

Advies

Aan : Vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Ons kenmerk : 2024-060-11
Referentienummer : UTP/8000602
Datum : 15 oktober 2024

Betreft : Juridische analyse inzake Motie Joseph over risico's van invaren

Hoogedelgestrenge vrouwen en heren,

Hierbij zend ik u mijn advies inzake Motie Joseph over de juridische risico's van invaren naar het nieuwe pensioenstelsel ("Motie Joseph") – *Kamerstukken II 2023-2024*, 32043, nr. 632 – waarbij ik in lijn met Motie Joseph de volgende vragen beantwoord:

1. Wat zijn de juridische risico's en mogelijke aansprakelijkheid van het invaren voor de Staat en wat is de omvang van deze risico's?
2. Wat zijn de juridische risico's en mogelijke aansprakelijkheid van het invaren voor werkgevers en wat is de omvang van deze risico's?
3. Wat zijn de risico's van het invaren voor het rechtsstelsel en wat is de omvang van deze risico's?
4. Wat zijn de juridische risico's en mogelijke aansprakelijkheid van het invaren voor pensioenfondsen en wat is de omvang van deze risico's?

Vragen 1, 2 en 4 zijn nauw met elkaar verweven. Voordat deze vragen kunnen worden beantwoord, zal eerst moeten worden onderzocht wat de juridische risico's zijn bij het invaren naar het nieuwe pensioenstelsel in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mensen (het "EVRM") en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het "Handvest"), aan welke regelingen, zo heb ik begrepen, uw commissie (de "commissie SZW") het invaren graag getoetst wenst te zien in het licht van de discussie die hieromtrent in de literatuur is gevoerd, waarbij verschillende rechtsgelcerden haaks op elkaar staande standpunten betrekken. Nadat ik heb uiteengezet wat de juridische risico's zijn, zal ik vervolgens ingaan op de mogelijke aansprakelijkheid van de Staat, werkgevers en pensioenfondsen.

Voor vraag 3 is als vanzelfsprekend ook van belang hoe het invaren zich verhoudt tot voornoemde regelingen. Echter, ook wanneer invaren als zodanig niet in strijd is met het EVRM en het Handvest, kan er nog een beroep worden gedaan op de rechter, bijvoorbeeld wanneer een persoon het niet eens is met de uitkomst van het invaren. Naar ik heb begrepen, wil de commissie SZW aldus worden geadviseerd wat de



verwachte belasting zal zijn voor de rechtspraak in verband met het invaren, te meer, omdat door Raad voor de Rechtspraak wordt verwacht dat de rechtspraak zal worden geconfronteerd met een grote schare aan zaken.

Dit advies is als volgt opgebouwd:

- In hoofdstuk 1 zal ik voor de zelfstandige leesbaarheid van dit advies kort uiteenzetten wat onder invaren moet worden verstaan, nader ingaan op de achtergrond van het invaren en in dit verband enkele aspecten van het invaren bespreken die van belang zijn voor mijn advies.
- In hoofdstuk 2 zal ik onderzoeken en uiteenzetten welke mogelijke juridische risico's er bestaan bij het invaren (lees: of er mogelijk sprake is van strijd met het EVRM en/of het Handvest).
- In hoofdstuk 3 zal ik onderzoeken en uiteenzetten of de Staat aansprakelijk kan zijn in verband met het invaren wanneer er sprake blijkt te zijn van strijd met het EVRM en/of het Handvest.
- In hoofdstuk 4 zal ik onderzoeken en uiteenzetten of werkgevers aansprakelijk kunnen zijn voor het invaren wanneer er sprake blijkt te zijn van strijd met het EVRM en/of het Handvest.
- In hoofdstuk 5 zal ik onderzoeken en uiteenzetten of pensioenfondsen aansprakelijk kunnen zijn voor het invaren wanneer er sprake blijkt te zijn van strijd met het EVRM en/of het Handvest.
- In hoofdstuk 6 zal ik onderzoeken en uiteenzetten wat de risico's van het invaren zijn voor het rechtsstelsel en wat de omvang is van deze risico's.
- Ik rond mijn rapport in hoofdstuk 7 af met een conclusie.

Voorafgaand aan mijn advies treft u hierna, op uw verzoek, eerst een beknopte managementsamenvatting aan. Na deze samenvatting volgt er een gedetailleerde inhoudsopgave.

Managementsamenvatting

1. Ten behoeve van dit advies heb ik het invaren getoetst aan het EVRM en het Handvest. Waar het EVRM zonder meer van toepassing is, geldt dat niet voor het Handvest, zoals ik in par. 2.2.1 toelicht. Dat het Handvest van toepassing is, valt evenwel ook niet uit te sluiten. Ten behoeve van mijn advies ben ik dan ook van de toepasselijkheid van het Handvest uitgegaan. Uit het EVRM zijn

met name van belang art. 1 van het Eerste Protocol (“EP”), art. 14 c.q. art. 1 van het Twaalfde Protocol (“TP”) en in mindere mate art. 8. Voor het Handvest zijn name art. 16, 17 en 21 en in mindere mate art. 7 van belang.

2. Er kan geen twijfel over bestaan dat pensioenaanspraken en -rechten kunnen worden gekwalificeerd als een eigendomsrecht in de zin art. 1 EP en art. 17 Handvest, welke bepalingen het ongestoord genot van eigendom beschermen. Tegelijkertijd garanderen deze artikelen niet een recht op pensioen van een bepaald bedrag. Bovendien heeft het eigendomsrecht geen absolute gelding. Inmenging in het eigendomsrecht is geoorloofd, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan.
3. In dezen kan er verder geen twijfel over bestaan dat er door het invaren sprake is van inmenging in de eigendom. Ook de regering gaat hiervan uit. De vraag is dan ook of deze inmenging geoorloofd is. Wat dit betreft is de toets die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (“EHRM”) aanlegt niet noodzakelijkerwijze identiek aan de toets die het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”) in het kader van het Handvest aanlegt.
4. Zoals ik par. 2.1.1 uiteenzet, is inmenging in de eigendom volgens het EHRM kort gezegd mogelijk indien deze (1) bij wet is voorzien, (2) het algemeen belang dient, en (3) de ‘*fair balance test*’ wordt doorstaan, in de zin dat de genomen maatregelen proportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen. Ik heb het invaren getoetst aan deze voorwaarden.
5. Het invaren is wettelijk geregeld. Dat is echter niet voldoende om aan de eerste voorwaarde te kunnen voldoen. De betrokkenen moeten ook de mogelijkheid hebben om het invaren te laten toetsen door een rechter. Dat is op zich het geval. Eventueel kan men het invaren, in ieder geval in theorie, ook in een interne klachten- en geschillenprocedure bij het pensioenfonds aan de orde stellen. Verder is vereist dat de wettelijke bepalingen die het invaren reguleren in voldoende mate toegankelijk zijn alsmede in voldoende mate precies en voorzienbaar zijn in hun toepassing. Zo moeten de gevolgen van het invaren voorzienbaar zijn.
6. Het invaren is voorzienbaar wanneer een individu in staat is – zo nodig met passend advies – de gevolgen van een bepaalde maatregel te voorzien in een mate die redelijk is in de gegeven omstandigheden. Indien hierbij een zekere mate van discretie is toegekend aan derden voor de uitvoering van die maatregel, dient de reikwijdte van de aan die derden verleende bevoegdheid en de wijze van uitoefening daarvan voldoende duidelijk te worden aangegeven.

7. In par. 2.1.1 maak ik inzichtelijk dat het meer aannemelijk is dan niet dat het EHRM zal oordelen dat (de gevolgen van) het invaren voldoende voorzienbaar zijn. Daarbij plaats ik evenwel twee uitdrukkelijke voorbehouden. Het eerste voorbehoud is dat de informatievoorziening met betrekking tot de gevolgen van het invaren realistisch is. Zo moeten de gevolgen op reële en juiste worden berekend en inzichtelijk worden gemaakt. Anders weet men immers niet waar men aan toe is. Het tweede voorbehoud dat ik in dit verband maak, is dat de communicatie over de gevolgen van het invaren tijdig geschiedt, zodat men zich daarop kan aanpassen.
8. Voor het geval er wordt geoordeeld dat de wettelijke regels met betrekking tot het invaren niet voldoende voorzienbaar zijn, geldt dat niet aan de eerste voorwaarde voor een rechtsgeldige inmenging in de eigendom is voldaan. Er is dan sprake van een ongeoorloofde inmenging. Aan de andere voorwaarden hoeft dan niet meer te worden getoetst.
9. Wanneer door het EHRM wordt aangenomen dat het invaren bij wet is voorzien en er aldus aan de eerste voorwaarde voor een rechtsgeldige inmenging is voldaan, moet er worden getoetst of het invaren in het algemeen (publiek) belang is. Dit heeft de regering naar mijn overtuiging, mede in het licht van de grote mate van beoordelingsruimte die staten wat dit betreft hebben, voldoende inzichtelijk gemaakt, ook omdat op dit moment niet gesteld kan worden dat hetgeen de regering heeft aangevoerd evident zonder redelijke grond is. De drempel hiervoor is overigens ook hoog.
10. Dat brengt mij op de derde voorwaarde voor een rechtsgeldige inmenging in de eigendom. Het invaren moet de *'fair balance test'* doorstaan, in de zin dat de genomen maatregelen niet disproportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen. Voor deze managementsamenvatting is, naar ik vermoed, het meest vermeldenswaardig dat ik in dit verband onderzoek of:
 - (a) het met terugwerkende kracht, met actuariële omrekening, toepassen van de nieuwe regels op eerder opgebouwde aanspraken en rechten;
 - (b) eventueel nadeel dat als gevolg van het invaren wordt geleden;
 - (c) de verschuiving van vermogen; en/of
 - (d) het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht ten behoeve van het invaren,proportionele en evenredige maatregelen zijn.

11. Dit brengt mij op punt (a). In par. 2.1.1 maak ik inzichtelijk dat het met terugwerkende kracht, met actuariële omrekening, toepassen van de nieuwe regels op eerder opgebouwde aanspraken en rechten als zodanig op zichzelf waarschijnlijk niet gezwind zal worden beschouwd als een disproportionele en onevenredige maatregel, met dien verstande dat het anders kan zijn voor het geval de werkgever nu een bijstortingsverplichting heeft en/of er onvoorwaardelijke indexatie is toegezegd. Dit geldt mogelijk ook als men recht heeft op vroegpensioen en ongehuwdenpensioen, deze door het invaren verdwijnen en daardoor nadeel wordt geleden.
12. Met betrekking tot punten (b) en (c) maak ik in par. 2.1.1 inzichtelijk dat deze punten op zichzelf, zeker wanneer het nadeel gering is en slechts in geringe mate met vermogen wordt geschoven, op zichzelf niet hoeven te maken dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige maatregel.
13. Met betrekking tot punt (d) maak ik in par. 2.1.1 inzichtelijk dat ik vind dat door het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke inhoud van het pensioenrecht. Desalniettemin lijkt er een aannemelijke kans dat dit op zichzelf onvoldoende is om thans tot het oordeel te komen dat het als zodanig om een disproportionele en onevenredige maatregel gaat.
14. Het is op dit moment derhalve waarschijnlijk dat alle vier hiervoor behandelde omstandigheden op zichzelf, op de enkele mogelijke uitzonderingen na die ik hiervoor kort heb aangestipt en die ik in par. 2.1.1 nader uiteenzet, dus niet snel de conclusie zullen rechtvaardigen dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige maatregel. Bezieet men deze omstandigheden evenwel in samenhang, dan ontstaat door stapeling mogelijk een ander beeld, waarbij meespeelt dat omstandigheden (a) en (d) altijd aan de orde zijn. Als er dan vervolgens ook nog nadeel wordt geleden, zeker als dat niet een heel klein nadeel is, en/of er met vermogen wordt verschoven, kan de weegschaal naar de andere kant doorslaan.
15. Hierbij zij opgemerkt dat in de rechtspraak die ik heb bestudeerd de gevolgen van de maatregelen minder ingrijpend waren, met een minder grote reikwijdte, althans de omstandigheden onvergelijkbaar waren. Zo is er bijvoorbeeld geen sociale of economische (nood)situatie waardoor invaren essentieel is en heeft het invaren gevolgen voor alle burgers met pensioenaanspraken en -rechten. Dit brengt mee dat hoewel ik op basis van de bestaande rechtspraak wel een inschatting kan maken, er geen definitief uitsluitel te geven valt. Tegelijkertijd zijn de gevolgen van het invaren, zo ik mij voorstel, wel betrekkelijk definitief. Als er eenmaal is ingevaren, zal het immers niet eenvoudig zijn dit terug te draaien of eenmaal verdeeld pensioenvermogen alsnog anders te verdelen.

16. Dit brengt mij op art. 14 EVRM c.q. art. 1 EP, welke bepalingen directe en indirecte discriminatie naar leeftijd verbieden. Niet uit te sluiten valt dat er moet worden geoordeeld dat er sprake is van strijd met deze artikelen in verband met indirecte discriminatie naar leeftijd. Hier wringt met name een schoen als adequate compensatie uitblijft. Ik werk dit verder uit in par. 2.1.2.
17. Ik heb vervolgens in par. 2.1.3 nog een enkele opmerking gemaakt over art. 8 EVRM, dat kort gezegd het recht op een gezinsleven beschermt. Deze bepaling zou wellicht een rol kunnen spelen bij de wijzigingen met betrekking tot het nabestaandenpensioen en daarnaast mogelijk ten aanzien van het vroegpensioen en het ongehuwdenpensioen als er door het invaren in dezen nadeel wordt geleden.
18. Dat brengt mij op het Handvest. Dit kan een ruimere bescherming bieden dan het EVRM doet. Als de rechten corresponderen, is het EVRM de minimumbescherming die wordt geboden. Het door het Handvest geboden beschermingsniveau mag namelijk nooit lager zijn dan het niveau dat door het EVRM wordt gewaarborgd. Zo kom ik dan op de eerdergenoemde bepalingen.
19. Art. 16 Handvest, dat de vrijheid van onderneming beschermt, zou, zoals ik toelicht in par. 2.2.3(a), een rol kunnen spelen in een situatie waarin sociale partners besluiten tot het invaren, het pensioenfonds niet voldoende middelen heeft voor compensatie en hierdoor de kosten voor een individuele werkgever substantieel stijgen in vergelijking met de oude regeling. Dan moet worden beoordeeld of er sprake is van een inmenging die geoorloofd is. De kans dat in een individueel geval wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging lijkt mij niet groot, maar het valt ook niet helemaal uit te sluiten, juist omdat er ook gesteld zou kunnen worden dat er in voornoemd geval sprake is van een onevenredige ongunstige benadeling van de werkgever.
20. Dat brengt mij op art. 17 Handvest dat het ongestoord recht op eigendom beschermt. Ik bespreek de implicaties van dit artikel uitgebreid in par. 2.2.3(b).
21. Artikel 17 Handvest luidt niet hetzelfde als art. 1 EP. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan, wil de inmenging geoorloofd zijn, volgen in zijn algemeenheid uit art. 52 lid 1 Handvest. Beperkingen op het eigendomsrecht zijn ingevolge de eerste zin van dit artikel geoorloofd, indien (a) de beperking bij wet is voorzien, en (b) de beperking de wezenlijke inhoud eerbiedigt van het recht dat wordt beperkt.
22. Wat voorwaarde (a) betreft geldt *grosso modo* hetzelfde als ten aanzien van art. 1 EP.

23. Ten aanzien van voorwaarde (b) onderzoek ik in par. 2.2.3(b) uitgebreid of de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht nog wel wordt geëerbiedigd. Kort gezegd concludeer ik aldaar dat hiervan, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, geen sprake hoeft te zijn als de werkgever een bijstortingsverplichting heeft en/of er een onvoorwaardelijk recht op indexatie bestaat. Verder is dit mogelijk evenmin het geval met betrekking tot vroegpensioenregelingen of on-gehuwdenpensioen indien die als gevolg van het invaren verdwijnen en daardoor nadeel wordt geleden. In ieder geval moet wat mij betreft worden geconcludeerd dat de wezenlijke inhoud van het individueel bezwaarrecht in verband met het invaren niet wordt geëerbiedigd door de Wet toekomst pensioenen.
24. Als het HvJEU ten aanzien van (één of meer van) voorgaande gevallen zou concluderen dat inderdaad de wezenlijke inhoud van het betrokken recht niet wordt geëerbiedigd, kan het vervolgens vrij eenvoudig vinden dat er een ongeoorloofde inmenging is in de eigendom. Waar dit voor de eerstgenoemde mogelijke gevallen waarschijnlijk beperkte gevolgen heeft, omdat het gaat om beperkte groepen, geldt dat niet als het HvJEU oordeelt dat de wezenlijke inhoud van het individueel bezwaarrecht niet wordt geëerbiedigd door de Wet toekomst pensioenen en daardoor het eigendomsrecht als bedoeld in art. 17 Handvest niet wordt geëerbiedigd. Dan zijn de gevolgen veel verstrekkender.
25. Echter, ook wanneer het HvJEU oordeelt dat de wezenlijke inhoud van het recht dat wordt beperkt niet wordt geëerbiedigd, hoeft het, naar het zich laat aanzien, niet te oordelen dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging in de eigendom. Het HvJEU kan ook gaan toetsen of de beperking dan niet toch voldoet aan het evenredigheidsbeginsel van de tweede zin van art. 52 lid 1 Handvest. Ik vermoed, zoals ik toelicht in par. 2.2.3(b), dat het HvJEU in ieder geval ten aanzien van het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht zal gaan toetsen aan dit beginsel en dit op zichzelf dus onvoldoende zal achten om te komen tot de conclusie dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging.
26. Wanneer het HvJEU overgaat tot toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, lijkt op basis van de tot op heden in verband met pensioen gewezen uitspraken te kunnen worden verwacht, indien het HvJEU dezelfde lijn volgt, dat het oordeel zal zijn dat aan het evenredigheidsbeginsel wordt voldaan. Tegelijkertijd is het de vraag in hoeverre de eerder gewezen uitspraken leidend kunnen zijn.
27. Zo waren er in één land bijvoorbeeld bijzondere economische omstandigheden die tot een ingreep dwongen, waarbij de genomen maatregelen kennelijk slechts tijdelijke gevolgen voor de pensioenen hadden en was de verlaging in een andere zaak in lijn met een oudere wet waaraan uitvoering werd gegeven. In ieder geval waren de pensioeningrepen in alle drie de zaken slechts gericht

op een specifieke groep en waren de gevolgen duidelijk, terwijl de Wet toekomst pensioenen een veel bredere reikwijdte heeft met bredere gevolgen, waarvan de juridische impact wel op voorhand valt in te schatten, maar de financiële implicaties lastiger. Wat dit betreft kan het invaren niet een-op-een worden vergeleken met de omstandigheden die zich voordeden in voornoemde uitspraken. Bovendien werd in geen van die zaken geoordeeld dat de wezenlijke inhoud van het pensioenrecht niet werd geëerbiedigd.

28. Zo valt derhalve niet uit te sluiten dat (in specifieke omstandigheden) wordt gevonden dat er sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom, vooral indien wordt geoordeeld dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht niet is geëerbiedigd, al kan ook in dat geval gevonden worden dat het gaat om noodzakelijke maatregelen ten behoeve van het algemeen belang die evenredig en billijk zijn.
29. Wanneer het Handvest van toepassing is, zal er met inachtneming van art. 21 Handvest, zoals ik in par. 2.2.3(c) aanstip, naar het zich laat aanzien primair moeten worden getoetst aan de hand van Richtlijn 2000/78/EG of er sprake is van ongeoorloofde indirecte discriminatie.
30. Tot slot maak ik in par. 2.2.3(d) nog een enkele opmerking over art. 7 Handvest, dat ziet op de eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven. Blijkens de toelichting bij het Handvest correspondeert dit artikel met art. 8 EVRM. Ik verwijs wat dit betreft dan ook naar hetgeen ik met betrekking tot laatstgenoemd artikel heb gezegd.
31. Dat brengt mij op de beantwoording van de vragen die de Tweede Kamer op grond van de Motie Joseph beantwoord wenst te zien.
32. Mijn antwoord op vraag 1 luidt als volgt. Als er wordt geoordeeld dat het invaren in strijd is met het EVRM en/of het Handvest, kan de Staat hiervoor aansprakelijk zijn. Dit is uiteindelijk in grote mate afhankelijk van de grondslag waarop voornoemde strijdigheid bevonden wordt, omdat de uiteindelijke beslissing om in te varen op zich de verantwoordelijkheid is van de werkgevers (in de praktijk vaak de sociale partners) en pensioenfondsen. Wat dit betreft heeft de Staat dus voor een gedeelte zijn mogelijke aansprakelijkheidsrisico beperkt. De mogelijke omvang van de schade die uiteindelijk voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen, laat zich nu in ieder geval nog niet inschatten. Die kan groot dan wel klein zijn, al naar gelang hoe het invaren precies zal uitpakken, hetgeen afhankelijk is van de financiële paratemers aan de hand waarvan wordt ingevaren. Voor de onderbouwing van dit antwoord verwijs ik naar hoofdstuk 3.

33. Mijn antwoord op vraag 2 luidt als volgt. Werkgevers lopen het risico aansprakelijk te zijn, indien er, op basis van een grond die buiten het domein van de Staat ligt, wordt geoordeeld dat er sprake is van strijd met het EVRM en/of het Handvest. Er is dan immers een verkeerde inschatting gemaakt ten aanzien van de evenredigheid c.q. evenwichtigheid van de transitie. In ieder geval is de werkgever aansprakelijk als de schade is veroorzaakt in verband met keuzes die hij heeft gemaakt met betrekking tot het invaren. De mogelijke omvang van risico's voor werkgevers laat zich nu evenwel nog niet inschatten. Veel zal afhangen van de wijze waarop de transitie plaatsvindt. Voor de onderbouwing van dit antwoord verwijs ik naar hoofdstuk 4.
34. Mijn antwoord op vraag 3 luidt als volgt. Er mogen zonder meer een aantal rechtszaken worden verwacht met betrekking tot het invaren. De eerste zaak is ook al gevoerd, maar die werd prematuur gevonden. Rechtszaken in verband met het invaren zullen in eerste instantie met name een extra belasting opleveren voor de rechtbanken. Waar nu al wordt gekampt met een hoge werkdruk, zal die naar verwachting in verband met de stelselherziening verder toenemen. Wat dat betreft zijn er zeker risico's dat de rechtspraak onder druk komt te staan, mede gezien de grote verscheidenheid aan procedures die naast geschillen in verband met het invaren nog kunnen rijzen. De omvang van de risico's valt op dit moment evenwel niet in te schatten. Die is namelijk mede afhankelijk van hoe snel de hoogste rechters duidelijkheid weten te scheppen over de principiële aspecten rondom de transitie, onder andere ten aanzien van de geoorlooftheid van het invaren als zodanig en het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht. Voor de onderbouwing van dit antwoord verwijs ik naar hoofdstuk 6.
35. Mijn antwoord op vraag 4 luidt als volgt. Vergeleken met de Staat en de werkgevers acht ik de kans het grootst dat deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden hun pijlen zullen richten op de pensioenfondsen, omdat zij formeel het invaarbesluit nemen en daarbij ook een aantal keuzes kunnen maken die voor voornoemde personen nadelig kunnen uitpakken. De mogelijke *exposure* voor pensioenfondsen is nog groter indien zij, zoals Tangelder en Van Meerten wel hebben bepleit (voor wat betreft het Handvest), gelden als staat. In dat geval zijn zij namelijk mogelijk ook aansprakelijk voor aspecten die in het domein liggen van de wetgevende macht. Wat dit betreft kan aldus worden gesteld dat pensioenfondsen substantiële risico's lopen. De precieze omvang van die risico's kan op dit moment evenwel niet worden ingeschat. Veel zal uiteindelijk afhangen van de wijze waarop de transitie wordt vormgegeven. Voor de onderbouwing van dit antwoord verwijs ik naar hoofdstuk 5.
36. Ten slotte volgt op de volgende pagina een gedetailleerde inhoudsopgave.

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Invaren gedefinieerd en de parlementaire geschiedenis geduid | 11 |
| 1.1 | De aanleiding en doelen van de herziening van het pensioenstel | 11 |
| 1.2 | De nieuwe pensioenregeling kort belicht | 16 |
| 1.3 | Het oogmerk van invaren | 20 |
| 1.4 | De noodzakelijke stappen voor invaren | 22 |
| 1.5 | De afschaffing van het individueel bezwaarrecht | 29 |
| 1.6 | Kan een recht van opt-out worden toegekend? | 32 |
| 1.7 | Hoorrecht, collectief medezeggenschapsrecht en toezicht | 34 |
| 1.8 | Enkele concluderende opmerkingen | 39 |
| 2. | Invaren getoetst aan het EVRM en het Handvest | 39 |
| 2.1 | Het invaren getoetst aan het EVRM | 39 |
| 2.1.1 | Artikel 1 EP | 40 |
| 2.1.2 | Art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP | 69 |
| 2.1.3 | Art. 8 EVRM | 77 |
| 2.1.4 | Concluderende opmerkingen ten aanzien van het EVRM | 79 |
| 2.2 | Het invaren getoetst aan het Handvest | 80 |
| 2.2.1 | De vraag naar de toepasselijkheid van het Handvest | 80 |
| 2.2.2 | De verhouding tussen het Handvest en het EVRM | 88 |
| 2.2.3 | De relevante bepalingen uit het Handvest | 89 |
| | (a) Artikel 16 Handvest | 89 |
| | (b) Artikel 17 Handvest | 90 |
| | (c) Artikel 21 Handvest | 100 |
| | (d) Artikel 7 Handvest | 100 |
| 2.2.4 | Concluderende opmerkingen ten aanzien van het Handvest | 100 |
| 2.3 | Conclusie met betrekking tot het EHRM en het Handvest | 102 |
| 3. | De mogelijke aansprakelijkheid van de Staat | 104 |
| 4. | De mogelijke aansprakelijkheid van werkgevers | 106 |
| 5. | De mogelijke aansprakelijkheid van pensioenfondsen | 108 |
| 6. | Risico's van het invaren voor het rechtsstelsel | 110 |
| 7. | Conclusie | 119 |

1. Invaren gedefinieerd en de parlementaire geschiedenis geduid

1. In dit hoofdstuk zal ik eerst ingaan op de aanleiding en doelen van de pensioenstelselherziening (par. 1.1). Vervolgens zet ik kort de nieuwe premieregeling uiteen (par. 1.2). Daarna bespreek ik het oogmerk van het invaren (par. 1.3), waarna ik de stappen zal uiteenzetten die noodzakelijk zijn voordat kan worden ingevaren (par. 1.4). Hierop bespreek ik de afschaffing van het individueel bezwaarrecht (par. 1.5) om vervolgens te onderzoeken of er wellicht een recht van *opt-out* kan worden toegekend (par. 1.6). Daarna ga ik in op het hoorrecht, het collectief medezeggenschapsrecht en het toezicht dat specifiek in verband met de transitie in het leven is geroepen dan wel aangepast (par. 1.7). Ik rond dit hoofdstuk af met enkele concluderende opmerkingen (par. 1.8).

1.1 De aanleiding en doelen van de herziening van het pensioenstel

2. Op 1 juli 2023 is de Wijziging van de Pensioenwet, de Wet Inkomstenbelasting 2001 en enige andere wetten in verband met herziening van het pensioenstelsel, standaardisering van het nabestaandenpensioen, aanpassing van de fiscale behandeling van pensioen en enige andere wijzigingen ten aanzien van pensioen (de "Wet toekomst pensioenen" of "WTP") in werking getreden. De Wet toekomst pensioenen heeft ingrijpende gevolgen voor het pensioenstelsel.
3. De Wet toekomst pensioenen behelst volgens de Regering een uitwerking van de 'Hoofdlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord' van 22 juni 2020 (de "Hoofdlijnennotitie"),¹ welke notitie op zijn beurt weer een uitwerking is van het akkoord tussen het kabinet, werkgevers- en werknemersorganisaties over de herziening van het pensioenstelsel (het "Pensioenakkoord"). De minister van sociale zaken en werkgelegenheid (de "Minister") heeft de Tweede Kamer hierover bij brief van 5 juni 2019 geïnformeerd.²
4. In laatstgenoemde brief stelt de Minister dat het pensioenstelsel dringend aan vernieuwing toe is. Ter rechtvaardiging van deze stelling werden de volgende kwetsbaarheden van het destijds geldende pensioenstelsel aangevoerd:
 - Ontwikkelingen op de financiële markten zijn sterk bepalend voor de koopkracht en de mate van zekerheid van de pensioenen.

¹ *Kamerstukken II 2009-2010, 32043, nr. 519.*

² *Kamerstukken II 2018-2019, 32043, nr. 457.*

- Door het sturen op nominale zekerheid wordt het beleggingsrendement niet direct gebruikt voor indexatie, maar eerst voor het aanvullen van buffers.
 - De systematiek van pensioenopbouw leidt tot herverdeling van jonge naar oudere werkenden en van mensen met weinig inkomensgroei tijdens hun loopbaan naar mensen die veel carrière maken. Ook de mogelijkheid van premiedemping zorgt voor herverdelende effecten.
 - Financiële schokken kunnen door vergrijzing en ontgroening niet meer adequaat worden opgevangen, waardoor de robuustheid van het pensioenstelsel in het geding zou zijn.
5. Deze kwetsbaarheden waren volgens de Minister in 2010 al geconstateerd door de Commissie Goudswaard.³
 6. Hoewel er sinds 2010 al veelvuldig is ingegrepen in het pensioenstelsel, zou een fundamentele aanpak van de geconstateerde kwetsbaarheden volgens de Minister urgent zijn. Het langdurig uitblijven van indexatie en de voortdurende discussies over verdeelregels zouden het maatschappelijke draagvlak voor het bestaande pensioenstelsel namelijk ondergraven.
 7. Het kabinet was daarom volgens de Minister zeer verheugd dat de Sociaal Economische Raad (“SER”) voornoemde kwetsbaarheden in zijn ontwerpadvies adresseerde en de contouren van een vernieuwd pensioenstelsel beschreef.⁴
 8. In haar advies stelde de SER voor om een nieuw contract met uitgebreide risicodeling te faciliteren om betere pensioenresultaten mogelijk te maken. Kort gezegd werd een onzuivere premiereregeling voorgesteld, waarbij direct voorwaardelijke pensioenaansprakelijk ingekocht zouden worden met deling van de resultaten (positief en negatief) tussen alle deelnemers (actieven, gepensioneerden en slapers).⁵ De Minister gaf in zijn brief van 5 juni 2019 aan dat het kabinet dit ontwerpadvies graag overnam.
 9. Ten behoeve van de overgang naar een nieuw pensioencontract sprak de SER de voorkeur uit om bestaande pensioenaanspraken en -rechten alsmede nieuwe pensioenopbouw bij elkaar te houden. Aldus zou worden

³ *Kamerstukken II* 2009-2010, 30413, nr. 139. Net iets eerder werd het rapport van de Commissie Frijs aan de Tweede Kamer aangeboden (zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 30413, nr. 138).

⁴ <https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/2019/naar-een-nieuw-pensioenstelsel.pdf>.

⁵ SER-advies, *Naar een nieuw pensioenstelsel*, juni 2019, p. 19.

bewerkstelligd dat na een collectieve waardeoverdracht de regels van het nieuwe pensioenstelsel ook van toepassing worden op reeds opgebouwde aanspraken en rechten.⁶ In dit verband heeft de Minister aangegeven dat het kabinet de wens steunt om de oude en nieuwe aanspraken en rechten bij elkaar te houden. Het kabinet zou dan ook bereid zijn het collectief invaren te faciliteren en de regels die daarvoor nodig zijn wettelijk vast te leggen.

10. Voor het geval de bestaande aanspraken en rechten niet zouden worden overgedragen, zou de overstap op meer persoonlijke pensioenen meer geleidelijk plaatsvinden. Het kabinet zou wat dit betreft de mogelijkheden onderzoeken om voor die situatie te voorkomen dat bestaande en nieuwe rechten in aparte fondsen moeten worden ondergebracht. Een mogelijkheid, die door de Minister in voornoemde brief van 5 juni 2019 werd genoemd, was om de nieuwe opbouw voor pensioendatum weer (geleidelijk) samen te voegen met de al opgebouwde collectieve aanspraken.
11. In de Hoofdlijnennotitie is het door de SER voorgestelde nieuwe pensioencontract vervolgens doorontwikkeld tot een zuivere premiereregeling. Volgens de opstellers van de Hoofdlijnennotitie is dat geschied om tot een betere invulling van de vastgestelde doelen te komen.⁷
12. De uitwerking geschiedde onder leiding van een stuurgroep bestaande uit vertegenwoordigers van enerzijds werknemers- en werkgeversorganisaties en anderzijds het kabinet. De stuurgroep werd bij de totstandkoming van de Hoofdlijnennotitie geadviseerd door vertegenwoordigers van de Pensioenfederatie, het Verbond van Verzekeraars, De Nederlandsche Bank (“DNB”), de Autoriteit Financiële Markten (“AFM”) en het Centraal Planbureau (“CPB”). Bovendien werd de stuurgroep gedurende de uitwerking geadviseerd door een wetenschappelijk klankbord van 11 hoogleraren (allen genoemd op pagina 46 van de Hoofdlijnennotitie).
13. In de Hoofdlijnennotitie wordt in navolging van het Pensioenakkoord benadrukt dat het stelsel dat destijds gold tekortkomingen kende. Dit stelsel was immers tot stand gekomen in een andere tijd – de jaren vijftig van de vorige eeuw – terwijl er in de afgelopen decennia veel is veranderd in onze samenleving. De demografie, economie en arbeidsmarkt zijn anders. Mensen worden bovendien steeds ouder. Ten opzichte van het aantal pensioengerechtigden zijn er ook veel minder werkenden. Mensen werken daarnaast niet meer hun hele leven bij één werkgever, maar veranderen vaker van werk en/of contractvorm. Ook zouden pensioenen gevoeliger zijn geworden voor de ontwikkelingen op financiële markten en gevoelig zijn voor

⁶ SER-advies, *Naar een nieuw pensioenstelsel*, juni 2019, p. 32.

⁷ Hoofdlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord, 22 juni 2020, p. 8.

rente(schommelingen). Deze ontwikkelingen zouden ertoe hebben geleid dat de pensioenen van veel pensioengerechtigden, en de aanspraken van nog meer (gewezen) deelnemers, na de crisis van 2008 niet of nauwelijks zijn verhoogd, en in sommige gevallen zelfs verlaagd. Het destijds geldende stelsel zou aldus op zijn laatste benen lopen en de kans zou groot zijn dat het vertrouwen in het pensioenstelsel zou afnemen zonder vernieuwing.

14. In de Hoofdlijnennotitie is uitgewerkt dat er een standaard transitiepad wordt voorgeschreven waarin bestaande aanspraken en rechten in beginsel worden omgezet naar een nieuw pensioencontract. In de Hoofdlijnennotitie is dit aangeduid als “invaren”. Door het invaren worden de regels van het nieuwe pensioen ook van toepassing op bestaande aanspraken en rechten.
15. Ten behoeve van het invaren werd afgesproken dat de wetgever in de toelichting bij de nieuwe wet een juridisch sluitende onderbouwing zou opnemen voor het gebruik van het standaard transitiepad (lees: het invaren). Decentrale partijen (werkgevers, sociale partners en pensioenfondsen) die het standaard transitiepad volgen, zouden dan hiernaar kunnen verwijzen. In dit verband werd ook in de Hoofdlijnennotitie vastgelegd dat de wetgever het bezwaarrecht zou voorschrijven dat van toepassing is ten aanzien van het standaard transitiepad (het invaren).
16. Ten aanzien van het bezwaarrecht merkt de Hoofdlijnennotitie op dat de deelnemers en gepensioneerden via een versterkt collectief bezwaarrecht inspraak zouden krijgen op het invaarbesluit. Voornoemd bezwaarrecht zou volgens de Hoofdlijnennotitie dan van toepassing zijn op het besluit om in te varen en op de beleidsmatige keuzes in dat kader. Voor zover dat nodig is, zouden volgens de Hoofdlijnennotitie dan de bestaande bepalingen inzake informatieverstrekking worden uitgebreid.
17. In lijn met de brief van de Minister van 5 juni 2019 en de Hoofdlijnennotitie wordt in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel WTP (de “MVT”) in enkele pagina’s ingegaan op de aanleiding voor de stelselherziening.⁸ Kort gezegd worden voor deze herziening twee redenen aangevoerd:
 - In de eerste plaats zou het huidige pensioenstelsel onbetaalbaar zijn geworden.⁹
 - In de tweede plaats zou het huidige pensioenstelsel te onpersoonlijk en te weinig transparant zijn.¹⁰

⁸ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3.*

⁹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 3-7.*

¹⁰ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 7-11.*

18. In het kader van de eerste reden gaf de regering aan dat de destijds geldende pensioenregeling – in het geval van uitkeringsovereenkomsten – voor veel sectoren en ondernemingen, onbetaalbaar is geworden door de nadruk op zekerheid in de vorm van nominale stabiliteit en de wens om de koopkracht op peil te houden door indexatie. Wilde men de nominale uitkering namelijk handhaven en blijven indexeren, dan dienden de premies fors te worden verhoogd. Waar een verdere premiestijging niet wenselijk werd gevonden, had dit gevolgen voor hetzij de pensioenopbouw hetzij de ruimte voor indexatie. In sommige gevallen werden de ingegane pensioen en pensioenaanspraken zelfs nominaal verlaagd.¹¹
19. Pensioengerechtigden zouden volgens de regering dus veelal niet de koopkrachtbestendige pensioenen (hebben) ontvangen waarop zij rekenden, terwijl bij veel jonge deelnemers ten onrechte het idee zou leven dat hun premies worden gebruikt voor de mensen die met pensioen zijn en dat er geen pensioenvermogen meer is wanneer zij met pensioen gaan. De toezeggingen die in het kader van de uitkeringsovereenkomst werden gedaan ten aanzien van de te ontvangen pensioenuitkering zouden dan ook tot onrealistische verwachtingen en teleurstelling hebben geleid. Berichten over dreigende kortingen en aanhoudende uitholling van de koopkrachten van de pensioenen (door niet te indexeren) zouden volgens de regering het vertrouwen van deelnemers en pensioengerechtigden verder ondergraven dat er zorgvuldig met hun pensioengeld wordt omgegaan.
20. De tweede reden voor de herziening van het pensioenstelsel vormt de wens om het pensioen meer persoonlijk te maken, door het verband tussen de betaalde premies, geboekte rendementen en het te bereiken pensioen te verduidelijken. In het huidige pensioenstelsel, zou dit niet dan wel onvoldoende duidelijk zijn.
21. Nadat in de MvT de redenen voor de invoering van de WTP zijn uiteengezet, volgt een samenvatting van de doelen die de regering met de herziening van het pensioenstelsel beoogt:¹²
 - in de eerste plaats wordt beoogd eerder perspectief te bieden op een koopkrachtig pensioen;
 - in de tweede plaats wordt een meer transparant en meer persoonlijk pensioenstelsel beoogd; en

¹¹ Zie ook *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. H, p. 2-3. Het pensioenstelsel zou daarom minder zeker zijn dan het lijkt.

¹² *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 16-18.

- in de derde plaats wordt beoogd het pensioenstel beter te laten aansluiten bij ontwikkelingen in de samenleving en op de arbeidsmarkt.

1.2 De nieuwe pensioenregeling kort belicht

22. Om voornoemde doelen te bereiken, dient volgens de MvT verplicht te worden overgestapt naar een nieuwe manier van pensioen opbouwen, namelijk door middel van een premieregeling met een vlakke premie.¹³ Waar eerder drie typen pensioenovereenkomsten werden onderscheiden, namelijk de uitkerings-, kapitaal- en premieovereenkomst, blijft in het kader van de Wet toekomst pensioen dus alleen het laatste type over. De WTP voorziet dan ook in pensioenopbouw door middel van een premieregeling.¹⁴
23. Bij een premieovereenkomst is sprake van een vastgestelde pensioenpremie ten behoeve van de pensioenopbouw. Deze premie is in beginsel een vast percentage van het jaarsalaris of van de pensioengrondslag. Uitgangspunt van de pensioentoezegging is de hoogte van de pensioenpremie, hetgeen betekent dat de hoogte van het pensioen niet vooraf vast staat. De hoogte van het uiteindelijke pensioen is onder andere afhankelijk van de ingelegde pensioenpremies, de behaalde rendementen, rentestanden en de ontwikkeling van de levensverwachting.¹⁵
24. Bij de overstap naar de nieuwe manier van pensioenopbouw wordt de doorsneesystematiek afgeschaft. Wanneer dit leidt tot een lager pensioenvooruitzicht, is compensatie in beginsel geïndiceerd.¹⁶ Compensatie is evenwel niet wettelijk voorgeschreven.¹⁷ Het is uiteindelijk aan de sociale partners dan wel werkgevers en werknemers om te besluiten of compensatie geboden moet worden, en zo ja, voor wie deze compensatie is bedoeld en wat

¹³ Zie art. 17 Pw en art. 23 Wvb. Er is een beperkte uitzondering mogelijk voor werknemers die pensioen opbouwen op basis van een progressieve premiestaffel. Door gebruik te maken van het overgangsrecht van art. 220e Pw en art. 214d Wvb vinden ten aanzien van deze personen geen transitie-effecten plaats, aldus *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 237. Het kan dus gebeuren dat een werkgever en pensioenfonds in dit geval twee pensioenregelingen toepast, een voor bestaande en een voor nieuwe deelnemers.

