



Position paper – Juridische aspecten Pensioenakkoord

Prof. Erik Lutjens

*In verband met rondetafel gesprek Commissie SZW van de Tweede Kamer
Pensioenakkoord 2020 - Juridisch aspecten*

Datum deze position paper: 27 oktober 2020

Datum rondetafel gesprek: 4 november 2020

Deze Position Paper adresseert juridische vraagstukken betreffende het Pensioenakkoord. Op deze pagina geef ik een overzicht waar welke juridische vragen kunnen spelen. Dat werk ik in de hierop volgende pagina's uit.

• Welke juridische leerstukken kunnen van belang zijn en bij welk deelonderwerp?

Leerstuk	Onderwerp
Bescherming eigendom	<ul style="list-style-type: none"> - Invaren (incl. bezwaarrecht) - Wijzigen doorsneemethodiek
Mededingingsrecht	<ul style="list-style-type: none"> - Verplichtstelling bedrijfstakpensioenfondsen
Gelijke behandeling op grond van leeftijd	<ul style="list-style-type: none"> - Leeftijdsafhankelijke waarde premie - Overgangsrecht in voor continueren regelingen met actuariële premies - Verdeling vermogen/rendement

Om binnen de verzochte beperkte omvang te blijven is de uitwerking hierna zo kort mogelijk gehouden, dit met name voor het onderwerp mededingingsrecht en – in mindere mate – voor het onderwerp gelijke behandeling. Er zijn drie (3) bijlagen van elk een (1) pagina toegevoegd.

Prof. dr. Erik Lutjens
Hoogleraar Pensioenrecht
 Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid
 Expertisecentrum Pensioenrecht
 (020) 59 86268 | 06 52 418408
 | e.lutjens@vu.nl
 | www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht
 Bezoekadres: Gebouw Initium, De Boelelaan 1077, 1081 HV Amsterdam |
 Postadres: De Boelelaan 1105, 1081 HV Amsterdam

Position Paper Pensioenakkoord – *Juridische aspecten*

• Bescherming eigendom

Vooraf: arbeidspensioen is eigendomsrecht

Het is een “no brainer” dat door premiebetaling verworven pensioen een vermogenswaarde vormt die onder het eigendomsrecht valt. Zie voor EVRM uitspraak EHRM 2 februari 2020, nr. 43430 (*Aizpurua/Ortiz*) over bij Spaanse cao toegekend pensioen en voor Handvest HvJ EU 24 september 2020, zaak C-223/19 (*YS/NK AG*) over een Oostenrijkse bedrijfspensioenovereenkomst.

Rechtsbronnen

Er zijn twee belangrijke rechtsbronnen: 1) art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM¹ en 2) art. 17 Handvest van de grondrechten van de EU².

De teksten van deze bepalingen verschillen fractioneel, maar stemmen inhoudelijk overeen. Zie voor een tekstvergelijking *bijlage 1* bij deze paper. Ook in de rechtsbescherming is er geen wezenlijk verschil (de rechter past het EVRM in particuliere verhoudingen bij reflexwerking toe). Een verschilpunt is wel dat voor een beroep op het Handvest enkel mogelijk is bij tenuitvoerlegging van het Unierecht (art. 51 Handvest).³

De niveaus van bescherming

De bescherming richt zich op:

I wettelijke maatregelen, namelijk: I.a. ontnemen van eigendom en I.b. reguleren van eigendom. II maatregelen (inbreuken) in private verhoudingen.

Eisen aan bescherming

De vaste criteria voor ontneming of regulering zijn er drie:

(1) Bij wet voorzien; (2) algemeen belang; (3) geen aantasting wezen van het recht en evenredig (een “fair balance” tussen doel en maatregel).

Toepassing

Instructief en illustratief zijn de overwegingen uit het arrest YS/NK AG. De kernoverwegingen zijn opgenomen in *bijlage 3*. De essentiële elementen hier uit zijn:

- Er bestaat geen aanspraak op een pensioen van een bepaald bedrag (rov. 91);
- De onderhavige maatregel (verlaging pensioen) betreft slechts een deel van het pensioen en tast de “wezenlijke inhoud” van de pensioenrechten niet aan (rov. 92);
- De eigendomsbescherming verzet zich niet tegen de onderhavige pensioenverlaging (rov. 93);
- Maar wel met de maatregel voldoen aan evenredigheidsbeginsel (rov. 92).

Gevolge voor invaren

Hier is ten eerste geen wettelijke invaarmaatregel, maar een besluit van sociale partners. Dat betekent dat hier meer vrijheid van beoordeling is, omdat het grondrecht van onderhandelen door sociale partners in het geding is.⁴

Ten tweede geldt wat betreft de inbreuk: een in beginsel vastgestelde uitkering, maar feitelijk onderhevig een kortingsdreiging en geen/beperkte indexatie, wordt omgezet in een in waarde in beginsel gelijke aanspraak met ook kortingsdreiging, maar tevens een realistisch ingeschatte kans

¹ https://wetten.overheid.nl/BWBV0001001/1998-11-01#Verdrag_2.

