VAN: **PROF. DR. MR. H. VAN MEERTEN (WESTERBRINK)**
AAN: **STICHTING PENSIOENBEHOUD**
DATUM: **29-1-2021**
BETREFT: **ADVIES CONSULTATIE NIEUWE PENSIOENWET**

Inleiding

- Deze bijdrage aan de consulatie over de toekomstige Pensioenwet ziet op de mechanismen voor de collectieve waardeoverdracht in de Pensioenwet. In deze bijdrage wordt gesteld dat het onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse waardeoverdrachten in strijd is met EU recht. Dat kan betekenen dat het artikel 83 Pensioenwet ongeldig is en dat het invaren ook niet via deze weg mogelijk is.

Artikel 83 en 90, 90a Pensioenwet

- De Pensioenwet kent een procedure voor Nederlandse (artikel 83 Pensioenwet) - en buitenlandse waardeoverdrachten (artikel 90(a) Pw). Deze bepalingen kennen verschillende procedures. Deze artikelen geven pensioenuitvoerders de mogelijkheid om medewerking te verlenen aan een collectieve waardeoverdracht.

- Kort gezegd, dit komt beneden uitbreid aan de orde, bevat artikel 83 Pw een individueel bezwaarrecht. Dit bezwaarrecht heeft niet als doel om de gehele overdracht tegen te houden, maar beperkt zich tot het individu dat bezwaar

ADRES Westerbrink Leimuiderdijk 276 2154 MP Burgerveen
TELEFOON +31 (0)88 - 400 3500
E-MAIL info@westerbrink.net
WEBSITE www.westerbrink.net
KVK 28106399
BANK NL40FVLB0260315966
BTW NL814700135B01

gemaakt heeft. [1] Bovendien kan dit individuele bezwaarrecht volgens jurisprudentie niet overgeheveld worden naar de sociale partners.[2]

- Voor de definitie van 'waardeoverdracht' is artikel 1 van de Nederlandse Pensioenwet (Pw) relevant. Op grond van artikel 1 van de Pw wordt onder waardeoverdracht verstaan 'iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van: 1. andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder, of 2. dezelfde aanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder'. Bij een collectieve waardeoverdracht wordt de waarde van de pensioenaanspraken en pensioenrechten van alle of een deel van deelnemers overgedragen.[3]

- Op grond van artikel 83 Pw kan een collectieve waardeoverdracht plaatsvinden op verzoek van de werkgever bij einde van de uitvoeringsovereenkomst, bij overgang van onderneming, bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst of in geval van een overdracht naar een andere collectiviteitskring in hetzelfde algemeen pensioenfonds.

- Voorwaarde voor het verwezenlijken van een collectieve waardeoverdracht in artikel 83 Pw is dat de (gewezen) deelnemers, gewezen partners of pensioengerechtigden geen bezwaren tegen de waardeoverdracht kenbaar hebben gemaakt jegens de pensioenuitvoerder nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd. [4] Een collectieve waardeoverdracht van

[1] Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p.236.
[2] Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, LJN BH4945, PJ 2009/67.
[3] Definitie volgens DNB. Zie de website van DNB, te bereiken via: http://www.toezicht.dnb.nl/2/6/50-236754.jsp
[4] Artikel 83 lid 2 Pensioenwet.

pensioenafspraken is op grond van artikel 83 Pw dus niet mogelijk voor de deelnemers die tegen deze overdracht bezwaar hebben gemaakt.[5]

- Artikel 90 en 90a Pw gelden voor buitenlandse waardeoverdrachten. Artikel 90 verwijst naar artikel 83 Pw maar artikel 90a Pw stelt zwaardere eisen die niet voor een Nederlandse waardeoverdracht gelden.[6]

- Voor een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht is goedkeuring van een tweederdemeerderheid van de deelnemers en gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden die hebben gereageerd op een daartoe strekkend schriftelijk verzoek (hierna ook wel: 2/3 meerderheid-eis).

- De 2/3 meerderheids-eis geldt daarentegen niet voor een binnenlandse collectieve waardeoverdracht. Indien 2/3 tegenstemt gaat – in tegenstelling tot wat artikel 83 Pw inhoudt - de gehele waardeoverdracht niet door.

Invaren en het individueel bezwaarrecht

- Bij de transitie naar een nieuw pensioenstelsel en de overgang van uitkeringsregelingen naar premieregelingen worden ‘oude’ rechten, opgebouwd onder de uitkeringsovereenkomst, overgezet naar aanspraken onder een premieovereenkomst, met uiteraard meer onzekerheid over de uitkomst. Door deze overgang worden dus bestaande rechten omgezet, het zogenaamde ‘invaren’.

