

De Wtp en goede rechtsbescherming?

Door: Hans van Meerten en Amber Pratt

2.1 Inleiding

De nieuwe pensioenvoorstellen van de Nederlandse regering zijn op veel fronten niet geheel waterdicht. Vooral in het licht van het Europees recht (EU-recht) zijn er vraagtekens met betrekking tot het invaren en het ontbreken van de individuele bezwaarmogelijkheid.

Over de verenigbaarheid van deze voorstellen met recht op eigendom, zoals onder andere neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest), zijn al vele stukken verschenen. Van Meerten meent dat er sprake is van een inbreuk, Lutjens meent van niet. Uit de in december 2023 door de regering geopenbaarde stukken blijkt dat de landsadvocaat in 2011 grote problemen met het invaren zag, en invaren sterk ontraadde. Invaren was een inbreuk op het Europese eigendomsrecht en de noodzaak viel niet aan te tonen. Dit is in lijn met wat Van Meerten al sinds 2013 schrijft.

In dit hoofdstuk zal een ander aspect belicht worden: is het invaren in strijd met het door het EU-recht gegarandeerde recht op effectieve rechtsbescherming (artikel 47 Handvest)? Dit hoofdstuk bevat op hoofdlijnen enkele gedachten hierover.

2.2 Artikel 47 Handvest van de grondrechten van de EU

Artikel 47 Handvest, eerste alinea, luidt als volgt:

'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.'

Dit artikel is vergelijkbaar met artikel 6 en 13 EVRM, maar artikel 47 Handvest heeft een ruimer toepassingsgebied. In beide artikelen is het fundamentele recht op een eerlijk proces neergelegd.

Artikel 47 Handvest is van toepassing op het gehele recht van de EU. Naast dat het artikel afstamt van artikel 6 en 13 EVRM, is het algemene

beginsel van doeltreffende rechtsbescherming ontwikkeld in de EU-rechtspraak sinds 1980.

Het baanbrekende arrest Johnston (C-222/84) was het eerste waarin het Hof van Justitie van de EU (HvJ) het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming erkende als een algemeen beginsel van EU-recht. Daarna oordeelde het HvJ in de zaak Heylens (C-222/86) dat het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming vereiste dat nationale autoriteiten hun beslissingen moesten onderbouwen, zodat de betrokken personen de mogelijkheid kregen om hun rechten zo goed mogelijk te verdedigen. Daarna heeft het HvJ het beginsel verder uitgewerkt in meerdere zaken, en daar een aantal sub-rechten en sub-beginselen aan ontleend.

Bijvoorbeeld met betrekking tot rechtsmiddelen voor schendingen van het EU-recht, heeft het HvJ duidelijk gemaakt in zaken Factortame I (C-213/89) en Unibet (C-432/05) dat het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming recht geeft op voorlopige rechtsbescherming als een uitspraak wordt afgewacht. In de zaak Wilson (C-506/04) werd door het HvJ geoordeeld dat binnen het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming toegang tot de rechter moest zijn, die onafhankelijk en onpartijdig is.

Artikel 47 Handvest bestaat uit verschillende elementen, deze zijn verdeeld onder de drie leden. Lid 1 bevat het recht op een effectief rechtsmiddel. Lid 2 ziet op het recht op een eerlijk proces en een openbare zitting door een onafhankelijk en onpartijdig orgaan, en daarbij de mogelijkheid om geadviseerd, verdedigd en vertegenwoordigd te worden. Lid 3 is toegewijd aan de juridische hulp, het verplicht ook om deze beschikbaar te maken voor degenen die niet over voldoende middelen beschikken. Lid 1 van dit artikel kan als een *lex generalis* gezien worden ten opzichte van de andere rechten die aan artikel 47 ontleend worden. Lid 3 ziet er vooral op dat juridische hulp verleend moet worden om een effectief rechtsmiddel te verzekeren.

2.3 De Wet toekomst pensioenen en invaren

Met het nieuwe pensioenstelsel wordt een 'duurzaam en houdbaar stelsel beoogd waarin een perspectief wordt geboden op een koopkrachtig, transparant en persoonlijk pensioen dat beter aansluit bij de ontwikkelingen in de maatschappij en op de arbeidsmarkt'.

Op 1 juli 2023 is de Wet toekomst pensioenen (Wtp) in werking getreden, waarmee de nieuwe Pensioenwet een feit werd. Het 'oude' stelsel voldeed kennelijk niet aan deze doelstellingen.

De Wtp heeft grote consequenties voor de rechtsbescherming van de pensioendeelnemers. Is hier wel voldoende rekening mee gehouden?

