

## Memo

Aan: cie.szw@tweedekamer.nl  
Van: Anton van Leeuwen  
Inzake: Rondetafelgesprek 'Wet Toekomst Pensioenen III'  
Datum: 30 mei 2022

---

### Vraagstelling

1. De vraagstelling aan de deelnemers van blok I van het rondetafelgesprek luidt: *'Wat is de juridische situatie waarin er wel of geen recht is om een besluit te kunnen blokkeren; wat is de situatie van de belanghebbenden bij invaren en bij het besluit van DNB?'* Ik heb de vraag aldus opgevat:
  - i. Kunnen volgens de nu geldende wetgeving (ex-)deelnemers in een pensioenfonds aangemerkt worden als belanghebbenden bij een besluit van DNB als bedoeld in het voorgestelde artikel 150m (nieuw) Pensioenwet,<sup>1</sup> zodat zij daartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen instellen? Zo'n besluit van DNB betreft een verbod tot, dan wel een (impliciete) instemming met, invaren<sup>2</sup>;
  - ii. Zo ja, is de door de wetgever voorgestelde wijziging van de Awb – het voor de deelnemers uitsluiten van deze bestuursrechtelijke rechtsgang tegen een dergelijk besluit van DNB – wenselijk?<sup>3</sup>

### Kunnen (ex-)deelnemers rechtsmiddelen aanwenden tegen besluit DNB?

2. De conclusie van de landsadvocaat dat (ex-)deelnemers aangemerkt moeten worden als belanghebbend bij een (instemmend) besluit van DNB onderschrijf ik. Dat impliceert dat (ex-)deelnemers onder de huidige wetgeving bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen instellen tegen zo'n instemmend besluit.
3. Uit de tekst van artikel 150m lid 2 (nieuw) Pw en de toelichting daarop volgt dat DNB een verbod tot invaren expliciet (en gemotiveerd) uitspreekt. DNB lijkt echter niet gehouden te zijn haar instemming met het voornemen tot invaren te motiveren<sup>4</sup> en juist als DNB instemt, speelt deze problematiek. Als DNB namelijk een verbod uitspreekt en de (ex-)deelnemers willen, net als het pensioenfonds, dat ingevaren wordt, zal het pensioenfonds als rechtstreeks belanghebbende kunnen procederen tegen dat verbod. De (ex-)deelnemers hebben in dat geval slechts een afgeleid (en dus niet een eigen) belang.

### Is voorgestelde wijziging Awb wenselijk?

4. In de vraagstelling van uw commissie wordt de voor de (ex-)deelnemers bestaande mogelijkheid te procederen tegen een (instemmings)besluit van DNB gelijkgesteld met het blokkeren van (naar ik aanneem) invaren. Daarmee wordt voorbij gegaan aan het doel van rechtsbescherming. De vraag is volgens mij veeleer of deze rechterlijke toets iets toevoegt en/of uit het oogpunt van rechtsbescherming noodzakelijk is. Gezien de beperkte tijd en ruimte kan ik dit onderwerp niet uitdiepen. Ik volsta met enkele observaties.
5. Het gaat hier om de omzetting en potentiële aantasting van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten. In de huidige Pensioenwet is expliciet vastgelegd dat deze aanspraken in beginsel<sup>5</sup> niet gewijzigd kunnen worden. De wetgever vond dat wijzigingsverbod in 2006/7 zeer belangrijk. Met het invaren vindt echter een wijziging en potentiële aantasting van de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten plaats, terwijl de bezwaarmogelijkheid ex artikel 83, tweede lid onder a Pw is geschrapt. Met name in zo'n geval is goede

---

<sup>1</sup> Het is weliswaar nog een voorstel, maar in navolging van de Landsadvocaat zal ik het zo aanduiden. Waar ik verder spreek over een 'besluit van DNB' doel ik op een besluit als bedoeld in artikel 150m (nieuw) Pw.

<sup>2</sup> Het invaren wordt bewerkstelligd op grond van een interne collectieve waardeoverdracht.

<sup>3</sup> Overigens was ik advocaat van de polishouders in de procedure die geleid heeft tot de uitspraak van het CBb van 14 december 2021. Gezien de korte voorbereidingstijd die mij gegund werd, kan dit memo sporen van haast bevatten, waarvoor mijn excuses.

<sup>4</sup> In de MvT wordt over de instemming het volgende opgemerkt: 'Als DNB geen verbod oplegt, zal DNB gewoonlijk de betrokken pensioenfondsen per brief informeren' (p. 105). De vraag of op die manier voldaan wordt aan het motiveringsvereiste laat ik verder rusten.

<sup>5</sup> Zie artikel 20 Pw. Op dit uitgangspunt zijn uitzonderingen in artikel 20 Pw vastgelegd. Onder meer de wijziging als gevolg van een (collectieve) waardeoverdracht. In dat geval is, behoudens de waardeoverdracht die noodzakelijk wordt doordat het pensioenfonds overgaat tot liquidatie, aan de (ex-)deelnemers uitdrukkelijk de mogelijkheid gegeven bezwaar tegen de waardeoverdracht te maken (zie artikel 83 lid 2 aanhef en onder a Pw. Voor een goed begrip: hier wordt niet bedoeld op een bestuursrechtelijke bezwaarprocedure). Onder de WTP vervalt die mogelijkheid in geval van invaren. Van der Poel gaat uitgebreid op dit aspect in, zie haar position paper paragraaf 2.

rechtsbescherming aangewezen. Zeker als bedacht wordt dat al meer dan tien jaar een heftig debat wordt gevoerd over de wijze waarop het opgespaarde pensioenvermogen verdeeld moet worden.

