

Jaar 2020 | Uitgave 39
Datum 13 mei 2020

Nieuwsbrief Pensioenrecht

In deze aflevering:

*Invaren en
eigendomsrecht*



Expertisecentrum Pensioenrecht

Een opiniestuk van Prof. dr. Erik Lutjens en mr. Monique van der Poel



Prof. dr. Erik Lutjens
Hoogleraar Pensioenrecht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid *Vrije Universiteit Amsterdam*
Expertisecentrum Pensioenrecht
De Boelelaan 1077 - Initium
1081 HV Amsterdam
T (020) 59 86268 | M 06 52 418408 |
E e.lutjens@vu.nl |
I: www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht/

Advocaat bij]
DLA Piper Nederland N.V.
Amstelveenseweg 638
1081 JJ Amsterdam
P.O. Box 75258
1070 AG Amsterdam –
M 06 52 418408
E erik.lutjens@dlapiper.com

Collectief invaren pensioen: geen noodzaak, wel juridisch houdbaar- niet strijdig met het eigendomsrecht

Wij zijn het daar niet mee eens. Onze opvatting samengevat:

- Pensioen is een eigendomsrecht
- Regulering van dit eigendomsrecht in het algemeen belang mag, indien dit evenredig gebeurt
- Hervorming van het pensioenstelsel is een valide reden om de eigendom van de pensioenaanspraken – en rechten te reguleren
- Invaren tast het eigendomsrecht in beginsel niet in de kern aan
- Een direct in de wet vastgelegd invaarplicht is echter niet bij voorbaat voor alle situaties gerechtvaardigd; het pensioenakkoord noopt hier ook niet toe
- Een andere optie is om het huidige individuele bezwaarrecht tegen waardeoverdracht te vervangen door collectieve besluitvorming door sociale partners
- Dan is er geen ingrijpen door de wet, maar door (collectieve) overeenkomst, dan zal er niet snel een inbreuk op eigendom zijn,
- Zo'n overeenkomst moet ook evenredig zijn
- Een landelijke juridische en actuariële toetsingscommissie met onafhankelijke deskundigen moet de evenredigheid van het collectief invaren kunnen toetsen

Prof. dr Erik Lutjens, hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en Mr. Monique van der Poel, promovendus bij het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit. Zij is hiernaast onder meer lid van de voorbereidingsgroep van de stuurgroep die het toekomstige pensioencontract uitwerkt, maar schrijft dit artikel in hoedanigheid van wetenschapper.

Uitgebreide toelichting hieronder

Pensioen is eigendomsrecht

Op opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten rust een eigendomsrecht. Daar is geen twijfel over. Het recht op eigendom is beschermd in art. 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EP) en art. 17 Handvest van de Grondrechten van de EU (EU-Handvest). Eigendom is geen absoluut recht. Zowel ontneming als regulering van eigendom is toegestaan, mits de beperking van de eigendom in het algemeen belang is en bij wet is voorzien.

Voorwaarden voor ontnemen en reguleren

Het EU-Handvest verbindt aan *ontneming* van eigendom de voorwaarde dat het verlies van eigendom op “billijke wijze wordt vergoed”. Van Rooyen merkt in zijn vragen op dat het EP deze eis niet kent en vraagt of de minister heeft nagedacht over het regelen van de vergoeding. Hier is sprake van een denkfout. Ook volgens rechtspraak over het EP is een “redelijke compensatie” noodzakelijk om de ontneming van eigendom te kunnen rechtvaardigen. Volgens art. 17 EU-Handvest is een billijke vergoeding daarentegen niet voorgeschreven bij het regelen of reguleren van het gebruik van eigendom.

Zie de tekst van art. 17, laatste zin:

Artikel 17

Het recht op eigendom

1. Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist.

Maar volgens rechtspraak van het EVRM mag een regulering van eigendom niet onevenredig nadeel toebrengen, er moet een “fair balance” en er mag geen sprake zijn van een “excessive burden” van de (ex-)deelnemer ten opzichte van het algemeen belang.