¹⁴ De Wet verplichte beroepspensioenregeling (ook wel: "Wvb"), die ziet op beroepspensioenfondsen, bespreek ik in beginsel (verder) niet separaat, omdat de regeling grote gelijkens vertoont met de Pensioenwet. Tenzij het in een specifiek geval geïndiceerd voorkomt, zal ik wat dit betreft dus niet specifiek ingaan op de regelingen zoals die gelden voor beroepspensioenfondsen.

¹⁵ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 28.

¹⁶ Zie nader D.L. Kok, 'Compensatie voor de afschaffing van de doorsneesystematiek', *TPV 2023/19*.

¹⁷ *Aanhangsel handelingen II, 2023-2024*, nr. 2136, p. 3.

die compensatie inhoudt.¹⁸ Dit alles binnen het evenwichtigheid van het totaal van de pensioenafspraken.¹⁹

25. Bij pensioenfondsen met een voldoende hoge dekkinggraad kan er een compensatiedepot worden gevormd. Als hieruit niet volledig kan worden gecompenseerd, zal de werkgever, wanneer besloten wordt tot compensatie, moeten bijspringen. Heemskerk verwacht dat deze compensatie dan in loon zal geschieden. Pensioencompensatie moet namelijk ook aan nieuwe werknemers worden aangeboden. Looncompensatie niet. Dat maakt looncompensatie goedkoper. Nadeel daarvan is dat looncompensatie leidt tot een pensioengat.²⁰
26. Oftewel, afschaffing van de doorsneesystematiek kan voor bepaalde leeftijdsgroepen tot gevolg hebben dat er een lager pensioenresultaat is dan eerder werd verwacht. Hetzelfde geldt voor wie de progressieve premieregeling verdwijnt.
27. Premieovereenkomsten kunnen verschillen in de wijze waarop financiële meeen tegenvallers over (actieve, gewezen en toekomstige) deelnemers en pensioengerechtigden worden verdeeld of waarop bepaalde risico's verzekerd zijn. Ook de mate van keuzevrijheid en flexibiliteit verschilt. Wat dit betreft zijn er drie varianten: (i) de solidaire premieovereenkomst, (ii) de flexibele premieovereenkomst, en (iii) de premie-uitkeringsovereenkomst.²¹ Alle drie de regelingen hebben gemeen dat een zogenaamd persoonlijk pensioenvermogen wordt opgebouwd. Ik zal hierna kort ingaan op (de verschillen tussen) voornoemde premieregelingen.²²
28. De solidaire premieregeling is een premieregeling waarin risicodeling centraal staat. Er is namelijk een collectief beleggingsbeleid. Er valt voor de deelnemer, gewezen deelnemer en pensioengerechtigde wat dit betreft dan ook niets te kiezen. De beleggingsresultaten worden via vooraf vastgestelde regels leeftijdsafhankelijk toebedeeld.²³

¹⁸ Ik heb ook al berichten gelezen dat de afschaffing van de doorsneesystematiek niet wordt gecompenseerd, omdat wordt verwacht dat het te halen rendement en een premieverhoging de negatieve effecten kunnen neutraliseren. Zie bijvoorbeeld: <https://pensioenpro.nl/geen-compensatie-voor-doorsneepremie-bij-transitie-bpf-zuivel/>.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ M. Heemskerk, 'Wijziging van de pensioenovereenkomst - Wet toekomst pensioenen', *ArbeidsRecht* 2024/4, p. 6.

²¹ Zie art. 10 lid 2 Pw.

²² Zie hieromtrent nader W.P.M. Thijssen, 'Hoofdlijnen van de Wet toekomst pensioenen', *JBN* 2023/52, p. 5-7, die op puntige en duidelijke wijze de kenmerken van de verschillende overeenkomsten uiteenzet.

²³ Als men geen enkele invloed heeft op het beleggingsbeleid kan men zich overigens afvragen hoe persoonlijk en transparant de solidaire premieregeling dan ervaren wordt.

29. Na pensioendatum wordt vanuit het pensioenvermogen een uitkering genoten door periodiek een stukje uit dit vermogen te onttrekken. In de solidaire premieregeling is er geen onderscheid tussen de opbouw- en de uitkeringsfase. In de uitkeringsfase wordt het pensioenkapitaal ook na pensionering dus nog steeds belegd. Dit beleggen moet wel gebeuren in overeenstemming met de risicohouding van pensioengerechtigden.
30. Gevolg van het doorbeleggen is dat de pensioenuitkering variabel is en kan schommelen. De uitkering kan omhoog gaan bij positieve resultaten en kan omlaag gaan bij negatieve resultaten. Bij een variabel pensioen draagt de pensioengerechtigde volledig het beleggingsrisico.
31. Binnen een solidaire premieregeling is een solidariteitsreserve verplicht.²⁴ Door middel van de solidariteitsreserve worden financiële mee- of tegenvallers collectief gedeeld op een wijze die op voorhand leidt tot gemiddeld stabielere of hogere toekomstige en al ingegane pensioenuitkeringen voor alle generaties, ten opzichte van de aanname dat de solidariteitsreserve geen onderdeel van de pensioenregeling zou zijn.²⁵ De solidariteitsreserve mag niet worden gebruikt voor deling van operationele kosten.
32. Een solidariteitsreserve heeft een maximale omvang van 15% van het geheel voor pensioen gereserveerde vermogen inclusief de solidariteitsreserve.²⁶ Indien een solidariteitsreserve wordt gevuld uit premies of overrendement, bedraagt de inleg uit premie niet meer dan 10% van de premiesom per deelnemer per jaar en bedraagt de inleg uit overrendement niet meer dan 10% van het positieve collectieve overrendement per jaar.²⁷ Ten aanzien van de vulling van de solidariteitsreserve zij verder nog verwezen naar art. 150n Pw.
33. De flexibele premieregeling is een premieregeling met meer individuele keuzevrijheid dan bij de solidaire premieregeling, niet alleen in de opbouwfase, maar ook in de uitkeringsfase. Zo kan tot pensioendatum potentieel worden gekozen uit verschillende beleggingsprofielen en kan meer of minder beleggingsrisico worden genomen. De mate van keuze hangt onder meer af van wat de pensioenuitvoerder aanbiedt. Op de pensioendatum kan men kiezen tussen een vast of een variabel pensioen. Bij de variabele uitkering wordt het pensioenkapitaal in de uitkeringsfase in bepaalde mate risico-dragend door belegd. De uitkering kan dan schommelen, afhankelijk van het

²⁴ Art. 10a lid 3 Pw.

²⁵ Art. 10d lid 3 Pw.

²⁶ Art. 10d lid 1 Pw.

²⁷ Art. 10d lid 2 Pw.

beleggingsresultaat. Bij de keuze voor een vaste uitkering staat de hoogte van de uitkering daarentegen in beginsel vast.²⁸

34. Indien de wijziging van de pensioenovereenkomsten betekent dat een pensioenfonds overgaat van uitvoering van een pensioenovereenkomst die het karakter heeft van een uitkeringsovereenkomst als bedoeld in art. 1 Pw, zoals dat artikel luidde op de dag voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen, naar uitvoering van een flexibele premieovereenkomst, legt het pensioenfonds binnen een jaar na de collectieve waardeoverdracht, gepensioneerden de keuze voor tussen een vaste of variabele uitkering.²⁹ Indien het pensioenfonds dan slechts een vaste of slechts een variabele uitkering aanbiedt, ontstaat er hierdoor ingevolge art. 80 lid 2 Pw éénmalig een shoprecht voor gepensioneerden. Dit shoprecht geldt ook in de toekomst voor het geval het pensioenfonds slechts een variabele of vaste uitkering aanbiedt, maar dat niet de uitkeringsvorm is die de (toekomstig) gepensioneerde wenst.
35. Binnen de flexibele premiereregeling is het mogelijk om financiële mee- of tegenvallers te delen via de risicodelingsreserve.³⁰ Voor een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds³¹ respectievelijk beroepspensioenfonds³² zijn kort gezegd een risicodelingsreserve verplicht als dit fonds kiest voor een flexibele premiereregeling. Voor andere pensioenuitvoerders is de risicodelingsreserve optioneel.³³ De Wet toekomst pensioen bevat regels voor vulling van de risicodelingsreserve bij invaren en daarna.
36. Dit brengt mij op de premie-uitkeringsovereenkomst. Deze vorm van pensioenopbouw is niet nieuw. Die kennen we nu ook reeds. In het kader van zo'n overeenkomst wordt de premie belegd en vormt samen met de rendementen het pensioenkapitaal. Op de pensioendatum wordt het pensioenkapitaal aangewend voor een levenslange vaste of variabele pensioenuitkering.³⁴ Het grote verschil met de flexibele- en solidaire premiereregeling is, is dat er geen mogelijkheden zijn voor het (intergenerationeel) delen van risico's. In deze regeling is het dan ook niet mogelijk om een risicodelings- of solidariteitsreserve in te richten. Verzekeraars en premiepensioen-

²⁸ Als een vaste uitkering wordt uitgevoerd door het pensioenfonds gelden de regels van het financieel toetsingskader voor vaste uitkeringen. In dat geval wordt er naar mij is verteld in de uitkeringsfase ook in een bepaalde mate risicodragend door belegd.

²⁹ Art. 150I lid 6 Pw.

³⁰ In het licht van art. 10e lid 3 Pw is het oogmerk van een risicodelingsreserve om de mee- en tegenvallers te delen op een wijze die op voorhand leidt tot gemiddeld stabielere of hogere toekomstige en al ingegane pensioenuitkeringen voor alle generaties, ten opzichte van de situatie dat de risicodelingsreserve geen onderdeel van de pensioenregeling is.

³¹ Art. 10b lid 8 Pw.

³² Art. 28b lid 2 Wvb.

³³ Art. 10b lid 2 Pw.

³⁴ Zie aldus art. 10c lid 1 Pw.

instellingen kunnen de premie-uitkeringsovereenkomst aanbieden,³⁵ pensioenfondsen niet.³⁶

37. Uit een recent overzicht van Pensioen Pro ten aanzien van de transitie begrijp ik dat bij de meeste pensioenfondsen, zeker bij de bedrijfstakpensioenfondsen, wordt gekozen voor de solidaire premieregeling, met aldus een variabele uitkering bij pensioen.³⁷

1.3 *Het oogmerk van invaren*

38. Terecht merkt de MvT op dat een wijziging van de pensioenovereenkomst op zich geen gevolgen heeft voor de pensioenaanspraken en -rechten die voorafgaand aan de wijziging van het pensioenstelsel zijn verworven.³⁸ De wijziging werkt in beginsel immers alleen naar de toekomst toe.
39. Het is technisch ook mogelijk om bestaande pensioenaanspraken en -rechten niet in te varen. In dat geval bestaan de oude en nieuwe aanspraken en rechten naast elkaar in het pensioenfonds.³⁹ De eerder verworven aanspraken en rechten worden dan beheerst door de oude regels, onder het daarvoor geldende financieel toetsingskader, terwijl de nieuwe aanspraken en rechten worden beheerst door de nieuwe regels.⁴⁰ Waar de Minister in zijn brief van 5 juni 2019 nog toezegde om te kijken of beide dan kunnen worden samengevoegd, is ervoor gekozen hiervoor juist geen regelingen te treffen. Dit kan, naar ik begrijp, nadelige gevolgen hebben voor (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden in situaties waarin niet wordt ingevaren.⁴¹
40. De regering wilde evenwel dat er zoveel mogelijk zou worden ingevaren. Voor een goede overstap naar een nieuwe manier van pensioen opbouwen, is het volgens de regering namelijk van belang dat de regels van de nieuwe pensioenregeling ook kunnen worden toegepast op de pensioenaanspraken en -rechten die eerder zijn opgebouwd bij pensioenfondsen.⁴² Deze aanspraken en rechten worden hiertoe dan collectief ingevaren door middel

³⁵ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 29.

³⁶ Zie ook art. 1 Pw.

³⁷ Zie aldus <https://pensioenpro.nl/bekijk-hier-het-overzicht-van-de-pensioentransitie/>.

³⁸ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 90.

³⁹ *Kamerstukken I 2022-2022*, 36067, nr. K, p. 4.

⁴⁰ Zie ook *Kamerstukken I 2022-2023*, nr. H, p. 47.

⁴¹ Zie aldus https://www.pensioenfondspgb.nl/globalassets/pdfs/pensioenstelsel/position-paper_pensioenfonds-pgb_wtp.pdf en wat dit betreft bijvoorbeeld onder meer <https://www.internetconsultatie.nl/wettoezeggingenpensioenonderwerpen/reactie/edacfb30-cdcf-4d4f-b3f9-21e246371427>.

⁴² Invaren is alleen mogelijk bij pensioenfondsen en is niet aan de orde bij verzekeraars en premiepensioeninstellingen. Dit advies heeft dan ook alleen betrekking op pensioen dat bij een pensioenfonds is of wordt opgebouwd.

van een interne collectieve waardeoverdracht, met als gevolg dat de nieuwe regels als het ware met terugwerkende kracht van toepassing worden op de eerder opgebouwde aanspraken en rechten.⁴³ Bij invaren worden aldus de op grond van een uitkeringsovereenkomst opgebouwde pensioenrechten en pensioenaanspraken gewaardeerd en omgezet in een voor het pensioen gereserveerd vermogen respectievelijk een pensioenkapitaal.⁴⁴

41. Het collectief invaren van deze pensioenaanspraken en pensioenrechten heeft tot doel om de bestaande pensioenen en de nieuwe pensioenopbouw bijeen te houden in één pensioenfonds. Door het collectief invaren zou de solidariteit c.q. risicodeling tussen deelnemers- en leeftijdsgroepen in stand blijven, zouden gesloten pensioenfondsen worden voorkomen en zou de uitvoerbaarheid worden verbeterd.⁴⁵ Zo wordt volgens de regering eveneens voorkomen dat pensioenfondsen meerdere administraties moeten voeren. Door invaren kunnen de doelen van het nieuwe pensioenstelsel – eerder zicht op een koopkrachtig pensioen alsmede een persoonlijker en transparanter pensioen – volgens de regering dan ook sneller en voor het volledige pensioenkapitaal worden behaald.⁴⁶
42. Hierbij merk ik nog op dat de regering eveneens heeft gesteld dat er door invaren eerder perspectief op indexatie zou zijn,⁴⁷ terwijl in het kader van de nieuwe premiereregeling de pensioenambitie in beginsel slechts gerelateerd kan worden aan de beleggingsopbrengsten. De koppeling van pensioenen aan een prijsindex van jaar tot jaar is derhalve, als ik het goed begrijp, niet mogelijk.⁴⁸ Als zodanig lijkt het dan ook onjuist om te stellen dat het invaren leidt tot eerder perspectief op indexatie. Ik laat dit argument verder dan ook buiten beschouwing.
43. Tegelijkertijd heeft de regering het invaren, naar eigen zeggen, niet wettelijk verplicht gesteld. De keuze om in te varen is volgens de regering namelijk een specifieke keuze van werkgevers (in de praktijk vaak sociale partners) en is afhankelijk van de karakteristieken van het pensioenfonds (deelnemersbestand, bijstortingsverplichting, financiële situatie, etc.).⁴⁹ Bovendien zou

⁴³ Zo wordt invaren in de MvT omschreven als “*het toepassen van de regels van de collectief gewijzigde pensioenovereenkomst op pensioenrechten en pensioenaanspraken die voorafgaand aan die wijziging zijn verworven*”.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 14.*

⁴⁵ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 24 en Kamerstukken I 2022-2022, 36067, nr. K, p. 4.*

⁴⁶ *Kamerstukken II 2023-2024, 36067, nr. 766, p. 6 en Kamerstukken I 2022-2022, 36067, nr. K, p. 4.*

⁴⁷ *Kamerstukken I 2022-2022, 36067, nr. K, p. 18.*

⁴⁸ Zie aldus: <https://pensioenpro.nl/doe-geen-valse-beloftes-voor-indexatie/>.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 236.*

verplicht invaren ook een verschuiving van de rolverdeling tussen overheid en sociale partners op pensioenterrein betekenen.⁵⁰

44. Wel is invaren het standaard transitiepad geworden.⁵¹ Invaren is namelijk een essentieel onderdeel van de stelselwijziging.⁵² Om het invaren te faciliteren, heeft de regering mogelijke belemmeringen dan ook willen wegnemen.⁵³
45. Het is in dit verband tot slot goed op te merken dat de regering heeft gemeend dat ook het invaren van opgebouwd nabestaandenpensioen gewenst is.⁵⁴ Echter, volgens art. 220g lid 3 Pw blijft degene die voor inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen aanspraakgerechtigde was voor partnerpensioen op opbouwbasis aanspraakgerechtigde ten aanzien van dit opgebouwde deel. Oftewel, het nabestaandenpensioen dat was opgebouwd blijft in beginsel beschikbaar voor diegenen die als partner kwalificeerden voor invoering van de Wet toekomst pensioenen.⁵⁵ In dit verband zei de Minister dat dit betekent dat degene die voor de transitie begunstigde was voor de aanspraak op het partnerpensioen, dat ook blijft na de transitie. Pensioenfondsen maken zelf de afweging hoe zij in de administratie dit overgangsrecht het beste kunnen vormgeven. Er zijn geen wettelijke voorschriften opgenomen over het al dan niet aanhouden van een voorziening hiervoor.⁵⁶ Hierbij heeft de Minister opgemerkt dat de aanspraken op partnerpensioen contant gemaakt worden met dezelfde omrekenmethoden als die voor het ouderdompensioen worden gebruikt. De waarde die daaruit voortvloeit, wordt vervolgens gebruikt voor de financiering van een verzekering die wordt gesloten ten behoeve van de dekking van de pensioenaanspraken die tot het moment van de transitie waren opgebouwd.⁵⁷ De aanspraak die er is op het moment van de transitie wordt aldus via een verzekering beschikbaar gehouden.⁵⁸

1.4 De noodzakelijke stappen voor invaren

46. Omdat invaren formeel niet wettelijk verplicht is gesteld, vereist invaren een

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 91.*

⁵² *Kamerstukken II 2023-2024, 36067, nr. 766, p. 6.*

⁵³ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 181.*

⁵⁴ De Wet toekomst pensioenen stelt geen inhoudelijke wijzigingen voor ten aanzien van het partnerpensioen ter dekking van het risico op overlijden na pensioendatum. Als een partnerpensioen ter dekking van het risico op overlijden na pensioendatum wordt aangeboden, dan is dat altijd op opbouwbasis. Het partnerpensioen ter dekking van het risico van overlijden voor pensioendatum wordt ingevolge de Wet toekomst pensioenen nog slechts op risicobasis aangeboden. Als een persoon dus niet langer deelnemer is in het kader van een pensioenregeling, vervalt in beginsel de risicodekking.

⁵⁵ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 206-207.*

⁵⁶ *Kamerstukken II 2022-2023, 36067, nr. 30, p. 9.*

⁵⁷ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 7, 151, met een voorbeeld ter verduidelijking.*

⁵⁸ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 7, p. 148.*

drietal opvolgende stappen. Ik zal hierna kort ingaan op deze stappen.

47. De eerste stap is dat de pensioenovereenkomst moet worden gewijzigd door de werkgever,⁵⁹ al dan niet in overleg met of instemming van de werknemer(s) en ex-werknemers,⁶⁰ dan wel door de partijen (de sociale partners⁶¹) die de pensioenovereenkomst overeenkomen dan wel zijn overeengekomen.⁶² Dit houdt in dat de bestaande pensioenovereenkomst moet worden gewijzigd naar een solidaire premieovereenkomst of een flexibele premieovereenkomst.⁶³ Ten behoeve van deze wijziging moet de werkgever een transitieplan opstellen.⁶⁴
48. Het transitieplan moet onder meer aangeven de wijze waarop wordt omgegaan met opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.⁶⁵ Oftewel, het transitieplan moet duidelijk maken of er wordt ingevaren of niet en wat de gevolgen daarvan zijn. Daarbij moet het transitieplan verduidelijken waarom er sprake is van een evenwichtige transitie.⁶⁶
49. In dit kader is ook van belang of, en zo ja op welke wijze er compensatie plaatsvindt van diegene(n) die benadeeld worden door afschaffing van de doorsneesystematiek.⁶⁷ De afspraken hierover worden gemaakt in de arbeidsvoorwaardelijke fase en die afspraken dienen te worden verantwoord in het transitieplan, ook indien geen compensatie wordt afgesproken.⁶⁸ Hierbij zij opgemerkt dat er volgens de regering herverdeling mag plaatsvinden, mits dit verantwoord en als evenwichtig bevonden wordt.⁶⁹
50. Ten behoeve van het transitieplan moeten alle voorgenomen wijzigingen worden afgezet tegen de situatie dat de geldende regeling ongewijzigd wordt voortgezet met inachtneming van het toepasselijke financiële kader. In dit verband moeten de transitie-effecten op grond van art. 150e Pw in de eerste

⁵⁹ In geval er een beroepspensioenregeling geldt, moet deze worden gewijzigd. Ik ga hierop verder als gezegd niet in en ga evenmin in op de vervolgstappen die bij een beroepspensioenregeling vervolgens voor het invaren moeten worden genomen. Zie wat dit betreft voetnoot 14.

⁶⁰ Op de wijze waarop de pensioenovereenkomst gewijzigd kan worden, ga ik in het kader van dit advies niet nader in. Ook ga ik niet in op de situatie dat de betrokkenen er niet uitkomen.

⁶¹ Deze bevoegdheid kan feitelijk ook liggen bij het pensioenfondsbestuur.

⁶² Hierna zal ik overeenkomstig art. 150b lid 2 PW onder werkgever mede verstaan de partijen die de wijziging van de pensioenregeling overeenkomen of zijn overeengekomen, veelal verenigingen van werknemers en werkgevers (de sociale partners).

⁶³ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 100.

⁶⁴ Art. 150d Pw.

⁶⁵ Zie aldus art. 150d lid 2 sub b Pw.

⁶⁶ Art. 150d lid 1 Pw.

⁶⁷ Art. 150d lid 2 sub d Pw.

⁶⁸ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 397.

⁶⁹ *Ibid.*

plaats inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van een netto-profijt⁷⁰ of bruto-profijt⁷¹, maar in de praktijk wordt meer waarde toegekend aan de uitkomsten voor de pensioenverwachting die op grond van art. 150e lid 1 sub b Pw in de tweede plaats inzichtelijk moeten worden gemaakt.⁷² In het kader hiervan moet kort gezegd een vergelijking worden gemaakt tussen de nieuwe situatie en de situatie dat de pensioenen ongewijzigd zouden zijn voortgezet, waarbij ten aanzien van het ouderdomspensioen deze vergelijking dient te worden weergegeven met inachtneming van een pessimistisch scenario, een verwacht scenario en een optimistisch scenario.⁷³ Het netto-profijt respectievelijk het bruto-profijt en de pensioenverwachting moeten in ieder geval worden berekend per leeftijdscohort in hele geboortejaren, waarbij onderscheid gemaakt dient te worden gemaakt tussen deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden.⁷⁴

51. Overigens zal de pensioenuitvoerder in de praktijk veelal betrokken (moeten) worden bij het opstellen van het transitieplan, in ieder geval al snel voor de berekeningen voor de verschillende onderdelen die moeten worden opgenomen in het transitieplan. Dit leidt evenwel niet tot een gedeelde verantwoordelijkheid voor de keuze om al dan niet in te varen. Die keuze ligt namelijk bij de werkgevers.⁷⁵
52. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met vrijwillige aansluitingen wordt de vraag of een invaarverzoek nodig is van de vrijwillig aangesloten werkgever(s) beantwoord op grond van de aansluitbepalingen. Zo kan de afspraak zijn dat de werkgever de besluitvorming volgt, maar dat hoeft niet. In die situatie zou het pensioenfonds duidelijke kaders aan de aangesloten werkgevers kunnen meegeven zodat bekend is wanneer uiterlijk van iedere werkgever vernomen moet zijn of hij wenst in te varen. Het pensioenfonds kan vervolgens het invaarbesluit nemen. Het bestaan van vrijwillig aangesloten werkgevers leidt er dus niet toe dat het invaarverzoek van de andere partijen wordt belemmerd.⁷⁶ Wenst de vrijwillig aangesloten werkgever niet in te varen, dan zullen voor hem en de relevante aangesloten deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden de

⁷⁰ Zie aldus art. 150e lid 1 sub a jo. Lid 2 Pw.

⁷¹ Zie aldus art. 150e lid 3 e.v. Pw.

⁷² Deze laatste verplichting is ingevoerd bij de derde nota van wijziging. Zie aldus *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 43.

⁷³ Als ik de kritiek goed begrijp, wordt betwijfeld of er wel een goede vergelijking kan worden gemaakt met de huidige rekenmodellen. Zie wat dit betreft bijvoorbeeld de *position paper* van het Actuariel Genootschap van 12 juni 2024 voor het rondetafelgesprek van 20 juni 2024 (<https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2024D24790>) en T. Nijman, *Het nieuwe pensioen* (afscheidsrede), Netspar 2024, p. 8.

⁷⁴ Art. 46e lid 9 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

⁷⁵ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 381.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 11, p. 42

oude regelingen gelden voor eerder opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.⁷⁷

53. Hoe dan ook, voor invaren is als tweede stap vereist dat het pensioenfonds door de werkgever (in de praktijk dus vaak de sociale partners) wordt verzocht om de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten in te varen door middel van een interne collectieve waardeoverdracht.⁷⁸ Zonder invaarverzoek tot interne collectieve waardeoverdracht van de werkgever kan het pensioenfonds derhalve niet besluiten tot invaren.⁷⁹
54. Uit art. 150I lid 1 Pw volgt dat wanneer de pensioenregeling is ondergebracht bij een pensioenfonds in principe dient te worden verzocht om alle opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten in te varen. Volgens laatstgenoemd artikel behoort er in beginsel namelijk alleen niet te worden ingevaren als dat onevenredig ongunstig is voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, gepensioneerden en werkgever.⁸⁰
55. De norm bepaalt dat de nadelige gevolgen van het invaren niet onevenredig disproportioneel mogen zijn in verhouding tot de met het invaren te dienen doelen, zoals bijvoorbeeld het eerder en volledig profiteren van het nieuwe stelsel.⁸¹ De wet specificieert evenwel niet wanneer er sprake is van onevenredige ongunstigheid. De regering heeft namelijk bewust gekozen voor een open norm, zodat de werkgever de ruimte heeft afwegingen te maken die passen bij de eigen situatie en de specifieke omstandigheden. Het is aldus aan de werkgever (in de praktijk vaak de sociale partners) om te bepalen wanneer het invaren onevenredig ongunstig zou kunnen uitpakken.⁸²
56. Invaren kan onevenredig ongunstig zijn bijvoorbeeld als er sprake is van bestaande garanties in de vorm van bijstortingsverplichtingen van werkgevers of andere fondsspecifieke omstandigheden.⁸³ Ook kan invaren onevenredig ongunstig zijn als dit onevenredig nadeel oplevert voor een leeftijdsgroep of een onevenredig zware last voor het individu en die nadelen niet gecompenseerd kunnen worden.⁸⁴

⁷⁷ Zie nader Asser/Lutjens 7-XI 2023/694.

⁷⁸ In geval van een beroepspensioenregeling dient het verzoek door de beroepspensioenvereniging te worden gedaan, zo volgt uit art. 145I Wvb.

⁷⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 7, p. 114-115, en p. 187.

⁸⁰ Het begrip 'onevenredig' is ingegeven door het eigendomsrecht, zoals volgt uit *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 350 en *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 89, vraag 81. Ik kom hier later nog op terug.

⁸¹ Zie aldus *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 89, vraag 77 en *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. 8, p. 15.

⁸² Zie aldus *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 89, vraag 77.

⁸³ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 94.

⁸⁴ *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. K, p. 19.

57. Als het invaren onevenredig ongunstig is, mag er niet worden ingevaren. Wat dit betreft zou kunnen worden gesteld dat aldus gewaarborgd is dat het invaren in algemene zin niet onredelijk uitpakt, al kan ik mij tegelijkertijd voorstellen dat flink gediscussieerd kan worden over de vraag wanneer het invaren al dan niet onevenredig ongunstig is. Dit is namelijk inherent aan het feit dat de regering heeft gekozen voor een open norm, die alleen zegt dat de belangen behoren te worden gewogen, maar niet hoe deze dienen te worden gewogen. Het moet aldus worden afgewacht hoe deze norm in de praktijk zal worden ingevuld.
58. Indien de werkgever besluit om af te zien van het invaren, moet hij dit besluit op grond van art. 150l lid 2 Pw onderbouwen. Uit die onderbouwing moet volgen dat het besluit om niet over te gaan tot invaren evenwichtig is en dat in dit verband alle relevante belangen in acht zijn genomen.
59. Wanneer de werkgever een verzoek tot interne collectieve waardeoverdracht doet, is derde stap dat het pensioenfonds (na ontvangst van het transitieplan) besluit of het verzoek tot invaren kan worden ingewilligd en de voorwaarden rondom de overstap akkoord zijn. In dit verband stelt het pensioenfonds een implementatieplan op.⁸⁵
60. Ingevolge art. 150l lid 4 PW mag het pensioenfonds het verzoek tot invaren slechts afwijzen, indien:
- a. er sprake is van strijd met wettelijke voorschriften;
 - b. de effecten van de voorgenomen wijzigingen ten aanzien van het pensioen als geheel tot onevenwichtig nadeel zou leiden voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden of pensioengerechtigden; of
 - c. de waardeoverdracht niet uitvoerbaar is binnen de grenzen van een beheerste en integere bedrijfsvoering.
61. Ten behoeve van dit advies is het goed even stil te staan bij weigeringsgrond (b). Ook nu gaat het om een open norm. Deze is gericht tot het pensioenfonds. Zij geeft het pensioenfonds de ruimte afwegingen te maken die passen bij de eigen situatie en de specifieke omstandigheden.⁸⁶
62. Bij de vraag of er sprake is van 'onevenwichtig nadeel' dient het pensioenfonds niet het belang van de werkgever te betrekken. Het pensioenfonds hoort nog slechts te kijken naar de belangen van deelnemers, gewezen deelnemers,

⁸⁵ Zie art. 150i Pw.

⁸⁶ *Kamerstukken I 2022-2023, 36067, nr. 8, p. 15.*

andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden. Het gaat hierbij om het evenwicht tussen de verschillende groepen op wie het invaren betrekking heeft.⁸⁷ Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een onevenwichtig nadeel als de leeftijdsgroep 40-55 onevenredig benadeeld wordt door de afschaffing van de doorsneesystematiek en hiervoor geen (voldoende) compensatie wordt geboden.⁸⁸

63. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat het perspectief van het pensioenfonds volgens de wet formeel anders is dan het perspectief van de werkgever.⁸⁹ Het pensioenfonds moet immers zelfstandig toetsen, vanuit de eigen rol en verantwoordelijkheden, los van het oordeel van de werkgever of het invaren niet onevenwichtig nadelig is voor bepaalde (groepen van) belanghebbenden.
64. In theorie is het dus mogelijk dat een pensioenfonds oordeelt dat de plannen van de werkgever leiden tot een onevenwichtig nadeel voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden of pensioengerechtigden, waar de werkgever eerder heeft geoordeeld dat er van onevenredige ongunstigheid geen sprake is. In het licht hiervan kan worden gesteld dat er een additionele waarborg is ingebouwd dat de transitie naar het nieuwe stelsel evenwichtig zal zijn.
65. Tegelijkertijd mag niet uit het oog worden verloren dat in de praktijk de sociale partners veelal onderhandelen over de arbeidsvoorwaarde pensioen en diezelfde sociale partners, tenminste wanneer het pensioenfonds een paritair (gemengd) bestuur heeft, ook vertegenwoordigd zijn in het bestuur van het pensioenfonds. De vraag rijst in zo'n situatie dan in hoeverre het pensioenfonds zich straks nog volledig vrij zal voelen te oordelen dat er sprake is van een onevenwichtig nadeel als de sociale partners tijdens de arbeidsvoorwaardelijke fase van mening waren dat er van onevenredige ongunstigheid geen sprake is. Hier komt bij dat de pensioenfondsen veelal reeds betrokken worden door de sociale partners bij de uitwerking van het transitieplan, met als praktische implicatie dat men gezamenlijk optrekt. Er kunnen ook reeds allerlei afspraken worden gemaakt ten behoeve van de transitie.⁹⁰

⁸⁷ *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 89, vraag 77. Als voorbeelden van onevenwichtig nadeel noemde de regering dezelfde voorbeelden als voor onevenredig ongunstig.

⁸⁸ Zie nader D.L. Kok, 'Compensatie voor de afschaffing van de doorsneesystematiek', *TPV 2023/19*, par. 7.

⁸⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 93 en *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 89, vraag 78.

⁹⁰ Zie aldus R.H. Maatman, 'Wet toekomst pensioenen naar Eerste Kamer: selecte vraagstukken', *Ondernemingsrecht 2023/24*, par. 5.

66. Wat van het voorgaande verder ook zij, het besluit om al dan niet in te varen dient na een evenwichtige belangenafweging te worden genomen.⁹¹ De transitie als geheel dient dus evenwichtig te zijn. In dit verband zij volledigheidshalve nog opgemerkt dat art. 20 Pw buiten werking is gesteld.⁹²
67. Ten behoeve van de transitie heeft de Minister een Handreiking Evenwichtige Transitie doen opstellen, die moet helpen bij de transitie. Het oogmerk van deze handreiking is partijen te helpen bij het maken van keuzes voor de transitie. De handreiking heeft niet de status van wet- of regelgeving noch dient deze ter invulling hiervan. Het is bedoeld als document dat richting kan geven, door – onder meer – het wettelijke kader uit te leggen, elementen te noemen die een rol kunnen spelen bij de evenwichtigheid en door voorbeelden te bespreken. Nochtans valt niet uit te sluiten dat de handreiking de status van *soft law* krijgt en in de praktijk kan en gaat worden gebruikt om keuzes te rechtvaardigen.
68. Ten aanzien van de transitie heeft de regering nog opgemerkt dat hij niet kan garanderen dat iedereen hetzelfde pensioen krijgt als voor de transitie. Dit is uiteindelijk namelijk afhankelijk van de financiële situatie van het pensioenfonds en van de keuzes die worden gemaakt. Wel zijn volgens de regering in de derde nota van wijziging, naar aanleiding van veel vragen over wat een evenwichtige transitie is, randvoorwaarden opgenomen om (gewezen) deelnemers, gepensioneerden en andere aanspraakgerechtigden te beschermen en de uitkomst van het invaarproces voorspelbaarder te maken.⁹³
69. Zo is onder meer verduidelijkt dat na invaren iedere deelnemer, gewezen deelnemer, andere aanspraakgerechtigde en pensioengerechtigde niet minder dan 95% van de uitkomst van de toepassing van de standaardregel zouden moeten overhouden. Die 95%-toets is niet van toepassing wanneer de technische voorziening voor de pensioenaanspraak of het pensioenrecht van de deelnemer, gewezen deelnemer, andere aanspraakgerechtigde of pensioengerechtigde lager is. Dan bedraagt de waarde ten minste de technische voorziening. Ik verwijs wat dit betreft naar art. 150o lid 2 Pw.⁹⁴ Wanneer de dekingsgraad lager is dan 90% mag er hoe dan niet worden ingevaren.⁹⁵
70. Maatman, Heemskerk en Van Liessum hebben in dit verband de verwachting uitgesproken dat wanneer binnen voornoemde grenzen wordt gebleven de

⁹¹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 92-93.

⁹² Vgl. art. 150l lid 5 Pw.

⁹³ *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 43, p. 19-20. Zie ook *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. H. p. 71.

⁹⁴ Zie ook Handreiking Evenwichtige Transitie, p. 14.

⁹⁵ *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 43, p. 19.

individuele evenwichtigheidsstoets wordt doorstaan. Dit neemt volgens hen niet weg dat de (uitkomst van de) toetsing tussen leeftijdscohorten evenwichtig moet zijn. Een uitkomst waarbij leeftijdscohort 45-55 jaar 95% van de uitkomst van de standaardregel haalt waar andere leeftijdscohorten op 110% zitten, kan volgens hen onevenwichtig zijn. Een andere invalshoek is volgens hen echter ook mogelijk: als 'evenwichtig' wordt gedefinieerd in termen van toe te delen vermogen en een gelijke impact op toekomstige uitkeringen, kan de uitkomst van de toets anders zijn.⁹⁶ Uiteindelijk zullen de feiten en specifieke omstandigheden in het licht van de gemaakte keuzes door de werkgever en het pensioenfonds dan ook bepalen of de transitie als evenwichtig kan worden bestempeld. Evenwichtigheid is namelijk een open norm, die volgens Lutjens vele gezichten kent.⁹⁷

71. Dat met alle belangen rekening is gehouden en de gemaakte keuze adequaat en dragend is onderbouwd, is volgens Lutjens uiteindelijk belangrijker dan de keuze zelf.⁹⁸ De norm geeft immers niet aan hoe de belangen moeten worden gewogen, slechts dat de belangen moeten worden gewogen.⁹⁹ Persoonlijk lijkt mij de stelling van Lutjens iets te zwart-wit. Immers ook een onevenwichtige transitie kan door werkgevers en het pensioenfonds ten onrechte als evenwichtig worden bestempeld en worden voorzien van een sluitende en dragende overweging. Er zal dan ook altijd een zekere mate van inhoudelijke beoordeling van de plannen mogelijk (moeten) zijn.

1.5 De afschaffing van het individueel bezwaarrecht

72. Om het invaren van opgebouwde pensioenrechten bij pensioenfondsen te faciliteren heeft de regering ervoor gekozen het individueel bezwaarrecht, waarin in art. 83 Pw en art. 91 Wvb wordt voorzien, met betrekking tot het invaren bij pensioenfondsen buiten werking te stellen.¹⁰⁰ Dit is vastgelegd in art. 150I lid 5 Pw respectievelijk art. 145k lid 5 Wvb.
73. Volgens de regering zou de mogelijkheid om individueel bezwaar te maken in de context van de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel niet in het belang van de deelnemer zijn. Zo vereist het individueel bezwaarrecht dat men in staat is een afweging te maken ten aanzien van het wel of niet invaren. Dit vraagt van het individu dat hij beschikt over voldoende tijd, kennis en energie om zich hierin te verdiepen. Dit is volgens de regering veelal niet het geval. Volgens de regering realiseert de burger zich dan ook niet goed wat de nadelige gevolgen

⁹⁶ R.H. Maatman, M. Heemskerk en R. van Liessum, *Invaren door pensioenfondsen: "Invaren doe je zo"*, Netspar occasional paper 02/2023.

⁹⁷ Asser/Lutjens 7-XI 2023/689.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Kamerstukken I 2022-2022*, 36067, nr. K, p. 4.

¹⁰⁰ In afwijking van de Hoofdlijnennotitie is er niet voorzien in een collectief bezwaarrecht.

zijn van het achterblijven in een pensioenfonds waardoor verkeerde keuzes kunnen worden gemaakt.¹⁰¹ De burger kan immers niet goed overzien wat het allemaal betekent in zijn geval.¹⁰² De bezwaarmaker stelt zich volgens de regering dan ook bloot aan onbekende risico's.¹⁰³ Het zou in het licht van het voorgaande aldus beter zijn het individueel bezwaarrecht buiten werking te stellen, aldus nog steeds de regering.¹⁰⁴

74. Gezien het Pensioenakkoord en de Hoofdlijnennotitie kan ik mij niet geheel aan de indruk onttrekken dat eerst bedacht is dat het individueel bezwaarrecht moet worden afgeschaft, omdat het invaren anders zou kunnen worden belemmerd, en dat hier vervolgens een rechtvaardiging voor gezocht is. Ten aanzien van zowel het Pensioenakkoord als de Hoofdlijnennotitie had de regering immers al aangegeven het invaren te ondersteunen en dat wettelijk mogelijk te willen maken.
75. In ieder geval bevroop mij, zo moet mij van het hart, enig gevoel van onbehagen toen ik voorgaande rechtvaardiging voor het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht las. In essentie stelt de regering immers dat de burger veelal te lui en te dom is om zich te verdiepen in wat de stelselherziening inhoudt en de burger hierdoor geen goede keuze zou kunnen maken. Tegelijkertijd had en heeft de burger wel een individueel bezwaarrecht bij andere soorten waardeoverdracht. Daarvoor werd en wordt hij kennelijk wel voldoende geschikt geacht om zelf te beslissen, terwijl er in essentie geen geschil bestaat tussen die vormen van waardeoverdracht en het invaren.
76. Bovendien lijkt er enige mate van incongruentie schuil te gaan tussen de genoemde rechtvaardiging voor het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht enerzijds en anderzijds de gedachte dat het oude stelsel voor de burger te weinig persoonlijk en transparant is, wat een van de redenen was om het stelsel te wijzigen. Als inderdaad mag worden verondersteld dat de burger het oude stelsel te onpersoonlijk en te weinig transparant vindt en de burger het belangrijk vindt om een transparanter en meer persoonlijk pensioen te hebben, rijst immers onmiddellijk de vraag of het dan zo onredelijk is om te veronderstellen dat de burger juist wel geïnteresseerd is in wat de stelselherziening inhoudt en wat de gevolgen daarvan zijn.
77. Personen die er door de stelselherziening op vooruit lijken te gaan, zullen naar het zich laat aanzien relatief snel instemmen met de herziening. Dat is

¹⁰¹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 96, 236, 276.

¹⁰² *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 7, p. 4 en *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 42, p. 6.

¹⁰³ *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 53, p. 37 en *Kamerstukken I, 2023-2024*, 36067, I, p. 19.

¹⁰⁴ Zie ook *Kamerstukken II 2021-2022*, 32043, nr. 585, p. 39.

vanzelfsprekend anders voor diegenen die er door de stelselherziening naar het zich laat aanzien op achteruitgaan. Nochtans kunnen zij geen bezwaar maken.

