

WET TOEKOMST PENSIOENEN IS IN AANVARING MET HET RECHT

Wout Wijnbeek

3 maart 2025

SAMENVATTING

De discussie over de vormgeving van de stelselherziening van de aanvullende pensioenen is na de inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen in juli 2023 niet verstomd, maar volop doorgegaan. Die discussie richt zich met name op de manier waarop bestaande pensioenrechten worden ingevaren in het nieuwe stelsel en recent op het houden van een referendum. Daarbij werd tot nu toe weinig of geen aandacht besteed aan artikel 1 Pensioenwet. Mijn stelling is, dat het omzetten van uitkeringsovereenkomsten in premieovereenkomsten zonder instemming van de individuele gerechtigden in strijd is met artikel 1 Pensioenwet. Ik adviseer om het individuele bezwaarrecht tegen het invaren te herstellen.

1. INVAARREGELING EN INDIVIDUEEL BEZWAARRECHT

Invaarregeling De pensioenfondsen zijn bezig met het ‘invaren’ van pensioenen in het nieuwe pensioenstelsel. In het transitieplan van het grootste pensioenfonds, het Transitieplan ABP 2024, dat sociale partners in de Pensioenkamer hebben vastgesteld, betekent dit bijvoorbeeld een omzetting van een uitkeringsovereenkomst in een premieovereenkomst met een solidaire premiereregeling (SPR) als nieuwe contractvorm.¹ Feitelijk komt dat neer op het met terugwerkende kracht eenzijdig zonder individuele instemming van de betrokkenen beëindigen van alle huidige uitkeringsovereenkomsten en alle historische, huidige en toekomstige aanspraken voortvloeiende daaruit, en het eenzijdig vervangen van die overeenkomsten door een nieuwe premieovereenkomst. Daarbij geldt dat hun individuele verkregen rechten uit de opbouw niet behouden blijven, ook niet bij een aanzet daartoe via groepswijze vormen van compensatie doorsneesystematiek, initiële vulling van de solidariteitsreserve, tegemoetkoming indexatieachterstand en generieke verhoging². De deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden kunnen niet instemmen met, geen bezwaar maken tegen en geen beroep instellen tegen de waardeoverdracht.

De omvang van de uitkeringsovereenkomsten in het geheel van het pensioenstelsel Het gaat om grote aantallen. De hoeveelheid uitkeringsovereenkomsten en de daarmee verbonden waarde maken het grootste deel van het pensioenstelsel uit, zodat miljoenen uitkeringsovereenkomsten bij de transitie ontbonden moeten worden en vervangen moeten worden door premieovereenkomsten. Zowel in de opbouwfase als de uitkeringsfase bestaat het merendeel van de overeenkomsten nu uit uitkeringsovereenkomsten. Voor de pensioensector in 2024 geldt, dat de totale Nederlandse pensioenpot €1.443 miljard bedraagt. In de opbouwfase bouwen in totaal 7,5 miljoen actieve deelnemers met 21 miljoen pensioenen pensioen op. Driekwart hiervan bevindt zich in een uitkeringsovereenkomst. De waarde bedraagt €871 miljard. In de uitkeringsfase ontvangen

¹ Transitieplan ABP 2024, p. 7. <https://www.abp.nl/content/dam/abp/nl/documents/abp-volledig-transitieplan.pdf>

² Transitieplan ABP 2024 p. 35.

pensioengerechtigden 4,2 miljoen ouderdomspensioenen; 95% hiervan komt voort uit een uitkeringsovereenkomst. De waarde bedraagt €573 miljard.³

Behoud van verkregen opbouwrechten en bezwaarrecht tegen collectieve waardeoverdracht
Bescherming van het behoud van individuele verkregen pensioenrechten is voorzien in artikel 20 Pensioenwet. Bescherming van de individuele deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en de pensioengerechtigden tegen het zonder hun instemming uitvoeren van een collectieve waardeoverdracht is voorzien in artikel 83, lid 2a Pensioenwet. In het met ingang van 1 juli 2023 in werking getreden artikel 150I, lid 5 Pensioenwet wordt door de wetgever welbewust⁴ van de toepassing van de artikelen 20 en 83 Pensioenwet afgeweken. De bescherming van de individueel verkregen rechten vervalt en het recht op instemming met of bezwaar tegen de waardeoverdracht vervalt eveneens zonder dat die rechten bij de transitie nog kunnen worden ingeroepen en in rechte verdedigd.

