

Toetsing van de Wet Versterking Bestuur Pensioenfondsen aan EU-recht

- Een eerste verkenning-

Dr. H. van Meerten

Advocaat EU Pensioenrecht (Clifford Chance)

Docent EU Pensioenrecht (VU)

Den Haag, 14 juni 2013

I. Inleiding

1. In deze verkenning bespreken wij of de zogeheten Wet Versterking Bestuur Pensioenfondsen ("**WVBP**"),¹ in het bijzonder de maximering van het aantal pensioengerechtigden in het bestuur, mogelijk op gespannen voet staat met het Europese recht ("**EU-recht**").
2. De verkenning gaat in op enkele nader te noemen beginselen en bepalingen van EU-recht. Een uitzondering daargelaten wordt alleen dit nader te duiden deel van het Europese recht verkend, nationaal recht blijft buiten beschouwing.
3. Wij komen tot de volgende bevindingen. Ten eerste, wat betreft de WVBP zien wij waarschijnlijke strijdigheid met het EU beginsel van non-discriminatie en met richtlijn 2000/78/EG (zie hieronder) die gelijkheid in arbeid en beroep op diverse discriminatiegronden voorschrijft.
4. Ten tweede, pensioengerechtigden lopen in toenemende mate risico's ten aanzien van hun pensioenaanspraken en pensioenrechten. Deze risico's zullen (onder andere door de verwachte overgang naar het "nieuwe" contract) toenemen.
5. Er kan worden betoogd dat de samenstelling van pensioenfondsen, en hiermee de benadeling van de pensioengerechtigden, de houdbaarheid van de zogeheten "verplichtstelling" (verder) onder druk wordt gezet. De verplichtstelling is alleen te rechtvaardigen (als inbreuk op EU-recht) als een sociaal doel wordt nagestreefd. Het onevenredig (ten opzichte van andere deelnemers) benadelen van de belangen van pensioengerechtigden zou dit doel kunnen doorkruisen.
6. Hieronder werken wij deze punten uit. De verkenning is als volgt opgezet. Allereerst komen de noodzakelijke bepalingen en overwegingen wat betreft de WVBP aan de orde (paragraaf II). In paragraaf III zal het relevante EU-rechtelijk kader worden geschetst. In paragraaf IV zal de WVBP, in het bijzonder de maximering van het aantal pensioengerechtigden aan dit EU kader worden getoetst. Mogelijke rechtvaardigingen van een inbreuk met EU recht zullen daarbij tevens worden besproken. Paragraaf V bevat de conclusie.

II. De Wet Versterking Bestuur Pensioenfondsen²

7. De WVBP heeft, kort gezegd, het doel om het bestuur van pensioenfondsen deskundiger en transparanter te maken. De vraag of dat gelukt is laten we hier onbeantwoord.

¹ Kamerstukken I, 2012/13, 33 182, nr. A.

² Wanneer, en in welke vorm de WVBP in werking treedt is op het moment van schrijven onbekend.