Invaren

Door dit nieuwe stelsel moeten alle opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken transformeren tot rechten met een ander, voorwaardelijk karakter (zie Van Meerten en Vlastuin, 2022). Alle uitkeringsovereenkomsten - waarbij de hoogte in beginsel vaststaat - worden de komende jaren (in de zogenoemde 'transitiefase', die wellicht tot 2028 of nog langer loopt) omgezet in premieovereenkomsten, waarbij in beginsel alleen de in te leggen premie vaststaat. Dit heet 'invaren'.

De wetgever meent dat de bovengenoemde doelen in beginsel alleen kunnen worden bereikt met de nieuwe premieovereenkomst. Volgens de wetgever begrijpt de pensioendeelnemer 'niet goed' wat de nadelige gevolgen zijn van het achterblijven in een pensioenfonds van het opgebouwd pensioen. Daarom voorziet de pensioenwetgeving erin dat pensioenfondsen al het opgebouwd pensioen via een interne collectieve waardeoverdracht omzetten naar een premieovereenkomst. Bij deze manier van waardeoverdracht is uitgesloten dat de pensioendeelnemer bezwaar kan aantekenen (artikel 150l, lid 5, Wtp).

Collectieve waardeoverdracht

Onder het pensioenstelsel bestaat voor individuen de mogelijkheid om individueel bezwaarrecht aan te wenden tegen een binnenlandse collectieve waardeoverdracht. De nieuwe Pensioenwet (PW) voorziet in twee vormen:

- 1 artikel 83 PW, de collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever; en
- 2 artikel 84 PW, de collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van de pensioenuitvoerder.

Voor een waardeoverdracht op verzoek van de werkgever geldt onder andere de eis dat de betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden moeten worden geïnformeerd over de voorgenomen collectieve waardeoverdracht en desgevraagd geen bezwaren hebben geuit (instemmingsrecht). Deze voorwaarde geldt niet indien artikel 84 PW van toepassing is, aangezien het niet mogelijk is dat bij een liquidatie van een pensioenfonds aanspraken en rechten achterblijven bij dat pensioenfonds (De Greef en Van Meerten, 2022).

Het invaren is vormgegeven als collectieve interne (binnen een pensioenfonds) waardeoverdracht zonder instemming van de deelnemer. Een individueel bezwaarrecht tegen deze collectieve waardeoverdracht ontbreekt. Hierdoor ontstaat een fundamenteel gebrek aan fundamentele individuele rechtsbescherming.¹ Met Van der Poel (2023) kan gesteld worden dat ook het bezwaarrecht kan kwalificeren als eigendomsrecht, omdat het uitoefenen van dat recht een economische waarde kan vertegenwoordigen.

Weliswaar kan het pensioenfonds ervoor kiezen bij 'onevenwichtig nadeel' of 'onevenredig ongunstige' gevolgen voor belanghebbenden, om opgebouwd pensioen niet om te zetten naar het nieuwe contract (artikel 1501 Wtp). Ook zijn er collectieve geschillenmechanismen en verschillende inspraakmogelijkheden.

Dit lijken echter geen volwaardige rechtsbeschermingsmechanismen. Stefels (2023) noemt de geschillencommissie zelfs 'mosterd na de maaltijd' en schrijft:

'De externe geschilleninstantie biedt geen reële compensatie voor het wegvallen van het individuele bezwaarrecht, omdat dit simpelweg ook niet de bedoeling is van de regering. Het gaat er juist om het collectief invaren ruim baan te geven.'

2.4 Geen toegang tot de rechter?

Het individuele bezwaarrecht ziet erop, populair gezegd, dat opgebouwde aanspraken niet tegen de wil van de deelnemer kunnen worden aangepast. De regering heeft een bijzondere redenering met betrekking tot de reden waarom er geen mogelijkheid tot individueel bezwaar zal zijn na de herziening van het huidige pensioenstelsel:

'De regering is van mening dat bij een inhoudelijke collectieve beoordeling of het invaren evenwichtig is, de belangen van eenieder het best geborgd zijn. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek is bekend dat een keuze met betrekking tot een gebeurtenis die eenmalig is, financiële implicaties heeft en waarvan de gevolgen zich kunnen uitstrekken over de (zeer) lange termijn een grote mentale belasting vormen voor de deelnemer.'²

1 Zie mijn bijdrage aan een consultatie door de Eerste Kamer, te raadplegen via papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=4355690.

2 Kamerstukken II, 2021, 36 067, nr. 7.

Ofwel: individuen ervaren volgens de regering grote stress als zij keuzes moeten maken met betrekking tot grote financiële gebeurtenissen waarvan de gevolgen zich kunnen uitstrekken over de lange termijn. De regering vraagt of individuen de gevolgen van een eventueel bezwaar kunnen overzien.