2. NAAR EEN TWEEBENIGE PENSIOENDRIEHOEK IN HET *SPECIAL PURPOSE VESSEL*

De pensioendriehoek De relatie tussen werkgever, pensioenuitvoerder en werknemer (deelnemer, gewezen deelnemer, pensioengerechtigde) zetelt op een stoel met drie poten, in de Pensioenwet vormgegeven als een driehoeksrelatie, de zogenaamde pensioendriehoek. De basis voor de driepartijenverhouding is de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Dit is een wederkerige overeenkomst: de werknemer neemt de verbintenis op zich om arbeid te verrichten, waartegenover de werkgever (onder andere) pensioen toezegt. Artikel 23 Pensioenwet schrijft voor dat de werkgever de pensioenovereenkomst onderbrengt bij een pensioenuitvoerder. Hiertoe moet de werkgever een uitvoeringsovereenkomst aangaan met een pensioenuitvoerder. Ook dit is een wederkerige overeenkomst: de werkgever is verplicht premie te betalen en de pensioenuitvoerder neemt uitkeringsverplichtingen jegens de pensioengerechtigden op zich, maar wel met als bijzonderheid een pensioenbegünstiging van de werknemer. De werknemer komt als begunstigde in relatie te staan tot de pensioenuitvoerder. In het stelsel van de Pensioenwet is deze verhouding geregeld in het pensioenreglement; de pensioenuitvoerder stelt dit reglement op (artikel 35 Pensioenwet). De driehoek is hiermee compleet.⁵ Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst.⁶ De driehoeksrelatie is zo werkgever – pensioenuitvoerder – werknemer / gepensioneerde. Een wijziging in de wetgeving kan de pensioenovereenkomst inhoudelijk wijzigen of anders inkleuren. De pensioenovereenkomst wijzigt daardoor niet, de inhoud van die pensioenovereenkomst wel.⁷

De route naar een tweebenige pensioendriehoek Het omtoveren van de uitkeringsovereenkomsten in premieovereenkomsten buiten de individuele gerechtigden om werd bereikt door van de pensioendriehoek, die stoel met de drie poten (1. de werkgever, in de praktijk vaak sociale partners, 2. de pensioenuitvoerder en 3. de werknemer ofwel deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners, pensioengerechtigden, aanspraakgerechtigden) die derde poot af te zagen met behulp van

³ AFM Sectorbeeld Pensioenen 2024 <https://www.afm.nl/~/profmedia/files/rapporten/2024/sectorbeeld-pensioenen-2024.pdf>

⁴ Kst-36067-5 blg-1024887 Beslisnota Bijlage 1 Individueel bezwaarrecht en invaren van 26 april 2021. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1024887.pdf>

⁵ Parket bij de Hoge Raad, 06-08-2021, Zaaknummer 20/01430, ECLI:NL:PHR:2021:737, ro. 2.3. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2021:737>

⁶ Hoge Raad 06-09-2013, Zaaknummer 12/00490, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, ro. 5.1. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2013:CA0566>

⁷ Prof.mr.drs. Mark Heemsker, 2020, Pensioenrecht. Boom Juridisch Den Haag 2e druk, p. 252.

een juridische constructie die wel wat weg heeft van een ‘special purpose vehicle (spv)’, een buitenbalansvehikel dat slechts voor een enkele transactie wordt opgericht en gebruikt. Ik geef de constructie de beter passende naam ‘Special Purpose Vessel (SPV)’, in de volksmond ‘invaren’ genoemd. Met deze juridische constructie werd het mogelijk geacht om in vier stappen exclusief met de werkgevers/sociale partners en de pensioenuitvoerders de omzetting mogelijk te maken.

Invaren stap 1: maak van de omzetting een interne collectieve waardeoverdracht

Heemskerk beschreef deze stap als volgt: “Bij de stelselherziening gaat het om het eventueel ‘invaren’ van opgebouwd collectief pensioen naar een ander soort pensioenovereenkomst in het nieuwe pensioenstelsel. In dat nieuwe beoogde pensioencontract zou opgebouwd pensioen vanuit een uitkeringsovereenkomst wijzigen naar een premieovereenkomst. Interne waardeoverdracht wegens een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst – van middelloonregeling naar reële pensioenovereenkomst – is daarvoor een aantrekkelijke route. Het aantastverbod voor opgebouwd pensioen van artikel 20 Pensioenwet geldt namelijk niet na collectieve waardeoverdracht op grond van artikel 83 Pensioenwet. Het individuele bezwaarrecht belemmert zo’n overgang. Het opgebouwde pensioen van begunstigde kan niet zonder bezwaarmogelijkheid worden gewijzigd naar een ander pensioencontract.”⁸ Maar deze stap is natuurlijk pas het begin.

Invaren stap 2: maak van de gewone interne collectieve waardeoverdracht een speciale collectieve waardeoverdracht alleen voor deze ene gelegenheid

Collectieve waardeoverdracht is in de Pensioenwet geregeld en mogelijk op grond van artikel 83 Pensioenwet, maar die route bewaakt tegelijkertijd dwingend het behoud van verkregen opbouwrechten en het individuele bezwaarrecht. Dus moet er speciaal voor de gelegenheid eenmalig een nieuw artikel over collectieve waardeoverdracht in de wet gezet worden, waaruit de storende aanwezigheid van de individuele werknemers en gepensioneerden verwijderd kan worden. In het nieuwe artikel 150m Pensioenwet (en artikel 145l Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb)) is de speciale regeling opgenomen voor de interne collectieve waardeoverdracht bij pensioenfondsen in het kader van de transitie. Artikel 150m Pensioenwet heeft alleen betrekking op de waardeoverdrachten gedurende de transitie. Voor andere vormen van collectieve waardeoverdracht en voor andere pensioenuitvoerders blijven de artikelen 83 en 84 Pensioenwet en (de artikelen 91 en 92 Wvb) van toepassing.⁹