8. De Memorie van Toelichting³ bij de wet stelt dat voor het behoud van het vertrouwen in het stelsel van aanvullende pensioenen van groot belang is "dat deelnemers en pensioengerechtigden er zeker van kunnen zijn dat het bestuur van hun fonds deskundig is, 'in control' is en hun belangen op evenwichtige wijze afweegt."
9. In het laatste wetsvoorstel kunnen de besturen van de pensioenfondsen, waarin pensioengerechtigden momenteel geen zitting hebben (zie paragraaf IV), kiezen uit vijf bestuursmodellen, waaronder het paritair model (die in deze verkenning centraal staat).
10. Een uitvoerige bespreking van deze modellen en hun verhouding met de overige organen van het pensioenfonds valt buiten bestek van deze verkenning. In het algemeen is het zo dat het paritair bestuur besluiten neemt omtrent premies, indexatie, korten en beleggingsbeleid.
11. Hier is van belang om op te merken dat bij de keuze voor het paritair model zowel bij een bedrijfstakpensioenfonds ("BPF") als bij een ondernemingspensioenfonds ("OPF") het aantal pensioengerechtigden in het bestuur gemaximeerd is.⁴
12. Nu dient zich allereerst de vraag aan of pensioengerechtigden belanghebbenden bij het fonds zijn (zie overweging 8 hierboven). Hierbij knopen wij aan bij twee deskundigen rapporten en adviezen. Ten eerste de zogeheten 'Commissie Goudswaard'.⁵ Deze commissie concludeert dat werknemers én pensioengerechtigden nu al gezamenlijk in het huidige stelsel risico's dragen ten aanzien van de houdbaarheid van hun pensioenaanspraken en -rechten. Dit is het resultaat van de reeds doorgevoerde overstap van de traditionele eindloonregeling (gebaseerd op het laatste loon) naar voorwaardelijk geïndexeerde middelloonregelingen (gebaseerd op het gemiddelde loon).
13. Ten tweede knopen wij aan bij het advies van de Raad van State inzake het wetsvoorstel WVBP.⁶ Volgens de Raad State zouden in beginsel alleen de deelnemers en pensioengerechtigden betrokken moeten zijn bij beslissingen van het fondsbestuur over zaken als indexatie en afstempeling.

³ Kamerstukken II, 2011/12, 33 182, nr. 3.

⁴ Artikel 100, lid 1, WVBP.

⁵ Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen, 27 januari 2010, Kamerstukken II, 2009/10, 30 413, nr. 139.

⁶ Kamerstukken II, 2011/12, 33 182, nr. 4.

14. Wij menen met de Raad van State dat dit een verdelingsvraagstuk is dat de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden direct in het pensioenbelang raakt. De noodzaak deze belanghebbenden bij de uitvoering te betrekken is des te sterker omdat de deelnemers in het huidige pensioenstelsel verplicht zijn aangesloten bij een pensioenfonds.
15. Pensioengerechtigden zijn doorgaans niet meer betrokken bij de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden. Zij waren wel betrokken bij de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden toen hun pensioenaanspraak werd opgebouwd. De waarde van die arbeidsvoorwaarde wordt in belangrijke mate bepaald door beslissingen van het bestuur omtrent premies, indexatie, korten en beleggingsbeleid. In die zin zijn ze residueel risicodragers net als werknemers en werkgevers. In de discussie over de governance wordt algemeen het uitgangspunt gehanteerd dat dragers van het residueel risico ook zeggenschap zouden moeten hebben.
16. Nu het residuele risico voor pensioengerechtigden door de vergrijzing steeds groter wordt, ligt meer zeggenschap dan ook voor de hand. Ook in de Memorie van toelichting van het wetsvoorstel "Koşer Kaya/Blok" wordt overigens langs deze lijnen geredeneerd.⁷
17. Wij menen eveneens met de Raad van State dat het onderscheid tussen enerzijds de totstandkoming van de pensioenregeling als arbeidsvoorwaarde anderzijds de uitvoering van die regeling, waarvan het risico daarvan bij de deelnemers en pensioengerechtigden komt te liggen, in beginsel⁸ tot het uitgangspunt kan leiden dat sociale partners (als zodanig) niet langer deel uit maken van het bestuur van het pensioenfonds.
18. Ten aanzien van het bovenstaande kan ten aanzien van de WVBP - in het algemeen - het volgende worden vastgesteld:
- Pensioengerechtigden zijn belanghebbenden bij het fonds;
 - De invloed van de pensioengerechtigden is door het maximeren in het bestuur minder "groot" in vergelijking met de invloed van de werkgevers en werknemers;
 - Van verschillende zijden is opgemerkt dat slechts in uitzonderlijke gevallen werkgevers in het bestuur van een pensioenfonds zitting moeten hebben.

⁷ Kamerstukken I, 2009/10, 31 537, A.

⁸ Dit zou alleen anders zijn indien dat gemotiveerd wordt door bijzondere omstandigheden die behoud van betrokkenheid van de werkgever bij het pensioenfondsbestuur zouden rechtvaardigen, aldus de Raad van State.