Dit is een achterhaalde en foutieve gedachte. Individuen lijken prima in staat om keuzes te maken als het om grote financiële gebeurtenissen gaat, zoals het afsluiten van een hypotheek voor het kopen van een huis. Wat daar verder van zij, effectieve rechtsbescherming moet prevaleren boven de capaciteit van individuen om een goede overweging te maken. Het lijkt dat de wetgever uitsluitend oog heeft voor het bestrijden van de door de regering benoemde ongewenste symptomen van keuzevrijheid. Maar aandacht voor fundamentele rechtsbeginselen van een rechtsstaat lijken voor de wetgever minder belangrijk.

2.5 Beperking grondrechten mogelijk?

Of een beperking van artikel 47 Handvest geoorloofd is, kan - in algemene zin³ - getoetst worden aan de hand van artikel 52, lid 1, Handvest. De criteria opgenomen in dit artikel zijn oorspronkelijk ontwikkeld in de rechtspraak van het EHRM. Aan de hand van lid 1 kunnen drie vereisten worden gekwalificeerd:

- 1 de beperking moet bij 'wet' worden gesteld;
- 2 de beperking moet de wezenlijke inhoud van de erkende rechten en vrijheden eerbiedigen;
- 3 slechts is een beperking mogelijk als deze voldoet aan het beginsel van proportionaliteit.

Het komt er dus op neer dat de test inhoudt of een voorgestelde beperking de essentie van het recht (in dit geval artikel 47 Handvest) beperkt of alleen een meer afgeleid element raakt. Beperkingen die een afgeleid element raken, kunnen toelaatbaar zijn als zij het openbaar belang nastreven en proportioneel zijn.

~~3 Pensioenrechten~~ kunnen ook getoetst worden aan de criteria zoals genoemd in het *YS*-arrest, C-223/19.

Bij 'wet' gesteld

Het eerste criterium waaraan getoetst wordt is of de beperking bij 'wet' is gesteld. In *État Luxembourgeois* (C-245/19) geeft het HvJ aan dat er bij een dergelijke beperking een specifieke wet moet zijn die de beperking toelaat. Daarbij dient deze wet duidelijk en nauwkeurig omschreven te zijn. Het kwaliteitsvereiste geldt hier; zoals hierboven genoemd moet de 'wet' voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar zijn. Daarnaast dient de 'wet' ook nauwkeurig geformuleerd te zijn. Uit rechtspraak van het EHRM blijkt dat het begrip 'wet' in materiële zin moet worden opgevat. Dit betekent dat zowel de geschreven als ongeschreven rechtsregels hieronder vallen. Deze vereisten gelden zwaarder als de 'wet' financiële gevolgen kan hebben voor individuen, blijkt uit het arrest *Ierland/Com-missie* (C-85/11).

'Wezenlijke inhoud' eerbiedigen

Artikel 52, lid 1, Handvest maakt verder duidelijk dat de 'wezenlijke inhoud' eerbiedigd moet worden door de beperking. Het betekent dat het beginsel en/of grondrecht niet in de kern mag worden aangetast. In concreto mag er geen onmogelijkheid zijn met betrekking tot uitoefening van het beginsel/grondrecht.

In *Schrems I* (C-362/14) heeft het HvJ een handeling van de EU-instellingen ongeldig verklaard wegens schending van de 'wezenlijke inhoud' van een door de EU-rechtsorde beschermd grondrecht. Het recht op een effectief rechtsmiddel is het recht waarin het concept van de 'wezenlijke inhoud' en de schending ervan het meest is ontwikkeld. In dit arrest oordeelt het HvJ dat een regeling die niet in een beroepsmogelijkheid voorziet wanneer het gaat om het verkrijgen, een rectificatie of een verwijdering van persoonsgegevens, de wezenlijke inhoud van artikel 47 Handvest niet eerbiedigt.

Andere gevallen waarin het HvJ schending van de 'wezenlijke inhoud' van het recht op een effectief rechtsmiddel heeft vastgesteld, hebben zich sindsdien voorgedaan op het gebied van gegevensbescherming en informatie-uitwisseling met betrekking tot belastingen. Tegelijkertijd verwijst het HvJ naar een lange geschiedenis van jurisprudentie volgens welke 'het bestaan zelf van doeltreffende rechterlijke toetsing, bedoeld om naleving van bepalingen van EU-recht te verzekeren, inherent is aan het bestaan van de rechtstaat.'