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

³ In het aangehaalde US/NK AG arrest overweegt het Hof dat van belang is dat “het Unierecht op het betreffende gebied specifieke verplichtingen aan de lidstaten oplegt” (rov. 79). Het Hof verwijst naar het arrest Hernandez, waarvan de centrale overwegingen voor het begrip in *bijlage 2* bij deze paper zijn opgenomen.

⁴ Zie EHRM 2 februari 2020, nr. 43430 (*Aizpurua/Ortiz*).

op indexatie. Er is geen ontneming, maar anders inrichten. Indien dit evenwichtig gebeurt met mogelijkheid van onafhankelijke toetsing, verzet de eigendomsbescherming zich niet.

Andere elementen (bezwaarrecht, doorsneemethodiek)

Hiervoor geldt dat het wettelijke maatregelen zijn. De vraagstukken zijn hetzelfde. Indien het evenwicht gedaan wordt met bescherming, verzet de eigendomsbescherming zich niet.

Conclusie

Bij evenwichtige besluitvorming zonder onevenredig nadeel, waarvoor in de wetgeving handvatten kunnen zijn opgenomen, zal het eigendomsrecht zich niet verzetten tegen invaren.

• Mededingingsrecht

Over het mededingingsrecht heb ik een uitvoerige analyse opgesteld, die als bijlage bij de brief met stukken over Pensioenakkoord is gevoegd (Bijlage bij Kamerstuk 32043, 519). Daar verwijst ik naar.

De kern is dat er voldoende solidariteit moet zijn voor een mededingingsrechtelijk rechtvaardiging om een exclusief recht aan het bedrijfstakpensioenfonds toe te kennen. Die rechtvaardiging is te vinden in de combinatie van de doelstelling van opbouw van een pensioen naast de AOW, de bedrijfstakbrede acceptatieplicht, de solidariteitselementen (solidariteitsreserve, opbouw bij arbeidsongeschiktheid, premieovername bij insolventie werkgever).

Conclusie

Gegeven de solidariteitselementen kan de verplichtstelling houdbaar blijven. Een gedegen argumentatie van het belang in de wetsgeschiedenis is dan ook belangrijk.

• Gelijke behandeling op grond van leeftijd

Rechtsbronnen

De rechtsbronnen zijn de EU richtlijn 2000/78 en de implementatie daarvan in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Onderscheid op basis van leeftijd is kort gezegd verbod bij de arbeidsvoorwaarden (waaronder pensioen), tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor is.

Leeftijd onderscheid

Dat er onderscheid op basis van leeftijd wordt gemaakt bij de genoemde punten lijkt het geval.

- Bij de inhoud van de pensioenregeling is weliswaar de primaire toezegging de premie gezien het karakter van een premieovereenkomst, maar deze dient voor verwerving van een vermogenswaarde voor pensioen (die dus lager is voor oudere werknemers) en uiteindelijk een pensioenuitkering. Die elementen kunnen niet met zekerheid los worden gezien van de arbeidsvoorwaarde als geheel.
- Ditzelfde geldt voor de toedeling van vermogens en rendementen.
- Bij overgangsrecht in de vorm van het continueren van regelingen met leeftijd afhankelijke (stijgende) premies is er ongelijkheid met werknemers die in de regeling op basis van een vlakke premie deelnemen.

Rechtvaardigingsgronden

Het komt er dan op aan of er een “goede reden” voor het onderscheid is.

- Bij de inhoud van de pensioenregeling kan de rechtvaardiging zijn gelegen in de argumentatie om over te stappen op het nieuwe pensioenstelsel (arbeidsmarkt, flexibiliteit e.d.).
- Bij de toedeling van vermogens in de bescherming van ouderen tegen te grote negatieve schommeling.
- Bij het overgangsrecht in het behoud van bestaande arbeidsvoorwaarden.

Conclusie

Bij een goede argumentatie en zeker indien de regelingen zijn gebaseerd op besluiten van de sociale partners, kunnen deze argumenten een afdoende rechtvaardiging opleveren.

EINDE TEKST

Bijlage 1 – Eerste Protocol EVRM en Handvest

Eerste Protocol bij EVRM en Handvest Grondrechten EU - tekstvergelijking

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 waaraan 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

De tekstdelen met een overeenkomstige strekking zijn in dezelfde kleur gemarkeerd. De rode tekst staat wel in het Handvest, maar niet in het Eerste Protocol. Dit is geen materieel verschil. Het is in wezen vastleggen van het geen ook voor het Eerste Protocol volgt uit de rechtspraak van het EHRM. De toelichting op het Handvest ondersteunt dit met de overwegingen dat het Handvest de rechten uit het EVRM “bevestigt” en dat slechts de formulering is “gemoderniseerd”. Zie de toelichting in PBEU C 3003/24, 14 december 2007. Zie ook onder meer R.H. Maatman & E.M.T. Huijzer, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 2015/32.