78. De regering heeft dit gerechtvaardigd door te stellen dat met het oog op de transitie naar een nieuw pensioenstelsel het individueel bezwaarrecht onevenredig grote gevolgen kan hebben voor het collectief en het algemeen belang.¹⁰⁵ Wanneer er van dit bezwaarrecht gebruik wordt gemaakt, bestaan er gedurende lange tijd namelijk twee verschillende pensioenstelsels naast elkaar, met bijbehorende complexiteit in de uitvoering, communicatie naar deelnemers en hogere uitvoeringskosten (die volgens de regering heel hoog kunnen worden¹⁰⁶). Ook zouden volgens de regering risico's minder goed kunnen worden gedeeld binnen het pensioencollectief en zal het beleggingsbeleid conservatiever vormgegeven moeten worden, omdat het deelnemersbestand in het huidige pensioenstelsel vergrijsd zonder nieuwe opbouw.¹⁰⁷ Wanneer er gebruik zou kunnen worden gemaakt van een individueel bezwaarrecht, dan zou dat volgens de regering kunnen leiden tot onwerkbare situaties, hetgeen de overgang onder druk zou kunnen zetten.¹⁰⁸ Bij de collectieve omzetting past volgens de regering dan ook besluitvorming op collectief niveau via de sociale partners, pensioenfondsbesturen, medezeggenschapsorganen en het interne en externe toezicht.¹⁰⁹ Het is aan hen om te bepalen wat in het kader van de transitie goed is voor de gewezen deelnemers, deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden.¹¹⁰ Van Leeuwen schreef wat dit betreft dat het paradoxaal is dat de door de WTP beoogde weg naar een meer individuele pensioenopbouw volledig collectief wordt afgelegd en dat deelnemers die het niet eens zijn met de door het pensioenfonds gekozen route in de Wet toekomst pensioenen nauwelijks juridische middelen krijgen daar iets tegen te ondernemen.¹¹¹
79. Tegelijkertijd blijkt uit een enquête van Nibud dat vier op de vijf van de werkenden zelf wil kunnen bepalen of het pensioen dat ze hebben opgebouwd overgaat naar het nieuwe stelsel. Door burgers de keuze te ontnemen, kunnen zij aldus het gevoel krijgen de grip te verliezen op wat er gebeurt en het zou niet goed vallen als alles vaststaat.¹¹² Gezien de MvT heeft de regering dit zich ook gerealiseerd.

¹⁰⁵ *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. K, p. 18.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2021-2022*, 32043, nr. 584, p. 39.

¹⁰⁷ Zie ook *Kamerstukken II 2021-2022*, 32043, nr. 585, p. 39.

¹⁰⁸ Zie uitgebreid *Kamerstukken II 2021-2022*, nr. 7, p. 78-79.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 32043, nr. 584, p. 39 en *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. K, p. 18.

¹¹⁰ Zie ook *Kamerstukken I, 2024-2025*, 36067, nr. BP, antwoord op vraag 7.

¹¹¹ A.W. van Leeuwen, 'Invaren is niet hetzelfde als thuiskomen', *TPV 2022/4*, par. 3.

¹¹² Zie aldus: <https://pensioenpro.nl/vier-op-vijf-werkenden-wil-zelf-bepalen-of-pensioen-wordt-ingevoerd/>.

80. Nochtans heeft de regering gemeend dat het beter is het individueel bezwaarrecht buiten werking te stellen.¹¹³ Volgens de regering is hiermee de beste afweging gemaakt tussen inspraak voor de deelnemer en de meest optimale uitkomsten voor de deelnemer,¹¹⁴ waarbij kennelijk meespeelt dat de keuze van de ene individuele deelnemer gevolgen heeft voor het pensioenperspectief van de andere deelnemer.¹¹⁵

1.6 Kan een recht van *opt-out* worden toegekend?

81. Waar op grond van de wet burgers dus geen individueel bezwaarrecht meer hebben, rijst de vraag of niet alsnog op vrijwillige basis, binnen de bestaande wettelijke kaders, een individueel bezwaarrecht (wat kan worden omschreven als een recht van *opt-out*) kan worden toegekend. Dit heeft Werker mogelijk recentelijk bepleit.¹¹⁶
82. Wanneer individuen een recht van *opt-out* wordt gegeven, vindt er geen volledige collectieve waardeoverdracht meer plaats. Niet alle opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten worden dan ingevaren en het pensioenfonds dient de pensioenopbouw van diegene die gebruik heeft gemaakt van het recht van *opt out* ongewijzigd te behandelen.¹¹⁷
83. Voor deze situatie zou art. 150l lid 7 Pw uitkomst kunnen bieden.¹¹⁸ Dit artikel bepaalt immers dat voor zover een pensioenfonds niet overgaat tot een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 150m Pw, de aanspraken en rechten die voortvloeien uit de pensioenovereenkomsten zoals die luiden voor de wijziging van deze pensioenovereenkomsten zullen worden

¹¹³ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 236.

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 53, p. 37-38.

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 7, p. 4, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 11, p. 67 en *Kamerstukken I 2022-2023*, 36067, nr. 32, p. 25.

¹¹⁶ Zie <https://pensioenpro.nl/bas-werker-bepleit-individueel-recht-niet-in-te-varen/>, maar in zijn *position paper*, waarnaar in voornoemde publicatie wordt verwezen, betoogt Werker dat het individueel bezwaarrecht weer wettelijk moet worden verankerd. Zie wat dit betreft aldus <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z09990&did=2024D23599>. Mij is dus niet helemaal duidelijk of Werker nu het oog heeft op een recht van *opt-out* binnen de bestaande wettelijke kaders of dat hij (ook) wil dat het individueel bezwaarrecht weer wettelijk wordt verankerd. Voor onderhavig advies bekijk ik in ieder geval de mogelijkheid van de eerste optie.

¹¹⁷ Hierbij ga ik er van uit dat de belangen van diegenen die gebruik maken van een *opt-out* voldoende geborgd kunnen worden en dat zo'n *opt-out* niet leidt tot een blokkade om voor de anderen in te varen.

¹¹⁸ Hetgeen ik hierna zeg, geldt *mutatis mutandis* voor beroepspensioenfonds. Waar art. 150l Pw staat, kan dan art. 145k Wvb worden gelezen en voor art. 150m Pw kan art. 145l Wvb worden gelezen. In plaats van de werkgever moet dan de beroepspensioenvereniging worden gelezen.

aangemerkt als een te onderscheiden financieel geheel.¹¹⁹ Bezie men de parlementaire geschiedenis, dan lijkt deze bepaling evenwel geschreven voor de situatie dat reeds opgebouwde aanspraken en rechten in het geheel niet worden omgezet naar een pensioenkapitaal respectievelijk een voor pensioen gereserveerd vermogen, maar helemaal duidelijk is dit niet en (een analoge) toepassing in andere situaties lijkt in ieder geval niet uitgesloten

84. Interessant is verder dat art. 150l Pw niet een lid kent dat bepaalt dat bedingen die strijdig zijn met art. 150l nietig zijn, waar andere artikelen, inclusief art. 150m Pw, wel uitdrukkelijk voorzien in nietigheid als wordt afgeweken van die bepaling. Dit zou een indicatie kunnen zijn dat art. 150l Pw aanvullend van aard is in plaats van dwingend én dat aldus mag worden afgeweken van art. 150l Pw. Tegelijkertijd is het ook niet per se zo dat een wettelijke bepaling aanvullend van aard is bij gebreke van een nietigheidsbeding. Wat dit betreft komt het dus aan op wetsuitleg in het licht van de wetsgeschiedenis, de systematiek van de wet en het doel van de wet.
85. Voor zover ik overzag in de parlementaire geschiedenis, heeft de wetgever zich niet specifiek uitgelaten over de vraag of art. 150l Pw al dan niet dwingendrechtelijk van aard is. Als blijkt dat ik bij mijn naspeuringen inderdaad niets gemist heb, wat gezien de omvang van de parlementaire stukken overigens niet helemaal uit te sluiten valt, zou kunnen worden verdedigd dat de bepaling in ieder geval wat dit betreft van aanvullend recht is. In het kader van de Wet toekomst pensioenen heeft de regering immers veelvuldig aangegeven dat hij het invaren niet verplicht wilde stellen, doch slechts heeft willen faciliteren. Uiteindelijk zou het volgens de regering aan de decentrale partijen zijn om wel of niet over te gaan tot invaren. Deze kunnen dan ook aanvullende rechten geven aan betrokkenen ten aanzien van het invaarbeveluit.
86. In het licht van voorgaande gezichtspunten zou vervolgens kunnen worden verdedigd dat in plaats van het wettelijke individuele bezwaarrecht, dat buiten werking is gesteld, het mogelijk zou kunnen zijn een recht van *opt-out* te bieden. In zo'n geval worden dan slechts die opgebouwde aanspraken en rechten ten aanzien waarvan geen gebruik is gemaakt van een recht van *opt-out* omgezet in pensioenkapitaal respectievelijk een voor pensioen gereserveerd vermogen.
87. Het voorgaande is anders als moet worden geconcludeerd, zoals de parlementaire geschiedenis wel suggereert, en zoals eveneens kan worden

¹¹⁹ Art. 150l lid 7 Pw verzet zich er naar ik begrijp, in ieder geval volgens DNB, overigens wel tegen dat pensioenfondsen die een flexibele premiereregeling met een vaste uitkering uitvoeren en tegelijkertijd ook niet ingevaren pensioenen uitvoeren die vermogens mogen samenvoegen, hoewel daarop hetzelfde financieel toetsingskader van toepassing is. Zie aldus de bronnen in voetnoot 41.

afgeleid uit art. 150l lid 1 Pw, dat een invaarverzoek moet worden gedaan, tenzij invaren kort gezegd leidt tot aantoonbaar onevenwichtige uitkomsten. Vanuit dit gezichtspunt is er dan slechts een beperkte manoeuvreerruimte voor werkgevers (in praktijk dus vaak de sociale partners): er mag slechts worden afgezien van invaren als de wettelijke uitzonderingssituatie zich voordoet. Vervolgens geldt dat pensioenfondsen een invaarverzoek moeten honoreren, tenzij het in strijd is met de wet, tot onevenwichtig nadeel leidt of onuitvoerbaar is. Vanuit dit oogpunt kan dan echter niet worden volgehouden dat invaren wettelijk niet verplicht is. Dat is het dan in beginsel immers wel. Als ik Lutjens goed begrijp, zit hij ook op dit spoor.¹²⁰

88. Op het moment dat men een individueel bezwaarrecht heeft – of dit nu uit de wet volgt of anderszins in de vorm van een recht van *opt-out* wordt toegekend – en men dit recht niet uitoefent wanneer men wordt geïnformeerd over de gevolgen van het invaren, kan men later minder snel klagen over het invaren. Men heeft er dan immers (stilzwijgend) mee ingestemd. Zo resteert alleen eventueel een klacht, voor zowel degene die gebruik heeft gemaakt van het individueel bezwaarrecht als degene die dat niet heeft gedaan, dat de informatie op basis waarvan de beslissing is genomen niet adequaat was. Wat dit betreft komt het dus aan op goede informatievoorziening. Anders dan de Minister,¹²¹ denk ik wel dat er minder rechtszaken kunnen worden verwacht als er een wettelijk recht van bezwaar of een recht van *opt-out* bestaat. In ieder geval zijn de mogelijkheden om het invaren te bestrijden dan beperkter, zoals hierna in dit advies nog zal worden toegelicht.

1.7 Hoorrecht, collectief medezeggenschapsrecht en toezicht

89. Waar de regering het individuele bezwaarrecht buiten werking heeft gesteld met betrekking tot het invaren, heeft de regering een wettelijk hoorrecht gecreëerd, aanpassingen gedaan ten behoeve van het collectieve medezeggenschapsrecht en regels voor toezicht ingevoerd. Deze worden hierna besproken.
90. In art. 150g Pw¹²² is ten behoeve van de arbeidsvoorwaardelijke fase voorzien in een hoorrecht voor (a) verenigingen van gewezen deelnemers die aantonen een substantieel gedeelte van alle gewezen deelnemers van het pensioenfonds te vertegenwoordigen en (b) verenigingen van pensioengerechtigden die aantonen een substantieel gedeelte van alle

¹²⁰ Zie: <https://pensioenpro.nl/individueel-bezwaar-tegen-invaren-is-in-strijd-met-pensioenwet/>.
Kamerstukken I, 2024-2025, 36067, nr. BP, antwoord op vraag 7.

¹²¹ Vgl. art. 145f Wvb in geval er een beroepspensioenregeling geldt die is ondergebracht bij een beroepspensioenfonds.

pensioengerechtigden van het pensioenfonds te vertegenwoordigen.¹²³ Deze verenigingen moeten in de gelegenheid worden gesteld een oordeel uit te spreken over het transitieplan. Het oordeel dient op een zodanig tijdstip te worden gevraagd dat het van invloed kan zijn op de inhoud van het transitieplan en de daarin verantwoorde keuzes. Indien een oordeel gegeven wordt, geeft de werkgever aan wat met het oordeel gedaan is. De werkgever is evenwel niet verplicht om het oordeel te volgen.

91. Omdat werknemers betrokken zijn c.q. hun belangen via werknemersverenigingen worden beschermd bij de onderhandelingen over de nieuwe pensioenregeling, is het hoorrecht toegekend aan verenigingen van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Zij zijn veelal immers minder betrokken bij de onderhandelingen en hebben ook geen formele positie bij de afspraken die werkgevers en werknemers dan wel de sociale partners maken.¹²⁴ Hierbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat ook voor gewezen deelnemers en gepensioneerden, naar kan worden verdedigd, geldt dat de pensioenovereenkomst gewijzigd dient te zijn en dat anders niet kan worden ingevaren.¹²⁵ Dit kan ook, afhankelijk van de wet en de regels die de uitvoering beheersen alsmede de inhoud van de overeenkomst.¹²⁶
92. Het hoorrecht wordt kritisch bejegend¹²⁷ en is recentelijk ook wel omschreven als “*een totale farce*”, omdat de inbreng van deze verenigingen vrij eenvoudig terzijde kan worden gesteld.¹²⁸ Dit heeft evenwel te maken met de aard van het recht dat is toegekend aan voornoemde verenigingen waardoor de juridische betekenis van het hoorrecht beperkt is. Keuzes ten aanzien van de transitie maken de werkgevers. Er is derhalve geen enkele juridische plicht om die keuzes aan te passen aan het oordeel van een vereniging van gewezen deelnemers of pensioengerechtigden.¹²⁹ Wat dit betreft kan het hoorrecht feitelijk niet worden aangemerkt als een tegenwicht voor het buiten werking stellen van het individuele bezwaarrecht.

¹²³ Volgens ANBO-PCOB is de regeling ten aanzien van het hoorrecht van realiteitszin gespeend. Zij voert daartoe in haar *position paper* van 12 juni 2024 een aantal argumenten aan dat het hoorrecht op zich een lastig en soms zelf onmogelijk uit te oefenen recht is: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z10506&did=2024D24762>.

¹²⁴ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 97.

¹²⁵ *Kamerstukken II 2022-2023*, 36067, nr. 41, p. 14.

¹²⁶ Zie Ktr. Rb. Den Haag 27 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:13255, in het kader van invaren.

¹²⁷ Zie bijv. <https://anbo-pcob.nl/nieuws/nieuwsberichten/brief-aan-tweede-kamer-onderzoek-of-het-hoorrecht-wel-werkt/>.

¹²⁸ Zie <https://pensioenpro.nl/kritiek-gepensioneerden-niet-van-invloed-op-transitieplan-abp/>.

¹²⁹ Vgl. in dezen ook de Wtp Transitie-monitor van EY. Uit dit onderzoek zou blijken dat slechts in een klein aantal gevallen het transitieplan is gewijzigd na uitoefening van het hoorrecht: https://www.eerstekamer.nl/overig/20240620/wtp_transitie-monitor/document3/f=/vme9h4nripy4.pdf. Zie daarnaast de *position paper* van ANBO-PCOB van 12 juni 2024: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z10506&did=2024D24762>.

93. Toch moet er ook niet al te lichtvaardig worden gedacht over het hoorrecht. Als de inbreng van de verenigingen al te snel terzijde wordt gesteld, kan dit namelijk voer zijn voor gerechtelijke procedures.¹³⁰ Van de zijde van de werkgevers doet men er aldus verstandig aan om de inbreng serieus te nemen en, wanneer die inbreng niet wordt gevolgd, dit goed gemotiveerd uit te leggen. Idealiter zoekt men natuurlijk consensus, maar dat zal niet altijd mogelijk zijn, mede omdat voornoemde verenigingen zich slechts (hoeven te) richten op de belangen van bepaalde groepen belanghebbenden, terwijl werkgevers oog moeten hebben voor alle belanghebbenden.
94. In antwoorden op vragen van de Eerste Kamer stelde de Minister wat het hoorrecht betreft nog het volgende:
- “Als er geen wijzigingen in de concept-transitieplannen zijn opgenomen door het hoorrecht, betekent dit niet per definitie dat het hoorrecht niet goed is uitgevoerd. Partijen kunnen immers van mening verschillen”¹³¹*
95. Wanneer het hoorrecht niet of niet op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het van invloed kan zijn op de inhoud van het transitieplan en de daarin verantwoorde keuzes, kan gesteld worden dat er sprake is van een processueel gebrek.¹³² Strikt genomen is er dan in strijd met de wet gehandeld. Dit zou voor het pensioenfonds een reden kunnen zijn om het verzoek tot invaren (voorlopig) te weigeren.
96. Wanneer het pensioenfonds voornemens is om de opgebouwde pensioen-aanspraken en pensioenrechten door middel van een interne collectieve waardeoverdracht in te varen, moet het pensioenfonds, wanneer het een verantwoordingsorgaan heeft ingesteld conform art. 115 Pw, het verantwoordingsorgaan ingevolge art. 150m lid 4 Pw in de gelegenheid stellen advies uit te brengen over de voorgenomen collectieve waardeoverdracht met inbegrip van het aanwenden van het vermogen van het pensioenfonds bij de collectieve waardeoverdracht.¹³³
97. Indien het verantwoordingsorgaan of een geleding daarvan negatief adviseert over de voorgenomen collectieve waardeoverdracht, dient het pensioenfonds de werkgever die het verzoek tot collectieve waardeoverdracht heeft gedaan

¹³⁰ Voorbeelden waar na uitoefening van het hoorrecht het transitieplan is aangepast kunnen onder andere worden gevonden op <https://pensioenpro.nl/bpfbouw-schroeft-compensatie-doorsneesystematiek-terug/> alsmede <https://pensioenpro.nl/sociale-partners-dsm-komen-gepensioneerden-tegemoet/>.

¹³¹ *Kamerstukken I, 2024-2025, 36067, nr. BP, antwoord op vraag 5.*

¹³² Zie aldus: <https://pensioenpro.nl/hoorrecht-geen-medezeggenschap-maar-ook-geen-legehuls/>

¹³³ Vgl. art. 145l leden 4 en 5 Wvb voor een beroepspensioenregeling die wordt uitgevoerd bij een beroepspensioenfonds.

hierover ingevolge art. 150m lid 5 Pw te informeren en de werkgever te vragen het verzoek tot waardeoverdracht te heroverwegen met inachtneming van het advies van het verantwoordingsorgaan of een geleding van het verantwoordingsorgaan. De werkgever dient het resultaat van de heroverweging te onderbouwen. Afwijken van het advies is dus mogelijk, mits de keuze om af te wijken wordt gemotiveerd. Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* voor het pensioenfonds.

98. Op grond van art. 217 Pw kan het verantwoordingsorgaan (maar niet een geleding) eventueel beroep instellen bij de Ondernemingskamer wanneer het pensioenfonds besluit in afwijking van het advies of wanneer het advies niet (tijdig) wordt gevraagd. De Ondernemingskamer toetst dan of het pensioenfonds bij afweging van de belangen in redelijkheid tot het bestreden besluit kon komen. Dat is een betrekkelijk marginale toetsing.
99. Wanneer het pensioenfonds een belanghebbendenorgaan als bedoeld in art. 115c Pw heeft ingesteld, heeft het pensioenfonds op grond van art. 115m lid 6 Pw de goedkeuring nodig van het belanghebbendenorgaan voor elk voorgenomen besluit met betrekking tot de collectieve waardeoverdracht met inbegrip van het aanwenden van het vermogen van het pensioenfonds bij de collectieve waardeoverdracht. Volgens de regering kan het pensioenfonds niet invaren als het belanghebbendenorgaan uiteindelijk geen goedkeuring geeft.¹³⁴ Het is evenwel de vraag of de soep daadwerkelijk zo heet gegeten zal gaan worden, zeker in situaties waarin er een discussie ontstaat of het belanghebbendenorgaan op gepaste gronden zijn goedkeuring heeft geweigerd. Voorstelbaar is dat het pensioenfonds dan besluit om het invaren toch door te zetten en dat bijvoorbeeld in verband hiermee de rechter wordt aangezocht.
100. Wanneer het pensioenfonds een Raad van Toezicht kent, heeft het pensioenfonds (ook) de goedkeuring nodig van de raad van toezicht voor elk voorgenomen besluit met betrekking tot de collectieve waardeoverdracht met inbegrip van het aanwenden van het vermogen bij de collectieve waardeoverdracht. Voor het geval hieromtrent een geschil ontstaat moeten de statuten in een geschillenregeling voorzien.
101. Gedurende het wetgevingsproces heeft de regering de suggestie gewekt dat voornoemd collectief medezeggenschapsrecht kan worden gezien als een volwaardige vervanging van het individuele bezwaarrecht. Zo stelde de regering immers dat het individuele bezwaarrecht wordt vervangen door

¹³⁴ Kamerstukken I 2022-2023, 36067, nr. H, p. 67.

collectief medezeggenschapsrecht¹³⁵ en dat het buiten werkingstellen van het individueel bezwaarrecht kan worden gerechtvaardigd door voornoemd collectief medezeggenschapsrecht.¹³⁶ Via voornoemde organen zouden de belangen van aanspraak- en pensioengerechtigden namelijk kunnen worden geborgd.¹³⁷ Aldus zou ook een evenwichtige belangafweging worden bewerkstelligd.¹³⁸ Het was wat mij betreft evenwel beter geweest als de regering verre was gebleven van de suggestie dat voornoemd collectief medezeggenschapsrecht kan worden gezien als een volwaardige vervanging van het individuele bezwaarrecht.¹³⁹ Voornoemd medezeggenschapsrecht is immers niet hetzelfde als de mogelijkheid van een individu om, naar eigen inzicht en op basis van een eigen afweging, te kiezen om wel of niet in te stemmen met een wijziging van zijn of haar pensioen.¹⁴⁰

102. Dit brengt mij op een ander punt. Als de sociale partners onderhandelen over het invaren en diezelfde sociale partners de leden van voornoemde organen benoemen dan wel voordragen, kunnen buitenstaanders het gevoel hebben dat voornoemde leden niet geheel onafhankelijk en onpartijdig zijn en dat zij niet in alle vrijheid, los van wat de sociale partners vinden, zullen beslissen. Dit kan het draagvlak van uiteindelijke beslissingen ondermijnen. In ieder geval kan het vragen doen rijzen of de *checks and balances* wel voldoende geborgd zijn.¹⁴¹
103. Ingevolge art. 150m lid 2 Pw en art. 145l lid 2 Wvb moet het pensioenfonds zijn voornemen om in te varen uiterlijk zes maanden voor de beoogde interne collectieve waardeoverdracht melden bij DNB en laatstgenoemde kan een verbod opleggen.¹⁴² Hiertoe toetst DNB – ter borging van de belangen van de betrokkenen – kort gezegd de voorliggende plannen, in welk kader het beoordeelt of het pensioenfonds in redelijkheid tot zijn besluit is kunnen komen en er wat dit betreft sprake is geweest van een evenwichtige

¹³⁵ Zie o.a. *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 7, p. 134. Zie ook *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 4, p. 22, waaruit volgt dat de Raad van State ook heeft begrepen dat het collectief medezeggenschapsrecht is aangepast ter vervanging van het individueel bezwaarrecht.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3., p. 180.

¹³⁷ Zie aldus *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 97 en *Kamerstukken I*, 2023-2024, 36067, I, p. 19.

¹³⁸ *Kamerstukken II 2020-2021*, 32043, nr. 555, p. 23.

¹³⁹ Vgl. volledigheidshalve *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 7, p. 134: “*Naar de mening van de regering wordt in de memorie van toelichting niet de suggestie gewekt dat het (eigendomsrecht op) pensioen zonder meer kan worden gewijzigd als een individueel bezwaarrecht wordt vervangen door een collectief medezeggenschapsrecht*”.

¹⁴⁰ Zie ook M. Heemskerk, ‘Pensioengeschillen in het (financieel) pensioenrecht voor en na de Wet toekomst pensioenen’, *Ondernemingsrecht* 2024/48, par. 4.2.

¹⁴¹ Zie wat dit betreft aldus de *position paper* van ANBO-PCOB van 12 juni 2024: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z10506&did=2024D24762>.

¹⁴² Zie hierover o.a. A.W. van Leeuwen, ‘Invaren is niet hetzelfde als thuiskomen’, *TPV* 2022/4 en J.J. Capel, ‘DNB’s rol bij de evenwichtige belangenafweging – marginaal én belangrijk’, *TPV* 2024/28.

belangenafweging.¹⁴³ Wat dit laatste betreft is er sprake van een marginale toetsing.¹⁴⁴ Indien het DNB geen verbod oplegt, kan er worden ingevaren. De wetgever heeft het bezwaarrecht wat dit betreft eveneens buiten toepassing verklaard.

1.8 Enkele concluderende opmerkingen

104. Omdat het individueel bezwaarrecht buiten werking is gesteld ten behoeve van invaren bij pensioenfondsen in het kader van de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel – en aannemende dat er geen recht van *opt-out* komt – heeft de individuele burger geen directe invloed op de keuze(s) van de werkgever (in de praktijk vaak sociale partners) ten aanzien van het invaren, het besluit van het pensioenfonds om over te gaan tot invaren en het besluit van DNB om het invaren toe te staan. De burger is aldus buitenspel gezet in het kader van de besluitvorming over invaren.
105. Indien er wordt overgegaan tot invaren, kunnen de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden aldus worden geconfronteerd met een omzetting van hun eerder verworven aanspraken en rechten naar het nieuwe pensioenstelsel, met actuariële omrekening, zonder dat zij daarover iets te zeggen hebben gehad en zonder dat zij kunnen voorkomen dat hun opgebouwd pensioen wordt ingevaren. De consensus is in dit verband dat hiermee wordt ingegrepen in de eigendomsrechten van voornoemde personen. In het volgende hoofdstuk van dit advies onderzoek ik of dit al dan niet knelt.

2. Invaren getoetst aan het EVRM en het Handvest

106. Waar wetten in formele zin niet kunnen worden getoetst aan de grondwet, kunnen zij wel worden getoetst aan rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen, zoals het EVRM, en direct werkend Unierecht, zoals het Handvest, mits van toepassing. In dit hoofdstuk beoordeel ik dan ook het invaren aan de hand van het EVRM en het Handvest. Hierna zal ik eerst onderzoeken hoe het invaren zich verhoudt tot het EVRM (par. 2.1). Vervolgens onderzoek ik dit voor het Handvest (par. 2.2). Ik rond dit hoofdstuk af met enkele concluderende opmerkingen (par. 2.3).

2.1 *Het invaren getoetst aan het EVRM*

107. Het EVRM voorziet in de eerbiediging, door de overheid, van een aantal

¹⁴³ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 99-100 en p. 126-127.*

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 127.*

klassieke mensenrechten. Het EVRM heeft directe werking in Nederland en voorrang op nationaal recht. De wetgever moet aldus de mensenrechten die voortvloeien uit het EVRM waarborgen.

108. De meeste mensenrechten waarvan het EVRM de eerbiediging verlangt, zijn in de praktijk van belang voor het strafrecht en niet voor het privaatrecht. Er zijn evenwel enkele uitzonderingen, waaronder art. 8 EVRM, art. 14 EVRM c.q. art 1 van het Twaalfde Protocol (“TP”) en art. 1 van het Eerste Protocol (“EP”), die alle rechtstreeks werken en die ook in onderhavig geval een rol kunnen spelen.
109. Hierna zal ik eerst ingaan op art. 1 EP. Daarna bespreek ik art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP. Daarna zal ik nog een kort woord wijden aan art. 8 EVRM. Deze paragraaf wordt afgerond met een korte samenvatting van mijn bevindingen.

2.1.1 Artikel 1 EP

110. Art. 1 EP beschermt het ongestoord genot van eigendom. Dit artikel leest als volgt:

“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.”

111. Art. 1 EP voorziet aldus in drie regels. In de eerste bepaalt art. 1 EP dat eenieder het recht geniet op het ongestoord genot van zijn eigendom. In de tweede plaats reguleert art. 1 EP de ontneming van eigendom. In de derde plaats bepaalt art. 1 EP dat staten bevoegd zijn om het gebruik met inachtneming van bepaalde voorwaarden te reguleren. Deze drie regels staan niet op zichzelf, maar houden nauw verband met elkaar.
112. Wat moet worden beschouwd als eigendom in de zin van voornoemd artikel moet autonoom worden uitgelegd,¹⁴⁵ onafhankelijk van de definitie van het

¹⁴⁵ Zie o.a. EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Béláné v. Hungary*) en EHRM 16 november 2020, nr. 4601/06 (*Elif Kizil v. Turkey*).

nationale eigendomsrecht. Het Nederlandse eigendomsrecht is wat dit betreft dus niet zo relevant.

113. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (“EHRM”) volgt dat art. 1 EP niet alleen zaken beschermt. Het begrip eigendom moet namelijk ruim worden uitgelegd. Onder eigendom als bedoeld in art. 1 EP vallen ook rechten en belangen die onderdeel vormen van vermogensbestanddelen. Terecht merkt de MvT dan ook op dat er sprake is van een eigendomsrecht in geval van afdwingbare rechten en belangen die een economische waarde vertegenwoordigen.¹⁴⁶ In dit verband wordt in de Nederlandse literatuur wel aangenomen dat ook het individueel bezwaarrecht kan worden gekwalificeerd als een eigendomsrecht en dat het buiten werking stellen van dat bezwaarrecht kan worden gezien als een inmenging in art. 1 EP, die gerechtvaardigd moet worden.¹⁴⁷
114. Hoewel het recht op pensioen (van een bepaald bedrag) als zodanig niet wordt gegarandeerd door het EVRM, overwoog het EHRM in de zaak van *Azinas v. Cyprus*¹⁴⁸ dat het pensioen, dat volgt uit een arbeidsovereenkomst, in bepaalde omstandigheden kan worden gekwalificeerd als een eigendomsrecht als bedoeld in art. 1 EP. Dit is bijvoorbeeld het geval als premies (‘contributions’) zijn betaald:

“32. *The Court notes that the right to a pension is not, as such, guaranteed by the Convention. However, the Court also reiterates that, according to the case-law of the Convention institutions, the right to a pension which is based on employment can in certain circumstances be assimilated to a property right.*

33. *This may be the case where special contributions have been paid: in its judgment in the case of Gaygusuz v. Austria (16 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, §§ 39-41), the Court held that entitlement to a social benefit is linked to the payment of contributions, and when such contributions have been made, an award cannot be denied to the person concerned. That case concerned the issue of emergency aid granted by the State to people in need, which,*

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 178.*

¹⁴⁷ M.J.C.M. van der Poel, ‘Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen’, *TPV* 2018/29, par. 6.4.2 en E. Lutjens, ‘Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar’, *TPV* 2020/20, p. 13 en H. van Meerten, ‘Invaren onder de nieuwe pensioenwet’, in: N. Hummels e.a. (red.), *Heroriëntatie op arbeid en sociale bescherming, Liber amicorum prof. mr. F.J.L. Pennings*, Deventer: Kluwer 2024, par. 2.3. Vgl. evenwel ook Asser/Lutjens 7-XI 2023/690, waar Lutjens op dit punt lijkt te zijn teruggekomen.

¹⁴⁸ EHRM 20 juni 2002, nr. 56679/00 (*Azinas v. Cyprus*).

the Court held, was a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1.”

115. Uit eerdere uitspraken volgde wat dit betreft reeds dat niet alleen pensioenrechten, maar ook -aanspraken een eigendomsrecht kunnen zijn als bedoeld in art.1 EP, indien er een directe link is tussen de betaalde premies en de uiteindelijke uitkering.¹⁴⁹ Voor het geval er geen premies waren betaald, had het EHRM echter wel eens aangenomen dat er geen sprake was van een eigendomsrecht.¹⁵⁰
116. Van die laatste zienswijze kwam het EHRM onverkort en uitdrukkelijk terug in de zaak *Stec and Others v. the United Kingdom*¹⁵¹. In die zaak oordeelde het EHRM dat er niet langer enige rechtvaardiging bestond om een onderscheid te maken tussen enerzijds ‘contributory-benefits’ en anderzijds ‘non-contributory benefits’. Vervolgens overwoog het EHRM:

“if a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit – whether conditional or not on the prior payment of contributions – that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements.”

117. Dit is ten aanzien van het ouderdomspensioen vervolgens uitdrukkelijk bevestigd in de zaak van *Carson and others v. the United Kingdom*¹⁵². Wat dit betreft is aldus verduidelijkt dat het voor de vraag of pensioenaanspraken en pensioenrechten vallen onder het begrip eigendomsrecht op zich niet hoeft uit te maken of er premies voor zijn betaald.¹⁵³ Ook als dat niet het geval is, kan er sprake zijn van een eigendomsrecht als bedoeld in art. 1 EP.
118. Hierbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat het EHRM in essentie geen onderscheid maakt tussen het socialezekerheidsrecht, het eerstepijlerpensioen, dat aan de orde was in *Carson and others v. the United Kingdom*, en het tweedepijlerpensioen, dat het onderwerp is van dit advies. Uitspraken over het socialezekerheidsrecht en eerstepijlerpensioen zijn dan ook van belang voor onderhavig advies.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Zie o.a. EHRM 16 september 1974, nr. 5849/72 (*Müller v. Austria*).

¹⁵⁰ EHRM 14 mei 1984, nr. 10094/82 (*G. v. Austria*) en EHRM 16 mei 1985, nr. 10503/83 (*Kleine Staarman v. the Netherlands*).

¹⁵¹ EHRM 6 juli 2005, nrs. 65731/01 en 65900/01 (*STEC and others v. the United Kingdom*).

¹⁵² EHRM 16 maart 2010, nr. 42184/05 (*Carson and others v. the United Kingdom*).

¹⁵³ Zie ook EHRM 1 september 2015, nr. 13341/14 (*Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*).

¹⁵⁴ Zie ook M.J.C.M. van der Poel, ‘Eigendomsrecht en het pensioenakkoord’, *TPV* 2019/40, par. 2.

119. Van der Poel,¹⁵⁵ Lutjens¹⁵⁶ en Grashoff¹⁵⁷ hebben in het licht van het voorgaande terecht opgemerkt dat een aanvullend pensioen waarop uit hoofde van de arbeidsovereenkomst een aanspraak of recht bestaat, valt onder het eigendomsrecht van art. 1 EP. Dit wordt ook door niemand betwist.¹⁵⁸
120. Het eigendomsrecht is evenwel niet statisch. De toepasselijke regels kunnen namelijk worden gewijzigd, bijvoorbeeld in verband met gewijzigde sociale en economische omstandigheden.¹⁵⁹ De wijzigingen kunnen onder meer zien op de voorwaarden waaronder pensioen kan worden verkregen en de hoogte van de uitkering,¹⁶⁰ zelfs substantiële verlagingen zijn niet noodzakelijkerwijze onacceptabel.¹⁶¹ De buitengrens is evenwel altijd art. 1 EP.¹⁶²
121. Om te bepalen of er sprake is van strijd met art. 1 EP moeten in de eerste plaats de volgende vragen worden beantwoord:
1. Is er sprake van een inmenging in het recht op het ongestoord genot van eigendom?
 2. Zo ja, kan deze inmenging dan worden beschouwd als een ontneming van de eigendom?
 3. Zo nee, gaat het dan om een regulering van het gebruik van de eigendom?
 4. Zo nee, is er dan anderszins sprake van inmenging in het ongestoorde genot van de eigendom?
122. Bezie men voorgaande vragen, dan is evident dat inmenging in verschillende gradaties kan voorkomen. Ontneming is de zwaarste vorm van inmenging. Daarna komt het reguleren van het gebruik van de eigendom. Tot slot kan er ook nog sprake zijn van een inmenging in het ongestoorde genot van de

¹⁵⁵ M.J.C.M. van der Poel, 'Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen', *TPV* 2018/29, par. 5.4.1 en M.J.C.M. van der Poel, 'Eigendomsrecht en het pensioenakkoord', *TPV* 2019/40, par. 2.

¹⁵⁶ E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV* 2020/20, p. 6.

¹⁵⁷ M. Grashoff, 'Invaren, (grensoverschrijdende) collectieve waardeoverdracht en het recht van bezwaar', *TPV* 2024/4, par. 2.1.

¹⁵⁸ Zie ook EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz v. Spain*).

¹⁵⁹ Zie o.a. EHRM 8 maart 2010, nr. 18176/05 (*Wieczorek v. Poland*) en EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané v. Hungary*).

¹⁶⁰ Zie o.a. EHRM 16 maart 2010, nr. 42184/05 (*Carson and others v. the United Kingdom*) en EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané v. Hungary*).

¹⁶¹ EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz v. Spain*).

¹⁶² Zie o.a. EHRM 25 oktober 2011, nr. 2033/04 (*Valkov and Others v. Bulgaria*).

eigendom zonder dat er sprake is van ontneming of regulering. Hoe geringer de inmenging, hoe eerder zij in de regel geoorloofd zal zijn.

123. In onderhavig geval gaat de regering er naar mijn mening terecht van uit dat er sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht.¹⁶³ Vervolgens stelde de regering dat de stelselherziening niet resulteert in de ontneming van eigendom, maar dat het gaat om de regulering van (het gebruik van) de eigendom.¹⁶⁴
124. Ook volgens Lutjens is duidelijk dat de eigendom van de aanspraak of het recht op pensioen niet wordt ontnomen. De opgebouwde aanspraken en rechten worden volgens hem slechts onder andere regels gebracht.¹⁶⁵
125. De opvatting van Lutjens wordt niet algemeen gedeeld. Zo wordt in de literatuur ook wel betoogd dat opgebouwde aanspraken en rechten worden ontnomen, niet alleen voor de toekomst, maar met actuariële omrekening ook van in het verleden opgebouwde aanspraken en rechten met uitzicht op een levenslang pensioen met nominale zekerheid naar een pensioenpotje zonder die zekerheid.¹⁶⁶ Vanuit deze visie worden – om maar een metafoor te gebruiken – appels ingeruild voor peren.
126. Wat verder van het voorgaande ook zij, het kan lastig worden volgehouden dat opgebouwde aanspraken en rechten bij het invaren slechts onder een andere set regels gebracht worden, wanneer het invaren leidt tot een lager pensioen dan eerder verwacht. Daarnaast kan de eventuele verschuiving van vermogen – ik kom hierop straks nog terug – nadelige gevolgen hebben voor de personen van wie het vermogen wordt verschoven. In dit geval zou gesteld kunnen worden dat aldus wordt verhinderd dat zij de eigendom krijgen van het vermogen waarop zij eigenlijk recht zouden hebben gehad als er geen verschuiving had plaatsgevonden (en er aldus niet was afgeweken van de voorgeschreven omrekenmethoden).
127. Wanneer mag worden geconcludeerd dat het individueel bezwaarrecht een zelfstandig eigendomsrecht is, waarvan ook de regering gezien de MvT uitgaat,¹⁶⁷ zou mogelijk kunnen worden betoogd dat er sprake is van enige vorm van ontneming, aangezien dit recht buiten werking wordt gesteld ten

¹⁶³ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 178.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV 2020/20*, p. 10 en Asser/Lutjens 7-XI 2023/690.

¹⁶⁶ H. Mulder, 'De beschermende strekking van verzekering en het opgedrongen avontuur van een door 'invaren' gevormde pensioenpot', *NJB 2024/22*, p. 1708.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 181.*

behoefte van het invaren. Lutjes¹⁶⁸ en de regering¹⁶⁹ spreken in dit verband evenwel van regulering van de eigendom. Waarom hiervan volgens hen dan sprake is, wordt in het midden gelaten.

128. Of er nu sprake is van ontneming, regulering of een andere vorm van inmenging in het eigendomsrecht,¹⁷⁰ de inmenging moet (1) bij wet zijn voorzien, (2) het algemeen belang dienen, en (3) de *'fair balance test'* moet worden doorstaan, in de zin dat de genomen maatregelen proportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen.¹⁷¹ Ik zal deze voorwaarden hierna nalopen met betrekking tot de Wet toekomst pensioenen.
129. Dit brengt mij op de eerste voorwaarde. De regering is van mening dat hieraan is voldaan,¹⁷² omdat het invaren bij wet is voorzien. De Wet toekomst pensioenen legt verder volgens de regering de kaders vast waarbinnen werkgevers (sociale partners) en de pensioenfondsen een interne collectieve waardeoverdracht kunnen doen. Bovendien is het proces van invaren volgens de regering met verschillende waarborgen omgeven.
130. Het bestaan van een wettelijke voorziening volstaat op zich niet om aan de eerste voorwaarde te voldoen. Zo moeten de betreffende wettelijke bepalingen *"a certain quality"* hebben, in de zin dat de wettelijke bepalingen *"compatible"* moeten zijn *"with the rule of law"*. Zij moeten bovendien voorzien in *"freedom from or guarantees against arbitrariness"*.¹⁷³
131. Dit laatste brengt onder meer mee dat elke inmenging in het ongestoord genot van eigendom gepaard moet gaan met procedurele waarborgen die de betrokken personen een redelijke kans bieden om hun zaak voor te leggen aan een rechter of andere geschilleninstantie teneinde de maatregelen die inbreuk maken op de door die bepaling gewaarborgde rechten, daadwerkelijk aan te vechten. Om na te gaan of aan deze voorwaarde is voldaan, moeten de toepasselijke gerechtelijke procedures in hun geheel worden beschouwd.¹⁷⁴

¹⁶⁸ E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV 2020/20*, p. 13.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 181.