19. Dit klemmt des te meer omdat de groep pensioengerechtigden toeneemt.
20. Eén en ander is derhalve uiteraard sterk afhankelijk van meerdere factoren: wat is het deelnemersbestand van het fonds; hoe zijn de risico's verdeeld; is er sprake van premimaximalisatie; etcetera.
21. De algemene tussenconclusie kan luiden dat in een vergrijzende omgeving de belangen van de pensioengerechtigden groter worden, maar hun invloed op wezenlijke beslissingen van het bestuur van een pensioenfonds inzake hun belangen wordt gemaximeerd.

III. EU Kader

22. Allereerst volgen enkele algemene beginselen van Europees recht.

Voorrang

23. Het Hof van Justitie van de EU ("**het Hof**") oordeelde reeds in 1963 dat Europees recht een autonome rechtsorde vormt die – zo bepaalde het Hof later – voorrang heeft boven nationaal recht.⁹ Inmiddels zijn er een groot aantal Europese richtlijnen en verordeningen direct of indirect van toepassing op ons pensioenstelsel.

Richtlijnen

24. Een belangrijk toetsingskader is, zoals we zullen zien, een zogeheten richtlijn. Een richtlijn dient door de lidstaten – aan wie zij gericht is – binnen een bepaalde tijd in nationaal recht omgezet (geïmplementeerd) worden. Voordat deze implementatietermijn is verstreken, heeft de richtlijn in beginsel geen rechtskracht (zie hieronder). Richtlijnen laten in beginsel de keuze voor het nationale rechtsinstrument vrij: een richtlijn kan een Nederlandse wet, een algemene maatregel van bestuur of zelfs in nog lagere regelgeving geïmplementeerd worden, zolang het vereiste resultaat maar bereikt wordt.¹⁰

*Richtlijn 2000/78*¹¹

25. In het kader van deze verkenning is 2000/78 de relevante richtlijn die op EU niveau discriminatie verbiedt.¹²

⁹ Zaak 26/62, Van Gend en Loos (hier wordt de verkorte annotatie van de arresten gebruikt).

¹⁰ Zie H. van Meerten, 'Iets over richtlijnconforme interpretatie', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 2009. nr. 10.

¹¹ Richtlijn 2000/78/EG, *Pb.*, Nr. L 303, 2 december 2000.

¹² Zie ook artikel 19 VWEU.

26. Artikel 1 van deze richtlijn luidt:

“Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.”

27. Artikel 2 van de richtlijn luidt, onder andere:

"directe discriminatie", wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden"

28. Artikel 6 van de richtlijn rechtvaardigt in bepaalde gevallen de verschillen in behandeling op grond van leeftijd. Leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen levert doorgaans geen discriminatie op grond van leeftijd op, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht.

29. De richtlijn is in Nederlandse wetgeving omgezet, voornamelijk in de Algemene Wet Gelijke Behandeling.¹³

Het Handvest van de grondrechten

30. Sinds 1 december 2009 is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) juridisch bindend en, zoals in de literatuur wordt gesteld, kan het in procedures voor de gerechten van de Europese Unie en, mits het desbetreffende geschil valt binnen de reikwijdte van artikel 51 Handvest, ook in nationale procedures rechtstreeks worden toegepast.¹⁴ Uit verschillende arresten kan worden afgeleid dat aan de voorwaarden van artikel 51 lid 1 Handvest wordt voldaan, indien de nationale regeling (1) Unierecht omzet of (2) anderszins bij dit recht aanknoopt.¹⁵ Uit de Toelichting bij artikel 51 Handvest volgt dat hieronder zowel nationale handelingen vallen die specifieke regels van materieel Unierecht (bijvoorbeeld verordeningen, richtlijnen, Verdragsbepalingen) uitvoeren. Artikel 21 Handvest verbiedt elke vorm van discriminatie.

¹³ Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, Stb. 1993, 693 (oorspronkelijke versie).

¹⁴ H.J.Th.M. van Roosmalen, A. Pahladsingh, ‘Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: beweging in de rechtspraak’, *NTER*, 2013, nr. 3.