[5] Voor de deelnemers die geen bezwaar hebben gemaakt gaat de waardeoverdracht wel door. Zie Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 236.
[6] Zie ook advies van de Raad van State, Kamerstukken I 2018/19, 34934, nr. E.

- In principe is voor deze overgang toestemming van de deelnemer vereist, nu er een wijziging van het eigendomsrecht plaatsvindt. Deze wijziging, of overdracht naar een andersoortige regeling is onderhavig aan het regime van instemmingsrecht zoals vastgelegd in artikel 83 Pw.

- Inbreuken op eigendom – hetgeen een pensioenrecht is volgens Europese jurisprudentie – zijn in beginsel onder zeer stikte omstandigheden toegestaan (zie beneden). In het YS arrest (C-223/19) werd overwogen:

  'Niettemin moet elke beperking van het recht op eigendom – zoals uit punt 88 van het onderhavige arrest volgt – bij wet worden gesteld, de wezenlijke inhoud van dat recht eerbiedigen alsook met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang die worden erkend door de Unie.'[7]

- Met het arrest YS verduidelijkt het Hof dat 'opgebouwde pensioenrechten' en 'indexatie' volgens Unierecht[8] – onder omstandigheden – als eigendomsrechten moeten worden aangemerkt. Ook 'contractueel overeengekomen' indexatie is een eigendomsrecht volgens het Hof. Hieronder kan ook een door sociale partners contractueel overeengekomen pensioenregeling vallen. Pensioenrechten vallen onder de bescherming van het eigendomsrecht en daarmee dus ook de in het Handvest neergelegde eigendomsbescherming.

- Nationaal is een inbreuk op artikel 20 Pw slechts toegestaan omdat artikel 83(2) Pw in een individueel bezwaarrecht voorziet.

[7] C-223/19, overweging 92.
[8] Onder het EVRM was dat al het geval. Zie: H. van Meerten, P. Borsjé, 'Pension Rights and Entitlement Conversion ('Invaren'): Lessons from a Dutch Perspective with Regard to the Implications of the EU Charter', European Journal of Social Security, 2016, 18, 1.

- Teneinde gemakkelijker tot de stelselwijziging over te gaan, dat wil zeggen te voorkomen dat er individueel bezwaar gemaakt wordt is de regering voornemens volgens de concept-MVT het individuele bezwaarrecht buiten werking te stellen en te vervangen voor een collectief toestemmingsrecht, toe te kennen aan het Verantwoordingsorgaan of aan het belanghebbendenorgaan.

- Precies daarop richt zich ons bezwaar.

Strijd met EU-recht

- De Pensioenwet maakt met de invoering van de 2/3 meerderheids-eis een onderscheid tussen de grensoverschrijdende en de nationale waardeoverdracht, nu er een drempel wordt opgeworpen voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten die niet geldt voor nationale waardeoverdrachten in artikel 83 Pw.[9]

- De goedkeuringseisen die gelden voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten, maar niet voor binnenlandse waardeoverdrachten kunnen een belemmering vormen voor het vrije verkeer.[10] Dit onderscheid kan op grond van EU-recht worden aangemerkt als een onderscheid op grond van 'nationaliteit' (van de pensioenregeling). [11]

- Dit beginsel is ook – maar niet uitsluitend uiteraard[12]- vervat in artikel 21 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar dit artikel bevat geen uitzonderingsgronden. Artikel 21 lid 2 Handvest bepaalt dat 'binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen

[9] H. Van Meerten, M. Van Slagmaat, 'Implementatie IORP II roept vragen op', *Pensioen & Praktijk* 2017/2.
[10] Zie uitgebreid: H. van Meerten, L. Geerling, 'Build that wall', *TRA*, 2019/2.
[11] Hoe deze wordt bepaald is te lezen in: H. van Meerten, 'Pensionreform in the EU: recent developments after the implementation of the IORP Directive', *Pensions: An International Journal*, 2009/14.
[12] Het is de rode draad van het EU recht. Het is het fundament van de 'vier vrijheden'.

ervan, iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden is'.[13] Dit grondrecht wordt als een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie beschouwd en heeft zogenoemde horizontale werking, dat wil zeggen dat het direct door een individu tegen een pensioenfonds kan worden ingeroepen.

- Artikel 21 van het Handvest vormt een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling en dit beginsel en het verbod van iedere discriminatie zijn twee benamingen van eenzelfde algemeen rechtsbeginsel, dat enerzijds verbiedt om vergelijkbare situaties verschillend te behandelen en anderzijds om verschillende situaties op gelijke wijze te behandelen, tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen.[14]

- Wanneer dit op het onderhavige geval toegepast wordt, dienen binnenlandse- en buitenlandse waardeoverdrachten op gelijke wijze te worden behandeld tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen.

