

ECLI:NL:PHR:2023:908

Instantie	Parquet bij de Hoge Raad
Datum conclusie	13-10-2023
Datum publicatie	16-11-2023
Zaaknummer	22/03487
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Unierecht. Pensioenrecht. Collectieve actie art. 3:305a BW. Is het buffervereiste voor Nederlandse pensioenfondsen (art. 131 Pw) in strijd met de IORP II-Richtlijn?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 22/03487

Zitting 13 oktober 2023

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

1 Stichting Pensioenbehoud

2. Katholieke Bond van Ouderen in Noord-Brabant

eiseressen tot cassatie,

advocaat: mr. M.E. Bruning

tegen

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid)

verweerder in cassatie,

advocaat: mr. J.W.H. van Wijk

Partijen worden hierna verkort aangeduid als **Pensioenbehoud c.s.** en **Staat**.

1 Inleiding en samenvatting

- 1.1 Deze zaak betreft een collectieve actie over de vraag of een voorschrift in de pensioenwetgeving over het door pensioenfondsen aan te houden eigen vermogen in strijd is met het Unierecht, meer specifiek met Richtlijn (EU) 2016/2341. Deze richtlijn wordt verkort aangeduid als **IORP-II**. IORP staat voor *institutions for occupational retirement provision*, de Engelse benaming van 'instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening' (hierna: **IBPV's**).
- 1.2 Art. 15 lid 1 IORP-II schrijft ten aanzien van het verzekeren van biometrische risico's (zoals levensverwachting) een bepaald niveau van eigen vermogen voor. Volgens Pensioenbehoud c.s. geldt deze kapitaalseis niet voor Nederlandse pensioenfondsen omdat die geen biometrische risico's zouden 'verzekeren'. Pensioenbehoud c.s. baseert die stelling in de kern op twee gronden. Ten eerste worden zulke risico's veelal herverzekerd zodat de risico's elders liggen. Ten tweede dragen de deelnemers en de gepensioneerden, en niet de fondsen, de economische risico's. De pensioenen zijn vanaf 2008 jarenlang niet geïndexeerd en in bepaalde gevallen zelfs gekort. De achterban van Pensioenbehoud c.s. heeft daardoor vermogensschade geleden, die de Staat zal moeten vergoeden.
- 1.3 In deze procedure vorderen Pensioenbehoud c.s. echter alleen een verklaring voor recht.¹ De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof heeft overwogen dat het feit dat pensioenen kunnen worden gekort niet meebrengt dat niet langer sprake zou zijn van 'verzekeren' als bedoeld in art. 15 lid 1 IORP-II. Het begrip verzekeren vereist niet dat een bepaalde garantie wordt verstrekt. Ook in geval van een herverzekering 'verzekert' het pensioenfonds nog de risico's. Bovendien voorziet IORP-II in minimumharmonisatie. De Staat mag verdergaande maatregelen nemen op het gebied van het door pensioenfondsen aan te houden eigen vermogen. Ook als moet worden aangenomen dat in de Nederlandse situatie geen sprake is van het 'verzekeren' van biometrische risico's, kunnen om die reden de omstreden wettelijke bepalingen toch worden toegepast. Dat lijkt mij zonder meer juist. Ik kom hierna dan ook tot de conclusie dat het cassatieberoep moet worden verworpen.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.2 Bij wet van 19 december 2018,² in werking getreden op 13 januari 2019,³ is in Nederland uitvoering gegeven aan IORP-II.⁴

2.3 Art. 15 Richtlijn IORP-II luidt als volgt (onderstreping toegevoegd):

“Artikel 15 Voorgeschreven eigen vermogen

1. De lidstaat van herkomst zorgt ervoor dat IBPV's die pensioenregelingen uitvoeren en zelf, en niet de bijdragende ondernemingen, een dekking tegen biometrische risico's verzekeren of een beleggingsrendement of een bepaalde hoogte van uitkeringen garanderen, permanent bij wijze van buffer aanvullende activa aanhouden naast de technische voorzieningen. De omvang van de buffer is afgestemd op het soort risico en de aard van de activaportefeuille met betrekking tot het geheel van uitgevoerde regelingen. Die activa zijn vrij van alle voorzienbare verplichtingen en dienen als veiligheidskapitaal om verschillen tussen de verwachte en de daadwerkelijke uitgaven en winsten op te vangen.

2. Voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa zijn de in de artikelen 16, 17 en 18 vastgestelde regels van toepassing.

3. Lid 1 belet de lidstaten echter niet op hun grondgebied gevestigde IBPV's te verplichten tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen, of gedetailleerdere voorschriften vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn.”

2.4 Art. 15 IORP-II is (onder meer) geïmplementeerd in art. 131 en art. 132 Pensioenwet (hierna: **Pw**).
⁵ Art. 131 luidt:

“Artikel 131. Minimaal vereist eigen vermogen

1 Een pensioenfonds beschikt over een minimaal vereist eigen vermogen, tenzij:

a. een pensioenfonds tot volledige overdracht of onderbrenging is overgegaan; en

b. de toezichthouder heeft ingestemd met het feit dat het pensioenfonds daarom niet beschikt over een minimaal vereist eigen vermogen.

2 Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden de omvang en de samenstelling van het minimaal vereist eigen vermogen bepaald.”

Artikel 132 heeft betrekking op het 'vereist eigen vermogen' waarover een pensioenfonds moet beschikken.

2.5 Pensioenbehoud c.s. hebben op 9 augustus 2019 een brief aan de Staat (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) gestuurd, waarin zij verzoeken om in art. 131 Pw een uitzondering op te nemen voor pensioenfondsen die enkel CDC-/premieovereenkomsten uitvoeren omdat dit geen fondsen zouden zijn in de zin van art. 15 IORP-II.⁶

2.6 Bij brief van 13 september 2019 heeft de Staat op dit verzoek afwijzend gereageerd. Art. 131 Pw geldt onverkort voor pensioenfondsen die een *Collective Defined Contribution*-regeling⁷ uitvoeren die kwalificeert als premieovereenkomst. Zij bieden als andere pensioenfondsen in Nederland dekking voor 'biometrische risico's', waaronder worden verstaan "risico's in verband met overlijden, arbeidsongeschiktheid en levensverwachting".⁸

2.7 Pensioenbehoud c.s. hebben daarop de Staat op 23 september 2019 gedagvaard voor de rechtbank Den Haag (hierna: de **rechtbank**). Zakelijk weergegeven vorderden zij dat voor recht wordt verklaard dat art. 131 en/of art. 132 Pw in strijd is c.q. zijn met één of meer bepalingen uit de IORP II-richtlijn en aldus buiten toepassing moet(en) blijven voor zover een pensioenfonds een CDC-/premieovereenkomst uitvoert.

