
EEN ONDERZOEK NAAR HET EIGENDOMSRECHT VAN PENSIOENDEELNEMERS IN DE WET TOEKOMST PENSIOENEN

Naam: Senem Ozkul
Studentnummer: 2646698
Datum: 24 juli 2022
Opleiding: Master Rechtsgeleerdheid
Faculteit: Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Afstudeerrichting: Arbeidsrecht
Begeleider: E. Lutjens

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Introductie	3
1.2 Probleemstelling	4
1.3 Methodologie.....	5
1.4 Leeswijzer	5
2. Het huidige pensioenstelsel	6
2.1 Driepijlersysteem	6
2.2 De tweede pijler	7
2.2.1 De pensioenovereenkomst	7
2.2.3 De verschillende soorten karakters	8
2.2.3.1 De uitkeringsovereenkomst	8
2.2.3.2 De kapitaalovereenkomst	9
2.2.3.3 De premieovereenkomst	9
3. De collectieve waardeoverdracht	10
3.1 Invaren in het huidige pensioenstelsel	10
3.2 Invaren in de Wet toekomst pensioenen	12
3.2.1 De beweegredenen voor invaren.....	13
3.2.2 De beweegredenen voor afschaffing individueel bezwaarrecht.....	14
3.2.3 Afschaffing individueel bezwaarrecht besluit DNB.....	14
3.2.4 Bezwaren tegen afschaffing individueel bezwaarrecht.....	15
3.3 Afweging voor- en nadelen afschaffing individueel bezwaarrecht	17
3.4 Deelconclusie.....	19
4. Het eigendomsrecht van pensioenen	20
4.1 Het eigendomsbegrip	20
4.1.1 Het eigendomsbegrip in het EU Handvest	20
4.1.2 Het eigendomsbegrip in het EVRM.....	21
4.1.3 Artikel 17 EU Handvest en artikel 1 Protocol 1 EVRM	21
4.1.3.1 Het connexiteitsvereiste EU Handvest.....	24
4.2 Het eigendomsbegrip en pensioenen	26
4.2.1 De pensioenaanspraken	26
4.2.2 Het individueel bezwaarrecht	29
4.3 Inmenging in het eigendomsrecht	30
4.3.1 De rechtvaardiging van een inmenging in het eigendomsrecht	31
4.3.1.1 Bij wet voorzien	32
4.3.1.2 Algemeen belang	32

4.3.1.3 Evenredigheid	33
4.4 Deelconclusie	35
5. De toets aan het eigendomsrecht	36
5.1 Toets aan het eigendomsrecht: wijziging pensioenovereenkomst.....	36
5.1.1 Eigendom.....	36
5.1.2 Inmenging in het eigendomsrecht	36
5.1.3 De rechtvaardiging	37
5.1.3.1 De inbreuk moet bij wet zijn voorzien	37
5.1.3.2 Algemeen belang.....	37
5.1.3.3 Evenredigheidstoets	38
5.1.3.3.1 De wezenlijke inhoud	39
5.1.3.3.2 Fair balance	40
5.1.3.4 Wijziging pensioenovereenkomst: gerechtvaardigd inbreuk?.....	41
5.2 Toets aan het eigendomsrecht: afschaffing individueel bezwaarrecht	42
5.2.1 Eigendom.....	42
5.2.2 De rechtvaardiging	43
5.2.2.1 De inbreuk moet bij wet zijn voorzien	43
5.2.2.2 Algemeen belang	43
5.2.2.3 Evenredigheidstoets	44
5.2.2.3.1 De weging van alternatieven	44
5.2.2.3.2 De collectieve waarborgen	48
5.2.2.3.3 Afschaffing individueel bezwaarrecht: gerechtvaardigd inbreuk?	50
5.3 Deelconclusie	52
6. De normadressaat	53
6.1 De overheid	53
6.2 De sociale partners, pensioenfondsen en de werkgever	54
6.2.1 Artikel 1 Protocol 1 EVRM	54
6.2.2 Artikel 17 EU Handvest	55
6.3 Deelconclusie.....	57
7. Conclusie	57
8. Literatuurlijst	59
8. Jurisprudentielijst	61

1. Inleiding

1.1 Introductie

In de afgelopen jaren is er veel veranderd in Nederland. Zo is de economie veranderd en hebben er veranderingen op de arbeidsmarkt en in de samenleving plaatsgevonden.¹ Het Nederlandse pensioenstelsel gaat mee met de tijd en wordt gewijzigd. Op 30 maart 2022 heeft de minister voor Armoedebestrijding, Participatie en Pensioenen het wetsvoorstel Wet toekomst pensioenen (hierna: Wtp) aangeboden aan de Tweede Kamer. De verwachting is dat het nieuwe pensioenstelsel per 1 januari 2023 in werking treedt. Tot 1 januari 2027 geldt echter wel een transitieperiode.² Dit betekent dat werkgevers, vakbonden, pensioenfondsen en verzekeraars vanaf 1 januari 2023 vier jaar de tijd hebben om een pensioenregeling conform de nieuwe pensioenwet vorm te geven en in te voeren.³ Het doel van de nieuwe pensioenwet is om het Nederlandse pensioenstelsel te verbeteren.

In het vernieuwde pensioenstelsel gaan de pensioendeelnemers pensioen opbouwen aan de hand van pensioenovereenkomsten die gebaseerd zijn op een premieregeling. In het wetsvoorstel Wtp zijn drie pensioenovereenkomsten mogelijk: de solidaire premieovereenkomst (hierna: SPO), de flexibele premieovereenkomst (hierna: FPO) en de premie-uitkeringsovereenkomst (hierna: PUO). Vanaf de pensioendatum is bij de SPO sprake van een variabele uitkering, bij de FPO van een vastgestelde of variabele uitkering en bij de PUO van een vastgestelde uitkering. Alle pensioenuitvoerders kunnen de SPO en de FPO aanbieden, terwijl de PUO uitsluitend door verzekeraars kan worden aangeboden.⁴ In de premieregeling vormt de pensioenpremie het middelpunt en is de pensioenpremie voor alle leeftijden gelijk. In het huidige stelsel zijn drie typen pensioenovereenkomsten toegestaan, te weten: de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst. In de uitkeringsovereenkomst hebben partijen een vastgestelde uitkering afgesproken, bijvoorbeeld een vastgesteld percentage van het salaris. De kapitaalovereenkomst is een overeenkomst waarbij vooraf een bepaald kapitaal wordt toegezegd aan de pensioendeelnemer. De werkgever dient er vervolgens voor te zorgen dat dit kapitaal op de pensioendatum aanwezig is. Bij een dergelijke overeenkomst heeft de werkgever een beleggingsrisico. De hoogte van de pensioenuitkering wordt pas op de pensioendatum bepaald op basis van rekenfactoren zoals de levensverwachting, rente, etc. die op dat moment gelden. Bij de premieovereenkomst wordt meer onzekerheid naar de werknemer overgeheveld. De afspraak is dat de werkgever uitsluitend de vooraf vastgestelde premie betaalt. De premie is meestal uitgedrukt in een bepaald percentage van het salaris. Bij een premieovereenkomst ligt het beleggingsrisico bij de werknemer.

Vanaf 2027 kan uitsluitend de premieovereenkomst worden overeengekomen, met alle onzekerheden van dien. Immers, ook de al bestaande pensioenovereenkomsten zullen in beginsel veranderen met de Wtp. De regering heeft namelijk in de Wtp gekozen voor een

¹ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/pensioen/toekomst-pensioenstelsel>

² <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/05/10/nieuwe-pensioenwet-gaat-uiteindelijk-1-1-2023-in>

³ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 52 (MvT); artikel 150c WTP.

⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 24 (MvT).

standaard invaarpad waarbij de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten door een interne collectieve waardeoverdracht worden aangewend bij het pensioenfonds overeenkomstig de gewijzigde, nieuwe pensioenovereenkomsten.⁵ Uit artikel 83 Pensioenwet volgt dat een interne collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever mogelijk is. Volgens artikel 83 lid 2 Pensioenwet geldt echter wel als voorwaarde dat de waardeoverdracht uitsluitend kan plaatsvinden indien de individuele pensioendeelnemer hier géén bezwaar tegenin stelt. In het nieuwe pensioenstelsel wordt in artikel 150m Wtp het individueel bezwaarrecht van de pensioendeelnemer geschrapt. Dit betekent dat de jarenlang toegezegde vaste uitkering met de interne collectieve waardeoverdracht verandert in een onzekere uitkering zonder dat de pensioendeelnemer hier zijn instemming voor hoeft te geven. Dit roept de vraag op of dit zomaar mag en kan.

1.2 Probleemstelling

In deze scriptie wordt onderzocht of een interne collectieve waardeoverdracht van vastgestelde uitkeringspensioenen naar onzekere premieovereenkomsten zonder individueel bezwaarrecht van de pensioendeelnemer in strijd is met het eigendomsrecht. De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt:

‘In hoeverre wordt het eigendomsrecht van pensioendeelnemers ex artikel 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM aangetast met de interne collectieve waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht zoals neergelegd in het wetsvoorstel van de Wet toekomst pensioenen?’

Om antwoord te geven op de hoofdvraag is een aantal deelvragen geformuleerd:

1. *‘Wat zijn de regels over de interne collectieve waardeoverdracht in de Pensioenwet?’*
2. *‘Hoe wordt de interne collectieve waardeoverdracht in de Wet toekomst pensioenen vormgegeven?’*
3. *‘Welke motivering ligt ten grondslag aan de gewijzigde interne collectieve waardeoverdracht in de Wet toekomst pensioenen?’*
4. *‘Wat houdt het eigendomsrecht van pensioendeelnemers in?’*
5. *‘Voldoet de interne collectieve waardeoverdracht zoals vormgegeven in de Wet toekomst pensioenen aan de normen van het eigendomsrecht?’*
6. *‘Wie is de normadressaat van de pensioendeelnemer indien sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk in het eigendomsrecht?’*

⁵ Art. 150l Wtp.

1.3 Methodologie

Deze scriptie behelst een rechtswetenschappelijk onderzoek. Bij de beantwoording van de hoofdvraag en de deelvragen wordt gebruikgemaakt van wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Om de eerste twee deelvragen te beantwoorden, moet zowel de huidige Pensioenwet als het wetsvoorstel Wtp en de daaraan ten grondslag liggende wetsgeschiedenis worden bestudeerd. Het eigendomsrecht zoals neergelegd in artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest is aan de hand van de jurisprudentie van het Europese Hof van voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) nader ingevuld. Bij de beantwoording van de deelvragen drie tot en met zes wordt om die reden gebruikgemaakt van de jurisprudentie van deze twee hoven, alsmede van de jurisprudentie van de nationale rechter.

De literatuuronderzoek is nodig, omdat ondanks er veel overeenstemming in de literatuur bestaat over onderwerpen en vraagstukken, veel vragen nog niet beantwoord zijn waardoor de meningen en opvattingen tussen rechtsgeleerden uiteenlopen. In deze scriptie worden de verschillende opvattingen van de rechtsgeleerden uiteengezet waarbij wordt vermeld welke opvatting in het vervolg van de scriptie als leidraad dient.

1.4 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 is een inleidend hoofdstuk waarin het huidige Nederlandse pensioenstelsel wordt uiteengezet. In hoofdstuk 3 wordt antwoord gegeven op de eerste drie deelvragen. Zo worden eerst de huidige regels over de interne collectieve waardeoverdracht uiteengezet, vervolgens wordt uitgelegd hoe de interne collectie waardeoverdracht in de Wtp is geregeld en wat de motivering van de wijzigingen is geweest (met name waarom het individueel bezwaarrecht bij het invoeren in het nieuwe pensioenstelsel is geschrapt). In hoofdstuk 4 wordt de vierde deelvraag beantwoord. Daarin wordt uitgelegd wat het eigendomsrecht van pensioendeelnemers inhoudt en wat de regels zijn die afgeleid kunnen worden uit de verdragen en jurisprudentie met betrekking tot het maken van een inbreuk op het eigendomsrecht. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 de vijfde deelvraag beantwoord waarbij getoetst wordt of het invaren zonder individueel bezwaarrecht, zoals geregeld in de Wtp, aan de normen van het eigendomsrecht voldoet. In dat kader zijn verschillende elementen belangrijk, zoals de vraag of volwaardige alternatieven die minder inbreuk op het eigendomsrecht maken, voorhanden zijn. Tenslotte wordt in hoofdstuk 6 de laatste deelvraag beantwoord. Uitgelegd wordt wie inbreuk maakt op het eigendomsrecht en tegen wie de pensioendeelnemer de bescherming van het eigendomsrecht kan invoeren.

2. Het huidige pensioenstelsel

Het Nederlandse pensioenstelsel is vaak gekwalificeerd als 'het beste stelsel ter wereld'.⁶ Het voorgaande blijkt uit de Global Pension Index van adviesbureau Melbourne Mercer. In de Melbourne Mercer Global Pension Index worden wereldwijd pensioenstelsels getoetst op toereikendheid, toekomstbestendigheid en integriteit.⁷ Daaruit blijkt dat het pensioenstelsel in Nederland prima functioneert. Dat wekt de vraag op hoe het Nederlandse stelsel van oudedagsvoorzieningen is vorm gegeven. Hieronder wordt het huidige pensioenstelsel beschreven.

2.1 Driepijlerstelsel

Het Nederlandse pensioenstelsel bestaat uit een driepijlersysteem. De eerste pijler bestaat uit de sociale zekerheidspensioenen.⁸ De tweede pijler wordt gevormd door pensioenen uit hoofde van een dienstbetrekking (al dan niet) met een werkgever en de derde pijler bestaat uit particulier afgesloten individuele voorzieningen. De drie pijlers kunnen samen in een opbouwperiode van 40 jaar een oudedagsvoorziening van ongeveer 75% van het gemiddelde inkomen opleveren.⁹ Door middel van een driepijlerstelsel wordt de verantwoordelijkheid van de oudedagsvoorzieningen verdeeld over de overheid, sociale partners en individuen.¹⁰

Het voorgaande houdt verband met de grondslag voor het verwerven van pensioenaanspraken. In de eerste pijler is de grondslag de wet. Het is daarom de taak van de overheid om wetgeving te maken waaraan de pensioenaanspraken rechtstreeks kunnen worden ontleend. In de tweede pijler is de grondslag voor het verwerven van pensioenaanspraken de arbeid. De taak van de overheid bestaat uit het bieden van voorzieningen en tot stand brengen van wettelijke regels ter bescherming van de pensioenen.¹¹

Het pensioen in de tweede pijler valt onder de Pensioenwet. Deze wet zorgt ervoor dat als een werkgever zijn werknemers een pensioenovereenkomst aanbiedt, de Pensioenwet van toepassing is op deze overeenkomst. Hierbij wordt opgemerkt dat in Nederland geen pensioenplicht bestaat. Het is de verantwoordelijkheid van de werkgevers en werknemers (sociale partners) om al dan niet een pensioenovereenkomst overeen te komen. Echter, in bepaalde bedrijfstakken hebben de sociale partners afgesproken dat sprake is van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds. De Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 regelt dat werkgevers verplicht zijn hun werknemers aan te melden bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.¹²

⁶ K.P. Goudswaard, 'Blijft het Nederlandse pensioenstelsel bijzonder?', in: Jaarboek 2014, Koninklijke Vereniging voor de Stathuishoudkunde, Den Haag, p. 19.

⁷ <https://www.mercer.nl/newsroom/global-pension-index-2021.html>

⁸ Asser/Lutjens 7-XI 2019/7.

⁹ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 4.

¹⁰ M. Schilstra & T. Jaegers, Een toekomst bestendig pensioen, een reële optie of illusie?, *vba beleggingsprofessionals*, nr. 106 p. 4

¹¹ Asser/Lutjens 7-XI 2019/5.

¹² H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 6.

In de derde pijler is de grondslag voor het verwerven van pensioenaanspraken de individuele keuze en is het dus de verantwoordelijkheid van het individu om al dan niet een pensioenvoorziening in de derde pijler te treffen. De taak van de overheid bestaat, evenals in de tweede pijler, uit het bieden van voorzieningen en uit het tot stand brengen van wettelijke regels ter bescherming van de pensioenen.¹³ De derde pijler dient om een eventueel pensioentekort op grond van de eerste en/of tweede pijler te compenseren.¹⁴ Aangezien een verdere beschrijving van de eerste en derde pijler buiten het bereik van deze scriptie valt, volgt hieronder de beschrijving van de tweede pijler.

2.2 De tweede pijler

Het pensioen in de tweede pijler is een aanvullend pensioen. Gepensioneerde werknemers krijgen het pensioen van de tweede pijler bovenop de AOW-uitkering. Een persoon neemt uitsluitend deel aan een pensioenregeling in de tweede pijler indien sprake is van een arbeidsverhouding. Het begrip arbeidsverhouding moet in dit verband ruim worden opgevat. Onder het begrip ‘arbeidsverhouding’ vallen niet alleen werknemers die arbeid verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst, maar ook overheidswerknemers, zelfstandige beroepsbeoefenaars en zelfstandigen op grond van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk.¹⁵ Hieronder volgt een beschrijving van het pensioen in de tweede pijler voor werknemers. Onder een werknemer verstaat artikel 1 van de Pensioenwet: *‘degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht voor een werkgever’*. Het pensioen in de tweede pijler wordt via kapitaaldeckingsstelsels gefinancierd.¹⁶ Dit betekent dat de tot aan de pensioendatum betaalde premies voor de pensioenopbouw van de desbetreffende werknemer worden gebruikt. Dit in tegenstelling tot het omslagstelsel waarin sprake is van fonds- en kapitaalvorming en dus geen waarde wordt opgebouwd voor het pensioen van de desbetreffende werknemer.¹⁷

2.2.1 De pensioenovereenkomst

Voor werknemers is sprake van twee grondslagen voor deelname aan een aanvullende pensioenregeling. Ten eerste kan sprake zijn van een tweede pijler pensioenregeling door middel van een pensioenovereenkomst gesloten tussen de werknemer en werkgever. Indien sprake is van een dergelijke overeenkomst valt het pensioen onder de reikwijdte van de Pensioenwet. De pensioenwet regelt dat, indien een werkgever met zijn werknemers een pensioenregeling overeenkomt, het daaruit voortvloeiende pensioen zeker wordt gesteld door onderbrenging bij een pensioenfonds, pensioenverzekeraar of premiepensioeninstelling.¹⁸ Met andere woorden: de werkgever heeft een onderbrengingsplicht van de pensioenovereenkomst.¹⁹

Voor het aangaan van een pensioenovereenkomst zijn werknemerschap en werkgeverschap vereist. Uit het begrip deelnemer ex artikel 1 Pensioenwet vloeit echter voort dat voor het

¹³ Asser/Lutjens 7-XI 2019/5.

¹⁴ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 6.

¹⁵ Asser/Lutjens 7-XI 2019/11.

¹⁶ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 6.

¹⁷ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 6.

¹⁸ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 6; Art. 23 Pensioenwet.

¹⁹ Art. 23 Pensioenwet.

voortbestaan van een pensioenovereenkomst geen werknemerschap is vereist. Zo betekent het einde van de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en werkgever niet per sé het einde van de pensioenovereenkomst tussen de hiervoor genoemde partijen. Gewezen deelnemers kunnen pensioen blijven opbouwen, terwijl zij geen werknemer meer zijn (bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheid). Dit dient echter in de pensioenovereenkomst te zijn overeengekomen. Het voortbestaan van de pensioenovereenkomst met een ex-werknemer heeft onder andere tot gevolg dat de nakomingsverplichtingen van de pensioenovereenkomst blijven bestaan. Bovendien is het in zo'n geval mogelijk om eventuele wijzigingen in de pensioenovereenkomst aan te brengen.

2.2.3 De verschillende soorten karakters

Ouderdomspensioen is een vastgestelde, nominale of variabele levenslange uitkering.²⁰ Hieruit blijkt dat een pensioenovereenkomst verschillende karakters kan hebben. Volgens artikel 10 Pensioenwet dient een pensioenovereenkomst het karakter te hebben van een uitkeringsovereenkomst, een kapitaalovereenkomst of een premieovereenkomst. Een pensioenovereenkomst met een ander soort karakter is ingevolge de Pensioenwet niet toegestaan. De drie karakters hebben betrekking op de specifieke kern waarop de pensioenovereenkomst zich richt.²¹ Bij een uitkeringsovereenkomst is dat de uitkering, bij een kapitaalovereenkomst het kapitaal en bij een premieovereenkomst de premie.²² Het karaktervereiste is uitsluitend bedoeld om de partijen die de pensioenregeling overeenkomen te dwingen tot duidelijkheid.²³ De verschillende soorten karakters van de pensioenovereenkomst hebben betrekking op de risicoverdeling tussen de werkgever en de werknemer. Immers, bij een uitkeringsovereenkomst ligt er weinig tot geen risico bij de werknemer, terwijl dat wel het geval is bij een premieovereenkomst. Hieronder wordt dit nader toegelicht.

2.2.3.1 De uitkeringsovereenkomst

Ingevolge artikel 1 Pensioenwet is een uitkeringsovereenkomst een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde pensioenuitkering. Het voorgaande betekent dat bij een uitkeringsovereenkomst sprake is van een pensioen waarover bij voorbaat afspraken zijn gemaakt over de hoogte van de te ontvangen pensioenuitkering. Het gaat om een bepaalde en vastgestelde pensioenovereenkomst.²⁴ Uitkeringsovereenkomsten kunnen worden verdeeld in eindloonregelingen en middelloonregelingen. Bij een eindloonregeling is het pensioen een percentage van het laatste salaris. Een eventuele salarisverhoging heeft invloed op de hele pensioenopbouwperiode. Er wordt namelijk bij de eindloonregeling verondersteld dat de werknemer vanaf het begin van de pensioenopbouw recht had op het hogere salaris (terwijl dat in wezen niet zo was).²⁵ De extra aanspraken over het verleden die ontstaan door de

²⁰ Artikel 1 Pensioenwet: definities pensioensoorten en Wet verbeterde premieregeling: met de invoering van deze wet is bij de kapitaalovereenkomst en premieovereenkomst een vastgestelde of variabele uitkering mogelijk gemaakt.

²¹ Asser/Lutjens 7-XI 2019/109.

²² Asser/Lutjens 7-XI 2019/109.

²³ [Kamerstukken II 2005/06, 30413, 17](#), p. 27

²⁴ Asser/Lutjens 7-XI 2019/110.

²⁵ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 25.

salarisverhoging worden backservice genoemd.²⁶ De hoogte van het uiteindelijke pensioen is in een eindloonregeling het percentage per dienstjaar maal het aantal dienstjaren maal de laatste pensioengrondslag.²⁷ Bij een middelloonregeling wordt het pensioen berekend op grond van het gemiddelde salaris. Een eventuele salarisverhoging heeft bij een middelloonregeling enkel invloed op de toekomstige aanspraken. Deze toekomstige aanspraken worden comingservice genoemd.²⁸ De hoogte van het uiteindelijke pensioen is in een middelloonregeling de rekensom voor elk dienstjaar het percentage per dienstjaar maal de pensioengrondslag van dat jaar.²⁹

2.2.3.2 De kapitaalovereenkomst

Bij de kapitaalovereenkomst wordt tussen partijen (de werkgever en werknemer) een afspraak gemaakt over het vastgesteld kapitaal. Het afgesproken kapitaal moet bij een pensioenuitvoerder zijn ondergebracht.³⁰ Dat kapitaal moet vervolgens uiterlijk op de pensioendatum worden omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering.³¹ De werkgever doet als het ware een toezegging dat het vooraf afgesproken kapitaal op de pensioendatum aanwezig is. Het risico ligt hier bij de werkgever c.q. de pensioenuitvoerder als de beleggingen tegenvallen. Ook in dat geval geldt de afspraak dat het afgesproken kapitaal er is. De hoogte van het uiteindelijke pensioen is bij een kapitaalovereenkomst onzeker, want het uiteindelijk te ontvangen pensioen hangt af van de rekenfactoren (o.a. de levensduurverwachting en de rentestand) op de pensioendatum als het pensioen wordt afgekocht.