¹⁷⁰ Zie wat dit betreft EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz v. Spain*).

¹⁷¹ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, p. 22.

¹⁷² *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 180.

¹⁷³ Zie aldus o.a. EHRM 23 januari 2014, nr. 19336/04 (*East/West Alliance Limited v. Ukraine*) en EHRM 13 juli 2021, nr. 28241/18 (*Yel and others v. Turkey*).

¹⁷⁴ Zie o.a. EHRM 29 januari 2015, nr. 15711/13 (*Stolyarova v. Russia*), EHRM 11 december 2018, nr. 36480/07 (*Lekić v. Slovenia*) en EHRM 19 november 2020, nr. 1920/14 (*Project-Trade D.O.O. v. Croatia*).

132. Belanghebbenden kunnen bij de rechter proberen het invaren als zodanig aan te vechten.¹⁷⁵ Ook kan een belanghebbende kort gezegd proberen compensatie van het nadeel te vorderen dat hij lijdt als gevolg van het invaren. Aan voornoemd vereiste wordt in beginsel dan ook voldaan, behalve wanneer in de praktijk moet worden geconcludeerd dat invaren effectief niet kan worden bestreden en nadeelcompensatie nagenoeg onmogelijk te verkrijgen is. De drempel is wat dit betreft echter hoog.
133. Zo kom ik op de eis dat de wettelijke bepalingen die het invaren reguleren in voldoende mate toegankelijk moeten zijn alsmede in voldoende mate precies en voorzienbaar moeten zijn in hun toepassing, zoals bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit de uitspraak van het EHRM in de zaak van *Taganrog LRO and others v. Russia*.¹⁷⁶

“The first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be “lawful”. In particular, the second paragraph of Article 1, while recognising that States have the right to control the use of property, subjects their right to the condition that it be exercised by enforcing “laws”. The principle of lawfulness presupposes that the applicable provisions of domestic law are sufficiently accessible, precise and foreseeable in their application (see Smirnov, cited above, § 55).”

134. Wat dit betreft kan ook verwezen worden naar de uitspraak van het EHRM inzake *Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev v. Azerbaijan*¹⁷⁷:

“The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful (see, among other authorities, Iatridis v. Greece [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II, and Béláné Nagy v. Hungary [GC], no. 53080/13, § 112, 13 December 2016). This concept requires firstly that the impugned measures should have a basis in domestic law. It

¹⁷⁵ Ook kan een belanghebbende op basis van de interne klachten- en geschillenprocedure van het pensioenfonds een klacht neerleggen c.q. een geschil voorleggen in verband met het besluit van het pensioenfonds met betrekking tot het invaren en de uitkomst van de omzetting van de pensioenaanspraken en -rechten in een persoonlijk vermogen. Zie wat dit betreft *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 191 en hierover nader hoofdstuk 6 van dit advies.

¹⁷⁶ EHRM 7 september 2022, nrs. 32401/10 en 19 anderen (*Taganrog LRO and others v. Russia*).

¹⁷⁷ EHRM 14 oktober 2021, nrs. 74288/14 en 64568/16 (*Case of Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev v. Azerbaijan*).

also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned, precise, and foreseeable.”

135. Wat dit betreft moeten de gevolgen van de wet dus voorzienbaar zijn.¹⁷⁸ Hierbij geldt, dat hoewel het primair is aan de nationale autoriteiten om nationaal recht te interpreteren en toe te passen:

*“[t]he Court is required to verify whether the way in which the domestic law is interpreted and applied produces consequences consistent with the principles of the Convention, as interpreted in the light of the Court’s case-law (see *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, §§ 109 and 110, ECHR 2000-I, and *Batkivska Turbota Foundation v. Ukraine*, no. 5876/15, § 56, 9 October 2018).”*

136. In onder meer de zaak van *Imeri v. Croatia* gaf het EHRM een invulling aan het begrip voorzienbaarheid:

*“69. The Court further reiterates that the existence of a legal basis is not in itself sufficient to satisfy the principle of lawfulness. When speaking of “law”, Article 1 of Protocol No. 1 alludes to a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see, for example, *Brezovec v. Croatia*, no. 13488/07, § 60, 29 March 2011, with further references to *Mullai and Others v. Albania*, no. 9074/07, § 113, 23 March 2010; *Špaček, s.r.o. v. the Czech Republic*, no. 26449/95, § 54, 9 November 1999; and *Carbonara and Ventura v. Italy*, no. 24638/94, § 64, ECHR 2000-VI). [...]*

*70. In particular, the law is “foreseeable” when an individual is able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail and when it indicates the scope of discretion conferred on competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interferences (see, for example, *Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2)* [GC], no. 14305/17, § 249, 22 December 2020; *Ljaskaj v. Croatia*, no. 58630/11, § 65, 20 December 2016, and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 141 and 143, ECHR 2012).”*

¹⁷⁸ EHRM 29 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander v. Sweden*).

137. Oftewel, het recht is voorzienbaar wanneer een individu in staat is – zo nodig met passend advies – de gevolgen van een bepaalde maatregel te voorzien in een mate die redelijk is in de gegeven omstandigheden.¹⁷⁹ Indien hierbij een zekere mate van discretie is toegekend aan derden voor de uitvoering van die maatregel, dient de reikwijdte van de aan die derden verleende bevoegdheid en de wijze van uitoefening daarvan voldoende duidelijk te worden aangegeven.
138. Tegelijkertijd heeft het EHRM onderkend dat gedetailleerde regelgeving niet altijd mogelijk of gewenst is, zoals onder meer kan worden afgeleid uit de uitspraak van het EHRM inzake *Centro Europa 7 S.R.A. and Di Stefano v. Italy*¹⁸⁰:
- “141. [...] *Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, § 49, Series A no. 30; Kokkinakis v. Greece, 25 May 1993, § 40, Series A no. 260-A; and Rekvényi v. Hungary [GC], no. 25390/94, § 34, ECHR 1999-III).*
142. *The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the law in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (see RTBF, cited above, § 104; Rekvényi, cited above, § 34; and Vogt v. Germany, 26 September 1995, § 48, Series A no. 323).*
139. Bij de vraag of een wet voldoende gedetailleerd is, zal, zo volgt onder meer uit voorgaande uitspraak, moeten worden meegewogen de inhoud van de wet, het gebied waarop de wet betrekking heeft alsmede het aantal en de status van de geadresseerden.
140. Aangezien de Wet toekomst pensioenen ingrijpt in de (toekomstige) aanvullende pensioenen van miljoenen Nederlanders, die samen met de AOW voor velen de enige bron van inkomsten is na pensionering en waarvan men aldus afhankelijk is in het kader van het levensonderhoud, waardoor

¹⁷⁹ Zie ook reeds EHRM 25 februari 1992, nr. 12693/87 (*Margareta and Robert Andersson v. Sweden*).

¹⁸⁰ EHRM 7 juni 2012, nr. 38433/09 (*Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*).

geconcludeerd kan worden dat de Wet toekomst pensioenen ingrijpt in het persoonlijke leven van velen, is voorstelbaar dat zekere eisen aan de gedetailleerdheid mogen worden gesteld. De vraag is vervolgens of de Wet toekomst pensioenen met betrekking tot het invaren aan deze vereisten en ook anderszins aan het voorzienbaarheidsvereiste voldoet.

141. Uitgangspunt is dat alle belanghebbenden op persoonlijk niveau inzicht wordt geboden in de gevolgen van de overgang, zo kan worden afgeleid uit art. 150j Pw. Aldus wordt beoogd het resultaat van het invaren duidelijk te maken.¹⁸¹
142. Voordat het resultaat zichtbaar kan worden gemaakt, moeten er nogal wat keuzes en berekeningen worden gemaakt. In dit verband moet immers het collectief pensioenvermogen, waaruit de pensioenuitkeringen tot op heden worden gedaan, bij invaren worden verdeeld. Hiervoor zijn wettelijke kaders geschapen die moeten waarborgen dat deze verdeling op een zoveel als mogelijk uniforme en dus voorzienbare wijze geschiedt. Zo zijn er omrekenregels voorgeschreven, is de vulling van de solidariteits- en risicodelingsreserve gereguleerd, is de verschuiving van vermogen wettelijk ingekaderd, zijn er waarborgen ten aanzien van de aanspraken en rechten die minimaal dienen te worden toegekend en is bepaald dat invaren slechts mogelijk is als de dekkingsgraad kort gezegd ten minste 90% is.
143. Dit laat onverlet dat de werkgevers en pensioenfondsen met betrekking tot (de uitvoering van) het invaren nog steeds een bepaalde mate van vrijheid hebben gekregen voor bepaalde keuzes, mede om hun ruimte te gunnen om het invaren af te kunnen stemmen op de feiten en omstandigheden van het specifieke geval, welke vrijheid in essentie primair in negatieve zin is ingeperkt doordat het invaren niet onevenredig ongunstig mag zijn en niet tot onevenwichtige benadeling mag leiden. Het invaren moet als zodanig dus evenwichtig zijn.¹⁸²
144. Er valt desalniettemin veel voor te zeggen dat in het kader van de Wet toekomst pensioenen niet alles tot in detail is uitgewerkt en dat er met open normen wordt gewerkt, ook al maakt dit de uitkomst van de transitie minder voorzienbaar, omdat niet alle specifieke feiten en omstandigheden die zich (kunnen) voordoen ten aanzien van alle werkgevers, pensioenfondsen en

¹⁸¹ Over de kwaliteit van de communicatieplannen en de individuele transitieberichten is overigens wel wat te doen. Zie aldus bijv. <https://pensioenpro.nl/afm-bespeurt-verbetering-bij-ingediende-communicatieplannen> en <https://pensioenpro.nl/afm-transitiecommunicatie-koplopers-nog-niet-op-orde/>.

¹⁸² Zo valt bijvoorbeeld voorshands niet uit te sluiten dat bij het ene pensioenfonds andere keuzes worden gemaakt dan bij het andere pensioenfonds, zelfs in min of meer gelijke omstandigheden. Zo kan het gebeuren dat een deelnemer bij het ene fonds die een gewezen deelnemer is bij een ander fonds twee keer aan de verkeerde zijde van medaille zit. Enige mate van willekeur zit derhalve wel in de Wet toekomst pensioenen ingesloten.

andere belanghebbenden te voorzien zijn en er een grote diversiteit aan omstandigheden is die zich kan voordoen. Door met open normen te werken, bestaat aldus ruimte om in te spelen op de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

145. In het licht van het voorgaande kan dan ook worden verdedigd dat de Wet toekomst pensioenen wat (de gevolgen van) het invaren betreft voorzienbaar is in een mate die redelijk is in de gegeven omstandigheden, maar men zou wellicht ook geneigd kunnen zijn hierover anders te denken, al naargelang waarop men de nadruk legt. Hierbij plaats ik in ieder geval twee voorbeholden. Het eerste voorbehoud is dat de informatievoorziening met betrekking tot de gevolgen van het invaren realistisch is. Zo moeten de gevolgen op reële en juiste worden berekend en inzichtelijk worden gemaakt. Anders weet men immers niet waar men aan toe is. Het tweede voorbehoud dat ik in dit verband maak, is dat de communicatie over de gevolgen van het invaren tijdig geschiedt, zodat men zich daarop kan aanpassen.¹⁸³
146. Indien de wet uiteindelijk niet in voldoende mate voorzienbaar wordt geacht, brengt dit mee dat er geoordeeld moet worden dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging in de eigendom en strijd met art. 1 EP. Aan de andere voorwaarden voor een rechtsgeldige inmenging hoeft dan niet meer te worden getoetst.
147. Wanneer de Wet toekomst pensioenen voldoende voorzienbaar wordt geacht en ook aan de andere eisen van het legaliteitsvereiste wordt voldaan, komt men toe aan de tweede voorwaarde voor een rechtsgeldige inmenging. Dan moet er worden getoetst of het invaren in het algemeen (publiek) belang is. Hierna ga ik hierop in.
148. De regering is van mening dat het invaren het algemeen belang dient:¹⁸⁴

“Collectief invaren zorgt ervoor dat de beoogde verbeteringen in het pensioenstelsel binnen een afzienbare termijn kunnen worden bereikt. Indien er niet wordt ingevaren, worden de beoogde doelen pas na vele decennia gerealiseerd. Bovendien ontstaat zonder collectief invaren een cesuur tussen nieuwe pensioenopbouw en reeds opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten. Dit kan de risicodeling tussen generaties binnen een pensioenfonds doorbreken. Verder compliceert een onderscheid (splitsing) tussen toekomstige pensioenopbouw en bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten de

¹⁸³ Zie wat dit betreft ook randnummer 198 hierna voor het geval de gebruikte berekeningen (in het kader van de scenariosets) niet realistisch zijn of de communicatie over de gevolgen van het invaren niet realistisch is of tijdig wordt gedaan.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 182-183.*

uitvoering van en communicatie over de pensioenregeling. Het algemeen belang van een houdbaar, toekomstbestendig en uitvoerbaar pensioenstelsel is ermee gediend als wordt ingevaren. Bovendien acht de regering het in het belang van de deelnemer om niet achter te blijven in een pensioenfonds als daar geen pensioenpremies meer worden ontvangen en hierdoor defensiever zal worden belegd. De kans op een verhoging neemt hierdoor af. Het schokabsorberend vermogen van het pensioenfonds zal op termijn fors minder zijn. Zonder aanvullende maatregelen kan het zelfs nadelig zijn voor een groep belanghebbenden om niet in te varen.”

149. Vooropgesteld moet worden dat het begrip algemeen belang volgens het EHRM ruim moet worden uitgelegd.¹⁸⁵
150. Het is volgens het EHRM bovendien primair aan de nationale autoriteiten om te beoordelen of er sprake is van een probleem van algemeen belang dat maatregelen tot ontneming van eigendom of een andere inmenging van het ongestoord genot van eigendom rechtvaardigt. Wat dit betreft beschikken de nationale autoriteiten over een ruime “*margin of appreciation*”. Dit geldt volgens het EHRM logischerwijze ook voor de implementatie en uitvoering van sociaal en economisch beleid. Het EHRM respecteert het oordeel van de wetgever over wat in dezen in het algemeen belang is derhalve, tenzij dat oordeel evident zonder redelijke grond is.¹⁸⁶ Dit laatste kan thans echter niet worden gesteld. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat wordt voldaan aan de tweede voorwaarde voor een rechtmatige inmenging in de eigendom.
151. Dit brengt mij op de derde voorwaarde. Het invaren moet de ‘*fair balance test*’ doorstaan, in de zin dat de genomen maatregelen niet disproportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen.
152. Bij de beoordeling of aan de ‘*fair balance test*’ wordt voldaan, moeten alle verschillende in het geding zijnde belangen worden betrokken:

“In assessing compliance with Article 1 of Protocol No. 1, the Court must make an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are “practical and effective”. It must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of.”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Zie o.a. EHRM 25 oktober 2012, nr. 71243/01 (*Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia*) en EHRM 2 juli 2013, nr. 41838/11 (*R. Sz. V. Hungary*).

¹⁸⁶ Zie o.a. EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané v. Hungary*) en EHRM 19 april 2021, nr. 12929/18, (*Papachela & Amazon S.A. v. Greece*).

¹⁸⁷ EHRM 22 juni 2004, nr. 31443/96 (*Broniowski v. Poland*).

153. In het kader van de ‘*fair balance test*’ dient te worden vastgesteld (a) hoe en in welke mate de beweerde benadeelde partij werd beperkt in de uitoefening van het recht waarop de inmenging waarover wordt geklaagd betrekking heeft en (b) wat de nadelige gevolgen waren van die inmenging. Vervolgens dienen deze gevolgen te worden afgewogen tegen het algemeen belang dat met de inmenging wordt gediend.
154. De regering meent dat het invaren, met het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht, proportioneel is. De regering heeft hiervoor aangevoerd dat na uitgebreid onderzoek is gebleken dat er geen volwaardige en reële alternatieven zouden zijn om het gewenste doel, het invaren naar de nieuwe pensioenregeling, te bewerkstelligen zonder de eerdergenoemde nadelen waaronder het doorbreken van de solidariteit en het uitvoeren van meerdere pensioenadministraties.¹⁸⁸
155. Wat het voeren van meerdere administraties betreft geldt dat pensioenfondsen dit vaak al doen en dat de stelselherziening ook anderszins niet uitsluit dat er verschillende administraties worden gevoerd.¹⁸⁹ Ik kan mij ook voor het overige niet helemaal aan de indruk onttrekken dat in voorgaande rechtvaardiging een zekere drogredenering schuilgaat. Het invaren als zodanig lijkt mij op zich namelijk geen doel van de transitie, maar een middel om de gewenste doelen te bereiken. Als evenwel voor het bereiken van die doelen het invaren vereist is, dan moet ook naar die doelen worden gekeken om te beoordelen of het invaren proportioneel en evenredig is.
156. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de ‘*fair balance test*’ op zich van belang is of er redelijkerwijze ook voor minder vergaande maatregelen had kunnen worden gekozen. Uit bijvoorbeeld de stukken die de Minister heeft geopenbaard bij brief van 8 december 2023 blijkt dat er alternatieven, waaronder een ingroeivariant, zijn bekeken.¹⁹⁰ Die werden kennelijk uiteindelijk minder geschikt geacht.
157. Uit de stukken bij voornoemde brief blijkt verder nog dat in 2011 de landsadvocaat van mening was dat er een “*absolute noodzaak*” moest worden aangetoond met betrekking tot het invaren. Een “*absolute noodzaak*” is er evenwel niet gesteld in de parlementaire stukken en volgt evenmin uit de wet.
158. In het licht hiervan werd eerder wel door Van Meerten betoogd dat invaren niet kan.¹⁹¹ De Minister heeft evenwel opgemerkt dat de plannen van destijds niet

¹⁸⁸ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 181.

¹⁸⁹ Er worden nu ook al verschillende administraties gevoerd. Zie aldus eveneens B. Werker: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z09990&did=2024D23599>

¹⁹⁰ *Kamerstukken II 2023-2024*, 32043, nr. 628.

¹⁹¹ <https://pensioenpro.nl/invaren-is-simpelweg-aantasting-eigendomsrecht/>.

vergeleken kunnen worden met de plannen van nu. Verder heeft de Minister nog opgemerkt dat de terughoudendheid van de ambtenaren met betrekking tot het invaren langzaam maar zeker is verdwenen:

“In de loop der tijd wijzigt in de nota’s tevens de aard van de ambtelijke advisering over invaren. Waar in eerste instantie soms sprake is van ambtelijke terughoudendheid, worden – als de pensioencontracten concreter worden en de doelstellingen scherper – de juridische adviezen steviger en wordt het vertrouwen in de juridische onderbouwing onder uiteindelijk de gekozen manier van invaren steeds groter.”

159. Lutjens begrijpt dat de ambtenaren zijn gaan schuiven in hun visie en steunt de stelling dat de situatie van 2011 niet vergeleken kan worden met de situatie van nu.¹⁹² Het voert voor mij in het kader van dit advies thans te ver om hierin te treden, met dien verstande dat het goed is in herinnering te brengen dat de regering in de MvT heeft toegelicht welke vermeende problemen hij met de stelselherziening wenst aan te pakken.
160. Ik volsta voor nu dan ook met de opmerking dat het bestaan van mogelijke minder verstekende alternatieve maatregelen niet op zichzelf maakt dat het invaren disproportioneel is. Voor het geval de wetgever binnen zijn “*margin of appreciation*” blijft, hetgeen op dit moment wel lijkt te moeten worden aangenomen, heeft het EHRM eerder geoordeeld dat dan niet wordt getoetst of de bestreden wetgeving de beste oplossing was om het gesignaleerde probleem aan te pakken of dat de wetgever zijn discretionaire bevoegdheid op een andere manier had moeten uitoefenen.¹⁹³ Oftewel, dat er alternatieven bestaan voor het invaren maakt niet onmiddellijk dat invaren als zodanig niet geoorloofd is.
161. Dit betekent niet dat de gevolgen van het invaren daarmee ook noodzakelijkerwijze proportioneel en evenredig zijn. Dit moet echter wel, anders is de maatregel als gezegd niet geoorloofd.¹⁹⁴
162. Art. 1 EP vereist immers dat elke inmenging in redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel. Het vereiste billijke evenwicht wordt niet bereikt wanneer de betrokkene een buitensporige last draagt. Bij de beoordeling of de inmenging in de eigendom een buitensporige last oplevert, dient rekening te worden gehouden met de bijzondere context waarin die inmenging zich

¹⁹² <https://pensioenpro.nl/invaren-past-ook-gelet-op-advies-landsadvocaat-binnen-eigendomsrecht/>.

¹⁹³ EHRM 7 mei 2013, nrs. 57665/12 & 57657/122 (*Koufaki and Adedy v. Greece*).

¹⁹⁴ Zie ook *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 350.

voordoet.¹⁹⁵ Daarbij kan meespelen of er minder ingrijpende alternatieven zijn.¹⁹⁶ Wat dit betreft moet bijzondere waarde worden toegekend aan het feit dat wordt ingegrepen in pensioenen en is van belang of er sprake is van een zodanige inmenging in het eigendomsrecht dat afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke inhoud van de pensioenrechten (“*whether the right has been infringed in a manner resulting in the impairment of the essence of his or her pension rights*”).¹⁹⁷

163. Wat dit betreft onderzoek ik hierna of:
- (a) het met terugwerkende kracht, met actuariële omrekening, toepassen van de nieuwe regels op eerder opgebouwde aanspraken en rechten;
 - (b) eventueel nadeel dat als gevolg van het invaren wordt geleden;
 - (c) de verschuiving van vermogen; en/of
 - (d) het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht ten behoeve van het invaren,

proportionele en evenredige maatregelen zijn.

164. Het is onomstreden dat de regering het pensioenstelsel mocht wijzigen. De redenen die daarvoor zijn aangevoerd, die ik in par. 1.1 van mijn advies heb weergegeven, lijken in het algemeen ook te worden geaccepteerd. In dit verband wordt in de literatuur eigenlijk ook niet betwist dat het nieuwe pensioenstelsel onmiddellijke werking kan hebben, met dien verstande dat ook hier art. 1 EP de buitengrens aangeeft waarbinnen gehandeld moet worden als geoordeeld wordt dat een inmenging in de eigendom plaatsvindt. Of daarvan sprake is en of die inmenging de toets van art. 1 EP doorstaat, ligt evenwel buiten mijn opdracht. Ik laat haar verder dan ook rusten. Ik richt mij hierna derhalve slechts op de vraag of het met terugwerkende kracht, met actuariële omrekening, toepassen van de nieuwe regels op eerder opgebouwde aanspraken en rechten proportioneel en evenredig is.

165. Vooropgesteld moet worden dat er geen regel is die als zodanig verbiedt dat eerder opgebouwde aanspraken en rechten worden omgezet en dat hiertoe het individueel bezwaarrecht buiten werking wordt gesteld. Het gaat uiteindelijk om de rechtvaardiging die hiervoor wordt gegeven in het licht van de impact

¹⁹⁵ Zie o.a. EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané v. Hungary*).

¹⁹⁶ EHRM 22 september 1994, nr. 13616/88 (*Hentrich v. France*).

¹⁹⁷ Zie o.a. EHRM 8 september 2014, nrs. 21838/10 en meer (*Stefanetti and others v. Italy*) en EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané v. Hungary*).

daarvan. Volgens de regering is voor een goede overstap naar het nieuwe stelsel van belang dat er wordt ingevaren.¹⁹⁸ Door invaren:

- blijft de solidariteit c.q. risicodeling tussen en leeftijdsgroepen in stand;
- worden gesloten pensioenfondsen (waarin defensief wordt belegd, met alle beweerd negatieve gevolgen van dien) voorkomen;
- wordt de uitvoerbaarheid van het nieuwe pensioenstelsel verbeterd en is de communicatie eenvoudiger;
- wordt voorkomen dat pensioenfondsen meerdere administraties moeten voeren; en
- kan eerder zicht op een koopkrachtiger pensioen worden gerealiseerd.

166. Wat dit laatste punt betreft heeft de regering in de MvT nog aangegeven dat men het meest profiteert van de regels van het nieuwe pensioenstelsel als ook de reeds opgebouwde pensioenaanspraken worden overgedragen. Het gerealiseerde rendement komt voor de deelnemer in dat geval beschikbaar voor het verhogen van het voor het pensioen gereserveerde vermogen. Daarnaast wordt door het invaren volgens de regering het volledige pensioen transparanter en persoonlijker voor de deelnemer.¹⁹⁹

167. Het invaren brengt dan ook mee dat de doelen van het nieuwe pensioenstelsel, beweerdelijk eerder worden gehaald:

“Collectief invaren zorgt ervoor dat de beoogde verbeteringen in het pensioenstelsel binnen een afzienbare termijn kunnen worden bereikt. Indien er niet wordt ingevaren, worden de beoogde doelen pas na vele decennia gerealiseerd.”²⁰⁰

168. Omdat invaren een essentieel onderdeel is van het nieuwe pensioenstelsel,²⁰¹ moeten de doelen van het invaren – zoals ik hiervoor ook reeds heb gesteld²⁰² – mede worden beoordeeld in het licht van de doelen van stelselwijziging. De regering heeft in dit verband duidelijk gemaakt dat het invaren bedoeld is dienstig te zijn aan het realiseren van de doelen van de Wet toekomst pensioenen, namelijk (a) het eerder perspectief bieden op een koopkrachtig pensioen, (b) het pensioen meer transparant en meer persoonlijk te maken, en

¹⁹⁸ Zie randnummers 40-41 en 148 hiervoor en randnummer 207 hierna.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 181.

²⁰⁰ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 182-183.

²⁰¹ Zie randnummer 44 hiervoor.

²⁰² Zie randnummer 155 hiervoor.

(c) het pensioenstelsel beter te laten aansluiten bij ontwikkelingen in de samenlevingen en op de arbeidsmarkt. De geachte is hierbij onder meer dat de kostprijs van de pensioenen beter onder controle kan worden gekregen.

169. Deze doelen lijken op dit moment niet evident zonder redelijke grond en aangenomen kan worden dat zij beogen het algemeen belang te dienen. Wanneer dit inderdaad mag worden aangenomen, is het een kleine stap om zulks eveneens aan te nemen ten aanzien van het invaren, mede omdat ook de redenen die zijn aangevoerd voor het invaren thans niet evident zonder redelijke grond lijken.
170. Dit brengt mij op punt (a). In het kader van dit punt moet de vraag worden beantwoord of kan worden gesteld dat er door het invaren, in verband met het wijzigen van de aard en het karakter van eerder verworven aanspraken en rechten, sprake is van een zodanige inmenging in het eigendomsrecht dat afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke inhoud van de pensioenrechten.
171. In zijn uitspraak van 9 december 2016 overwoog de Hoge Raad kort gezegd dat een uitkeringsregeling niet te vergelijken valt met een premieregeling.²⁰³ Zo kwamen volgens de Hoge Raad tegenvallende beleggingsresultaten in het geval van een uitkeringsovereenkomst niet per definitie en één op één voor rekening en risico van de deelnemers, zoals dat bij premieregelingen wel het geval was. Het achterwege laten van indexatie of een korting van pensioenen achtte de Hoge Raad dan ook van een andere orde dan het risico dat deelnemers dragen als gevolg van tegenvallende beleggingsresultaten in het kader van een premieregeling. Vanuit dit oogpunt kan mogelijk worden verdedigd dat er door het invaren afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke inhoud van reeds opgebouwde aanspraken en rechten, zij het dat deze uitspraak is gewezen in het kader van een discussie met betrekking tot BTW, met aldus een ander specifiek toetsingskader, waarbij moet worden opgemerkt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”) intussen mogelijk een iets genuanceerder standpunt heeft ingenomen.²⁰⁴
172. Tegelijkertijd valt hoe dan ook niet te betwisten dat de nominale zekerheid van de oude regeling betrekkelijk was.²⁰⁵ Aanspraken en rechten konden immers worden gekort en zijn gekort.²⁰⁶

²⁰³ HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

²⁰⁴ Zie wat dit betreft ook HvJEU 5 september 2024, C-639/22 tot en met C-644/22.

²⁰⁵ Zie ook J.R.C. Tangelder, *Naar een duidelijk eigendomsbegrip*, Netspar Design Paper 107, p. 14.

²⁰⁶ Ook is indexatie wel uitgebleven. Als er niet wordt ingevaren, is er in ieder geval geen garantie dat de achterstallige indexatie – ook wel aangeduid als een voorwaardelijke vordering op inhaalindexering – ooit gaat worden ingehaald. Dat is immers afhankelijk van de dekkingsgraad van het pensioenfonds. Die vordering kan men evenwel (gedeeltelijk)

173. Daarbij geldt dat er eerder wel verborgen pensioenkorting zijn geweest. Zo zijn (ter voorkoming van kortingen) in het verleden de premies wel verhoogd. Verder is het wel gebeurd dat de pensioenopbouw werd verlaagd (om kortingen van uitkeringen te vermijden).²⁰⁷
174. Bovendien voorziet de Wet toekomst pensioenen in de mogelijkheid van solidariteits- en risicodelingsreserves, die trachten te voorkomen dat tegenvallende beleggingsresultaten direct doorwerken. In zoverre voorzien de solidaire en flexibele premieregeling in een aantal van dezelfde kenmerken die zo eigen zijn aan de uitkeringsovereenkomst.
175. Het viel mij op dat het voorgaande in verband met de discussie over de rechtmatigheid van het invaren in de literatuur – zeker bij de critici van het invaren niet – nauwelijks aandacht heeft gekregen. Naar mijn mening laat het voorgaande evenwel zien dat de tegenstellingen tussen het oude en het nieuwe stelsel minder groot zijn dan weleens wordt voorgedaan.²⁰⁸ In beide stelsels is er immers, naar het mij voorkomt, in grote mate afhankelijkheid van de behaalde beleggingsrendementen, zij het dat deze in het nieuwe stelsel directer doorwerken.
176. Hierbij komt dat de opgebouwde aanspraken en rechten niet verloren gaan; zij worden met actuariële omrekening omgezet naar een pensioenkapitaal respectievelijk een voor pensioen gereserveerd vermogen. De pensioenopbouw en -uitkering kunnen door het invaren bovendien positiever uitvallen dan anders het geval zou zijn geweest, bijvoorbeeld omdat minder buffers hoeven te worden aangehouden. Los hiervan geldt dat eventueel niet-invaren volgens de regering ook nadelen heeft.
177. In het licht van het voorgaande is het derhalve waarschijnlijk dat de enkele omstandigheid dat de aard en het karakter van eerder verworven aanspraken en rechten met terugwerkende kracht onder andere regels worden gebracht op zichzelf niet meebrengt dat er sprake is van een zodanige inmenging in het eigendomsrecht dat geoordeeld moet worden dat afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke inhoud van de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten.
178. Voor deze zienswijze ontleen ik steun aan de uitspraak van het EHRM inzake *Aizpurua Ortiz and others v. Spain*²⁰⁹ In die zaak werd in een cao de aard en

verliezen bij het invaren, maar aangezien het om een voorwaardelijke vordering gaat, is het zo op het eerste gezicht lastig te betogen dat er een (ongeoorloofde) inmenging in de eigendom plaatsvindt. Het gaat in ieder geval het bestek van mijn opdracht te buiten hierop nader in te gaan.

²⁰⁷ Zie bijv. <https://www.mr-online.nl/is-2021-het-jaar-van-de-verborgen-pensioenkorting/>.

²⁰⁸ Zie ook T. Nijman, *Het nieuwe pensioen* (afscheidsrede), Netspar 2024, p. 4.

²⁰⁹ EHRM 2 februari 2010, nr. 42430/05 (*Aizpurua Ortiz and other v. Spain*).

het karakter van een aanvullend pensioen gewijzigd. Waar gepensioneerden eerst recht hadden op een levenslange maandelijkse uitkering werd dat omgezet in de betaling van één enkel bedrag dat overeenkwam met drie maandelijkse termijnen, waarop nog kortingen werden toegepast afhankelijk van de pensioengerechtigde leeftijd. Niet alleen vond het EHRM dat er geen sprake was van ontneming of regulering van het gebruik van de eigendom, deze inmenging werd in de specifieke omstandigheden van het geval, waarin een bedrijf in zijn voortbestaan werd bedreigd en waardoor in ieder geval werkgelegenheid dreigde verloren te gaan, geoorloofd geacht.

179. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat in laatstgenoemde zaak niet een wettelijk of ander individueel bezwaarrecht buiten werking werd gesteld. De cao-afspraken golden van rechtswege. Ten behoeve van het invaren wordt daarentegen een wettelijk individueel bezwaarrecht, waar dit recht voor andere collectieve waardeoverdrachten van fundamenteel belang werd en wordt geacht, buiten werking gesteld. Als dit recht kan worden gekwalificeerd als een zelfstandig eigendomsrecht, zoals in de literatuur wel is betoogd en is aangenomen door de regering,²¹⁰ althans dit recht anderszins als essentieel kan worden gezien voor de positie van de belanghebbenden, valt niet uit te sluiten dat bovenstaande afweging ook anders kan uitvallen, afhankelijk van waarop de nadruk wordt gelegd.²¹¹ Ik kom hierop straks, als ik punt (d) bespreek nog terug.²¹²
180. Los van het voorgaande, vermoed ik dat de enkele omstandigheid dat eerder verworven aanspraken en rechten met terugwerkende kracht onder andere regels worden gebracht niet de conclusie kan rechtvaardigen dat het invaren disproportioneel en onevenredig is. Hierbij speelt mee dat de transitie niet meteen plaatsvindt, maar in stappen. Hierdoor kan men zich in ieder geval in theorie op de nieuwe situatie voorbereiden. Zo wordt men niet van de ene op de andere dag geconfronteerd met het invaren en het veranderende pensioenregime, indien de communicatie tenminste adequaat is en tijdig plaatsvindt. Als evenwel pas kort voor het invaren duidelijk wordt wat de gevolgen van het invaren zullen zijn, kunnen de belanghebbenden zich er evenwel nauwelijks op voorbereiden. Dat is bezwaarlijk, in ieder geval voor gepensioneerden.
181. Gepensioneerden zijn inmiddels immers gewend aan het idee van een in beginsel vaste levenslange uitkering. Zij hebben daar mogelijk ook hun

²¹⁰ Zie randnummers 113 en 127 hiervoor.

²¹¹ Vgl. M. Grashoff, 'Invaren, (grensoverschrijdende) collectieve waardeoverdracht en het recht van bezwaar', *TPV* 2024/4, par. 4, die wat dit betreft kritisch is.

²¹² Het was bijvoorbeeld anders geweest als er altijd al had kunnen worden ingevaren zonder instemming van de belanghebbenden, maar dit is niet het geval. Interne waardeoverdrachten, waar het bij invaren ook om gaat, konden eerder en kunnen nog steeds los van het invaren immers niet tegen de wens van de belanghebbenden worden doorgevoerd.

uitgavenpatroon op afgestemd en zijn mogelijk niet of nauwelijks in staat (geweest) buffers op te bouwen voor een variabele uitkering,²¹³ die jaarlijks kan fluctueren, zij het dat het de bedoeling is dat de solidariteitsreserve en de risicodelingsreserve dit zoveel als mogelijk voorkomen, maar naar het zich laat aanzien kan de uitkering desalniettemin sneller aan verandering onderhevig zijn dan de oude uitkering. Voorstelbaar is dat alleen al dit idee tot een zekere mate van stress en onzekerheid kan leiden, die als ingrijpend kan worden ervaren.

182. Tijdens een rondetafelgesprek met de commissie SZW heeft Lutjens in dit verband aangegeven dat ingegane pensioenen hardere eigendomsrechten zijn dan aanspraken van jongeren, die pas over vele jaren ingaan. Wat Lutjens betreft is de toets of er van onevenredige benadeling sprake is dan ook veel zwaarder ten aanzien van gepensioneerden.²¹⁴
183. Los van het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht, heb ik ten aanzien van de gepensioneerden – en bijna gepensioneerden voor wie eigenlijk hetzelfde geldt – dan ook lang getoed of zij vanwege hun bijzondere positie ook een principieel andere positie hebben dan de (gewezen) deelnemers en andere aanspraakgerechtigden. Vanuit een juridisch oogpunt ligt het voor de hand die vraag desalniettemin ontkennend te beantwoorden, indien het niet invaren van hun pensioenen niet eenvoudig kan worden gerealiseerd zonder nadelige gevolgen voor hen en de andere groepen belanghebbenden.²¹⁵ In de literatuur wordt in dit verband overigens ook wel gesteld dat onder meer gepensioneerden juist profiteren van het invaren doordat de solvabiliteitsbuffers niet langer hoeven te worden aangehouden.²¹⁶ Ik heb echter ook gelezen in een consultatiedocument van de Pensioenfederatie dat vroegpensioen als zodanig door de Wet toekomst pensioenen niet meer mogelijk is, indien er besloten wordt tot invaren. Er zou dan in deeltijd pensioen moeten worden opgenomen met een lagere uitkering tot gevolg.²¹⁷ Indien dit juist is, hetgeen ik niet kan beoordelen, ligt het voor de hand hier aandacht aan te besteden. Dat geldt ook voor het ongehuwdenpensioen als het invaren hier gevolgen voor heeft en belanghebbenden daardoor worden benadeeld, maar ook dit kan ik op basis van de mij ter beschikking staande informatie niet beoordelen.

²¹³ Dit is het geval bij de meeste pensioenfondsen. Zie randnummer 37 hiervoor. Als er al kan worden gekozen voor een vaste uitkering, heeft dat mogelijk gevolgen voor de hoogte van de uitkering.

²¹⁴ *Kamerstukken II 2020-2021*, 32043, nr. 553, p. 21 en p. 25.

²¹⁵ De regering wilde niet aan een *carve-out* voor gepensioneerden, zoals blijkt uit *kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 7, p. 190.

²¹⁶ R.H. Maatman, 'Wet toekomst pensioenen naar Eerste Kamer: selecte vraagstukken', *Ondernemingsrecht 2023/24*, par. 4.

²¹⁷ Zie aldus de reactie van de Pensioenfederatie op internetconsultatie Toezeggingswet: <https://www.internetconsultatie.nl/wettoezeggingenpensioenonderwerpen/reactie/81c740ad-a04d-4246-9ada-310538a23f17>.

184. Overigens maakt het mogelijk wel verschil of er sprake is van een situatie waarin de werkgever een bijstortingsverplichting heeft en/of er een onvoorwaardelijk recht op indexatie bestaat.²¹⁸ In die gevallen kan er voor (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en/of gepensioneerden, afhankelijk van de precieze omstandigheden van het geval, eventueel wel sprake zijn van een zodanige inmenging in het eigendomsrecht dat geoordeeld moet worden dat afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke inhoud van de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten als er wordt ingevaren. Dan kan er wellicht ook worden geoordeeld dat het invaren disproportioneel en onevenredig is.
185. Dit brengt mij op punt (b). Dit punt hangt nauw samen met het vorige punt. Wanneer de uitkeringen lager gaan uitvallen dan onder het oude pensioenstelsel,²¹⁹ kan mogelijk worden betoogd dat de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel nadeel²²⁰ heeft veroorzaakt.²²¹
186. In dit verband heeft de regering naar eigen zeggen alles zorgvuldig afgewogen en gesteld waarborgen te hebben ingevoerd om een onevenwichtige transitie te voorkomen.²²² Dit laat evenwel onverlet dat het invaren onevenredig nadeel als bedoeld in art. 1 EP tot gevolg kan hebben, ook al is dat in de arbeidsvoorwaardelijke fase, door het pensioenfonds, de medezeggenschapsorganen en het DNB in het kader van de transitie eerder anders beoordeeld.
187. In ieder geval is enig nadeel voor de regering acceptabel, zolang dat maar niet onevenredig is.²²³
188. De rechtspraak van het EHRM is genuanceerd wanneer er sprake is van onevenredig nadeel.

²¹⁸ Overigens kan zich ook nog de situatie voordoen dat er sprake is van een eindloonregeling, zij het dat deze bij bedrijfstakpensioenfondsen niet meer voorkomt en bij andere fondsen ook nog maar in beperkte mate. Hier moet bij de afweging om al dan niet in te varen wel acht op worden geslagen.

²¹⁹ Dit is overigens nog niet zo eenvoudig vast te stellen, omdat alle omstandigheden moeten worden betrokken, onder andere ook de kortingen, verborgen pensioenkortingen en dergelijke waar men anders mee geconfronteerd zou kunnen zijn.

²²⁰ Nadeel dat wordt geleden als gevolg van het afschaffen van de doorsneesystematiek of de progressieve premiereregeling, is als zodanig niet het directe gevolg van eventueel invaren, maar het invaren kan wel invloed hebben op het nadeel dat hierdoor wordt geleden. Ten aanzien hiervan verwijst ik naar par. 2.1.2 van dit advies, waar ik dit wel bespreek, omdat er dus mogelijk wel samenhang bestaat.

²²¹ Zie wat dit betreft ook hetgeen ik hiervoor in randnummer 183 heb opgemerkt over het vroegpensioen en het ongehuwdpensioen.