Invaren stap 3: verwijder het aantastverbod van opgebouwde rechten en de individuele bezwaarmogelijkheid uit het speciale collectieve waardeoverdrachtartikel

Het aantastverbod voor opgebouwd pensioen van artikel 20 Pensioenwet en de individuele bezwaarmogelijkheid van artikel 83, lid 2 Pensioenwet worden overboord gezet in het nieuwe artikel 150l Pensioenwet. In het vijfde lid van artikel 150l Pensioenwet is bepaald dat de collectieve waardeoverdrachten voor deze transitie plaatsvinden onder toepassing artikel 150m Pensioenwet, in afwijking van de artikelen 20 en 83 van de Pensioenwet (dan wel artikel 145l Wvb, in afwijking van artikel 92 Wvb). Zo is een zelfstandige *eenmalige* regeling voor de collectieve waardeoverdrachten gecreëerd, waarbij opgebouwde pensioenrechten nu onbeschermd volledig kunnen worden aangetast en tegen de omzetting geen individueel bezwaar meer gemaakt kan worden.

Invaren stap 4: geef een ruwe duw en ruim de losse eindjes op

Omdat de sociale partners en niet de regering beslisten over arbeidsvoorwaarden en dus ook over het al dan niet invaren, kon de regering de sociale partners alleen een duwtje (nudge) in de gewenste richting geven. In de praktijk werd dat een ‘ruwe duw’, die ondefinieerbaar ergens zweefde tussen

⁸ Prof.mr.drs. Mark Heemskerk, 2020, Pensioenrecht. Boom Juridisch Den Haag 2e druk, p. 546-547.

⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2021–2022, 36 067, nr. 3 p. 408. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36067-3.pdf>

regelend recht en driekwart dwingend recht.¹⁰ Op grond van Artikel 150l, lid 1 Pensioenwet is invaren het standaard invarpad, waarvan de werkgever alleen kan afwijken als invaren onevenredig ongunstig zou zijn voor bepaalde groepen belanghebbenden. Op grond van het vierde lid kan het pensioenfonds het verzoek van de werkgever tot collectieve waardeoverdracht alleen afwijzen indien sprake is van strijd met wettelijke voorschriften, indien de effecten van de overgang voor het pensioen als geheel tot onevenwichtig nadeel zou leiden voor groepen belanghebbenden of indien uitvoering niet mogelijk is binnen de grenzen van een beheerste en integere bedrijfsvoering.¹¹ Aan artikel 19 Pensioenwet, dat bepaalt dat een werkgever de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer kan wijzigen, werd een tweede lid toegevoegd zodat een werkgever de pensioenovereenkomst voortaan ook kan wijzigen voor gewezen werknemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden. Eigenlijk bedoeld als extra bescherming voor die groepen,¹² werd in de memorie van toelichting bij de Wtp juist aan de werkgevers argumentatie geboden om na de transitie eenzijdig wijzigingen te kunnen doorvoeren.¹³ Hoewel het technisch ook mogelijk is om bestaande pensioenaanspraken en -rechten niet in te varen en in dat geval de oude en nieuwe aanspraken en rechten naast elkaar blijven bestaan in het pensioenfonds, heeft de Minister ervoor gekozen om voor die situatie juist geen regelingen te treffen.¹⁴ Individueel beroep instellen tegen een besluit van DNB werd onmogelijk gemaakt door wijziging van artikel 1 van bijlage 2 bij de Awb. Daarmee was de toegang tot de rechter voor de individuele rechthebbenden definitief geblokkeerd. Waarom die blokkade? Onderdeel van de ruwe duw is de tactiek om alle schepen achter zich te verbranden. Van de bestaande uitkeringsovereenkomsten mag met volledige terugwerkende kracht geen spoor overblijven. Als de transitie is voltooid, moeten ze voorgoed van de aardbodem verdwenen zijn. Bij de rechter kan alleen nog de nieuwe premieovereenkomst getoetst worden.

Waarom de invaartboot het schip in gaat lets klopt er niet aan deze juridische constructie. Verplicht invaren deed Heemskerk denken aan het met geweld duwen van een vierkant blokje (het opgebouwd pensioen van jong en oud) in een rond gat (het nieuwe pensioencontract).¹⁵ Het onbehaaglijke gevoel bekruipt je, dat als je van een stoel met drie poten de derde afzaagt, die stoel waarschijnlijk zal omvallen. Dat gevoel centreert zich rond het ontbreken van het individuele bezwaarrecht tegen het plotseling in één klap totaal voorgoed vernietigen van miljoenen goed functionerende uitkeringsovereenkomsten in wat in 2023 nog het beste pensioenstelsel ter wereld was.¹⁶ Zonder dat daar een dringende noodzaak toe bestaat. Zo is er volgens Peters in zijn advies van oktober 2024 geen

¹⁰ Prof. mr. Niek Peters, 15 oktober 2024, Advies Juridische analyse inzake Motie Joseph over risico's van invaren, Legal Tree. Randnummers 84, 85 en 87, p. 33-34. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1166519.pdf>

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2021–2022, 36 067, nr. 3 p. 406-407. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36067-3.pdf>

¹² Prof. mr. drs. Mark Heemskerk, 2020, Pensioenrecht. Boom Juridisch Den Haag 2e druk, p. 238-239.