¹⁵ *Ibidem*.

Band met het Unierecht

31. Uit het EU-recht vloeit voort dat voor de toepassing van het EU-recht er sprake moet zijn van een grensoverschrijdend aspect. In de literatuur is betoogd dat er belangrijke aanwijzingen zijn in de jurisprudentie van het Hof dat die eis niet stringent (meer) wordt toegepast.¹⁶ Bij het functioneren van pensioenfondsen is de interstatelijkheid, onder andere gezien de verplichtstelling, overigens al snel gegeven (zie hieronder).

Algemeen beginsel

32. In het arrest Mangold¹⁷ is bepaald dat de inachtneming van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is, en niet kan afhangen van het verstrijken van de termijn die de lidstaten is gelaten voor de omzetting van richtlijn 2000/78 en dat de nationale rechter derhalve de volle werking van dit beginsel dient te verzekeren door iedere strijdige bepaling van de nationale wetgeving buiten toepassing te laten, ook in een geding tussen particulieren.¹⁸ Later overwoog het Hof¹⁹ dat het algemene beginsel van gemeenschapsrecht voorop staat bij de toetsing. Ook na implementatie van de richtlijn ligt het primaat van de toetsing bij het algemene beginsel van gemeenschapsrecht.²⁰

33. Dat maakt het Handvest voor deze casus, namelijk of de WVBP discrimineert, minder relevant. De richtlijn kan ook zonder de toepassing van het Handvest worden ingeroepen.

De Verplichtstelling

34. Een fundament van het Nederlandse pensioenstelsel betreft de zogeheten 'verplichtstelling'. Op verzoek van representatieve organisaties van werkgevers en werknemers kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de deelneming aan een pensioenfonds voor een gehele bedrijfstak verplicht stellen. Dit blijkt uit artikel 2, lid 1, van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds 2000 ("**Wet Bpf 2000**"). Deze verplichtstelling heeft tot gevolg dat, behoudens vrijstellingen, alle werkgevers in een bepaalde bedrijfstak verplicht zijn zich aan te sluiten bij het pensioenfonds dat voor die bedrijfstak een pensioenregeling uitvoert,

¹⁶ Zie: E. Manunza, L. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

¹⁷ C-144/04, Mangold.

¹⁸ Conclusie Bot, C-555/07, Swedex.

¹⁹ Zaak C-555/07, Swedex.

²⁰ D.F. Berkhout, 'Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen', AA, 2010.

dus ook werkgevers voor wie die verplichting niet al uit de cao-onderhandelingen voortvloeit.

35. Deze ‘grote’ verplichtstelling leidt er onder andere toe dat verzekeraars niet de aan bedrijfstakpensioenfondsen verplichtgestelde regelingen kunnen uitvoeren en hiermee is de verplichtstelling het fundament van de taakafbakening tussen verzekeraars en pensioenfondsen.
36. De 'grote' verplichtstelling is te onderscheiden van de ‘kleine’ verplichtstelling waarbij een werknemer op grond van zijn of haar *arbeidsrelatie* verplicht aangesloten is bij de pensioeninstelling die de door de werkgever aangeboden pensioenregeling uitvoert.
37. Nu is de verplichtstelling al een aantal maal aan het EU-recht getoetst.²¹ Het betrof hier toetsing aan het mededingingsrecht (*inter alia* aan het verbod op vervalsing van de mededinging) artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") en artikel 102 VWEU (misbruik van machtspositie). Geen toetsing vond tot dusverre plaats aan andere vrijheden of aan het discriminatieverbod.
38. Volgens het Hof was het verlenen van een exclusief recht aan een Pensioenfonds een inbreuk op artikel 102 VWEU. Artikel 102 VWEU bepaalt dat het onverenigbaar is met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. De inbreuk kon echter, kort gezegd, gerechtvaardigd kon worden door de “essentiële sociale functie” die pensioenfondsen vervullen. De rechtvaardiging werd aldus gevonden in artikel 106 VWEU, de diensten van algemeen economisch belang ("DAEB"). DAEB zijn, kort gezegd, diensten in het algemeen belang waarin het marktmechanisme mogelijk niet in voldoende mate voorziet.²²
39. Het Hof heeft in (recente) rechtspraak nooit *exact* invulling gegeven wanneer een regeling voldoende solidair is, of wanneer er precies sprake is van een “essentiële sociale functie” van een fonds. Wél overwoog het Hof, onder andere in de zaak Drijvende Bokken, dat de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid een hoge mate van solidariteit inhoudt.²³

