

NOTITIE

Juridische aspecten van het Pensioenakkoord – ten behoeve van Commissie SZW van de Tweede Kamer

17 november 2020

Samenvatting in tabel

Voor een bredere bespreking, duiding, kennisneming, onderbouwing en nuances dient de gehele notitie gelezen te worden.

Leerstuk	Relevant voor	Strijd met recht	Voorwaarden
Eigendom	- Invaren	- Neen	- Algemeen belang - Geen onevenredig nadeel - Middelen ter compensatie - Zorgvuldige procedure
Mededingingsrecht	- Verplichtstelling	- Neen	- Algemeen belang - Mate van solidariteit
Gelijke behandeling leeftijd	- Waarde premie - Overgangsrecht - Toedeling vermogen	- Mogelijk - Neen - Waarschijnlijk niet	- Onderbouwing ongelijke waarde verbeteren - Behoud bestaande rechten rechtvaardiging - Bescherming rechtvaardiging, behoudens onevenwichtigheid
Nationaliteit	- Verplichtstelling - Afgeleid: invaren	- Neen - Neen	- Verplichtstelling is uitzondering op bevoegdheid grensoverschrijdende uitvoering
Vrijheid ondernemerschap	- Keuze contract	- Waarschijnlijk niet	- Algemeen belang - Geen ander middel

NOTITIE

Juridische aspecten van het Pensioenakkoord

Deze notitie bespreekt op verzoek van de Vaste Commissie SZW gedaan bij de Rondetafel bijeenkomst op 4 november 2020 de juridische aspecten in verband met het Pensioenakkoord 2020. De volgende leerstukken met duiding van het onderwerp uit het Pensioenakkoord waarvoor dit relevantie heeft, zijn in deze Notitie besproken:

1. Eigendom > invaren en wijzigen doorsneemethodiek
2. Mededingingsrecht > verplichtstelling
3. Gelijke behandeling leeftijd > ongelijke waarde premie, overgangsrecht, toedelen vermogen
4. Nationaliteit > verplichtstelling en invaren
5. Vrijheid ondernemerschap > het pensioencontract

Bij al deze leerstukken en onderwerpen behandel ik het volgende:

- de grondslag in wet-/regelgeving
- het onderwerp uit het Pensioenakkoord waarvoor dit van belang is
- duiding van meest relevante rechtspraak
- de vraag of hier een belemmering voor het Pensioenakkoord uit volgt
- een conclusie
- de oplossingsrichting die de wetgever kan bieden (voor geval er een juridisch obstakel wordt gezien)
- enkele (andere) relevante vindplaatsen.

Deze notitie is geen handboek over de juridische aspecten van het Pensioenakkoord en is daarom wat betreft diepgang enigszins beperkt. Toch probeer ik redelijk breed en volledig te zijn, zonder alle literatuur en rechtspraak te noemen of te bespreken. En de beperking van diepgang doet niet af aan de redenering en conclusies.

Ik ga niet in op het vraagstuk van gelijke behandeling man/vrouw.

De meeste aandacht in tekst van deze notitie gaat uit naar het onderwerp Eigendom. Daar lijkt de meeste discussie over te zijn.

Er zijn de volgende bijlagen toegevoegd:

- I. tekstvergelijking art. 1 Eerste Protocol EVRM en art. 17 Handvest Grondrechten EU met een toelichting op de betekenis van deze bepalingen
- II. Kernoverwegingen uit het arrest Y van het HvJ EU van 24.09.2020 over eigendom
- III. Kernoverwegingen uit het arrest Y van het HvJ EU van 24.09.2020 over vrijheid ondernemerschap

Prof. dr. Erik Lutjens 17 november 2020

Eigendom	Invaren en wijzigen doorsneemethodiek
Grondslag in wet-/regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 1 Eerste Protocol EVRM (“EP”) - Art. 17 Handvest Grondrechten EU (“Handvest”)
Onderwerp bij Pensioenakkoord	<ol style="list-style-type: none"> 1. Invaren materieel (de omzetting van pensioenaanspraken en -rechten naar een ander contract karakter) 2. Invaren processueel (de procedure van besluitvorming met het vervallen als opzet van het individuele bezwaarrecht) 3. Wijzigen doorsneemethodiek en actuariële (stijgende) premie (waardoor minder opbouw of lagere premie vanaf “draaileeftijd” dan verwacht werd bij de oude methodiek)
Rechtspraak	<ul style="list-style-type: none"> - HvJ EU 24.09.2020, C-223/19 (<i>YS</i>) - EHRM 2.02.2020, nr. 42430/05 (<i>Aizpurua Ortiz</i>)
Belemmering voor pensioenakkoord?	<ul style="list-style-type: none"> • <u>De normen</u> Zowel art. 1 EP als art. 17 Handvest beschermen de eigendom. Er zijn beperkte tekstverschillen. Zie hiervoor met nadere toelichting van de betekenis <i>Bijlage 1</i>. Voor een beroep op het Handvest geldt nog specifiek de regel dat het Unierecht ten uitvoer gelegd moet worden (art. 51 lid 1 Handvest). Waar EU-regels ontbreken (zoal bijvoorbeeld voor de hoogte van een arbeidspensioen het geval is), zal slechts via de omweg van een toepassing van andere bepalingen een beroep op art. 17 Handvest mogelijk zijn. In de zaak <i>YS</i> was die omweg dat de betrokken maatregel (vermindering pensioen) een onderscheid naar geslacht en/of leeftijd in het leven kon roepen, waarmee bepalingen van het EU recht (de gelijke behandelingsnormen ter zake) ten uitvoer werden gelegd. • <u>Pensioenaanspraak is eigendomsrecht</u> Het staat buiten twijfel dat pensioenaanspraken en -rechten een vermogensbelang of economische waarde vertegenwoordigen en daarmee een eigendom zijn.¹ • <u>Inbreuken toegestaan</u> Inbreuken op eigendom zijn toegestaan, zowel ontneming als regulering, mits bij wet voorzien en in het algemeen belang. • <u>Wetgever versus private partijen</u> De normen spreken over inbreuken bij wet. Dat zal aan de orde zijn bij de invaarprocedure (vervallen individueel bezwaarrecht) en bij wettelijk wijzigen van de doorsneemethodiek. De invaarbeslissing zelf zal uitgaande van het Pensioenakkoord een besluit zijn van sociale partners tezamen met pensioenuitvoerders (pensioenfondsen). Ook dan is de eigendomsbescherming van toepassing en heeft de overheid tot taak waarborgen te treffen opdat het genot van eigendom in voldoende mate is beschermd. Die waarborgen liggen vooral op het vlak van het bieden van “procedurele waarborgen (...) zodat nationale rechtbanken in staat zijn om