2.2.3.3 De premieovereenkomst

Ingevolge artikel 1 Pensioenwet is de premieovereenkomst een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering. Bij een vastgestelde pensioenuitkering wordt het pensioenkapitaal op de pensioendatum omgezet in een levenslang pensioen, waardoor men maandelijks een vaste pensioenuitkering ontvangt. Bij een variabele pensioenuitkering wordt het pensioenkapitaal ook na pensionering doorbelegd en is de hoogte van het pensioenbedrag onzeker. Immers, de hoogte van de pensioenuitkering wordt dan ieder jaar opnieuw vastgesteld. Een voordeel van de variabele pensioenuitkering is dat deelnemers niet afhankelijk zijn van de rentestand op een meetmoment bij de vaststelling van het pensioenbedrag. Daartegenover staat dat het beleggingsrisico en langlevensrisico (het risico dat mensen ouder worden dan verwacht) niet alleen gedurende de opbouwperiode, maar ook tijdens de uitkeringsperiode bij de werknemer c.q. pensioengerechtigde ligt. Bij een premieovereenkomst dienen partijen een overeenstemming te bereiken over de hoogte van de periodiek beschikbaar te stellen pensioenpremie.³² De te betalen pensioenpremie is een vastgesteld bedrag of percentage van het jaarsalaris of de pensioengrondslag.

²⁶ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 26.

²⁷ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 26.

²⁸ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 26.

²⁹ H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht, p. 26.

³⁰ Asser/Lutjens 7-XI 2019/111.

³¹ Asser/Lutjens 7-XI 2019/111.

³² Kamerstukken II 2005–06, 30 413, nr. 3 p. 32–33 (MvT).

3. De collectieve waardeoverdracht

Het huidige pensioenstelsel is vanwege de stijgende levensverwachting, toenemende vergrijzing van het deelnemersbestand, de lage rentestand en stijgende vertrouwensverlies bij deelnemers en pensioengerechtigden niet langer houdbaar.³³ Deze factoren hebben namelijk een negatief effect op de vermogenspositie van pensioenfondsen. Voorkomen wil worden dat pensioenfondsen in onderdekking of dekkingstekort raken, waardoor zij genoodzaakt zijn om de pensioenaanspraken en pensioenrechten te korten.³⁴ Het streven is erop gericht om het pensioenstelsel (tweede pijler pensioen) met de Wtp drastisch te veranderen.³⁵ Het kabinet en sociale partners hebben in het Pensioenakkoord afspraken gemaakt over het pensioenstelsel van Nederland.³⁶ Het resultaat daarvan is het wetsvoorstel Wtp dat op 30 maart 2022 door de minister voor Armoedebestrijding, Participatie en Pensioenen aan de Tweede Kamer is aangeboden voor verdere behandeling.³⁷ Volgens de minister zorgt dit wetsvoorstel ervoor *‘dat Nederlanders op een goed pensioen kunnen rekenen en daar ook vertrouwen in hebben.’*³⁸

3.1 Invaren in het huidige pensioenstelsel

Bij een interne collectieve waardeoverdracht op verzoek worden opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten onder de regels van een ander pensioencontract ondergebracht.³⁹ In het huidige pensioenstelsel is de interne collectieve waardeoverdracht in artikel 83 Pensioenwet geregeld.

Bij de interne collectieve waardeoverdracht wordt de waarde van het pensioen collectief overgedragen. Dit kan verschillende redenen hebben. Ten eerste kan de waarde collectief worden overgedragen naar een andere pensioenuitvoerder indien de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder is beëindigd.⁴⁰ De interne collectieve waardeoverdracht kan ten tweede plaatsvinden ten gevolge van een overgang van de onderneming.⁴¹ Ten derde kan de collectieve waardeoverdracht plaatsvinden bij collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten (voor de interne collectieve waardeoverdracht in de WTP is deze optie van belang) en tenslotte kan de waarde collectief worden overgedragen naar een andere collectiviteitskring bij hetzelfde algemeen pensioenfonds.⁴² De werkgever of sociale partners

³³ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 5 (MvT); Kamerstukken II 2009/10, 30 413, nr. 139; Kamerstukken II 2009/10, 30 413, nr. 138.*

³⁴ Pensioenfondsen kunnen op grond van artikel 134 Pensioenwet de pensioenen korten.

³⁵ De Wtp heeft niet enkel betrekking op de herziening van het pensioenstelsel. Zo ziet de Wtp ook toe op andere onderwerpen, te weten de standaardisering van het nabestaandenpensioen, het introduceren van experimenteerruimte voor pensioenopbouw door zelfstandigen in de tweede pijler en de verkorting van de wachttijd voor uitzendkrachten. Deze drie onderwerpen vallen echter buiten het bestek van deze scriptie, waardoor verdere bespreking niet noodzakelijk wordt geacht.

³⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 32 043, nr. 457.*

³⁷ *Kamerstukken II 2021/ 22, 36067, nr. 2.*

³⁸ ‘Wet toekomst pensioenen naar de Tweede Kamer’

<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/03/30/wet-toekomst-pensioenen-naar-de-tweede-kamer>

³⁹ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 5.

⁴⁰ Artikel 83 lid 1 sub a Pensioenwet.

⁴¹ Artikel 83 lid 1 sub b Pensioenwet.

⁴² Artikel 83 lid 1 sub c en d Pensioenwet.

verzoeken bij een collectieve waardeoverdracht voor de (oude) werknemers om een collectieve waardeoverdracht. Dat hoeft niet afzonderlijk per (oud) werknemer gedaan te worden.⁴³

Voor een geldige collectieve waardeoverdracht dient voldaan te zijn aan de voorwaarden die worden vermeld in artikel 83 lid 2 Pensioenwet. De eerste voorwaarde is dat *‘de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of de pensioengerechtigden geen bezwaren jegens de pensioenuitvoerder kenbaar hebben gemaakt tegen de waardeoverdracht nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd.’*⁴⁴ Dit betekent deze betrokkenen een individueel bezwaarrecht hebben tegen de interne collectieve waardeoverdracht. Hierbij wordt opgemerkt dat het instellen van bezwaar tegen de waardeoverdracht door een individuele deelnemer de waardeoverdracht van de overige (gewezen) deelnemers die geen bezwaar hebben ingesteld, niet beïnvloedt.

Voor degenen die bezwaar hebben gemaakt geldt dat de collectieve waardeoverdracht geen invloed heeft op zijn of haar pensioenaanspraken of pensioenrechten. Het omgekeerde geldt voor degenen die geen bezwaar hebben gemaakt. De pensioenaanspraken en pensioenrechten van deze personen worden namelijk overgedragen naar de gewijzigde pensioenregeling.⁴⁵ In zo’n geval ontstaan twee deelnemersbestanden, te weten: de pensioen- of aanspraakgerechtigden die onder het oude pensioenregeling blijven en de pensioen- of aanspraakgerechtigden die deel uit maken van de gewijzigde pensioenregeling. Door deze splitsing worden twee pensioenregelingen naast elkaar in stand gehouden en zijn daarom twee verschillende regels van toepassing op de pensioenen. Zo blijven op de oude pensioenregelingen de eerdere regels van toepassing en op de gewijzigde pensioenregelingen zijn de nieuwe regels en een ander financieel toetsingskader van toepassing.

Voor een rechtsgeldige collectieve waardeoverdracht dient ten tweede sprake te zijn van een collectieve actuariële gelijkwaardigheid.⁴⁶ Bij de collectieve waardeoverdracht dient de overdrachtswaarde door de overdragende pensioenuitvoerder zo te worden vastgesteld dat de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen omtrent het te verwerven pensioenrechten in stand blijft. Deze eis van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen bij waardeoverdracht vindt zijn grondslag in artikel 12b en 12c Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

De derde en laatste voorwaarde is dat de collectieve waardeoverdracht aan de toezichthouder, DNB, moet worden gemeld.⁴⁷ Deze melding moet vóór de beoogde datum van de collectieve waardeoverdracht door de oud pensioenuitvoerder geschieden.⁴⁸ De oud pensioenuitvoerder moet de toezichthouder laten weten wie de nieuwe pensioenuitvoerder is. De toezichthouder toetst vervolgens of de financiële situatie van de oude en de nieuwe pensioenuitvoerder de

⁴³ Lutjens, *TPV 2020/20*, p. 5; artikel 83 PW.

⁴⁴ Artikel 83 lid 2 sub a Pensioenwet.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

⁴⁶ Artikel 83 lid 2 sub b Pensioenwet.

⁴⁷ Artikel 83 lid 2 sub c Pensioenwet.

⁴⁸ T&C Pensioenrecht, commentaar op art. 83 PW.

beoogde collectieve waardeoverdracht financieel kan dragen en in hoeverre de belangen van de overige (achterblijvende c.q. nieuwe) deelnemers negatief worden beïnvloed.⁴⁹

3.2 Invaren in de Wet Toekomst Pensioenen

In het pensioenakkoord is bepaald om de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten en de nieuw op te bouwen pensioenen zoveel mogelijk bij elkaar in één pensioenregeling te houden. Om die reden wordt in artikel 150l Wtp als uitgangspunt de interne collectieve waardeoverdracht als standaard invaarpad gehanteerd.⁵⁰ De interne collectieve waardeoverdracht is in het nieuwe pensioenstelsel in artikel 150m Wtp geregeld. Ook in het nieuwe stelsel is het pensioenfonds op verzoek van de werkgever c.q. sociale partners (bij bedrijfstakpensioenfondsen) bevoegd tot een collectieve waardeoverdracht. De collectieve waardeoverdracht dient de waarde van de huidige pensioenaanspraken en pensioenrechten met een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten in overeenstemming te brengen met de nieuwe pensioenovereenkomsten.

Waar echter artikel 83 Pensioenwet drie voorwaarden kent voor een rechtsgeldige collectieve waardeoverdracht, ontbreekt één belangrijke voorwaarde bij de nieuwe collectieve waardeoverdracht in de Wtp. In het nieuwe stelsel bestaat ingevolge artikel 150l Wtp geen individueel bezwaarrecht voor (gewezen) deelnemers bij een collectieve waardeoverdracht. De voorwaarde van de collectieve actuariële gelijkwaardigheid en de melding aan de toezichthouder blijven in het nieuwe stelsel wel onverkort gelden. Volgens artikel 150l Wtp heeft de interne collectieve waardeoverdracht als standaard invaarpad te gelden. Alhoewel de gehanteerde norm invaren is, zijn de werkgevers c.q. sociale partners niet verplicht om hier gehoor aan te geven.⁵¹ Afwijken van het standaard invaarpad kan echter alleen als invaren onevenredig is voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden of de werkgever.⁵² De werkgever beoordeelt of de effecten van invaren onevenredig ongunstig zijn en als dat het geval is, moet de werkgever afzien van een invaarverzoek aan het pensioenfonds. Hij moet dit onderbouwen in het transitieplan, waarin hij uiteenzet welke belangen tegen elkaar zijn afgewogen en waarom invaren onevenredig ongunstig is.⁵³ De werkgever dient het pensioenfonds hierover te informeren.

Als het pensioenfonds een invaarverzoek krijgt van de werkgever of sociale partners, dient het pensioenfonds in beginsel over te gaan tot invaren.⁵⁴ Dit is anders als het pensioenfonds stelt dat invaren in strijd is met wettelijke voorschriften, tot onevenwichtig nadeel leidt voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden of pensioengerechtigden, of onuitvoerbaar is binnen de grenzen van een beheerste en integere bedrijfsvoering.⁵⁵

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, nr. 3, p. 236 (MvT).

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁵¹ Staats & Starink, *Weekblad fiscaal recht*, 2021/42; Lutjens, *TPV* 2020/1, p. 7.

⁵² Artikel 150l lid 2 Wtp.

⁵³ Artikel 150l lid 3 Wtp; *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 148 (MvT).

⁵⁴ Artikel 150l lid 4 Wtp.

⁵⁵ Artikel 150l lid 4 Wtp.

3.2.1 De beweegredenen voor invaren

Volgens de regering is invaren belangrijk voor de uitvoering van het nieuwe pensioenstelsel, want *‘het algemeen belang van een houdbaar, toekomstbestendig en uitvoerbaar pensioenstelsel is ermee gediend als wordt ingevaren’*.⁵⁶ In de Wtp wordt om die reden als norm een interne collectieve waardeoverdracht gehanteerd die tot doel heeft om de bestaande pensioenen en de pensioenen in het nieuwe stelsel te harmoniseren in één pensioenregeling.⁵⁷ Ten eerste worden door middel van collectief invaren de beoogde verbeteringen in het pensioenstelsel binnen redelijke tijd bereikt.⁵⁸ Niet invaren zal ervoor zorgen dat de beoogde resultaten in het pensioenstelsel pas vele jaren later kunnen worden gerealiseerd.⁵⁹ Bovendien treden in de oude pensioenregeling geen nieuwe deelnemers toe. Dit heeft (negatieve) gevolgen voor de pensioenopbouw van de deelnemers. Immers, voor de deelnemers in de oude regeling vindt geen opbouw meer plaats en dit betekent dat er geen nieuwe premies meer binnenkomen.⁶⁰ Dientengevolge is sprake van een gesloten pensioenregeling met een steeds ouder wordend deelnemersbestand. In zo’n geval moet defensiever belegd worden met lagere rendementen tot gevolg.⁶¹ Zo’n pensioenregeling kan worden vergeleken met een sterfhuis c.q. een leeglopend pand.

Bovendien zal het niet invaren ertoe leiden dat twee pensioenregelingen van toepassing worden hetgeen tot verschillende consequenties kan leiden. Zo moeten bij een eventuele toekomstige financiële crisis twee toezichtskaders in één pensioenfonds worden gehanteerd.⁶² Dit kan leiden tot ingewikkelde vraagstukken en complexe maatregelen voor de pensioendeelnemer. Het hanteren van twee pensioenregelingen leidt namelijk tot onoverzichtelijkheid, omdat de deelnemer dan over twee verschillende pensioenregelingen wordt geïnformeerd.⁶³ Dit kan tot onbegrip en verwarring leiden, omdat de pensioendeelnemer te maken krijgt met twee naast elkaar lopende pensioenregelingen waar verschillende pensioenrechten en pensioenaanspraken uit voortvloeien. Bovendien heeft het in stand houden van twee pensioenregelingen financiële gevolgen. De uitvoering van zowel bestaande pensioenrechten als nieuwe pensioenaanspraken is namelijk duurder dan het in stand houden van één pensioenregeling, mede omdat de kans op fouten bij het handhaven van twee pensioenregelingen hoger is.⁶⁴

Daarbij wordt bij het niet invaren de risicodeling binnen een pensioenfonds doorbroken. Financiële schokken worden dan namelijk niet langer gedragen door alle deelnemers in het pensioenfonds, waardoor negatieve financiële schokken minder goed tegengehouden kunnen worden.⁶⁵ Volgens de regering brengen deze gevolgen van het niet invaren in de nieuwe pensioenregeling mee dat het voor de pensioendeelnemer voordeliger is als zijn pensioen wel

⁵⁶ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

⁵⁷ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁵⁸ Metselaar, Nibbelink & Zwaneveld 2020, p. 18; Kamerstukken II 2019/20, 34 043, nr. 519.

⁵⁹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

⁶⁰ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁶¹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁶² Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁶³ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁶⁴ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

⁶⁵ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

wordt ingevaren. Door middel van de collectieve waardeoverdracht hebben deze pensioendeelnemers een meer koopkrachtig, persoonlijk en transparant pensioen.⁶⁶

3.2.2 De beweegredenen voor afschaffing individueel bezwaarrecht

Volgens de regering gebeurt de afschaffing van het individueel bezwaarrecht in het belang van de deelnemer.⁶⁷ Immers, de pensioendeelnemer dient bij het gebruik van het individueel bezwaarrecht in staat te zijn om een afweging te maken om al dan niet in te varen. Het maken van een afweging gaat gepaard met het beschikbaar hebben van voldoende tijd en energie. Daarenboven dienen de deelnemers te beschikken over voldoende kennis om een juiste beslissing te nemen.

Om verschillende redenen kan het voorkomen dat de pensioendeelnemer de nadelen niet of onvoldoende afweegt tegen de voordelen van het invaren en om die reden een verkeerd besluit neemt. In zo'n geval blijft de pensioendeelnemer achter in een pensioenregeling waar geen nieuwe premies binnenkomen hetgeen een negatief effect op zijn pensioen teweeg zal brengen. Bovendien kan het gebruik van het individueel bezwaarrecht door enkele deelnemers invloed hebben op het collectief, dus ook op degenen die geen bezwaar hebben gemaakt. In zo'n geval moeten namelijk twee pensioenregelingen naast elkaar in stand worden gehouden hetgeen leidt tot ingewikkeldheid in de uitvoering en communicatie van de pensioenen alsook tot hogere kosten die van invloed zijn op het collectieve vermogen. Al met al zorgt het gebruikmaken van het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht voor ingewikkeldheid bij de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel. Bovendien heeft het niet invaren en derhalve onaangetast laten van de huidige pensioenen volgens de regering verschillende (negatieve) gevolgen (zie paragraaf 3.3.1).

3.2.3 Afschaffing individueel bezwaarrecht besluit DNB

Verder wordt door de wijziging van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de mogelijkheid dat pensioendeelnemers bezwaar maken tegen het besluit van DNB inzake de interne collectieve waardeoverdracht uit de wet geschrapt. Dit is naar aanleiding van een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) waarbij door het instemmingsbesluit van de DNB de verzekeringsportefeuille van Optas werd overgedragen aan Aegon.⁶⁸ Het CBb heeft geoordeeld dat individuele polishouders als belanghebbenden zijn aan te merken bij een instemmingsbesluit van de DNB.⁶⁹

Deze uitspraak van de CBb was aanleiding voor de minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen om bij de landsadvocaat advies in te winnen of individuele pensioendeelnemers ook belanghebbenden zijn bij het besluit van de DNB inzake de interne collectieve waardeoverdracht. Volgens de landsadvocaat kunnen individuele pensioendeelnemers als belanghebbenden worden aangemerkt bij het besluit van de DNB om al dan niet een verbod op het invaarbesluit te leggen.⁷⁰ Dit is voor de regering reden geweest

⁶⁶ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 151 (MvT).*

⁶⁷ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).*

⁶⁸ CBb 14 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1063.

⁶⁹ CBb 14 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1063.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 8, p. 7 (nota van wijziging); artikel 150m lid 2 Wtp.*

om Bijlage 2 bij de Awb te wijzigen. Door deze wijziging is alleen het pensioenfonds bevoegd om in bezwaar en beroep te gaan tegen het invaarbesluit van de DNB en kunnen individuele pensioendeelnemers dus geen beroep instellen bij de bestuursrechter. Volgens de regering is het immers niet beoogd en niet in overeenstemming met het voorstel van de Wtp dat individuele pensioendeelnemers als belanghebbenden worden aangemerkt bij het besluit van de DNB om (g)een verbod op te leggen tegen het invaarbesluit.⁷¹ De DNB toetst het verzoek tot de interne collectieve waardeoverdracht immers collectief en weegt bij deze beoordeling niet de individuele belangen van de pensioendeelnemers mee.⁷²

De mogelijkheid om bezwaar in te stellen bij de DNB kan bij de pensioendeelnemer ten onrechte het idee laten ontstaan dat de DNB in de bezwaarprocedure zijn individuele belang zal beoordelen, terwijl de DNB de waardeoverdracht uitsluitend collectief toetst. Volgens de regering is de onafhankelijke geschillencommissie of de civiele rechter geschikter om het individuele belang van de pensioendeelnemer te toetsen en wordt om die reden een wijziging in de Awb doorgevoerd, waardoor uitsluitend het pensioenfonds bezwaar bij de DNB kan instellen.⁷³

3.2.4 Bezwaren tegen afschaffing individueel bezwaarrecht

Hoewel volgens de regering de afschaffing van het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht de meest voor de hand liggende oplossing is, zijn er bezwaren tegen de afschaffing van het individueel bezwaarrecht. Dit blijkt onder meer uit de reacties op de internetconsultatie wetvoorstel Wtp, de literatuur en politiek.⁷⁴ De bezwaren zijn met name maatschappelijk van aard. Immers, de afschaffing van het individueel bezwaarrecht tast mogelijk het maatschappelijk draagvlak van het nieuwe pensioenstelsel aan.⁷⁵

Belanghebbenden kunnen de afschaffing van het individueel bezwaarrecht als aantasting van hun recht beschouwen.⁷⁶ Dit zal op zijn beurt het vertrouwen in het (nieuwe) pensioenstelsel ondermijnen.⁷⁷ Immers, het pensioen (in het geval van een uitkeringsovereenkomst) zal met de interne collectieve waardeoverdracht van karakter veranderen zonder dat de pensioendeelnemer hier iets over te zeggen heeft. Dit terwijl de pensioendeelnemer vóór de wijziging van het pensioenstelsel een sterk vetorecht had door de mogelijkheid om bezwaar in te stellen op de interne collectieve waardeoverdracht van zijn pensioen, waardoor zijn pensioenaanspraken en pensioenrechten niet worden overgedragen naar de gewijzigde pensioenregeling. Met de afschaffing van het individueel bezwaarrecht is *‘het keiharde vetorecht uitgedaald tot een marginale toets door het verantwoordingsorgaan’*.⁷⁸ Dit zal het vertrouwen in het pensioenstelsel schaden en daarmee ook het maatschappelijk draagvlak voor het pensioenstelsel ondermijnen.⁷⁹

⁷¹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 8, p. 7 (nota van wijziging).

⁷² Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 8, p. 7 (nota van wijziging).

⁷³ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 8, p. 7 (nota van wijziging).

⁷⁴ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV* 2021/19, p. 5; Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 10, p. 45; Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 6, p. 53.

⁷⁵ Kamerstukken II 2019/20, 32043, nr. 522.

⁷⁶ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV* 2021/19, p. 2.

⁷⁷ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV* 2021/19, p. 2.

⁷⁸ M. Heemskerk, *PensioenMagazine* 2021/21, p. 11.

⁷⁹ M. Heemskerk, *PensioenMagazine* 2021/21, p. 11.

