijk recht betreft, zal daar niet snel sprake van zijn. Of daar sprake van is, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Dat sociale partners en de overheid voorstander van invaren zijn, zal daarbij een grote rol spelen. Uiteraard kan een goede 'business case' op individueel niveau daarbij van doorslaggevende betekenis zijn.

#### 4.4 Alternatieven voor collectief invaren

In het voorgaande is bekeken of – en in hoeverre – binnen het huidige bestaande wettelijke kader aanspraakgerechtigden gebonden kunnen worden aan wat cao-partijen in het kader van collectieve waardeoverdracht overeenkomen. Daarbij is gebleken dat dit beperkt mogelijk is. Door de uitspraak van Hof Den Bosch en het aantal aanspraakgerechtigden dat niet collectief te binden is omdat zij geen lid zijn (of geen incorporatiebeding zijn overeengekomen), is het echter twijfelachtig of het overlaten aan cao-partijen wel de meest wenselijke aanpak is. Gedacht kan ook worden aan alternatieven, waarbij de wet wel gewijzigd moet worden.

Eén daarvan is de situatie waarin het fondsbestuur de bevoegdheid krijgt namens de aanspraakgerechtigden in te stemmen met de waardeoverdracht. Het nadeel van dat alternatief is dat het uitgaat van een verantwoordelijkheidsverdeling en zeggenschapsstructuur die wezenlijk anders is dan de situatie zoals die nu geldt tussen werkgever, werknemer(s) en uitvoerder. Nu is het zo dat de pensioenuitvoerder de tussen sociale partners overeengekomen pensioenregeling uitvoert. Strikt genomen bemoeit de uitvoerder zich niet met de inhoud van die pensioenregeling, maar zal diens handelen daar natuurlijk wel invloed op hebben. De wettelijke eisen omtrent medezeggenschap (bestuurssamenstelling, samenstelling en bevoegdheden deelnemersraad, etc.) en governance (de principes voor goed pensioenfondsbestuur) zijn daar ook op ingericht en niet op een meer inhoudelijke rol. Zo zijn slapers – en in mindere mate gepensioneerden – (nog) niet, of zeer beperkt, vertegenwoordigd in het fondsbestuur en de andere organen van het fonds. Het nog in te dienen wetsvoorstel 'Versterking bestuur pensioenfondsen' zal daar wel verandering in brengen (en eventueel ook het wetsvoorstel van de

Tweede Kamer-leden Koşer Kaya en Blok<sup>7</sup>), maar ook dan nog kan niet van een daadwerkelijke representatieve vertegenwoordiging in het bestuur (en diverse andere organen) gesproken worden. Het is maar de vraag of het wenselijk is een groot gedeelte van de Pensioenwet (en de daaraan ten grondslag liggende verantwoordelijkheidsverdeling en medezeggenschapsstructuur) zo ingrijpend te wijzigen enkel en alleen om het invaren te vergemakkelijken.

Om deze reden zou als alternatief ook gekozen kunnen worden de wet dusdanig te wijzigen dat ten aanzien van alle betrokken aanspraakgerechtigden wordt ingevaren indien een bepaald minimum aan aanspraakgerechtigden geen bezwaar heeft gemaakt. Eventueel zou daarbij vastgelegd kunnen worden dat de aanspraakgerechtigden die reeds door cao-binding gebonden zijn, tellen als aanspraakgerechtigden die geen bezwaar hebben gemaakt. Dit idee behoeft nadere doordenking, maar lijkt op voorhand een serieuze kandidaat indien verplicht invaren geen optie blijkt te zijn.

## 5 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het Europese speelveld voldoende ruimte laat voor het zonedig verplicht – dus via een wettelijke voorziening – invaren van bestaande pensioenrechten. Wat betreft het EVRM (en het EU-Grondrechtenhandvest) is de grens daarbij de onevenredige aantasting van de belangen van de houders van rechten. Cruciaal is in dat licht dat de noodzaak van het verplicht invaren financieel-economisch aannemelijk kan worden gemaakt door onafhankelijke deskundigen. Verder moet die maatregel worden gekozen die een zo beperkt mogelijke inbreuk maakt op de bestaande rechten. Een breed draagvlak bij de sociale partners draagt bij aan de beperking van de juridische risico's net als het opnemen van hardheidsclausules en overgangsrecht. Wanneer er ook nog zou worden gekozen voor maatwerk per pensioenfonds zouden deze risico's onder het Europese recht nog verder kunnen worden beperkt.

Wanneer de wetgever en de pensioenfondsen voorgaande vuistregels in acht nemen, lijken zij zich geen echte zorgen te hoeven maken over eventuele procedures tegen de stelselwijziging die voorziet in het verplicht invaren.

<sup>7</sup> Initiatiefwetsvoorstel Koşer Kaya en Blok, Samenstelling en medezeggenschap in pensioenfondsen (Kamerstukken 31 537).

Beslist de wetgever echter dat er onvoldoende draagvlak is voor verplicht invaren, dan zou onder de thans bestaande regelgeving alleen het invaren middels collectieve waardeoverdracht mogelijk zijn. Het nadeel daarvan is echter dat aanspraakgerechtigden individueel het recht hebben daartegen bezwaar te maken. Het is te verdedigen – maar andersluidende rechtspraak bestaat – dat dat recht collectief uitgeoefend kan worden door vakbonden. Het probleem daarbij is wel dat veel aanspraakgerechtigden niet onder het regelingsbereik van sociale partners vallen. Andere manieren waarop aanspraakgerechtigden collectief gebonden kunnen worden aan een collectieve waardeoverdracht vergen een wijziging van de Pensioenwet. Te denken valt hier aan het (eventueel) tijdelijk overhevelen van de instemmingsbevoegdheid naar het fondsbestuur of de minderheid van de aanspraakgerechtigden te laten binden aan de wens van de meerderheid.