¹ Zie expliciet voor art. 1 EP rov. 38 van het arrest *Aizpurua* van het EHRM en voor art. 17 Handvest rov. 91 van het arrest *YS* van HvJ EU.

effectief en eerlijk te beslissen” over de door private partijen genomen besluiten.²

- **De Spaanse zaak *Aizpurua***

In deze zaak ging het om de bij cao overeengekomen omzetting van een periodieke pensioenuitkering in een bedrag ineens. Het EHRM nam geen schending van art. 1 EP in aanmerking nemende de vrijheid van sociale partners om arbeidsvoorwaarden af te spreken en dat hun recht op collectief onderhandelen gerespecteerd moet worden, pensioenrechten niet geheel afgenomen waren (want vervangen door een pensioenbedrag ineens) en voor gerechtigden de mogelijkheid was hun standpunt voor rechtbanken te verdedigen en bovendien de maatregel was ingegeven door een algemeen belang, zijnde de financiële gezondheid van de ondernemingen die het pensioen betaalden.

- **De Oostenrijkse zaak *YS***

Deze uitspraak van 24 september 2020 bevestigt dat een bij wet opgelegde vermindering van pensioenuitkeringen (aan gepensioneerden) niet in strijd is met het eigendomsrecht. Daarvoor is ten eerste redengevend dat er geen “absolute” bescherming is, zodat er geen recht is op een pensioen van een “bepaald bedrag”. Ten tweede dat niettemin geldt dat een beperking van de eigendom moet voldoen aan de volgende voorwaarden: 1) bij wet gesteld, 2) de “wezenlijke inhoud” van het recht eerbiedigen en 3) met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang.

- **De toepassing op invaren materieel**

0 Besluit sociale partners (of toch niet?). Voorop stel ik het volgende. Het invaarbesluit zal naar huidige inzichten door de sociale partners worden genomen en alleen wettelijk worden gefaciliteerd. Daarmee is de taak van de overheid meer op afstand en gericht op vooral het procedureel waarborgen van het genot van het eigendom, zij het dat er een “standaardpad” gericht op invaren wordt afgesproken. Onderbouwde afwijking is nochtans mogelijk. Er wel enige sturing met het “standaardpad” maar geen verplichting tot invaren. Echter volgens de Hoofdlijnennotitie uitwerking Pensioenakkoord³ zal de wetgever ook de rekenmethode en parameters voor het invaren voorschrijven. Daarmee is dit wel een wettelijke instructie, maar nog steeds geen wettelijk besluit dat wordt ingevaren. De sociale partners moeten afwegen of gegeven die instructie het invaren zonder schending van het eigendomsrecht mogelijk is.

I Geen recht bepaald pensioenbedrag. Een vermindering van pensioen op zichzelf is daarom niet strijdig met de eigendomsbescherming. Omzetting naar een eenmalige uitkering door een besluit van cao partijen achtte het EHRM toegestaan. Het enkele feit dat een pensioen onzekerder wordt

² Zie uitspraak EHRM in *Aizpurua*, rov. 50. In gelijke zin EHRM 25 juli 2002, nr. 48553/99 (*Sovtransvto v. Oekraïne*).

³ https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z11754&did=2020D25222.

wegens een ander karakter, is daarom evenmin in strijd met de eigendom te achten.

II Het algemeen belang. Het is in de rechtspraak breed gedragen dat een hervorming van het pensioenstelsel en het zorgen voor duurzame financiering van pensioen een voldoende algemeen belang vertegenwoordigen.⁴ De financiële gezondheid van een onderneming (waaronder begrepen een pensioenfonds) kan van betekenis zijn als maatregel van algemeen belang. Hierbij komt overigens dat een staat een ruime beoordelingsmarge heeft bij het bepalen van hetgeen in het algemeen belang vereist. De aanvaarding van een algemeen belang, zal hier daarom ook geen probleem opleveren.

III Wezenlijke inhoud. Het gaat hier dan om de vraag of de omzetting van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst de inhoud wezenlijk aantast. Dat roept daarom de vraag op wat de wezenlijke inhoud is. Dat is naar mijn stellige overtuiging niet het karakter, maar de aard van het recht en het resultaat. Zowel bij een uitkeringsovereenkomst als een premieovereenkomst is er een periodieke pensioenuitkering. De een is vastgesteld, maar onzeker door kortingsdreiging en waarschijnlijk zonder indexatie. De ander geeft een uitkering die uit de aard onzeker is, maar wegens de mogelijke financiële opzet naar verwachting een vergelijkbaar pensioenresultaat oplevert en meer perspectief op indexatie geeft. De wezenlijke inhoud is hiermee hetzelfde te beoordelen. Nu geen recht bestaat op een bepaald pensioenbedrag en een vermindering als zodanig niet in strijd is met het eigendomsrecht, is ook moeilijk vol te houden dat een omzetting onder genoemde aannames van een vergelijkbaar pensioenresultaat wel strijdig is met het eigendomsrecht.