Volgens de regering ontstaat het maatschappelijk onbegrip doordat ‘het verhaal dat het nieuwe pensioenstelsel voor iedereen beter is nog onvoldoende is uitgelegd’.⁸⁰ Bovendien is dit onbegrip (mede) een gevolg van ongenoegen uit het verleden (kortingsdreigingen en geen indexatie).⁸¹ Het nieuwe pensioenstelsel biedt volgens de regering een hogere kans op indexatie, waardoor invaren in het nieuwe pensioenstelsel voor iedereen beter is. Het individueel bezwaarrecht wordt afgeschaft omdat het kort gezegd anders te complex is voor de pensioendeelnemer. Dit roept echter wel de vraag op waarom de regering dan toch een bezwaarprocedure aan de deelnemer onthoudt. Oftewel: waarom mag de pensioendeelnemer niet zelf beslissen of hij instemt met de interne collectieve waardeoverdracht van zijn pensioen? Volgens de regering is de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel een uitzonderlijke situatie, waarbij het belangrijk is dat er geen pensioendeelnemers in het oude pensioenstelsel achterblijven.⁸² Hierbij wordt opgemerkt dat er talrijke pensioendeelnemers met verschillende kenmerken en pensioenaanspraken en pensioenrechten bestaan. Verwacht wordt dat een grote meerderheid van deze pensioendeelnemers niet in staat is om een (juiste) afweging te maken bij de overstap naar het nieuwe pensioenstelsel. Om die reden wordt de invaarbeslissing op collectief niveau genomen, waarbij de belangen van de pensioendeelnemer door een inhoudelijke collectieve beoordeling optimaal worden beschermd.⁸³

Een ander bezwaar heeft betrekking op de gewezen deelnemers en de gepensioneerden. De gewezen deelnemers en gepensioneerden zitten namelijk niet zelf aan de cao-tafel, maar de beslissing die aan die tafel wordt genomen over het al dan niet collectief invaren heeft wel direct invloed op de pensioenen van deze groep deelnemers.⁸⁴ In artikel 150g Wtp is met deze kwestie rekening gehouden. Om de rechtspositie van de gewezen deelnemer en gepensioneerden te versterken, wordt in de arbeidsvoorwaardelijke fase een hoorrecht gecreëerd voor verenigingen van gewezen deelnemers en voor verenigingen van pensioengerechtigden. Aan deze verenigingen wordt de mogelijkheid geboden om te worden gehoord of een schriftelijk inbreng te geven over het transitieplan.⁸⁵ De inbreng van deze verenigingen is niet bindend.⁸⁶ Door middel van het hoorrecht worden enerzijds belanghebbenden in een vroeg stadium geïnformeerd over de transitie naar het nieuwe stelsel en anderzijds nemen de sociale partners kennis van de opvattingen over de transitie van de hiervoor vermelde verenigingen waardoor alle standpunten kunnen worden meegewogen bij het maken van de invaarbeslissing.⁸⁷

⁸⁰ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 5, p. 1.

⁸¹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 5, p. 2.

⁸² Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 11, p. 96.

⁸³ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 11, p. 96.

⁸⁴ E. Lutjens, Position paper hoorzitting/rondetafelgesprek Pensioenakkoord (deel II), 2020.

⁸⁵ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 82 (MvT).

⁸⁶ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 82 (MvT).

⁸⁷ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 82 (MvT).

3.3 Afweging voor- en nadelen afschaffing individueel bezwaarrecht

De afschaffing van het individueel bezwaarrecht is volgens de regering om verschillende redenen belangrijk. Het laten bestaan van de mogelijkheid om gebruik te maken van het individueel bezwaarrecht bij de transitie zal tot veel complexiteiten leiden (zie paragraaf 3.2.2). Aan de andere kant zijn er bezwaren tegen de afschaffing van het individueel bezwaarrecht. In paragraaf 3.2.4 wordt steeds een relativering van elk genoemd nadeel weergegeven.

Ik ben van mening dat de voordelen van de afschaffing van het individueel bezwaarrecht zwaarder wegen dan de nadelen. De mogelijkheid om gebruik te maken van het individueel bezwaarrecht bij de transitie pakt weliswaar het keuzerecht van de pensioendeelnemer af, maar dit gebeurt in zijn/haar eigen belang. Immers, de kans is groot dat de pensioendeelnemer zich om verschillende redenen niet goed verdiept en/of zich onvoldoende laat informeren, waardoor hij/zij een verkeerde afweging maakt bij de beslissing om al dan niet in te varen. Hierbij dient ook een veelgenoemd nadeel aangestipt te worden, namelijk dat de afschaffing van het individueel bezwaarrecht voor minder maatschappelijk draagvlak in het (nieuwe) pensioenstelsel zal zorgen. Het maatschappelijk onbegrip ontstaat volgens de regering onder meer uit ongenoegen uit het verleden en dat onderschrijf ik. De verwachting is groot dat pensioendeelnemers zich op het individueel bezwaarrecht zullen beroepen, omdat zij vrezen dat een onzeker pensioen ook meteen een minder pensioen betekent, terwijl juist het blijven zitten in de oude pensioenregeling een lager pensioen oplevert.⁸⁸ Immers, indien pensioendeelnemers beslissen om niet in te varen, moeten er twee pensioenregelingen in stand worden gehouden. Dat betekent twee administraties, twee typen klachtenafhandeling, twee keer zo veel kans op fouten, etc. Hierdoor is er minder geld om te beleggen in de pensioenen van de deelnemers met als gevolg minder hoge rendementen en dus een lager pensioen.⁸⁹

Om de doelstellingen van het nieuwe pensioenstelsel te realiseren, is het belangrijk dat iedereen meedoet. Een wijziging voor alleen toekomstige pensioenrechten en pensioenaanspraken is niet genoeg. Voor een optimaal resultaat moeten ook de huidige pensioenen worden ingevaren in de nieuwe pensioenregeling. De afschaffing van het individueel bezwaarrecht beoogt het vereenvoudigen van de communicatie en uitvoering van de pensioenen alsook het behoud van de risicodeling binnen pensioenfondsen.⁹⁰ Het gebruik van het individueel bezwaarrecht door een kleine groep deelnemers kan afbreuk doen aan de doelstellingen die met het nieuwe pensioenstelsel worden beoogd en daarmee *‘een collectief belang dwarsbomen’*.⁹¹ Bovendien leidt het tot hogere financiële kosten en uiteindelijk tot minder pensioen. In de wet wordt de (keuze)vrijheid vaak beperkt indien de vrijheid van de

⁸⁸ G. Jaarsma, ‘Column: Individueel bezwaar? Dat betekent wel minder pensioen’, 2022, <https://www.pensioenfederatie.nl/actueel/columns/2022/column-individueel-bezwaar-dat-betekent-wel-minder-pensioen>.

⁸⁹ G. Jaarsma, ‘Column: Individueel bezwaar? Dat betekent wel minder pensioen’, 2022, <https://www.pensioenfederatie.nl/actueel/columns/2022/column-individueel-bezwaar-dat-betekent-wel-minder-pensioen>.

⁹⁰ Van Gelder e.a., *Pensioen & Praktijk* 2019, nr. 2, p. 9.

⁹¹ Van Gelder e.a., *Pensioen & Praktijk* 2019, nr. 2, p. 10.

één, de vrijheid van de ander beperkt of schade toebrengt.⁹² Het voorgaande kan doorgetrokken worden tot de afschaffing van het individueel bezwaarrecht. De mogelijkheid om gebruik te maken van het bezwaarrecht brengt aan anderen (het collectief) schade toe. Daarom is het verdedigbaar dat het individueel bezwaarrecht bij de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel wordt afgeschaft.

Tabel 1: voordelen en nadelen afschaffing individueel bezwaarrecht

Voordelen	Nadelen
Pensioendeelnemers blijven niet in een gesloten pensioenregeling zitten.	Maatschappelijk draagvlak van het (nieuwe) pensioenstelsel wordt aangetast.
Voorkomen wordt dat twee pensioenregelingen van toepassing worden. Hiermee wordt onoverzichtelijkheid en eventuele verwarringen bij de pensioendeelnemer voorkomen.	Gewezen deelnemers en gepensioneerden zijn niet betrokken bij de onderhandelingen over de transitie, terwijl de invaarbeslissing wel direct invloed heeft op de pensioenen.
Het maken van bezwaar door enkele deelnemers heeft invloed op het collectief.	Keuzerecht van de pensioendeelnemer wordt afgepakt.
Voorkomen wordt dat de pensioendeelnemer een verkeerde afweging maakt.	
De risicodeling binnen een pensioenfonds wordt niet doorbroken.	

⁹² Zie bijvoorbeeld artikel 1 Gw (discriminatieverbod).

3.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de eerste drie deelvragen van deze scriptie. Hieronder worden de deelvragen beantwoord.

1. *‘Wat zijn de regels over de interne collectieve waardeoverdracht in de Pensioenwet?’*

In paragraaf 3.1 is uiteengezet hoe de interne collectieve waardeoverdracht in het huidige pensioenstelsel is vormgegeven. In het huidige pensioenstelsel is de collectieve waardeoverdracht in artikel 83 Pensioenwet geregeld. Belangrijk voor deze scriptie is dat voor een rechtsgeldige interne collectieve waardeoverdracht voldaan dient te worden aan de voorwaarden die staan vermeld in artikel 83 lid 2 Pensioenwet. De eerste (en voor deze scriptie de meest belangrijke) voorwaarde is dat de betrokkene geen individueel bezwaar heeft ingesteld tegen de interne collectieve waardeoverdracht. Voor degenen die bezwaar hebben gemaakt geldt dat de collectieve waardeoverdracht geen invloed heeft op hun pensioenaanspraken of pensioenrechten. Het omgekeerde geldt voor degenen die geen bezwaar hebben gemaakt. De pensioenaanspraken en pensioenrechten van deze personen worden namelijk wel overgedragen naar de gewijzigde (c.q. nieuwe) pensioenregeling.

2. *‘Hoe wordt de interne collectieve waardeoverdracht in de Wet toekomst pensioenen vormgegeven?’*

Deze deelvraag is in paragraaf 3.2 beantwoord. De interne collectieve waardeoverdracht is in het nieuwe pensioenstelsel in artikel 150m Wtp geregeld. In de WTP ontbreekt de voorwaarde van het individueel bezwaarrecht. Anders gezegd: voor de interne collectieve waardeoverdracht in de WTP kunnen belanghebbenden geen individueel bezwaar instellen. Ingevolge artikel 150l Wtp heeft de interne collectieve waardeoverdracht als standaard invaarpad te gelden. Niet invaren is mogelijk, maar kan alleen indien het invaren onevenredig ongunstig is voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden of de werkgever. De werkgever beoordeelt of de effecten van invaren onevenredig ongunstig zijn en indien dat het geval is, kan de werkgever afzien van een invaarverzoek aan het pensioenfonds.

3. *‘Welke motivering ligt ten grondslag aan de gewijzigde interne collectieve waardeoverdracht in de Wet toekomst pensioenen?’*

In paragraaf 3.3.1 zijn de beweegredenen voor de afschaffing van het individueel bezwaarrecht uiteengezet. De voornaamste reden is dat hierdoor de uitvoering van het nieuwe pensioenstelsel optimaal wordt. Het onaangetast laten van de opgebouwde pensioenaanspraken tast namelijk de doeltreffendheid van de Wtp aan. Volgens de memorie van toelichting van de WTP gebeurt de afschaffing van het individueel bezwaarrecht in het belang van de deelnemer. Het niet invaren en derhalve onaangetast laten van de huidige pensioenen heeft namelijk verschillende (negatieve) gevolgen. (zie paragraaf 3.3.1 voor de uiteenzetting van de negatieve gevolgen).

4. Het eigendomsrecht van pensioenen

In de onderzoeksvraag van deze scriptie wordt verondersteld dat het pensioen een eigendomsrecht is. In dit hoofdstuk wordt het eigendom van pensioenen uiteengezet door de bespreking van wat het eigendomsrecht (van pensioenen) inhoudt en wanneer een eventuele inbreuk op dit recht te rechtvaardigen is.

Het internationale eigendomsrecht is geregeld in artikel 1 Protocol 1 bij het Europees Verdrag Voor de Rechten van de Mens (hierna: Protocol 1 EVRM) en artikel 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU Handvest). Pensioenrechten en pensioenaanspraken die daaruit voortvloeien zijn te beschouwen als eigendomsrechten ex artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest.⁹³ Deze twee verdrags- en handvestartikelen bieden bescherming tegen inbreuken met betrekking tot het eigendom van pensioenen.

4.1 Het eigendomsbegrip

In Nederland is het recht op eigendom geregeld in artikel 5:1 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW):

Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.

In de Nederlandse rechtsorde is het eigendom beperkt tot zaken. Zaken zijn ingevolge artikel 3:2 BW de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Pensioenen die geen zaak, maar een vordering zijn, vallen om die reden niet onder de reikwijdte van artikel 5:1 lid 1 BW.⁹⁴ Voor het internationale eigendomsbegrip is dit echter niet relevant. Immers, aan het begrip *eigendom* wordt een eigen betekenis gegeven. Deze betekenis is onafhankelijk van het eigendomsbegrip die verschillende verdragstaten in de eigen rechtsorde hanteren.⁹⁵

4.1.1 Het eigendomsbegrip in het EU Handvest

In artikel 17 EU Handvest is het recht op eigendom geregeld:

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

⁹³ Asser/Lutjens 7-XI 2019/645.

⁹⁴ Tangelder, TPV 2017/5, p. 3.

⁹⁵ EHRM 11 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901 (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), r.o.v. 63; vaste rechtspraak sinds EHRM 23 februari 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0223JUD001537589 (*Gasus Dosier – und Fördertechnik GMBH/Nederland*), r.o.v. 53; HR 12 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:379, r.o.v. 2.3.

4.1.2 Het eigendomsbegrip in het EVRM

In het EVRM is de bescherming van het eigendom geregeld in artikel 1 Protocol 1 EVRM: *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.

Voor de toepassing van artikel 1 Protocol 1 EVRM dient voldaan te zijn aan het eigendomsbegrip. Het EHRM beoordeelt daarom bij een voorgelegde zaak eerst of sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 Protocol 1 EVRM. Indien daar geen sprake van is, is dit artikel niet van toepassing en stopt de toets. In artikel 1 Protocol 1 EVRM liggen drie hoofdregels besloten.⁹⁶ Ten eerste is dat het beginsel van ongestoord genot van het eigendom, ten tweede is dat de bescherming tegen de ontneming van eigendom en ten derde de mogelijkheid van regulering van eigendom.

4.1.3 Artikel 17 EU Handvest en artikel 1 Protocol 1 EVRM

Zowel artikel 17 EU Handvest als artikel 1 Protocol 1 EVRM beschermen het eigendomsrecht, maar er bestaat in de rechtsliteratuur onenigheid over de relatie tussen deze twee artikelen. In de toelichting op artikel 17 EU Handvest wordt bepaald dat dit artikel correspondeert met artikel 1 Protocol 1 EVRM.⁹⁷ Ondanks dat sprake is van verschillende woordgebruik (de formulering in het handvest is *gemoderniseerd*), zijn de reikwijdte en inhoud overeenkomstig artikel 52 lid 3 EU Handvest van beide artikelen hetzelfde.⁹⁸

Echter, volgens sommige rechtsgeleerden worden deze twee rechten ‘*ten onrechte in één adem genoemd*’.⁹⁹ Zo merkt Van Meerten met betrekking tot de verhouding tussen het Handvest en het EVRM op dat Handvestbepalingen voor de gerechten van de Europese Unie (hierna: EU) alsook in nationale rechtsgedingen rechtstreeks kunnen worden ingeroepen.¹⁰⁰ Indien de bepaling een rechtstreekse werking heeft kan de Handvestbepaling ook in horizontale verhoudingen (burger-burger verhouding) worden ingeroepen. Er is sprake van een rechtstreekse werking indien de bepaling ‘*voldoende nauwkeurig is en geen nadere uitwerking behoeft*’.¹⁰¹ Het EVRM kan daarentegen uitsluitend in verticale verhoudingen worden ingeroepen.

Verder merkt Van Meerten op dat het in artikel 17 EU Handvest gewaarborgde eigendomsrecht alleen kan worden aangetast ‘*mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt*

⁹⁶ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

⁹⁷ *Publicatieblad van de Europese Unie* C 303/17 - 14.12.2007 (toelichting artikel 17 Handvest EU).

⁹⁸ *Publicatieblad van de Europese Unie* C 303/17 - 14.12.2007 (toelichting artikel 17 Handvest EU); Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 3.

⁹⁹ Van Meerten & Faber, *UU (opinie)* 2020.

¹⁰⁰ Van Meerten, *TPV* 2014/24, p. 5; Van Roosmalen & Pahladsingh, *NTER* 2013, p. 3.

¹⁰¹ HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (AMS).

vergoed'. Een dergelijke formulering ontbreekt in artikel 1 Protocol 1 EVRM. Bovendien verwacht Van Meerten dat het HvJ de invulling die het EHRM aan het eigendomsrecht geeft niet klakkeloos overneemt, want zowel de teksten van de twee artikelen als de uitzonderingsgronden zijn verschillend. Volgens Van Meerten biedt artikel 1 Protocol 1 EVRM alleen een minimum bescherming. Het EVRM belet om die reden niet dat artikel 17 EU Handvest een ruimere eigendomsbescherming biedt.¹⁰² Dit wordt ook in de laatste zin van artikel 51 lid 3 EU Handvest bevestigd. Om die reden genieten burgers met betrekking tot het eigendom onder artikel 17 EU Handvest een hogere bescherming.¹⁰³ Ten slotte wordt door Van Meerten erop gewezen dat de toelichting in artikel 17 EU Handvest geen juridische waarde heeft.¹⁰⁴

Volgens andere rechtsgeleerden zijn er tussen artikel 17 EU Handvest en artikel 1 Protocol 1 EVRM slechts geringe tekstverschillen.¹⁰⁵ Met beide artikel wordt immers hetzelfde beoogd en dit wordt, zoals hiervoor aangehaald, bevestigd in de toelichting op artikel 17 EU Handvest.¹⁰⁶ Met betrekking tot de door Van Meerten aangevoerde argumenten kan het volgende worden opgemerkt. Het tekstuele verschil tussen beiden artikelen kan in zekere mate worden gerelativeerd. Immers, Lutjens, Barkhuysen en Bos alsook de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid veronderstellen dat artikel 17 EU Handvest in overeenstemming is met artikel 1 Protocol 1 EVRM.¹⁰⁷ Oud-staatssecretaris J. Klijnsma heeft zelfs expliciet benadrukt dat uit de rechtspraak van het Hof niet blijkt dat artikel 17 EU Handvest burgers een ruimere bescherming biedt dan artikel 1 Protocol 1 EVRM.¹⁰⁸ Uit jurisprudentie blijkt dat ook rechters beide artikelen aan elkaar gelijkstellen, waarbij een toets aan artikel 17 EU Handvest onnodig wordt geacht indien al aan artikel 1 Protocol 1 EVRM is getoetst.¹⁰⁹

Met betrekking tot de zinsnede '*mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed*' die in artikel 1 Protocol 1 EVRM ontbreekt, kan worden gesteld dat het EHRM een dergelijk, vergelijkbaar criterium in de proportionaliteitstoets kent.¹¹⁰ Ten aanzien van het standpunt dat het Hof een '*eigen koers zal volgen*' en geen aanknopng zal zoeken in artikel 1 Protocol 1 EVRM zijn in de rechtspraak van het HvJ geen aanwijzingen te vinden.¹¹¹ Integendeel, het Hof heeft bekrachtigd dat rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten die zijn

¹⁰² HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (AMS).

¹⁰³ Van Meerten, *TPV* 2014/24, p. 3.

¹⁰⁴ H. van Meerten, Het nieuwe pensioenakkoord: Enkele EU aspecten, TK Rondetafel III, 31 mei 2022.

¹⁰⁵ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 3.

¹⁰⁶ *Publicatieblad van de Europese Unie* C 303/17 - 14.12.2007 (toelichting artikel 17 Handvest EU).

¹⁰⁷ Lutjens, *TPV* 2015/10, p. 22; Barkhuysen & Bos, *JBplus* 2011, p. 13; Brief van Staatssecretaris Klijnsma van 11 december 2014, p. 4.

¹⁰⁸ Brief van Staatssecretaris Klijnsma van 11 december 2014, p. 4.

¹⁰⁹ ABRvS 14 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:709; Hof Amsterdam 11 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3805. Zie ook de conclusie van A-G Vellinga bij HR 15 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW3780.

¹¹⁰ Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 66.

¹¹¹ Maatman & Huijzer, *TPV* 2015/32, p. 4.

gegarandeerd door het EVRM, *‘dezelfde inhoud en reikwijdte hebben als die welke door genoemd verdrag aan worden toegekend’*.¹¹²

Aangaande de horizontale (directe) werking van het Handvest, wordt door Maatman en Huijzer gesteld dat *‘er geen aanwijzingen zijn dat de eventuele werking van artikel 17 Handvest de inhoudelijke interpretatie van dit grondrecht zal beïnvloeden’*.¹¹³ Gezien het voorgaande wordt in deze scriptie de laatste opvatting (geen wezenlijke verschillen tussen artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest) als uitgangspunt genomen. Immers, naast de hiervoor beschreven procedurele meerwaarde bestaan er tussen artikel 17 EU Handvest en artikel 1 Protocol 1 EVRM geen inhoudelijke verschillen.¹¹⁴ De door het EVRM toegestane beperkingen mogen dienovereenkomstig niet worden overschreden.¹¹⁵ Het voorgaande brengt mee dat het eigendom van pensioenen overeenkomstig artikel 1 Protocol 1 EVRM onder de reikwijdte (oftewel: onder het eigendomsbegrip) van artikel 17 EU Handvest valt.

Onder ‘eigendom’ in de zin van artikel 17 EU Handvest wordt verstaan alle *‘rechten met een vermogenswaarde waaruit vanuit het oogpunt van de rechtsorde een verworven rechtspositie voortvloeit op basis waarvan deze rechten door en ten gunste van de houder ervan autonoom kunnen worden uitgeoefend’*.¹¹⁶ Zoals eerder in deze scriptie is uiteengezet (zie paragraaf 3.1.2.1) vallen hieronder in beginsel ook pensioenaanspraken.¹¹⁷ Met betrekking tot pensioenverhogingen (indexatie) dient te worden opgemerkt dat zuiver toekomstige en onzekere vooruitzichten op pensioenverhogingen hiervan zijn uitgezonderd en om die reden niet onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen.¹¹⁸

Net zoals het eigendomsrecht van artikel 1 Protocol 1 EVRM is het in artikel 17 EU Handvest beschermde eigendomsrecht niet absoluut.¹¹⁹ Het voorgaande brengt met zich mee dat het eigendomsrecht *‘niet een recht op pensioen van een bepaald bedrag doet ontstaan’*.¹²⁰ Desalniettemin is een inbreuk op het door artikel 17 EU Handvest gewaarborgde eigendomsrecht overeenkomstig artikel 52 lid 1 EU Handvest uitsluitend mogelijk als die beperking bij wet is gesteld, de wezenlijke inhoud van dat eigendomsrecht eerbiedigt alsook, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan doelstellingen van algemeen belang die worden erkend door de Unie.¹²¹ Met betrekking tot de compensatie wordt net als artikel 1 Protocol 1 EVRM hier onderscheid

¹¹² HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 (*Schindler*) r.o.v. 32.

¹¹³ Maatman & Huijzer, *TPV* 2015/32, p. 6.

¹¹⁴ Heemskerk & Tangelder, *PensioenMagazine* 2016/150, p. 3.

¹¹⁵ *Publicatieblad van de Europese Unie* C 303/17 - 14.12.2007 (toelichting artikel 17 Handvest EU).

¹¹⁶ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (YS), r.o.v. 111; HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), r.o.v. 34.

¹¹⁷ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (YS), r.o.v. 111.

¹¹⁸ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 4.

¹¹⁹ HvJ EU 24 september 2020 C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91.

¹²⁰ HvJ EU 24 september 2020 C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91; Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o.v. 4.13.