²¹ Zaak C-67/96, Albany International, zaken C-115/97-117/97, Brentjens, en zaak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken.

²² Mededeling van de Commissie – Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.* 2001, C 17/4.

²³ Op. cit.

40. Ook is het Hof in verschillende arresten van oordeel dat de verplichtstelling leidt tot behoud en verdeling van de 'goede' en 'slechte' risico's van een pensioenfonds. Zonder verplichtstelling zouden de 'goede' risico's (jonge deelnemers met minder kans op overlijden bijvoorbeeld) kunnen vertrekken, en zich elders kunnen verzekeren.

IV. Toetsing

Discriminatie?

41. Op grond van de richtlijn en de rechtspraak kunnen we de volgende conclusies trekken. Het maximeren van het aantal deelnemers aan het bestuur van een pensioenfonds, lijkt, gelet op het belang van de pensioengerechtigden (paragraaf II), een vorm van “directe discriminatie” in de zin van artikel 1 van de richtlijn. Pensioengerechtigden worden immers gemaximeerd op grond van hun hoedanigheid als “pensioengerechtigde”, hetgeen in beginsel aan een bepaalde leeftijd is gekoppeld. De richtlijn kan na omzetting nog steeds worden ingeroepen.
42. De eerste vraag is of één van de rechtvaardigheidsgronden uit de richtlijn kunnen worden ingeroepen.

Rechtvaardigingsgronden

43. De regering merkt op in dit verband:²⁴

“Het werkgeversdeel in het bestuur bedraagt maximaal de helft. Het aantal zetels voor werknemers en pensioengerechtigden samen bedraagt tenminste de helft. Binnen die verdeling vindt de regering het niet gepast dat de pensioengerechtigden in normale omstandigheden meer zetels kunnen hebben dan werknemers. Dat kan leiden tot verstoring van de verhoudingen op arbeidsvoorwaardelijk terrein, bijvoorbeeld via beslissingen om de premie hoog vast te stellen. Het is niet uitgesloten dat werkgevers daardoor steeds huiveriger zullen worden om nog gezamenlijke verantwoordelijkheid te dragen voor de uitvoering van pensioenregelingen. Werknemers noch pensioengerechtigden zijn gebaat bij een dergelijke ontwikkeling.

De introductie van dit maximum is weliswaar een verschil met de wet Koşer Kaya Blok, maar de regering is van mening dat een maximum gerechtvaardigd is in het licht van de introductie van een raad van toezicht met het onderhavige wetsvoorstel, die ook borgt dat de belangen van pensioengerechtigden op evenwichtige wijze worden behartigd. Bovendien biedt het onderhavige wetsvoorstel pensioengerechtigden in alle gevallen een recht op deelname in het paritaire bestuur en laat die deelname niet afhankelijk zijn van een schriftelijke raadpleging.”

²⁴ Kamerstukken II, 2012/13, 33 182, nr. 46.