2.8 De rechtbank heeft bij eindvonnis van 10 februari 2021 de vorderingen afgewezen.⁹ Samengevat heeft zij het volgend eoverwogen:

- Art. 10 Pw onderscheidt drie pensioenovereenkomsten: (a) uitkeringsovereenkomst, (b) kapitaalovereenkomst en (c) premieovereenkomst. De Pw kent geen CDC-regeling. Aan dit begrip wordt geen zelfstandige betekenis toegekend. (rov. 4.20-4.24)

- In IOPR-II is geen steun te vinden voor de stelling van Pensioenbehoud c.s. dat voor de uitleg en toepassing van artikel 15 lid 1 IORP II van belang is of IBPV al dan niet zelf de biometrische risico's draagt. Het gaat erom of een pensioenfonds zelf biometrische risico's *verzekert* (rov. 4.28). Ook als een pensioenfonds als laatste redmiddel moet overgaan tot het korten van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten (art. 134 Pw), draagt het pensioenfonds nog steeds de biometrische risico's (rov. 4.29).

- Alleen een pensioenfonds dat uitsluitend een premieovereenkomst met een variabele regeling uitvoert en geen (andere) biometrische risico's verzekert, valt niet onder de reikwijdte van art. 15 lid 1 IORP II (rov. 4.33). Zo'n pensioenfonds bestaat in Nederland niet, zodat Pensioenbehoud c.s. geen belang hebben bij hun vordering.

- De situatie waarop art. 15 lid 3 IORP-II doelt (gedetailleerdere voorschriften), doet zich niet voor (rov. 4.34).

2.9 Pensioenbehoud c.s. zijn van dit vonnis in beroep gekomen bij het gerechtshof Den Haag (hierna: het **hof**). In hoger beroep hebben zij hun vordering geherformuleerd tot een verklaring voor recht dat art. 131 en/of art. 132 Pw in strijd is of zijn met IORP II, in ieder geval met art. 15 daarvan, en dus buiten toepassing moet(en) blijven.¹⁰ Verder hebben Pensioenbehoud c.s. het hof verzocht om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU.

2.10 Het hof heeft bij arrest van 21 juni 2022 het vonnis bekrachtigd.¹¹ Het heeft onder meer het volgende overwogen:

i) Uit de memorie van grieven volgt dat in hoger beroep niet langer relevant is of een pensioenregeling een CDC-regeling vormt. Pensioenbehoud c.s. heeft daarom geen belang bij grief I, die is gericht op de oordelen dat geen wettelijke CDC-regeling bestaat en dat geen waarde wordt gehecht aan dit begrip (rov. 6.2).

ii) Partijen zijn het erover eens dat het werk van pensioenfondsen betrekking heeft op biometrische risico's. Het gaat om de vraag of die worden *verzekerd* (rov. 6.5).

iii) Het standpunt van Pensioenbehoud c.s. komt erop neer dat pensioenfondsen geen biometrische risico's verzekeren omdat, bij een tekort, uiteindelijk de deelnemers zelf dat tekort (moeten) dragen. Volgens Pensioenbehoud c.s. is er pas sprake van verzekeren indien er een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenvoorziening bestaat (rov. 6.7). Dat standpunt slaagt niet, omdat:

a. art. 15 lid 1 IORP-II geen nadere eisen stelt aan de geboden verzekering ('een dekking' is voldoende), en er ook na het doorvoeren van een korting op het pensioen nog steeds een dekking is (rov. 6.8);

b. art. 15 lid 1 IORP-II onderscheidt tussen verzekeren en garanderen. Daaruit volgt dat het begrip 'verzekeren' niet vereist dat een bepaalde garantie wordt verstrekt, dus een korting doorvoeren betekent niet dat daarna niet meer verzekerd wordt (rov. 6.9);

c. art. 15 IORP-II voorziet slechts in minimumharmonisatie, dus ook al zou geen sprake zijn van verzekeren, kan de Staat aanvullende voorschriften opleggen, en hoeven art. 131 en 132 Pw niet in strijd te zijn met art. 15 IORP II (rov. 6.10).

iv) Op het voorgaande stuiten grieven I-VIII af (rov. 6.11), die in de kern opkomen tegen het oordeel van de rechtbank dat pensioenfondsen biometrische risico's verzekeren (rov. 5.2). Ten overvloede: Pensioenbehoud c.s. beogen te bewerkstelligen dat de pensioenen van leden omhoog gaan, maar de gevorderde verklaring voor recht hoeft daar niet toe te leiden. Als er geld vrijkomt bij een pensioenfonds, is nog niet gezegd dat dit voor indexatie wordt ingezet. (rov. 6.11).

v) Het hof ziet geen aanleiding prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU, omdat de uitleg van art. 15 IORP II geen vragen oproept die daartoe noodzaken (rov. 6.12). Grief IX faalt daarom.

2.11 Bij procesinleiding van 21 september 2022 hebben Pensioenbehoud c.s. tijdig cassatieberoep ingesteld. De Staat heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunten op 30 juni 2023 zowel schriftelijk als mondeling door hun advocaten laten toelichten, Pensioenbehoud c.s. mede door mr. H. van Meerten en mr. K.P.D. Vermeulen, advocaten in feitelijke instantie, en de Staat mede door mr. J.B.B. Heinen. Ter zitting hebben partijen kort gerepliceerd en gedupliceerd. Daarna heeft op 25 augustus 2023 schriftelijke repliek en dupliek plaatsgevonden. Partijen hebben de onderwerpen die zij bij pleidooi aan de orde hebben gesteld, ook in hun schriftelijke toelichting (uitvoerig) behandeld.