IV Evenwichtigheid, fair balance. De grens is nog wel dat geen onevenredige benadeling mag optreden. De zorgvuldige weging van de wijze waarop wordt ingevaren zal dit moeten borgen met waar nodig compensatie maatregelen. De toets moet zowel bij invaren zelf gebeuren en de verdeling van het vermogen op dat moment als voor de toekomst gericht op de vraag of onderbrengen in het nieuwe contract van bestaande aanspraken niet neerkomt op onevenredige aantasting van die bestaande aanspraken. Het aandachtspunt bij dit laatste is dat (het ontbreken van) onevenredige benadeling pas op pensioendatum concreet en definitief kan worden vastgesteld. Dit vergt op dat moment een goede beoordeling met ook voldoende (financiële) armslag om dan te compenseren indien dat nodig is. Er moet bij het invaren zelf al duidelijkheid over zijn dat die armslag er te zijner tijd ook zal zijn zodat niet op dat moment wordt geconstateerd dat die armslag ontbreekt. Onderdeel van de invaarafspraken is dat indien nodig “adequaat” zal worden gecompenseerd.

⁴ Zie rov. 92 *YS* arrest.

- **De toepassing op invaren procedureel**

Het bestaande individueel bezwaarrecht wordt geschrapt. In plaats daarvan komt een versterkt collectief bezwaarrecht voor verantwoordings- of belanghebbendenorgaan. Hiernaast komt een transitiecommissie bestaande uit een onafhankelijk voorzitter naast vertegenwoordigers van de sociale partners, welke commissie marginaal kan toetsen en (bindend) kan adviseren. Nu is eerst na te gaan of het bezwaarrecht zelf een eigendomsrecht is. Een vergelijking is mogelijk met de zaak *Sovtransvato* waarin het EHRM oordeelde dat er een inbreuk was op de eigendom door het verwateren van aandelen als gevolg van het uitgeven van nieuwe aandelen waardoor de zeggenschap in de onderneming en de mogelijkheid voor “control its assets” verminderde.⁵ Het doen verwateren van het individueel bezwaarrecht vermindert de invloed op de pensioenaanspraken en op de besteding van het vermogen van pensioenfondsen. Dat betekent niet dat deze inbreuk zonder meer niet kan. Toetsing is nodig aan de genoemde eisen: bij wet voorzien, algemeen belang, geen onevenredige benadeling. Tevens dient voorzien te worden in een “effectieve en eerlijke wijze van geschilbeslechting” door gerechten.⁶ Waar leidt dit toe?

I wegnemen individueel bezwaar. Dit als gezegd niet per definitie onmogelijk. Een zwaardere medezeggenschap voor met name ex-deelnemers en gepensioneerden (die niet als vanzelfsprekend aan de cao tafel zitten), zou het eigendomsrechtelijk wel sterker maken. Een instemmingsrecht van een bepaalde meerderheid, zie als spiegel art. 90a Pensioenwet voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten, zou dan zijn te overwegen. Dat moet natuurlijk wel afgewogen worden tegen de bezwaren die verbonden zijn aan het niet collectief invaren.

II geschilbeslechting. In ieder geval moet een effectieve toegang tot de rechter of een ander volledig onafhankelijk college zijn ter beoordeling van de invaarbepaling. Een commissie met hoofdzakelijk vertegenwoordigers van sociale partners die bovendien alleen marginaal mag toetsen is niet voldoende.

- **Toekomstverwachting en eigendom**

Art. 1 EP geeft geen recht om eigendom te verwerven, maar onder omstandigheden kan een “legitimate expectation” een eigendom zijn, indien gebaseerd op een “legal act” of “legal provision”. Er moet meer zijn dan een hoop, meer dan een “arguable claim” en meer dan een voorwaardelijk recht dat niet toegekend wordt omdat aan de voorwaarden niet wordt voldaan.⁷ Een legitimate expectation is aanvaard indien op bestaande wetgeving een vordering is ingediend maar waarop nog niet was besluit en een wetwijziging de vordering illusoir maakt.⁸

⁵ EHRM 25 juli 2002, nr. 48553/99 (*Sovtransvto v. Oekraïne*), rov. 92.

⁶ EHRM 25 juli 2002, nr. 48553/99 (*Sovtransvto v. Oekraïne*)

⁷ EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Belane Hangy v. Hongaary*)

⁸ EHRM 28 september 2004, nr. 44912/98 (*Kopecy v. Slovakia*), EHRM 6 oktober 2005, nr. 1513/03 (*Draon v France*).