In *État Luxembourgeois* (C -245/19) heeft het HvJ de 'wezenlijke inhoud' van het recht op een effectief rechtsmiddel zeer ruim geïnterpreteerd. Volgens het HvJ betekent het recht op een doeltreffende juridische voorziening, zoals vastgelegd in artikel 47 Handvest, dat degene die dit recht heeft, toegang moet hebben tot een gerecht dat ervoor zorgt dat de rechten die voortvloeien uit het Europese recht worden gerespecteerd en alle relevante feitelijke en juridische kwesties moet onderzoeken die verband houden met de lopende zaak.

Proportionaliteit

Lidstaten moeten de wezenlijke belangen van de veiligheid en de garantie van de procedurele rechten van burgers van de EU beschermen, wanneer zij overwegen of een beperking van het recht op een effectief rechtsmiddel proportioneel is. Deze beperkingen moeten worden gecompenseerd door passende procedurele regels die een bevredigende mate van eerlijkheid in de procedure kunnen garanderen. Het volgende voorbeeld schetst een situatie waarin een beperking wel proportioneel is. In de jurisprudentie van het HvJ is vastgelegd dat geen sprake is van een onevenredige beperking als de procedureregels van een lidstaat eisen dat aanvullende stappen moeten worden gezet door een individu voordat toegang tot de rechter kan worden verleend. Wettelijke verjaringstermijnen die gelden voor het instellen van vorderingen bij nationale rechtbanken zijn bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs in strijd met het recht van de Unie, blijkt uit *Commissaire general aux réfugiés et aux apatrides* (C -651/19).

Om te toetsen of er sprake is van proportionaliteit van een beperking van grondrechten, moet worden gekeken naar de geschiktheid van de verwezenlijking van het doel. Dan geldt ook het noodzakelijkheids criterium: de inmenging of beperking mag niet verder gaan dan nodig om het beoogde doel te verwezenlijken. Als er meerdere maatregelen mogelijk zijn, dient de minst belastende te worden gekozen. Als laatste mogen de nadelen die door de inmenging zijn veroorzaakt niet onevenredig zijn aan het doel dat wordt nagestreefd.

Nu dient het niet van toepassing zijn van artikel 83 *FW* bij invaren - en daarmee de absentie van het individuele bezwaarrecht - getoetst te worden aan de driestappentoets van artikel 52, lid 1, Handvest. In de meeste gevallen worden de toetsingscriteria niet los van elkaar besproken door

het HvJ. Door middel van deze aanpak wordt door het HvJ ruimte gelaten voor een toegespitste invulling voor de omstandigheden van een lidstaat van het recht op toegang tot de rechter.

Inbreuk effectieve rechtsbescherming?

Wij volstaan hier - korthedshalve - met een eerste inschatting. Artikel 150l, lid 5, Wtp - dat op invaren van toepassing is - is 'bij wet gesteld'. Echter, de beperking dient voldoende duidelijk en nauwkeurig te zijn. Wij vermoeden dat het schrappen van dit recht onvoldoende duidelijk en nauwkeurig omschreven is. De onduidelijkheid omtrent het invaren versterkt dit vermoeden.

Met betrekking tot de eerbiediging van het grondrecht, ofwel van de effectieve rechtsbescherming, zal gekeken worden naar de redenering van het HvJ in *État Luxembourgeois* (zie hiervoor in deze paragraaf). De houder van het recht op artikel 47 Handvest dient toegang te hebben tot een gerecht dat bevoegd is tot het waarborgen van bepaalde rechten. Dit ligt complex. In dit geval, wanneer het bezwaarrecht wordt geschrapt, is er voor deze situatie - los van de algemene gang naar de civiele rechter (voor het afsnijden van de bestuursrechtelijke rechtsgang zie Van Leeuwen, 2022) - geen toegang meer tot een gerecht dat bevoegd is tot het waarborgen van de rechten die normaliter door artikel 83 PW beschermd worden. Door de ruime interpretatie van het HvJ lijkt er in die zin geen sprake van eerbiediging van artikel 47 Handvest. De regering stelt:

De regering heeft daarbij naar verschillende alternatieven gekeken, waarbij uiteindelijk is gekozen voor een zwaarwichtig gebalanceerd pakket aan collectieve waarborgen. De regering is van mening dat bij een inhoudelijke collectieve beoordeling of het invaren evenwichtig is, de belangen van eenieder het best geborgd zijn.⁴

Of de maatregel proportioneel is, hangt van de volgende omstandigheden af. Is het beperken van het individuele bezwaarrecht geschikt om het doel van de overheid te bereiken? In feite is het wel een verwezenlijking van het doel *invaren*, omdat het voor de overheid makkelijker zal zijn om rechten in te varen zonder inspraak van individuen. Echter, het noodzakelijkheids criterium is ook van toepassing, de beperking mag