3 Juridisch kader

3.1 Voordat ik toekom aan het middel ga ik in op de juridische achtergronden.

Algemeen: financiële voorschriften ¹²

3.2 Een pensioenfonds heeft verplichtingen, waaronder de verplichting om aan een deelnemer vanaf het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd levenslang een pensioenuitkering te betalen. Met de wettelijke financiële voorschriften wordt beoogd te waarborgen dat pensioenfondsen die verplichting kunnen nakomen. Zo vereist de wet dat een pensioenfonds toereikende voorzieningen vaststelt ter hoogte van de te verwachten verplichtingen. De pensioenverplichtingen (passiva) moeten zijn gedekt door voldoende bezittingen (activa). Dit is de *dekkingseis*. De verhouding tussen bezittingen en pensioenverplichtingen bepaalt of een pensioenfonds mag indexeren en ook wanneer een pensioenfonds een herstelplan moet maken of, in het uiterste geval, de pensioenen moet korten. Deze verhouding heet de *dekkingsgraad*. Als de dekkingsgraad 100% is, betekent dit dat een pensioenfonds voor elke EUR 100 aan verplichtingen EUR 100 aan vermogen heeft.

3.3 De wetgeving onderscheidt een 'minimaal eigen vermogen' (dat is de ondergrens) en een 'voorgeschreven eigen vermogen'. Op grond van het laatste moet er in principe meer vermogen zijn dan er verplichtingen zijn. In de meeste gevallen komt dat neer op een dekkingsgraad van minimaal 104%.¹³ Deze aanvullende activa (boven de 100% dekkingsgraad) worden aangehouden naast de technische voorzieningen en dienen als buffer om verschillen tussen de verwachte en werkelijke uitgaven en inkomsten op te vangen. Een (te) lage dekkingsgraad kan zijn veroorzaakt aan de activazijde (door lagere beleggingsresultaten) of aan de passivazijde (door hogere pensioenverplichtingen).

3.4 Op 11 oktober 2000 diende de Europese Commissie (hierna: **de Commissie**) een voorstel in voor een Richtlijn betreffende de werkzaamheden van instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening.¹⁴ Daarin werd een artikel 17 voorgesteld dat als volgt luidde (onderstreping hieronder en hierna in dit hoofdstuk steeds toegevoegd):

“Het wettelijk voorgeschreven eigen vermogen

1. De lidstaten dragen er zorg voor dat instellingen die pensioenregelingen beheren waarbij de instelling zelf de verplichting op zich neemt een biometrisch risico te dekken en/of waarbij de instelling zelf een beleggingsprestatie of het niveau van de uitkeringen garandeert, permanent bijkomende activa aanhouden naast de technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van regelingen die zij beheren. Deze activa moeten vrij van alle voorzienbare verplichtingen zijn en als veiligheidskapitaal dienen om de verschillen tussen de verwachte en de daadwerkelijke uitgaven en winsten op te vangen.

2. Voor de berekening van het bedrag van de bijkomende activa zijn de in Richtlijn 79/267/EEG [de eerste coördinatierichtlijn levensverzekering, A-G] vastgestelde regels van toepassing.”

3.5 De toelichting van de Commissie in de voorgestelde considerans, hield het volgende in:

“24. Dikwijls is het de bijdragende onderneming en niet de instelling zelf die hetzij het biometrische risico dekt hetzij een bepaald uitkeringsniveau of bepaalde beleggingsresultaten waarborgt. Soms verschaft de instelling deze dekking of garanties echter zelf en blijven de verplichtingen van de bijdragende onderneming over het algemeen beperkt tot de betaling van de noodzakelijke bijdragen. Onder deze omstandigheden zijn de aangeboden producten vergelijkbaar met die van levensverzekeringsondernemingen en moeten de desbetreffende instellingen hetzelfde aanvullende eigen vermogen aanhouden als levensverzekeringsondernemingen.”

De woorden ‘onder deze omstandigheden’ verwijzen naar de als tweede genoemde situatie, waarin de instelling deze dekking of garanties zelf verschaft.

3.6 Het Europees Parlement heeft in de eerste fase van het Europese wetgevingsproces een aantal amendementen op deze bepalingen voorgesteld.¹⁵ Die voorstellen hielden het volgende in (geschrapte tekst doorgehaald, toegevoegde tekst vet gedrukt in het origineel):

“Amendement 24 (considerans 24):

(24) Dikwijls is het de bijdragende onderneming en niet de instelling zelf die hetzij het biometrische risico dekt hetzij een bepaald uitkeringsniveau of bepaalde beleggingsresultaten waarborgt. Soms verschaft de instelling deze dekking of garanties echter zelf en blijven de verplichtingen van de bijdragende onderneming over het algemeen beperkt tot de betaling van de noodzakelijke bijdragen. Onder deze omstandigheden zijn de aangeboden producten vergelijkbaar met die van levensverzekeringsondernemingen en moeten de desbetreffende instellingen ~~hetzelfde~~ **een soortgelijk** aanvullend eigen vermogen aanhouden als levensverzekeringsondernemingen.”

en

“Amendement 81 (artikel 17 lid 2)

2. Voor de berekening van het bedrag van de bijkomende activa zijn de ~~in richtlijn 79/267/EEG vastgestelde~~ regels van toepassing **die voor de desbetreffende instelling gelden in de lidstaat**

van ontvangst. Indien een lidstaat geen bepalingen heeft aangenomen, zijn de bepalingen als vastgesteld in de artikelen 18 en 19 van Richtlijn 79/267/ EEG (artikel 18 als gewijzigd bij artikel 25 van Richtlijn 92/96/EEG), van toepassing."