6. Het is paradoxaal dat de door de WTP beoogde weg naar een meer individuele pensioenopbouw volledig collectief wordt afgelegd en dat (ex-)deelnemers die het niet eens zijn met de door het pensioenfonds gekozen route nauwelijks middelen krijgen daar iets tegen te ondernemen.<sup>6</sup>
7. De toelichting op de Nota van Wijziging suggereert dat veel - wat in de toelichting wordt aangeduid als - (collectieve) waarborgen zijn ingebouwd 'waardoor de evenwichtigheid van het invaren zal zijn gewogen en beoordeeld'. Ik beperk mij in deze bijdrage tot een korte reactie op de toelichting:
  - i. Collectieve waarborgen zijn niet te vergelijken met de toets van een onafhankelijke rechter.
  - ii. De klacht- en geschillenprocedure kan geen vervanging voor een procedure bij de overheidsrechter zijn. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid is onvoldoende gewaarborgd. Verder is de procedure niet uitgewerkt.
  - iii. De gang naar de Ondernemingskamer staat slechts in bepaalde gevallen open en dan nog uitsluitend voor verantwoordings- en belanghebbendenorganen.
  - iv. De rol van de transitiecommissie als bindend adviseur is nog niet concreet ingevuld en heeft zich nog niet bewezen. Ook hier geldt: het kan geen vervanging zijn van de overheidsrechter.
  - v. De civiele rechter (als restrechter) biedt onvoldoende soelaas: een civiele procedure is kostbaar en tijdrovend. Een individuele klager zal over het algemeen weinig kans maken tegen grote instanties zoals pensioenfonds, die beschikken over veel kennis en middelen om externe kennis en rechtshulp in te kopen en de civiele rechter is minder actief dan de bestuursrechter. Om het kernachtig te zeggen er is in een dergelijke setting geen sprake van *equality of arms*.

Op basis van de nu beschikbare informatie kan volgens mij niet gezegd worden dat er voldoende rechtsbescherming bestaat voor (ex-)deelnemers, die het voornemen tot invaren willen aanvechten.
8. De wetgever negeert in de Nota van Wijziging het leerstuk van verdeling van rechtsmacht tussen de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds. Widdershove stelt dat de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een bestuursrechtelijk besluit jegens een persoon in beginsel aan de bestuursrechter moet worden overgelaten.<sup>7</sup>
9. Nog vier afsluitende opmerkingen:
  - i. De wetgever verliest uit het oog, waar hij erop wijst dat DNB bij zijn beoordeling een collectieve toets uitvoert en niet treedt in individuele belangen, dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de vraag of een (ex-)deelnemer toegang heeft tot de rechter enerzijds en de vraag aan welke criteria moet worden getoetst in die procedure anderzijds.<sup>8</sup> Die criteria veranderen niet als de individuele (ex-)deelnemer kan procederen.<sup>9</sup>
  - ii. De rechtbank Rotterdam en het CBb zijn aangewezen om in dit soort kwesties te oordelen. Zij beschikken over specifieke expertise.
  - iii. Het bezwaar dat er mogelijk 'eindeloos' geprocedeerd kan worden tegen dit soort besluiten van DNB kan (gedeeltelijk) ondervangen worden door een eenvormige bekendmaking van dergelijke besluiten zodat duidelijk is dat en wanneer de bezwaartermijn gaat lopen.<sup>10</sup>
  - iv. Ten slotte lijkt de wetgever uitsluitend oog te hebben voor het bestrijden van de door hem ongewenste symptomen, zonder enige aandacht te besteden aan andere in een rechtstaat belangrijke factoren, zoals: het belang van goede rechtsbescherming en de door de wetgever gewenste verdeling van rechtsmacht.
10. Ik meen dat de oplossing die gekozen is in de Nota van Wijziging niet wenselijk is. In ieder geval is zij onvoldoende doordacht.

<sup>6</sup> Overigens gaat de wetgever ervan uit dat (ex-)deelnemers 'veelal niet in staat zullen zijn een afweging te maken tussen wel en niet invaren' (zie MVT p. 81, tweede bullet). De paternalistische gedachte is klaarblijkelijk dat zij het maar over moeten laten aan instanties die dat inzicht wel hebben.

<sup>7</sup> Conclusie Widdershove ECLI:NL:CRVB:2018:3474, paragraaf 8.4.

<sup>8</sup> Zie hierover artikel 150 m PW (nieuw) en artikel 46b Besluit Uitvoering Pensioenwet nieuw.

<sup>9</sup> Slechts als die individuele belangen absoluut niet aan de orde kunnen komen in de procedure zou de (ex-) deelnemer mogelijk geen belang hebben bij het voeren van zo'n procedure. Het subtiele verschil tussen het zijn van belanghebbende enerzijds en het al of niet hebben van een belang om te procedure anderzijds laat ik verder rusten. De landsadvocaat heeft in zijn advies van 24 maart 2022 kennelijk impliciet aangenomen dat (ex-)deelnemers niet alleen belanghebbenden zijn, maar ook een belang hebben en daar ben ik het mee eens.

<sup>10</sup> Overwogen zou kunnen worden artikel 4:8 Awb in dit soort zaken buiten toepassing te laten. Verder zou wellicht een oplossing zoals vastgelegd in artikel 1:23 Wf kunnen worden overwogen: de rechtsgeldigheid van het invaren blijft na vernietiging besluit DNB in stand, maar de gevolgen worden aangepast. Deze gedachte zou verder uitgewerkt moeten worden.