¹²¹ HvJ EU 24 september 2020 C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 92; Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o.v. 4.13; HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), r.o.v. 48; HvJ EU 13 juni 2017, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 (*Florescu e.a.*), r.o.v. 53.

gemaakt tussen de ontneming en regulering van het eigendomsrecht. Zo dient volgens artikel 17 EU Handvest de ontneming van het eigendomsrecht op billijke wijze worden vergoed. Aan de regulering van de eigendom worden weliswaar geen verdere eisen gesteld, maar omdat de financiële compensatie over het regelen van eigendomsgebruik voor artikel 1 Protocol 1 EVRM nog niet is uitgekristalliseerd, is dit voor artikel 17 EU Handvest evenmin het geval.

4.1.3.1 Het connexiteitsvereiste EU Handvest

Met betrekking tot het EU Handvest is het connexiteitsvereiste van belang. Het Handvest kan namelijk nooit zomaar van toepassing worden verklaard. Het connexiteitsvereiste is geregeld in artikel 51 EU Handvest:

1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.

2. Dit Handvest breidt het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, schept geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken.

Het connexiteitsvereiste brengt met zich dat een bepaling in het EU Handvest enkel kan worden ingeroepen indien een Unierechtelijke regel van toepassing is.¹²² De jurisprudentie van het HvJ dient invulling te geven aan het connexiteitsvereiste.¹²³

Het Fransson en Siragusa arresten zijn in dit verband belangrijk.¹²⁴ In het Fransson arrest heeft het HvJ geoordeeld dat in alle gevallen waarin Unierechtelijke regels gelden, de grondrechten uit het EU Handvest van toepassing zijn. In het Siragusa arrest heeft het HvJ regels geformuleerd om te beoordelen of sprake is van connexiteit.¹²⁵ Zo dient er volgens het HvJ tussen de nationale regeling en het Europese recht een zekere mate van verband te bestaan. Dit verband dient verder te gaan ‘*dan het dicht bij elkaar brengen liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere*’.¹²⁶

Het HvJ formuleert een aantal (niet-limitatieve) criteria om te bepalen of een nationale regeling het Unierecht ten uitvoer brengt in de zin van artikel 51 van het Handvest.¹²⁷ Zo dient te worden beoordeeld of de nationale regeling de tenuitvoerlegging van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard van de nationale regeling is, of de regeling niet ook andere doelstellingen beoogt dan die waarop het Unierecht ziet (zelfs als de nationale regeling het

¹²² Tangelder, *Netspar design paper* 2018, nr. 107, p. 18.

¹²³ Tangelder, *Netspar design paper* 2018, nr. 107, p. 18.

¹²⁴ HvJ EU 7 mei 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Fransson*) en HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*).

¹²⁵ Tangelder, *Netspar design paper* 2018, nr. 107, p. 18; ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*).

¹²⁶ HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o.v. 24.

¹²⁷ HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o.v. 25.

Unierecht indirect kan beïnvloeden) en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die typerend is voor de onderhavige materie of deze kan beïnvloeden.¹²⁸

Voor deze scriptie is van belang of bij het invaren het recht van de Unie ten uitvoer wordt gebracht. Volgens Lutjens dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord.¹²⁹ Er zijn immers geen directe Europeesrechtelijke normen waarin de waardeoverdracht wordt geregeld. Zo zijn bijvoorbeeld in Richtlijn 2016/2341 (IORP-richtlijn) weliswaar regels met betrekking tot het functioneren van pensioeninstellingen geregeld, maar deze richtlijn is niet van toepassing op ‘*kwesties in verband met sociaal-, arbeids-, belasting- of contractenrecht of de toereikendheid van de pensioenvoorziening in de lidstaten*’.¹³⁰ De waardeoverdracht valt onder de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving.¹³¹ Daarom is de IORP-richtlijn niet van toepassing op deze kwestie. Meer in het bijzonder kan worden gesteld dat het Unierecht geen specifieke verplichting oplegt met betrekking tot de waardeoverdracht, waardoor het invaren als zodanig buiten de werkingssfeer van het EU Handvest valt.¹³²

Lutjens merkt verder op dat dit anders is als bij het invaren een (indirect) onderscheid op grond van leeftijd of geslacht wordt gemaakt. In dat geval komt Richtlijn 2006/54/EG c.q. Richtlijn 2000/78/EG in beeld, die het recht op gelijke behandeling op grond van geslacht c.q. leeftijd bij aanvullende pensioenen waarborgt. Een recent voorbeeld is het YS arrest.¹³³ In dat arrest zou de nationale wettelijke bepaling bij gemis van rechtvaardiging indirect onderscheid op grond van leeftijd in de zin van Richtlijn 2006/64 teweegbrengen. Hierdoor was de nationale bepaling aan Unierechtelijke regeling onderworpen.

Buiten de stellingname dat het invaren buiten de werkingssfeer van het Handvest valt, wordt in het vervolg van deze scriptie het eigendomsrecht zoals gewaarborgd in artikel 17 EU Handvest behandeld. Immers, bij het invaren kan sprake zijn van (indirect) onderscheid op grond van leeftijd of geslacht, waardoor de hiervoor beschreven richtlijnen van toepassing worden verklaard en er dientengevolge wordt voldaan aan het connexiteitsvereiste. Bovendien heeft het Handvest volgens Van Meerten een zeer ruim toepassingsbereik vanwege het criterium ‘*anderszins bij dit recht aanknoopt*’.¹³⁴ Daarom mogen er geen gevallen zijn waarin het Unierecht geldt, zonder dat die grondrechten toepasselijk zijn.¹³⁵ Daarenboven is volgens sommige rechtsgeleerden sprake van grote verschillen tussen artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest (zie paragraaf: 3.3.1). Zoals hiervoor is aangegeven volg ik deze lijn, waardoor bespreking van beide artikelen in het vervolg van deze scriptie de voorkeur geniet.

¹²⁸ HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o.v. 25; . Tangelder, *Netspar design paper* 2018, nr. 107, p. 19.

¹²⁹ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 3.

¹³⁰ Richtlijn 2016/2341 overweging 3; Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 3.

¹³¹ Artikel 2 lid 11 Pensioenwet.

¹³² HvJ EU 19 november 2019, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981 (*TSN*), r.o.v. 51; Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 4.

¹³³ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (*YS*), r.o.v. 91.

¹³⁴ Van Meerten, *TPV* 2014/24, p. 2.

¹³⁵ Van Meerten, *TPV* 2014/24, p. 2.

4.2 Het eigendomsbegrip en pensioenen

Het EHRM en HvJ toetsen of een inbreuk op het eigendomsrecht zoals neergelegd in artikel 1 Protocol 1 EVRM c.q. artikel 17 EU Handvest onrechtmatig is. Om dit te kunnen toetsen, dient eerst te worden beoordeeld of sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 Protocol 1 EVRM respectievelijk artikel 17 EU Handvest. Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord, is geen sprake van een inbreuk op het eigendomsrecht en stopt de toets. Daarom is de vaststelling of het pensioen een eigendom is in de zin van artikel 1 Protocol 1 EVRM respectievelijk artikel 17 EU Handvest belangrijk. Een inbreuk op het eigendomsrecht is dan namelijk alleen mogelijk als dit kan worden gerechtvaardigd.

Onder de invulling die het EHRM aan het begrip eigendom geeft, vallen zowel fysieke goederen als vermogensrechten.¹³⁶ Uit de jurisprudentie van het EHRM is af te leiden dat het Hof een ruim eigendomsbegrip hanteert, aangezien het Hof een ruime uitleg geeft aan het begrip *vermogensrechten*. Alle rechten en belangen die in geld waardeerbaar zijn, vallen namelijk onder het vermogensbegrip en derhalve onder het eigendomsrecht.¹³⁷ Ook sociale zekerheidsrechten (zoals de AOW) vallen onder het vermogensrecht.¹³⁸ Het EHRM rekent zelfs toekomstige aanspraken toe tot het vermogensbegrip op voorwaarde dat sprake is van *legitimate expectations*.¹³⁹ Van een *legitimate expectation* is onder andere sprake bij pensioenaanspraken.¹⁴⁰ In het hiernavolgende wordt toegelicht welke pensioenaanspraken hieronder vallen.

4.2.1 De pensioenaanspraken

In beginsel behoren pensioenaanspraken tot de reikwijdte van artikel 1 Protocol 1 EVRM c.q. artikel 17 EU Handvest.¹⁴¹ Pensioenaanspraken zijn simpel geformuleerd de belangrijkste vorderingen die een pensioendeelnemer jegens een pensioenuitvoerder heeft.¹⁴² Vanaf de pensioendatum is de pensioenuitvoerder namelijk verplicht tot het uitbetalen van het pensioen aan de pensioengerechtigde. Pensioenaanspraken zijn echter in verschillende categorieën te verdelen. Dit roept de vraag op welke pensioenaanspraken onder het eigendomsrecht vallen. Bij de beantwoording van de vraag welke pensioenaanspraken onder het eigendomsrecht vallen, is de rechtspraak van het EHRM en HvJ belangrijk. Met betrekking tot artikel 1 Protocol 1 EVRM heeft het EHRM geoordeeld dat pensioenaanspraken en pensioenrechten onder het eigendomsrecht van artikel 1 Protocol 1 EVRM vallen. Dat is te meer het geval wanneer de werkgever een toezegging heeft gedaan om een pensioen uit te betalen onder

¹³⁶ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹³⁷ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2; vb. EHRM 29 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD003404402 (*Depalle/Frankrijk*), r.o.v. 62; EHRM 11 January 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o.v. 63, 72, 76 & 78; EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (*Oneryildiz/Turkije*), r.o.v. 124.

¹³⁸ Bijvoorbeeld: CRvB 18 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2502.

¹³⁹ Nederlandse vertaling: gerechtvaardigde verwachtingen. EHRM 20 november 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1120JUD001784991 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./Belgie*), r.o.v. 31; EHRM 2 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004672099 (*Von Maltzan e.a./Duitsland*).

¹⁴⁰ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁴¹ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38; HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91.

¹⁴² Tangelder, *Netspar design paper* 2018, nr. 107, p. 8.

voorwaarden die als onderdeel van de arbeidsovereenkomst kunnen worden beschouwd.¹⁴³ Desalniettemin kan dit eigendomsrecht niet zo worden uitgelegd dat het recht geeft op een pensioen van een vast bedrag.¹⁴⁴

Met betrekking tot artikel 17 EU Handvest is het HvJ tot eenzelfde oordeel gekomen in het YS arrest.¹⁴⁵ Het Hof merkt op dat de door artikel 17 lid 1 EU Handvest geboden bescherming ziet op *‘op alle rechten met een vermogenswaarde waaruit vanuit het oogpunt van de rechtsorde een verworven rechtspositie voortvloeit waardoor die rechten door en ten gunste van de rechthebbende autonoom kunnen worden uitgeoefend’*.¹⁴⁶ Volgens het Hof doet de sluiting van een overeenkomst met betrekking tot pensioen een vermogensbelang bij de rechthebbende ontstaan.¹⁴⁷ Met andere woorden vertegenwoordigen pensioenrechten en pensioenaanspraken een vermogensbelang en vallen daarom onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip. Echter, dit eigendomsrecht heeft geen absolute gelding, waardoor het geen *‘recht op een pensioen van een bepaald bedrag doet ontstaan’*.¹⁴⁸

In dit verband is de recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag belangrijk.¹⁴⁹ In die zaak stelden de eisers dat het bedrijfstakpensioenfonds in strijd met het eigendomsrecht handelde, omdat de pensioenuitkeringen sinds 2008 niet meer zijn geïndexeerd. De eisers stelden onder meer dat uit het YS-arrest kan worden geconcludeerd dat het gedurende enige tijd niet indexeren van de pensioenuitkeringen in strijd is met het eigendomsrecht. De rechtbank heeft geoordeeld dat uit het YS-arrest kan worden afgeleid dat opgebouwde pensioenrechten en indexatie als eigendomsrechten *kunnen* worden beschouwd.

Het voorgaande verdient echter enige nuancering. Immers, de feiten uit het YS-arrest zijn bij deze gevolgtrekking belangrijk. In het YS-arrest ging het om een wettelijk recht op indexatie. In de bedrijfspensioenovereenkomst was er een ‘directe prestatietoezegging’ en welvaartsvastheidsclausule overeengekomen.¹⁵⁰ De welvaartsvastheidsclausule houdt in dat de te ontvangen pensioenrechten, in overeenstemming met de salarisverhogingen worden verhoogd. Nadat de eisers met pensioen zijn gegaan, kregen zij te maken met ingehouden bedragen op de pensioenuitkering. Na verloop van tijd bleven ook de verhogingen op de pensioenuitkeringen uit, terwijl de salarissen wel werden verhoogd. Het voorgaande was dus niet in overeenstemming met de bepalingen uit het bedrijfspensioenovereenkomst. Hier zij opgemerkt dat zowel de inhoudingen als het uitblijven van de pensioenverhogingen met inachtneming van de nationale wetten is geschied. Het Hof heeft in het YS arrest geoordeeld dat *aangenomen moet worden dat de sluiting van een overeenkomst betreffende een bedrijfspensioen een vermogensbelang bij de rechthebbende op dat pensioen doet ontstaan. Voorts wordt het genoemde vermogensbelang aangetast doordat de betrokken onderneming*

¹⁴³ EHRM 6 maart 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1025JUD000203304 (*Laloyaux/België*); Asser/Lutjens 7- XI, nr. 597.

¹⁴⁴ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38.

¹⁴⁵ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91.

¹⁴⁶ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 90; HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), r.o.v. 34.

¹⁴⁷ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 90.

¹⁴⁸ HvJ EU 13 juni 2017, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 (*Florescu e.a.*), r.o.v. 50 & 51.

¹⁴⁹ Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851.

¹⁵⁰ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91.

een gedeelte van het contractueel overeengekomen bedrag inhoudt en doordat de contractueel bedongen indexering buiten toepassing wordt gelaten”.¹⁵¹ Uit het vorenstaande kan worden afgeleid dat opgebouwde pensioenrechten en indexatie onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen.¹⁵²

In de zaak die aan de rechtbank was voorgelegd was echter geen sprake van een directe prestatietoezegging en/of een contractueel overeengekomen welvaartvastheidsclausule dat het pensioenfonds verplicht om de pensioenuitkeringen te indexeren bij een verhoging van de salarissen, of anderszins. Immers, de pensioenregeling van de bedrijfstakpensioenfonds kent uitsluitend een verhoging van de pensioenuitkeringen indien het bedrijfstakpensioenfonds boven de dekkingsgraad van 110% komt. Met andere woorden: er is sprake van een voorwaardelijke onzekere indexatie van de pensioenuitkeringen.¹⁵³ Een voorwaardelijke verhoging *‘betreft slechts een onzeker uitzicht tot waardevermeerdering van de pensioenuitkering’*.¹⁵⁴ Een onzekere indexering van de pensioenuitkeringen valt niet onder de reikwijdte van het eigendomsrecht. Het voorgaande is ook in de conclusie bij het YS-arrest door de Advocaat-Generaal bevestigd.¹⁵⁵ Pensioenaanspraken en indexaties vallen onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip, daarvan uitgezonderd zijn echter *‘zuiver toekomstige en onzekere vooruitzichten op een waardevermeerdering’*.¹⁵⁶ Deze pensioenaanspraken kunnen namelijk *nog niet* als een welomschreven eigendomsrecht worden aangemerkt. De Advocaat-Generaal geeft verder aan dat het inhouden van een bedrag op reeds verworven pensioenrechten een inbreuk op het eigendomsrecht teweegbrengt.¹⁵⁷

Gezien het voorgaande kan geconcludeerd worden dat opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen. Met betrekking tot pensioenverhogingen (indexatie) dient te worden opgemerkt dat zuiver toekomstige en onzekere vooruitzichten op pensioenverhogingen hiervan zijn uitgezonderd en daarom niet onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen. Niettemin vallen *‘contractueel overeengekomen’* indexaties wel onder het eigendomsrecht.¹⁵⁸ Het voorgaande brengt mee dat ten aanzien van het eigendom van pensioenen een aantal waarborgen geldt. Zo hebben pensioendeelnemers recht op ongestoord genot van het eigendom, genieten zij bescherming tegen de ontneming van eigendom en heeft de overheid de mogelijkheid van regulering van eigendom. Echter, volgens het EHRM brengt het eigendomsrecht niet mee dat het een recht op pensioen van een bepaald bedrag geeft.¹⁵⁹

¹⁵¹ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91.

¹⁵² HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91; Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o.v. 4.11.

¹⁵³ Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o.v. 4.12.

¹⁵⁴ Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o.v. 4.12.

¹⁵⁵ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (YS), r.o.v. 111.

¹⁵⁶ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (YS), r.o.v. 111.

¹⁵⁷ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (YS), r.o.v. 111.

¹⁵⁸ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (YS), r.o.v. 111.

¹⁵⁹ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38; EHRM 15 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1213JUD005308013 (*Aunola v. Finland*).

4.2.2 Het individueel bezwaarrecht

Het individueel bezwaarrecht wordt gekenmerkt als een wilsrecht ex artikel 3:37 BW.¹⁶⁰ In hoofdstuk 3 van deze scriptie is uitgelegd dat het individueel bezwaarrecht met de invoering van de Wtp wordt afgeschaft, waardoor de pensioenaanspraken en pensioenrechten veel makkelijker worden ingevaren. Dit roept de vraag op of het individueel bezwaarrecht een eigendomsrecht is in de zin van artikel 1 Protocol 1 EVRM en/of de afschaffing van het individueel bezwaarrecht een inmenging in het eigendomsrecht ex artikel 1 Protocol 1 EVRM teweegbrengt.

Om deze vragen te beantwoorden dient onderzocht te worden of het individueel bezwaarrecht een vermogensrecht is.¹⁶¹ Met andere woorden; is het individueel bezwaarrecht een recht dat op geld waardeerbaar is? Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Het individueel bezwaarrecht is geen vermogensrecht, waardoor het geen regel van eigendomsrecht is. Toch zou dit recht volgens Lutjens, Maatman en Heemskerk *‘als een vorm van eigendom aangemerkt kunnen worden’*.¹⁶² In dit verband is de zaak *Sovtransvato* belangrijk.¹⁶³ Het EHRM heeft in die zaak geoordeeld dat *‘op het stemrecht op aandelen en op de verwatering ervan een eigendomsrecht rust’*.¹⁶⁴ In die specifieke zaak oordeelde het EHRM dat sprake was van een inbreuk op eigendom, omdat de aandelen verwaterden als gevolg van de uitgifte van nieuwe aandelen, waardoor de controle van het bedrijf en het vermogen om de activa te controleren, werden verminderd.¹⁶⁵ Deze zaak kan met de afschaffing van het individueel bezwaarrecht worden vergeleken. Immers, door de afschaffing van het individueel bezwaarrecht heeft de belanghebbende minder invloed op zijn/haar pensioen(aanspraken). Het gebruik van het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht bewerkstelligt thans (onder de Pensioenwet) dat de pensioenaanspraken en pensioenrechten onaangetast blijven en derhalve niet worden ‘ingevaren’ in een andere pensioenstelsel. De afschaffing van het individueel bezwaarrecht in de WTP leidt ertoe dat individuen geen inspraak hebben over het al dan niet invaren van hun pensioenen. Een interne collectieve waardeoverdracht waarbij het individu geen bezwaar kan maken, kan een (negatieve) invloed hebben op de pensioenaanspraken en pensioenrechten.

Hierdoor valt het individueel bezwaarrecht onder de reikwijdte van artikel 1 Protocol 1 EVRM respectievelijk artikel 17 EU Handvest. Door het ontbreken van het individueel bezwaarrecht in het standaard invaarpad ontnemt de regering *deze vorm van*

¹⁶⁰ Van der Poel, *TPV* 2018/29, p. 13.

¹⁶¹ EHRM 29 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD003404402 (*Depalle/Frankrijk*), r.o.v. 62; EHRM 11 January 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o.v. 63, 72, 76 & 78; EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (*Oneryildiz/Turkije*), r.o.v. 124.

¹⁶² Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV* 2021/19, p. 1.

¹⁶³ EHRM 25 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399, *RJD* 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), r.o.v. 92.

¹⁶⁴ EHRM 25 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399, *RJD* 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), r.o.v. 92.

¹⁶⁵ EHRM 25 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399, *RJD* 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), r.o.v. 92.

eigendomsrecht.¹⁶⁶ De afschaffing van het individueel bezwaarrecht is een inbreuk op het eigendomsrecht dat dient te worden gerechtvaardigd.

4.3 Inmenging in het eigendomsrecht

Nadat het EHRM heeft geconstateerd dat sprake is van een *eigendom*, wordt beoordeeld of inmenging in het eigendomsrecht plaatsvindt. Het doel van artikel 1 Protocol 1 EVRM is immers dat het recht op eigendom door de overheid wordt beschermd.¹⁶⁷ Uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden opgemaakt dat uit artikel 1 Protocol 1 EVRM drie hoofdregels zijn af te leiden: a) dat eigendomsrechten ongestoord moeten kunnen worden genoten, b) dat de overheid de verplichting heeft tot bescherming tegen de ontneming van het eigendom, c) dat de overheid het recht heeft tot regulering van het eigendom indien dit in het algemeen belang is en bij wet is gereguleerd.¹⁶⁸ In beginsel hebben pensioendeelnemers dus op grond van artikel 1 Protocol 1 EVRM het recht op ongestoord genot van het eigendom van pensioenen. De overheid kan echter op twee wijzen het genot van eigendom *storen*. Dat kan door regulering en ontneming van het eigendom van pensioenen.¹⁶⁹

Onder regulering van het eigendomsrecht wordt verstaan ‘*de gebruiksmogelijkheden van het eigendom beperken*’.¹⁷⁰ Door middel van een dergelijke regulering gaat het beschikkingsrecht over het eigendom niet geheel verloren. Dat is anders bij de ontneming van het eigendom, waar het beschikkingsrecht over het eigendom wel geheel verloren gaat.¹⁷¹ Gesteld kan daarom worden dat de ontneming van het eigendomsrecht een grotere inbreuk is dan de regulering van het eigendomsrecht. Vaststellen of sprake is van een ontneming of regulering is belangrijk. Immers, bij ontneming van het eigendomsrecht dient in alle gevallen een financiële compensatie door de overheid te worden geboden om te kunnen spreken van een gerechtvaardigde inbreuk in het eigendomsrecht, terwijl de overheid bij de regulering van het eigendom niet in alle gevallen verplicht is tot het betalen van een schadevergoeding.¹⁷² De constatering of sprake is van ontneming of regulering is daarom belangrijk voor de vraag of en zo ja, in welke mate schadevergoeding dient te worden betaald door de overheid.

Het is daarom van belang om vast te stellen of de inmenging door de overheid een ontneming of regulering van het eigendomsrecht is. In dit kader dient te worden opgemerkt dat het EHRM geen expliciete regel toepast om ontneming en regulering van elkaar te onderscheiden. Indien in een bepaalde situatie niet evident blijkt of sprake is van ontneming of regulering van het eigendomsrecht, wordt dit door het EHRM in het midden gelaten.¹⁷³ Inmenging in het eigendomsrecht kan echter ook *zonder* dat sprake is van een ontneming of regulering van het eigendomsrecht. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt namelijk dat ook inmenging in het

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 151 (MvT).

¹⁶⁷ Schild, *NTM/NJCM-bull*, 2007, p. 603.

¹⁶⁸ Schild, *NTM/NJCM-bull*, 2007, p. 603; EHRM 11 January 2007, EHRM 11 January 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o.v. 62.