¹³ Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. T. Huijg, 20 april 2021, Advies aan SZW, Binding slapers en pensioengerechtigden. Zie Conclusie eenzijdig wijzigingsbeding. [Heemskerk en Huijg - Advies binding postactieven pensioenovereenkomst - april 2021](#); Memorie van Toelichting Wtp, Tweede Kamer, vergaderjaar 2021–2022, 36 067, nr. 3 p. 116-117. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36067-3.pdf>

¹⁴ Prof. mr. Niek Peters, 15 oktober 2024, Advies Juridische analyse inzake Motie Joseph over risico's van invaren, Legal Tree. Randnummer 39, p. 20. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1166519.pdf>

¹⁵ Prof. mr. drs. Mark Heemskerk 2013 Van pensioen crisis tot pensioen(r)evolutie, p. 29. https://www.instituutgak.nl/wp-content/uploads/2019/08/Oratie_MarkHeemskerk.pdf

¹⁶ Consultancy.nl, 18 oktober 2023, Nederland heeft opnieuw het beste pensioenstelsel ter wereld. <https://www.consultancy.nl/nieuws/49532/nederland-heeft-opnieuw-het-beste-pensioenstelsel-ter-wereld>

sociale of economische (nood)situatie waardoor invaren essentieel is en heeft het invaren gevolgen voor alle burgers met pensioenaanspraken en -rechten.¹⁷

3. HET FUNDAMENTELE VERSCHIL TUSSEN WIJZIGEN EN VERVANGEN

Het fundamentele verschil tussen wijzigen en vervangen Of je straffeloos een uitkeringsovereenkomst met het toverstafje van het Special Purpose Vessel kunt veranderen in een premieovereenkomst heeft met name geleid tot een discussie of dit een geoorloofde vorm van regulering van eigendom is of een ongeoorloofde vorm van ontneming van eigendom. Het overeenkomstenrecht bleef buiten beeld.

Volgens Lutjens maakte de eigendomsbescherming collectief invaren niet juridisch onhoudbaar en de vormgeving waarbij sociale partners collectief kunnen besluiten tot invaren – ter vervanging van het huidige bezwaarrecht in art. 83 Pensioenwet – zag hij als de lichtste vorm van inmenging in het eigendomsrecht en het minst bezwaarlijk.¹⁸ Mulder opponeerde tegen de stelling van Lutjens dat bij invaren de eigendom (de aanspraak of het recht op pensioen) niet wordt ontnomen maar dat (slechts) de opgebouwde aanspraken en rechten bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst onder nieuwe andere regels worden gebracht. Die formule versluisde volgens Mulder de waarheid, en doet daarmee geen recht aan zijn ‘maatmens’ Dirk. Dirks waarheid is dat de appel die hij nu nog heeft hem wordt ontnomen en dat hij daarvoor een peer terugkrijgt. De appel is een voldragen overeenkomst van levensverzekering uit hoofde waarvan Dirk titularis is van een voor de duur van zijn leven – althans dat dacht hij – verworven recht van lijfrente. De peer is een spaarregeling met beleggingsrisico. En de ‘swap’ heeft terugwerkende kracht in die zin dat ooit betaalde premies voor een levensverzekering achteraf geacht worden de inleg te zijn geweest voor een – gesofistikeerd – pensioenpotje. Maar als jij mijn appel afpakt blijft die ontneming een ontneming en wordt niet een ‘regulering van het gebruik van mijn appel’ doordat jij mij een peer opdringt, aldus Mulder.¹⁹ Lutjens meende anders dan Mulder dat er geen sprake is van ontneming van eigendom. Aangezien bij ‘invaren’ het voor pensioen bestemde vermogen de pensioenbestemming behoudt en de pensioeneelnemer het recht op een pensioenuitkering behoudt, is hier geen ontneming van de vermogenswaarde als belichaming van de eigendom. Weliswaar is de ‘formule’ voor berekening van het pensioen onder de Wtp anders geworden, maar niet valt in te zien waarom dat het ontnemen van eigendom is, mede omdat het eigendomsrecht niet meebrengt dat het pensioen op bepaalde wijze moet worden berekend en eigendom zich ten principale ook niet vertaalt in een absoluut onveranderlijk recht van een bepaalde hoogte. Het was volgens Lutjens niet aan te nemen dat de omzetting van de ene levenslange periodieke uitkering in de andere levenslange uitkering in strijd zou zijn met eigendom.²⁰

¹⁷ Prof. mr. Niek Peters, 15 oktober 2024, Advies Juridische analyse inzake Motie Joseph over risico's van invaren, Legal Tree. Randnummer 15, p. 5. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1166519.pdf>