3.7 De Raad van de Europese Unie (hierna: de **Raad**), die samen met het Europees Parlement de wetgever van de Unie vormt, heeft daarna een gemeenschappelijk standpunt vastgesteld.¹⁶ In de toelichting daarop werd over artikel 17 het volgende opgemerkt:¹⁷

"Met betrekking tot artikel 17 betreffende het voorgeschreven eigen vermogen heeft de Raad [...] door "en niet de bijdragende ondernemingen" in te voegen, getracht duidelijker te maken welke situaties in lid 1 worden bedoeld. Evenzo heeft de Raad in lid 2 verduidelijkt dat dit betrekking heeft op het *minimum*bedrag en dat de relevante bepalingen van de levensverzekeringsrichtlijn in dit verband de artikelen 18 en 19 zijn. Daarmee heeft de Raad amendement 81 van het Europees Parlement ten dele overgenomen; hij ziet echter geen reden om de rest van dat amendement over te nemen (noch het daarmee samenhangende amendement 24), aangezien de twee door het Europees Parlement genoemde richtlijnen reeds in alle lidstaten zijn uitgevoerd.

Ten slotte acht de Raad een aanvullend lid nodig dat de lidstaten in staat stelt nadere eisen en gedetailleerder voorschriften inzake het eigen vermogen vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn."

3.8 De tekst uit het gemeenschappelijk standpunt van de Raad is op deze twee onderdelen opgenomen in de eindtekst, Richtlijn (EG) 2003/41¹⁸ (hierna: **IORP-I**) en luidt als volgt:

"(30) Dikwijls kan het de bijdragende onderneming en niet de instelling zelf zijn die hetzij het biometrische risico dekt, hetzij een bepaald uitkeringsniveau of bepaalde beleggingsresultaten waarborgt. Soms verschaft de instelling deze dekking of garanties echter zelf en blijven de verplichtingen van de bijdragende onderneming over het algemeen beperkt tot de betaling van de noodzakelijke bijdragen. Onder deze omstandigheden zijn de aangeboden producten vergelijkbaar met die van levensverzekeringsondernemingen en moeten de desbetreffende instellingen ten minste hetzelfde aanvullende eigen vermogen aanhouden als levensverzekeringsondernemingen."

en

"Artikel 17

Voorgeschreven eigen vermogen

1. De lidstaat van herkomst zorgt ervoor dat instellingen die pensioenregelingen uitvoeren en zelf, en niet de bijdragende ondernemingen, een dekking tegen biometrische risico's verzekeren of een beleggingsrendement of een bepaalde hoogte van de uitkeringen garanderen, permanent bij wijze van buffer aanvullende activa aanhouden naast de technische voorzieningen. De omvang van de buffer is in overeenstemming met het soort risico en de aard van de activa met betrekking tot het geheel van uitgevoerde regelingen. Deze activa zijn vrij van alle voorzienbare verplichtingen en dienen als veiligheidskapitaal om verschillen tussen de verwachte en de daadwerkelijke uitgaven en winsten op te vangen.

2. Voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa zijn de in de artikelen 27 en 28 van Richtlijn 2002/83/EG vastgestelde regels van toepassing.

3. Lid 1 belet de lidstaten echter niet op hun grondgebied gevestigde instellingen te verplichten tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen, of gedetailleerdere voorschriften vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn."

3.9 De Nederlandse wetgever heeft deze bepaling geïmplementeerd in art. 9a van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: **Psw**).¹⁹ Het derde lid van art. 9a Psw luidde:

“3. Een pensioenfonds of beroepspensioenfonds dat niet volledig het risico, bedoeld in artikel 9, eerste lid [het uit de aangegeve verplichtingen voortvloeiende risico, A-G], heeft overgedragen of herverzekerd houdt, naast de technische voorzieningen, permanent bij wijze van buffer een eigen vermogen aan (...).”

3.10 Art. 9a Psw is per 1 januari 2007 vervangen door art. 131 Pw. Dit artikel luidde toen als volgt:

“Artikel 131. Minimaal vereist eigen vermogen

1 Een pensioenfonds beschikt over een minimaal vereist eigen vermogen, tenzij:

- a. een pensioenfonds tot volledige overdracht, herverzekering of onderbrenging is overgegaan; en
- b. de toezichthouder heeft ingestemd met het feit dat het pensioenfonds daarom niet beschikt over een minimaal vereist eigen vermogen.

2 Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden de omvang en de samenstelling van het minimaal vereist eigen vermogen bepaald.

De in het tweede lid bedoelde algemene maatregel van bestuur is het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (BFTK).²⁰

3.11 In de toelichting op art. 131 Pw²¹ wordt onder meer opgemerkt:²²

“Fondsen herverzekeren bepaalde verzekeringsrisico’s geheel of gedeeltelijk. Dat kan bij een verzekeraar of een professionele herverzekeraar. Een verzekeraar en een herverzekeraar die is gevestigd binnen de EU moet een minimaal vereist eigen vermogen aanhouden. Als een fonds volledig is herverzekerd, is het niet nodig dat het fonds zelf ook het minimaal vereist eigen vermogen aanhoudt. Zou dat wel het geval zijn, dan is er sprake van het tweemaal afdekken van hetzelfde risico. Om die reden is dit artikel aangepast. Of de kwaliteit van de herverzekering de zekerheid van het minimaal vereist eigen vermogen voor een fonds volledig compenseert, is uiteindelijk aan DNB ter beoordeling. [...]”

3.12 Na de financiële crisis liet het kabinet aan de Tweede Kamer weten dat voor herverzekerde fondsen de eis van het minimaal vereist eigen vermogen altijd geldt, omdat deze eis los staat van het kredietrisico en voortvloeit uit art. 17 van Richtlijn 2003/41/EG.²³ Met het oog daarop werd een wetsvoorstel ingediend en aangenomen om art. 131 Pw te wijzigen, in die zin dat ‘herverzekering’ verdween uit de uitzonderingsbepaling in het eerste lid sub a.²⁴ Dit betekent dat ook verzekerde fondsen steeds een buffer (van beperkte omvang) moeten aanhouden.²⁵

De tweede Europese pensioenrichtlijn (IORP-II) en de implementatie daarvan

3.13 Op 16 februari 2012 kondigde de Commissie aan met een voorstel tot wijziging van IORP-I te zullen komen.²⁶ Het doel hiervan was onder andere om een gelijk speelveld met de Richtlijn Solvency II²⁷ te behouden. In een reactie heeft het Nederlandse kabinet gewezen op de mogelijke financiële consequenties van het streven naar een gelijk speelveld met (pensioen)verzekeraars.²⁸ Het gevolg zou kunnen zijn dat dezelfde (hogere) solvabiliteitseisen die gelden voor verzekeraars ook zouden kunnen gaan gelden voor pensioenfondsen. Daaraan bestond geen behoefte, aldus het kabinet.