¹⁶⁹ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁷⁰ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁷¹ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁷² Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2; EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 54.

¹⁷³ Haack 2004, p. 309.

ongestoorde genot van het eigendomsrecht kan plaatsvinden zonder dat deze een ontneming of regulering is.¹⁷⁴ Volgens het EHRM hebben Staten namelijk de positieve verplichting om eigendommen, zoals de tweede pijler pensioen, te beschermen. Deze verplichting geldt *'zelfs wanneer er geschillen tussen particulieren zijn betrokken'*¹⁷⁵ Indien de Staat dit nalaat, reguleert of ontnemt hij weliswaar zelf het eigendomsrecht niet, maar is hij wel aanspreekbaar indien hij heeft nagelaten om het eigendomsrecht adequaat te beschermen.¹⁷⁶ Indien sprake is van één van deze vormen van inmenging in het eigendomsrecht door de overheid, wordt de tweede vraag van de toetsingskader (*is sprake van een inmenging in het eigendomsrecht door de overheid*) door het EHRM bevestigend beantwoord. Dit brengt mee dat het EHRM tot de beantwoording van de laatste vraag overgaat. Deze vraag is: *kan de overheidsinmenging op het eigendomsrecht worden gerechtvaardigd?*

4.3.1 De rechtvaardiging van een inmenging in het eigendomsrecht

In artikel 1 Protocol 1 EVRM is bepaald dat *'aan niemand het recht op eigendom mag worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht'*. Het eigendomsrecht is derhalve geen absoluut recht waar nooit inmenging op mogelijk is of waarvan het gebruik daarvan nooit beperkt mag worden.¹⁷⁷ Het voorgaande brengt mee dat inmenging in het eigendomsrecht mogelijk is, mits deze inmenging kan worden gerechtvaardigd.¹⁷⁸ Het EHRM hanteert een vast beoordelingskader bij de vraag of inmenging in het eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd. Zowel bij ontneming als regulering bestaat het beoordelingskader uit de volgende vragen (in steeds dezelfde volgorde)¹⁷⁹:

- a) Is de inbreuk rechtmatig, met andere woorden: is de inmenging bij wet voorzien? (*lawfulness-toets*),
- b) Zo ja, heeft de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang? (*general interest-toets*),
- c) Zo ja, bestaat een redelijk evenwicht tussen enerzijds de eisen van het algemeen belang van de samenleving en anderzijds de bescherming van de fundamentele rechten van het individu? (*fair balance-toets*).

Hieronder worden deze drie stappen nader uiteengezet.

¹⁷⁴ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 5; EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 50.

¹⁷⁵ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 50.

¹⁷⁶ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 5.

¹⁷⁷ HR 12 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:379, r.o.v. 2.3.

¹⁷⁸ HR 12 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:379, r.o.v. 2.3.

¹⁷⁹ HR 12 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:379, r.o.v. 2.3.

4.3.1.1 Bij wet voorzien

Ten eerste wordt door het EHRM beoordeeld of de inmenging in het eigendomsrecht bij wettelijk voorschrift is voorzien. Aan de hand van deze voorwaarde worden het legaliteitsbeginsel en het verbod van willekeur gewaarborgd.¹⁸⁰ Door middel van het vereiste van rechtmatigheid wordt immers verondersteld dat het nationale recht een zekere rechtsbescherming moet bieden tegen willekeurige inmenging van de overheid in de door het verdrag gewaarborgde rechten.¹⁸¹

Uit artikel 1 Protocol 1 EVRM vloeit geen expliciete procedurele eis tot het bieden van rechtsbescherming bij een inmenging in het eigendomsrecht voort. Echter, volgens het Hof waarborgt artikel 1 Protocol 1 EVRM dat elke inmenging in het ongestoord genot van eigendom gepaard moet gaan met procedurele waarborgen die de betrokken persoon of entiteit een redelijke mogelijkheid moet bieden om hun zaak voor te leggen aan de verantwoordelijke autoriteiten met het doel de maatregelen die inbreuk maken op de gegarandeerde rechten effectief aan te vechten.¹⁸²

Het begrip *wettelijk voorschrift* is volgens het EHRM een materieel begrip, waardoor niet enkel formele wetten, maar ook materiële wetten zoals AMvB's, ministeriële regelingen, etc. onder het *wettelijk voorschrift* vallen. Steeds geldt wel de voorwaarde dat de nationale wet voldoende toegankelijk, nauwkeurig en voorzienbaar moet zijn.¹⁸³

4.3.1.2 Algemeen belang

Vervolgens beoordeelt het EHRM of met de inmenging in het eigendomsrecht een algemeen belang is gediend. Met betrekking tot het algemeen belang wordt opgemerkt dat hier sprake is van een ruime beoordelingsmarge (ook wel bekend als de *margin of appreciation*) van de lidstaat inzake hetgeen wel en niet tot het algemeen belang wordt toegerekend.¹⁸⁴ Met behulp van deze ruime beoordelingsmarge kunnen in beginsel alle algemene belangen die door de overheid worden aangevoerd de inmenging in het eigendomsrecht rechtvaardigen.¹⁸⁵ Immers, de nationale autoriteiten zijn door hun directe kennis van de samenleving en haar behoeften in beginsel beter in staat om te beoordelen wat tot het algemeen belang behoort dan het EHRM.

In dit verband wordt door het EHRM opgemerkt dat het begrip "*algemeen belang*" ruim is. Het besluit van de overheid om wetten uit te vaardigen die een inmenging in het eigendomsrecht teweegbrengen, snijdt politieke, economische en sociale kwesties aan waarover de meningen in een democratische samenleving sterk uiteen kunnen lopen.¹⁸⁶ De wetgever heeft bij de uitvoering van sociaal en economisch beleid een ruime beoordelingsmarge nodig om iets wel of niet tot het *algemeen belang* te rekenen. Het EHRM respecteert het oordeel van de wetgever hierover, tenzij dat oordeel geen *reasonable*

¹⁸⁰ Schild, *NTM/NJCM-bull.*, 2007, p. 603; Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁸¹ EHRM 26 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1026JUD003098596 (*Hasan and Chaush/Bulgaria*), r.o.v. 84.

¹⁸² EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999 (*Capital Bank AD/Bulgarije*), r.o.v. 134.

¹⁸³ EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999 (*Capital Bank AD/Bulgarije*), r.o.v. 134.

¹⁸⁴ Asser/Lutjens 7-XI 2019/645.

¹⁸⁵ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁸⁶ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 46.

foundation (oftewel: redelijke grond) treft.¹⁸⁷ Met andere woorden: in beginsel gaat het Hof mee met het oordeel van de nationale wetgever, tenzij dit oordeel zonder *reasonable foundation* is.¹⁸⁸

Het voorgaande betekent dat, hoewel het EHRM zijn eigen beoordeling niet in de plaats kan stellen van die van de overheid, het Hof verplicht is het wettelijk voorschrift te herzien op grond van artikel 1 Protocol 1 EVRM. Daarbij dient het Hof de feiten en omstandigheden op grond waarvan de autoriteiten van de lidstaat hebben gehandeld te onderzoeken en vervolgens te beoordelen of de inmenging in het eigendomsrecht een algemeen belang dient.¹⁸⁹

4.3.1.3 Evenredigheid

Indien door het EHRM is vastgesteld dat met de inmenging in het eigendomsrecht door de lidstaat een algemeen belang is gediend, dient het Hof over te gaan tot de beantwoording van de laatste vraag: *bestaat er een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en anderzijds de bescherming van de fundamentele rechten van het individu?*

Voor een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht moet sprake zijn van een redelijke verhouding van evenredigheid om de gebruikte middelen en het nagestreefde doel te realiseren.¹⁹⁰ Hierbij is het belangrijk dat geen sprake was van volwaardige en reële alternatieven om het gewenste doel te realiseren.¹⁹¹ Met andere woorden: de inmenging dient in het eigendomsrecht een *fair balance* te bereiken tussen de eisen van het algemeen belang van de gemeenschap en de eisen van de bescherming van de fundamentele rechten van het individu.¹⁹² Er dient sprake te zijn van een ‘*redelijke verhouding van evenredigheid tussen de ingezette middelen en het nagestreefde doel*’.¹⁹³ De evenredigheidstoets vergt daarom een belangenafweging ‘tussen de mate van inmenging in het eigendomsrecht en het met die inmenging gediende algemene belang’.¹⁹⁴ Bij de beoordeling of aan dit vereiste is voldaan, hebben lidstaten (net zoals bij de general interest-toets) een ruime beoordelingsmarge.¹⁹⁵

De nationale autoriteiten moeten kunnen bewijzen dat met de eigendomsrechten van de betrokken partijen rekening is gehouden bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift

¹⁸⁷ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 46; 15 maart 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0315JUD004327898 (*Velikovi e.a. t. Bulgarije*), r.o.v. 169.

¹⁸⁸ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 46.

¹⁸⁹ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 46.

¹⁹⁰ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 50; EHRM 5 november 1981, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578 (*Ashingdane judgment*), r.o.v. 57.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 151 (MvT).

¹⁹² EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 46.

¹⁹³ EHRM 5 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, NJ 2000, 571 (*Beyeler/Italië*), r.o.v. 114.

¹⁹⁴ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁹⁵ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2; EHRM 29 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*), NJ 1999/649, r.o.v. 75; EHRM 26 september 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0525JUD005817013 (*Andrews/Verenigd Koninkrijk*).

die een inmenging in het eigendomsrecht vormt. Het is namelijk niet de bedoeling dat de inmenging in een ‘*individual and excessive burden*’ uitmondt. Indien sprake is van een *individual and excessive burden*, is niet voldaan aan het vereiste van fair balance.¹⁹⁶ Het is daarom verstandig dat de nationale autoriteiten al bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift een toelichting geven over de gemaakte belangenafweging met betrekking tot het eigendomsrecht van de (mogelijk) betrokken partijen.¹⁹⁷ De autoriteiten kunnen hiermee duidelijk maken waarom de inmenging in het eigendomsrecht proportioneel (noodzakelijk) is en derhalve gerechtvaardigd.¹⁹⁸ Van de nationale autoriteiten wordt verwacht dat zij ook het subsidiariteitsvereiste in de belangenafweging hebben meegewogen en hier in de toelichting duidelijkheid over verschaffen. Met andere woorden houdt het voorgaande in dat uitgelegd wordt dat andere (minder ingrijpende) alternatieven door de wetgever zijn overwogen, maar dat de onderhavige wettelijke regeling toch het minst ingrijpende alternatief is.¹⁹⁹ Echter, dat het doel ook met een minder ingrijpend middel kon worden bereikt, is op zichzelf niet voldoende om tot de conclusie te komen dat er geen fair balance aanwezig is.²⁰⁰

Verder is het bij de evenredigheidstoets belangrijk te bepalen of de overheidsinmenging in het eigendomsrecht voorzienbaar was. De vraag is of de betrokken partijen met de genomen overheidsmaatregel die een inmenging in zijn eigendomsrecht teweeg heeft gebracht rekening had moeten (of kunnen) houden. Vervolgens is het belangrijk te bepalen of het wettelijke voorschrift in strijd is met eerder opgewekte verwachtingen van de overheid.²⁰¹ Bovendien dient in aanmerking te worden genomen in hoeverre aanspraak bestaat op vergoeding voor de inbreuk op het eigendomsrecht.²⁰² Immers, indien de overheidsinmenging resulteert in een ontneming van eigendom moet in beginsel een compensatie worden geboden om een rechtvaardiging te kunnen aannemen. Bij overheidsinmenging die het eigendomsrecht reguleert hangt dit af van de omstandigheden van het geval.²⁰³

Zoals hiervoor is opgemerkt mag op grond van het fair balance-vereiste de inbreuk niet resulteren in een ‘*individual and excessive burden*’.²⁰⁴ Dat betekent dat geen sprake mag zijn van een *individuele en buitensporige last* voor de betrokken partij. Immers, uit de rechtspraak van het EHRM vloeit voort dat het Hof op twee niveaus toetst. Ten eerste toetst het Hof of sprake is van een evenredigheid met betrekking tot de gehele regeling en ten tweede wordt getoetst of sprake is van een fair balance met betrekking tot het individuele geval in casu. Het kan voorkomen dat de regeling in zijn geheel de evenredigheidstoets doorstaat, maar dat er in het individuele geval sprake is van een individuele en buitensporige last, waardoor deze niet

¹⁹⁶ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 50.

¹⁹⁷ Bijvoorbeeld in de memorie van toelichting van de nieuwe wet- en regelgeving.

¹⁹⁸ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

¹⁹⁹ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2; EHRM 22 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0513JUD000621908 (*Hentrich/Frankrijk*), r.o.v. 47.

²⁰⁰ EHRM 19 december 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:06453JUD000621908 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*), r.o.v. 53.

²⁰¹ EHRM 19 oktober 2000, 31227/96 (*Ambruosi/Italië*), r.o.v. 32.

²⁰² EHRM 15 november 2005, 44302/02 (*Oxford Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*); HR 16 november 2002, NJ 2002, 469 (*Varkensrechten*), r.o.v. 6.2.2 en 6.2.3.

²⁰³ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

²⁰⁴ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 50.

proportioneel is en dus niet gerechtvaardigd kan worden.²⁰⁵ In zo'n geval is het wettelijk voorschrift onverbindend voor de betrokken partij in kwestie.²⁰⁶

4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de vierde deelvraag van deze scriptie. Hieronder wordt de deelvraag beantwoord.

‘Wat houdt het eigendomsrecht van pensioendeelnemers in?’

Het internationale eigendomsrecht is geregeld in artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest. Pensioenrechten en pensioenaanspraken die daaruit voortvloeien zijn te beschouwen als eigendomsrechten ex artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest. Volgens de jurisprudentie van het EHRM behoren pensioenaanspraken in beginsel onder de reikwijdte van artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest. Bij de beantwoording van de vraag welke pensioenaanspraken onder het eigendomsrecht vallen is het YS-arrest van belang. Immers, uit onder meer dat arrest kan worden gesteld dat opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen. Met betrekking tot indexaties dient te worden opgemerkt dat zuiver toekomstige en onzekere vooruitzichten op pensioenverhogingen hiervan zijn uitgezonderd en om die reden niet onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen. Niettemin vallen ‘contractueel overeengekomen’ indexaties wel onder het eigendomsrecht. Uit paragraaf 4.1.2.2 blijkt dat het individueel bezwaarrecht dat met de WTP wordt geschrapt ook een eigendomsrecht is. Dit roept de vraag op of de afschrapping van het individueel bezwaarrecht in de WTP een inmenging is in het eigendomsrecht. Immers, indien dat het geval is dan dient een dergelijke inmenging te worden gerechtvaardigd. In paragraaf 4.2.1 is uiteengezet wanneer een eigendomsinbreuk kan worden gerechtvaardigd.

²⁰⁵ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

²⁰⁶ Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr, p. 2.

5. De toets aan het eigendomsrecht

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of de inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd kan worden. Zo wordt onder meer getoetst of de motivering die door de regering wordt gegeven, toereikend is en of er alternatieven zijn die geen of minder inbreuk op het eigendomsrecht maken.

5.1 Toets aan het eigendomsrecht: wijziging pensioenovereenkomst

5.1.1 Eigendom

De voorvraag (is er sprake van een eigendomsrecht?) van artikel 1 Protocol 1 EVRM is in hoofdstuk 4 bevestigend beantwoord. Geconcludeerd werd dat opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen. Verder is met betrekking tot pensioenverhogingen (indexatie) opgemerkt dat zuiver toekomstige en onzekere vooruitzichten op pensioenverhogingen hiervan zijn uitgezonderd en daarom niet onder de bescherming van het eigendomsrecht vallen. Dit brengt mee dat ten aanzien van het eigendom van pensioen een aantal waarborgen geldt. Zo hebben pensioendeelnemers recht op ongestoord genot van het eigendom, genieten zij bescherming tegen de ontneming van eigendom en heeft de overheid de mogelijkheid van regulering van eigendom.

5.1.2 Inmenging in het eigendomsrecht

Met betrekking tot artikel 1 Protocol 1 EVRM c.q. artikel 17 EU Handvest moet in dit kader worden beoordeeld of de interne collectieve waardeoverdracht een inmenging in het eigendomsrecht teweegbrengt. In de Wtp is het nieuwe pensioencontract een premieovereenkomst met voorwaardelijke, onzekere pensioenaanspraken. Dit in tegenstelling tot de uitkeringsovereenkomst die gekenmerkt wordt als een vastgestelde pensioenuitkering. De hoogte van de uiteindelijk te ontvangen uitkering staat bij uitkeringsovereenkomsten namelijk vast. In de Wtp geldt de interne collectieve waardeoverdracht als standaard invaarpad.²⁰⁷ Dit betekent dat alle huidige pensioencontracten (ook de uitkeringsovereenkomsten) in beginsel moeten worden omgezet naar premieovereenkomsten. De wijziging van uitkeringsovereenkomsten naar premieovereenkomsten is een inmenging in het eigendomsrecht van de pensioendeelnemer c.q. pensioengerechtigde.

Voor de vraag of en zo ja, in welke mate schadevergoeding dient te worden betaald, is het belangrijk om te weten of bij de interne collectieve waardeoverdracht sprake is van ontneming of regulering van het eigendomsrecht. Uit de memorie van toelichting op de Wtp blijkt dat bij de interne collectieve waardeoverdracht eerder sprake is van regulering van het eigendom, *‘omdat bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten als gevolg van het besluit tot invaren niet komen te vervallen, leiden de maatregelen in dit wetsvoorstel niet tot ontneming van eigendom. De maatregelen in het wetsvoorstel leiden wel tot regulering van eigendom.*

²⁰⁷ Artikel 150I Wtp.

*Als gevolg van invaren, worden immers andere regels van toepassing op de overgedragen pensioenaanspraken en pensioenrechten’.*²⁰⁸

In hoofdstuk 4 van deze scriptie is uiteengezet dat inmenging in het eigendomsrecht op grond van artikel 1 Protocol 1 EVRM respectievelijk artikel 17 EU Handvest niet is toegestaan, tenzij de inmenging in het eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd. Hieronder wordt toegelicht of sprake is van een rechtvaardiging.

5.1.3 De rechtvaardiging

5.1.3.1 De inbreuk moet bij wet zijn voorzien

Voor een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht moet de inbreuk bij wet zijn voorzien. In dit kader dient opgemerkt te worden dat het besluit tot invaren genomen wordt door werkgevers, sociale partners en pensioenfondsen. Alhoewel het invaren wettelijk wordt gefaciliteerd door een standaard invaarpad in artikel 150l Wtp op te nemen, bestaat geen wettelijke verplichting (of besluit) tot invaren. Aan de voorwaarde dat de inbreuk bij wet moet zijn voorzien wordt voldaan, omdat onder meer in artikel 150m en 150l Wtp de kaders waarbinnen de werkgevers, sociale partners en pensioenfondsen het invaren kunnen regelen wordt vastgelegd.²⁰⁹

5.1.3.2 Algemeen belang

Ten tweede moet met de inmenging in het eigendomsrecht een algemeen belang worden gediend. Volgens de regering is invaren belangrijk en heeft het niet-invaren (negatieve) financieel-economische gevolgen. In paragraaf 3.2.1 zijn de beweegredenen voor invaren uiteengezet. Aangezien het EHRM een ruime beoordelingsmarge hanteert bij de beoordeling of sprake is van een algemeen belang, kan in de hierboven beschreven argumentatie een voldoende algemeen belang gevonden worden. Immers, op grond van deze argumenten blijkt dat de interne collectieve waardeoverdracht zowel op sociaal als financieel vlak noodzakelijk is voor de doelstellingen die met de Wtp in het nieuwe pensioenstelsel gerealiseerd wil worden. Bovendien blijkt dat invaren noodzakelijk wordt geacht om de solidariteit tussen jongeren en ouderen te behouden ‘*als element om duurzaam een goed pensioenresultaat met koopkrachtbehoud te realiseren*’.²¹⁰ In de memorie van toelichting op de Wtp stelt de regering zelfs dat niet invaren voor een groep belanghebbenden nadelig is als geen aanvullende maatregelen genomen worden.²¹¹

In hoofdstuk 4 van deze scriptie is opgemerkt dat de wetgever bij de uitvoering van een sociaal en economisch beleid een ruime beoordelingsmarge nodig heeft om iets wel of niet tot het *algemeen belang* toe te rekenen. Het EHRM respecteert het oordeel van de wetgever hierover, tenzij dat oordeel geen *reasonable foundation* (oftewel: redelijke grond) treft.²¹² Bij de vraag of sprake is van een algemeen belang heeft het EHRM bovendien het financiële

²⁰⁸ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

²⁰⁹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

²¹⁰ Lutjens, TPV 2020/20, p. 5.

²¹¹ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

²¹² Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT); 15 maart 2007, CLI:CE:ECHR:2007:0315JUD004327898 (*Velikovi e.a. t. Bulgarije*), r.o.v. 169.

belang van de onderneming als factor meegewogen.²¹³ Weliswaar ging het in die zaak om de financiële positie van de werkgever, maar volgens Lutjens kan dit doorgetrokken worden naar de financiële positie van de pensioenuitvoerder.²¹⁴ Tot slot blijkt uit het Florescu arrest dat een hervorming van het pensioenstelsel, alsmede de doelstelling om duurzame financiering van pensioenen te bewerkstelligen, een voldoende algemeen belang representeren.²¹⁵ Dit zorgt ervoor dat de sociaaleconomische argumenten die door de regering worden aangevoerd en de ruime beoordelingsmarge die door het EHRM wordt gehanteerd, voldaan wordt aan de *general interest-toets*.

5.1.3.3 Evenredigheidstoets

Vervolgens wordt beoordeeld of enerzijds een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en anderzijds de bescherming van de fundamentele rechten van het individu bestaat. Met andere woorden mag het invaren geen onevenredige benadeling opleveren. In dit kader is een aantal elementen belangrijk. Zo dient de inbreuk proportioneel te zijn.²¹⁶ Ook moet bij deze toets worden nagegaan of mogelijk sprake is van een individueel zware last (*excessive burden*) op belanghebbenden. De doelen van het nieuwe pensioenstelsel zijn reeds in hoofdstuk 3 van deze scriptie uiteengezet. Invaren is volgens de overheid belangrijk, omdat enkel in zo'n geval de doelstellingen van het nieuwe pensioenstelsel (binnen afzienbare tijd) kunnen worden gerealiseerd. Door de interne collectieve waardeoverdracht wordt het pensioen transparanter en persoonlijker voor de pensioendeelnemer.²¹⁷ De pensioendeelnemer krijgt echter door de interne collectieve waardeoverdracht een pensioen met een andere karakter (in het geval de pensioendeelnemer onder het huidige stelsel een uitkeringsovereenkomst had). Zal dit de evenredigheidstoets doorstaan?

In dit kader dient een vergelijking te worden gemaakt met eerdere rechtspraken van het EHRM (*Aizpurua*) en HvJ (YS: zie paragraaf 5.1.3.3.1).²¹⁸ Ten eerste is in dit verband de zaak *Aizpurua* belangrijk.²¹⁹ In de zaak *Aizpurua* ging het om de aantasting van opgebouwd pensioen, meer specifiek werd bij een overeenkomst tussen sociale partners een periodieke bedrijfspensioenuitkering vervangen door een bedrag ineens.²²⁰ Volgens het EHRM was in dat geval sprake van een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendom. In de zaak *Aizpurua* werd het pensioen niet geheel afgenomen van de pensioendeelnemers, er was om die reden dus geen sprake van een ontneming van eigendom. In plaats van een periodieke bedrijfspensioenuitkering kregen de pensioendeelnemers namelijk een bedrag ineens. Een ander belangrijk element was dat de sociale partners de vrijheid hebben om te verenigen en om arbeidsvoorwaardelijke afspraken te maken. Ten slotte achtte het EHRM van belang dat

²¹³ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38.