²²² *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 181.*

²²³ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 181.*

189. In geval van ontneming van eigendom, wordt al snel geoordeeld dat er sprake is van strijd met art. 1 EP als een compensatie in het geheel uitblijft.²²⁴ Als er evenwel een compensatie plaatsvindt, geldt er een “margin of appreciation” met een terughoudende toets ten aanzien van de redelijkheid van de geboden compensatie,²²⁵ waarbij er in ieder geval niet zonder meer recht op een volledige vergoeding bestaat:

“Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment of whether or not the contested measure respects the requisite fair balance and, in particular, whether it imposes a disproportionate burden on the individuals (see Jahn and Others v. Germany [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, § 94, ECHR 2005-VI). In this connection, the taking of property without payment of an amount proportionate to its value will normally constitute a disproportionate interference, whilst a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances (see Former King of Greece and Others v. Greece [GC], no. 25701/94, § 89, ECHR 2000-XII, and The Holy Monasteries v. Greece, 9 December 1994, § 71, Series A no. 301-A). However, Article 1 of Protocol No. 1 does not guarantee a right to full compensation in all circumstances. Legitimate objectives in the “public interest”, such as those pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may warrant reimbursement of less than the full market value (see Urbárska Obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia, no. 74258/01, § 115, ECHR 2007-XIII, and Broniowski v. Poland [GC], no. 31443/96, §§ 182 and 186, ECHR 2004-V).”²²⁶

190. Wat dit betreft gaat het dus om de omstandigheden van het geval, die moeten worden afgewogen.
191. In geval van een regulering van het gebruik van de eigendom, is het gebrek aan compensatie een factor die in overweging moet worden genomen, zoals kan worden afgeleid uit de zaak van *Depalle v. France*.²²⁷

“Lastly, the Court reiterates that where a measure controlling the use of property is in issue, the lack of compensation is a factor to be taken into consideration in determining whether a fair balance has been achieved but is not of itself sufficient to constitute a violation of Article

²²⁴ Zie bijv. EHRM 9 februari 2023, nrs. 43932/19 & 43995/19 (*Katona and Závorský v. Slovakia*).

²²⁵ Zie o.a. EHRM 8 juli 1986, nr. 900/80 e.a. (*Lithgow and others v. the United Kingdom*).

²²⁶ EHRM 9 juni 2022, nr. 22008/20 (*Maria Azzopardi v. Malta*).

²²⁷ EHRM 29 maart 2010, nr. 34044/02 (*Depalle v. France*).

1 of Protocol No. 1 (see Galtieri, cited above, and Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece, no. 35332/05, § 45, 21 February 2008)."

192. Wat dit betreft zou gesteld kunnen worden dat bij de regulering van het gebruik van de eigendom eerder kan worden geaccepteerd dat nadeel niet wordt gecompenseerd. Hetzelfde geldt in geval van een andere inmenging in de eigendom.²²⁸
193. In het licht van het voorgaande maakt het derhalve verschil of er bij het invaren alleen sprake is van regulering van de eigendom (of een andere vorm van inneming) of dat er (ook) sprake is van ontneming van de eigendom.
194. Waar het ontnemen van het volledige pensioen al snel in strijd is met art. 1 EP, zullen omgekeerd, minimale verlagingen van een pensioen als gevolg van het invaren waarschijnlijk niet snel resulteren in een schending van art. 1 EP.²²⁹ Wat dit betreft geldt dus dat een klein nadeel eenvoudiger te rechtvaardigen is – en dus sneller proportioneel en evenredig wordt bevonden – dan een groot nadeel. Tegelijkertijd kan het oordeel of er sprake is van een (on)geoorloofde inbreuk niet uitsluitend worden gebaseerd op het bedrag of percentage van de geleden vermindering in abstracto. Zo moeten alle relevante omstandigheden tegen de specifieke achtergrond van de inmenging worden beoordeeld.²³⁰ Hierbij kan aldus meespelen dat de aard en het karakter van de pensioenopbouw in het kader van invaren met terugwerkende kracht wijzigen en dat het individueel bezwaarrecht buiten werking is gesteld voor het invaren.
195. Het lastige is in ieder geval dat op het moment van het invaren allesbehalve duidelijk hoeft te zijn dat men nadeel gaat lijden.²³¹ Zo moeten ten behoeve van de transitie de verwachte pensioenen in drie scenario's – een pessimistisch scenario, een verwacht scenario en een optimistisch scenario – worden gepresenteerd. Die scenario's kunnen op het moment van invaren een hoger pensioen in het vooruitzicht stellen dan onder het oude pensioenstelsel, of voor bepaalde scenario's een hoger pensioen in het vooruitzicht stellen. Ook een eventueel lagere toezegging of uitkering kan in de toekomst wellicht nog worden goedge maakt. Terecht merkt Lutjens dan ook het volgende op:

²²⁸ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, p. 38, 41.

²²⁹ Zie o.a. EHRM 8 september 2014, nrs. 21838/10 en meer (*Stefanetti and others v. Italy*) en EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané v. Hungary*).

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Hierbij zij overigens bedacht dat het feit dat iemand als gevolg van de transitie nadeel lijdt, nog niet betekent dat het invaren als zodanig dit nadeel heeft veroorzaakt. Hiervoor moet de situatie met invaren worden vergeleken met de situatie dat er niet zou zijn ingevaren. Het lijkt mij vervolgens nog niet zo eenvoudig om deze vergelijking te maken, zeker niet in een individueel geval, waarna vervolgens nog de (on)evenredigheid van dit nadeel moet worden beoordeeld.

“Of er een onevenredig nadeel zal zijn, valt verder niet, zeker niet exact, op het tijdstip van het invaren te beoordelen. De gewijzigde pensioenovereenkomst kan namelijk in de loop van de jaren na de waardeoverdracht voordelen opleveren ten opzichte van de ‘oude’ pensioenovereenkomst.”²³²

196. Hierbij zij opgemerkt dat uit de tot op heden gepubliceerde transitieplannen kennelijk kan worden afgeleid dat de verwachting is dat de meesten er door de transitie op vooruit zullen gaan.²³³ Als bij de gepensioneerden en de mensen die binnen afzienbare tijd met pensioen gaan de komende tijd inderdaad dezelfde of hogere uitkeringen worden gerealiseerd, zal de onrust die het vooruitzicht van de transitie en het invaren heeft meegebracht op korte termijn ook zo maar eens kunnen gaan luwen.²³⁴ Voorstelbaar is dat de transitie en het invaren dan als een succes gaan worden gepresenteerd en dat lijkt het dan ook te zijn.
197. Het voorbehoud dat in dit verband evenwel moet worden gemaakt is dat gedane uitkeringen geen garanties bieden voor de toekomst. Dat geldt ook voor toekomstige pensioenverwachtingen.
198. Het is in dit verband in ieder geval belangrijk dat de gevolgen van het invaren reëel worden berekend en inzichtelijk worden gemaakt. Immers, alleen zo valt goed te bepalen of er voordeel of nadeel zal zijn voor de betrokkenen en wat de omvang van dat voordeel of nadeel dan zal zijn. Dit is niet alleen van belang voor de communicatie richting de betrokkenen, maar ook om te bepalen of er sprake is van een evenwichtige transitie. Als de berekeningen immers worden gemaakt op basis van onjuiste assumpties,²³⁵ zijn de gevolgen mogelijk straks niet te overzien, met onder meer gevolgen voor de voorzienbaarheid en de proportionaliteitstoets en evenredigheidstoets. De deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden kunnen dit evenwel niet bepalen. Zij moeten afgaan op de informatie die hun wordt verstrekt. Het is in dit verband belangrijk dat men tijdig inzicht krijgt in de gevolgen van het invaren c.q. de stelselherziening, opdat men hun gedrag hierop kan afstemmen, bij gebreke waarvan er eerder wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging.

²³² Asser/Lutjens 7-XI 2023/690.

²³³ Zie <https://pensioenpro.nl/meeste-deelnemers-gaan-erop-vooruit-premies-blijven-gelijk/>.

²³⁴ Hierbij zij bedacht dat een of meer jaren met een lagere uitkering nog niet noodzakelijkerwijze maakt dat er nadeel is als gevolg van de transitie.

²³⁵ Zo is het Koninklijk Actuarieel Genootschap, als ik het ten minste goed begrijp, kritisch op de gebruikte scenario'sets. Zie aldus de eerdergenoemde *position paper* van 12 juni 2024: <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2024D24790>.

199. Als de gepresenteerde cijfers veel te rooskleurige verwachtingen in het vooruitzicht stellen, zullen velen straks, wanneer zij met pensioen gaan, in ieder geval worden teleurgesteld, met gemor van dien. Dan is men met de stelselherziening wat dit betreft bovendien weinig opgeschoten. Sterker nog, misschien heeft de burger dan nog wel minder vertrouwen in het nieuwe stelsel dan zij/hij had in het oude stelsel, zeker als men zich bedenkt dat er door verschillende sociale partners eerder ook bijzonder rooskleurig over de stelselwijziging is gecommuniceerd.
200. Wanneer vervolgens voorzien wordt dat als gevolg van het invaren nadeel wordt geleden, rijst de vraag of dit nadeel eventueel kan worden gecompenseerd door het verschuiven van vermogen. Dit brengt mij op punt (c).
201. De Wet toekomst pensioenen staat verschuivingen van vermogen onder bepaalde omstandigheden toe.²³⁶ Naar kan worden verdedigd, is er bij een verschuiving van vermogen evenwel ook sprake van inmenging in het eigendomsrecht. In het kader van actuariële omrekening worden immers persoonlijke pensioenvermogens gecreëerd, die naar het zich laat aanzien lijken te kunnen worden gezien als eigendom in de zin van art. 1 EP, maar door de verschuiving van vermogen wordt als het ware verhinderd dat diegene die zonder verschuiving gerechtigd was tot dat vermogen gerechtigd wordt op dat vermogen.
202. In dit verband wordt door de regering kennelijk verondersteld dat er van een inmenging in de eigendom geen sprake is, althans dat er wat dit betreft geen sprake is van een disproportionele en onevenredige inmenging in het eigendomsrecht. Ook al zijn verschuivingen van vermogen beweerdelijk bedoeld om de transitie evenwichtiger te maken, het komt mij voor dat tenminste over de proportionaliteit en evenredigheid in ieder geval kan worden gediscussieerd, al naar gelang de feiten en omstandigheden van het geval en hoe er in een specifiek geval met vermogen wordt geschoven in afwijking van de voorgeschreven omrekenregels. Het lastige is evenwel dat dit in zijn algemeenheid niet kan worden beoordeeld. In algemene zin kan nochtans worden opgemerkt dat terughoudendheid op zijn plaats is bij het schuiven van vermogen en dat de keuze om met vermogen te schuiven zeer goed moet worden gemotiveerd in het licht van de eisen van proportionaliteit en evenredigheid. Als deze uitgangspunten in acht worden genomen, acht ik de kans groot dat er niet gaat worden geoordeeld dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige inmenging, in ieder geval wanneer er anderszins niet op achteruit lijkt te gaan ten opzichte van de situatie dat er niet

²³⁶ Hieronder versta ik ook de situatie dat nadeel dat wordt geleden als gevolg van de afschaffing van de doorsneesystematiek of de progressieve premie wordt gecompenseerd vanuit het pensioenfonds.

zou zijn ingevaren. Dit geldt te meer wanneer er slechts in (zeer) geringe mate met vermogen is geschoven.

203. De wijziging van de aard en het karakter van eerder opgebouwde aanspraken en/of rechten, de onduidelijkheid over hoe het invaren financieel gaat uitpakken, hetgeen mede afhankelijk is van de financiële parameters die worden gebruikt voor het invaren, of het schuiven van vermogen, kunnen voor een betrokkene reden zijn om niet te willen invaren. De regering heeft, door het individueel bezwaarrecht voor het invaren bij pensioenfondsen buiten werking te stellen, belanghebbenden evenwel de mogelijkheid ontnomen zich op voorhand te verzetten tegen het invaren. Dit brengt mij op punt (d).
204. De regering meent dat het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht gerechtvaardigd is doordat er een beweerdelijk versterkt collectief medezeggenschapsrecht voor in de plaats is gekomen.²³⁷ Dit lijkt mij, net als ten aanzien van het ingevoerde hoorrecht, als zodanig lastig verdedigbaar, aangezien dit medezeggenschapsrecht niet hetzelfde is als de mogelijkheid van een individu om, naar eigen inzicht en op basis van een eigen afweging, te kiezen om wel of niet in te stemmen met een wijziging van zijn of haar pensioen.²³⁸ Bovendien kan men zich afvragen of de medezeggenschapsorganen wel ingericht zijn op en de deskundigheid hebben om over ingrijpende besluiten als het invaren te beslissen.²³⁹
205. Door het individueel bezwaarrecht buiten werking te stellen voor het invaren, lijkt dan ook afbreuk te worden gedaan aan de wezenlijke inhoud van de pensioenrechten, zoals die gelden voorafgaand aan het invaren (en overigens ook weer daarna). De vraag is dan ook of dit kan worden gerechtvaardigd.
206. Ter rechtvaardiging van de keuze om het individueel bezwaarrecht ten behoeve van het invaren buiten werking te stellen heeft de regering gesteld dat niet invaren als zodanig ook nadelen heeft en dat belanghebbenden kort gezegd hun keuze niet kunnen overzien waardoor zij zich dan potentieel onbewust blootstellen aan de nadelen die met niet-invaren gepaard gaan.²⁴⁰ Dit lijkt mij in ieder geval voor een gedeelte een doelredenering.²⁴¹ Dit geldt te meer wanneer men over de gevolgen van het al dan niet invaren kan worden voorgelicht.²⁴² Van belang is in dit verband dat belanghebbenden berekeningen worden voorgehouden en/of anderszins afdoende worden

²³⁷ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 181.

²³⁸ Zie randnummer 101 hiervoor.

²³⁹ E. Lutjens, *Kamerstukken II 2020-2021*, 32043, nr. 553, p.22.

²⁴⁰ Zie wat dit betreft randnummer 73 hiervoor.

²⁴¹ Voor andere vormen van collectieve waardeoverdracht had en heeft de belanghebbende immers wel een wettelijk individueel bezwaarrecht. Vgl. ook H. van Meerten & A. Pratt, 'De Wtp en goede rechtsbescherming?', beschikbaar via: <https://ssrn.com/abstract=4702560>.

²⁴² Zie ook hetgeen ik hiervoor heb gesteld in randnummers 75-76.

geïnfomeerd wat het voor hun pensioen(opbouw) betekent als er wel wordt ingevaren versus als er niet wordt ingevaren.

207. Los van het voorgaande heeft de regering nog gesteld dat het individueel bezwaarrecht met het oog op de transitie naar een nieuw pensioenstelsel onevenredig grote gevolgen kan hebben voor het collectief en het algemeen belang. Wanneer er van dit bezwaarrecht gebruik wordt gemaakt, bestaan er volgens de regering gedurende lange tijd namelijk twee verschillende pensioenstelsels naast elkaar, met bijbehorende complexiteit in de uitvoering, communicatie naar deelnemers en hogere uitvoeringskosten (die volgens de regering heel hoog kunnen worden). Ook zouden volgens de regering risico's minder goed kunnen worden gedeeld binnen het pensioencollectief en zal het beleggingsbeleid conservatiever vormgegeven moeten worden, omdat het deelnemersbestand in het huidige pensioenstelsel vergrijsd zonder nieuwe opbouw, met nadelige gevolgen voor het op te bouwen en/of uit te keren pensioen. Oftewel, wanneer er gebruik zou kunnen worden gemaakt van een individueel bezwaarrecht, dan zou dat kunnen leiden tot onwerkbare situaties, hetgeen de overgang onder druk zou kunnen zetten.²⁴³
208. Deze redenen lijken op zichzelf thans grotendeels niet evident zonder redelijke grond.²⁴⁴ Het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht met inachtneming van het voorgaande kan dan ook worden verdedigd.²⁴⁵ Verdedigbaar is dan ook dat het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht als zodanig de *'fair balance test'* kan doorstaan. Dit geldt in het bijzonder in situaties dat men er door het invaren financieel op vooruit gaat.
209. Tegelijkertijd hebben de ambtenaren, blijkens de stukken die de Minister bij brief van 8 december 2023 heeft geopenbaard, onderkend dat het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht (juridisch) kwetsbaar is door de relatief grote afwijking van bestaande juridische kaders.²⁴⁶ Wat dit betreft waren (en zijn) er ook andere minder vergaande varianten mogelijk, die eveneens zijn onderzocht, zoals bijvoorbeeld het ingroeien.
210. Bij ingroeien blijven er op korte termijn wel twee stelsels naast elkaar bestaan, maar die zullen geleidelijk dan steeds meer verdwijnen, zodat er niet al te lang

²⁴³ Zie wat dit betreft randnummers 78 en 80 hiervoor.

²⁴⁴ In ieder geval heb ik in de literatuur, op een enkele opmerking of nuance na, nauwelijks aanleidingen gevonden om anders te oordelen. Zie wat dit betreft bijvoorbeeld de volgende voetnoot.

²⁴⁵ De gronden die zijn aangevoerd om het individueel bezwaarrecht buiten werking te stellen worden in de praktijk overigens wel genuanceerd, bijvoorbeeld recentelijk nog door Werker: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z09990&did=2024D23599>. Deze nuances maken vooralsnog echter niet dat de aangevoerde gronden evident zonder redelijke grond zijn. Daarvoor is meer nodig.

²⁴⁶ *Kamerstukken II 2023-2024, 32043, nr. 628, bijlage 1120048.*

twee verschillende stelsels naast elkaar bestaan. Uiteindelijk is er voor gekozen om niet voor deze variant te kiezen, maar bij de vraag of het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht evenredig en proportioneel is, kan deze variant wel worden betrokken, ook omdat zij minder ingrijpend is dan het invaren, met minder juridische en economische risico's, die door de ambtenaren, zo blijkt uit de stukken die de Minister bij brief van 8 december 2023 heeft geopenbaard, werd beschouwd als een "*sierlijk alternatief*" voor het invaren.²⁴⁷

211. Het lastige in dit verband is evenwel dat deze en andere varianten, in ieder geval voor zover ik kon nagaan, verder niet zijn doorgedacht en doorgerkend, zodat de gevolgen van deze variant en andere mogelijke varianten ten opzichte van het invaren niet duidelijk zijn. Dit maakt het op dit moment voor mij lastig om te stellen dat er een alternatief voorhanden was waarmee hetzelfde wordt bereikt als met het invaren. Ook al zijn er derhalve wellicht minder ingrijpende alternatieven, dit betekent in het licht hiervan nog steeds niet per se dat het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht voor het invaren als zodanig als disproportioneel en onevenredig moet worden beschouwd.
212. Hiervoor heb ik inzichtelijk gemaakt dat het waarschijnlijk is dat alle vier hiervoor behandelde omstandigheden op zichzelf, op de uitzonderingen na die ik hiervoor heb uiteengezet, niet snel de conclusie zullen rechtvaardigen dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige maatregel. Bezieet men deze omstandigheden evenwel in samenhang, dan ontstaat door stapeling van deze omstandigheden mogelijk een ander beeld, waarbij meespeelt dat omstandigheden (a) en (d) – te weten het wijzigen van de aard en het karakter van de pensioenovereenkomst respectievelijk het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht – altijd aan de orde zijn. Als er dan vervolgens ook nog nadeel wordt geleden, zeker als dat niet een heel klein nadeel is, en/of er met vermogen wordt verschoven, kan de weegschaal de andere kant op doorslaan.
213. Hierbij speelt mee dat in de rechtspraak die ik heb bestudeerd de gevolgen van de maatregelen minder ingrijpend waren, met een minder grote reikwijdte, althans de omstandigheden onvergelijkbaar waren. Zo is er bijvoorbeeld geen sociale of economische noodsituatie waardoor invaren essentieel is. De regering wil een stelsel dat op zich functioneert en algemeen wordt gezien als een van de beste van de wereld, verder verbeteren. Dat is een nobel streven, maar het was wat dit betreft eenvoudiger geweest om niet in te varen of te kiezen voor ingroeien. Dit had bovendien minder ruimte voor discussie en fouten geboden. Aan de andere kant hadden de vermeende gevolgen van niet-

²⁴⁷ *Ibid.*

invaren dan niet kunnen worden vermeden en zou er niet kunnen worden geprofiteerd van de vermeende positieve effecten van invaren.

214. Ik kom tot een afronding met betrekking tot art. 1 EP. Tenzij geoordeeld moet worden dat de Wet toekomst pensioenen onvoldoende rechtsbescherming biedt tegen het invaren en/of onvoldoende voorzienbaar is, dan wel de redenen en doelen die worden aangevoerd voor het invaren later evident zonder redelijke grond blijken te zijn, komt het aan op de vraag of de 'fair balance test' wordt doorstaan, in de zin dat geoordeeld kan worden dat de genomen maatregelen proportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen. Afhankelijk van de precieze omstandigheden waaronder wordt ingevaren, hoeft hiervan in algemene zin geen sprake te zijn voor het geval de werkgever nu een bijstortingsverplichting heeft en/of er onvoorwaardelijke indexatie is toegezegd, men recht heeft op vroegpensioen en ongehuwdenpensioen, deze door het invaren verdwijnen en daardoor nadeel wordt geleden. Buiten deze gevallen (en ook in deze gevallen als die in algemene zin niet de conclusie kunnen rechtvaardigen dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige inbreuk), zal, tenzij het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht op zichzelf reeds als een ongeoorloofde inmenging in de eigendom moet worden beschouwd, in beginsel per individueel geval of per groep van gevallen moeten worden beoordeeld of er sprake is van inmenging in de eigendom die proportioneel en evenredig is. Afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval kan daarvan dan sprake zijn. In dat geval kan nadeelcompensatie aan de orde zijn.
215. Wanneer uiteindelijk geoordeeld moet worden dat de transitie niet goed verloopt en er bijvoorbeeld in niet ongeringe mate onevenredig nadeel dreigt te worden geleden, is verdedigbaar dat de wetgever moet ingrijpen.²⁴⁸ Zo heeft de wetgever ook de verplichting om maatregelen te nemen om de eigendom te beschermen, zoals onder andere kan worden afgeleid uit de uitspraak van het EHRM inzake *Dabić v. Croatia*:

*"In that connection the Court first reiterates that the genuine, effective exercise of the right protected by Article 1 of Protocol No. 1 does not depend merely on the State's duty not to interfere, but may require positive measures of protection, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions (see Öneriyıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 134, ECHR 2004-XII, and Broniowski v. Poland [GC], no. 31443/96, § 143, ECHR 2004-V)."*²⁴⁹

²⁴⁸ Dit geldt mogelijk ook na ommekomst van de transitiefase, maar dan is ingrijpen mogelijk (nog) minder eenvoudig.

²⁴⁹ EHRM 18 juni 2021, nr. 49001/14 (*Dabić v. Croatia*).

216. Het voorgaande hangt ook samen met beginsel van “*good governance*”. Wanneer een kwestie van algemeen belang in het geding is, met name indien het gaat om fundamentele mensenrechten, waaronder eigendomsrechten, moet de overheid snel en op passende en vooral consistente wijze optreden.²⁵⁰ Wat dit betreft dient de overheid in het kader van de transitie dus nauwlettend een vinger aan de pols te houden en waar nodig in te grijpen. Oftewel, de overheid mag niet stilzitten waar handelen is geboden om de rechten die zijn neergelegd in het EVRM te beschermen.

2.1.2 Art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP

217. Art. 14 EVRM bepaalt dat :

“Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.”

218. Laatstgenoemd artikel verbiedt discriminatie ten aanzien van de rechten die door het EVRM worden beschermd, zij het dat art. 14 EVRM niet zelfstandig kan worden ingeroepen. Art. 14 EVRM biedt namelijk alleen bescherming in verband met een van de in het EVRM gearandeerde rechten.

219. Voor Nederland is dit laatste overigens minder van belang in verband met het TP, welk protocol voor Nederland eveneens van toepassing is. Art. 1 TP leest als volgt:

“1 Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

2 Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name een van de in het eerste lid vermelde gronden.”

²⁵⁰ Zie o.a. EHRM 12 september 2018, nrs. 70520/10, 21920/10 en 41876/11 (*Beinarovič and Others v. Lithuania*).

220. Op grond van art. 1 TP geldt het discriminatieverbod vervolgens voor alle juridische en feitelijke handelingen van de overheid, ook met betrekking tot pensioenen.
221. De regering heeft bij de voorbereiding van de Wet toekomst pensioenen dan ook terecht rekening gehouden met voornoemd discriminatieverbod, waaronder ook discriminatie naar leeftijd kan vallen,²⁵¹ met dien verstande dat het EHRM:

“has not, to date, suggested that discrimination on grounds of age should be equated with certain other grounds of discrimination, such as ethnic origin, gender or sexual orientation, which would require particularly convincing and very weighty reasons in order for the difference in treatment to be seen as compatible with the Convention (see D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 176, ECHR 2007-IV, with regard to ethnic origin; Konstantin Markin v. Russia [GC], no. 30078/06, § 127, ECHR 2012 (extracts), with regard to gender; and Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 114, 14 January 2020, with regard to sexual orientation).”²⁵²

222. Gesteld zou dan ook kunnen worden dat leeftijdsdiscriminatie in het licht van het EVRM eerder geoorloofd is dan discriminatie op basis van geslacht, ras of seksuele geaardheid.²⁵³
223. Ten aanzien van de vraag of art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP mogelijk wordt veronachtzaamd, heeft de regering naar mijn mening terecht opgemerkt dat er geen direct onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt.²⁵⁴ Dat brengt mij op de vraag of personen met een bepaalde leeftijd in vergelijking met andere personen dan bijzonder worden getroffen. Als dit het geval is, is er sprake van indirecte discriminatie.²⁵⁵
224. De regering onderkent dat er sprake kan zijn van indirecte discriminatie in verband met de transitie naar het nieuwe stelsel. Voor bepaalde

²⁵¹ Zie aldus o.a. EHRM 10 september 2010, nr. 25762/07 (*Schwizgebel v. Switzerland*), EHRM 15 september 2016, nr. 44818/11 (*British Gurkha Welfare Society and Others v. the United Kingdom*) en EHRM 25 oktober 2017, nr. 17484/15 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*).

²⁵² EHRM 26 oktober 2021, nr. 32934/19 (*Šaltinytė v. Lithuania*).

²⁵³ Er is ook nog een discussie geweest of er (indirecte) discriminatie op grond van geslacht zou kunnen zijn, maar deze discussie laat ik verder rusten, omdat die discussie als zodanig lijkt los te staan van het invaren, nu het (al dan niet) invaren hierop naar het zich laat aanzien als zodanig geen directe invloed lijkt te hebben.

²⁵⁴ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 170-171.

²⁵⁵ Zie hierover uitgebreid: *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention 2024*, p. 12.

leeftijdsgroepen kan de overstap, in vergelijking met het oude stelsel, immers resulteren in een lager verwacht pensioenresultaat. Alsdan kunnen de nadelige gevolgen van de afschaffing van de doorsneesystematiek niet worden opgeheven door de (positieve) effecten van andere verdeelregels in de nieuwe pensioenregeling.²⁵⁶ De verwachting is dat dit met name geldt voor mensen in de leeftijdsgroep 40-55 jaar.²⁵⁷ Enerzijds kan dit komen door afschaffing van de doorsneesystematiek. Anderzijds kan dit komen als een progressieve premie wordt omgezet in een vlakke premie, maar voor deze laatste situatie geldt ook een overgangsregeling. Als hiervan gebruik wordt gemaakt, speelt deze problematiek niet. Anders mogelijk wel. Hetgeen hierna wordt gesteld ten aanzien van de afschaffing van de doorsneesystematiek geldt dan *mutatis mutandis* voor de afschaffing van de progressieve premie.

225. Terecht merkt de regering in dit verband op dat in voorkomende gevallen kan worden gevegd dat deelnemers die onevenredig worden benadeeld adequaat en kostenneutraal worden gecompenseerd.²⁵⁸ Dit kan onder andere door middel van loon of premie. Ook kan het nadeel volgens de regering worden weggenomen door herverdeling bij invaren.²⁵⁹ Als het nadeel in voldoende mate wordt gecompenseerd, zal er niet snel sprake zijn van een ongeoorloofde indirecte discriminatie in de zin van art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP.
226. Indien het nadeel niet in voldoende mate wordt gecompenseerd, is voor de vraag of art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP is geschonden van belang of eerdergenoemde discriminatie een legitiem doel dient en proportioneel is.
227. Artikel 14 EVRM en art. 1 TP verbieden namelijk geen verschillen in behandeling die gebaseerd zijn op het algemeen belang en een juist evenwicht tot stand brengen tussen de bescherming van de belangen van de gemeenschap en de eerbiediging van de door het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden. Anders gezegd, het verschil in behandeling is discriminerend als het geen objectieve en redelijke rechtvaardiging heeft, dat wil zeggen als het geen legitiem doel nastreeft of als er geen redelijk verband bestaat tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel. Een en ander is treffend samengevat in de uitspraak van het EHRM inzake *Molla Sali v. Greece*²⁶⁰:

“35. *The Court also reiterates that in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, Article 14 affords protection against different treatment, without an objective and*

²⁵⁶ Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 24 en p. 107.

²⁵⁷ Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 171.

²⁵⁸ Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 173.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ EHRM 19 december 2018, nr. 20452/14 (*Molla Sali v. Greece*).

reasonable justification, of persons in similar situations. For the purposes of Article 14, a difference of treatment is discriminatory if it “has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised (see Fabris, cited above, § 56).

136. *The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and its background (see Stummer v. Austria [GC], no. 37452/02, § 88, ECHR 2011).*

137. *As to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has demonstrated a difference in treatment, it is for the Government to show that the latter was justified (see Khamtokhu and Aksenchik, cited above, § 65; Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 85, ECHR 2013 (extracts); and D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 177).”*

228. Met het afschaffen van de doorsneesystematiek en de invoering van een vlakke premie worden volgens de regering de volgende doelen nagestreefd:²⁶¹

- het pensioen beter te laten aansluiten bij de veranderde arbeidsmarkt;
- het beperken van (onbedoelde) herverdelingseffecten;
- de transparantie omtrent het opgebouwde pensioen te vergroten; en
- belemmeringen voor vernieuwing van het pensioenstelsel weg te nemen, waarbij eventueel (nieuwe) keuzemogelijkheden kunnen worden geïntroduceerd.²⁶²

229. Zo op het eerste gezicht lijken dit inderdaad legitieme doelen.

230. Gezien de vaste rechtspraak van het EHRM dat staten een zekere “*margin of appreciation*” genieten, is een terughoudende toets bovendien op zijn plaats.

²⁶¹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 172.*

²⁶² Zie voor een andere uitwerking van deze punten *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 7-11 en p. 19.*

Illustratief is in dit verband de uitspraak van het EHRM inzake *Milivojević v. Serbia*²⁶³:

- “28. *The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of the margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background (see Stummer v. Austria [GC], no. 37452/02, § 88, ECHR 2011), but the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court (see, among other authorities, Konstantin Markin v. Russia [GC], no. 30078/06, § 126, ECHR 2012 (extracts). First and foremost, the nature of the status upon which differential treatment is based weighs heavily in determining the scope of that margin (see Bah v. the United Kingdom, no. 56328/07, § 47, ECHR 2011). The Court has recently reiterated that the margin of appreciation will be considerably wider, and the justification required will not be as weighty, if the status in question is subject to an element of personal choice (see Savickis and Others v. Latvia [GC], no. 49270/11, § 183, 9 June 2022).*
29. *A wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (see Fábíán, cited above, § 115). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation” (see Carson and Others, cited above, § 61). Any measures taken on such grounds, including the reduction of the amount of pension normally payable to the qualifying population, must nevertheless be implemented in a non-discriminatory manner and comply with the requirements of proportionality (see Lakićević and Others v. Montenegro and Serbia, nos. 27458/06 and 3 others, § 61, 13 December 2011, and Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 55, ECHR 2005).”*
231. Waar aldus betoogd kan worden dat de afschaffing van de doorsneesystematiek legitieme doelen dient, is het probleem dat de bestaande

²⁶³ EHRM 5 juli 2022, nr. 11944/16 (*Milivojević v. Serbia*).

overeenkomsten, op grond waarvan pensioen wordt opgebouwd op grond van de doorsneesystematiek, moeten worden omgezet naar een premie-overeenkomst met een vlakke premie waarvan bepaalde leeftijdsgroepen meer dan andere leeftijdsgroepen nadeel (kunnen) ondervinden. In dit verband komt het mij voor dat voornoemde gevolgen kunnen optreden ongeacht of er wel of niet wordt ingevaren. Door het invaren kunnen de effecten groter of kleiner zijn, al naar gelang de financiële positie van het betreffende pensioenfonds en de keuzes die in verband met het invaren worden gemaakt. De Minister verwacht evenwel dat invaren de compensatie-opgave kleiner zal maken.²⁶⁴

232. Tegelijkertijd kan nu evenmin worden uitgesloten dat er juist door het invaren herverdelingseffecten kunnen optreden. De regering acht dit niet op voorhand bezwaarlijk, mits deze effecten niet overwegend neerslaan bij specifieke groepen of individuen, anders is er mogelijk immers sprake van (directe of indirecte) discriminatie.²⁶⁵
233. De vraag die moet worden beantwoord is of voornoemde indirecte discriminatie – de benadeling van bepaalde leeftijdsgroepen – indien compensatie achterwege blijft, proportioneel is voor de te bereiken doelen.
234. Het College voor de Rechten van de Mens (het “College”) was wat dit betreft vrij stellig:

“Het wetsvoorstel zelf biedt geen materiële rechtvaardiging voor het nadelige verschil in behandeling dat groepen personen op grond van hun leeftijd zullen lijden. Om aan het proportionaliteitsvereiste te voldoen is daarom compensatie geboden.”²⁶⁶

235. Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag alleen in mogelijkheden en randvoorwaarden en liet het volledig aan de werkgevers en werknemers dan wel sociale partners om al dan niet afspraken te maken omtrent de te vergoeden compensatie. In het licht hiervan oordeelde het College dat niet voldaan werd aan het proportionaliteitsvereiste:

“Met het uitsluitend voorzien in ‘mogelijkheden en randvoorwaarden’ voor adequate compensatie voor leeftijdsgroepen die nadeel ondervinden van de overstap, is niet voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Dit laat immers ook de mogelijkheid open dat er niet adequaat zal worden gecompenseerd.”²⁶⁷

²⁶⁴ Kamerstukken I 2022-2023, 36067, nr. H, p. 260.

²⁶⁵ Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 182.

²⁶⁶ Zie voor het advies van het College Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, par. 16.6.

²⁶⁷ *Ibid.*

236. Het College stelde zich hierbij op het standpunt dat de verantwoordelijkheid ten aanzien van compensatie van de benadeelde groepen niet bij de sociale partners kan worden gelegd. Het College adviseerde kort gezegd dan ook compensatie te garanderen. Op de website van laatstgenoemde staat wat dit betreft nog het volgende:

“Het wetsvoorstel noemt wel mogelijkheden voor adequate compensatie, maar de keuze welke leeftijdsgroepen in welke mate worden gecompenseerd, laat het kabinet over aan sociale partners. Het College stelt echter vast dat het de verantwoordelijkheid van de wetgever is om in het conceptwetsvoorstel de gelijke behandeling van de door de transitie benadeelde leeftijdsgroepen van deelnemers te garanderen. Het verwezenlijken van gelijke behandeling op grond van leeftijd is geen optie die kan worden uitonderhandeld, maar een minimumeis van rechtmatigheid. Het is dus geen inspanningsverplichting, maar een resultaatsverplichting. Deze verantwoordelijkheid kan niet alleen bij de sociale partners worden gelegd.”²⁶⁸

237. Hoewel het College het voorgaande had betrokken op basis van andere regels dan art. 14 EVRM en art. 1 TP, is verdedigbaar dat het voorgaande ook geldt ten aanzien van deze bepalingen.

238. De regering wilde echter niet zo ver gaan als het College nodig oordeelde:

“De verantwoordelijkheid voor het al dan niet overeenkomen van compensatie ligt hiermee, zoals het College ook constateert, bij sociale partners. De regering acht het terecht dat die verantwoordelijkheid ligt bij de partijen die de pensioenovereenkomst wijzigen, aangezien deze partijen het beste zicht hebben op de leeftijdscohorten die eventueel nadeel ondervinden van de overstap en de mogelijkheden om dat nadeel te compenseren. Bovendien kan compensatie niet los gezien worden van andere besluiten die tijdens de transitie worden genomen, zoals de inhoud van de toekomstige pensioenregeling en invaren. Het advies van het College is wel aanleiding om werkgevers en werknemers meer dwingend voor te schrijven om een uitdrukkelijk besluit te nemen over het compenseren van de leeftijdsgroep die nadeel ondervindt van de transitie. Het wetsvoorstel is hierop aangepast, zodanig dat het maken van afspraken over compensatie een verplicht, en geen optioneel, onderdeel moet zijn in de

²⁶⁸ <https://www.mensenrechten.nl/actueel/nieuws/2022/04/07/college-geeft-advies-over-wetsvoorstel-aanpassing-pensioenstelsel>.

*onderhandelingen van sociale partners over een nieuwe pensioenovereenkomst.*²⁶⁹

239. Wettelijk verankerd werd aldus dat werkgevers en werknemers dan wel sociale partners moeten spreken over compensatie en moeten vastleggen wat hieromtrent is afgesproken. Tegelijkertijd is adequate compensatie niet gegarandeerd. Ook al is het uitgangspunt dat er wordt gecompenseerd, er kan eveneens worden afgesproken dat er niet of nauwelijks compensatie plaatsvindt. Het is volgens de Minister immers aan de werkgevers en werknemers dan wel de sociale partners om te besluiten of er compensatie geboden moet worden, en zo ja voor wie deze bedoeld is.²⁷⁰ Aldus wordt er strikt genomen nog steeds niet voldaan aan hetgeen volgens het College vereist is.
240. Voor de regering was dit gezien de MvT kennelijk geen bezwaar. Hij meende namelijk dat de indirecte discriminatie die als gevolg van de afschaffing van de doorsneesystematiek optreedt proportioneel is.²⁷¹
241. De Raad van State (“RvS”) onderschreef de analyse van de regering. In dit verband is voor hem van belang dat de Wet toekomst pensioenen “*voorziet in mogelijkheden en randvoorwaarden voor adequate compensatie van leeftijdsgroepen die nadeel ondervinden van stelselherziening, waaronder de verplichting afspraken te maken over compensatie van deze groepen*”.²⁷² Als men dit leest, kan men evenwel de vraag stellen of de RvS zich wel heeft gerealiseerd dat compensatie niet hoeft plaats te vinden en dat compensatie ook achterwege kan blijven.
242. Wat hiervan verder ook zij, in het licht van de analyse van het College zou kunnen worden geconcludeerd dat ten aanzien van de afschaffing van de doorsneesystematiek niet voldaan wordt aan het proportionaliteitsvereiste, hetgeen dan zou kunnen meebrengen dat geoordeeld kan worden dat de Wet toekomst pensioenen op dit onderdeel in strijd is met art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP. Interessant is wat dit betreft dat de Minister later, gedurende het wetgevingsproces, zelf ook heeft aangegeven dat voor de vraag of de maatregel proportioneel is, de compensatie een rol kan spelen.²⁷³
243. Als adequate compensatie uitblijft, wringt er mogelijk dus wel een schoen. Zelfs wanneer de Wet toekomst pensioenen als zodanig niet in strijd is met art. 14 EVRM en art. 1 TP, is voorstelbaar dat er in individuele gevallen, waarin

²⁶⁹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 342*

²⁷⁰ Zie randnummer 24 hiervoor, met verwijzing naar de uitlatingen van de Minister in dezen.

²⁷¹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 172-173.*

²⁷² *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 4, p. 22.*

²⁷³ Zie ook *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 27, p. 68.*

adequate compensatie uitblijft, kan worden geoordeeld dat er sprake is van een schending van laatstgenoemde artikelen, althans de andere artikelen die het College noemt in zijn advies.

244. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat als moet worden geconcludeerd dat een evenredige compensatie is uitgebleven, mogelijk ook kan worden betoogd dat er sprake is van ongeoorloofde inmenging in het eigendomsrecht van de getroffen benadeelden. Ook in de literatuur is dit wel aangenomen.²⁷⁴ Wat dit betreft verwijs ik verder naar hetgeen ik hiervoor in het kader van art. 1 EP heb gesteld met betrekking tot het invaren.
245. Als de compensatie plaatsvindt door het pensioenfonds, geldt dat zulks geschiedt met vermogen dat anders aan anderen was toebedeeld. Wat ik eerder heb gesteld over het verschuiven van vermogen, zou hier dan ook *mutatis mutandis* kunnen spelen.
246. Waar ik hiervoor specifiek heb gekeken naar de omstandigheid dat er discriminatie naar leeftijd plaatsvindt door afschaffing van de doorsnee-systematiek en/of het omzetten van de progressieve premieregeling in een vlakke premie, valt niet uit te sluiten dat het voorgaande ook geldt voor het geval het invaren negatieve gevolgen heeft voor het vroegpensioen.²⁷⁵ Dan wordt er ook immers een specifieke groep indirect benadeeld.

2.1.3 Art. 8 EVRM

247. Dit brengt mij op art. 8 EVRM. Dit artikel leest als volgt:

- “1. *Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”*

²⁷⁴ M.J.C.M. van der Poel, ‘Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen’, *TPV* 2018/29, par. 6.3.4. en M.J.C.M. van der Poel, ‘Eigendomsrecht en het pensioenakkoord’, *TPV* 2019/40, par. 4-6.

²⁷⁵ Zie wat dit betreft randnummer 183 hiervoor.