44. De invloed van de pensioengerechtigden is voldoende geborgd, aldus de regering.
45. In het zogeheten verantwoordingsorgaan in het paritaire model zijn de deelnemers en de pensioengerechtigden evenredig op basis van onderlinge getalsverhoudingen vertegenwoordigd. De raad van toezicht bestaat uit ten minste drie natuurlijke personen. De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds. De raad van toezicht is ten minste belast met het toezien op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur en legt verantwoording af over de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het jaarverslag. Aan de goedkeuring van de raad van toezicht zijn echter *niet* onderworpen de besluiten van het bestuur tot vaststelling van de premies, indexatie en het beleggingsbeleid.
46. Het bestuur van een pensioenfonds met paritair bestuur neemt deze beslissingen *zonder goedkeuring* van andere organen. Bovendien kiest het bestuur (waarvan de pensioengerechtigden geen deel uitmaken), het nieuwe bestuursmodel.
47. Dat laatste argument kan enigszins ontkracht worden door mogelijke inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Koşer Kaya/ Blok'.²⁵ Uit de parlementaire behandeling en de kamerstukken maken wij op dat deze wet alsnog op 1 juli 2013 in werking kan treden.
48. Deze wet geeft pensioengerechtigden (tijdelijk) een stem in het bestuur. Hun invloed bij de keuze van een bestuursmodel zal (tijdelijk) toenemen. Echter, het laat onverlet de, als eenmaal de keuze is gemaakt, onevenredige vertegenwoordiging van de pensioengerechtigden in het bestuur. Bovendien is deze constructie slechts van tijdelijke aard.
49. Een tussenconclusie is dat het aannemelijk lijkt dat pensioengerechtigden worden gediscrimineerd, hetgeen moeilijk om door de regering genoemde redenen gerechtvaardigd lijkt te kunnen worden. Er is in het paritaire model bijvoorbeeld geen goedkeuringsrecht ten aanzien van de besluiten van het bestuur van het pensioenfonds ten aanzien van indexatie.
50. Een ander argument, dat vaak als rechtvaardigingsgrond wordt gebruikt, is dat “de EU” geen zeggenschap heeft over de inrichting van “ons” pensioenstelsel. Met een beroep op het Europese “subsidiariteitsbeginsel” wordt betoogd dat de EU geen bevoegdheden heeft over “ons” pensioen. In verschillende publicaties is reeds

²⁵ Kamerstukken I, 2009/10, 31 537, A.

aangetoond dat dit onjuist dan wel onvolledig is.²⁶ Zo wordt het beginsel van subsidiariteit vaak oneigenlijk gebruikt. Het subsidiariteitsbeginsel is *geen* beginsel dat de bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten reguleert.²⁷

51. Ook is de invloed van de EU, zoals boven aangetoond, inmiddels op praktisch alle gebieden aanwezig, hetgeen voortvloeit uit de toenemende economische en financiële integratie en de toenemende reikwijdte van de zogeheten vier vrijheden (vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal).²⁸
52. Doordat pensioenfondsen door het Hof bovendien reeds lang geleden zijn aangemerkt als ondernemingen in de zin van het EU-Verdrag, zijn vele interne markt bepalingen en Europese beginselen op pensioenfondsen van toepassing.²⁹
53. Tevens het arbeidsvoorwaardenoverleg wordt geraakt door EU-recht. Na de uitspraak van het Hof in de genoemde zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken leek het erop dat de EU-Verdragsregels geen vat zouden hebben op een aantal belangrijke aspecten van nationaal sociaal beleid. Uitspraken in latere arresten (de zaken Viking³⁰ en Laval³¹) hebben echter duidelijk gemaakt dat collectieve acties en cao's niet zonder meer uitgesloten zijn van de werkingssfeer van het EU-Verdrag en dus niet buiten de interne markt staan.³²
54. Met andere woorden: onze Nederlandse Pensioenwet is nu al grotendeels ondergeschikt aan Europees recht, ondanks de sociale zekerheidscomponent die "pensioen" als arbeidsvoorwaarde uiteraard heeft.
55. De discussie inzake wel of geen Europese invloed op de governance is door de praktijk overigens achterhaald. De herziening van de Europese richtlijn inzake bedrijfspensioenfondsen³³ zal nadere regulering van de governance van pensioenfondsen bevatten.
56. Dat brengt ons op een in dit kader laatste toetsingsgrond: de houdbaarheid van de (grote) verplichtstelling.

²⁶ A. van den Brink, H. van Meerten, S. de Vries, *Regulating pensions; Why the EU matters*. Tilburg: Netspar, 2011.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Albany, op cit.