- De vraag is derhalve of het onderscheid op grond van nationaliteit gerechtvaardigd kan worden.

- Volgens de regering is er geen sprake van een verboden onderscheid naar nationaliteit of een ontoelaatbare beperking van het EU recht. Volgens de regering heeft artikel 12 van de IORP II richtlijn specifiek betrekking op een grensoverschrijdende waardeoverdrachten en niet op binnenlandse waardeoverdrachten. Er is daarom volgens de regering sprake van ongelijke gevallen en dus zijn de vrij verkeerbepalingen niet relevant.[15] Er is volgens de regering geen sprake van verboden onderscheid naar nationaliteit.

[13] Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2012/C 326/02.
[14] T-618/15, ECLI:EU:T:2017:821.
[15] Uitgebreid: R. de Greef, H. van Meerten, J. van Zanden, 'Transitie onder het nieuwe pensioencontract: overschrijding van de Europeesrechtelijke grens?', *TPV*, 2020/48.

- Deze lezing van de regering kan niet gedeeld worden. Zoals de EU Hof duidelijk maakt, kunnen rechtvaardigingen van inbreuken op het EU recht met een ‘algemeen belang’ exceptie gerechtvaardigd worden. Mits de maatregel niet discrimineert naar nationaliteit. En dat is hier wel het geval.

- Directe discriminatie kan slechts gerechtvaardigd worden door de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

- Non-discriminatoire maatregelen zijn slechts toegestaan wanneer zij (1) zonder discriminatie worden toegepast; (2) hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; (3) geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en (4) niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken. Deze voorwaarden worden in de literatuur aangeduid met de term ‘rule of reason’.

- Directe discriminatie naar nationaliteit tussen EU landen kan in beginsel niet met een ‘rule of reason’ of algemeen belang exceptie worden gerechtvaardigd onder Unierecht.

- De eisen omtrent nationale en grensoverschrijdende waardeoverdrachten moeten gelijk worden getrokken, om een mogelijke schending van het EU-recht te voorkomen.

Conclusie en gevolg

- Artikel 83 Pw is in strijd met EU recht en het tijdelijk schrappen van het individueel bezwaarrecht eveneens.

- De rechter kan een deel van de pensioenwet buiten toepassing verklaren. Het zou *in casu* kunnen betekenen dat bestaande (nationale en internationale) waardeoverdrachten niet kunnen worden uitgevoerd. Daarmee zou ook het invaren – dat middels artikel 83 Pw – wordt vormgegeven onmogelijk worden gemaakt.

- De Europese Commissie heeft inmiddels een klacht[16] in behandeling over de regeling van collectieve waardeoverdrachten. Ook binnen de literatuur is de eensgezindheid over de houdbaarheid van de verzwaarde bepaling bij grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht in twijfel getrokken.[17] Zo hebben prof. Van Meerten en prof. Lutjens bedenkingen naar voren gebracht bij de juridische houdbaarheid c.q. verenigbaarheid met het EU-recht van de 'tweederdemeerderheidseis'.[18]

[16] De klacht is geregistreerd als CHAP(2019)03437.
[17] Zie de hier aangehaalde literatuur en E. Lutjens en B. Dieleman, 'Grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioen: zijn Nederlandse regels in strijd met EU-recht?', Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context, Nr. 2 juli 2020, p. 65-76, R.M.J.M. de Greef en M. Grashoff, 'Collectieve waardeoverdracht: over de grens', *TPV* 2019/4, p. 19, R. Veugelers e.a,, 'Waardeoverdracht op de schop door Europese richtlijn', *PM* 2017/119.
[18] Zie de bijlagen bij Kamerstukken I 2018/19, 34 934, B

- Tot slot, zoals De Greef, Van Meerten en Van Zanden stellen in hun artikel in TPV, liggen claims van deelnemers op de loer:[19]

  'Dat zou bijvoorbeeld tot claims van belanghebbenden kunnen leiden ingeval zij bij liquidatie van hun pensioenfonds niet in de gelegenheid zijn gesteld om in te stemmen met collectieve waardeoverdracht aan een ander Nederlands pensioenfonds.'

- Om deze claims te voorkomen kan worden nagedacht over een alternatief voor invaren. Deze ligt mogelijk in de pensioenbewaarder ex 124a Pw.[20] Dit is – zoals een onderzoek door minister Koolmees uitwees - een soort 'sterfhuisconstructie' die bij hervormingen in het buitenland gebruikelijk is.[21]

[19] Op. cit.
[20] Zie bijvoorbeeld: https://www.linkedin.com/pulse/invaren-de-pensioenbewaarder-hans-van-meerten/
[21] FD, 24/1/2021, 'Waardoor pensioenhervormingen zo vaak mislukken: lessen voor Nederland'.