¹⁸ Prof. dr. E. Lutjens, Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht - invaren is niet juridisch onhoudbaar. Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken (TPV), juni 2020, Afl. 3, Artikel 2020/20, p. 5-16.

https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/237726477/TPV_2020_20_Invaren_pensioen_de_betekenis_van_eigendomsrecht_invaren_is_niet_juridisch_onhoudbaar.pdf

¹⁹ Harm Mulder, De beschermende strekking van verzekering en het opgedrongen avontuur van een door ‘invaren’ gevormde pensioenpot. Nederlands Juristenblad 21-06-2024 – Afl. 22, p. 1704-1709.

https://www.njb.nl/media/tzihcni/njb22_de-beschermende-strekking-van-verzekering-en-het-opgedrongen-avontuur-van-een-door-invaren-gevormde-pensioenpot.pdf

²⁰ Lutjens, E., Over het begrip verzekering en het 'invaren' van pensioen: reactie op H. Mulder. Nederlands Juristenblad 21-06-2024 – Afl. 31, p. 2442-2443.

<https://www.inview.nl/document/id8b00979afd354eab82cbd4865b2a3ee7/nederlands-juristenblad-over-het-begrip-verzekering-en-het-invaren-van-pensioen?ctx=WKNL CSL 85&tab=tekst>

Lutjens redeneert vanuit het veranderen van geldswaarden en Mulder vanuit het veranderen van producten. Een waardeoverdracht draagt (gelds)waarden over. Als je het product beschouwt als de representant van een geldswaarde, kun je het overdragen en schend je het eigendomsrecht niet. Als je het beschouwt als een product, kun je het niet overdragen en schend je het eigendomsrecht wel. De benadering dat een uitkeringsovereenkomst en een premieovereenkomst in geldswaarde zoveel op elkaar lijken dat je ze zonder inbreuk te maken op het eigendomsrecht probleemloos kunt uitwisselen, is onjuist. Een terreinauto en een raceauto die ongeveer evenveel kosten lijken ook op elkaar, je kunt moeiteloos opsommen wat er allemaal hetzelfde aan is, maar het zijn twee totaal verschillende auto's, die niet verwisselbaar zijn. Een terreinauto is goed in het open veld, met een raceauto ga je lekker snel. Van ruilen komt huilen.

Daarbij komt dat het berekenen van waarden een hachelijke zaak is. Van Ewijk wees er bijvoorbeeld op dat marktwaarde geen afdoende maat voor evenwichtigheid is bij invaren: "Bij de regelgeving rond invaren wordt sterk nadruk gelegd op de marktwaarde van pensioenen, zowel bij VBA (Value Based Asset) als bij de standaardmethode. Bij pensioenen gaat het echter niet om de marktwaarde maar vooral om het pensioen dat daarmee wordt verkregen en het 'nut' of de 'welvaart' die dat voor de deelnemer oplevert. Voor evenwichtige transitie is het daarom belangrijk dat niet alleen naar marktwaarde wordt gekeken maar ook (en vooral) naar het pensioenresultaat (vervangingsratio) en de welvaart die dat oplevert. Deze drie criteria (marktwaarde, pensioenresultaat, welvaart) blijken in praktijk verre van eenduidig, en geven vaak tegenstrijdige resultaten. Daarnaast zijn berekeningen van marktwaarde (vooral bij VBA) erg gevoelig voor tal van noodzakelijkerwijs subjectieve – veronderstellingen over huidige en toekomstig contract."²¹

In een soortgelijke discussie tussen Lutjens en Van Meerten en Sluijs naar aanleiding van het YS-arrest²² waarin het Hof van Justitie van de EU voor het eerst het criterium gebruikt of de beperking van het eigendomsrecht 'de wezenlijke inhoud van de pensioenrechten' aantast, stelde Lutjens dat die wezenlijke inhoud niet bepaald wordt door het karakter, maar de aard van het recht en het resultaat. Zowel bij een uitkeringsovereenkomst als een premieovereenkomst is er volgens hem 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.²³ Van Meerten en Sluijs vonden het niet overtuigend, dat de vraag of de 'wezenlijke inhoud' van de pensioenregeling is gewijzigd, zou moeten worden beoordeeld aan de hand van de vraag of het resultaat van de pensioenregeling is gewijzigd. Inderdaad ligt volgens hen zowel bij de uitkeringsovereenkomst als de premieovereenkomst het risico bij de deelnemers en zijn de resultaten van beide contracten onzeker, maar de juridische aard van beide regelingen is sterk verschillend. Er bestaan grote verschillen in toezicht, fiscale kaders en hoe de pensioenopbouw plaatsvindt. Ook het eigendomsrecht waarin beide regelingen voorzien, verschilt. Bij een uitkeringsovereenkomst bestaat er immers recht op een uitkering en bij een premieovereenkomst niet.²⁴

Het gaat niet om de 'wezenlijke inhoud van de pensioenrechten' maar om de *hele* inhoud (wezenlijk + niet wezenlijk) van de pensioenrechten. Het gaat niet om een andere berekening van het pensioen, het