⁴ Kamerstukken II, 2021, 36 067, nr. 10, p. 46.

niet verder gaan dan nodig om het beoogde doel te verwezenlijken. Waarbij de minst belastende maatregel gekozen dient te worden. In deze situatie was wel degelijk een minder belastende maatregel mogelijk, te weten bijvoorbeeld de pensioenbewaarder. Hierover is uitvoerig geschreven (Van Meerten, 2021). Ook de rechten in België onderbrengen lijkt een heel goed alternatief voor invaren (Pensioen Pro 2023).

2.6 Concluderende opmerkingen

Om het Nederlandse pensioenstelsel te herzien, dient volgens de regering een proces van invaren plaats te vinden waarbij een artikel uit de Pensioenwet, namelijk artikel 83 PW, niet van toepassing wordt verklaard op invaren. Hiermee verdwijnt ook voor een belangrijk deel de toegang tot de rechter voor de bescherming van pensioenrechten.

De regering is van mening dat individuen 'stress' ervaren wanneer zij grote financiële beslissingen moeten maken. Zij zegt ook dat bij een inhoudelijke collectieve beoordeling de belangen van iedereen het best geborgd zullen zijn.

Artikel 52, lid 1, Handvest geeft een drietal criteria waarnaar getoetst moet worden of er sprake is van een inbreuk op artikel 47 Handvest:

- Ten eerste, het individuele bezwaarrecht wordt bij invaren achterwege gelaten. Dit leidt tot een beperking, waarbij het lijkt dat deze 'bij wet wordt gesteld'. Desondanks rijst de vraag of deze beperking voldoende nauwkeurig en duidelijk is beschreven.
- Ten tweede, aangezien het bezwaarrecht wordt geschrapt en er voor een individu in die zin geen toegang meer is tot een gerecht, kan gezegd worden dat er geen sprake is van eerbiediging van artikel 47 Handvest. Alle 'collectieve waarborgen' ten spijt.
- Ten derde, er lijkt wel sprake van 'geschiktheid' te zijn: door het schrappen van het individuele bezwaarrecht zal het invaren gemakkelijker gaan. Echter, het noodzakelijkheids criterium in acht nemend, zal het wel degelijk mogelijk zijn een minder belastende maatregel te kiezen die het ultieme doel bereikt: een toekomstig pensioenstelsel.

Zo bezien lijken de nadelen van het schrappen van het individuele bezwaarrecht niet evenredig aan het doel. Kortom, aan de rechtvaardigheids criteria van artikel 52, lid 1, Handvest lijkt niet te zijn voldaan,

waardoor het tot een schending van artikel 47 Handvest lijkt te komen. Zoals gezegd, verder onderzoek is nodig en dat zal de komende tijd gebeuren.

BELANGRIJKE DOCUMENTEN:

- T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest (Staats- en bestuursrecht Wetenschap), Deventer: Wolters Kluwer 2023
- I. Giesen, Art. 47 Handvest Grondrechten EU, Asser-serie 2015/34
- R.M.J.M. de Greef, H. van Meerten en J.J. van Zanden, 'Transitie onder het nieuwe pensioencontract: overschrijding van de Europeesrechtelijke TPV2022/48
- A.E. Keulemans, 'Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel', FM 2021/170
- E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht - invaren is niet juridisch onhoudbaar', TPV2020/20
- R.H. Maatman, 'Invaren. invaarnproblematiek en tussenvariant'. Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2014/17
- H. van Meerten en S.L. Vlastuin, 'De ondraaglijke lichtheid van de hervorming van het pensioenstelsel', SEW2022/6
- S. Peers e.a., The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, Oxford: Bloomsbury Publishing Plc 2021
- M.J.C.M. van der Poel, 'Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen', TPV 2018/29
- M.E. Stefels, 'De externe geschilleninstantie Wtp: een doekje voor het bloeden of mosterd na de maaltijd?', TRA2023/79
- L. Timmermans, 'Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland', SteR 2019/47
- C.J.S. Vrendenburg, 'Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken', BPP 2017/19
- M. van Wijk, Pensioen Pro, 6 oktober 2023, online: <https://pensioenpro.nl/pensioenpro/30059406/aon-belgie-is-beste-optie-voor-wie-niet-wil-invaren>
- Kamerstukken II 2019/20, 32 043, nr. 520 (brief van de minister van SZW bij het wetsvoorstel 'Toekomst pensioenstelsel')
- Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 3, p. 235 (memorie van toelichting bij de Wtp)