Bijlage 2 – Kernoverwegingen arrest HvJ EU Hernandez (tenuitvoerleggen EU recht)

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer) 10 juli 2014. In zaak C-198/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm (Spanje) bij beslissing van 21 februari 2013, ingekomen bij het Hof op 16 april 2013, in de procedure **Víctor Manuel Julian Hernández, (en anderen)**

- 32 Opgemerkt moet worden dat deze bepalingen van Spaans recht moeten worden beoordeeld in het licht van artikel 20 van het Handvest, voor zover zij binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/94 vallen. Artikel 51, lid 1, van het Handvest bepaalt immers dat de bepalingen van het Handvest aan de lidstaten zijn gericht uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Volgens de bewoordingen van het tweede lid van dit artikel, breidt het Handvest het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken en „schept [het] geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie, [en] wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken niet”. Het Hof moet het recht van de Unie dus binnen de grenzen van de aan hem toegekende bevoegdheden in het licht van het Handvest uitleggen (arresten *McB.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punt 51; *Dereci e.a.*, C-256/11, EU:C:2011:734, punt 71, en *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126, punt 20).
- 33 Zoals blijkt uit de toelichting bij artikel 51 van het Handvest, die volgens artikel 52, lid 7, ervan naar behoren in acht moet worden genomen, bevestigt het in artikel 51 gebruikte begrip „ten uitvoer brengen” de vóór de inwerkingtreding van het Handvest ontwikkelde rechtspraak van het Hof over de toepassing van de grondrechten van de Unie als algemene rechtsbeginselen van het Unierecht (arresten *Wachauf*, 5/88, EU:C:1989:321; *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, en *Annibaldi*, C-309/96, EU:C:1997:631). Volgens deze rechtspraak geldt de verplichting voor de lidstaten om de in het kader van de Unie vastgestelde grondrechten te eerbiedigen alleen wanneer zij optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie (zie in die zin arrest *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punt 18).
- 34 Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat het begrip „ten uitvoer brengen van het Unierecht” in de zin van artikel 51 van het Handvest vereist dat er een zeker verband bestaat tussen de Unierechtelijke handeling en de betrokken nationale maatregel, dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere (zie in die zin de vóór de inwerkingtreding van het Handvest gewezen arresten *Defrenne*, 149/77, EU:C:1978:130, punten 29-32; *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, punten 16 en 17; *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709, punt 75, en arrest *Siragusa*, EU:C:2014:126, punt 24).
- 35 Het Hof is met name tot de slotsom gekomen dat de grondrechten van de Unie niet konden worden toegepast in verband met een nationale regeling wegens het feit dat de Unievoorschriften op het betrokken gebied de lidstaten geen specifieke verplichting oplegden voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie (zie arresten *Maurin*, C-144/95, EU:C:1996:235, punten 11 en 12, en *Siragusa*, EU:C:2014:126, punten 26 en 27).
- 36 Tegen dezelfde achtergrond heeft het Hof reeds geoordeeld dat artikel 13 EG (thans artikel 19 VWEU) een nationale maatregel die niet binnen het kader van op basis van dit artikel vastgestelde maatregelen valt, als zodanig niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht kan brengen met het oog op de toepassing van grondrechten als algemene rechtsbeginselen van het Unierecht (zie in die zin arresten *Bartsch*, C-427/06, EU:C:2008:517, punt 18; *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, punt 25, en *Römer*, C-147/08, EU:C:2011:286, punt 61). Het loutere feit dat een nationale maatregel binnen een gebied valt waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, kan deze maatregel dus niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht brengen en bijgevolg leiden tot de toepassing van het Handvest (zie in die zin arresten *Gueye* en *Salmerón Sánchez*, C-483/09 en C-1/10, EU:C:2011:583, punten 55, 69 en 70, en *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, punten 104, 105, 180 en 181).
- 37 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet, om te bepalen of een nationale regeling het Unierecht ten uitvoer brengt in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest, onder meer worden nagegaan of zij 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 al zou die regeling dit recht indirect kunnen beïnvloeden, en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die specifiek is voor deze materie of deze kan beïnvloeden (zie arresten *Annibaldi*, EU:C:1997:631, punten 21-23; *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, punt 79; *Ymeraga e.a.*, C-87/12, EU:C:2013:291, punt 41, en *Siragusa*, EU:C:2014:126, punt 25).

Bijlage 3 – Kernoverwegingen arrest HvJ EU YK/NK AG (vetaccent 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 AG,

- 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**.
- 93 Gelet op een en ander dient op de derde tot en met de zevende prejudiciële vraag te worden geantwoord dat de artikelen 16, 17, 20 en 21 van het Handvest aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich **niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan de rechthebbenden op een pensioen dat een onder zeggenschap van de overheid staande onderneming bij overeenkomst heeft toegezegd hun rechtstreeks te zullen uitkeren en dat bepaalde in deze regeling vastgelegde drempels overschrijdt, verstoken blijven van een bedrag dat wordt ingehouden op een gedeelte van het betreffende pensioen** dat uitgaat boven een van die drempels, alsmede van het recht op een contractueel bedongen indexering van dat pensioen.