²¹⁴ Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 9.

²¹⁵ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 92.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

²¹⁷ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

²¹⁸ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*); HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 91.

²¹⁹ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*).

²²⁰ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*); De Greef e.a. 2021, p. 60.

de belanghebbenden de mogelijkheid hadden om hun visie over de omzetting van het pensioen kenbaar te maken (in een gerechtelijke procedure). Indien deze uitspraak wordt vergeleken met de interne collectieve waardeoverdracht is de Wtp, kan worden geconcludeerd dat al deze elementen aanwezig zijn bij het invaren zoals geregeld in de Wtp.²²¹ Immers, ook met het invaren wordt het pensioen (net zoals in de zaak Aizpurua) niet geheel afgenomen van de pensioendeelnemer. Bovendien hebben de sociale partners de vrijheid om te verenigen en om arbeidsvoorwaardelijke afspraken, want het besluit tot invaren wordt door de werkgevers, sociale partners en pensioenfondsen genomen. Ten slotte hebben belanghebbenden de mogelijkheid om naar de rechter te stappen indien zij van mening zijn dat door de inmenging in het eigendomsrecht sprake is van een onevenredige last. In paragraaf 10.3 van de memorie van toelichting op de Wtp wordt erop gewezen dat een individu zijn/haar specifieke omstandigheden die onevenredig zijn getroffen, kan laten beoordelen door de rechter.²²² In de memorie van toelichting wordt opgemerkt *‘dat een belanghebbende niet eerst een (interne dan wel externe) geschillenprocedure hoeft te doorlopen en/of bij de Ombudsman Pensioenen hoeft aan te kloppen alvorens hij een gerechtelijke procedure kan starten’*.²²³ Bovendien wordt zelfs een hoorrecht ingevoerd in artikel 150g Wtp, zodat belanghebbenden hun (mogelijke) standpunten over de interne collectieve waardeoverdracht naar voren kunnen brengen.

5.1.3.3.1 De wezenlijke inhoud

Met betrekking tot artikel 17 EU Handvest heeft het HvJ in het YS arrest geoordeeld dat een beperking van het eigendomsrecht mogelijk is, maar heeft daarbij wel opgemerkt dat elke beperking *‘de wezenlijke inhoud van dat recht moet eerbiedigen’*.²²⁴ Bij de vraag of een inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd, moet dus ook rekening worden gehouden met de wezenlijke inhoud van dat eigendomsrecht. De vraag is dan ook wat de wezenlijke inhoud is van het pensioenrecht en of deze wezenlijke inhoud door de transitie van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst wordt aangetast. In de rechtsliteratuur zijn de meningen hierover verdeeld. Hieronder worden de verschillende meningen beschreven.

Volgens Van Meerten wordt door de omzetting van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst de wezenlijke inhoud van het pensioen aangetast. De wezenlijke inhoud van het pensioen is volgens hem de omschrijving van het karakter. Hij maakt onderscheid tussen ‘Defined Benefit’ en ‘Defined Contribution’. Het inkomen dat bij een ‘Defined Benefit’ wordt ontvangen, is gegarandeerd, terwijl dat bij de ‘Defined Contribution’ onzeker is. Bij laatstgenoemde is alleen de premie (contribution) zeker. Vertaald naar het Nederlandse pensioenstelsel is de Defined Benefit de uitkeringsovereenkomst en de Defined Contribution de premieovereenkomst. Het karakter bij de uitkeringsovereenkomst is de vastgestelde uitkering. Indien deze wordt omgezet naar een premieovereenkomst, is er geen sprake meer van een vastgestelde uitkering, maar van een onzekere uitkering. Immers, bij een

²²¹ De Greef e.a. 2021, p. 60.

²²² *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 156 (MvT).

²²³ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 159 (MvT).

²²⁴ HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 92.

premieovereenkomst is het bedrag dat je levenslang krijgt onzeker. Het pensioenbedrag is namelijk afhankelijk van de financiële markten. Het pensioenbedrag blijft onzeker, ook als het pensioen reeds is ingegaan. Van Meerten is erg stellig hierover, hij schrijft; *‘If this is not touching upon the ‘essence of the pension rights’, I don’t know what is.’*²²⁵

In tegenstelling tot Van Meerten is Lutjens ervan overtuigd dat de wezenlijke inhoud niet het karakter, maar de aard en resultaat van het pensioen is.²²⁶ Volgens Lutjens gaat het bij pensioen niet zozeer om de wijze waarop het karakter is beschreven, maar om de doelstelling waar het pensioen voor bedoeld is, namelijk inkomen bij pensionering krijgen. Zowel bij de uitkeringsovereenkomst als de premieovereenkomst krijgen pensioengerechtigden vanaf de pensioendatum een periodieke pensioenuitkering. Deze pensioenuitkering verschilt weliswaar in de opbouw van de twee overeenkomsten, maar dit brengt niet noodzakelijkerwijs een verschil in uitkomst teweeg. Immers, de uitkeringsovereenkomst is weliswaar een vastgestelde uitkering, maar is tegelijkertijd onzeker door de kortingsdreigingen. Bovendien is er weinig tot geen sprake van indexatie van de pensioenuitkeringen bij een uitkeringsovereenkomst. De premieovereenkomst is daarentegen een onzekere uitkering, maar met het oog op de argumenten die door de regering worden gegeven met betrekking tot de premieovereenkomst is er bij deze overeenkomst meer kans op waardevermeerdering van de pensioenuitkeringen. Naar verwachting wordt daarom met de premieovereenkomst een met de uitkeringsovereenkomst vergelijkbaar pensioenresultaat bereikt.²²⁷

Gezien het voorgaande bestaat in de literatuur uiteenlopende meningen over de vraag of de wezenlijke inhoud van het pensioen met de interne collectieve waardeoverdracht wordt aangetast. Ik volg de gedachtelijn van Lutjens en ben daarom van oordeel dat de wezenlijke inhoud door het invaren niet wordt aangetast, temeer omdat uit vaste rechtspraak van het EHRM en HvJ blijkt dat het eigendomsrecht niet een recht op pensioen van een bepaald bedrag geeft.²²⁸ Dus zelfs een mogelijke (beperkte) vermindering van het pensioenbedrag bij de premieovereenkomst in de Wtp levert geen inbreuk op het eigendomsrecht. Een overeenkomend pensioenresultaat maakt, gezien de jurisprudentie van het EHRM, naar verwachting geen inbreuk op het eigendomsrecht teweeg. In feite wordt immers *‘een niet volledig zeker pensioen (er kan namelijk gekort worden en er is weinig perspectief tot indexatie) omgezet in een niet volledig zeker pensioen met naar verwachting indexatieperspectief.’*²²⁹

5.1.3.3.2 Fair balance

De inmenging in het eigendomsrecht mag geen onevenredige zware last op de belanghebbende leggen. Uit de memorie van toelichting op de Wtp blijkt dat de overheid vindt dat sprake is van een fair balance. Daarbij wordt opgemerkt dat de belanghebbende de mogelijkheid heeft om naar de rechter te stappen, indien hij onevenredig wordt benadeeld door de interne collectieve waardeoverdracht. Deze elementen tezamen brengt de overheid tot

²²⁵ Van Meerten, *EULawLive* 2020, p. 3.

²²⁶ Lutjens, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, p. 4.

²²⁷ Lutjens, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, p. 4.

²²⁸ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38; EHRM 15 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1213JUD005308013 (*Aunola v. Finland*).

²²⁹ De Greef e.a. 2021, p. 61.

de conclusie dat sprake is van een fair balance. In het hiernavolgende wordt beoordeeld of de overheid het gelijk aan haar zijde heeft.

Met betrekking tot de fair balance moet eerst worden opgemerkt dat pas op de pensioendatum bekend wordt of sprake is van een onevenredige zware last. Immers, pas op de pensioendatum weet de pensioengerechtigde hoe hoog het pensioen is (zie paragraaf 5.1.3.3.1). Het is daarom niet mogelijk om vooraf vast te stellen of sprake is van een fair balance. Bovendien moet de fair balance individueel beoordeeld worden. Zo kan het voorkomen dat de interne collectieve waardeoverdracht voor pensioengerechtigde X geen onevenredige zware last vormt, maar voor pensioengerechtigde Y wel.

Of sprake is van een onevenredig zware last hangt immers af van de overige financiële situatie van de belanghebbende. Als een individu door verlaging van het pensioen met 50% onder de armoedegrens komt, is geen sprake van een fair balance. Meer in het bijzonder is door het HvJ in het Hogan arrest (met betrekking tot het insolventierichtlijn) geoordeeld dat het beschermingsniveau ten minste 50% is: *‘bepalingen van nationaal recht die ertoe kunnen leiden dat de uitkeringen uit een voor een of meer bedrijfstakken geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen zijn gewaarborgd voor minder dan de helft van de rechten waarop een werknemer aanspraak kan maken, niet beantwoorden aan de definitie van de in artikel 8 van richtlijn 80/987 gehanteerde term „beschermen”*.²³⁰ Met andere woorden: het Hof heeft een vermindering van het pensioen tot 50% (en niet meer) mogelijk geacht. Een onevenredige zware last zou dus kunnen ontstaan als er een bijzonder grote verlaging van het pensioen blijkt te zijn op de pensioendatum en deze grote verlaging niet kan worden opgevangen. Er is daarom geen sprake van een fair balance indien de onevenredig zware last die een individu ervaart door de interne collectieve waardeoverdracht niet wordt gecompenseerd (zie hoofdstuk 6 van deze scriptie voor de vraag wie deze compensatie moet bieden).

5.1.3.4 Wijziging pensioenovereenkomst: gerechtvaardigd inbreuk?

In het voorgaande is onderzocht of de interne collectieve waardeoverdracht een gerechtvaardigde inbreuk is in het eigendomsrecht van pensioendeelnemers. Kort samengevat is tot de volgende conclusie gekomen:

Inbreuk moet bij wet zijn voorzien

Voldaan, het besluit tot invaren wordt weliswaar door werkgevers, sociale partners en pensioenfondsen genomen, maar in artikel 150m en 150l Wtp worden de kaders waarbinnen de werkgevers, sociale partners en pensioenfondsen het invaren kunnen regelen vastgelegd.

Algemeen belang

Voldaan, de argumenten van onder meer vernieuwing pensioenstelsel, mogelijke voordelen van het nieuwe pensioenstelsel alsmede de uitvoerbaarheid door pensioenfondsen zorgen voor een voldoende algemeen belang. Hierbij dient voorts te worden opgemerkt dat aan een lidstaat een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het bepalen wat in het algemeen belang is.

²³⁰ HvJ EU 25 april 2013, C-477/12, ECLI:EU:C:2014:233 (*Hogan e.a.*), r.o.v. 43.

Evenredigheid

(Mogelijk) voldaan, bij de beoordeling of de interne collectieve waardeoverdracht de evenredigheidstoets kan doorstaan, is de rechtspraak van het EHRM (*Aizpurua*) en HvJ (YS) geraadpleegd. In beide zaken was sprake van een gerechtvaardigde inbreuk in het eigendomsrecht van de pensioendeelnemers. Om die reden zijn de belangrijke elementen die in deze zaken van belang waren, vergeleken met de interne collectieve waardeoverdracht zoals geregeld in de Wtp. Uiteindelijk is tot de conclusie gekomen dat de kenmerken van de interne collectieve waardeoverdracht overeenkomen met de kenmerken in de zaak *Aizpurua*.²³¹

Vervolgens is beoordeeld of de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht met de interne collectieve waardeoverdracht wordt aangetast.²³² Nadat er een afweging is gemaakt van de verschillende opvattingen die in de literatuur leven, is tot de conclusie gekomen dat dat niet het geval is. Immers, in feite wordt een niet volledig zeker pensioen (de kans op korting is aanwezig) omgezet in een niet volledig zeker pensioen met naar verwachting indexatieperspectief. Bovendien blijkt uit rechtspraak dat het eigendomsrecht niet een recht op pensioen van een bepaald bedrag geeft.²³³ Dus zelfs een mogelijke (beperkte) vermindering van het pensioenbedrag bij de premieovereenkomst in de Wtp, levert geen inbreuk op het eigendomsrecht.

Bij de evenredigheidstoets moet bovendien beoordeeld worden of de inbreuk op het eigendomsrecht een onevenredige zware last op de belanghebbende legt. Hier kan momenteel geen sluitend antwoord op worden gegeven. Immers, pas op de pensioendatum zal bekend worden of sprake is van een onevenredige zware last. De pensioengerechtigde weet namelijk pas op de pensioendatum hoe hoog het pensioen zal worden. Er zal geen sprake zijn van een fair balance indien er een bijzonder grote verlaging van het pensioen blijkt te zijn op de pensioendatum en deze grote verlaging niet wordt gecompenseerd.

5.2 Toets aan het eigendomsrecht: afschaffing individueel bezwaarrecht

5.2.1 Eigendom

In paragraaf 4.2.2 van deze scriptie is geconcludeerd dat het individueel bezwaarrecht ook als een vorm van eigendom aangemerkt kan worden. Belanghebbenden hebben daarom recht op ongestoord genot van dit eigendom, genieten zij bescherming tegen de ontneming van eigendom en heeft de overheid de mogelijkheid van regulering van eigendom. In de Wtp heeft de interne collectieve waardeoverdracht als standaard invaarpad te gelden, waarbij de mogelijkheid om individueel bezwaar te maken is afgeschaft.²³⁴ Hierdoor vormt de interne collectieve waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht een inmenging in het eigendomsrecht van de pensioendeelnemer c.q. pensioengerechtigde. Met de afschaffing van

²³¹ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38.

²³² HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o.v. 92.

²³³ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 38; EHRM 15 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1213JUD005308013 (*Aunola v. Finland*).

²³⁴ Artikel 150I Wtp.

het individueel bezwaarrecht in de Wtp is er namelijk een wettelijk ingrijpen in het eigendomsrecht van de pensioendeelnemers.

Specifiek met betrekking tot het individueel bezwaarrecht wordt in de memorie van toelichting op de Wtp opgemerkt dat *‘door het ontbreken van een individueel bezwaarrecht in het voorgestelde standaard invaarpad, sprake kan zijn van regulering van eigendomsrecht’*.²³⁵ Deze lijn is niet geheel te volgen, aangezien het individueel bezwaarrecht in zijn geheel wordt ontnomen. In zo’n geval is geen sprake van regulering, maar van ontneming van eigendom. De vaststelling dat het eigendom wordt ontnomen is belangrijk, aangezien voor de ontneming van eigendom strenge(re) normen gelden. In het hiernavolgende zal worden onderzocht of sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht van de pensioendeelnemers.

5.2.2 De rechtvaardiging

5.2.2.1 De inbreuk moet bij wet zijn voorzien

Voor een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht moet de inbreuk bij wet zijn voorzien. Aan deze eerste voorwaarde wordt na de inwerkingtreding van de Wtp voldaan. De interne collectieve waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht wordt namelijk in artikel 150m Wtp respectievelijk artikel 150l Wtp geregeld.

5.2.2.2 Algemeen belang

Door de afschaffing van het individueel bezwaarrecht gaan de pensioendeelnemers en pensioengerechtigden over naar het nieuwe pensioencontract. Dit is om bovenbeschreven redenen belangrijk. Specifiek met betrekking tot de afschaffing van het individueel bezwaarrecht heeft de regering beargumenteerd dat dit in het belang van de pensioendeelnemer is gebeurd.²³⁶ Immers, de pensioendeelnemer dient bij het gebruik van het individueel bezwaarrecht in staat te zijn om een afweging te maken om al dan niet in te varen. Hiertoe dient de pensioendeelnemer voldoende kennis en tijd beschikbaar te hebben. Indien de pensioendeelnemer niet de juiste afwegingen maakt en daarna besluit niet in te varen, heeft dit grote consequenties voor zijn pensioen. In zo’n geval blijft de pensioendeelnemer namelijk achter in een pensioenregeling waarvoor geen nieuwe premies binnenkomen.

Bovendien kan het gebruik van het individueel bezwaarrecht door enkele deelnemers invloed hebben op het collectief, dus ook op degenen die geen bezwaar hebben gemaakt. In zo’n geval moeten namelijk twee pensioenregelingen naast elkaar in stand worden gehouden, hetgeen leidt tot ingewikkeldheid in de uitvoering en communicatie van de pensioenen en tot hogere kosten die invloed hebben op het collectieve vermogen.

Gezien het bovengenoemde wordt de afschaffing van het individueel bezwaarrecht onderbouwd met sociaaleconomische argumenten. Niet invaren zal voor ingewikkeldheid bij de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel leiden. De verwachting is dat het EHRM daarom

²³⁵ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 151 (MvT).

²³⁶ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 77 (MvT).

ook in zo'n geval de sociaaleconomische argumenten als voldoende algemeen belang zal kwalificeren.

5.2.2.3 Evenredigheidsstoets

Het invaren zonder individueel bezwaarrecht mag geen onevenredige benadeling opleveren. In dit kader zijn een aantal elementen van belang. Zo dient de inbreuk proportioneel te zijn.²³⁷ Het voorgaande betekent dat beoordeeld moet worden of er geen andere volwaardige alternatieven voorhanden zijn, die minder inbreuk op het eigendomsrecht maken. Vervolgens worden de collectieve waarborgen die ter vervanging van het individueel bezwaarrecht dienen uiteengezet.

5.2.2.3.1 De weging van alternatieven

Een alternatief op invaren zonder individueel bezwaarrecht is a) het behoud van het individueel bezwaarrecht met collectiviteitskring en b) het invoeren van een collectief bezwaarrecht met collectiviteitskring.

Hieronder wordt eerst situatie a beschreven waarin de pensioendeelnemer zijn individueel bezwaarrecht behoudt. Hierbij wordt het begrip 'collectiviteitskring' uiteengezet. Daartoe wordt eerst het verbod op ringfencing beschreven en de situatie waarin dit verbod wordt opgeheven. Daarna wordt situatie b beschreven.

Situatie A: behoud individueel bezwaarrecht met collectiviteitskring

Bij dit eerste alternatief behouden de pensioendeelnemers het individueel bezwaarrecht bij invaren. De huidige situatie van de interne collectieve waardeoverdracht blijft in zulks geval in stand. Het voorgaande betekent dat ingevolge artikel 20 juncto artikel 83 lid 2 Pensioenwet de rechten van de bezwaarmakers op de interne collectieve waardeoverdracht ongewijzigd blijven. Echter, wat dient er met deze 'ongewijzigde' rechten te gebeuren? In het huidige pensioenstelsel is sprake van het verbod op ringfencing. Hieronder wordt dit verbod nader toegelicht.

Het verbod op ringfencing

In artikel 123 Pensioenwet is het verbod op ringfencing (ten aanzien van ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen) geregeld. De tekst van artikel 123 lid 1 Pensioenwet luidt thans als volgt:

Indien een ondernemingspensioenfonds of een bedrijfstakpensioenfonds meerdere pensioenregelingen uitvoert vormen deze pensioenregelingen financieel een geheel. Een algemeen pensioenfonds houdt een afgescheiden vermogen aan voor iedere collectiviteitskring.

Met een *financiële geheel* wordt bedoeld dat geen afgescheiden vermogen is toegestaan bij ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen. Uit de tweede zin van artikel 123 lid 1 Pensioenwet kan worden afgeleid dat een afgescheiden vermogen in een algemeen pensioenfonds wel is toegestaan. Met een verbod op ringfencing is geen goederenrechtelijke

²³⁷ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 150 (MvT).

afscheiding van vermogens toegestaan.²³⁸ In zulks geval is er ook geen sprake van een civielrechtelijk gescheiden vermogen. Het voorgaande is onder meer belangrijk bij een eventueel tekort bij één van de pensioenregelingen, maar ook voor de verhaal mogelijkheden van crediteuren. Zo kunnen crediteuren op het gehele vermogen van het pensioenfonds verhaal zoeken. De achtergrond van het *financiële geheel* wordt in de memorie van toelichting bij de Pensioenwet als volgt omschreven: *‘de traditionele wezenskenmerken van pensioenfonds, collectiviteit en solidariteit, tot uiting komen in alle producten die pensioenfonds aanbieden, dus zowel in de basispensioenregeling als in de vrijwillige pensioenregelingen’*.²³⁹

Het voorgaande houdt in dat een pensioenfonds meerdere pensioenregelingen mag uitvoeren, maar het pensioenfonds moet steeds waarborgen dat sprake is van één financieel geheel. Er mogen dus geen afgescheiden vermogens bestaan voor de verschillende basis- en/of aanvullende pensioenregelingen.²⁴⁰ Indien ten aanzien van een pensioenregeling een tekort ontstaat, moet het mogelijk zijn dat een dergelijk tekort wordt vermeerderd door middel van kruissubsidiëring. Met andere woorden: een dergelijk tekort moet worden bijgevuld uit de totale reserves van het pensioenfonds.²⁴¹ Door kruissubsidiëring wordt voorkomen dat de pensioenrechten en opgebouwde pensioenaanspraken worden aangetast om het ontstane tekort te compenseren.²⁴² De kruissubsidiëring wordt daarom ook wel aangemerkt als een vorm van ‘verplichte risicodeling’.²⁴³ Bovendien wordt door het verbod op ringfencing een financiële solidariteit tussen alle deelnemers van alle pensioenregelingen binnen het pensioenfonds gecreëerd.²⁴⁴ Ten aanzien van de algemene pensioenfonds geldt het verbod van ringfencing niet. In zulke pensioenfonds wordt het belangrijk gevonden om vermengingen tussen verschillende pensioenregelingen te voorkomen. Ringfencing *‘heeft tot gevolg dat als bij een van die collectiviteitskringen het kortingsinstrument wordt toegepast, de andere collectiviteitskringen binnen het algemeen pensioenfonds door dat kortingsinstrument niet worden geraakt’*.²⁴⁵ Met andere woorden: de kruissubsidiëring is bij een algemeen pensioenfonds niet toegestaan.

Afgescheiden collectiviteitskring

Door gebruik te maken van het individueel bezwaarrecht blijven de rechten van de belanghebbenden ongewijzigd. Een pensioenfonds dient in zo’n geval ingevolge artikel 123 lid 1 Pensioenwet de oude pensioenopbouw op basis van onder andere een uitkeringsovereenkomst en de nieuwe pensioenopbouw op basis van een premieovereenkomst uit te voeren. In geval van een ontstane tekort dient het pensioenfonds over te gaan tot kruissubsidiëring. Dit is echter ongewenst. Immers, de kruissubsidiëring tussen de oude en nieuwe regeling *‘kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een tekort in de ene pensioenregeling*

²³⁸ Kamerstukken II 2014/15, 34117, nr. 3, p. 12 en 9, p. 13 (MvT).

²³⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 70 (MvT).

²⁴⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 71 (MvT).

²⁴¹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 71 (MvT).

²⁴² Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 71 (MvT).

²⁴³ Kamerstukken II 2015/16, 34117, nr. 38.

²⁴⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34117, nr. 38.

²⁴⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34117, nr. 9, p. 28.