Geen verschil EVRM \leftrightarrow EU-Handvest

Hierbij merken wij op dat met het eigendomsrecht in artikel 17 EU-Handvest nadrukkelijk geen inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd ten opzichte van (de toets aan) het eigendomsrecht in artikel 1 EP en de rechtspraak daarover van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM). Ook als de specifieke bewoordingen in de tekst afwijken. Dit staat duidelijk zo in de toelichting bij artikel 17 EU-Handvest. Deze Toelichting heeft grote waarde en moet ‘terdege’ en naar ‘behoren’ in acht worden genomen bij de uitleg van het EU-Handvest (art. 6 lid 1 VEU, preambule en art. 52 lid 7 EU-Handvest).

Conclusie AG

Het zijn uitgangspunten die Advocaat-Generaal Kokott in haar recente conclusie van 7 mei jl voor het EU Hof van Justitie heeft bevestigd. Het ging hier om Oostenrijkse wetgeving die ondernemingen verplicht om op opgebouwd pensioen een deel in te houden voor zekerstelling van pensioen en verbod om contractueel overeengekomen pensioenverhogingen ten gunste van werknemers door te voeren. Dat mag aldus de Advocaat-Generaal indien de wezenlijke inhoud van het pensioenrecht niet wordt aangetast en de inmenging evenredig is.

De Oostenrijkse zaak draait om rechtstreeks bij wet vastgelegd ingrijpen in de hoogte van een aanvullend pensioen. De Advocaat-Generaal bevestigt in haar conclusie dat op verworven pensioen een eigendomsrecht rust en:

“Voor zover echter op reeds verworven rechten een deel wordt ingehouden, moet zulks worden aangemerkt als een beperking van het gebruik van de eigendom in de zin van artikel 17, lid 1, derde volzin, van het Handvest.” (rov. 111).

Een beperking van het eigendomsrecht is volgens de conclusie toegestaan (rov. 112 en 113)::

“Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kan zij slechts worden gesteld indien zij noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Ook in dit verband kan in beginsel worden verwezen naar de uiteenzetting met betrekking tot de rechtvaardiging van een eventuele indirecte discriminatie. Met name wat betreft beperkingen van eigendomsrechten die ertoe strekken de salarisuitgaven in de overheidssector te verminderen en het pensioenstelsel te hervormen, beschikken de lidstaten volgens het Hof over een ruime beoordelingsmarge.”

Zie conclusie van 7 mei 2020, zaak C-223/19,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226291&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=113861>

Invaleren is geen ontneming, maar regulering

Bij invaleren wordt geen eigendom ontnomen, maar slechts gereguleerd. De waarde van het pensioen wordt immers slechts op andere wijze besteed en omgezet op basis van de regels van het nieuwe pensioencontract. Het nieuwe pensioencontract is een premiereregeling waardoor het pensioen in de *formulering* wel minder zeker is, omdat het afhankelijk is van onder meer ontwikkelingen op de financiële markten. In de *doelstelling* en *uitwerking* is het pensioen niet zeker minder. Het huidige ambitieniveau voor het pensioen is in het nieuwe pensioencontract het uitgangspunt en er is naar verwachting meer ruimte voor indexatie door de minder stringente regels over rekenrente en meer ruimte voor beleggingsrisico. Het reguleren in de vorm van verplicht invaleren tast daarom het wezen van het pensioen niet aan en zal evenredig kunnen zijn. Dat is mede het geval omdat onder het huidige pensioencontract het pensioen door de kans op kortingen ook niet zeker en is indexatie veelal een ver verwijderd perspectief.

Algemeen belang bij invaren?