3.14 Op 27 maart 2014 heeft de Commissie een voorstel tot herziening van de IORP-richtlijn ingediend.²⁹ Daarin was geen wijziging van de solvabiliteitseisen opgenomen.³⁰ De tekst van art.

17 IORP-I is zonder inhoudelijke wijziging overgenomen in art. 15 IORP-II. Overweging 30 IORP-I werd overgenomen in overweging 44 IORP II. Na onderhandelingen (in de dialoog) tussen Raad, Europees Parlement en Commissie³¹ is die overweging als volgt gewijzigd (geschrapte tekst doorgehaald, toegevoegde tekst vet gedrukt in het origineel):

“(44) Dikwijls kan het de bijdragende onderneming en niet de ~~instelling-IBPV~~ zelf zijn die hetzij het biometrische risico dekt, hetzij ~~een bepaald uitkeringsniveau~~ **een bepaalde hoogte van de uitkeringen** of bepaalde beleggingsresultaten waarborgt. Soms verschaft de ~~instelling-IBPV~~ deze dekking of garanties echter zelf en blijven de verplichtingen van de bijdragende onderneming over het algemeen beperkt tot betaling van de noodzakelijke bijdragen. Onder ~~deze~~ die omstandigheden ~~zijn de aangeboden producten vergelijkbaar met die van levensverzekeringsondernemingen en moeten de desbetreffende instellingen-IBPV ten minste hetzelfde aanvullende eigen vermogen aanhouden als levensverzekeringsondernemingen.~~ **eigen vermogen aanhouden op basis van de waarde van de technische voorzieningen en het risicokapitaal.**”

3.15 In IORP-II is dit 'minimale karakter' van de richtlijn nader geëxpliciteerd door toevoeging van een nieuwe overweging 3 die als volgt luidt:

“(3) Deze richtlijn beoogt minimale harmonisatie en mag de lidstaten daarom niet beletten verdere voorschriften ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen in te voeren, mits deze voorschriften in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke verplichtingen van de lidstaten. (...)”

3.16 IORP-I is met ingang van 13 januari 2019 vervangen door IORP-II (zie art. 65 IORP II).

3.17 De Pw is op het punt van het (minimaal) vereist eigen vermogen niet aangepast.³²

De Wet toekomst pensioenen

3.18 Na een lange voorgeschiedenis is recent Wet toekomst pensioenen aangenomen.³³ Deze wet laat art. 131 Pw *ongewijzigd*. In de memorie van toelichting wordt hierover onder meer het volgende opgemerkt (citaat zonder voetnoot, A-G):

“Het onderhavige wetsvoorstel stelt geen wijzigingen voor ten aanzien van het verplicht aanhouden van een minimaal vereist eigen vermogen, dan wel de vaststelling van de hoogte van het minimaal vereist eigen vermogen. Dus ook in het nieuwe pensioenstelsel geldt het uitgangspunt dat wanneer een pensioenfonds een dekking tegen biometrische risico's verzekert, of de hoogte van uitkeringen of beleggingsrendement garandeert, het pensioenfonds verplicht is om een minimaal vereist eigen vermogen aan te houden. [...]”³⁴

3.19 Naar aanleiding van Kamervragen heeft de regering hierover het volgende opgemerkt:³⁵

“(…) De regering geeft aan dat het denkbaar is dat een pensioenfonds op grond van de IORP-richtlijn geen minimaal vereist eigen vermogen hoeft aan te houden. Dat is alleen mogelijk indien het pensioenfonds enkel een variabele ouderdomspensioenuitkering aanbiedt en daarnaast geen nabestaandenpensioen en/of arbeidsongeschiktheidspensioen aanbiedt, ook niet in de opbouwfase. Alleen in dat geval is er geen dekking tegen biometrische risico's en wordt er geen beleggingsrendement of bepaalde uitkeringshoogte gegarandeerd. In dat geval is het pensioenfonds op grond van de IORP-richtlijn niet verplicht om een minimaal vereist eigen vermogen aan te houden.”

Het standpunt van de regering over de invloed van herverzekering van biometrische risico's door een pensioenfonds is daarmee ongewijzigd ten opzichte van het standpunt dat eerder was ingenomen (zie 3.14).³⁶

- 3.20 Tot slot van dit juridisch kader wijs ik op een recente uitspraak in kort geding in een zaak die met de onderhavige zaak enige verwantschap vertoont. Volgens eiser in die zaak heeft de Staat de pensioenfondsen ten onrechte voorgeschreven om bij het berekenen van hun financiële ruimte voor indexatie uit te gaan van een (lage) risicovrije rekenrente in plaats van een hogere marktrente. Eiser stelt dat de Staat aansprakelijk is voor zijn schade (bestaande uit het mislopen van indexeringen tussen 2008 en 2019 van zijn ABP-pensioen), op de grond dat de Staat IORP-I niet correct heeft geïmplementeerd.
- 3.21 De voorzieningenrechter wijst de vordering af. De reden hiervoor is dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat IORP-I (en vervolgens IORP-II) geen ruimte laten voor het voorschrijven van een risicovrije rekenrente.³⁷ In die zaak was ook nog gesteld dat het achterwege laten van indexering (van het ABP-pensioen) een inbreuk op het eigendomsrecht opleverde als bedoeld in art. 17 EU-Handvest van de Grondrechten (hierna: het **Handvest**). Het ging in die zaak evenwel om een voorwaardelijke indexatie, dus om onzekere toekomstige vooruitzichten op waardevermeerdering, wat volgens de voorzieningenrechter niet als een eigendomsrecht is aan te merken.
- 3.22 Na dit alles kom ik toe aan het middel.