	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Toepassing op wijziging methodiek</u> Nu is de verwachting omtrent toekomstige opbouw of premiebetaling niet zonder meer onder de eigendomsbescherming te brengen. Dat wordt anders wanneer de wijziging vooral personen van een bepaalde leeftijd benadeelt. Dat is het geval. De overstap op vlakke premies is vooral nadelig voor de werknemer van een bepaalde leeftijd. Omdat aldus de wijziging mogelijk een aspect van verboden leeftijd onderscheid heeft, kan er in zoverre ook sprake zijn van een eigendomsinbreuk. Ook hier geldt dat dit mag, mits bij wet voorzien, in een algemeen belang en zonder onevenredige benadeling. Vooral het laatste zal een relevant aspect van toetsing zijn. In de Hoofdlijnennotitie uitwerking Pensioenakkoord is aangegeven dat hier adequate compensatie voor zal moeten komen. Zonder dat zal hier sprake zijn van aantasting van eigendom.
Conclusie	<ul style="list-style-type: none"> • Pensioen is een eigendomsrecht • Regulering mag bij wet, in het algemeen belang en zonder onevenredige benadeling of aantasting van het wezen van de eigendommen • Noodzakelijk is dat dit laatste wordt voorkomen door adequate compensatie • En bovendien effectieve bescherming door de onafhankelijke rechter of vergelijkbare instelling • Voor een beroep op het Handvest geldt nog specifiek dat het Unierecht ten uitvoer moet worden gebracht. Dat lijkt op zich niet het geval te zijn bij invaren, maar kan via een beroep op ongelijkheid (naar geslacht of leeftijd) toch wel het geval zijn.
Oplossing – wetgever	<ul style="list-style-type: none"> - Stel duidelijk regels als guidance voor de wijze (financieel, rekenkundig) waarop het invaren mag gebeuren - Hetzelfde voor de compensatie van benadeling door wijziging van de methodiek van opbouw van aanspraken - Verplicht bij wet om adequaat te compenseren, bij invaren of bij pensioeningang, en stel regels die moeten borgen dat hiervoor (alsdan) ook middelen aanwezig zullen zijn - Overweeg of in plaats van individueel bezwaarrecht een vorm van directe medezeggenschap van belanghebbende mogelijk is - Voorzie in ieder geval niet in drempels voor beoordeling door de onafhankelijke rechter, mogelijk wel tezamen met het inrichten van een (niet bindende) alternatieve procedure samengesteld uit volkomen onafhankelijke deskundigen op financieel, actuariael en juridisch terrein.
Verdere vindplaatsen	<ul style="list-style-type: none"> - E. Lutjens, “Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – <i>invaren is niet juridisch onhoudbaar</i>”, TPV 2020/20 - M.J.CM. van der Poel, “Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen”, TPV 2018/29 - Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights, “Protection of property”, 31.8.2020 (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf)

Mededingingsrecht	Verplichtstelling
Grondslag in wet-/regelgeving	- art. 101 en 106 VWEU
Onderwerp bij Pensioenakkoord	- De verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en beroepspensioenregeling
Rechtspraak	<ul style="list-style-type: none"> - HvJ EG 21.09.1999 in: <ul style="list-style-type: none"> - <i>Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie</i>; Zaak C-67/96; ECLI:EU:C:1999:430 - <i>Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen</i>. Gevoegde zaken <u>C-115/97</u> tot C-117/9; ECLI:EU:C:1999:434 - <i>Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven</i>. Zaak C-219/97; ECLI:EU:C:1999:437 - HvJ EG 12.09.2000, <i>Pavel Pavlov e.a. tegen Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten</i>. Gevoegde zaken <u>C-180/98</u> tot C-184/98; ECLI:EU:C:2000:428
Onderwerp bij Pensioenakkoord	<ul style="list-style-type: none"> • <u>De normen</u> De normen komen neer op het volgende: <ul style="list-style-type: none"> - Afspraken gericht op verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers vallen uit de aard buiten het mededingingsrecht - Afspraken voor zelfstandigen vallen binnen het mededingingsrecht, maar zijn daar niet mee in strijd indien de mededinging niet merkbaar is beperkt - Een uitsluitend recht (zoals verplichtstelling) mag aan een onderneming (waaronder begrepen het pensioenfonds) toegekend worden indien dit noodzakelijk is om de aan die onderneming toegekende Dienst van Algemeen Economisch Belang te verrichten (de DAEB uitzondering) • <u>Uitspraken</u> In de aangehaalde uitspraken heeft het Hof geoordeeld dat de verplichtstelling voor een bedrijfstakpensioenfonds resp. beroepspensioenfonds binnen de DAEB-uitzondering valt wegens het sociale doel (aanvulling pensioen op lage AOW) en er goede en slechte risico's (rendabele en onrendabele diensten) zonder enige vorm van selectie geaccepteerd worden binnen de regeling met solidariteits-elementen. Zonder verplichtstelling zou voor met name kleine en middelgrote ondernemingen de pensioenregeling niet meer op een economische aanvaardbare manier uitgeoefend kunnen worden. • <u>Solidariteit</u> Een wezenlijk punt is of er een mate van solidariteit aanwezig is die de verplichtstelling noodzakelijk doet zijn. Dat is nu het geval met de doorsneemethodiek, maar dat is geen noodzakelijk vereiste. Voldoende solidariteit kan ook blijken uit onder meer intergenerationele solidariteit, een solidariteitsbuffer, dekking tegen arbeidsongeschikt, geen premie, wel

	<p>recht, gecombineerd met het sociale beleidsdoel van verkleining van de witte vlek en daarmee de acceptatieplicht. Dat acht ik voldoende voor houdbaarheid van de verplichtstelling Hier komt bij dat de toetsing aan de noodzakelijkheid vooral ook gelegen is in argumentatie, die wel aannemelijk een onderbouwing geeft, vooraf. Er is immers geen bewijs uit de praktijk zonder verplichtstelling, anders dan dat het witte vlekkenonderzoek aantoont dat dan vooral kleinere werkgevers eerder geen pensioenregeling zullen aanbieden.</p> <p>De solidariteit bij de Wet verbeterde premieregeling in meest kale variant is beperkt. Door aanvullingen met solidariteitspremie of solidariteitsbuffer zal ook hier de verplichtstelling houdbaar geacht kunnen worden te zijn.</p>
Conclusie	<ul style="list-style-type: none"> • Bij een voldoende mate van solidariteit zal de verplichtstelling houdbaar zijn. De doorsneemethodiek is hiervoor niet noodzakelijk.
Oplossing – wetgever	<ul style="list-style-type: none"> - De wetgeving moet duidelijk maken dat een pensioenfonds binnen het nieuwe contract voldoende solidariteitselementen in de regeling kan opnemen - Het direct bij wet voorschrijven van een bepaalde vormgeving van solidariteit is hiervoor niet noodzakelijk
Verdere vindplaatsen	<ul style="list-style-type: none"> - Als bijlage bij de stukken ten aan de uitwerking van het Pensioenakkoord ten grondslag liggen bevindt zich een uitgebreide notitie van mij / E. Lutjens over de houdbaarheid van de verplichtstelling. Ter aanvulling op voorgaande argumentatie verwijs ik hier naar: https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z11754&did=2020D25222.