248. Uit de parlementaire stukken kan ik niet opmaken dat is getoetst aan art. 8 EVRM, maar dat is op zich ook wel voorstelbaar. Art. 8 EVRM is immers niet meteen een bepaling waaraan men denkt in het kader van pensioenen.
249. Art. 8 EVRM kan echter wel degelijk een rol spelen. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de uitspraak van het EHRM inzake *Beeler v. Switzerland*²⁷⁶. In deze zaak stond de klacht centraal van een weduwnaar, die voltijds voor zijn kinderen zorgde, die geconfronteerd werd met de beëindiging van zijn nabestaandenpensioen op het moment dat het jongste kind meerderjarig werd, terwijl weduwen dat in soortgelijke omstandigheden bleven ontvangen. Volgens het EHRM was er aldus sprake van een schending van art. 14 in samenhang met art. 8 EVRM.
250. Hoewel de feiten die aan voorgaande uitspraak ten grondslag lagen vrij specifiek zijn, zodat er niet al te snel algemene conclusies uit voornoemde uitspraak dienen te worden getrokken, en de feiten uit voorgaande uitspraak zich in Nederland naar ik begrijp niet onmiddellijk voordoen, valt nochtans niet uit te sluiten dat er met een beroep op art. 8 EVRM gaat worden geklaagd dat het risico op overlijden voor pensioendatum gaat worden afgedekt op risicobasis. Dit brengt immers mee dat als een deelnemer haar of zijn baan opzegt, er in beginsel niet langer een aanspraak is op nabestaandenpensioen, tenzij (a) er een nieuwe pensioenregeling van toepassing wordt die hierin voorziet, maar dat hoeft niet altijd zo te zijn, of (b) de oude pensioenregeling voor (het ouderdomspensioen met) de risicodekking voor partnerpensioen wordt voortgezet, wat mogelijk makkelijker gezegd is dan gedaan. Niet alleen belemmert dit mogelijk de arbeidsmobiliteit van (oudere) werknemers, in ieder geval zorgt het ervoor dat er schrijnende gevallen denkbaar zijn waarin geen nabestaandenpensioen wordt uitgekeerd, waar dit bij een nabestaandenpensioen op opbouwbasis wel het geval zou zijn geweest.
251. Gezien de beperkte reikwijdte van mijn opdracht, laat ik dit verder thans rusten. Ik kan mij nochtans voorstellen en acht het raadzaam dat hier nader naar wordt gekeken, ook al is, mede gezien de door de regering gestelde noodzaak en positieve effecten van de nieuwe regeling, de kans niet heel groot dat uiteindelijk geconcludeerd gaat worden dat er sprake is van een schending.
252. In ieder geval zullen de risico's dat art. 8 EVRM door het invaren wordt geschonden gering zijn als de reeds opgebouwde aanspraken bij het invaren niet verloren gaan en het invaren geen substantieel lagere uitkering meebrengt. Dit zou anders zijn als men ondanks het overgangsrecht toch de opgebouwde aanspraak verliest als men na de transitie van werkgever verandert, maar hiervoor heb ik op basis van de aangeleverde stukken geen indicatie gevonden.

²⁷⁶ Zie aldus EHRM 11 oktober 2022, nr. 78630/12 (*Beeler v. Switzerland*).

253. Los van het voorgaande kan ik mij voorstellen dat er nader wordt gekeken welke impact het invaren heeft op het vroegpensioen en eventueel het ongehuwdenpensioen.²⁷⁷ Niet uit te sluiten valt namelijk dat er mogelijk kan worden geoordeeld dat er door het invaren voor de getroffen groepen personen sprake is van een schending van art. 14 in combinatie met art. 8 EVRM.

2.1.4 Concluderende opmerkingen ten aanzien van het EVRM

254. Hiervoor heb ik toegelicht dat het EVRM een rol speelt met betrekking tot het invaren en dat het invaren aan het EVRM moet worden getoetst. Daarbij bestaat er een mogelijkheid dat (in een individueel geval of groep van gevallen) niet kan worden uitgesloten dat er sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom als bedoeld in art. 1 EP dan wel er sprake is van indirecte discriminatie als bedoeld in art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP. Specifiek in verband met invaren zal er naar het zich laat aanzien hoe dan ook niet snel sprake zijn van een schending van (art. 14 EVRM jo.) art. 8 EVRM, maar het is goed als er nader naar de toepasselijkheid van laatstgenoemd(e) artikel(en) wordt gekeken, zoals ik hiervoor heb toegelicht.

255. Het EVRM kan worden ingeroepen in de verhouding tegen de Staat. Tegelijkertijd wordt veelal aangenomen dat aan de bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking toekomt,²⁷⁸ maar er zijn auteurs die in bepaalde uitspraken van de Hoge Raad²⁷⁹ wel een directe horizontale werking van verdragsbepalingen lezen.²⁸⁰

256. Echter zelfs als er geen sprake is van een directe horizontale werking, kan het EVRM op verschillende manieren invloed hebben op rechtsverhoudingen tussen (rechts)personen, waarvan ik er thans drie noem:

- In de eerste plaats kan aan het EHRM de vraag worden voorgelegd of een gerechtelijke uitspraak de toetsing aan het EVRM doorstaat.
- In de tweede plaats kan aan de nationale rechter worden voorgelegd dat de nationale wetgeving, die in geschil is tussen de betrokken (rechts)personen, zich niet verdraagt met het EVRM.

²⁷⁷ Zie wat dit betreft randnummer 183, met de aldaar gemaakte voorbeholden.

²⁷⁸ Asser/Hartkamp 3-1 2023/221.

²⁷⁹ Zie o.a. HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928, m.nt. Alkema (G./K.) en HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, NJ 2004/117 (Hiv-onderzoek).

²⁸⁰ Zie aldus bijv. C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 96 e.v. en p. 150 e.v.

- In de derde plaats kan er ook sprake zijn van indirecte horizontale werking via de open normen van het privaatrecht.

257. Hartkamp geeft in dit verband aan dat de burgerlijke rechter er de voorkeur aan geeft de grondrechten van het EVRM in geschillen tussen (rechts)-personen toe te passen via algemeen privaatrechtelijke begrippen, zoals de redelijkheid en billijkheid, strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, goede zeden, etc.²⁸¹ Van der Poel noemt in dit verband nog dat ook getoetst kan worden via de band van het goed werkgeverschap.²⁸²
258. Het voorgaande brengt mee dat deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden op zich de vraag naar de verhouding tussen het invaren en het EVRM ook (indirect) aan de orde kunnen stellen in procedures tegen werkgevers en pensioenfondsen. Over de mogelijke aansprakelijkheid van de Staat, werkgevers en pensioenfondsen kom ik vervolgens te spreken in hoofdstuk 3, 4 respectievelijk 5.²⁸³ Hierna ga ik eerst nog in op de vraag hoe het invaren zich verhoudt tot het Handvest. Afhankelijk van mijn bevindingen, kan dit immers ook gevolgen hebben voor de mogelijke aansprakelijkheid van de Staat, werkgevers en pensioenfondsen.

2.2 *Het invaren getoetst aan het Handvest*

259. Hierna toets ik het invaren aan het Handvest. Voordat ik hieraan toekom, moet eerst de vraag worden beantwoord of het Handvest überhaupt wel voor toepassing in aanmerking komt. Nadat ik hierop ben ingegaan, bespreek ik de verhouding tussen het EVRM en het Handvest. Daarna bespreek ik de op het oog van belang zijnde bepalingen, waarna enkele concluderende opmerkingen volgen.

2.2.1 *De vraag naar de toepasselijkheid van het Handvest*

260. Startpunt wat de toepasselijkheid van het Handvest betreft is art. 51 Handvest. Dit artikel leest als volgt:

“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

²⁸¹ Asser/Hartkamp 3-1 2023/228.

²⁸² M.J.C.M. van der Poel, 'Invaren – Wet toekomst pensioenen', *ArbeidsRecht* 2024/7, par. 2.6.

²⁸³ In hoofdstukken 4 en 5 heb ik het gemakshalve over strijd met het EVRM en laat ik verder in het midden op welke wijze dit kan worden beoordeeld en kan doorwerken in de daar besproken rechtsverhoudingen.

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, scheidt geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken.”*

261. Uit lid 1 van voorgaand artikel volgt aldus dat het Handvest slechts van toepassing is voor lidstaten “wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”.²⁸⁴ De vraag is dan ook of er in het kader van invaren recht van de Unie ten uitvoer wordt gebracht.
262. Volgens Lutjens zijn er met betrekking tot het invaren geen rechtstreekse normen van Unierecht die hier invulling aan geven:

“Richtlijn 2008/94/EG regelt de bescherming van pensioenaanspraken bij insolventie van de werkgever. Richtlijn 98/49/EG regelt de bescherming van rechten op aanvullend pensioen maar enkel om hinderpalen voor het vrije verkeer van werknemers weg te nemen en schrijft daartoe met name gelijke behandeling bij het behoud van aanspraken voor. Richtlijn 2014/50/EU geeft minimumvereisten voor vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van verwerving en behoud van pensioenrechten, maar ‘stelt geen bepalingen betreffende de overdracht van definitieve pensioenrechten vast’ (overweging (24)). Richtlijn (EU) 2016/2341 (IBPV- of IORP-richtlijn) geeft voorschriften voor het functioneren van pensioeninstellingen – waaronder in Nederland pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen zijn begrepen – 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’ (overweging (3)), onder welk recht de regels over waardeoverdracht zijn begrepen (zie de duiding van het hetgeen ‘in ieder geval’ voor Nederland onder het sociaal- en arbeidsrecht valt in art. 2 lid 11 Pensioenwet). Een regeling inzake de inhoud van een pensioencontract als wordt beoogd met het toekomstige pensioencontract en inzake het invaren ontbreekt

²⁸⁴ Het standaardarrest met betrekking tot art. 51 lid 1 Handvest is HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (Åkerberg Fransson).

in alle richtlijnen en dat valt aldus niet binnen de werkingssfeer van een richtlijn. Het gegeven dat de IBPV-richtlijn bepalingen bevat over het aanhouden van technische voorzieningen en, indien daar niet meer aan wordt voldaan, over het opstellen van een herstelplan, impliceert niet dat het invaren daarmee is gereguleerd. Dat is ook niet het geval doordat de IBPV-richtlijn grensoverschrijdende waardeoverdrachten regelt (art. 12 Richtlijn (EU) 2016/2341), want bij invaren gaat het [...] om interne waardeoverdracht bij 'dezelfde' pensioenuitvoerder. Waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder is ook geregeld in art. 83 Pensioenwet, maar dan is er een andere grondslag voor de waardeoverdracht dan de collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst, namelijk de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met de oorspronkelijke uitvoerder (art. 83 lid 1 onder a Pensioenwet). De extra eisen die art. 90a Pensioenwet stelt aan de collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 83 voor overdracht naar een pensioeninstelling in een andere lidstaat en de mogelijke strijdigheid daarvan met de vrije dienstverrichting, zijn bij het invaren daarom niet aan de orde en vormen geen belemmering voor invaren.²⁸⁵

263. Van Meerten betoogt daarentegen, vaak samen met anderen, dat het Handvest wel van toepassing is met betrekking tot het invaren. Ik heb die publicaties met grote interesse gelezen,²⁸⁶ maar het was voor mij niet altijd meteen even duidelijk waarom het Handvest dan van toepassing zou zijn. Dat is evenwel anders ten aanzien van een publicatie die hij samen met Borsjé schreef in 2016.
264. In voornoemde publicatie betogen Van Meerten en Borsjé dat de toepasselijkheid van het Handvest met betrekking tot het invaren wordt geactiveerd door de IORP-Richtlijn, ook al heeft die richtlijn niet direct betrekking op invaren. Die richtlijn zou echter wel indirect gevolgen hebben voor het invaren.²⁸⁷

²⁸⁵ E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV* 2020/20, p. 7.

²⁸⁶ Zie o.a. R. de Greef, H. van Meerten & J. van Zanden, 'Transitie onder het nieuwe pensioencontract: overschrijding van de Europeesrechtelijke grens' *TPV* 2020/48, H. van Meerten & J.J.M. Sluijs, 'Nederlandse pensioenhervorming niet zonder Unierechtelijke risico's', *SEW* 2021/5, H. van Meerten & S. Vlastuin, 'De ondraaglijke lichtheid van de hervorming van het pensioenstelsel' *SEW* 2022/6, H. van Meerten, 'Invaren onder de nieuwe pensioenwet', in: N. Hummels e.a. (red.), *Heroriëntatie op arbeid en sociale bescherming, Liber amicorum prof. mr. F.J.L. Pennings*, Deventer: Kluwer 2024.

²⁸⁷ H. van Meerten & P. Borsjé, 'Pension rights and entitlement conversion ('invaren'): Lessons from a Dutch perspective with regard to the implication of the EU Charter', *European Journal of Societal Security* 2016/1, p. 68.

265. Het voert voor mij te ver om ten behoeve van dit advies nader in te gaan op de reikwijdte van de IORP-Richtlijn.²⁸⁸ Ik volsta dan ook met de volgende meer algemene opmerkingen.
266. Het enkele feit dat richtlijnen bepalingen bevatten over pensioenkwesities is op zich waarschijnlijk onvoldoende om nationale bepalingen over niet-geregelde aspecten, zoals het invaren, onder de werking van het Handvest te brengen. Het is in beginsel namelijk noodzakelijk dat het Unierecht een specifieke verplichting oplegt voor de betrokken aangelegenheid, zoals Lutjens heeft opgemerkt onder verwijzing naar rechtspraak van het HvJEU.²⁸⁹
267. Wat dit betreft heeft Pennings opgemerkt dat het ten uitvoer leggen van Unierecht vereist dat er een directe band bestaat tussen de Unierechtelijke regeling die men aanvoert om te betogen dat Unierecht ten uitvoer wordt gelegd en de nationale maatregel die aangevochten wordt. Dit verband moet verder gaan dan dat de betrokken materies dicht bij elkaar liggen of dat de ene materie indirect invloed uitoefent op de andere.²⁹⁰
268. Zo overwoog het HvJEU in onder meer in zijn uitspraken inzake *Julián Hernández e.a.*²⁹¹ en *Siragusa*²⁹² dat het loutere feit dat een nationale regeling binnen een gebied valt waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, deze maatregel nog niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht brengt en bijgevolg leidt tot de toepassing van het Handvest. Onder meer moet worden nagegaan of de nationale regeling:

“de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard van deze regeling is en of zij niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet, ook wanneer die regeling dit recht indirect kan beïnvloeden, en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die specifiek is voor deze materie of deze kan beïnvloeden.”

269. Onder verwijzing naar een publicatie van Fierstra uit 2013²⁹³ wordt desalniettemin wel betoogd dat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat het Handvest van toepassing is en dat als het

²⁸⁸ Vgl. Gerechtshof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2301 (*PMT*) en Rb. Den Haag 7 februari 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:1395 (*Defensie*), waarin werd geoordeeld dat de IORP-Richtlijn in die gevallen niet maakte dat het Handvest van toepassing was met betrekking tot het achterwege laten van indexatie.

²⁸⁹ E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV 2020/20*, p. 7-8.

²⁹⁰ F.J.L. Pennings, 'Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?', *TRA 2022/4*, p. 18.

²⁹¹ HvJEU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Julian Hernández e.a.*).

²⁹² HvJEU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*).

²⁹³ M.A. Fierstra, 'Åkerborg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NtEr 2013/6*, in het bijzonder p. 205.

Unierecht ook maar zijdelings van toepassing is dit reeds de toepasselijkheid van het Handvest activeert,²⁹⁴ althans zo begrijp ik het dan. Toen Fierstra zijn publicatie schreef, had het HvJEU laatstgenoemde arresten evenwel nog niet gewezen. Bovendien vraag ik mij af of Fierstra wel bedoelde te zeggen dat het Handvest ook van toepassing kan zijn in situaties waarop het Unierecht niet specifiek ziet.

270. Niet uit het oog mag evenwel worden verloren dat er door het afschaffen van de doorsneesystematiek of het vervangen van de progressieve premie door een vlakke premie een situatie in het leven geroepen kan worden waarin een indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd.²⁹⁵ In zoverre komt men dan binnen het bereik van Richtlijn 2000/78/EG. Alsdan is het Handvest wel toepassing.
271. Dit kan worden afgeleid uit de uitspraak van het HvJEU inzake *YS/NK*²⁹⁶. Deze uitspraak heeft betrekking op Oostenrijkse wetgeving waarbij ondernemingen werden verplicht om op pensioenuitkeringen een bijdrage in te gaan houden voor financiering van een solidariteitsfonds voor pensioenen, waarbij verboden werd om boven een bepaalde hoogte van het pensioen nog de overeengekomen indexaties toe te passen. Aangezien de bestreden nationale regelingen binnen de reikwijdte van eerdergenoemde richtlijn en Richtlijn 2006/54/EG vielen, diende volgens het HvJEU te worden geoordeeld dat het Unierecht ten uitvoer werd gebracht.
272. Omdat het Unierecht ten uitvoer werd gebracht, kon in voornoemde zaak vervolgens ook worden getoetst aan art. 16 en art. 17 Handvest, welke bepalingen zien op vrijheid van ondernemerschap respectievelijk de bescherming van het eigendomsrecht. Oftewel, als in een zaak discriminatie wordt aangevoerd, en men binnen de reikwijdte van (één van) voornoemde richtlijnen komt, kunnen in verband met de bestreden maatregel eveneens andere bepalingen uit het Handvest worden ingeroepen.²⁹⁷
273. Daarnaast is in voornoemde zaak getoetst aan art. 20 en art. 21 Handvest, die kort gezegd discriminatie verbieden. Hierbij overwoog het HvJEU dat de vraag of er sprake was van discriminatie uitsluitend diende te worden onderzocht vanuit het oogpunt van voornoemde richtlijnen.

²⁹⁴ Zie o.a. H. van Meerten, 'Invaren onder de nieuwe pensioenwet', in: N. Hummels e.a. (red.), *Heroriëntatie op arbeid en sociale bescherming, Liber amicorum prof. mr. F.J.L. Pennings*, Deventer: Kluwer 2024, par. 3.4.

²⁹⁵ Zie ook par. 2.1.2 van dit advies.

²⁹⁶ HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:757 (*YS/NK*).

²⁹⁷ Zie ook F.J.L. Pennings, 'Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?', *TRA* 2022/4, p. 18.

274. Als de hiervoor in randnummer 270 genoemde indirecte discriminatie geacht wordt te worden gecompenseerd door middel van maatregelen die in het kader van invaren worden genomen, is de stap om het invaren in dit verband eveneens aan het Handvest te toetsen klein en het lijkt aldus voorstelbaar dat het invaren dan ook aan het Handvest kan worden getoetst. In ieder geval kan het invaren aan het Handvest worden getoetst wanneer in het kader van het invaren zelf een situatie in het leven wordt geroepen waarin een (indirect) onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd en men binnen het bereik van Richtlijn 2000/78/EG komt. Dit geldt ook als er in het kader van invaren een (indirect) onderscheid naar geslacht wordt gemaakt en het invaren daardoor dan in zoverre binnen het bereik van Richtlijn 2006/54/EG komt.²⁹⁸
275. Zo kom ik op de uitspraak van het HvJEU inzake *Pfleger c.s.*²⁹⁹ In deze zaak was er sprake van een belemmering die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in art. 56 VWEU beperkte. De vraag was of dit voldoende was om de toepasselijkheid van het Handvest te activeren. Het HvJEU overwoog als volgt:

“[w]anneer een lidstaat zich beroept op dwingende vereisten van algemeen belang ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting kan belemmeren, deze door het Unierecht geboden rechtvaardigingsgrond moet worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht en met name de inmiddels in het Handvest neergelegde grondrechten. De betrokken nationale regeling kan dus slechts rechtvaardiging vinden in de bedoelde uitzonderingen, wanneer zij in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.

Uit die rechtspraak volgt dat een nationale regeling, die de uitoefening van een of meerdere door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden blijkt te belemmeren, slechts in aanmerking kan komen voor de in het Unierecht neergelegde uitzonderingen om die belemmering te rechtvaardigen voor zover dat in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Die verplichting om de grondrechten in acht te nemen valt duidelijk binnen de werkingssfeer van het Unierecht en dus van het Handvest. Het gebruik door een lidstaat van de in het Unierecht neergelegde uitzonderingen om een belemmering van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid te rechtvaardigen, moet derhalve, zoals de advocaat-generaal opmerkt in punt 46 van haar conclusie,

²⁹⁸ E. Lutjens, ‘Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar’, *TPV* 2020/20, p. 8.

²⁹⁹ HvJEU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger c.s.*).

worden geacht „het recht van de Unie ten uitvoer [te] brengen” in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest.”

276. Het voorgaande heeft het HVJEU nadien bevestigd in verschillende uitspraken.³⁰⁰
277. In het licht van deze uitspraken wordt wel betoogd dat het Handvest van toepassing is op alle handelingen van een lidstaat die onder een Unierechtelijk verbod vallen, waarvoor een lidstaat zich ter rechtvaardiging beroept op een uitzondering die het Unierecht toestaat.³⁰¹ De handelingen die inbreuk maken op het Unierecht, die worden gerechtvaardigd, mogen als zodanig dus geen inbreuk maken op de grondrechten van het Unierecht.³⁰² A-G Pitruzzella stelde wat dit betreft dat:

*“de in de rechtsorde van de Unie erkende grondrechten van toepassing zijn wanneer een lidstaat in een nationale regeling afwijkt van het Unierecht en zich daarvoor beroept op een door dat recht erkende rechtvaardigingsgrond”.*³⁰³

278. In het licht van het voorgaande zou derhalve verdedigd kunnen worden dat het Handvest van toepassing is bij de vraag of een inbreuk op (lees: een beperking van) het mededingingsrecht gerechtvaardigd is. Dit is kennelijk de mening van Van Meerten en Borsjé.³⁰⁴
279. Omdat er na de stelselherziening sprake blijft van een inbreuk op het mededingingsrecht,³⁰⁵ moet opnieuw worden beoordeeld of dit een inbreuk is die gerechtvaardigd kan worden op grond van art. 106 lid 2 VWEU,³⁰⁶ in welk kader, in het licht van het voorgaande, betoogd zou kunnen worden dat er alleen sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk als met betrekking tot de stelselherziening, waarvan het invaren een essentieel onderdeel uitmaakt, niet in strijd wordt gehandeld met de bepalingen van het Handvest.³⁰⁷ Vanuit dit

³⁰⁰ Zie o.a. HR 24 juni 2017, C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452 (*Online Games Handels GmbH*) en HvJEU 21 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:432 (*Commissie/Hongarije*).

³⁰¹ J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.2.2.

³⁰² Handboek Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming 2020, p. 45.

³⁰³ A-G Pitruzzella in punt 18 van zijn conclusie voor HvJEU 19 oktober 2023, C-655/21, ECLI:NL:EU:C:2023:791.

³⁰⁴ H. van Meerten & P. Borsjé, 'Pension rights and entitlement conversion ('*invaren*): Lessons from a Dutch perspective with regard to the implication of the EU Charter', *European Journal of Societal Security* 2016/1, p. 68-70.

³⁰⁵ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 184-187.

³⁰⁶ Vgl. M. Heemskerck, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2024, p. 16, die mijns inziens terecht veronderstelt dat hierover nog wel procedures zullen volgen.

³⁰⁷ De regering meent dat er sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk.

gezichtspunt opent de stelselherziening, die voorziet in het invaren, aldus de deur voor toetsing van het invaren aan het Handvest.

280. Lutjens stelde evenwel dat “de enkele omstandigheid dat de inbreuk die de verplichtstelling maakt op het mededingingsrecht gerechtvaardigd wordt door art. 106 lid 2 VWEU nog niet maakt dat het Handvest van toepassing is op het invaren”.³⁰⁸ In het midden blijft echter of is onderkend dat het Handvest van toepassing kan zijn in een inbreuksituatie, al blijft het de vraag of dat eveneens geldt voor inbreuken op het mededingingsrecht. Er zijn mij in ieder geval geen uitspraken bekend waarin dit als zodanig is geoordeeld.³⁰⁹ Los daarvan lijkt het mij dat in beginsel slechts aan het Handvest kan worden getoetst als ook de geldigheid van de verplichtstelling wordt bestreden, en onduidelijk blijft of ook los daarvan dan aan het Handvest kan worden getoetst. Voor de praktijk hoeft dit evenwel niet onmiddellijk uit te maken, indien in het kader van eerstgenoemde kwestie ook duidelijkheid kan worden verkregen of er al dan niet inbreuk wordt gemaakt op bepalingen uit het Handvest.
281. Er kan in ieder geval geen discussie over bestaan dat maatregelen die een beperking vormen op art. 56 VWEU kunnen worden getoetst aan het Handvest.³¹⁰
282. Dit is relevant omdat wel betoogd wordt dat een verplichtstelling inbreuk kan maken op het vrije verkeer van diensten als bedoeld in art. 56 VWEU. Dit is bijvoorbeeld aan de orde gekomen in *Deliveroo/BPF Vervoer*.³¹¹ De Hoge Raad heeft in die zaak op vrij puntige wijze overwogen dat er gezien het beperkte partijdebat in het licht van de feiten niet viel in te zien dat er sprake is van strijd met het vrije verkeer van dienstverlening.
283. Het is voor mij niet helemaal duidelijk of de Hoge Raad nu vond dat er sprake was van een schending van art. 56 VWEU, die gerechtvaardigd was, of dat er in het geheel geen sprake is van een schending van art. 56 VWEU. Dit zal telkens in elke zaak wel opnieuw moeten worden beoordeeld.³¹² In het eerste

³⁰⁸ E. Lutjens, ‘Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar’, *TPV 2020/20*, p. 8.

³⁰⁹ In zaken waarin het mededingingsrecht (actief) ten uitvoer wordt gebracht, bestaat er overigens geen discussie dat het Handvest van toepassing is. Het handelen van een lidstaat kan dan worden getoetst aan het Handvest.

³¹⁰ Zie hierover uitgebreid Handboek Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming 2020, p. 66-67.

³¹¹ HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622 (*Deliveroo/BPF Vervoer*).

³¹² In punt 5.91 van haar conclusie oordeelde A-G De Bock met betrekking tot deze zaak primair dat Deliveroo geen beroep toekwam op de vrije verkeersbepalingen. Voor het geval dit wel zo was, oordeelde zij dat de inbreuk gerechtvaardigd kon worden op dezelfde gronden als de mededingingsrechtelijke inbreuk, waarbij zij verwees naar de conclusie van A-G Drijber voor HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:969 (*Presta Meat/VLEP*). In laatstgenoemde zaak achtte de A-G art. 56 VWEU van toepassing en ging hij ervan uit dat de verplichtstelling een belemmering vormt op het vrije dienstenverkeer.

geval geldt, gezien de rechtspraak van het HvJEU, dat het Handvest wel degelijk van belang is, aangezien de inbreuk dan slechts gerechtvaardigd kan worden als er geen sprake is van strijd met een of meer bepalingen van het Handvest.³¹³

284. Het moge aldus duidelijk zijn dat niet onmiddellijk evident is dat het Handvest te allen tijde kan worden ingeroepen met betrekking tot het invaren. Tegelijkertijd valt de toepasselijkheid van het Handvest evenmin uit te sluiten.³¹⁴ Er zijn in ieder geval een aantal situaties denkbaar waarin mogelijk aan het Handvest zou kunnen worden getoetst, zoals ik hiervoor heb uiteengezet. Soms doet het HvJEU ook helemaal niet moeilijk en neemt het vrij gemakkelijk aan dat een bepaalde situatie wordt beheerst door het Unierecht.³¹⁵ Volgens Pennings is in ieder geval wel duidelijk dat het HvJEU de toepassingsvoorwaarde dat een lidstaat Unierecht ten moet uitvoer brengen zeer ruim uitlegt.³¹⁶ Voor het vervolg van dit advies veronderstel ik in ieder geval dat het Handvest van toepassing is.

2.2.2 *De verhouding tussen het Handvest en het EVRM*

285. Art. 52 lid 3 Handvest bepaalt dat, voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte van die rechten dezelfde zijn als die door het EVRM aan die rechten worden toegekend. Hierbij geldt dat de inhoud en reikwijdte niet alleen wordt bepaald door de tekst van het EVRM, maar ook door de jurisprudentie van het EHRM.
286. Het HvJEU heeft echter wel eens overwogen dat toetsing uitsluitend aan de hand van het Handvest wordt verricht, omdat de Europese Unie geen partij is bij het EVRM en het EVRM formeel geen in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument is.³¹⁷ Tegelijkertijd betreft het HvJEU de

³¹³ Zie aldus Handboek Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming 2020, p. 66-67 en J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.2.2.

³¹⁴ Overigens rees bij mij ook nog de vraag of het feit dat Nederland geld ontvangt uit het Coronaherstelfonds voor de stelselherziening niet maakt dat de stelselherziening integraal getoetst kan worden aan het Handvest. Op basis van de stukken die mij ter beschikking zijn gesteld, kan ik dit evenwel niet beoordelen. Het valt bovendien buiten mijn opdracht, maar het verdient aanbeveling dit nader te laten onderzoeken, ter vermijding dat men wat dit betreft later voor verrassingen komt te staan.

³¹⁵ J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.2.2.

³¹⁶ F.J.L. Pennings, 'Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?', *TRA* 2022/4, p. 19.

³¹⁷ Zie aldus bijv. HvJEU 8 december 2011, C-386/10, ECLI:EU:C:2011:815 (*Chalkor*) en HvJEU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Facebook Ireland en Schrems*).

jurisprudentie van het EHRM ook wel uitdrukkelijk in zijn beslissingen.³¹⁸ Het heeft wat dit betreft in specifieke gevallen, waarin de gewaarborgde rechten corresponderen, bovendien wel overwogen dat de jurisprudentie van het EHRM leidend is.³¹⁹

287. Hierbij geldt dat het recht van de Unie volgens art. 52 lid 3 Handvest ook een ruimere bescherming mag bieden. Zo kan het HvJEU ook een eigen draai geven aan criteria of criteria toevoegen, waardoor het Handvest dan een ruimere bescherming biedt dan het EVRM.
288. Wat dit betreft kan aldus worden gesteld dat als rechten corresponderen, het EVRM de minimumbescherming is die wordt geboden. De mate van bescherming uit hoofde van het Handvest kan vervolgens dezelfde zijn, of juist ruimer. Het door het Handvest geboden beschermingsniveau mag in ieder geval nooit lager zijn dan het niveau dat door het EVRM wordt gewaarborgd.³²⁰

2.2.3 De relevante bepalingen uit het Handvest

289. In onderhavig geval kunnen, in ieder geval in theorie, artikelen 16, 17 en 21 Handvest een rol spelen. Ik zal deze artikelen hierna bespreken, met nog een enkele opmerking ten aanzien van art. 7 Handvest aan het einde van deze paragraaf.

(a) Artikel 16 Handvest

290. Art. 16 Handvest beoogt de vrijheid van ondernemerschap te beschermen.³²¹ Het voorziet in bescherming van de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, de vrijheid voor een onderneming om, binnen de grenzen van haar aansprakelijkheid voor haar eigen handelingen, de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen te gebruiken, alsmede de contractvrijheid.³²² Van een beperking van het recht om de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen vrij te gebruiken is met name sprake wanneer een onderneming maatregelen moet nemen die voor haar aanzienlijke kosten met zich mee kunnen brengen, aanmerkelijke gevolgen kunnen hebben voor de organisatie van haar activiteiten of moeilijke en complexe technische oplossingen kunnen vergen.³²³ Wat de contractvrijheid betreft, geldt dat deze

³¹⁸ Zie zeer recent HvJEU 19 september 2024, C-725/20, ECLI:EU:C:2024:766 (*Gavazzi c.s.*).

³¹⁹ Zie aldus bijv. HvJEU 5 oktober 2010, C-400/10, ECLI:EU:C:2010:583 (*J. McB/L.E.*).

³²⁰ *Pb* 2007/ C 303/02, p. 33.

³²¹ Er wordt ten aanzien van art. 16 Handvest geen corresponderend EVRM-recht genoemd in de toelichting bij het Handvest.

³²² Zie o.a. HvJEU 15 april 2021, C-798/18 en C-799/18, EU:C:2021:280 en HvJEU 27 juni 2024, C-148/23, ECLI:EU:C:2024:555.

³²³ *Ibid.*

met name ziet op de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer en de vrijheid om de prijs voor een bepaalde dienst te bepalen.³²⁴

291. Er zal niet snel sprake zijn van een schending van art. 16 Handvest in verband met het invaren, maar helemaal uitsluiten dat hiervan in specifieke omstandigheden sprake kan zijn, kan ik evenmin. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de situatie dat sociale partners besluiten tot invaren, het pensioenfonds niet voldoende middelen heeft voor compensatie en hierdoor de kosten voor een individuele werkgever substantieel stijgen in vergelijking met de oude regeling. Dan moet worden beoordeeld of er sprake is van een inmenging die geoorloofd is. Daarvoor moet dan in beginsel aan dezelfde voorwaarden worden getoetst als bij art. 17 Handvest. De kans dat in een individueel geval wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging lijkt mij overigens niet groot, maar het kan wel, juist omdat er ook gesteld zou kunnen worden dat er in deze situatie sprake is van een onevenredige ongunstige benadeling van de werkgever.

(b) Artikel 17 Handvest

292. Dat brengt mij op art. 17 Handvest. Dit artikel beoogt het recht op eigendom te beschermen. Blijkens de toelichting bij het Handvest correspondeert dit artikel met art. 1 EP. De tekst is evenwel anders. Het leest als volgt:

“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.*”

293. Volgens de toelichting heeft het recht op eigendom van art. 17 Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte als het door het EVRM gewaarborgde recht.³²⁵

294. Uit de uitspraken van het HvJEU inzake *Florescu*³²⁶, *YS/NK*³²⁷ alsmede *Gavazzi c.s.*³²⁸ volgt dat pensioenaanspraken en -rechten kunnen worden

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Pb* 2007/ C 303/02, p. 33.

³²⁶ HvJEU 13 juni 2017, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 (*Florescu*).

³²⁷ HvJEU 24 september 2020, C-223/19 (*YS/NK*).

³²⁸ HvJEU 19 september 2024, C-725/20, ECLI:EU:C:2024:766 (*Gavazzi c.s.*).

gekwalficeerd als een eigendomsrecht in de zin van art. 17 Handvest.³²⁹ Laatstgenoemd artikel doet evenwel geen recht op een pensioen van een bepaald bedrag ontstaan. Bovendien heeft het door art. 17 Handvest gewaarborgde eigendomsrecht geen absolute gelding.³³⁰

295. De regering heeft in de MvT gesteld dat art. 17 Handvest inhoudelijk geen andere bescherming biedt dan art. 1 EP. In ieder geval zou de jurisprudentie van het HvJEU geen duidelijke aanwijzingen geven te vermoeden dat het HvJEU anders oordeelt over het eigendomsrecht op pensioen dan het EHRM.³³¹
296. In de literatuur wordt echter wel aangenomen dat art. 1 EP en art. 17 Handvest niet noodzakelijkerwijze dezelfde inhoud en reikwijdte hebben.³³² In ieder geval kent het Handvest, anders dan het EVRM, één uitdrukkelijke generieke beperkingsclausule. Die kan worden gevonden in art. 52 lid 1 Handvest:

“Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

297. Bovenstaand artikel vermeldt voor alle grondrechten aan welke eisen moet worden voldaan voordat een beperking op een grondrecht gerechtvaardigd is. Het HvJEU toetst ook aan deze voorwaarden indien er sprake is van een inmenging in de eigendom. Daarbij kent art. 17 Handvest, voor het geval het gaat om ontneming, nog specifieke eisen, met name dat er een billijke vergoeding moet worden betaald.
298. Beperkingen op het eigendomsrecht zijn ingevolge de eerste zin van art. 52 lid 1 Handvest geoorloofd, indien:
- (a) de beperking bij wet is voorzien; en

³²⁹ Zie ook H. van Meerten & J.J.M. Sluijs, ‘Nederlandse pensioenhervorming niet zonder Unierechtelijke risico’s’, *SEW* 2021/5 en E. Lutjens, ‘Invaren pensioen: de relevantie van recht op eigendom’, *TAC* 2021/1, p.4.

³³⁰ Ook als er niet wordt ingevaren, kan art. 17 Handvest een rol spelen. Wat dit betreft geldt hetzelfde als ik hiervoor in randnummer 164 heb geschreven ten aanzien van art. 1 EP.

³³¹ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 179.

³³² Zie bijv. J.R.C. Tangelder, ‘Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bij transitie aansprakelijk voor schending eigendomsrecht?’, *TPV* 2022/3, par. 3.3.

- (b) de beperking de wezenlijke inhoud eerbiedigt van het recht dat wordt beperkt.

299. Deze aspecten bespreek ik hierna.
300. Wat punt (a) betreft kan ik kort zijn. Net als het EHRM stelt het HvJEU materiële kwalitatieve eisen, onder andere dat de regeling voorzienbaar en toegankelijk is. Die eisen komen min of meer overeen met de eisen die het EHRM stelt. Wat dit betreft verwijs ik dan ook naar hetgeen ik hiervoor in randnummers 135-145 heb gesteld bij de bespreking van art. 1 EP
301. Dat brengt mij op punt (b). Bij zijn toets of de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht wordt geëerbiedigd, onderzoekt het HvJEU in de regel eerst wat de kern is van het eigendomsrecht dat wordt beperkt. Vervolgens onderzoekt het HvJEU of de kern van dat recht is gerespecteerd of dat de kern van dat recht in het licht van de omstandigheden daadwerkelijk is aangetast. Aldus rijst de vraag hoe het HvJEU bepaalt of de kern van een grondrecht is geraakt en hoe die kern moet worden gedefinieerd. Het HvJEU heeft daarvoor geen algemene uitlegbeginselen verschaft, maar het blijkt in ieder geval rekening te houden met de vraag of, ondanks de beperking, het grondrecht nog in voldoende mate kan worden uitgeoefend.³³³ Als bijvoorbeeld niet het volledige eigendomsrecht wordt ontnomen en er aldus sprake is van een andere inmenging, wordt al snel geoordeeld dat de kern van het eigendomsrecht niet wordt aangetast.³³⁴
302. Zo kom ik op de uitspraken van het HvJEU inzake *Florescu*³³⁵, *YS/NK*³³⁶, en *Gavazzi c.s.*³³⁷. Daaruit kan worden afgeleid dat het tijdelijk opschorten van de pensioenen (gedurende de tijd dat men een publieke aanstelling heeft om aldus een cumulatie van pensioen en loon te voorkomen, voor het geval het pensioen hoger is dan kort gezegd het landelijk gemiddelde brutoloon) respectievelijk een gedeeltelijke verlaging van pensioenen niet per se meebrengt dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht niet langer wordt geëerbiedigd. Eventueel nadeel dat wordt geleden door het invaren, doordat er een lager pensioen wordt opgebouwd dan wel er een lagere uitkering volgt dan eerder verwacht, dan wel er wordt geschoven met vermogen, brengt als zodanig, naar het zich laat aanzien, op zichzelf derhalve niet meteen mee dat er geoordeeld moet worden dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht niet langer wordt geëerbiedigd.

³³³ J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.5.5.

³³⁴ Zie aldus bijv. HvJEU 12 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:565 (*Spike c.s.*), HvJEU 16 juli 2020, C-686/18 (*OC c.s.*) HvJEU 5 mei 2022, C-83/20, ECLI:EU:C:2022:346 (*BPC Lux 2 Sàrl c.s.*), HvJEU 13 juni 2017, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 (*Florescu*).

³³⁶ HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (*YS/NK*).

³³⁷ HvJEU 19 september 2024, C-725/20, ECLI:EU:C:2024:766 (*Gavazzi c.s.*).

303. Het lastige is evenwel dat op het moment van invaren niet duidelijk hoeft te zijn of er nadeel wordt geleden. Zo kan na het invaren ook een hogere uitkering worden genoten of in het vooruitzicht worden gesteld.
304. Tegelijkertijd bieden gedane uitkeringen geen garanties voor de toekomst. Dat geldt ook voor gedane toezeggingen ten aanzien van de te verwachten toekomstige uitkeringen, die immers worden gedaan aan de hand van een verwacht rendement, waarvan onzeker is of dat wel gaat worden gerealiseerd. Zo kan het, zoals ik hiervoor in randnummers 195-198 reeds heb toegelicht, gebeuren dat men direct na het invaren denkt er niet op achteruit of zelfs op vooruit te zullen gaan, maar dat het uiteindelijke resultaat later tegenvalt. Omgekeerd is het ook mogelijk dat het op het moment van invaren lijkt dat er een nadeel is, maar dat het vermeende nadeel later er niet is of wordt goedge maakt.
305. Hierbij geldt dat (in de toekomst) nauwelijks vast te stellen zal zijn of een lagere uitkering dan eerder verwacht het gevolg is van invaren. Ik verwijs wat dit betreft naar hetgeen ik hiervoor heb gesteld in randnummer 195.³³⁸
306. Mocht het resultaat van het invaren uiteindelijk zodanig tegenvallen dat er moet worden geoordeeld dat er sprake is van een wezenlijke aantasting van het pensioen, dan zal er compensatie moeten plaatsvinden. Waar de grens ligt – en wanneer er aldus gesproken kan worden van een wezenlijke aantasting – valt in zijn algemeenheid echter niet te zeggen. Op basis van de rechtspraak van het EHRM, lijkt hiervan overigens niet al te snel kunnen worden gesproken, maar niet valt uit te sluiten dat het HvJEU specifiek ten behoeve van pensioenen, die van belang zijn voor de economische en sociale welvaart van ouderen, een hogere mate van bescherming gaat bieden. Op basis van zijn uitspraken inzake *Florescu*, *YS/NK* en *Gavazzi c.s.* valt dat evenwel nog te bezien. Ik kom hierop zo dadelijk nog terug.
307. In de literatuur wordt in ieder geval wel betoogd dat de wezenlijke aard van de pensioenregeling wijzigt, omdat de juridische aard van de oude uitkeringsregeling en de nieuwe premiereregeling sterk verschilt. In dit verband wordt dan betoogd dat er verschillen bestaan in toezicht, fiscale kaders en hoe de pensioenopbouw plaatsvindt. Bovendien zou bij een uitkeringsregeling een recht op uitkering bestaan, en bij een premiereregeling niet.³³⁹

³³⁸ Zie ook voetnoot 219.