4 Bespreking van het cassatiemiddel

- 4.1 Het middel bestaat uit drie onderdelen. Onderdeel 1 vecht de gegeven uitleg van gedingstukken aan. Onderdeel 2 bevat rechtsklachten over de uitleg van art. 15 IORP-II. Onderdeel 3 ziet op de overweging dat toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht niet zonder meer zal leiden tot verhoging van pensioenen.

Onderdeel 1 (uitleg gedingstukken)

- 4.2 Subonderdeel 1.1 is gericht tegen rov. 6.2:

“6.2 Pensioenbehoud c.s. voeren in hun memorie van grieven aan dat in de kern in hoger beroep de vraag voorligt of de Nederlandse pensioenfondsen zelf biometrische risico's verzekeren en dat die vraag los staat van het type pensioenregeling dat zij uitvoeren (randnummers 6 en 7). Daarmee laten Pensioenbehoud c.s. kennelijk de discussie over de vraag of een pensioenregeling een zogenaamd CDC-karakter heeft, los. Ook in de toelichting op grief I benadrukken zij dat het in hoger beroep niet gaat om de vraag of een CDC-(premie)regeling bestaat, maar uitsluitend om de vraag of een pensioenfondsdekking tegen biometrische risico's verzekert. Nu Pensioenbehoud c.s. zelf stellen dat het voor de in hoger beroep te beantwoorden vraag niet relevant is of een pensioenregeling een CDC-regeling is, hebben zij bij grief 1 in ieder geval geen belang. Die grief faalt daarom.”

- 4.3 Pensioenbehoud c.s. achten onbegrijpelijk dat het hof tot uitgangspunt neemt dat bij de uitleg van het begrip 'verzekeren' uit IORP-II in hoger beroep alleen de vraag voorligt of pensioenfondsen zelf biometrische risico's verzekeren, en het niet meer gaat om de vraag of een CDC-(premie)regeling bestaat. Uit de door het hof aangewezen passages uit de memorie van grieven kan niet anders worden geconcludeerd dan dat Pensioenbehoud c.s. zich ook in hoger beroep op het standpunt stellen dat beantwoording van de rechtsvraag of een pensioenfonds dekking tegen biometrische risico's verzekert, *niet* los staat van de vraag of een pensioenregeling kwalificeert als een CDC-regeling. Het is dus wel degelijk relevant of een CDC-regeling bestaat en welke.
- 4.4 Deze klacht faalt omdat de door het hof gegeven uitleg van de stellingen van Pensioenbehoud c.s. zeker niet onbegrijpelijk is. Ik citeer de passages uit de memorie van grieven waarover het gaat:

“Waar gaat deze procedure over?”

[...]

5. [...] In de kern gaat de procedure over de vraag naar de betekenis van het begrip ‘verzekeren’ van een dekking tegen biometrische risico’s.

6. Die vraag staat eigenlijk los van het type pensioenovereenkomst. Hoewel premieovereenkomsten naar hun aard minder ‘garanties’ kennen dan uitkeringsovereenkomsten, is de praktijk in Nederland zodanig dat een pensioenregeling in de vorm van een uitkeringsovereenkomst ook geen pensioenaanspraken ‘garandeert’ noch dat een pensioenfonds daarbij instaat voor bepaalde risico’s of dekking biedt tegen bepaalde risico’s. De procedure ziet dus, anders dan voorop werd gesteld in de uitspraak van de rechtbank, niet vooral of alleen op premieovereenkomsten of CDC-pensioenregelingen.

7. De stelling van appellanten is dat pensioenfonds, los van het type pensioenregeling dat zij uitvoeren, geen biometrisch risico ‘verzekeren’. Dat risico ligt volledig bij de deelnemers. Buffers voor biometrische risico’s als genoemd in artikel 15 IORP-II kunnen dan ook niet door de Staat aan pensioenfonds worden opgelegd.

[...]

Grief I

De rechtbank heeft ten onrechte in rechtsoverweging 4.3 appellanten in het ongelijk gesteld door daar kortweg te overwegen dat er geen wettelijke CDC-regeling bestaat. Deze grief richt zich ook tegen de overwegingen 4.24 en 4.32 van het vonnis waarin de rechtbank kortweg heeft geoordeeld geen waarde te hechten aan het begrip ‘CDC-/premieovereenkomst’.

Toelichting grief I

16. [...] In de praktijk bestaat de CDC-pensioenovereenkomst dus wel degelijk. In wettelijke termen is dan sprake van ofwel een zuivere premieovereenkomst ofwel van een uitkeringsovereenkomst in de zin van de wet die dan in feite (de facto) de vorm van een premieovereenkomst heeft – namelijk geen uitkeringsgaranties voor deelnemers en alle risico’s bij de deelnemers.

17. Het gaat dus niet om een beoordeling van de vraag of een CDC- (premie)regeling bestaat en of daarvoor de buffereisen ter zake biometrische risico’s wel of niet gelden. De vraag is of een pensioenfonds dekking tegen biometrische risico’s verzekert, of het nu gaat om de uitvoering van een premieovereenkomst als bedoeld in de wet, en/of een uitkeringsovereenkomst als bedoeld in de wet en/of een CDC-(premie)regeling zoals die in de praktijk voorkomt en de iure ofwel kwalificeert als premieovereenkomst ofwel als uitkeringsovereenkomst.. Appellanten hebben niet gesteld dat een CDC-regeling per definitie een premieovereenkomst is. Sterker nog, zij hebben ter comparitie betoogd dat een CDC-regeling vaak de iure een uitkeringsovereenkomst is.

18. Appellanten wensen dus te benadrukken dat in onderhavige procedure moet worden beoordeeld óf pensioenfonds die ‘pensioenregelingen’ uitvoeren – of dat nu de iure of de facto uitkerings- of premieovereenkomsten zijn (en of sommige daarvan CDC-(premie)regelingen zijn of worden genoemd) - een dekking tegen biometrische risico’s ‘verzekeren’.”