Gelijke behandeling leeftijd	Ongelijke waarde premies, voortzetten ongelijke premies, verdeling vermogen
Grondslag in wet-/regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 3, 7, 8 WGBLA - Art. 6 richtlijn 2000/78 voor algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep
Onderwerp bij Pensioenakkoord	<ul style="list-style-type: none"> - De ongelijke waarde van premies - De ongelijke premie in geval van overgangsrecht inhoudende het voortzetten van stijgende premies waar dat nu bestaat - De ongelijke toedeling van rendementen en aanwenden solidariteitsbuffer
Rechtspraak	<ul style="list-style-type: none"> - HvJ 28.8.1994, zaak C-200/91 (<i>Coloroll</i>) - HvJ EU 26.09.2013, zaak C-476/11 (<i>Experian</i>)
Belemmering voor pensioenakkoord	<ul style="list-style-type: none"> • <u>De normen</u> De norm van gelijke behandeling op grond van leeftijd houdt in dat geen leeftijd onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden mag plaatsvinden. • <u>De inhoud van de arbeidsvoorwaarde</u> Dat roept de vraag op wat de arbeidsvoorwaarde is: alleen de toezegging van de premie of ook andere elementen als de te verkrijgen waarde van pensioen en de verdeling van rendementen? De Hoofdpijnnotitie uitwerking pensioenakkoord houdt in dat de premie de beloning is zodat “geen sprake van leeftijds onderscheid” is bij de premie. Dat klopt op zich. De vraag is of hier niet ruimer naar gekeken moet worden, zowel vanuit het concept beloning als vanuit het concept arbeidsvoorwaarde. De premie is namelijk niet een premie <i>sec</i>, maar een premie voor een adequaat pensioen. De opbrengst van de premie in de vorm van de waarde en bij toedeling van rendementen en de buffer kunnen onder het bredere concept van de pensioenregeling als geheel onder het begrip arbeidsvoorwaarde worden gebracht. Dat kan te meer een aanname zijn omdat evident is dat er in waarde en toedeling leeftijdsongelijkheden zitten en de opbrengst van de premie derhalve per leeftijd verschillend is. • <u>Rechtvaardiging</u> Leeftijd onderscheid kan worden gerechtvaardigd. De toets elementen zijn: - redelijk doel, - geschikt middel, - noodzakelijk/proportioneel (en geen ander middel). Hierbij is ook in aanmerking te nemen dat de lidstaten een brede beoordelingsmarge hebben bij het realiseren van doelstellingen van sociaal beleid. - <i>Ongelijke waarde.</i> De ongelijke waarde van de premie wordt – zie ik het goed – gerechtvaardigd met het argument dat het eigen profijt van de premie eerlijker is en beter aansluit bij de arbeidsmarkt. Voor het eerste kan ook een stijgende premie in een premieovereenkomst worden gehanteerd. Voor de arbeidsmarkt

	<p>vind ik de onderbouwing van geschiktheid niet overtuigend. Een argument is dat de regeling voor ouderen niet te duur mag zijn, want zou nadelig zijn voor de positie op de arbeidsmarkt. Dat bij de huidige regelingen met stijgende premies – ook dan zijn oudere werknemers duurder - dat effect is gebleken, heb ik nog niet aangetoond gezien. Een ander argument is dat de huidige doorsneemethodiek ongunstig zou zijn voor werknemers die zelfstandig worden en dan niet meer het voordeel van de lage doorsnee premie hebben. Of het nadeel van de lage vlakke premie gezien de leeftijd hun positie beter maakt, is nog niet onderbouwd. Het zou kunnen vallen binnen de ruime beoordelingsmarge.</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Onderscheid toedeling vermogen.</i> Het argument dat hier als rechtvaardiging wordt genoemd is bescherming tegen dalingen van het pensioen en daarom niet volledig profiteren van voordelen. Bescherming kan een rechtvaardigingsgrond zijn. De vraag is of dat opgaat indien er jaar na jaar alleen maar een plus is te verdelen (waarbij oudere werknemers dan minder toebedeeld krijgen) en ook is de vraag of een verplichte bescherming passend is en hier geen keuze geboden moet worden. De eenvoud van generieke maatregelen zal behoudens gevallen van ernstige benadeling dunkt mij desondanks wel houdbaar zijn. Niettemin zou een keuzerecht hier de regeling meer aanvaardbaar maken. - <i>Ongelijke premies in overgangsrecht.</i> De “zittende” werknemers hebben hierdoor vanaf een bepaalde leeftijd recht op een hogere premie dan nieuwe deelnemers. Zittende werknemers zullen veelal oudere werknemers zijn zodat hier leeftijd ongelijkheid ontstaat. Het gegeven van overgangsrecht gecombineerd met de regel dat onderscheid op basis van nieuwe regelgeving in het algemeen toegestaan is, acht ik hier een voldoende rechtvaardiging.
<p>Conclusie</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Op diverse punten is sprake van leeftijd onderscheid. • Dat kan gerechtvaardigd worden. • Die rechtvaardiging acht ik bij deugdelijke onderbouwing in de toelichting mogelijk bij de toedeling van vermogens en bij het overgangsrecht. • Bij de ongelijke waarde van de premie vraag ik mij af of de argumentatie voldoende steekhoudend en onderbouwd is om de ongelijkheid acceptabel te acht. Dat zou gelet op de ruime beoordelingsmarge die een staat heeft wel het geval kunnen zijn, hoewel ik de onderbouwing nog niet overtuigend acht. Hierbij neem ik wel het uitgangspunt dat de arbeidsvoorwaarde breder is dan alleen de betaalde premie. Op dit laatste is geen ongelijkheid.
<p>Oplossing – wetgever</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Bij alle aspecten zal de rechtvaardiging goed onderbouwd moeten worden