³⁰ C-438/05, Viking.

³¹ C-341/05, Laval.

³² Zo ook: S. Prechal, S.A. de Vries, 'Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht', *SEW*, 2008.

³³ De zogeheten IORP II richtlijn. Herziening is momenteel gaande.

57. De verplichtstelling aan (bedrijfstak)pensioenfondsen vormt zoals gezegd een inbreuk op EU-recht, die, kort gezegd, gerechtvaardigd kan worden door de “essentiële sociale functie”, de dienst van algemeen economisch belang die pensioenfondsen geacht worden te vervullen.
58. Zou deze rechtvaardigingsgrond anno 2013 (nog) ingeroepen kunnen worden? Hierover verschillen de meningen. In een onlangs uitgebrachte studie van de VU wordt gesteld dat op grond van de huidige jurisprudentie de huidige verplichtstelling nog steeds te rechtvaardigen zou zijn.³⁴ Hierbij wordt echter *niet* getoetst of de discriminatoire behandeling (van pensioengerechtigden) mogelijk toelaatbaar is. Indien die laatste conclusie kan worden getrokken, komt daarmee de houdbaarheid van de verplichtstelling mogelijk verder in het gedrang.
59. In een artikel in het Tijdschrift voor Financieel Recht³⁵ wordt betoogd dat het (nieuwe) pensioenstelsel, met verminderde solidariteitsaspecten, mogelijk op gespannen voet met de Europese regelgeving staat.³⁶ Dat lijkt *a fortiori* te (gaan) gelden voor de nieuwe rekenrente voor pensioenfondsen, de *Ultimate Forward Rate* (UFR), de overgang naar het reële stelsel, het al dan niet gedwongen “invaren”, en de verdere versobering van de fiscale ruimte van de opbouw. Dit zijn zaken die de solidariteit op diverse manieren onder druk zetten.³⁷ Betoogd zou kunnen dat, daarenboven, door de mogelijke discriminatie (van pensioengerechtigden), waarvoor moeizaam een rechtvaardiging lijkt te worden gevonden, de “essentiële sociale functie” verder wordt verkleind en daarmee de rechtvaardiging voor de inbreuk op het EU-Verdrag.
60. Een voor pensioengerechtigden belangrijk element, de indexatie, is volgens het Hof één van de solidariteitsaspecten die de inbreuk rechtvaardigt. De zeggenschap in het bestuur van een pensioenfonds is voor de pensioengerechtigde, zoals boven beknopt aangetoond, "groot", wellicht onder omstandigheden "groter" dan die van de overige belanghebbenden die wellicht "minder" door de maatregelen van indexatie worden geraakt omdat, bijvoorbeeld, hun pensioen langer de tijd heeft te “herstellen”. Dit zijn allemaal aspecten die bij de toetsing een rol gaan vervullen.

³⁴ M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*. Amsterdam: VU Expertisecentrum, 2013.

³⁵ H. van Meerten, ‘Vrij verkeer van diensten voor verzekeraars en pensioeninstellingen: Solvency II basic en de verplichtstelling’, *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2012, nr. 7/8.

³⁶ Hier zijn Kamervragen over gesteld waarop de regering tamelijk kort antwoordde. De houdbaarheid van de verplichtstelling moet aan meerdere elementen worden getoetst, aldus de regering. Kamerstukken II, 2012/13, 32 043, nr. 105.

³⁷ Netspar, op. cit. Dat blijkt overigens ook uit de maatschappelijke onrust die momenteel gaande is.

61. De mate van zeggenschap van het bestuur over de "goede" en "slechte" risico's wordt voor een "vergrijsd" fonds des te belangrijker. Het druist mogelijk in tegen een zorgvuldige belangafweging als de ene groep meer vertegenwoordigd is en meer zeggenschap heeft over een belang dat hen minder zou raken.

V. Conclusie

62. Wij zien mogelijkheden om overtuigend aan te tonen dat de WVBP mogelijk op gespannen voet met het EU-recht staat.