4.5 De bestreden overweging van het hof is in mijn ogen een adequate en goed te volgen samenvatting van het hiervoor weergegeven standpunt van Pensioenbehoud c.s. De uitleg van gedingstukken betreft een feitelijk oordeel dat in cassatie alleen op begrijpelijkheid wordt getoetst.³⁸ Het hof blijft met deze weergave van (de strekking van) het betoog ruim binnen de

grenzen van begrijpelijkheid. Dit geldt temeer omdat Pensioenbehoud c.s. hun vordering in hoger beroep in lijn met de door het hof gegeven uitleg hebben geherformuleerd. In eerste aanleg werd immers een verklaring voor recht gevorderd dat art. 131 en/of art. 132 Pw in strijd is c.q. zijn met één of meer bepalingen uit de IORP II-richtlijn *en aldus buiten toepassing moet(en) blijven voor zover een pensioenfonds een CDC/premieovereenkomst uitvoert* (rov. 4.1, zie petitum onder I van de inleidende dagvaarding), terwijl in hoger beroep de vordering werd geherformuleerd tot een verklaring voor recht dat art. 131 en/of art. 132 Pw in strijd is of zijn met IORP II, in ieder geval met art. 15 daarvan, en dus buiten toepassing moet(en) blijven (zie onder 79 en petitum onder I van de memorie van grieven). In hun schriftelijke toelichting (onder 1.7) laten Pensioenbehoud c.s. optekenen dat het gaat om een 'gewijzigde ruimere vordering' in beroep. Verder merken zij onder verwijzing naar de memorie van grieven in onder 1.9 op dat het in hoger beroep ging om de vraag *"of pensioenfonds die pensioenregelingen uitvoeren, uitkerings- of premieovereenkomsten (al dan niet een 'CDC-premieregeling' genoemd), een dekking tegen biometrische risico's 'verzekeren' in de zin van art. 15 lid 1 IORP-II."*

4.6 Ten slotte, zelfs als het oordeel van het hof onbegrijpelijk zou zijn, zie ik niet in wat het belang van Pensioenbehoud c.s. bij die vaststelling is indien de uitkomst van de cassatieprocedure is dat het hof een juiste uitleg heeft gegeven aan art. 15 IORP-II. De vordering van Pensioenbehoud c.s. zal in dat geval door het slagen van dit subonderdeel niet alsnog toewijsbaar zijn.

4.7 Subonderdeel 1.2 is gericht tegen rov. 6.7:³⁹

"6.7 Het standpunt van Pensioenbehoud c.s. komt er in de kern op neer dat nationale pensioenfonds geen biometrische risico's verzekeren omdat, bij een tekort, uiteindelijk de deelnemers zelf dat tekort dragen (achter 31 memorie van grieven). Alle risico's die een pensioenfonds loopt, komen uiteindelijk voor rekening van het collectief, zodat die risico's worden gedeeld. In de visie van Pensioenbehoud c.s. is er pas sprake van "verzekeren" indien er een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenvoorziening bestaat. Dat standpunt slaagt niet."

4.8 Volgens Pensioenbehoud c.s. is het onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat de kern van de procedure zou zijn dat bij een tekort uiteindelijk de deelnemers zelf dat tekort dragen waardoor alle risico's worden gedeeld, en dat Pensioenbehoud c.s. zou stellen dat pas sprake zou zijn van verzekeren in gevallen dat er een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenvoorziening bestaat. Het hof verwacht het gevolg (korten van pensioen) met de stelling dat pensioenfonds bij de uitvoering van pensioenregelingen de biometrische risico's niet zelf verzekeren. Verder is het begrip verzekeren in de stukken niet uitgelegd als garanderen.

4.9 Ik acht de door het hof gegeven uitleg niet onbegrijpelijk. Het hof behandelt in rov. 6.3-6.11 de grieven II t/m VIII. De toelichting op deze grieven start met de stelling dat de kern van het betoog is dat pensioenfonds zélf geen dekking tegen biometrische risico's verzekeren (onder 19). Vervolgens wordt onder 20-29 toegelicht dat 'verzekeren' een onduidelijk begrip is, zowel Unierechtelijk als nationaalrechtelijk, ook voor zover verzekeren zou moeten worden opgevat als garanderen (onder 30). Vervolgens komen Pensioenbehoud c.s. toe aan hun standpunt over de implementatie van IORP II (onder 31-61), waarvoor randnummer 31 het opstapje vormt (onderstreping hieronder en hierna in dit hoofdstuk steeds toegevoegd):

"31. Volgens artikel 15 IORP-II moeten pensioenfonds die 'zelf' een dekking tegen biometrische risico's 'verzekeren', een buffer aanhouden. Die eis heeft de Nederlandse Staat aldus vertaald in de Pensioenwet dat pensioenfonds verplicht een vereist eigen vermogen en een minimaal vereist eigen vermogen moeten aanhouden (art. 131 en 132 Pw). Er is naar het oordeel van appellanten geen sprake van dat pensioenfonds biometrische risico's 'verzekeren'. Alle biometrische risico's komen immers voor rekening van de deelnemers en gepensioneerden. Doordat de deelnemers en gepensioneerden die risico's zelf lopen, stelt de Staat ten onrechte in de Pensioenwet de eis aan pensioenfonds om buffers voor biometrische risico's aan te houden.

Het gevolg van die eis is dat pensioenfondsen te weinig middelen hebben om pensioenen te indexeren c.q. zich gedwongen voel(d)en om pensioenen te korten.

32. Daar is naar het oordeel van eisers geen aanleiding toe, en zij lichten dat als volgt toe. [...].”

- 4.10 De toelichting vervolgt met het betoog dat de biometrische risico's bij pensioenfondsen bij tegenvallers (direct) ten laste komen van de technische voorzieningen en dus van het collectief. Daarbij is het korten van pensioenaanspraken en -uitkeringen het laatste redmiddel (onder 33-45). De tussenconclusie is dat het de deelnemers zijn die het biometrisch risico lopen en dat risico delen; het pensioenfonds verzekert dit risico niet (onder 46-48). Bij een verzekeraar die optreedt als pensioenfonds komt het biometrisch risico ook ten laste van de technische voorzieningen, maar dan zit er een extra opslag voor dit risico in de technische voorzieningen. Een verzekeraar verzekert daarmee wel het biometrisch risico. Bovendien kan een verzekeraar, anders dan een pensioenfonds, niet korten bij te lage buffers. Die buffers moeten dan worden verhoogd door (in feite) het bijstorten door aandeelhouders. Dit gebeurt bij een pensioenfonds niet (onder 49-50). De conclusie van Pensioenbehoud c.s. is dan als volgt:

“51. Om deze reden komen de kosten van niet door premies gedekte biometrische risico's ten laste van deelnemers en gepensioneerden middels verlagingen van het pensioen. Alhoewel stabiliteit van het pensioen wordt beoogd, kan telkenjare sprake zijn van verlaging of niet of niet volledig toekennen van toeslagen. De pensioenuitkering kan daardoor als 'variabel' worden gekwalificeerd. Dat heeft de geschiedenis sinds 2008 wel bewezen.