²¹ Position paper C. van Ewijk t.b.v. rondetafelgesprek Kennisthema Hervorming Pensioenstelsel d.d. 22 april 2022, Pensioenhervorming essentieel voor toekomstbestendig pensioenstelsel; transitie gevoelig, Punt 5. <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2022Z07293&did=2022D14801>

²² HvJEU 24 september 2020, zaak C-223/19, YS tegen NK, AGECLI:EU:C:2020:753, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2020%3A753>

²³ E. Lutjens, 4 november 2020, Aanvullende position paper n.a.v. hoorzitting / rondetafelgesprek Pensioenakkoord (deel II) p. 5. <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020Z22251&did=2020D47275>

²⁴ H. van Meerten en J.J.M. Sluijs, 7 mei 2021, Nederlandse pensioenhervorming niet zonder Unierechtelijke risico's. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3841571

gaat om een ander pensioen. Uitkeringsovereenkomsten en premieovereenkomsten zijn twee volledig verschillende pensioenovereenkomsten. Daar is helemaal geen discussie over mogelijk, want dat is vastgelegd in de Pensioenwet. Ook volgens de Hoge Raad kon een uitkeringsregeling niet vergeleken worden met een premieregeling.²⁵ Met *economische* actuariële berekeningen kun je geen *juridische* rechtsgeldige overeenkomsten sluiten. Met een waardeoverdracht kun je wel *waarden* overdragen, maar geen *overeenkomsten*.

Bij de nieuwe Pensioenwet 2006 is in artikel 1 het aantal pensioenovereenkomsten teruggebracht tot drie soorten: de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst. De Memorie van Toelichting bij de Pensioenwet 2006 zegt over het onderscheid tussen de drie soorten overeenkomsten: “Essentieel voor het onderscheid is het karakter van de pensioenovereenkomst in de opbouwfase. Waarop heeft de pensioenovereenkomst betrekking? Is het uitgangspunt de pensioenuitkering, het kapitaal of de beschikbaar gestelde premie? Hoewel er in de praktijk varianten worden gehanteerd die gepresenteerd worden als combinaties van beschikbare premieregelingen en eindloonregelingen, is steeds maar één element het uitgangspunt. Daar spitst de toezegging van de werkgever zich op toe. Bij de uitkeringsovereenkomst is het uitgangspunt van de pensioenovereenkomst een bepaalde uitkering. Tijdens de opbouwperiode wordt al aangegeven wat de uitkering zal zijn. Deze is dan al vastgesteld. Na de ingangsdatum van het pensioen kan de hoogte van de uitkering evenmin variëren, er moet immers sprake zijn van een vastgestelde uitkering. In een kapitaalovereenkomst is de hoogte van het kapitaal het uitgangspunt en staat de hoogte daarvan vast. Daarom wordt gesproken over een vastgesteld kapitaal. Het is dus ook in de opbouwfase niet mogelijk om te werken met een kapitaal in beleggingseenheden of in vreemde valuta. Het is wel mogelijk om een premie toe te zeggen en die vervolgens aan te wenden voor aankoop van beleggingseenheden, maar dan is er geen sprake van een kapitaalovereenkomst maar van een premieovereenkomst.”²⁶

In de Wet Toekomst Pensioenen 2023 worden de drie soorten pensioenovereenkomsten verder teruggebracht tot slechts één soort: de premieovereenkomst, die in artikel 1 van de per 1 juli 2023 gewijzigde Pensioenwet ongewijzigd gedefinieerd wordt als ‘een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering’.

Het is dus onmogelijk om een tussen partijen aangegane uitkeringsovereenkomst eenzijdig te ‘wijzigen’ of ‘om te zetten’ in een premieovereenkomst. Alleen wanneer je binnen de overeenkomst blijft kun je waarden wijzigen. Dat is tot dusver ook altijd gebeurd, zoals bij de wijziging van eindloon naar middelloon met eerbiedigende werking van opgebouwde rechten. Daarom kan de huidige niet eerder vertoonde *vervanging* van de bestaande uitkeringsovereenkomst niet vergeleken worden met alle eerdere *wijzigingen* van die overeenkomst. De uitkeringsovereenkomst moet privaatrechtelijk beëindigd worden en in plaats daarvan moet een nieuwe premieovereenkomst tussen partijen (alle werkgevers en alle werknemers / gepensioneerden) worden gesloten.

4. STRIJD MET ARTIKEL 1 PENSIOENWET

Essentie van de pensioenovereenkomst en constractsvrijheid . Je kunt een uitkeringsovereenkomst niet *wijzigen* in een premieovereenkomst, maar alleen *vervangen* door een premieovereenkomst. Daarom

²⁵ Prof. mr. Niek Peters, 15 oktober 2024, Advies Juridische analyse inzake Motie Joseph over risico's van invaren, Legal Tree. Randnummer 171, p. 56. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1166519.pdf> ; HR 09-12-2016, Zaaknr. 15/00148, ECLI:NL:HR:2016:2786. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2016:2786>