³³⁹ Zie aldus R. de Greef, H. van Meerten & J. van Zanden, 'Transitie onder het nieuwe pensioencontract: overschrijding van de Europeesrechtelijke grens' *TPV* 2020/48, H. van Meerten & J.J.M. Sluijs, 'Nederlandse pensioenhervorming niet zonder Unierechtelijke risico's', *SEW* 2021/5, H. van Meerten & S. Vlastuin, 'De ondraaglijke lichtheid van de hervorming van het pensioenstelsel' *SEW* 2022/6, par. 3.1.

308. Het voorgaande lijkt mij afhankelijk van de omstandigheden op zich verdedigbaar wanneer de werkgever een bijstortingsverplichting heeft en/of er een onvoorwaardelijk recht op indexatie bestaat. Dit geldt wellicht ook als de huidige vroegpensioenregelingen of het ongehuwdenpensioen als zodanig verdwijnen als gevolg van het invaren en daardoor nadeel wordt geleden.³⁴⁰ Wanneer dit wordt aangenomen door het HvJEU, is het vervolgens een kleine stap om te oordelen dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging in de eigendom. Aan het evenredigheidsvereiste van de tweede zin van art. 52 lid 1 Handvest hoeft dan niet meer te worden getoetst, maar dat kan het HvJEU naar het zich laat aanzien desalniettemin wel doen.³⁴¹ Zo zou het HvJEU kunnen toetsen of de betreffende inmenging evenredig is in het licht van de doelen die worden nagestreefd en of er bijkomende omstandigheden zijn.
309. Los van voornoemde gevallen heb ik hiervoor in randnummers 172-178 uiteengezet dat de verschillen tussen de oude en nieuwe regelingen minder zwart-wit zijn dan op het eerste gezicht zou kunnen lijken en weleens wordt voorgedaan. De enkele omstandigheid dat de aard en het karakter van de pensioenregeling wijzigt, brengt los van voornoemde gevallen waarschijnlijk dan ook niet mee dat geoordeeld moet worden dat de wezenlijke inhoud van het pensioenrecht niet wordt geëerbiedigd.³⁴²
310. Wel worstel ik ermee dat ten behoeve van het invaren het individueel bezwaarrecht buiten werking is gesteld, waar dit anders, ook ten behoeve van andere interne waardeoverdrachten, wel van fundamenteel belang wordt geacht. Zonder instemming van de betrokkenen kan er anders dan bij het invaren dan ook geen interne waardeoverdracht plaatsvinden, ongeacht de gevolgen van die keuze voor henzelf of andere belanghebbenden.
311. Voor het invaren geldt het voorgaande niet. Betrokkenen kunnen hiermee aldus tegen hun wil worden geconfronteerd. Het beweerdelijk versterkte collectieve medezeggenschapsrecht kan wat mij betreft niet worden beschouwd als een adequate vervanging van het individueel bezwaarrecht, zoals ik hiervoor in randnummers 101 en 203 heb toegelicht. Datzelfde geldt voor het hoorrecht, dat feitelijk niet kan worden aangemerkt als een tegenwicht voor het buiten werking stellen van het individuele bezwaarrecht, zoals ik hiervoor

³⁴⁰ Zie wat dit betreft randnummer 183 hiervoor, met de aldaar gemaakte voorbehouden.

³⁴¹ Ook in andere zaken waar het HvJEU tot het oordeel kwam dat de wezenlijke inhoud van het betrokken recht niet werd geëerbiedigd, heeft het wel getoetst aan het evenredigheidsvereiste. Zie hieromtrent J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde 2024/1.4.5.5*, met een verwijzing naar rechtspraak en andere literatuur.

³⁴² Zie ook E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de relevantie van recht op eigendom', *TAC 2021/1*, p.4 en E. Lutjens, *Position Paper – Juridische aspecten pensioenakkoord*, paper voor commissie SZW.

in randnummer 92 heb toegelicht. Vanuit dit oogpunt is aldus verdedigbaar dat de wezenlijke inhoud van het individueel bezwaarrecht niet wordt geëerbiedigd door de Wet toekomst pensioenen en dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht als bedoeld in art. 17 Handvest aldus evenmin wordt geëerbiedigd.³⁴³

312. Het kan, als gezegd, echter ook gebeuren dat het invaren geen nadelige gevolgen heeft voor belanghebbenden of dat zij er door het invaren zelfs op vooruit gaan. Of iemand er niet op achteruit of zelfs op vooruit gaat, is gezien de aard en het karakter van de nieuwe premiereregeling echter eigenlijk pas achteraf vast te stellen, nadat de uitkering volledig is genoten, omdat positieve vooruitzichten op het moment van invaren ook minder goed kunnen uitpakken of de berekeningen die gebruikt zijn hierin geen goed inzicht boden.
313. Juist deze onzekerheid kunnen belanghebbenden willen vermijden, maar dit kan niet als gevolg van het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht.³⁴⁴ Hierbij mag overigens niet uit het oog worden verloren dat ook het niet-invaren nadelen met zich kan brengen en volgens de regering uiteindelijk ook een lagere uitkering tot gevolg kan hebben.
314. Het is derhalve de vraag of het HvJEU enkel op basis van de omstandigheid dat het individueel bezwaarrecht buiten werking is gesteld, bereid zal zijn te oordelen dat er sprake is van strijd met art. 17 Handvest. Net als ten aanzien van art. 1 EP, vermoed ik van niet, tenzij het HvJEU de keuzevrijheid van belanghebbenden van zodanig gewicht acht dat het meent dat het aan de overige voorwaarden van art. 52 lid 1 Handvest niet meer hoeft te toetsen. Aannemelijker is wellicht dat het HvJEU gaat toetsen waarom het individueel bezwaarrecht buiten werking is gesteld, of dat evenredig is in het licht van de doelen die worden nagestreefd en of er bijkomende omstandigheden zijn. Zonder die bijkomende omstandigheden vermoed ik, net als ten aanzien van art. 1 EP, dat het HvJEU zal oordelen dat het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht als zodanig waarschijnlijk niet als onevenredig zal worden gekwalificeerd.³⁴⁵
315. Zo kom ik op het evenredigheidsvereiste dat volgt uit de tweede zin van art. 52 lid 1 Handvest. Krachtens dit vereiste kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen die voortvloeien uit de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Die

³⁴³ Vgl. M. Grashoff, 'Invaren, (grensoverschrijdende) collectieve waardeoverdracht en het recht van bezwaar', *TPV* 2024/4, par. 4, die wat dit betreft kritisch is.

³⁴⁴ Zie ook randnummer 203 hiervoor voor eventuele andere redenen om zich te willen verzetten tegen het invaren.

³⁴⁵ Zie aldus randnummers 203-211.

beperkingen moeten verder binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven.³⁴⁶

316. Wat dit betreft onderzoekt het HvJEU eerst of de betrokken maatregel doelstellingen van algemeen belang nastreeft. In onderhavig geval lijkt thans lastig te kunnen worden betoogd dat er met de stelselherziening geen doelen van algemeen belang worden nagestreefd en dat het invaren niet bedoeld is dienstig te zijn aan die doelen.³⁴⁷ Verder heeft de regering uiteengezet waarom in dit verband het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht geboden is.³⁴⁸ Overigens kan het HvJEU verlangen dat bewijs wordt geleverd en dat specifieke gegevens worden aangeleverd door de lidstaat om het betoog te ondersteunen dat de betrokken maatregel bedoeld is voor het gestelde algemeen belang als er reden is daaraan te twijfelen.³⁴⁹
317. Indien wordt gevonden dat met het invaren in het kader van de stelselherziening doelstellingen van algemeen belang worden nagestreefd, dient kort gezegd te worden onderzocht of het invaren in combinatie met het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht gelet op de nagestreefde doelstellingen niet is te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep.³⁵⁰ Het is mogelijk dat het HvJEU wat dit betreft een meer inhoudelijke toets zal aanleggen dan gebruikelijk is bij het EHRM.
318. Terwijl het EHRM vaak zijn toevlucht neemt tot een vrij algemene afwegingsmethode, past het HvJEU volgens Gerards vrijwel steeds de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid toe en maakt het vaak gebruik van een subsidiariteitstoets.³⁵¹ Zo heeft het HvJEU wel overwogen dat wanneer er een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen voor de verwezenlijking van de rechtmatig nagestreefde doelstellingen, de maatregel moet worden gekozen die het minst belastend is.³⁵²

³⁴⁶ Zie aldus o.a. HvJEU 21 juni 2021, C-439/10, ECLI:EU:C:2021:504 en HvJEU 30 januari 2024, C-118/22, ECLI:EU:C:2024:97 (NG).

³⁴⁷ Zie randnummers 164-169 hiervoor.

³⁴⁸ Zie randnummers 206-200 hiervoor.

³⁴⁹ Zie aldus o.a. HvJEU 26 mei 2016, C-244/15, ECLI:EU:C:2016:359 (*Comissie/Griekenland*) en HvJEU 21 mei 2019, C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432 (*Commissie/Hongarije*).

³⁵⁰ Vgl. o.a. HvJEU 16 november 2011, C-548/09, ECLI:EU:C:2011:735 (*Bank Melli Iran*) en HvJEU 28 maart 2017, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236 (*Rosneft*).

³⁵¹ Zie aldus J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.5.5 en HvJEU 21 maart 2024, C-61/22, ECLI:EU:C:2024:251 (*RL/Landeshauptstadt Weisbaden*).

³⁵² Zie bijv. HvJEU 21 maart 2024, C-61/22, ECLI:EU:C:2024:251 (*RL/Landeshauptstadt Weisbaden*).

319. Dit brengt mij weer op de uitspraken inzake *Florescu*³⁵³, *YS/NK*³⁵⁴ en *Gavazzi c.s.*³⁵⁵, die als gezegd specifiek werden gewezen in het kader van pensioenen.
320. In *Florescu* werd uitvoerig beoordeeld of de betrokken maatregelen in het licht van de omstandigheden van het geval een algemeen doel dienden, maar was de evenredigheidstoets daarna verder beperkt. Wat dit betreft stelde het HvJEU voorop dat lidstaten, wanneer zij beslissingen van economische aard nemen, een ruime beoordelingsmarge hebben en dat zij het best kunnen bepalen met welke maatregelen het nagestreefde doel kan worden verwezenlijkt. Het is aldus ten aanzien van beslissingen van economische aard primair aan de lidstaten om te bepalen wat de beste maatregel is om het nagestreefde doel te bereiken. In deze zaak nam het HvJEU dan ook vrij eenvoudig aan dat aan het evenredigheidsvereiste werd voldaan in het licht van de specifieke economische omstandigheden waarin de betrokken maatregel was genomen. Hierbij speelde overigens wel mee, als ik het HvJEU tenminste goed begrijp, dat de maatregel in kwestie slechts tijdelijke gevolgen had.
321. In *YS/NK* nam het HvJEU vrij eenvoudig aan dat de gedeeltelijke beperking van het pensioen diende ter verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang. Daarbij nam het HvJEU aan dat werd voldaan aan het evenredigheidsvereiste, in de zin dat de betreffende maatregel noodzakelijk was en daadwerkelijk beantwoordde aan de gestelde doelstellingen van algemeen belang. Dit werd ter verificatie verder allemaal aan de nationale rechter gelaten. Dit kan in onderhavig geval ook gebeuren wanneer bij wege van prejudiciële vraag een beslissing van het HvJEU wordt uitgelokt of het invaren in combinatie met het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht een gerechtvaardigde inmenging van art. 17 Handvest is.
322. In *Gavazzi c.s.* had het Europees Parlement de pensioenen van enkele (rechtverkrijgenden van) voormalige Europese parlementsleden uit Italië verlaagd om deze in lijn te brengen met de pensioenen die sinds 1 januari 2019 gelden voor nationale parlementsleden, voor wie de pensioenen per die datum op andere wijze werd vastgesteld. Zo zouden de pensioenen van (rechtverkrijgenden van) voormalige Europese parlementsleden weer in lijn worden gebracht met bijlage III bij de Regeling kosten en vergoedingen van de leden van het Europees Parlement. Voornoemde personen betoogden vervolgens dat deze dynamische regeling een inbreuk inhield op art. 17 Handvest, maar hadden geen concrete elementen aangedragen waaruit bleek dat de verlaging van het bedrag van hun pensioenen de wezenlijke inhoud van hun recht op eigendom aantastte of dat die verlaging als onevenredig moest

³⁵³ HvJEU 13 juni 2017, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 (*Florescu*).

³⁵⁴ HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:757 (*YS/NK*).

³⁵⁵ HvJEU 19 september 2024, C-725/20, ECLI:EU:C:2024:766 (*Gavazzi c.s.*).

worden gekenmerkt. Dit had het Gerecht ook reeds vastgesteld in randnummer 235 van de bestreden beslissing:

“Wat betreft de gevolgen van de bestreden besluiten voor verzoekers, is het juist dat het Gerecht niet uitsluit dat zij in zekere mate ernstig kunnen zijn. Op zich kan daaruit echter niet worden geconcludeerd dat de bestreden besluiten onevenredige nadelen meebrengen in het licht van de nagestreefde doelen, met name gelet op de omvang van de verlaging van het bedrag van de betreffende pensioenen, de nieuwe absolute pensioenbedragen beoordeeld in verhouding tot de duur van het mandaat van het betrokken voormalige lid van het Europees Parlement, alsook het feit dat de nieuwe berekeningswijze rekening houdt met de individuele bijdrage van dat lid. Bovendien is geen enkel door verzoekers in hun schrifturen genoemd gevolg onderbouwd of bewezen. Zonder concrete elementen kan derhalve niet worden vastgesteld dat elke verzoeker een buitensporige individuele last zou dragen in het licht van de nagestreefde doelen.”³⁵⁶

Het HvJEU is vervolgens van de juistheid van het voorgaande uitgegaan. Dit bracht mee dat het HvJEU nog slechts kon toetsen of de verlaging bij wet was geregeld, hetgeen volgens het HvJEU het geval was, en of de dynamische regeling en de daaruit voortvloeiende verlaging van de pensioenbedragen noodzakelijk waren en daadwerkelijk beantwoordden aan een of meer door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang. Beide beantwoordde het HvJEU vervolgens bevestigend aan de hand van slechts drie puntige rechts-overwegingen.

323. Gezien *Florescu, YS/NK* en *Gavazzi c.s.* is het derhalve de vraag of het HvJEU zal willen oordelen dat het invaren niet voldoet aan het evenredigheidsvereiste van de tweede zin van art. 52 lid 1 Handvest. In het licht van voornoemde uitspraken is dat niet evident en voorstelbaar is dat het HvJEU, indien het de lijn van voornoemde uitspraken volgt, zal oordelen dat aan het evenredigheidsvereiste is voldaan, ook als er een klein nadeel wordt geleden en/of met vermogen wordt verschoven.
324. Tegelijkertijd is het de vraag in hoeverre *Florescu, YS/NK* en *Gavazzi c.s.* leidend kunnen zijn voor onderhavig advies. Zo waren er in Roemenië bijvoorbeeld bijzondere economische omstandigheden die tot een ingreep dwongen, waarbij de genomen maatregelen kennelijk slechts tijdelijke gevolgen hadden en was de verlaging in *Gavazzi c.s.* in lijn met een oudere wet waaraan uitvoering werd gegeven. In ieder geval waren de pensioeningrepen in alle drie de zaken slechts gericht op een specifieke groep

³⁵⁶ Zie aldus Gerecht 15 oktober 2020, ECLI:EU:T:2020/494, r.o. 235.

en waren de gevolgen duidelijk, terwijl de Wet toekomst pensioenen een veel bredere reikwijdte heeft met bredere gevolgen, waarvan de juridische impact wel op voorhand valt in te schatten, maar de financiële implicaties lastiger. Wat dit betreft kan het invaren niet worden vergeleken met de omstandigheden die zich voordeden in voornoemde uitspraken. Bovendien werd in geen van voornoemde zaken geoordeeld dat de wezenlijke inhoud van het pensioenrecht niet werd geëerbiedigd.

325. Gezien het ingrijpende karakter van het invaren, zeker als er sprake is van nadeel, kan ik mij derhalve voorstellen dat het HvJEU genegen zou kunnen zijn om in dit geval nauwgezet te toetsen aan de vereisten van geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit.³⁵⁷ Niet uitgesloten kan dan worden dat het HvJEU het invaren, al dan niet in combinatie met het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht, (in specifieke omstandigheden) als onevenredig zou kunnen bestempelen. Dit geldt te meer als het HvJEU op andere gronden dan het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht meent dat de wezenlijke inhoud van het pensioenrecht niet wordt geëerbiedigd, voor zover het dan al overgaat tot de evenredigheidstoets van art. 52 lid 1 Handvest.
326. Overigens kan het HvJEU verlangen, indien er reden is daaraan te twijfelen, dat bewijs wordt geleverd en dat specifieke gegevens worden aangeleverd door de lidstaat om het betoog te ondersteunen dat de betrokken maatregel geschikt is om de verwezenlijking van de gestelde doelstellingen te helpen realiseren en dat betrokken maatregel niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van deze doelstellingen.³⁵⁸ Dit kan het HvJEU doen ongeacht eventuele factoren die pleiten voor rechterlijke terughoudendheid, zoals de gevoeligheid en complexiteit van de nagestreefde doelen, het beleidsterrein of het ontbreken van een Europese gemeenschappelijke basis.³⁵⁹
327. Ik rond af wat art. 17 handvest betreft. Of er sprake zal zijn van een (on)gerechtvaardigde inbreuk, hangt voornamelijk af van het antwoord op de vraag of de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht door het invaren en/of het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht ter zake nog wordt geëerbiedigd. Als dit niet het geval is, bestaat er een mogelijke kans dat er wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging in het eigendomsrecht. Anders is die kans beperkt(er).

³⁵⁷ Zie wat dit betreft randnummer 318 hiervoor.

³⁵⁸ Zie aldus o.a. HvJEU 26 mei 2016, C-244/15, ECLI:EU:C:2016:359 (*Comissie/Griekenland*) en HvJEU 21 mei 2019, C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432 (*Commissie/Hongarije*).

³⁵⁹ J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.5.6.

(c) Artikel 21 Handvest

328. Dit brengt mij op art. 21 Handvest. Dit artikel beoogt discriminatie te voorkomen. Er wordt in de toelichting bij het Handvest geen corresponderende bepaling uit het EVRM genoemd. Wel vermeldt de toelichting dat art. 21 Handvest is geïnspireerd op art. 14 EVRM. Voor zover beide artikelen samenvallen, dient art. 21 Handvest volgens de toelichting in lijn met art. 14 EVRM (en dus ook art. 1 TP) te worden toegepast.³⁶⁰ Net als laatstgenoemde artikelen, verbiedt art. 21 Handvest onder meer discriminatie op basis van leeftijd,³⁶¹ tenzij die discriminatie berust op een objectief en redelijk criterium, dat wil zeggen dat het verband houdt met een door de betrokken regeling nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel. Hierbij is voor onderhavig advies met name Richtlijn 2000/78/EG van belang, op grond waarvan indirecte discriminatie naar leeftijd verboden is. In het licht van *YS/NK*³⁶² lijkt in dit verband aannemelijk dat de vermeende discriminatie in het licht van laatstgenoemde richtlijn zal moeten worden beoordeeld. Dit gaat evenwel het bestek van mijn opdracht te buiten en ik verwijs wat dit betreft verder naar het eerdergenoemde advies van het College, dat hierop nader ingaat.³⁶³ Hetgeen ik heb gesteld ten aanzien van art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP zou ook hier kunnen gelden.

(d) Artikel 7 Handvest

329. Tot slot nog een enkele opmerking over art. 7 Handvest, dat ziet op de eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven. Blijkens de toelichting bij het Handvest correspondeert dit artikel met art. 8 EVRM. Ik verwijs wat dit betreft naar hetgeen ik hiervoor heb gesteld in randnummers 249-252.

2.2.4 Concluderende opmerkingen ten aanzien van het Handvest

330. Hiervoor heb ik toegelicht dat het Handvest eventueel een rol kan spelen met betrekking tot het invaren. Als dat het geval is, zal het invaren moeten worden getoetst aan het Handvest. Als het Handvest aldus van toepassing is, lijkt de grootste rol weggelegd voor art. 17, op grond van welk artikel geoordeeld kan worden dat pensioenaanspraken en -rechten eigendomsrechten zijn die beschermd worden. Een inbreuk is vervolgens gerechtvaardigd wanneer aan

³⁶⁰ *Pb* 2007/C 303/02, p. 24.

³⁶¹ Aldus bijv. HvJEU 8 september 2011, C-297/10 en C-298/10, ECLI:EU:C:2011:560 (*Hennigs*), HvJEU 13 september 2011, C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573 (*Prigge*) en HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:757 (*YS/NK*).

³⁶² HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (*YS/NK*).

³⁶³ Zie voor het advies van het College *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, par. 16.6.

de voorwaarden van art. 52 lid 1 Handvest wordt voldaan. De toets die in dit verband moet worden aangelegd, is niet noodzakelijkerwijze identiek aan de toets die het EHRM aanlegt. Een andere uitkomst is derhalve mogelijk. In dit verband bestaat er een kans dat (in specifieke omstandigheden) wordt gevonden dat er sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom, vooral indien wordt geoordeeld dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht niet is geëerbiedigd, al kan ook in dat geval gevonden worden dat het gaat om noodzakelijke maatregelen ten behoeve van het algemeen belang die evenredig en billijk zijn. De eerdere uitspraken die het HvJEU in verband met pensioenen heeft gewezen, laten zien dat een tijdelijke opschorting en een gedeeltelijke verlaging in ieder geval niet als een aantasting van de kern van het pensioenrecht werden gezien en dat de toetsing aan het evenredigheidsvereiste in die zaken voor het overige vrij terughoudend was. Tegelijkertijd is het wel de vraag in hoeverre deze uitspraken, zoals ik hiervoor heb toegelicht, leidend kunnen zijn voor onderhavig advies.

331. Wanneer het Handvest van toepassing is, mag de rechter de wettigheid van het invaren toetsen aan voornoemde bepalingen van het Handvest, zo wordt algemeen aangenomen. Dit is namelijk een voorbeeld van indirecte horizontale werking van het Handvest.³⁶⁴ Dit geldt niet alleen in procedures tegen de Staat, maar ook in procedures tegen werkgevers en pensioenfondsen.
332. Daarbij rijst de vraag of voornoemde bepalingen ook directe horizontale werking hebben in een geschil tussen enerzijds (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden en anderzijds werkgevers of pensioenfondsen, voor het geval van de geldigheid van de nationale wettelijke bepalingen moet worden uitgegaan.³⁶⁵ Dit is voor onderhavig advies naar het zich zo op het eerste gezicht laat aanzien welhaast een theoretische vraag. Als namelijk moet worden aangenomen dat de wettelijke regels omtrent invaren niet in strijd zijn met bepalingen uit het Handvest, valt immers lastig in te zien hoe diezelfde bepalingen dan nog wel rechten en verplichtingen zouden kunnen scheppen voor (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden respectievelijk werkgevers en/of pensioenfondsen in het kader van het invaren.³⁶⁶

³⁶⁴ Zie aldus o.a. A. Eleveld, 'Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie', *NtEr* 2019, nr. 3-4, p. 90 e.v., Asser/Hartkamp 3-I 2023/231d en J.H. Gerards, *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde* 2024/1.4.3.3.

³⁶⁵ Zie hierover uitgebreid Asser/Hartkamp 3-I 2023/231f-j.

³⁶⁶ In hoofdstukken 4 en 5 heb ik het gemakshalve over strijd met het Handvest en laat ik verder in het midden op welke wijze dit kan worden beoordeeld en kan doorwerken in de daar besproken horizontale rechtsverhoudingen.

2.3 Conclusie met betrekking tot het EHRM en het Handvest

333. In het kader van de vraag of invaren geoorloofd is, speelt het EVRM zonder meer een rol. Dat het Handvest te allen tijde een rol speelt, is niet gegeven. Dat het Handvest van toepassing kan zijn, kan echter evenmin worden uitgesloten. Ik heb het invaren dan ook getoetst aan het Handvest.
334. Er kan geen twijfel over bestaan dat pensioenaanspraken en -rechten kunnen worden gekwalificeerd als een eigendomsrecht in de zin art. 1 EP en art. 17 Handvest. Tegelijkertijd garanderen deze artikelen niet een recht op pensioen van een bepaald bedrag. Bovendien heeft het eigendomsrecht geen absolute gelding. Inmenging in dit recht is geoorloofd indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Wat dit betreft is de toets die het EHRM in het kader van art. 1 EP aanlegt niet noodzakelijkerwijze identiek aan de toets die het HvJEU in het kader van het Handvest aanlegt. Een andere uitkomst is dus mogelijk.
335. In par. 2.1.1 ben ik uitvoerig ingegaan op de vraag of er op grond van art. 1 EP eventueel gevonden kan worden dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging in de eigendom. Tenzij geoordeeld moet worden dat de Wet toekomst pensioenen onvoldoende rechtsbescherming biedt tegen het invaren en/of onvoldoende voorzienbaar is, dan wel de redenen en doelen die worden aangevoerd voor het invaren later evident zonder redelijke grond blijken te zijn, komt het aan op de vraag of de *'fair balance test'* wordt doorstaan, in de zin dat geoordeeld kan worden dat de genomen maatregelen proportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen. Afhankelijk van de precieze omstandigheden waaronder wordt ingevaren, hoeft hiervan in algemene zin geen sprake te zijn voor het geval de werkgever nu een bijstortingsverplichting heeft en/of er onvoorwaardelijke indexatie is toegezegd, men recht heeft op vroegpensioen en ongehuwdenpensioen, deze door het invaren verdwijnen en daardoor nadeel wordt geleden. Buiten deze gevallen (en ook in deze gevallen als die in algemene zin niet de conclusie kunnen rechtvaardigen dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige inbreuk), zal, tenzij het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht op zichzelf reeds als een ongeoorloofde inmenging in de eigendom moet worden beschouwd, in beginsel per individueel geval of per groep van gevallen moeten worden beoordeeld of er sprake is van inmenging in de eigendom die proportioneel en evenredig is. Afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval kan daarvan dan sprake zijn. In dat geval kan nadeelcompensatie aan de orde zijn.
336. In par 2.2.3(b) ben ik uitvoerig ingegaan op de vraag of er eventueel sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom onder het Handvest. In dit verband valt niet uit te sluiten dat (in specifieke omstandigheden) wordt gevonden dat er sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom,

vooral indien wordt geoordeeld dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht niet is geëerbiedigd, al kan ook in dat geval gevonden worden dat het gaat om noodzakelijke maatregelen ten behoeve van het algemeen belang die evenredig en billijk zijn. De eerdere uitspraken die het HvJEU in verband met pensioenen heeft gewezen, laten zien dat een tijdelijke opschorting en een gedeeltelijke verlaging in ieder geval niet al meteen als een aantasting van de kern van het pensioenrecht worden gezien en dat de toets aan het evenredigheidsbeginsel voor het overige vrij terughoudend was. Tegelijkertijd zijn de omstandigheden die zich in deze uitspraken voordeden onvergelijkbaar met de omstandigheden in dezen. Als er aldus nadeel wordt geleden, valt niet uit te sluiten dat er wel wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging.

337. Verder heb ik het invaren in par. 2.1.2 getoetst aan art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP, welke bepalingen directe en indirecte discriminatie naar leeftijd verbieden. Niet uit te sluiten valt dat er (in een individueel geval), moet worden geoordeeld dat er sprake is van strijd met deze artikelen in verband met indirecte discriminatie naar leeftijd. Hier wringt met name een schoen als adequate compensatie uitblijft. Wanneer het Handvest van toepassing is, zal er met inachtneming van art. 21 Handvest, zoals ik in par. 2.2.3(c) heb aangestipt, gezien de uitspraak van het HvJEU inzake *YS/NK*, naar het zich laat aanzien primair moeten worden getoetst aan de hand van Richtlijn 2000/78/EG. Wat dit betreft verwijs ik naar het advies van het College.
338. Ik heb daarnaast in par. 2.1.3 en par. 2.2.3(d) nog een enkele opmerking gemaakt over art. 8 EVRM respectievelijk art. 7 Handvest, die kort gezegd het recht op een gezinsleven beschermen. Deze bepalingen kunnen wellicht een rol spelen bij het nabestaandenpensioen, ten aanzien van het vroegpensioen en met betrekking tot het ongehuwdenpensioen.
339. Art. 16 Handvest, dat de vrijheid van onderneming beschermt, zou, zoals ik heb toegelicht in par. 2.2.3(a), tot slot een rol kunnen spelen in een situatie waarin sociale partners besluiten tot het invaren, het pensioenfonds niet voldoende middelen heeft voor compensatie en hierdoor de kosten voor een individuele werkgever substantieel stijgen in vergelijking met de oude regeling. Dan moet worden beoordeeld of er sprake is van een inmenging die geoorloofd is. Daarvoor moet dan in beginsel aan dezelfde voorwaarden worden getoetst als bij art. 17 Handvest. De kans dat in een individueel geval wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging lijkt mij niet groot, maar het valt ook niet helemaal uit te sluiten, juist omdat er ook gesteld zou kunnen worden dat er sprake is van een onevenredige ongunstige benadeling van de werkgever.

340. Ik rond deze paragraaf af. Het invaren brengt hoe dan ook enkele vraagtekens met zich, die ik hiervoor heb behandeld. Wat dit betreft is met het invaren dus gekozen voor een optie die juridisch gezien een aantal risico's meebrengt, ook al kan hierdoor volgens de regering uiteindelijk het beste resultaat worden gerealiseerd.

3. De mogelijke aansprakelijkheid van de Staat

341. In dit hoofdstuk bespreek ik de mogelijke aansprakelijkheid van de Staat in verband met geleden schade voor het geval geoordeeld moet worden dat het invaren in strijd is met het EVRM en/of het Handvest.³⁶⁷ Wat dit betreft gaat het dus om de eventuele aansprakelijkheid van de Staat als wetgever, niet als werkgever.
342. Wat dit betreft kunnen belanghebbenden een procedure beginnen bij de civiele rechter tegen de Staat. De Staat zal naar mijn stellige overtuiging dan verweer voeren. De rechter zal vervolgens toetsen langs de lijnen die ik hiervoor in hoofdstuk 2 heb uiteengezet. Lange procedures liggen mogelijk in het verschiet.
343. Indien er uiteindelijk wordt geoordeeld dat er sprake is van strijd met het EVRM en/of het Handvest, kan dat leiden tot het oordeel dat er op grond van art. 6:162 BW sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad. De Staat kan in dat geval aansprakelijk zijn voor de geleden schade.³⁶⁸
344. In de Wet toekomst pensioenen worden – zoals de regering terecht heeft opgemerkt³⁶⁹ – de kaders vastgelegd waarbinnen werkgevers (in de praktijk vaak de sociale partners) en de pensioenfondsen een interne collectieve waardeoverdracht kunnen doen, waarbij invaren het standaard transitiepad is geworden.³⁷⁰ De betrokken partijen worden als het ware naar het gewenste invaren geduwd. Invaren moet, tenzij dit kort gezegd leidt tot onevenwichtige

³⁶⁷ Procedures tegen de Staat hoeven overigens niet beperkt te blijven tot schadevergoedingsvorderingen. De (on)mogelijkheden van andere procedures, waaronder procedures houdende vorderingen om het invaren te verbieden, vallen evenwel buiten het bestek van mijn opdracht en zal ik dan ook niet bespreken.

³⁶⁸ Zie aldus o.a. G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2015/VI.29a e.v., I.V. Aronstein, 'Vlees noch vis', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht. Liber Amoricum prof. mr. drs. C.H. Sieburgh*, Wolters Kluwer 2018, par. 9.6.1, A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Pr. nr. 4) 2023, par. 2.29 en Asser/Sieburgh 6-IV 2023/381. Zie o.a. ook HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252, m.nt. Scheltema (*Staat/Van Gelder*), HR 19 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, *NJ* 2002/469, m.nt. Alkema & Koopmans (*Herstructurering varkenshouderij*) en HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, *NJ* 2009/233, m.nt. Mok (*Van den Boomen/Staat*) en HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, *NJ* 2016/166, m.nt. Lindenbergh (*Staat/Ha-bing*).

³⁶⁹ *Kamerstukken II* 2021-2022, 26067, nr. 3, p. 180.

³⁷⁰ Zie randnummers 44 en 87 hiervoor.

uitkomsten.³⁷¹ In het licht hiervan kan worden gesteld dat er sprake is van een wettelijke verplichting om in beginsel over te gaan tot invaren. De uiteindelijke beslissing om wel of niet in te varen – ten aanzien waarvan strikt genomen geen discretionaire ruimte bestaat – en de invulling van de precieze voorwaarden van het invaren – waar werkgevers c.q. beroepspensioenverenigingen en pensioenfondsen wel een zekere vrije beoordelingsruimte hebben – worden uiteindelijk evenwel gelaten aan de werkgevers en pensioenfondsen.

345. Omdat de keuze om wel of niet in te varen en de keuze voor de voorwaarden waaronder wordt ingevaren formeel uiteindelijk aan werkgevers c.q. beroepspensioenverenigingen en de pensioenfondsen zijn, lijkt het aansprakelijkheidsrisico niet primair bij de Staat te liggen. Aldus ziet het er naar uit dat de Staat, door niet wettelijk vast te leggen dat er wordt ingevaren, zijn mogelijke aansprakelijkheidsrisico heeft beperkt.
346. Voorstelbaar is dan ook dat benadeelden hun pijlen wat dit betreft primair richten op werkgevers en/of pensioenfondsen, indien zij van mening zijn dat de uitkomst van het invaren onevenredig c.q. onevenwichtig is als gevolg van keuzes die werkgevers en/of pensioenfondsen hebben gemaakt.³⁷² Voor schade die specifiek hierdoor is of wordt geleden kan men naar het zich laat aanzien niet snel bij de Staat aankloppen.
347. Het is evenwel anders als de verwijten meer principieel van aard zijn en er bijvoorbeeld door een rechter wordt geoordeeld dat:³⁷³
- er onvoldoende waarborgen zijn voor belanghebbenden om het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht c.q. het invaren aan te vechten;
 - de Wet toekomst pensioenen wat (de gevolgen van) het invaren betreft niet voorzienbaar wordt geacht;
 - het invaren het algemeen belang niet dient; en/of
 - het ongeoorloofd was het individueel bezwaarrecht buiten werking te stellen³⁷⁴

³⁷¹ Zie randnummer 87 hiervoor.

³⁷² Op de positie van de beroepspensioenverenigingen kom ik hierna nog kort te spreken in hoofdstuk 4.

³⁷³ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ik in dit hoofdstuk niet inga op de kansen dat dit wordt geoordeeld. Hiervoor verwijs ik naar hoofdstuk 2.

³⁷⁴ Voorgaande opsomming is overigens uitdrukkelijk niet limitatief bedoeld. Voorstelbaar is namelijk dat er nog van meer aspecten geoordeeld kan worden dat die (voornamelijk) in het domein van de Staat liggen.

348. Voornoemde aspecten liggen volledig in het domein van de Staat en niet in het domein van de werkgevers of de pensioenfondsen. In voornoemde gevallen, en mogelijk andere gevallen die in het domein van de Staat liggen, geldt dat invaren überhaupt niet is toegestaan. De Staat zal de schade in dit geval naar het mij voorkomt in beginsel moeten vergoeden, al zal het nog niet zo eenvoudig zijn die schade te bepalen, zoals ik hiervoor reeds heb toegelicht.
349. Voor het geval de Staat verhaal zou willen nemen op werkgevers en/of pensioenfondsen, liggen complexe juridische geschillen op de loer. Ik laat deze voor nu verder onbesproken.
350. Uit het voorgaande blijkt in ieder geval dat samenloopvraagstukken niet uitgesloten zijn, indien bijvoorbeeld op verschillende gronden betoogd wordt dat het invaren (in dat specifieke geval) in strijd is met het EVRM en/of het Handvest. Eenvoudiger wordt het hierdoor niet. Het is wat dit betreft dan ook wenselijk, indien de geldigheid van het invaren wordt bestreden, dat op relatief korte termijn duidelijkheid wordt verkregen omtrent de vraag of het invaren als zodanig (dus *in abstracto*, los van de individuele omstandigheden van het geval) de toets der kritiek kan doorstaan.
351. Dit brengt mij op de specifieke beantwoording van vraag 1 van Motie Joseph. Als er wordt geoordeeld dat het invaren in strijd is met het EVRM en/of het Handvest, kan de Staat hiervoor aansprakelijk zijn. Dit is uiteindelijk in grote mate afhankelijk van de grondslag waarop voornoemde strijdigheid bevonden wordt, omdat de uiteindelijke beslissing om in te varen op zich de verantwoordelijkheid is van werkgevers (in de praktijk vaak de sociale partners) c.q. beroepspensioenvereniging en pensioenfondsen. Wat dit betreft heeft de Staat dus voor een gedeelte zijn mogelijke aansprakelijkheidsrisico beperkt. De mogelijke omvang van de schade die uiteindelijk voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen, indien er wordt geoordeeld dat de Staat aansprakelijk is, laat zich nu in ieder geval nog niet inschatten. Die kan groot dan wel klein zijn, al naar gelang hoe het invaren precies zal uitpakken, hetgeen afhankelijk is van de financiële paratemers aan de hand waarvan wordt ingevaren.

4. De mogelijke aansprakelijkheid van werkgevers

352. In dit hoofdstuk onderzoek ik de mogelijke aansprakelijkheid van werkgevers.
353. In situaties waarin werkgevers niet zelf bepalen dat er wordt ingevaren, omdat bijvoorbeeld de sociale partners of de beroepspensioenvereniging hierover gaan, zoals bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen respectievelijk beroepspensioenfondsen het geval is, worden zij geconfronteerd met een

beslissing van de sociale partners respectievelijk de beroepspensioenvereniging. Zo hebben de sociale partners en de beroepspensioenvereniging invloed op wat er met het eigendom van de (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden kan gaan gebeuren, waar de werkgevers volledig buiten staan. Als deze personen vervolgens menen dat ten onrechte het besluit is genomen om het pensioenfonds te verzoeken in te varen of dat hieromtrent onjuiste keuzes zijn gemaakt, rijst onmiddellijk de vraag op wie zij hun pijlen moeten richten. De werkgever, de beroepspensioenvereniging of de sociale partners die heeft respectievelijk hebben besloten een verzoek tot invaren te doen en die deze keuzes heeft respectievelijk hebben gemaakt?³⁷⁵

354. Ik kan mij voorstellen dat de werkgevers in dit verband zullen willen betogen dat zij niks te kiezen hadden en dat om deze reden elke aansprakelijkheid door hen van de hand wordt gewezen. Tegelijkertijd is het de vraag of de sociale partners dan wel de beroepspensioenvereniging aangesproken kunnen worden, en als dit al kan, of zij over de financiële middelen beschikken om eventuele schade te vergoeden. Ik vraag het mij af, met gevolgen voor diegenen die compensatie zoeken van beweerdelijk geleden en te lijden nadeel.
355. Bij bestudering van de parlementaire stukken kwam het mij voor dat hier geen aandacht voor is geweest. De assumptie is kennelijk geweest dat de sociale partners of anderen die de wijziging van de pensioenregeling overeenkomen of zijn overeengekomen dan wel de beroepspensioenvereniging ook ten aanzien van het invaren beslissingen zouden moeten kunnen nemen.
356. Het valt buiten het bestek van mijn opdracht om op het voorgaande nader in te gaan. Waar ik hierna spreek van werkgevers, moet, voor zover dat geïndiceerd is, daaronder derhalve mede worden verstaan de partijen die de wijziging van de pensioenregeling overeenkomen of zijn overeengekomen en die aldus hebben onderhandeld over het invaren dan wel de beroepspensioenvereniging die hierover heeft besloten.
357. Indien geoordeeld moet worden dat het invaren in strijd is met het EVRM en/of het Handvest, ten aanzien van aspecten die niet in het domein van de Staat liggen, rijst de vraag of de werkgever aansprakelijk kan zijn voor de schade die als gevolg van het invaren wordt geleden. Het invaarbesluit wordt formeel immers genomen door het pensioenfonds.

³⁷⁵ De (on)mogelijkheid dat een partij een procedure entameert om de werkgever te dwingen om het invaarbesluit te herzien, laat ik thans buiten beschouwing. Dit valt namelijk buiten mijn opdracht. Ik beperk mij in dit hoofdstuk dan ook tot de vraag naar de mogelijke aansprakelijkheid van werkgevers.

358. Desalniettemin zou ik menen dat er sprake kan zijn van aansprakelijkheid, aangezien zonder het verzoek van de werkgever om in te varen het pensioenfonds daartoe niet zou zijn overgegaan. Daarbij heeft de werkgever dan kennelijk een verkeerde inschatting gemaakt ter zake van de evenredigheid c.q. evenwichtigheid van het invaren en eventuele keuzes in verband met het invaren.³⁷⁶ Als de schade is of wordt geleden als gevolg van keuzes die door de werkgever in verband met het invaren zijn gemaakt en daardoor geoordeeld moet worden dat er sprake is van het strijd met het EVRM en/of het Handvest, kan aansprakelijkheid hoe dan ook worden aangenomen.
359. Dat brengt mij op vraag 2 van Motie Joseph. Werkgevers lopen het risico aansprakelijk te zijn, indien er, op basis van een grond die buiten het domein van de Staat ligt, wordt geoordeeld dat er sprake is van strijd met het EVRM en/of het Handvest. Er is dan immers een verkeerde inschatting gemaakt ten aanzien van de evenredigheid c.q. evenwichtigheid van de transitie. In ieder geval is de werkgever aansprakelijk als de schade is veroorzaakt in verband met keuzes die hij heeft gemaakt met betrekking tot het invaren. De mogelijke omvang van risico's voor werkgevers laat zich nu evenwel nog niet inschatten. Veel zal afhangen van de wijze waarop de transitie plaatsvindt.