Niettemin: ook het bij wet reguleren van invaren is een inmenging in het eigendomsrecht op pensioen waarvoor een algemeen belang is vereist. Overheden hebben een ruime beoordelingsvrijheid wat betreft het beperken van eigendomsrechten ter hervorming van het pensioenstelsel, zoals ook Advocaat-Generaal Kokott aanhaalt in haar conclusie, De redenen om te werken aan een nieuw pensioencontract – persoonlijker, transparanter, betere aansluiting bij arbeidsmarkt – rechtvaardigen naar ons oordeel de overgang naar nieuwe pensioencontracten voor de toekomst. De overstap naar een premiereregeling voor toekomstige opbouw mag ook gewoon. Daarvoor bestaat geen concreet eigendomsrecht, hooguit de hoop dat regels hetzelfde blijven. Dat is anders ten aanzien van de doorsneemethodiek, waar wel concrete verwachtingen aangenomen zouden kunnen worden betreffende het continueren van het “generatiecontract”, maar dat staat los van het invaarvraagstuk. Volgens de huidige Pensioenwet is het omzetten van opgebouwde aanspraken slechts mogelijk indien de individuele rechthebbende daar geen bezwaar tegen maakt (het ‘geen-bezwaar’ recht bij collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 lid 2 Pensioenwet). Voor elk individu dat bezwaar maakt, kan het omzetten niet doorgaan. Dat geldt ook voor gepensioneerden. De verwachting is dat groepen belanghebbenden bezwaar zullen maken tegen invaren, zodat het collectief omzetten van alle aanspraken naar het nieuwe pensioencontract onmogelijk is. Dat kan mogelijk worden gemaakt door collectief invaren direct verplicht bij wetgeving op te leggen. Dat kan evenwichtig zijn, maar of daar voor alle gevallen een voldoende algemeen belang voor bestaat, is niet zeker. Volgens het SER-advies over het pensioenakkoord is verplicht invaren immers ook niet noodzakelijk, maar verdient het alleen de ‘voorkeur’. Er kunnen ook redenen zijn om juist niet in te varen. Een wettelijke plicht tot invaren zou dan mede de in art. 16 EU-Handvest geëerbiedigde vrijheid van ondernemerschap kunnen doorkruisen.

Collectief invaren reguleren

Indien er niet wordt ingevaren, bestaan het oude en een nieuwe pensioencontract naast elkaar. Dat kan nadelig zijn voor de transparantie en uitlegbaarheid, maar bovendien zijn situaties te verwachten dat het oude en nieuwe contract niet

binnen hetzelfde pensioenfonds ondergebracht worden. Het bestaande pensioenfonds met de reeds opgebouwde pensioenen wordt dan gesloten, heeft in beginsel geen premie-inkomen meer en loopt langzaam leeg. Dat kan nadelig zijn voor individuele rechthebbenden. Dat nadeel zal indien daar sprake van is – hetgeen niet bij voorbaat het geval hoeft te zijn - naar redelijkheid gecompenseerd moeten worden. Invaren is dan een methode om die compensatie te organiseren. Dat zou naar onze mening collectief mogelijk gemaakt moeten worden door het individueel bezwaarrecht te vervangen door collectieve – het individu bindende – besluitvorming door sociale partners. Hierbij moeten duidelijke proceduregels gelden om te beoordelen of de belangen van groepen (ex-)deelnemers evenwichtig zijn behartigd en sprake is van een redelijke compensatie. Richtsnoeren hiervoor kunnen bij een convenant vastgesteld worden. Voor uiteindelijke beoordeling pleiten wij voor inrichting van een landelijke onafhankelijke juridische en actuariële toetsingscommissie. Dan hoeft de slager niet zijn eigen vlees goed te keuren en zien wij geen risico op grote aansprakelijkheid voor pensioenfondsen of sociale partners.

Problematiek van verschillen tussen binnenlandse en grensoverschrijdende waardeoverdracht speelt niet

Met implementatie van de gewijzigde richtlijn voor instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IPBV richtlijn of IORP II) zijn voor waardeoverdrachten naar een buitenlandse IPBV zwaardere eisen gesteld dan voor overdracht naar een Nederlands pensioenfonds (art. 90a Pensioenwet). Dat kan mogelijk als belemmering van grensoverschrijdende dienstverrichting worden gezien. Dit is echter niet van belang in verband met het invaren. Dat is namelijk waardeoverdracht wegens een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst en dan is er een interne waardeoverdracht (art. 83 lid 1 onder c Pensioenwet). Natuurlijk kan in combinatie met wijziging van het pensioencontract ook de wens tot wijziging van de uitvoerder ontstaan, maar dat is dan wat anders dan invaren.

Prof. dr Erik Lutjens, hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en Mr. Monique van der Poel, promovendus bij het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit. Zij is hiernaast onder meer lid van de voorbereidingsgroep van de stuurgroep die het toekomstige pensioencontract uitwerkt, maar schrijft dit artikel in hoedanigheid van wetenschapper – Amsterdam 13 mei 2020