²⁶ Pensioenwet, Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 413, nr. 3, p. 183. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-30413-3.pdf>

is het instemmingsvereiste essentieel. De pensioenovereenkomst is een complex mengsel van overheidsinmenging, bevoegdheden en belangen van collectieven en bevoegdheden en belangen van individuen. In veel gevallen gaan de belangen van de groep voor op die van het individu. Maar de rode lijn waar de groep niet overheen mag gaan en de rechten van het individu voor gaan, is vastgelegd in de bepalingen van artikel 1, 20 en 83 Pensioenwet. Die grens ligt bij artikel 1 dat de pensioenovereenkomst definieert als een wederkerige overeenkomst tussen werkgever en werknemer, (pensioenovereenkomst: hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen), artikel 20 dat het behoud verzekert van verkregen rechten uit de pensioenovereenkomst en artikel 83, lid 2 dat het dwingendrechtelijke instemmingsrecht bij ingrijpende wijzigingen van de pensioenovereenkomst vastlegt. Die rode lijn moet met dwingend recht bewaakt worden, omdat de zwakkere positie van het individu beschermd moet worden tegen de sterkere van het collectief.

Die rode lijn ligt niet zomaar toevallig bij het instemmingsrecht met de pensioenovereenkomst en het behoud van verkregen pensioenrechten. Want het gaat hier om de twee pijlers, waarop het hele overeenkomstenrecht rust. Ten eerste de beginselen van de contractsvrijheid (gelijkheid van partijen) en partijautonomie (wilsovereenstemming tussen partijen)²⁷ als centraal constitutioneel vereiste voor het tot stand komen en wijzigen van overeenkomsten. En ten tweede het beginsel dat afspraken moeten worden nagekomen (pacta sunt servanda) en daarom verkregen rechten omwille van de rechtszekerheid slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen worden aangetast. Als deze rode lijn wordt overschreden, dan is er feitelijk geen individuele pensioen'overeenkomst' meer.

Contractsvrijheid kan worden beïnvloed door groepsafspraken in cao's,²⁸ partijautonomie door eisen met betrekking tot het direct of indirect afdwingen van instemming van partijen. Busch stelde dat de contractvrijheid kan worden aangemerkt als een fundamenteel beginsel van het Europese Unierecht en uiteraard óók van het Nederlandse contractenrecht. Een inperking van de contractvrijheid moet daarom steeds een legitiem (gerechtvaardigd) doel dienen en op proportionele wijze gebeuren.²⁹ Deze beïnvloeding kan de rode lijn doen vervagen, maar die niet uitwissen. Op basis van de partijautonomie heeft een partij in principe de vrijheid om te bepalen met wie en wanneer zij contracteert, alsmede wat de inhoud van die overeenkomst is ('positieve contractsvrijheid'). Een partij kan ook bepalen om geen overeenkomst te sluiten ('negatieve contractsvrijheid'). De Hoge Raad heeft bevestigd dat in principe de contractsvrijheid een fundamenteel beginsel is in het contractenrecht en dat ook de negatieve contractsvrijheid slechts in uitzonderingsgevallen kan worden beperkt.³⁰

In de rechtspraak is het verbod van het overschrijden van de rode lijn van de individuele instemming bij collectieve waardeoverdracht bevestigd. Bij collectieve overeenkomsten kan een individu niet zonder diens instemming door sociale (overheids)partners worden gebonden aan een collectieve waardeoverdracht. Onjuist was volgens het Gerechtshof in 2009 het standpunt van het ABP dat het op

²⁷ Vranken, J. B. M. (2000). Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht. In M. A. B. Chao-Duivis, & H. A. W. Vermeulen (editors), *Beginnelsen van het contractenrecht* (blz. 145-155). W.E.J. Tjeenk Willink. https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/415435/a-BENITA_167_PDF

²⁸ Robben, C. P., & de Valk, S. N. (2019). Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel I). *TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2019(5), 11-17. Artikel TRA 2019/46.

https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/97540308/TRA_2019_46.pdf

Robben, C. P., & de Valk, S. N. (2019). Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel II). *TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2019(6/7), 3-8. Artikel TRA 2019/55.

https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/97540426/TRA_2019_55_1.pdf

²⁹ Mr. I.S.J. Houben, Prof. mr. D. Busch, 2023, *Contractdwang en contractvrijheid Preadvies* Vereniging voor Burgerlijk Recht 2023. Uitgeverij Paris, Zutphen, voorwoord. p. 123-126.

<https://www.verenigingburgerlijkrecht.nl/images/downloads/2023PreadviesVBR.pdf>

³⁰ HR 28-10-2016, nr. 15/04482, ECLI:NL:HR:2016:2445

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2016:2445>

grond van de rechtsgeldige wijzigingen van de pensioenregeling bevoegd is tot omzetting. Sociale partners zijn op grond van art. 4 WPA weliswaar bevoegd een bestaande pensioenovereenkomst te wijzigen of te vervangen, maar die bevoegdheid brengt niet mee dat de sociale (overheids)partners aan het ABP een bevoegdheid tot afkoop of waardeoverdracht kunnen toekennen die in strijd is met het bepaalde in art. 32ba PSW of 83 Pensioenwet.³¹ De kantonrechter verklaarde in 2017 een door een Pensioenfonds doorgevoerde waardeoverdracht in verband met verhoging van de pensioenleeftijd van 65 naar 67 jaar nietig, omdat de aanspraken op ouderdomspensioen worden aangetast in geval de deelnemer de ingangsdatum van het pensioen weer vervroegt naar 65 jaar. Dat kan op grond van artikel 83 Pensioenwet alleen als de deelnemer hier geen bezwaar tegen maakt.³²