	<ul style="list-style-type: none">- Indien de arbeidsvoorwaarde breder wordt uitgelegd dan alleen de premie sec, heeft naar mijn oordeel de ongelijkheid bij de waarde van de premie een geloofwaardiger onderbouwing dan tot nu het geval is.
Verdere vindplaatsen	-----

Nationaliteit	
Verplichtstelling en invaren	
Grondslag in wet-/regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 21 Handvest Grondrechten EU - Art. 18 VWEU
Onderwerp bij Pensioenakkoord	<ul style="list-style-type: none"> - Aangevoerd is dat de verplichtstelling onderscheid maakt naar nationaliteit doordat buitenlandse instellingen de verplichtstelling niet kunnen uitvoeren - En dat de opties voor invaren om dezelfde reden onderscheid naar nationaliteit maakt
Rechtspraak	
Belemmering voor pensioenakkoord	<ul style="list-style-type: none"> • <u>De normen</u> De regel van art. 21 lid 2 Handvest luidt: “Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden.”. De tekst van art. 18 VWEU stemt hiermee overeen. • <u>Uitwerking</u> Om op deze bepalingen een beroep te kunnen doen is niet als bij eigendom vereist dat een bepaling van het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht.⁹ Dat is bij de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds niet het geval. Het gaat hier om een regulering van de toegang tot het arbeidspensioen, waar de EU geen regels stelt. Sterker volgens richtlijn 2016/2341 (de IORP-richtlijn) zijn grensoverschrijdende activiteiten van pensioenfondsen toegestaan, dit “onverminderd het nationale sociale en arbeidsrecht op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, waaronder verplichte deelneming ...”. Hieruit volgt expliciet dat een stelsel van verplichte deelneming specifiek toegestaan is binnen de richtlijn die juist – mede – beoogt om grensoverschrijdende uitvoering door buitenlandse pensioeninstellingen (van Nederlandse pensioenregelingen) mogelijk te maken. Dat de verplichtstelling zich uitsluitend richt op Nederlandse pensioenfondsen is daarom niet alleen toegestaan, maar ook gerechtvaardigd. De verplichtstelling vestigt voor werkgevers en werknemers een wettelijke deelneming aan een pensioenregeling. Zowel toezicht hier op als naleving hiervan ten aanzien van buitenlandse instellingen is praktisch veel lastiger, waar nog bij komt dat buitenlandse instellingen niet zijn gebonden aan Nederlandse organisatie regels (als governance inrichting van een pensioenfonds). De bescherming zou daarom niet geborgd kunnen worden op dezelfde manier. Voor de volledigheid merk ik op dat in de uitspraak van het HvJ EU in de Oostenrijkse zaak <i>Y</i> ook aan art. 21 Handvest werd getoetst (maar dan lid 1), maar geen schending werd aangenomen

⁹ Zie ook HvJ EU 7 november 2019, Zaak C-80/18 inzake toepassing van art. 21 Handvest.

	om er een gerechtvaardigd onderscheid werd gemaakt, dit ter illustratie dat ook een schending van art. 21 Handvest door – kort gezegd – goede redenen kan worden gerechtvaardigd.
Conclusie	<ul style="list-style-type: none"> • De verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds maakt geen verboden onderscheid naar nationaliteit.
Oplossing – wetgever	<ul style="list-style-type: none"> - Aangezien hier geen strijdigheid met het recht aanwezig is, is geen oplossing nodig - Hooguit zou nog eens ingegaan kunnen worden in de toelichting op de redenen waarom het uit beschermingsoogpunt niet gewenst is dat Belgische, Grieks, Litouwse, Hongaarse enz. pensioeninstellingen de verplichtstelling kunnen uitvoeren.
Verdere vindplaatsen	-----