5. De mogelijke aansprakelijkheid van pensioenfondsen

360. Deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden kunnen hun pijlen ook willen richten op de pensioenfondsen. Het zijn immers de pensioenfondsen die besluiten tot invaren en in dat verband bepaalde keuzes maken, bijvoorbeeld voor wat het schuiven van vermogen betreft.
361. Waar dit ten aanzien van het EVRM niet het geval lijkt te zijn, nemen in ieder geval verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen voor wat het Handvest betreft mogelijk een bijzondere positie in. Volgens Tangelder³⁷⁷ en Van Meerten³⁷⁸ kunnen deze pensioenfondsen namelijk worden gekwalificeerd als staat althans met deze worden gelijkgesteld. Tegelijkertijd sluit Tangelder niet uit dat ook andere pensioenfondsen kunnen gelden als staat.³⁷⁹

³⁷⁶ Wel is samenloop van aansprakelijkheid met pensioenfondsen voorstelbaar.

³⁷⁷ J.R.C. Tangelder, 'Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bij transitie aansprakelijk voor schending eigendomsrecht?', *TPV 2022/3*, par. 2.1-2.3.

³⁷⁸ H. van Meerten, *Protection of EU Consumers vis-à-vis Pension Products. The Dutch case: towards a new regime*, 2024, p. 91.

³⁷⁹ J.R.C. Tangelder, 'Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bij transitie aansprakelijk voor schending eigendomsrecht?', *TPV 2022/3*, par. 2.4

362. Voor die pensioenfondsen die gezien kunnen worden als staat, bestaat er een verticale verhouding tussen hen enerzijds en de (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden anderzijds.
363. Indien de pensioenfondsen gelden als staat, kunnen zij mogelijk ook aansprakelijk worden gesteld voor aspecten die als zodanig op zich in het domein van de wetgevende macht van de Staat liggen. Tangelder stelt het aldus:

“Het bedrijfstakpensioenfonds geldt volgens het Unierecht als ‘de staat’ op grond van – onder meer – het Marshall-arrest. Bij alle uitoefening van openbaar gezag zijn de grondrechten uit het Handvest van toepassing – aldus het Hof. Op grond van die ratio vind ik het verdedigbaar dat de staat (het bedrijfstakpensioenfonds) zich niet kan verschuilen achter ‘dwang’ van de staat (Nederland) bij een eigendomsinbreuk door de staat (het bedrijfstakpensioenfonds). Het is ‘de staat’ die een inbreuk pleegt. In welke verschijningsvorm die staat opereert (‘bedrijfstakpensioenfonds’ of ‘Nederland’) is dan niet van belang. Gelet op bovenstaande is het bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk voor de schade door de onrechtmatige eigendomsinbreuk. Dat de wetgever die schade (mede) veroorzaakt door een wetswijziging maakt dit niet anders [...]”

364. Voor pensioenfondsen die gelden als staat geldt dus eventueel een ruime bandbreedte voor aansprakelijkheid, die verder gaat dan wanneer zij niet zouden worden gelijkgesteld met de Staat.
365. Vanuit voorgaand gezichtspunt – en aannemende dat het Handvest van toepassing is – is het voorstelbaar dat de (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden hun pijlen hoe dan ook (mede) zullen richten op de pensioenfondsen, omdat complexe samenloopdiscussies dan kunnen worden vermeden.³⁸⁰ Wat dit betreft kan ik mij voorstellen dat veel vermeende gelaedeerden de pensioenfondsen zullen aanspreken. Laatstgenoemden zouden dan ook zo maar geconfronteerd kunnen worden met een reeks van procedures.
366. Voor het geval pensioenfondsen niet kunnen worden gelijkgesteld met de Staat, geldt het voorgaande hoe dan ook niet. Dan geldt er een horizontale verhouding tussen (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden enerzijds en pensioenfondsen anderzijds. Alsdan kunnen pensioenfondsen op zich niet aansprakelijk worden gehouden voor aspecten die in essentie in het domein van de wetgevende macht liggen.

³⁸⁰ Ik verwijs wat dit betreft naar randnummer 350 hiervoor.

Pensioenfondsen kunnen dan in beginsel slechts aansprakelijk worden gehouden in verband met het invaarbesluit als zodanig en voor hun eigen keuzes in het kader van het invaren, bijvoorbeeld ten aanzien van het schuiven van vermogen.

367. Wanneer pensioenfondsen worden aangesproken, ongeacht of dit als staat is of niet, rijst de vraag of zij zich kunnen disculperen met de stelling dat men bij de werkgever moet aankloppen. Hier ben ik nog niet zo van overtuigd. Ten eerste hebben pensioenfondsen in dezen immers een eigen verantwoordelijkheid.³⁸¹ Ten tweede maken pensioenfondsen ook eigen keuzes in verband met het invaren, bijvoorbeeld ten aanzien van het eerdergenoemde schuiven van vermogen. Ten derde hadden pensioenfondsen het verzoek moeten afwijzen, omdat het in strijd is met hogere regelgeving (vgl. ook art. 150I lid 4 sub a Pw).
368. Als pensioenfondsen worden aangesproken, rijst de vraag of zij de gezochte compensatie kunnen betalen. Dit is een punt van zorg. Het is immers maar de vraag of een herallocatie van vermogen (dat eerst aan anderen was toebedeeld) dan zonder meer geoorloofd is. Indien dit niet geoorloofd is, zal het pensioenfonds uit zijn hiervoor bestemde reserve(s) voornoemde compensatie moeten betalen.
369. Dit brengt mij op vraag 4 van Motie Joseph. Vergeleken met de Staat en de werkgevers acht ik de kans het grootst dat deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden hun pijlen zullen richten op de pensioenfondsen, omdat zij formeel het invaarbesluit nemen en daarbij ook een aantal keuzes kunnen maken die voor voornoemde personen nadelig kunnen uitpakken. De mogelijke *exposure* voor pensioenfondsen is nog groter indien zij, zoals Tangelder en Van Meerten wel hebben bepleit (voor wat betreft het Handvest), gelden als staat. In dat geval zijn zij namelijk mogelijk ook aansprakelijk voor aspecten die in het domein liggen van de wetgevende macht. Wat dit betreft kan aldus worden gesteld dat pensioenfondsen substantiële risico's lopen. De precieze omvang van die risico's kan op dit moment evenwel niet worden ingeschat. Veel zal uiteindelijk afhangen van de wijze waarop de transitie wordt vormgegeven.

6. Risico's van het invaren voor het rechtsstelsel

370. Ook los van eventuele aansprakelijkheidsstellingen van de Staat, werkgevers en pensioenfondsen kan de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel tot

³⁸¹ Wel is dan samenloop van aansprakelijk met werkgevers voorstelbaar.

uiteenlopende geschillen en procedures leiden over verschillende onderwerpen. In de literatuur is hier al uitgebreid aandacht voor gevraagd.³⁸²

371. Het gaat het bestek van dit advies te buiten om alle mogelijke geschillen in verband met de transitie en de eventuele impact daarvan op de rechtspraak te bespreken. Hierna zal ik mij conform de Motie Joseph dan ook specifiek richten op de vraag naar de mogelijke impact van het invaren op de rechtspraak.
372. Met betrekking tot het invaren verwacht de Raad voor de Rechtspraak veel gerechtelijke procedures, omdat het wetsvoorstel volgens de Raad voor de Rechtspraak ingrijpende gevolgen heeft voor velen.³⁸³ De regering deelt die zorg niet, omdat er in de Wet toekomst pensioenen volgens de regering verschillende waarborgen zijn opgenomen die moeten leiden tot evenwichtige uitkomsten en de betrokkenen worden geïnformeerd over de transitie. Feitelijke onjuiste percepties zouden daardoor kunnen worden weggenomen.³⁸⁴ Net als de regering deelt de RvS niet de zorgen van de Raad voor de Rechtspraak.³⁸⁵
373. Het aantal geschillen dat zal rijzen, zal, naar ik vermoed, uiteindelijk in een belangrijke mate afhangen van de financiële plaatjes die worden gepresenteerd ten behoeve van de transitie en de hoogte van de uitkeringen die worden gedaan na de transitie.³⁸⁶ Personen die er door de stelselherziening financieel op vooruit lijken te gaan, zullen naar het zich laat aanzien relatief snel berusten in de herziening.³⁸⁷ Dit is vanzelfsprekend anders voor diegenen die er door de stelselherziening naar het zich laat aanzien op achteruitgaan. Van hen mag sneller worden verwacht dat zij in het geweer zullen komen tegen het invaren. Ook bij positieve financiële vooruitzichten zullen er desalniettemin een aantal deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden zijn die zich willen verzetten tegen het invaren en/of de keuzes die in verband daarmee worden gemaakt, bijvoorbeeld met betrekking tot het verschuiven van vermogen.

³⁸² Zie o.a. M.E. Stefels, 'De externe geschilleninstantie Wtp: een doekje voor het bloeden of mosterd na de maaltijd?', *TRA* 2023/79, C. Hoekstra, 'Rechter of geschilleninstantie? Zegt u het maar!', *PensioenMagazine* 2023/99 en F.V.I.M. Hoppers, 'Pensioengeschillen - Wet toekomst pensioenen', *ArbeidsRecht* 2024/9.

³⁸³ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 342 e.v.

³⁸⁴ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 344-345.

³⁸⁵ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 4, p. 16.

³⁸⁶ De eerste procedure is overigens al gevoerd. Die was volgens de rechter evenwel prematuur. Zie aldus Ktr. Rb. Den Haag 27 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:13255.

³⁸⁷ Ook wat dit betreft is het derhalve belangrijk dat de scenario's waarmee de pensioenverwachting in vergelijking met de oude situatie inzichtelijk worden gemaakt (zo reëel (mogelijk) zijn. Alleen zo weet men immers waar men aan toe is.

374. Terecht erkende de regering dan ook dat het denkbaar is dat deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden zich wat dit betreft willen verzetten.³⁸⁸ Ook de RvS kon niet uitsluiten dat het invaren tot conflicten kan leiden.³⁸⁹
375. Het is denk ik niet zozeer de vraag of het invaren tot geschillen leidt, maar hoeveel geschillen er zullen rijzen. Heemskerk verwacht bijvoorbeeld dat heel veel burgers het invaren zullen willen aanvechten.³⁹⁰ Ook Van der Tol, Van der Goes en Jeurissen verwachten dat de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel zal leiden tot een toename van de hoeveelheid klachten, met name ook van complexe aard.³⁹¹
376. De verwachting van de regering is kennelijk dat de pijlen zich, in het kader van geschillen omtrent het invaren, vooral zullen richten op pensioenfondsen.³⁹² Ook al is die verwachting gerechtvaardigd, men kan de pijlen ook op anderen richten.
377. Deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden kunnen hun pijlen ook richten op de werkgevers.³⁹³ Zo kan het besluit om wel of juist niet een verzoek tot invaren te doen bijvoorbeeld worden bestreden.³⁹⁴ Ook denkbaar is bijvoorbeeld dat er een geschil ontstaat ten aanzien van de compensatie van nadeel dat wordt geleden door afschaffing van de doorsneesystematiek waar adequate compensatie achterwege blijft.
378. Wanneer deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden hun pijlen richten op werkgevers, zullen zij, behoudens andersluidende afspraken, hun geschillen moeten voorleggen aan de overheidsrechter.³⁹⁵ De Wet toekomst pensioenen voorziet immers niet in specifieke regels voor geschillen tegen werkgevers met betrekking tot het invaren.

³⁸⁸ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 345.

³⁸⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 4, p. 16.

³⁹⁰ Zie ook M. Heemskerk, 'Pensioengeschillen in het (financieel) pensioenrecht voor en na de Wet toekomst pensioenen', *Ondernemingsrecht* 2024/48, par. 4.2.

³⁹¹ B. van den Tol, B. van der Goes & F. Jeurissen, 'Regeling aangepast, klaar? Een goed ingerichte klachtafhandeling gaat verder dan voldoen aan wet- en regelgeving', *PensioenMagazine* 2024/6.

³⁹² In gelijke zin F.V.I.M. Hoppers, 'Pensioengeschillen - Wet toekomst pensioenen', *ArbeidsRecht* 2024/9, par. 2.3.1.

³⁹³ Waar ik hierna spreek van werkgevers, moet, voor zover dat geïndiceerd is, hierna daaronder mede worden verstaan de partijen die de wijziging van de pensioenregeling overeenkomen of zijn overeengekomen dan wel de beroepspensioenvereniging die hierover heeft besloten.

³⁹⁴ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36067, nr. 3, p. 190. Zie hieromtrent M.E. Stefels, 'De externe geschilleninstantie Wtp: een doekje voor het bloeden of mosterd na de maaltijd?', *TRA* 2023/79, par. 4.2.

³⁹⁵ *Ibid.*

379. In de literatuur wordt naar mijn mening terecht opgemerkt dat het voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden onduidelijk kan zijn of zij zich moeten richten tot de werkgever of het pensioenfonds.³⁹⁶ Dit is evenwel van belang, zoals ik hierna nog zal toelichten. Goede voorlichting is wat dit betreft derhalve vereist, zodat voornoemde belanghebbenden afgewogen keuzes kunnen maken. Bovendien voorkomt goede voorlichting dat men zich straks van het kastje naar de muur gestuurd voelt.
380. Wanneer deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden of gepensioneerden hun pijlen willen richten op het invaarbesluit als zodanig, de wijze waarop wordt ingevaren of de uitkomst willen bestrijden van de omzetting van hun aanspraken of rechten in een pensioenkapitaal respectievelijk een voor pensioen gereserveerd vermogen, zullen zij zich naar het zich laat aanzien primair moeten wenden tot het pensioenfonds. Laatstgenoemde neemt immers formeel het invaarbesluit en is formeel verantwoordelijk voor voornoemde omzetting.
381. Om de gevolgen van geschillen hierover voor de rechtspraak te beperken, heeft de regering de bestaande interne klachten- en geschillenprocedure bij pensioenfondsen verstevigd.³⁹⁷ Deze interne klachten- en geschillenprocedure heeft nu een wettelijke basis.³⁹⁸ Via deze interne procedure hebben de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden volgens de regering aldus de gelegenheid zich bij het pensioenfonds te verzetten tegen het invaren en de voornoemde omzetting:

“Een belanghebbende kan op basis van de interne klachten- en geschillenprocedure bij het pensioenfonds ook een klacht neerleggen/een geschil voorleggen naar aanleiding van het besluit van het bestuur om in te varen dan wel om niet in te varen, de wijze waarop de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten door het pensioenfonds worden ingevaren en op de uitkomst van de omzetting van de pensioenaanspraken en pensioenrechten in een persoonlijk vermogen.”³⁹⁹

³⁹⁶ Zie bijv. C. Hoekstra, ‘Rechter of geschilleninstantie? Zegt u het maar!’, *PensioenMagazine* 2023/99.

³⁹⁷ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 345.

³⁹⁸ Zie aldus art. 48b Pw en art. 14f-14k Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling. Zie hierover nader B. van der Goes, B. van den Tol en Z. Kluit, ‘De nieuwe klachtprocedure door pensioenfondsen vanuit juridisch perspectief: op weg naar een heldere en transparante klachtenregeling’, *PensioenMagazine* 2023/145.

³⁹⁹ *Kamerstukken II* 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 191.

382. In dit verband is de regering van mening dat aldus via een laagdrempelige, goedkope en snelle procedure de rechtspositie van deelnemers is verstevigd.⁴⁰⁰ De RvS deelt deze opvatting. Volgens de RvS kan de interne klachten- en geschillenregeling bovendien een zeeffunctie hebben om op laagdrempelige wijze een eerste wegging van de bezwaren uit te voeren.⁴⁰¹
383. Dit laatste is op zich een aardig punt van de RvS.⁴⁰² Vereist is dan wel dat de interne klachten- en geschillenprocedure met voldoende waarborgen is omkleed en dat belanghebbenden zich gehoord voelen. Beslissingen moeten ook goed worden gemotiveerd. De Raad van de Rechtspraak lijkt in ieder geval niet overtuigd van de zeefwerking van de interne klachten- en geschillenprocedure.⁴⁰³
384. Ik vind het zelf in ieder geval lastig voorstelbaar dat in het kader van de interne klachten- en geschillenprocedure straks gaat worden geoordeeld dat het invaarbeesluit ten onrechte is genomen. Ook is lastig voorstelbaar dat over de wijze waarop is ingevaren of ten aanzien van keuzes die in het kader van de omzetting van aanspraken en rechten zijn gemaakt, gaat worden geoordeeld dat die ten onrechte zijn gemaakt of fout waren en zullen worden herzien. Niet uit te sluiten valt dat klachten in verband met het voorgaande al snel zullen worden afgedaan met de stelling dat de uitkomst wat het pensioenfonds betreft evenwichtig is en dat er ook anderszins geen reden is daarop terug te komen. Specifiek met betrekking tot het invaren ben ik dan ook terughoudend om op dit moment aan te nemen dat de interne klachten- en geschillenregeling van toegevoegde waarde zal zijn en als een zeeffunctie kan dienen.⁴⁰⁴
385. Deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden die het niet eens zijn met het invaren of de wijze waarop hun aanspraken en rechten zijn omgezet, zullen zich mogelijk al snel genoodzaakt voelen, wanneer blijkt dat de interne klachten- en geschillenprocedure niet de gewenste uitkomst biedt, andere stappen te ondernemen. In verband hiermee heeft de regering in art. 48c Pw voorzien in de invoering van een onafhankelijke geschilinstantie, die geschillen buitengerechtelijk bindend kan beslechten.⁴⁰⁵
386. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de oprichting van de Geschillen Instantie Pensioenfondsen ("GIP"). Alle Nederlandse pensioenfondsen zijn verplicht aangesloten.

⁴⁰⁰ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 191 en p. 345.*

⁴⁰¹ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 4, p. 16.*

⁴⁰² De regering heeft dit punt vervolgens tot het zijne gemaakt. Zie wat dit betreft bijv. *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr.4, p. 17 en nr. 7, p. 135.*

⁴⁰³ Brief van de Raad voor de Rechtspraak van 14 juli 2022.

⁴⁰⁴ Dat is mogelijk anders voor individuele rekenfouten of andere klachten, waarbij de gemaakte keuzes als zodanig niet worden bestreden..

⁴⁰⁵ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 191 en p. 345.*

387. Het is blijkens de parlementaire stukken de bedoeling dat de procedure bij GIP een laagdrempelig karakter heeft en relatief snel tot een uitspraak kan leiden.⁴⁰⁶ Dit is als zodanig namelijk gunstig voor zowel de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden als de pensioenfondsen.⁴⁰⁷
388. Krachtens art. 3 lid 1 van haar reglement kunnen aan GIP geschillen worden voorgelegd die betrekking hebben op de uitvoering of de toepassing van het pensioenreglement door het pensioenfonds en op handelingen van het pensioenfonds die daarmee verband houden waardoor het individuele belang van de verzoeker wordt geschaad. Volgens art. 3 lid 2 wordt onder de uitvoering van het pensioenreglement tevens verstaan:
- a. *de uitvoering van een implementatieplan als genoemd in art. 150i Pensioenwet en art. 145h Wet verplichte beroeps-pensioenregeling; en*
 - b. *de uitvoering van een collectieve waardeoverdracht naar de gewijzigde pensioenregeling als genoemd in art. 150m Pensioenwet en art. 145l Wet verplichte beroeps-pensioenregeling.”*
389. Wat dit betreft kunnen dus ook kunnen geschillen over de uitvoering of toepassing van het invaarbesluit worden voorgelegd. In de toelichting op voornoemd artikel stelt GIP het als volgt:
- “De verzoeker kan ook geschillen over de uitvoering of toepassing van het zogenaamde invaarbesluit aan GIP voorleggen. Bij invaren worden de opgebouwde pensioenaanspraken en rechten ingebracht in de nieuwe pensioenregeling.”*
390. Geschillen over de inhoud van het invaarbesluit kunnen blijkens diezelfde toelichting echter niet aan GIP worden voorgelegd.
391. Als hiermee bedoeld wordt te zeggen dat GIP geen geschillen in behandeling neemt ten aanzien van het invaarbesluit en met betrekking tot keuzes die in het kader van het invaren zijn gemaakt, dan kunnen deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden voor een groot gedeelte van mogelijke klachten – en anders dan de regering voor ogen lijkt te hebben gestaan – niet terecht bij GIP. Zij zijn voor klachten in verband

⁴⁰⁶ Voordat klachten aan het GIP kunnen worden voorgelegd, moet eerst de interne klachten- en geschillenprocedure worden doorlopen.

⁴⁰⁷ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 345.*

met voornoemde aspecten, waaronder de vraag of het invaren een ongeoorloofde inmenging in de eigendom is als bedoeld in art. 1 EP respectievelijk art. 17 Handvest, dan aangewezen op de rechter.

392. Verder volgt uit art. 4 lid 1 sub e van het reglement dat GIP alleen geschillen in behandeling neem van individuele verzoekers. Collectieve acties lijken aldus uitgesloten. Daarvoor moet derhalve de rechter worden geadieerd.
393. Daarnaast volgt uit art. 4 lid 1 sub i van het reglement dat GIP geen geschillen in behandeling neemt die de effectieve werking van GIP ernstig in het gedrang kunnen brengen. Hiervan is blijkens het reglement onder meer sprake als het onderzoek dat nodig is voor de behandeling van het geschil te veel tijd vraagt of te ingewikkeld is. Onduidelijk is voor mij waar de grens precies zal liggen. Duidelijk is in ieder geval wel dat als GIP een geschil op deze grond niet in behandeling neemt, de klager aangewezen is op de rechter.
394. In het licht van het voorgaande heerst bij mij de gedachte dat geschillen in verband met het invaren voor een niet ongering gedeelte zullen (moeten) worden voorgelegd aan de rechter. Voor deze zaken is er in ieder geval geen rol voor de Ombudsman Pensioenen, waar de regering gezien de MvT eerder mogelijk eveneens anders dacht.⁴⁰⁸
395. Daarbij mag worden verwacht dat een eerste reeks van zaken, waarvan moet worden afgewacht wat de omvang daarvan precies zal zijn, zal worden voorgelegd zodra deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden geïnformeerd worden over wat de transitie precies voor hen betekent. Tegelijkertijd kunnen er nog vele jaren geschillen rijzen, omdat gedane uitkeringen en toezeggingen omtrent toekomstige uitkeringen geen enkele garantie bieden en mensen teleurgesteld kunnen zijn met het uiteindelijke resultaat.
396. Ik spreek wat dit betreft in ieder geval de hoop uit dat op (relatief) korte termijn duidelijkheid kan worden geschapen door de hoogste gerechtelijke instanties over de houdbaarheid van het invaren. Zo zouden er, wanneer er gerechtelijke procedures worden geëntameerd, prejudiciële vragen kunnen worden gesteld aan het HvJEU en/of de Hoge Raad. Gaat het om de verenigbaarheid met het EVRM, dan zou wellicht onmiddellijk nadat de Hoge Raad zijn uitspraak heeft gewezen een procedure bij het EHRM aanhangig kunnen worden gemaakt voor het geval de Hoge Raad tot het oordeel komt dat er geen sprake is van strijd met het EVRM en men het met de beslissing van de Hoge Raad oneens is.

⁴⁰⁸ *Kamerstukken II 2021-2022, 36067, nr. 3, p. 191.*

397. Voor het geval er prejudiciële vragen worden gesteld, moeten de betreffende vragen dan goed worden geformuleerd. Als vanzelfsprekend helpt het dan als er reeds een uitvoerig debat is geweest waarin alle mogelijke argumenten zijn aangevoerd, zodat er een gedegen beslissing ten aanzien van de juiste formulering van de vragen kan worden genomen.
398. Tegelijkertijd is het allemaal wellicht ook nog niet zo eenvoudig om in het kader van een prejudiciële beslissing snel een definitieve duidelijkheid ten aanzien van alle mogelijke kwesties te verschaffen, omdat het ook kan gebeuren dat een aantal problemen zich pas na verloop van tijd openbaren. Ook kan de omvang van mogelijke problemen pas na verloop duidelijk zijn.
399. Voor het geval er op korte termijn wordt geoordeeld dat het EVRM en het Handvest als zodanig (dus *in abstracto*, los van de concrete omstandigheden van het geval) niet in de weg staan aan invaren, dan is dat duidelijk en doet dat het aantal rechtszaken mogelijk ook snel afnemen. Dan ligt nog slechts de vraag of er in een individueel geval dan compensatie geïndiceerd is.
400. Wat dit betreft kan overigens een grote diversiteit aan zaken worden verwacht, aangezien de situatie bij het ene pensioenfonds weer net iets anders kan zijn dan bij een ander pensioenfonds. Het zal dan ook nog niet zo eenvoudig zijn om wat dit betreft algemene kaders te ontwikkelen waarbinnen moet worden getoetst.
401. Indien op korte termijn wordt geoordeeld dat het invaren zich reeds als zodanig (dus *in abstracto*, los van de concrete omstandigheden van het geval) slecht verhoudt met het EVRM en/of Handvest en er is door een aantal pensioenfonds op dat moment nog niet ingevaren, dan kan het invaren, onder bepaalde omstandigheden, ook worden verboden. De regering kan dan onderzoeken of herstelwetgeving aan de orde kan zijn of dat het beter is dat door die pensioenfonds dan maar van invaren wordt afgezien, met eventuele vergoeding van geleden en nog te lijden nadeel voor anderen.
402. Als het op gerechtelijke procedures aankomt en men uit is op schadevergoeding, is het overigens de vraag of het voor (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden, ongeacht of nu de Staat, werkgevers of pensioenfonds aansprakelijk worden gesteld, raadzaam is onmiddellijk schadevergoeding te vorderen of dat het beter is een vaststelling van de aansprakelijkheid te zoeken, met een veroordeling van de schade nader op te maken in een schadestaatprocedure. De precieze omvang van de schade laat zich namelijk niet eenvoudig vaststellen. Ik verwijs wat dit

betreft naar hetgeen ik eerder in dit advies heb gesteld.⁴⁰⁹ In het licht hiervan sluit ik dan ook niet uit dat voor het berekenen van de schade ingewikkelde (en kostbare) berekeningen moeten worden gemaakt door bijvoorbeeld actuarissen. Men kan betwijfelen of het nuttig en gewenst is die te maken zolang de aansprakelijkheid niet vaststaat.

403. Volledigheidshalve merk ik nog dat niet noodzakelijkerwijze een beroep op het EVRM en/of het Handvest hoeft te worden gedaan in procedures tegen werkgevers en/of pensioenfondsen. Voor het geval men de geldigheid van de regelgeving in verband met het invaren accepteert, kan men immers nog steeds stellen dat er geen sprake is van kort gezegd een evenwichtige uitkomst. Ook als er op zich geen nadeel lijkt te worden geleden vergeleken met de situatie dat niet zou zijn ingevaren, kan men dan betogen dat de transitie niet evenwichtig is.
404. Voor het geval er reeds is ingevaren, is het de vraag of het invaren kan worden teruggedraaid, bijvoorbeeld ter voorkoming van een schadevergoedingsplicht. Los ervan dat dit praktisch nog niet zo eenvoudig zal zijn, gaan mensen die er door het invaren op vooruit zijn gegaan, er dan weer op achteruit, en worden mensen die voor het invaren waren dan weer tegen hun zin geconfronteerd met de oude situatie. Wat dit betreft rijst derhalve de vraag of voor diegenen die tegen het invaren zijn dan wellicht wel weer de oude situatie kan worden hersteld. Echter, ook dit zou weleens allesbehalve een eenvoudige opgave kunnen zijn, omdat het collectieve pensioenvermogen reeds is verdeeld. Ik kan derhalve niet uitsluiten, maar dit moet nader worden geverifieerd, dat door in te varen er een *fait accompli* wordt gecreëerd, waardoor het vergoeden van schade, als er eenmaal is ingevaren, de enige oplossing is, ook al is de omvang van de schade allesbehalve eenvoudig vast te stellen, en blijft op dit moment daardoor ook onduidelijk of die schade kan worden vergoed.
405. Ik rond dit hoofdstuk af. Ik verwacht dat er in verband met het invaren gaat worden geprocedeerd tegen in ieder geval pensioenfondsen, zij het dat ook procedures tegen de Staat en werkgevers niet kunnen worden uitgesloten, zoals ik hiervoor in hoofdstuk 3 respectievelijk hoofdstuk 4 heb toegelicht. Geschillen met de Staat en werkgevers zullen, behoudens andersluidende afspraken, ter beslechting moeten worden voorgelegd aan de rechter. Voor zover de pijlen zich richten op het pensioenfonds, vind ik het lastig voorstelbaar dat in het kader van de interne klachten- en geschillenprocedure gaat worden geoordeeld dat het invaarbesluit ten onrechte is genomen. Bovendien is het

⁴⁰⁹ Als uit de transitieberichten niet reeds een lagere uitkering blijkt, is het overigens in het geheel nog niet eenvoudig om te stellen dat het waarschijnlijk is dat er schade is of zal worden geleden. Omgekeerd zal ook kunnen worden verdedigd dat lagere vooruitzichten nog niet per se tot stelselmatig lagere uitkeringen en dus nadeel leiden, maar dan is er in ieder geval wel zicht op schade.

lastig voorstelbaar dat over keuzes die in het kader van de omzetting van aanspraken en rechten zijn gemaakt, gaat worden geoordeeld dat die ten onrechte zijn gemaakt of fout waren en zullen worden herzien. Wat dit betreft is mijn vermoeden dat de interne klachten- en geschillenprocedure van weinig toegevoegde waarde gaat zijn en nauwelijks als een zeeffunctie zal dienen. Omdat GIP geschillen omtrent de inhoud van het invaarbesluit niet in behandeling neemt, zullen, afhankelijk van wat hiermee precies wordt bedoeld, mogelijk een niet ongering aantal geschillen in verband met het invaren uiteindelijk niet aan GIP kunnen worden voorgelegd. Deze moeten dan aan de rechter worden voorgelegd. Het kan derhalve zo maar gebeuren dat de rechtspraak wordt overspoeld met een reeks van zaken.

406. Dit brengt mij dan op de beantwoording van vraag 3 van Motie Joseph. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat er zonder meer een aantal rechtszaken mag worden verwacht met betrekking tot het invaren. De eerste zaak is ook al gevoerd, maar die werd prematuur gevonden. Rechtszaken in verband met het invaren zullen in eerste instantie met name een extra belasting opleveren voor de rechtbanken. Waar nu al wordt gekampt met een hoge werkdruk, zal die naar verwachting in verband met de stelselherziening verder toenemen. Wat dat betreft zijn er zeker risico's dat de rechtspraak onder druk komt te staan, mede gezien de grote verscheidenheid aan procedures die naast geschillen in verband met het invaren nog kunnen rijzen. De omvang van de risico's valt op dit moment evenwel niet in te schatten. Die is namelijk mede afhankelijk van hoe snel de hoogste rechters duidelijkheid weten te scheppen over de principiële aspecten rondom de transitie, onder andere ten aanzien van de geoorlooftheid van het invaren als zodanig en het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht.

7. Conclusie

407. In het kader van de vraag of invaren geoorloofd is, speelt het EVRM zonder meer een rol. Dat het Handvest ook een rol speelt, is niet onmiddellijk evident. Het kan echter evenmin worden uitgesloten. Ik heb het invaren derhalve niet alleen getoetst aan het EVRM, maar ook aan het Handvest. Hiervoor heb ik wat dit betreft een risicoanalyse gemaakt ten aanzien van de houdbaarheid van het Handvest in het licht van deze regelingen.
408. Er kan geen twijfel over bestaan dat pensioenaanspraken en -rechten kunnen worden gekwalificeerd als een eigendomsrecht in de zin art. 1 EP en art. 17 Handvest. Tegelijkertijd garanderen deze artikelen niet een recht op pensioen van een bepaald bedrag. Bovendien heeft het eigendomsrecht geen absolute gelding. Inmenging in dit recht is geoorloofd indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Wat dit betreft is de toets die het EHRM in het kader van art. 1

EP aanlegt niet noodzakelijkerwijze identiek aan de toets die het HvJEU in het kader van het Handvest aanlegt. Een andere uitkomst is dus mogelijk.

409. In par. 2.1.1 ben ik uitvoerig ingegaan op de vraag of er op grond van art. 1 EP eventueel gevonden kan worden dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging in de eigendom. Tenzij geoordeeld moet worden dat de Wet toekomst pensioenen onvoldoende rechtsbescherming biedt tegen het invaren en/of onvoldoende voorzienbaar is, dan wel de redenen en doelen die worden aangevoerd voor het invaren later evident zonder redelijke grond blijken te zijn, komt het aan op de vraag of de *'fair balance test'* wordt doorstaan, in de zin dat geoordeeld kan worden dat de genomen maatregelen proportioneel zijn en geen onevenredige last opleggen. Afhankelijk van de precieze omstandigheden waaronder wordt ingevaren, hoeft hiervan in algemene zin geen sprake te zijn voor het geval de werkgever nu een bijstortingsverplichting heeft en/of er onvoorwaardelijke indexatie is toegezegd, men recht heeft op vroegpensioen en ongehuwdenpensioen, deze door het invaren verdwijnen en daardoor nadeel wordt geleden. Buiten deze gevallen (en ook in deze gevallen als die in algemene zin niet de conclusie kunnen rechtvaardigen dat er sprake is van een disproportionele en onevenredige inbreuk), zal, tenzij het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht op zichzelf reeds als een ongeoorloofde inmenging in de eigendom moet worden beschouwd, in beginsel per individueel geval of per groep van gevallen moeten worden beoordeeld of er sprake is van inmenging in de eigendom die proportioneel en evenredig is. Afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval kan daarvan dan sprake zijn. In dat geval kan nadeelcompensatie aan de orde zijn.
410. In par 2.2.3(b) ben ik uitvoerig ingegaan op de vraag of er eventueel sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom onder het Handvest. In dit verband valt niet uit te sluiten dat (in specifieke omstandigheden) wordt gevonden dat er sprake is van ongeoorloofde inmenging in de eigendom, vooral indien wordt geoordeeld dat de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht niet is geëerbiedigd, al kan ook in dat geval gevonden worden dat het gaat om noodzakelijke maatregelen ten behoeve van het algemeen belang die evenredig en billijk zijn. De eerdere uitspraken die het HvJEU in verband met pensioenen heeft gewezen, laten zien dat een tijdelijke opschorting en een gedeeltelijke verlaging in ieder geval niet als een aantasting van de kern van het pensioenrecht werden gezien en dat de toets aan het evenredigheidsbeginsel voor het overige vrij terughoudend was. Tegelijkertijd zijn de omstandigheden die zich in deze uitspraken voordeden onvergelijkbaar met de omstandigheden in dezen.
411. Verder heb ik het invaren in par. 2.1.2 getoetst aan art. 14 EVRM c.q. art. 1 TP, welke bepalingen directe en indirecte discriminatie naar leeftijd verbieden.

Niet uit te sluiten valt dat er (in een individueel geval), moet worden geoordeeld dat er sprake is van strijd met deze artikelen in verband met indirecte discriminatie naar leeftijd. Hier wringt met name een schoen als adequate compensatie uitblijft. Wanneer het Handvest van toepassing is, zal er met inachtneming van art. 21 Handvest, zoals ik in par. 2.2.3(c) heb aangestipt, gezien de uitspraak van het HvJEU inzake *YS/NK*, moeten worden getoetst aan de hand van Richtlijn 2000/78/EG. Wat dit betreft verwijs ik naar het advies van het College.

412. Ik heb daarnaast in par. 2.1.3 en par. 2.2.3(d) nog een enkele opmerking gemaakt over art. 8 EVRM respectievelijk art. 7 Handvest, die kort gezegd het recht op een gezinsleven beschermen. Deze bepalingen kunnen wellicht een rol spelen bij het nabestaandenpensioen, ten aanzien van het vroegpensioen en met betrekking tot het ongehuwdenpensioen.
413. Art. 16 Handvest, dat de vrijheid van onderneming beschermt, zou, zo heb ik kort aangestipt in par. 2.2.3(a), tot slot een rol kunnen spelen in een situatie waarin sociale partners besluiten tot het invaren, het pensioenfonds niet voldoende middelen heeft voor compensatie en hierdoor de kosten voor een individuele werkgever substantieel stijgen in vergelijking met de oude regeling. Dan moet worden beoordeeld of er sprake is van een inmenging die geoorloofd is. Daarvoor moet dan in beginsel aan dezelfde voorwaarden worden getoetst als bij art. 17 Handvest. De kans dat in een individueel geval wordt geoordeeld dat er sprake is van een ongeoorloofde inmenging lijkt mij niet groot, maar het valt ook niet helemaal uit te sluiten, juist omdat er ook gesteld zou kunnen worden dat er sprake is van een onevenredige ongunstige benadeling van de werkgever.
414. Hoewel de kans mogelijk niet heel groot is, valt niet uit te sluiten dat er kan worden geoordeeld dat er sprake is van strijd met het EVRM en/of het Handvest. Of dit gaat worden geoordeeld, ligt uiteindelijk aan de weging van de specifieke omstandigheden rondom het invaren. Hierbij speelt mee dat de regering een ruime mate van beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van sociale en economische kwesties. Ook belangrijk zal zijn hoe het invaren uiteindelijk zijn beslag gaat krijgen. Als er niet of nauwelijks nadeel wordt geleden, kan de afweging in algemene zin anders uitvallen dan wanneer er door velen nadeel wordt geleden, zeker als dat nadeel dan substantieel is of lijkt te gaan worden.
415. Dat brengt mij op de beantwoording van de vragen die de Tweede Kamer op grond van de Motie Joseph beantwoord wenst te zien.
416. Mijn antwoord op vraag 1 luidt als volgt. Als er wordt geoordeeld dat het invaren in strijd is met het EVRM en/of het Handvest, kan de Staat hiervoor

aansprakelijk zijn. Dit is uiteindelijk in grote mate afhankelijk van de grondslag waarop voornoemde strijdigheid bevonden wordt, omdat de uiteindelijke beslissing om in te varen op zich de verantwoordelijkheid is van de werkgevers (in de praktijk vaak de sociale partners) en pensioenfondsen. Wat dit betreft heeft de Staat dus voor een gedeelte zijn mogelijke aansprakelijkheidsrisico beperkt. De mogelijke omvang van de schade die uiteindelijk voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen, laat zich nu in ieder geval nog niet inschatten. Die kan groot dan wel klein zijn, al naar gelang hoe het invaren precies zal uitpakken, hetgeen afhankelijk is van de financiële paratemers aan de hand waarvan wordt ingevaren.

417. Mijn antwoord op vraag 2 luidt als volgt. Werkgevers lopen het risico aansprakelijk te zijn, indien er, op basis van een grond die buiten het domein van de Staat ligt, wordt geoordeeld dat er sprake is van strijd met het EVRM en/of het Handvest. Er is dan immers een verkeerde inschatting gemaakt ten aanzien van de evenredigheid c.q. evenwichtigheid van de transitie. In ieder geval is de werkgever aansprakelijk als de schade is veroorzaakt in verband met keuzes die hij heeft gemaakt met betrekking tot het invaren. De mogelijke omvang van risico's voor werkgevers laat zich nu evenwel nog niet inschatten. Veel zal afhangen van de wijze waarop de transitie plaatsvindt.
418. Mijn antwoord op vraag 3 luidt als volgt. Er mogen zonder meer een aantal rechtszaken worden verwacht met betrekking tot het invaren. De eerste zaak is ook al gevoerd, maar die werd prematuur gevonden. Rechtszaken in verband met het invaren zullen in eerste instantie met name een extra belasting opleveren voor de rechtbanken. Waar nu al wordt gekampt met een hoge werkdruk, zal die naar verwachting in verband met de stelselherziening verder toenemen. Wat dat betreft zijn er zeker risico's dat de rechtspraak onder druk komt te staan, mede gezien de grote verscheidenheid aan procedures die naast geschillen in verband met het invaren nog kunnen rijzen. De omvang van de risico's valt op dit moment evenwel niet in te schatten. Die is namelijk mede afhankelijk van hoe snel de hoogste rechters duidelijkheid weten te scheppen over de principiële aspecten rondom de transitie, onder andere ten aanzien van de geoorlooftheid van het invaren als zodanig en het buiten werking stellen van het individueel bezwaarrecht.
419. Mijn antwoord op vraag 4 luidt als volgt. Vergeleken met de Staat en de werkgevers acht ik de kans het grootst dat deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en gepensioneerden hun pijlen zullen richten op de pensioenfondsen, omdat zij formeel het invaarbesluit nemen en daarbij ook een aantal keuzes kunnen maken die voor voornoemde personen nadelig kunnen uitpakken. De mogelijke *exposure* voor pensioenfondsen is nog groter indien zij, zoals Tangelder en Van Meerten wel hebben bepleit (voor wat betreft het Handvest), gelden als staat. In dat geval zijn zij namelijk mogelijk ook

aansprakelijk voor aspecten die in het domein liggen van de wetgevende macht. Wat dit betreft kan aldus worden gesteld dat pensioenfondsen substantiële risico's lopen. De precieze omvang van die risico's kan op dit moment evenwel niet worden ingeschat. Veel zal uiteindelijk afhangen van de wijze waarop de transitie wordt vormgegeven.