Conclusie: strijd met artikel 1 Pensioenwet Met behulp van het Special Purpose Vessel hebben de werkgever en de pensioenuitvoerder de instemming van de werknemer/gepensioneerde met de nieuwe premieovereenkomst onmogelijk gemaakt: het schrappen van het individuele bezwaarrecht is het schrappen van de mogelijkheid voor de werknemer of gepensioneerde om al dan niet vooraf in te stemmen met het beëindigen van de uitkeringsovereenkomst en het al dan niet vooraf in te stemmen met de nieuwe premieovereenkomst. Het onontkoombare gevolg hiervan is dat het invaren slechts alleen door de werkgever ondertekende, ongeldige en dus vernietigbare premie'overeenkomsten' voortbrengt. De stoel met nog maar twee poten is omgevallen. Het invaren levert slechts premie'overeenkomsten' op die niet voldoen aan Artikel 1 Pensioenwet dat eist dat de pensioenovereenkomst een wederkerige overeenkomst is tussen werkgever en werknemer/gepensioneerde. Alle ingevaren premie'overeenkomsten' zijn naar mijn mening dus geen overeenkomsten en zij zijn nietig (ex artikel 3:40 lid 1 BW) wegens strijd met artikel 1 Pensioenwet.

Eén beeld zegt meer dan duizend woorden. Het Special Purpose Vessel is in de branding keihard in aanvaring gekomen met de Rots van de Rechtsrealiteit en onmiddellijk gezonken. Uit een groot gat dat in de romp van het wrak is geslagen beginnen duizenden ongeldige premieovereenkomsten naar buiten te lekken die, dadelijk nadat ze aangespoeld zijn, een enorme vervuiling van het pensioenmilieu veroorzaken. De hoge opruimingskosten van de veroorzaakte schade aan het pensioenmilieu worden steeds groter naarmate de lekkage voortduurt, die tot miljoenen ongeldige premieovereenkomsten kan uitgroeien. Het is zaak de lekkage zo snel mogelijk te stoppen en de vervuiling ongedaan te maken.

5. REPARATIE VAN DE WET TOEKOMST PENSIOENEN

Als wetgevers, sociale partners, werkgevers of wie dan ook eenzijdig voor miljoenen mensen zouden kunnen vaststellen dat zij partij zijn bij willekeurig welke overeenkomst waar ze nog nooit van hebben gehoord, bestaat het overeenkomstenrecht niet meer. Een collectieve regeling kan geen individuele instemming vervangen. Het 'verbod op instemming van de werknemer' in artikel 150l, lid 5 Pensioenwet is geen fictieve individuele instemming. De speciale collectieve waardeoverdracht van artikel 150m Pensioenwet bevat niet een soort sui generis onbenoemde instemming. Met een 'Repawetje' kan niet alsnog even snel een collectieve fictieve instemming van individuele werknemers en pensioengerechtigden in de wet geregeld worden met al die ongeldige premie'overeenkomsten'. Ook referenda sluiten geen individuele pensioenovereenkomsten. Dat betekent dat, ongeacht de uitkomst van een (gewijzigd) referendum³³, er nog steeds ongeldige premieovereenkomsten uit het invaren zullen resulteren en er nog steeds sprake is van onrechtmatige wetgeving. Het gegeven dat de

³¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 03-03-2009, HD 103.005.626, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH4945.

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHSHE:2009:BH4945>

³² Rechtbank Limburg 08-11-2017 Zaaknr. 5654923 cv expl 17-604 ECLI:NL:RBLIM:2017:10722.

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBLIM:2017:10722>

³³ Gewijzigd amendement van het lid Joseph c.s. Tweede Kamer, vergaderjaar 2024–2025, 36 578, nr. 10 p. 5
<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36578-10.pdf>

implementatie van de Wtp al een eind op gang is en het geven van individueel bezwaarrecht lastigere praktische vraagstukken met zich meebrengt zijn geen argumenten die maken dat de wet minder onrechtmatig wordt na een referendum. Op dit moment worden er enkele tienduizenden ongeldige vernietigbare premieovereenkomsten ingevaren, bij langer treuzelen worden dat er na een paar jaar drie miljoen, als de wetgever nu niet zo snel mogelijk het individuele instemmingsrecht volledig herstelt.

In het aanhangige wetsvoorstel (kst-36578) kan bij nota van wijziging of amendement de toepassing van de artikelen 20 en 83 Pensioenwet en daarmee het individuele bezwaarrecht tegen het invaren hersteld worden. Wanneer voor of na het invaren bezwaar gemaakt wordt tegen het invaren in de ongeldige premie'overeenkomst', zal de oude uitkeringsovereenkomst (die niet rechtsgeldig was beëindigd) moeten worden voortgezet.