Vrijheid ondernemerschap	
Het pensioencontract	
Grondslag in wet-/regelgeving	- Art. 16 Handvest Grondrechten van de EU
Onderwerp bij Pensioenakkoord	- Er wordt een bepaald pensioencontract voorgeschreven zodat de keuze voor een andere regeling weggenomen is
Rechtspraak	- HvJ EU 24.09.2020, C-223/19 (<i>YS</i>)
Belemmering voor pensioenakkoord	<ul style="list-style-type: none"> • <u>De normen</u> Art. 16 Handvest erkent de vrijheid van ondernemerschap en luidt: “De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. • <u>Uitwerking</u> Door het opleggen van beperkingen aan de vrijheid om de pensioenregeling zelf te bepalen, wordt de vrijheid van ondernemerschap geraakt. In het <i>Y</i> arrest over de Oostenrijkse zaak was dit artikel ook aan de orde doordat de ondernemer verplicht werd een deel van het contractueel overeengekomen pensioen een andere bestemming te geven. De vrijheid van ondernemerschap heeft betrekking op het overeenkomen van de prijs van een prestatie of meer algemeen gezegd de contractsvrijheid.¹⁰ De verplichting om een pensioen te betalen dat lager is dan contractueel overeen is gekomen, is dan ook een beperking van de contract- en ondernemingsvrijheid (rov. 87 arrest <i>Y</i>). Maar net als over eigendom oordeelt het Hof dat die vrijheid “geen absolute gelding” heeft en er kunnen in het algemeen belang beperkingen worden gesteld, ook hier indien bij wet voorzien en in het algemeen belang zonder dat de wezenlijke inhoud van de rechten uit het Handvest wordt aangetast. Wat betreft de wezenlijke inhoud ging het in de Oostenrijkse wetgeving om een “slechts (...) zeer gedeeltelijke ontneming van de betaling van de bedrijfspensioenen” en was deze in het algemeen belang van duurzame financiering van de pensioenen. • <u>Wezenlijke aantasting?</u> Er geldt bij het Pensioenakkoord dat niet een beperkt deel van de pensioenafspraken bij wet gereguleerd gaat worden, maar het geheel van de afspraken. Weliswaar zal nog steeds een pensioenafpraak mogelijk zijn, maar in afwijkende vorm. Niet alleen het Handvest, maar ook ILO Verdragen en het EVRM die de vrijheid van onderhandelen van de sociale partners belichamen, komen onder druk te staan. De verzachtende omstandigheid hier is dat het Pensioenakkoord gedragen wordt door de sociale partners en de wetgeving daar in feite alleen uitwerking aan geeft. Dat kan voldoende zijn om binnen de randen van de ILO Verdragen en het

¹⁰ HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Oostenrijk*).

	<p>EVRM te blijven. Voor art. 16 Handvest is van betekenis dat het HvJ EU heeft geoordeeld dat de vrijheid van ondernemerschap in het licht van de maatschappelijke functie moet worden gezien en daar kunnen beperkingen uit volgen. Daar verbond het Hof de conclusie aan: “kan door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld.”¹¹ Dan komt het vervolgens aan op de evenredigheid van de maatregel en dat vereist volgens vaste rechtspraak van het Hof “dat handelingen van de instellingen van de Unie niet verder gaan dan wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.”¹²</p> <p>Gegeven de beoordelingsmarge zal het doel van algemeen belang wel te onderbouwen zijn. Een mindere maatregel zal de beoogde doelen naar stellige verwachting niet realiseren. In het licht van de doelstellingen, kan het ingrijpen in de contractsvrijheid bij de inhoud van pensioenregelingen naar mijn visie verdedigbaar worden geacht.</p>
Conclusie	<ul style="list-style-type: none"> • Hoewel er een tamelijk vergaande inperking is van de contractsvrijheid, kan dit gelet op de doelstellingen van algemeen belang naar mijn visie toch gerechtvaardigd worden.
Oplossing - wetgever	<ul style="list-style-type: none"> - Een goede toelichting welk doel wordt ingevuld, waarom deze beperking van de contractsvrijheid nodig is om het doel te bereiken en waarom dit niet met andere middelen kan is noodzakelijk
Verdere vindplaatsen	-----

¹¹ HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich*), rov. 46.

¹² Arresten van 8 juli 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, Jurispr. blz. I-7027, punt 45, en 23 oktober 2012, *Nelson e.a.*, C-581/10 en C-629/10, punt 7.

Bijlage I: tekst en toelichting art. 1 EP en art. 17 Handvest

EVRM en Handvest tekst vergeleken

Art. 1 Eerste Protocol EVRM

- 1. 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
- 2. 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

Art. 17 Handvest Grondrechten EU

- 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.

Toelichting:

Geen inhoudelijk verschil

- 1) De teksten komen grotendeels overeen. De grijs, blauw, lichtgroen en geel gemarkeerde delen zijn inhoudelijke samenvallende teksten. De donkergroene tekst staat alleen in art. 17 Handvest, niet in art. 1 EP. Over de betekenis hiervan hieronder nader.
- 2) Uit de toelichting op het Handvest blijkt dat art. 17 Handvest overeenstemt met art. 1 EP (PbEU C 3030/24 van 17 december 2007). Er is met andere woorden ook geen verschil beoogt. Art. 52 lid Handvest bepaalt dat de inhoud en reikwijdte van rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten uit het EVRM “dezelfde” zijn.

Geen fundamenteel procesueel verschil

- 3) Een verschil is dat in private rechtsbetrekkingen wel een direct beroep op art. 17 Handvest mogelijk is, maar niet op art. 1 EP. Feitelijk is dit niet een echt verschil omdat nationale rechtspraak in ruime mate in private betrekkingen de eigendomsnormen van art. 1 EP toepast.

Drie regels: Genieten, ontnemen en reguleren

- 4) De artikelen bevatten drie regels:
 - (1) Het recht het genot te hebben van eigendom (bezitten, gebruiken)
 - (2) De mogelijkheid eigendom te ontnemen
 - (3) De regels over regulering van de eigendom

Bij wet en in algemeen belang

- 5) Voor beide is vereist: 1) regeling bij wet, 2) in het algemeen belang.

Compensatie?

- 6) Voor het ontnemen voegt art. 17 Handvest toe dat het verlies op billijke wijze wordt vergoed. Dit geldt ook op grond van art. 1 EP voor ontnemen van eigendom blijkens rechtspraak.
- 7) Voor het reguleren stelt art. 1 EP geen verdere eisen; ook art. 17 Handvest stelt hier geen verdere eisen (ook niet van op billijke wijze vergoeden).