*mede moet worden gedekt, uiteindelijk, met middelen die zijn bedoeld voor de dekking van de rechten van de andere pensioenregeling.*²⁴⁶ Bij deze kruissubsidie vindt de vermeerdering plaats uit de totale reserves van het pensioenfonds. De totale reserves bestaan uit de solidariteitsreserves waar de individuele pensioenvermogens van zijn uitgezonderd.²⁴⁷ Om ongewenste kruissubsidiëring en vermenging tussen de twee overeenkomsten tegen te gaan, moet het verbod op ringfencing worden opgeheven.²⁴⁸ Door alle pensioenfonds in staat te stellen om wel een afgescheiden collectiviteitskring te hanteren, worden de hiervoor genoemde bezwaren met betrekking tot de kruissubsidiëring ondervangen. In zo'n geval worden de pensioenrechten en pensioenaanspraken van de bezwaarmakers in een aparte collectiviteitskring van hetzelfde pensioenfonds ondergebracht. Het pensioenfonds beheert deze pensioenen overeenkomstig de huidige solvabiliteitsregels. Met betrekking tot het voorgaande dient te worden opgemerkt dat dit ook wordt voorgesteld in de Wtp. Immers, alhoewel in de Wtp een standaard invaarpad wordt gehanteerd, is invaren niet verplicht. De deelnemers waarvan de pensioenen niet worden ingevaren blijven achter in gesloten pensioenregeling, waar de huidige solvabiliteitsregels voor blijven gelden.

Bij dit alternatief moet gelet worden op een aantal aandachtspunten. Ten eerste worden de collectiviteitskringen die de uitkeringsovereenkomsten beheren leeglopende panden. Deze collectiviteitskringen krijgen geen nieuwe premies binnen en dienen daarom 'conservatiever' te beleggen om de pensioenen levenslang uit te kunnen keren. Aangezien de collectiviteitskringen een ander beleid uitvoeren in het nieuwe systeem waarbij geen sprake meer is van één financieel geheel, brengt dit meer uitvoeringskosten met zich mee. Dit heeft uiteindelijk een (negatief) effect op de pensioenen van de bezwaarmakers.

Het voorgaande in aanmerking nemend, dienen de pensioendeelnemers- en gerechtigden in het geval waarbij het individueel bezwaarrecht behouden blijft, volledig en zorgvuldig te worden geïnformeerd over de mogelijke gevolgen van niet invaren. Deze informatieverplichting rust op pensioenfonds, de overheid en sociale partners. De belanghebbenden dienen weloverwogen een afweging te maken om al dan niet in te varen. Hoewel het uiteindelijke besluit hiertoe bij de belanghebbenden berust, dienen de pensioenfonds, de overheid en sociale partners hen op de mogelijke gevolgen van niet invaren te wijzen.

Afweging alternatief: behoud individueel bezwaarrecht met collectiviteitskring

De doelstellingen van de Wtp (eerder perspectief op koopkrachtiger pensioen, pensioen dat beter aansluit op de arbeidsmarkt, etc.) kan de pensioendeelnemer enkel bereiken door in te varen. Door het individueel bezwaarrecht in het nieuwe pensioenstelsel in stand te laten, blijven de pensioenen van de bezwaarmakers in de huidige pensioenregelingen. Het behoud van één financieel geheel tussen de huidige pensioenopbouw en de nieuwe pensioenopbouw stuit op bezwaren (ongewenste kruissubsidiëring en vermenging). Daarom is de enige oplossing de afschaffing van het verbod op ringfencing. In zo'n geval is het voor alle

²⁴⁶ Memorie van toelichting conceptwetsvoorstel toekomst pensioenen, p. 75.

²⁴⁷ E. Lutjens, Analyse: een financieel geheel (art. 123 Pensioenwet) in context conceptwetsvoorstel Wet toekomst pensioenen, 2021 (bijlage bij Kamerbrief over wetsvoorstel toekomst pensioenen).

²⁴⁸ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV* 2021/19, p. 3.

pensioenfondsen toegestaan om afzonderlijke collectiviteitskringen in stand te houden. Dit is echter niet wenselijk. Immers, in zo'n geval worden de collectiviteitskringen die de huidige pensioenen beheren leeglopende panden. Er is geen sprake van solidariteit tussen de pensioenregelingen die er voorheen wel was. Dit zorgt ervoor dat defensief belegd moet worden om de uitkeringsbeloftes waar te maken.

Bovendien is sprake van hogere uitvoeringskosten die een negatief effect hebben op de pensioenaanspraken en pensioenrechten. Daarbij rust op pensioenfondsen, de overheid en sociale partners een zorg- en informatieplicht jegens de pensioendeelnemers en pensioengerechtigden. Laatstgenoemden dienen voorgelicht te worden over de mogelijke (negatieve) gevolgen van het niet invaren, opdat zij een keuze kunnen maken. De hiervoor beschreven hoge inspanningsverplichtingen aan de kant van de pensioenfondsen, overheid en sociale partners, de nodige tijd en kennis die belanghebbenden nodig hebben om een welbewuste keuze te maken om al dan niet in te varen en de mogelijke negatieve gevolgen die bezwaarmakers ervaren in een afgescheiden collectiviteitskring, brengen mij tot de conclusie dat dit alternatief niet de voorkeur geniet boven invaren zonder individueel bezwaarrecht.

Situatie B: invoeren collectief bezwaarrecht met collectiviteitskring

Een alternatief op invaren zonder individueel bezwaarrecht is het invoeren van een collectief bezwaarrecht met afgescheiden collectiviteitskring. In zo'n geval wordt in plaats van individueel bezwaar, collectief bezwaar gemaakt door *'voldoende representatieve verenigingen van objectief identificeerbare groepen belanghebbenden'*.²⁴⁹ Een objectief identificeerbare groep belanghebbenden kan bestaan uit pensioendeelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden of hun nabestaanden. Indien zo'n vereniging gebruik maakt van het collectief bezwaarrecht, is dit besluit bindend voor alle leden van de desbetreffende vereniging. De belanghebbenden die bezwaar willen maken tegen het besluit om in te varen kunnen dit kenbaar maken aan de vereniging, waarna de vereniging overgaat tot het indienen van bezwaar. In zo'n geval is echter alleen de vereniging bevoegd tot het maken van bezwaar, waarbij het niet de bedoeling is dat ook individuele belanghebbenden bezwaar kunnen maken. Aangenomen wordt daarom dat individuele belanghebbenden die zich niet aansluiten bij een dergelijke vereniging geen bezwaar hebben tegen de interne collectieve waardeoverdracht.

Een collectief bezwaarrecht ondervangt enkele nadelen van het individuele bezwaarrecht. Immers, doordat alle bezwaren worden samengevoegd, kunnen de overleggen en onderhandelingen efficiënter verlopen bij een collectief bezwaarrecht.²⁵⁰ Bovendien beschikken verenigingen in het algemeen over meer deskundigheid.²⁵¹ Zo kunnen belanghebbenden bijvoorbeeld beter voorgelicht worden door verenigen bij de afweging om al dan niet over te gaan tot het maken van bezwaar tegen de interne collectieve waardeoverdracht en zijn zij beter in staat om juridische acties te organiseren. Een belangrijk aandachtspunt bij de collectieve bezwaarprocedure is dat belanghebbenden op de hoogte

²⁴⁹ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV 2021/19*, p. 5.

²⁵⁰ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV 2021/19*, p. 5.

²⁵¹ Lutjens, Maatman & Heemskerk, *TPV 2021/19*, p. 5.

moeten worden gesteld over een dergelijke collectieve procedure. Dit kan gedaan worden door de werkgevers, de overheid, sociale partners en (later) de verenigingen.

Afweging alternatief: collectief bezwaarrecht met collectiviteitskring

Een collectief bezwaarrecht geniet de voorkeur boven een individueel bezwaarrecht. Immers, nadelen die het individueel bezwaarrecht kent (zoals het voldoende tijd en kennis beschikbaar hebben om de juiste beslissingen te kunnen nemen) worden door het collectief bezwaarrecht ondervangen. Een vereniging in staat stellen om collectief bezwaar te maken tegen het invaarbesluit van het pensioenfonds, zorgt bijvoorbeeld voor meer efficiëntie. De bundeling van de bezwaren en het bijeenkomen van de belanghebbenden zorgt bovendien voor meer kennis, ervaring en het beter in staat zijn om juridische acties te organiseren. Echter, ook een collectief bezwaarrecht kent zijn nadelen. Bij een collectief bezwaarrecht wordt namens een groep een besluit genomen. De minderheid (bijvoorbeeld: slapers en/of pensioengerechtigden) *‘heeft hiermee nog steeds het gevoel dat zij slachtoffer zijn van een meerderheidsbeslissing’*.²⁵² Bovendien leidt ook hier het creëren van een afgescheiden collectiviteitskring tot bezwaren (zie hiervoor: individueel bezwaarrecht met collectiviteitskring). De situatie dat geen nieuwe premies binnenkomen, waardoor defensiever moet worden belegd, doet zich ook bij dit alternatief voor. Het hanteren van twee pensioenregelingen leidt tot hogere uitvoeringskosten en complexiteit bij pensioenfondsen. De communicatie van twee pensioenregelingen brengt bovendien verwarring bij pensioendeelnemers teweeg. Deze (mogelijke) negatieve gevolgen die pensioengerechtigden ondervinden, brengen mij daarom tot de conclusie dat het invaren zonder individueel bezwaarrecht de voorkeur geniet.

5.2.2.3.2 De collectieve waarborgen

De regering heeft ter bescherming van de belangen van pensioen- en aanspraakgerechtigden aanvullende collectieve waarborgen in de Wtp geïntroduceerd.²⁵³ Deze collectieve waarborgen dienen ter vervanging van het individueel bezwaarrecht. Kort gezegd gaat het om een systeem van inspraak waarbij sociale partners in dialoog treden met het pensioenfonds.²⁵⁴ In totaal gaat het om zes waarborgen.

1. Hoorrecht voor verenigingen van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden

Rechtsgeldige wijzigingen van de pensioenregelingen werken door in de rechtsverhouding van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Echter, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden zijn bij de beraadslagingen over de nieuwe pensioenregeling minder betrokken. Om die reden is in artikel 150g Wtp ter borging van hun belangen in de arbeidsvoorwaardelijke fase een hoorrecht voor verenigingen van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden ingevoerd. Deze verenigingen die een essentieel aantal van gewezen deelnemers c.q. pensioengerechtigden vertegenwoordigen hebben de mogelijkheid om

²⁵² *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 5, p. 2.*

²⁵³ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 221 (MvT).*

²⁵⁴ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 221 (MvT).*

gehoord of schriftelijke inbreng te geven over het transitieplan.²⁵⁵ Door de sociale partners wordt een overzicht verstrekt aan de verenigingen die zich hebben gemeld, waarin de redenen en gevolgen tot (niet) invaren worden uiteengezet. De verenigingen worden in de gelegenheid gesteld om hier een (niet-bindend) oordeel over te geven waardoor sociale partners en werkgevers de mogelijkheid hebben om deze standpunten mee te wegen bij het realiseren van het transitieplan. Volgens de regering heeft het hoorrecht twee doelen. Zo worden belanghebbenden tijdig geïnformeerd over de collectieve waardeoverdracht en worden sociale partners op de hoogte gebracht over de standpunten van alle belanghebbenden, opdat zij hier rekening mee kunnen houden.

2. Voorlegging besluit voorafgaand aan opdrachtaanvaarding

Nadat het transitieplan is vervolmaakt, dient het pensioenfonds een afweging te maken met betrekking tot het al dan niet invaren van de pensioenen. Zo wordt onder meer beoordeeld of het besluit tot invaren uitvoerbaar is en geen verboden leeftijdsonderscheid oplevert. Voordat het pensioenfonds een besluit tot opdrachtaanvaarding neemt, dient het besluit tot invaren aan belanghebbendenorganen c.q. vertegenwoordigingsorganen te worden voorgelegd.

3. Adviesrecht verantwoordingsorganen en goedkeuringsrecht belanghebbendenorganen

De verantwoordingsorganen behartigen de belangen van de belanghebbenden door middel van een adviesrecht ex artikel 150m lid 4 Wtp. Met betrekking tot belanghebbendenorganen geldt dat zij een goedkeuringsrecht hebben ter borging van de belangen van de belanghebbenden. In de adviesaanvraag dient het pensioenfonds inzicht te geven in onder meer het besluitvormingsproces en de effecten van invaren. Deze adviesaanvraag dient te zijn voorzien van een motivering. Indien het verantwoordingsorgaan een negatief advies uitbrengt, dient het pensioenfonds het besluit tot invaren te herzien. Het pensioenfonds kan na deze herziening tot hetzelfde besluit komen. Echter, in zo'n geval heeft het verantwoordingsorgaan de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer die toetst of het genomen besluit redelijk is.

In dit kader moet ook worden opgemerkt dat binnen het verantwoordingsorgaan verschillende geledingen verschillend kunnen oordelen over het beoogde invaarbesluit. In het geval dat een geleding een negatief advies geeft, terwijl de meerderheid van het verantwoordingsorgaan positief staat tegenover het voorgenomen besluit dient het pensioenfonds de werkgever c.q. sociale partners te vragen hun invaarverzoek in heroverweging te nemen.²⁵⁶

4. Intern toezicht

Bij de besluitvorming van het pensioenfonds is een belangrijke rol weggelegd voor het intern toezicht van het pensioenfonds. Ingevolge artikel 150m lid 3 Wtp houdt het intern toezicht

²⁵⁵ Transitieplan: werkgever en werknemer of sociale partners stellen nadat ze hebben besloten dat de pensioenregeling wordt gewijzigd en dat er zal worden ingevaren een transitieplan op. Hierin worden alle keuzes, overwegingen en berekeningen met betrekking tot de nieuwe pensioenregeling en de beslissingen omtrent het invaren vastgelegd.

²⁵⁶ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 83 (MvT).*

van het pensioenfonds toezicht op de besluitvorming van het pensioenfonds en beoordeelt of alle relevante informatie is meegewogen in het uiteindelijke besluit. Met betrekking tot de collectieve waardeoverdracht is aan het intern toezicht een belangrijke en expliciete rol toegedicht. Zo wordt ‘voor alle vormen van intern toezicht voorgesteld dat het bij het oordeel over de evenwichtige belangenafweging door het fonds nadrukkelijk ook toeziet op de besluitvorming bij invaren.’ Aan het verantwoordingsorgaan en in het jaarverslag dient hierover expliciet verantwoording te worden afgelegd. Daarbij krijgt de raad van toezicht een aparte goedkeuringsrecht op het voorgenomen besluit tot invaren door het bestuur.

5. Verbodsbevoegdheid

Voordat een pensioenfonds een besluit tot invaren neemt, dient deze op grond van artikel 150m lid 2 Wtp eerst het voornemen ter toetsing voor te leggen aan de toezichthouder: DNB. DNB beoordeelt de financiële effecten van het collectief invaren. Door pensioenfondsen dient gemotiveerd te worden of en zo ja, hoe aan de verplichting tot evenwichtige belangenbehartiging is voldaan en hoe de negatieve effecten van de collectieve waardeoverdracht worden ondervangen. Bovendien toetst de toezichthouder de zorgvuldigheid en de transparantie van het besluitvormingsproces. Hieronder wordt begrepen of het pensioenfonds de effecten en gevolgen van het invaren duidelijk heeft gecommuniceerd met de belanghebbenden. Indien de toezichthouder gebruik maakt van zijn verbodsbevoegdheid, geldt deze voor onbepaalde tijd. Het pensioenfonds kan hiertegen echter bezwaar maken en daarna eventueel beroep instellen bij de rechter. In de huidige pensioenstelsel kan een individuele belanghebbende dit ook, maar dat wordt met de inwerkingtreding van de Wtp afgeschaft (zie paragraaf 3.2.3 van deze scriptie).

6. Geschillenbeslechting

Tot slot hebben de belanghebbenden en het verantwoordingsorgaan de mogelijkheid om naar de rechter te stappen. Zoals hiervoor is uiteengezet kan het verantwoordingsorgaan een beroep bij de Ondernemingskamer instellen indien het pensioenfonds afwijkt van een negatief advies tot het collectief invaren. Ook belanghebbenden kunnen naar de civiele rechter gaan indien zij van mening zijn dat de interne collectieve waardeoverdracht van zijn/haar pensioen een onevenredig nadeel teweegbrengt.

5.2.2.3.3 Afschaffing individueel bezwaarrecht: gerechtvaardigd inbreuk?

In het voorgaande is onderzocht of de afschaffing van het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht een gerechtvaardigde inbreuk is in het eigendomsrecht van pensioendeelnemers. Kort samengevat is tot de volgende conclusie gekomen:

Inbreuk moet bij wet zijn voorzien

Voldaan, de interne collectieve waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht wordt in artikel 150m Wtp respectievelijk artikel 150l Wtp geregeld.

Algemeen belang

Voldaan, de afschaffing van het individueel bezwaarrecht wordt onderbouwd met sociaaleconomische argumenten. Niet invaren zal onder meer zorgen voor ingewikkeldheid bij de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel.

Evenredigheid

De laatste vraag is of de afschaffing van het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht de evenredigheidstoets zal doorstaan. Door de afschaffing van het individueel bezwaarrecht wordt een (forse) inbreuk op het eigendomsrecht van de pensioendeelnemer gemaakt. De pensioendeelnemer heeft namelijk in feite niets (meer) te zeggen over de overdracht van zijn/haar opgebouwd pensioen.

Volgens de regering wordt het individueel bezwaarrecht in het belang van de pensioendeelnemer afgeschaft. De regering wil zo veel mogelijk voorkomen dat de pensioendeelnemer achterblijft in het oude pensioenstelsel, omdat hierdoor *‘de overgang naar het nieuwe stelsel niet volledig wordt gerealiseerd’*.²⁵⁷ Invaren is dus volgens de regering belangrijk, omdat alleen dan de doelstellingen van het nieuwe pensioenstelsel (binnen afzienbare tijd) kunnen worden gerealiseerd. Het in stand laten van het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht doet afbreuk aan deze doelstellingen. In zo’n geval blijven de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten namelijk in de oude pensioenregeling. Een pensioenfonds dient dan meerdere pensioenregelingen en pensioenadministraties uit te voeren, welke zorgt voor onder meer hogere uitvoeringskosten. Bovendien kan een pensioendeelnemer enkel in het nieuwe pensioenstelsel een transparanter en persoonlijker pensioen krijgen.

Ik volg de argumentatie van de regering, mede omdat in paragraaf 5.2.2.3.1 van deze scriptie is onderzocht of volwaardige alternatieven voorhanden zijn om het gewenste doel te realiseren en deze vraag ontkennend is beantwoord. Alhoewel het belang van de pensioendeelnemer zeker niet onderschat moet worden, is het ter realisering van de doelstellingen van de Wtp belangrijk dat ook de opgebouwde pensioenen invaren in het nieuwe pensioenstelsel. Een collectieve waardeoverdracht met instandhouding van het individueel bezwaarrecht is (bijna) onmogelijk. Het zorgt namelijk voor veel ingewikkeldheid, kosten en zal bovendien (op de lange termijn) in het nadeel van de pensioendeelnemer zijn. Zie in dit verband ook paragraaf 3.3.3 van deze scriptie, waarin de voor- en nadelen van de afschaffing van het individueel bezwaarrecht tegen elkaar zijn afgewogen.

Een belangrijk aandachtspunt is of de afschaffing van het individueel bezwaarrecht een ontneming of regulering van het eigendomsrecht is. Volgens de regering is sprake van een regulering, omdat het individueel bezwaarrecht wordt vervangen door collectieve waarborgen. Ik ben van oordeel dat de afschaffing van het individueel bezwaarrecht een ontneming van eigendom is. Immers, door middel van de collectieve waarborgen kan een belanghebbende geen direct invloed op het invaarbesluit uitoefenen, terwijl de belanghebbende dat met het individueel bezwaarrecht wel kan. De vaststelling of de inbreuk op het eigendomsrecht

²⁵⁷ Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 5, p. 2.

ontneming of regulering is belangrijk, omdat de ontneming van eigendom onderworpen is aan een zwaardere toets. Ingevolge artikel 17 lid 1 EU Handvest dient het verlies namelijk op billijke wijze te worden vergoed, het voorgaande geldt ook op grond van artikel 1 Protocol 1 EVRM blijkens de rechtspraak.²⁵⁸ Voor een gerechtvaardigde inbreuk dient bij de ontneming van het eigendom dus te worden voorzien in schadevergoeding of compensatie.

Aangezien de regering de afschaffing van het individueel bezwaarrecht als regulering heeft aangemerkt is in de memorie van toelichting op de Wtp (en ook in latere stukken) geen aandacht besteedt aan een financiële compensatie. In dit kader is wel van belang dat de regering weliswaar het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht afschaft, maar deze vervangt (oftewel compenseert) met verschillende collectieve waarborgen (zie paragraaf 5.2.2.3.2). Bovendien is van belang om op te merken dat de regering ter bescherming van de rechtspositie van de belanghebbende zowel de huidige interne klachten- en geschillenprocedure met de Wtp heeft verstevigd, als in een onafhankelijke buitengerechtelijke geschillenprocedure heeft voorzien. Naast deze procedures blijft het voor de belanghebbende mogelijk om kwesties omtrent het invaren aan de rechter voor te leggen.

Ter afsluiting: het individueel bezwaarrecht vormt een hindernis om collectief en volledig invaren in het nieuwe pensioenstelsel mogelijk te maken. Ter realisering van de doelen van het nieuwe pensioenstelsel en ter borging van de belangen van de pensioendeelnemer is het nodig dat het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht wordt afgeschaft. De afschaffing van het individueel bezwaarrecht is naar mijn oordeel (anders dan die van de regering) een ontneming van het eigendomsrecht welke dient te worden gecompenseerd. Om te kunnen spreken van een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht, dient de overheid daarom het verlies van het eigendom te vergoeden. In dat geval zal naar verwachting deze eigendomsinbreuk de evenredigheidstoets doorstaan, mede omdat wordt voorzien in collectieve waarborgen, geen andere volwaardige alternatieven voorhanden zijn en de gang naar de rechter openstaat ter beoordeling van de individuele situatie.

5.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de vijfde deelvraag:

‘Voldoet de interne collectieve waardeoverdracht zoals vormgegeven in de Wet toekomst pensioenen aan de normen van het eigendomsrecht?’

In dit hoofdstuk is onderzocht of het invaren zonder individueel bezwaarrecht een inbreuk vormt op het eigendomsrecht van artikel 1 Protocol 1 EVRM respectievelijk artikel 17 EU Handvest. Anders dan de voorgaande hoofdstukken is tussentijds een antwoord gegeven op deze deelvraag in paragraaf 5.1.3.3 en paragraaf 5.2.2.3.3. Om herhaling te voorkomen wordt daarom naar deze twee paragrafen verwezen.

²⁵⁸ EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*), r.o.v. 54.