Geen onevenredige benadeling/behouden wezenlijke inhoud

- 8) Blijkens de rechtspraak zijn er echter wel grenzen aan de regulering.
- 9) Het EHRM eist dat er geen onevenredige benadeling is en er een “fair balance” aanwezig is.
- 10) Het HvJ EU heeft geoordeeld dat een regulering van de eigendom de “wezenlijke inhoud” van de eigendom moet eerbiedigen en met inachtneming van het “evenredigheidsbeginsel” noodzakelijk moet zijn.
- 11) Er lijkt geen inhoudelijk werkelijk verschil in de betekenis van deze normen te liggen.

Waarborgen tegen inbreuken door derden

- 12) Indien niet de overheid bij wet, maar private partijen, bijvoorbeeld bij cao, de eigendom reguleren kan er ook een overheidsverantwoordelijkheid aanwezig zijn. De overheid heeft immers de taak ook dan te waarborgen dat de eigendom geëerbiedigd wordt, met inachtneming van de vrijheid die andere partijen hebben hun rechtsbetrekking zelf binnen de grenzen van het recht in te vullen.

Bijlage II: arrest Y overwegingen over eigendom

(tekst accent toegevoegd)

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

24 september 2020 (*)

In zaak C-223/19,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Landesgericht Wiener Neustadt (rechter in eerste aanleg Wiener Neustadt, Oostenrijk) bij beslissing van 11 maart 2019, ingekomen bij het Hof op 13 maart 2019, in de procedure

YS

tegen

NK

- 90 In de derde plaats dient met betrekking tot artikel 17, lid 1, van het **Handvest**, waarin het recht op eigendom is erkend, in herinnering te worden gebracht dat de door die bepaling geboden bescherming ziet op alle rechten met een vermogenswaarde waaruit vanuit het oogpunt van de rechtsorde een verworven rechtspositie voortvloeit waardoor die rechten door en ten gunste van de rechthebbende autonoom kunnen worden uitgeoefend (zie in die zin arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 34).
- 91 Aangenomen moet worden dat de sluiting van een overeenkomst betreffende een bedrijfspensioen een vermogensbelang bij de rechthebbende op dat pensioen doet ontstaan. Voorts wordt het genoemde vermogensbelang aangetast doordat de betrokken onderneming een gedeelte van het contractueel overeengekomen bedrag inhoudt en doordat de contractueel bedongen indexering buiten toepassing wordt gelaten. Het door artikel 17, lid 1, van het **Handvest** **gewaarborgde recht heeft evenwel geen absolute gelding**, zodat het **niet aldus kan worden uitgelegd dat het een recht op een pensioen van een bepaald bedrag doet ontstaan** (zie in die zin arrest van 13 juni 2017, Florescu e.a., C-258/14, EU:C:2017:448, punten 50 en 51).
- 92 Niettemin moet elke beperking van het recht op eigendom – zoals uit punt 88 van het onderhavige arrest volgt – bij wet worden gesteld, **de wezenlijke inhoud van dat recht eerbiedigen alsook met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang die worden erkend door de Unie**. De beperkingen van de pensioenrechten in het hoofdgeding zijn bij wet gesteld. Bovendien beperken zij slechts een gedeelte van het totale bedrag van de betreffende pensioenen in de vorm van een „directe prestatietoezegging”, zodat zij niet kunnen worden geacht de wezenlijke inhoud van die pensioenrechten aan te tasten. Daarnaast lijken deze beperkingen, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, noodzakelijk te zijn en daadwerkelijk te beantwoorden aan de doelstellingen van algemeen belang die bestaan in de duurzame financiering van de door de staat gefinancierde ouderdomspensioenen en in de verkleining van het verschil tussen de niveaus van die pensioenen.

Bijlage III: arrest Y overwegingen over vrijheid ondernemerschap

(tekst accent toegevoegd)

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

24 september 2020 (*)

In zaak C-223/19,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Landesgericht Wiener Neustadt (rechter in eerste aanleg Wiener Neustadt, Oostenrijk) bij beslissing van 11 maart 2019, ingekomen bij het Hof op 13 maart 2019, in de procedure

YS

tegen

NK

- 88 De vrijheid van ondernemerschap heeft echter geen absolute gelding, maar moet in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd en kan worden onderworpen aan overheidsmaatregelen waarmee in het algemeen belang beperkingen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van de economische activiteit. Bovendien moet volgens artikel 52, lid 1, van het **Handvest** elke beperking op de uitoefening van de in dit **Handvest** erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld alsook de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen, en moet zij met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Europese Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (zie in die zin arrest van 4 mei 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, punten 157-160).
- 89 In dit verband moet worden geconstateerd dat de in punt 87 van het onderhavige arrest vermelde beperking van de contractvrijheid bij wet is gesteld, alsook dat zij de wezenlijke inhoud van deze vrijheid eerbiedigt aangezien zij slechts leidt tot een zeer gedeeltelijke ontneming van de betaling van de bedrijfspensioenen waarover de betrokken onderneming en haar werknemers hadden onderhandeld en waarover zij overeenstemming hadden bereikt. Daarbij komt dat deze ontneming – onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – beantwoordt aan de doelstellingen van algemeen belang die bestaan in de duurzame financiering van de door de staat gefinancierde ouderdomspensioenen en in de verkleining van het verschil tussen de niveaus van die pensioenen. Ten slotte moet, zoals blijkt uit de punten 61 tot en met 66 van het onderhavige arrest, worden geoordeeld dat de genoemde beperking van de contractvrijheid het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, zodat zij niet in strijd is met artikel 16 van het **Handvest**.

000000