6. De normadressaat

Aan het reguleren van het eigendomsrecht stelt zowel artikel 1 Protocol 1 EVRM als artikel 17 EU Handvest geen verdere eisen (ook geen vereiste van een billijke vergoeding). Echter, indien de pensioendeelnemer een onevenredige last ondervindt door de interne collectieve waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht kan laatstgenoemde een schadevergoeding claimen voor de ondervonden last. Wie kan de pensioendeelnemer in zo'n geval aanspreken? In de Wtp schaft de wetgever weliswaar het individueel bezwaarrecht af, maar het is niet de wetgever die beslist of ingevaren wordt in het nieuwe pensioenstelsel. In de memorie van toelichting op de Wtp blijkt namelijk dat de keuze om in te varen een specifieke keuze van de sociale partners is en uit artikel 150m lid 1 Wtp blijkt dat het de werkgever is die het pensioenfonds een verzoek tot waardeoverdracht doet. In dit geval zijn verschillende partijen betrokken bij de interne collectieve waardeoverdracht. Dit roept twee vragen op: 1) wie maakt inbreuk op het eigendomsrecht van de pensioendeelnemer? 2) tegen wie kan de pensioendeelnemer de eigendomsbescherming invoeren? Is dat de overheid, sociale partners, werkgever en/of het pensioenfonds?

6.1 De overheid

De regering schaft in de Wtp het individueel bezwaarrecht bij de interne collectieve waardeoverdracht af. Dit is een inbreuk bij wet. Door de afschaffing van het individueel bezwaarrecht maakt de regering inbreuk op de gerechtvaardigde verwachting dat pensioenaanspraken niet zonder individueel bezwaarrecht kunnen worden ingevaren in een ander pensioenregeling (zie artikel 83 Pensioenwet). Dit is een inbreuk op het eigendomsrecht van de pensioendeelnemer door de overheid.

De invaarbeslissing is echter een besluit van de sociale partners en pensioenfondsen; er bestaat namelijk geen wettelijk besluit/verplichting tot invaren. Hoewel de beslissing om al dan niet in te varen een besluit van de hiervoor vermelde private partijen is, blijft het de taak van de overheid om ook in zo'n geval het genot van eigendom voldoende te beschermen.²⁵⁹ Zo heeft de overheid de verplichting om *'gerechtelijke procedures aan te bieden die de vereiste procedurele waarborgen bieden, zodat de nationale rechtbanken effectief en eerlijk kunnen beslissen in het licht van de toepasselijke wetgeving'*.²⁶⁰ Hieruit volgt dat de overheid de eigendomsbescherming dient te waarborgen, ook indien het gebruik van eigendom niet door de overheid zelf, maar door private partijen wordt 'gestoord'. De overheid dient op grond van deze verplichting de nationale rechter in staat te stellen om te toetsen of het eigendomsrecht van artikel 1 Protocol 1 EVRM en/of artikel 17 EU Handvest voldoende is gewaarborgd. De nationale rechter dient in de gelegenheid gesteld te worden om 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.'*²⁶¹

²⁵⁹ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 50.

²⁶⁰ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 50.

²⁶¹ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 48.

De overheid kan aansprakelijk gesteld worden, indien zij niet in voldoende mate het genot van eigendom beschermt door procedurele waarborgen te treffen. Dit geldt ook wanneer niet de overheid, maar private partijen afspraken maken over de pensioenaanspraken. Dat is het geval bij invaren. In het kader van de interne collectieve waardeoverdracht zijn namelijk twee besluiten nodig. Eén besluit van de sociale partners om in te varen en één besluit van de pensioenuitvoerder, want laatstgenoemde moet akkoord gaan met het invaarbesluit. De overheid heeft bij het besluit van de sociale partners de verplichting om te waarborgen dat geen ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op het ongestoord genot van het eigendom. Echter, op grond van artikel 11 EVRM, artikel 16 Handvest en ILO-verdragen ligt de verantwoordelijkheid van de besluitvorming bij de sociale partners. In beginsel dient de overheid het invaarbesluit van de sociale partners daarom te respecteren.²⁶² Desalniettemin is het de taak van de overheid om gerechtelijke procedures aan te bieden. De overheid heeft deze taak volbracht in de Wtp. Belanghebbenden hebben namelijk de mogelijkheid om naar de civiele rechter te stappen, indien zij van mening zijn dat de collectieve waardeoverdracht hun pensioen onevenredig benadeelt. Het voorgaande in aanmerking nemend kan daarom gesteld worden dat de overheid haar verplichting om procedurele waarborgen te treffen is nagekomen.

Kan de pensioendeelnemer de overheid aansprakelijk stellen indien zijn/haar pensioen op de pensioendatum door de interne collectieve waardeoverdracht in hoge mate minder blijkt te zijn dan vóór de waardeoverdracht het geval zou zijn? Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. Immers, hoewel de overheid niet zelf het invaarbesluit neemt, faciliteert en bevordert zij wel dat de huidige pensioenen worden ingevaren naar een nieuwe premieregeling. De pensioendeelnemer kan daarom na het uitputten van de nationale procedures een beroep doen op artikel 1 Protocol 1 EVRM bij het EHRM of artikel 17 EU Handvest en de Nederlandse Staat aansprakelijk stellen en schadevergoeding claimen.

6.2 De sociale partners, pensioenfondsen en de werkgever

Zoals reeds uiteengezet is de invaarbeslissing een besluit van de sociale partners en pensioenfondsen. Er bestaat daarom een risico dat gepensioneerden en aanspraakgerechtigden de sociale partners, het pensioenfonds en/of de werkgever aansprakelijk stellen vanwege het besluit tot de interne collectieve waardeoverdracht. Kan dat?

6.2.1 Artikel 1 Protocol 1 EVRM

Voor de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest. Immers, in beginsel kunnen EVRM-rechten niet in directe horizontale verhoudingen (burger-burger verhoudingen) worden ingeroepen. De rechten die in het EVRM zijn neergelegd, richten zich in beginsel tot de verdragsstaten, dus tot de Nederlandse Staat. Dit wordt ook wel de verticale werking genoemd. Echter, uit de rechtspraak blijkt dat artikel 1 Protocol 1 EVRM ook in de relatie burger/burger een rol speelt.²⁶³ De nationale rechter kan namelijk gedwongen worden om het nationale recht

²⁶² Lutjens, *TPV* 2020/20, p. 8.

²⁶³ Barkhuysen, Van Emmerik & Ploeger 2005, p. 43 e.v. en p. 105 e.v.; bijv. HR 21 december 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD2684, *NJ* 2005, 95 (*Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV*).

verdragsconform te interpreteren in een geschil tussen particulieren.²⁶⁴ In zo'n geval wordt de nationale rechter gedwongen een rechtsregel buiten beschouwing te laten, indien het gebruik van de regel tot schending van het verdragsartikel leidt. Dit wordt ook wel de indirecte horizontale werking van het EVRM genoemd. In de praktijk komt het voorgaande erop neer dat in een rechtsgeschil tussen de burger en de pensioenuitvoerder een beroep op artikel 1 Protocol 1 EVRM mogelijk is via de open norm van de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW en art. 6:248 BW). De norm van de redelijkheid en billijkheid vloeit voort uit het in artikel 7:611 BW neergelegde goed werkgever- en werknemerschap.²⁶⁵ Volgens Hartkamp zijn er vijf mogelijkheden om artikel 1 Protocol 1 EVRM in horizontale verhoudingen te toetsen:

1. *Via het leerstuk van de positieve verplichtingen voor verdragsstaten ex art. 1 EVRM.*
2. *Via een verzoek aan het EHRM te oordelen of een specifieke nationale rechterlijke uitspraak over een privaatrechtelijk geschil al dan niet in strijd is met bepalingen in het EVRM.*
3. *Via een beroep in een civielrechtelijke procedure op adequate rechtsbescherming tegen een inbreuk op het recht in art. 1 Protocol 1 EVRM.*
4. *Via de interpretatie van een verdragsbepaling in het licht van art. 1 Protocol 1 EVRM.*
5. *Doordat de nationale rechter in rechtsverhoudingen tussen particulieren aan verdragsbepalingen een passende werking kan verlenen via de open normen van privaatrecht.*²⁶⁶

6.2.2 Artikel 17 EU Handvest

Kunnen pensioendeelnemers het pensioenfonds en sociale partners aanspreken op grond van artikel 17 EU Handvest? Deze vraag is door rechtsgeleerden verschillend beantwoord. Zo heeft artikel 17 EU Handvest volgens Van Meerten en Maatman onder omstandigheden een horizontale werking.²⁶⁷ Dat is het geval indien de bepaling 'voldoende nauwkeurig is en geen nadere uitwerking behoeft'.²⁶⁸ Volgens Van Meerten is artikel 17 lid 1 EU Handvest voldoende nauwkeurig en behoeft geen nadere uitwerking en heeft daarom een horizontale werking.²⁶⁹

Tangelder heeft deze vraag toegespitst op het bedrijfstakpensioenfonds. Zo kan volgens Tangelder de pensioendeelnemer '*zijn bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 17 Handvest aanspreken omdat het bedrijfstakpensioenfonds geldt als 'de staat' volgens het Unierecht*'.²⁷⁰ Het bedrijfstakpensioenfonds is namelijk op grond van artikel 13 Wet Bpf 2000 een privaatrechtelijke rechtspersoon (stichting) die met openbaar gezag is bekleed. Uit het Marshall arrest blijkt dat privaatrechtelijke rechtspersonen die met openbaar gezag zijn

²⁶⁴ Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 17.

²⁶⁵ Asser/Lutjens 7-XI 2016, nr. 112.

²⁶⁶ Asser/Hartkamp 3-I 2015, nr. 221, 222 en 225; Van der Poel, TPV 2018/29, p. 13.

²⁶⁷ Van Meerten, TPV 2014/24, p. 5; Heemskerk 2020, par. 5.17.2.

²⁶⁸ HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (AMS).

²⁶⁹ Van Meerten, TPV 2014/24, p. 6.

²⁷⁰ Tangelder, TPV 2022/3, p. 7.

bekleed gekenmerkt worden als ‘de staat’.²⁷¹ Het voorgaande betekent dat burgers het bedrijfstakpensioenfondsen kunnen aanspreken, omdat inbreuk is gemaakt op het eigendomsrecht. Bovendien dient in dit verband te worden opgemerkt dat een verticale verhouding een horizontale verhouding uitsluit.²⁷² Aangezien het bedrijfstakpensioenfondsen op grond van het Marshall arrest als ‘de staat’ wordt gekenmerkt, is in zo’n geval sprake van een verticale verhouding en niet van een horizontale verhouding.

Het voorgaande roept echter de vraag op hoe het zit met de overige pensioenuitvoerders. Volgens Tangelder kunnen ook de overige pensioenuitvoerders als ‘de staat’ worden aangemerkt en daarom door burgers aansprakelijk gesteld worden wegens inbreuk op het eigendomsrecht ex artikel 17 EU Handvest. Uit de arresten Foster/Farrel blijkt namelijk dat er twee alternatieve voorwaarden zijn om te bepalen of een eenheid aan de staat wordt gelijkgesteld. Het eerste criterium is of *‘er lichamen/entiteiten zijn die onder gezag of toezicht van de staat staan’* en het tweede criterium is of er *‘lichamen en entiteiten zijn waaraan een taak van algemeen belang is toevertrouwd en daartoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikken dan die welke voortvloeien uit de regels die in betrekkingen tussen particulieren gelden’*.²⁷³ Aangezien alle pensioenuitvoerders onder de toezicht van de staat staan (zie: eerste voorwaarde), kunnen de pensioenuitvoerders op die grond worden gelijkgesteld aan ‘de staat’. Het voorgaande verdient enige nuancering, aangezien (nog) niet duidelijk is in welke mate een pensioenuitvoerder onder gezag/toezicht van de pensioenuitvoerder moet staan om aan ‘de staat’ te worden gelijkgesteld.²⁷⁴ Dit zal door het HvJ verder moeten worden uitgewerkt. Het voorgaande kan ook doorgetrokken worden tot de sociale partners. Ook zij kunnen door belanghebbenden aansprakelijk worden gesteld, als blijkt dat zij ten onrechte hebben meegewerkt aan het invaren.²⁷⁵

Ook de werkgever kan door belanghebbenden worden aangesproken wegens inbreuk in het eigendomsrecht. Het is namelijk de werkgever die een verzoek tot collectieve waardeoverdracht doet. De belanghebbenden kunnen stellen dat de werkgever door een dergelijke verzoek in te dienen, onrechtmatig handelt, omdat het pensioen hierdoor is verslechterd.²⁷⁶ Ook de in artikel 7:611 neergelegde goed werkgeverschap kan in dit verband een rol spelen.

²⁷¹ HvJ EU 26 februari 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (Marshall).

²⁷² HvJ EU 26 februari 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (Marshall).

²⁷³ HvJ EU 12 juli 1990, C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313 (Foster); HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (Farrell).

²⁷⁴ Tangelder, TPV 2022/3, p. 7.

²⁷⁵ H. van Meerten, Position paper hoorzitting/rondetafelgesprek Pensioenakkoord (deel II), 2020.

²⁷⁶ Boeijen e.a., Netspar Design Paper 2019.

6.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de zesde deelvraag:

‘Wie is de normadressaat van de pensioendeelnemer indien sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk in het eigendomsrecht?’

De pensioendeelnemer kan met betrekking tot artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest de overheid direct aanspreken (verticale werking). Dit kan op twee gronden. Ten eerste wordt het individueel bezwaarrecht afgeschaft met de Wtp. Door de afschaffing van het individueel bezwaarrecht maakt de regering inbreuk op de gerechtvaardigde verwachting dat pensioenaanspraken niet zonder individueel bezwaarrecht kunnen worden ingevaren in een ander pensioenregeling. Dit is een inbreuk op het eigendomsrecht van de pensioendeelnemer door de overheid. Indien dit niet kan worden gerechtvaardigd of indien het wel kan worden gerechtvaardigd, maar het individu een onevenredig zware last ondervindt, dient de overheid dit te compenseren. Het individu kan de overheid ook aanspreken wegens de invaarbeslissing. De invaarbeslissing is weliswaar een besluit van de sociale partners en pensioenfondsen, maar het blijft de taak van de overheid om ook in zo’n geval het genot van eigendom voldoende te beschermen.²⁷⁷ Daarenboven kunnen ook de sociale partners, het pensioenfonds en de werkgever door het individu worden aangesproken. Dit kan door de indirecte horizontale werking van artikel 1 Protocol 1 EVRM en/of door een beroep te doen op artikel 17 EU Handvest.

²⁷⁷ EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*), r.o.v. 50.

7. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht in hoeverre het eigendomsrecht van pensioendeelnemers ex artikel 17 lid 1 EU Handvest en artikel 1 Protocol 1 EVRM wordt aangetast door de interne collectieve waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht zoals neergelegd in het wetsvoorstel van de WTP.

Na onderzoek is gebleken dat zowel de pensioenaanspraken en pensioenrechten als het individueel bezwaarrecht onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip van artikel 1 Protocol 1 EVRM respectievelijk artikel 17 lid 1 EU Handvest vallen. Een inbreuk hierop is in beginsel niet toegestaan, tenzij sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk. In hoofdstuk 5 is eerst onderzocht of de wijziging van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst (het invaren) kan worden gerechtvaardigd. Het antwoord hierop is in beginsel: ja. Echter, dit verdient nuancering. Immers, het antwoord op deze vraag kan pas op de pensioendatum van de pensioengerechtigde worden gegeven. Pas op dat moment kan worden beoordeeld of sprake is van een onevenredig zware last. Indien sprake is van een dergelijke last dient daar een compensatie voor te worden geboden. In hoofdstuk 6 is uiteengezet wie de pensioendeelnemer kan aanspreken indien hij/zij meent dat er sprake is van een inbreuk in zijn eigendomsrecht. Met betrekking tot het invaren op zich wordt geconcludeerd dat het in beginsel niet in strijd is met het eigendomsrecht zoals neergelegd in artikel 1 Protocol 1 EVRM en artikel 17 EU Handvest. Dit is echter anders als de pensioendeelnemer op de pensioendatum een onevenredig zware last ondervindt door de regulering van zijn eigendomsrecht en hier geen compensatie voor krijgt. In zo'n geval is namelijk sprake van een inbreuk op het eigendomsrecht (op individuele basis). Dit is echter, zoals eerder opgemerkt, een beoordeling die pas achteraf kan plaatsvinden.

In hoofdstuk 5 is vervolgens onderzocht of de afschaffing van het individueel bezwaarrecht kan worden gerechtvaardigd. Ook deze vraag kan in beginsel bevestigend worden beantwoord. Met betrekking tot de afschaffing van het individueel bezwaarrecht is tot de conclusie gekomen dat de afschaffing een ontneming van eigendom is. Om te kunnen spreken van een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht, dient de overheid daarom het verlies van het eigendom te vergoeden. In dat geval zal naar verwachting deze eigendomsinbreuk worden gerechtvaardigd, mede omdat de inbreuk bij wet is voorzien, sprake is van een algemeen belang, voorzien wordt in collectieve waarborgen ter vervanging van het individueel bezwaarrecht, geen andere volwaardige alternatieven voorhanden zijn en de gang naar de rechter openstaat.

Uit het voorgaande blijkt dat er momenteel geen sluitend antwoord op de hoofdvraag van deze scriptie kan worden gegeven. Veel is nog onzeker en zal pas na de inwerkingtreding van de Wtp bekend worden. De overgang naar een nieuw pensioenstelsel is allesbehalve eenvoudig, aangezien er veel bij komt kijken. Met betrekking tot de eigendomsrechten dient de regering enerzijds ervoor te zorgen dat het nieuwe pensioenstelsel zo optimaal mogelijk functioneert, terwijl het anderzijds rekening moet houden met de belangen van de pensioendeelnemer. De beslissing dat wordt genomen, zal niet bij iedereen in goede aarde vallen, maar vroeg of laat moet de kogel door de kerk.

8. Literatuurlijst

1. Asser/Hartkamp 3-I 2015, nr. 221, 222 en 225.
2. Asser/Lutjens 7-XI 2019/7.
3. T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus*, 2011.
4. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2005.
5. D. Boeijen e.d., 'Compensatie bij afschaffing doorsneesystematiek', *Netspar Design Paper* 135, 2019.
6. Brief van Staatssecretaris Klijnsma van 11 december 2014, p. 4.
7. E. Lutjens (red.), 'Pensioen in de toekomst. Reactie op SER-advies: nog niet klaar voor de Toekomst', *TPV* 2015/10.
8. K.P. Goudswaard (2014), *'Blijft het Nederlandse pensioenstelsel bijzonder?'*, Kluwer: Den Haag 2014.
9. Y. Haeck, 'Artikel 1 Eerste Protocol', in: *Handboek EVRM*, Antwerpen Oxford, deel II, 2004.
10. Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM, Kcbr.
11. M. Heemskerk & J. Tangelder, 'Pensioen wijzigen: klem tussen eigendomsrechten vetorecht?', *PensioenMagazine* 2016/150.
12. H.M. Kappelle, Reader Fiscaal Pensioenrecht.
13. E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV* 2020/20.
14. E. Lutjens, R.H. Maatman & M. Heemskerk, 'Invaren pensioenen: alternatieven voor afschaffing individueel bezwaarrecht', *TPV* 2021/19.
15. E. Lutjens, 'De toekomst van het pensioenakkoord: de juiste afslag?', *TPV* 2020/1.
16. R.H. Maatman & E.M.T. Huijzer, 'Invaren onder het Handvest', *TPV* 2015/32.
17. H. van Meerten & A.I. Faber, 'Het pensioenakkoord lijkt een feit. Nu het (verplicht) invaren nog', *UU (opinie)* 2020.
18. H. van Meerten, 'Invaren: ten onrechte geen aandacht voor het Handvest', *TPV* 2014/24.
19. H. van Meerten, Het nieuwe pensioenakkoord Enkele EU aspecten, TK Rondetafel III, 31 mei 2022.

20. H. van Meerten, 'Putting sand in the Dutch Pension 'Clockwork Orange': The YS case', *EULawLive* 2020.
21. L. Metselaar, A. Nibbelink, P. Zwaneveld, *Nieuwe pensioenregels: effecten en opties van het doorontwikkelde contract en een overgang naar een vlak premiepercentage*, Kluwer: Den Haag 2020.
22. M.J.C.M. van der Poel, Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen, *TPV* 2018/29.
23. *Publicatieblad van de Europese Unie* C 303/17 - 14.12.2007.
24. H.J.Th.M. Roosmalen & A. Pahladsingh, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: beweging in de rechtspraak', *NTER*, nr. 3, 2013.
25. A. Schild, 'De betekenis van artikel 1 eerste protocol voor het ondernemingsrecht', *NTM/NJCM-bull* 2007.
26. M. Schilstra & T. Jaegers, 'Een toekomst bestendig pensioen, een reële optie of illusie?', *vba beleggingsprofessionals*, nr. 106.
27. G.M.C.M. Staats & B. Starink, 'Het conceptwetsvoorstel Wet toekomst pensioenen', *Weekblad fiscaal recht* 2021/42.
28. J.R.C. Tangelder, 'Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bij transitie aansprakelijk voor schending eigendomsrecht?', *TPV* 2022/3.
29. J.R.C. Tangelder, 'De deelnemersverhouding civielrechtelijk ontrafeld', *TPV* 2017/5.
30. J.R.C. Tangelder, 'Naar een duidelijk eigendomsbegrip', *Netspar design paper* 2018/107.

9. Jurisprudentielijst

EHRM

1. EHRM 5 november 1981, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578 (*Ashingdane judgment*).
2. EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Het Verenigd Koninkrijk*).
3. EHRM 19 december 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:06453JUD000621908 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*).
4. EHRM 22 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0513JUD000621908 (*Hentrich/Frankrijk*).
5. EHRM 23 februari 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0223JUD001537589 (*Gasus Dosier – und Fördertechnik GMBH/Nederland*).
6. EHRM 20 november 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1120JUD001784991 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./Belgie*).
7. E; EHRM 29 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*) NJ 1999/649.
8. EHRM 5 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, NJ 2000, 571 (*Beyeler/Italië*).
9. EHRM 26 september 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0525JUD005817013 (*Andrews/Verenigd Koninkrijk*).
10. EHRM 19 oktober 2000, 31227/96 (*Ambruosi/Italië*).
11. EHRM 26 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1026JUD003098596 (*Hasan and Chaush/Bulgaria*).
12. EHRM 15 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1213JUD005308013 (*Aunola v. Finland*).
13. EHRM 25 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399, RJD 2002 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*).
14. EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (*Oneryildiz/Turkije*).
15. E EHRM 2 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004672099 (*Von Maltzan e.a./Duitsland*).
16. EHRM 15 november 2005, 44302/02 (*Oxford Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*).
17. EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999 (*Capital Bank AD/Bulgarije*).

18. EHRM 6 maart 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1025JUD000203304 (*Laloyaux/België*).
19. EHRM 11 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901 (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*).
20. EHRM 29 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD003404402 (*Depalle/Frankrijk*).
21. EHRM 2 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0202JUD004243005 (*Aizpurua Ortiz/Spanje*).
22. EHRM 3 juni 2014, nr. 43331/12, punt 20 (*Velikoda/Oekraïne*).

HvJ

1. HvJ EU 26 februari 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall*).
2. HvJ EU 12 juli 1990, C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313 (*Foster*).
3. HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*).
4. HvJ EU 25 april 2013, C-477/12, ECLI:EU:C:2014:233 (*Hogan e.a.*),
5. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*AMS*).
6. HvJ EU 13 juni 2017, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 (*Florescu e.a.*).
7. HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (*Farrell*).
8. HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (*YS*).
9. HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:356 (*YS*).

Nationale rechtspraak

1. HR 21 december 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD2684, NJ 2005, 95. (*Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV*).
2. HR 16 november 2002, NJ 2002, 469 (*Varkensrechten*).
3. HR 15 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW3780.
4. HR 12 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:379.
5. ABRvS 14 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:709.
6. Hof Amsterdam 11 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3805.
7. Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851.