52. Aangezien pensioenfondsen de dekking van biometrische risico's niet zélf kunnen 'verzekeren' of ervoor instaan of garanderen zoals hiervoor is aangetoond, kan er op die gronden geen verplichting bestaan om als pensioenfonds strengere buffers, voor biometrische risico's, te moeten houden.

[...]

55. Omdat het pensioenfonds geen enkel risico loopt wegens het ontbreken van garanties of het absorberen van biometrische risico's, is artikel 15 IORP II niet van toepassing op Nederlandse pensioenfondsen die deze risico's niet zelf dragen. Dat geldt voor zowel premieovereenkomsten als uitkeringsovereenkomsten.

56. Appellanten menen dus dat de Nederlandse regering er steeds ten onrechte van uit is gegaan dat pensioenfondsen risicodragend zijn en dat buffervereisten voor biometrische risico's gelden. [...].”

- 4.11 Gelet op deze toelichting kon het hof het standpunt van Pensioenbehoud c.s. zo samenvatten dat de deelnemers een tekort uiteindelijk zelf dragen en dat de risico's voor rekening van het collectief komen, zodat die worden gedeeld. Aan Pensioenbehoud c.s. kan worden toegegeven dat zij niet letterlijk (één-op-één) hebben gesteld dat pas sprake is van verzekeren indien er een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenvoorziening bestaat. Toch vind ik het oordeel van het hof ook op dit punt niet onbegrijpelijk, want op diverse plaatsen in de memorie van grieven worden 'verzekeren' en 'garanderen' aan elkaar gelijk gesteld. Ik wijs onder meer op randnummers 52 en 55 (zojuist geciteerd).⁴⁰

- 4.12 De Staat heeft het ook zo begrepen dat wordt gesteld dat sprake moet zijn van een garantie op een bepaalde pensioenuitkering (memorie van antwoord onder 2.6-2.7). In de pleitnota van Pensioenbehoud c.s. is hier vervolgens niet op ingegaan. Het partijdebat wijst dus ook niet weg van deze uitleg van de gedingstukken door het hof. De verwijzing in de toelichting op de cassatieklacht naar randnummer 30 van de memorie van grieven maakt dat niet anders.⁴¹ Integendeel, zou ik zeggen, omdat daar door Pensioenbehoud c.s. wordt betoogd dat ook als

verzekeren zou moeten worden vertaald als garanderen, pensioenfondsen niet onder het nationale kaderbegrip 'verzekeren' vallen (zie laatste zin onder 29) omdat van een gegarandeerde pensioenuitkering nimmer sprake is in Nederland. Dit alles leidt ertoe dat niet onbegrijpelijk is dat het hof het standpunt van Pensioenbehoud c.s. aldus samenvat dat pas sprake is van verzekeren indien er een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenvoorziening bestaat. De klacht faalt.

- 4.13 Subonderdeel 1.3 bevat een rechtsklacht die inhoudt dat het hof, gezien de subonderdelen 1.1 en 1.2, in strijd met art. 24 Rv niet de grondslag heeft beoordeeld die aan de vordering ten grondslag is gelegd. Gelet op mijn bespreking van die twee subonderdelen, kan ook deze klacht niet slagen. Het hof heeft de gedingsstukken zo kunnen uitleggen als in het bestreden arrest is weergegeven en daarop zijn beoordeling kunnen baseren.

Onderdeel 2 (uitleg art. 15 IORP II)

- 4.14 De klachten in dit onderdeel zijn gericht tegen rov. 6.3-6.11. Er zijn twee 'algemene rechtsklachten', die worden uitgewerkt in subonderdelen. De *eerste klacht* (uitgewerkt in 2.1 en 2.2) houdt in dat het hof ten onrechte niet (mede) heeft betrokken de inhoud en de verdere tekst, doel en strekking van IORP-I. De *tweede klacht* (uitgewerkt in 2.3) houdt in dat het hof ten onrechte ervan is uitgegaan dat art. 15 IORP-II slechts minimumharmonisatie biedt waardoor het de wetgever vrijstaat om ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden maatregelen te nemen en IBPV's aanvullende voorschriften op te leggen die uit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn. Deze algemene klachten bespreek ik niet zelfstandig, omdat zij het lot delen van de vermelde subonderdelen die ik nu zal bespreken.

- 4.15 Ik zie aanleiding eerst subonderdeel 2.3 over minimumharmonisatie te bespreken. Immers, als die klacht ongegrond is hoeven de klachten over de uitleg van het begrip 'verzekeren' niet meer aan de orde te komen. Subonderdeel 2.3 richt klachten tegen rov. 6.4 en rov. 6.10 van het bestreden arrest, die als volgt luiden:

"6.4 Overweging (3) van de considerans van de IORP II-richtlijn maakt duidelijk dat de richtlijn een minimale harmonisatie beoogt te bieden. Dat betekent dat het lidstaten vrij staat om verdere maatregelen te nemen "ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden". In artikel 15 lid 3 van de IORP II-richtlijn is opgenomen dat lid 1 de lidstaten niet belet op hun grondgebied gevestigde IBPV's te verplichten tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen, of gedetailleerdere voorschriften vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn.

[...]

- 6.10 In de derde plaats biedt artikel 15 IORP II slechts een minimumharmonisatie. Ook als in de Nederlandse situatie niet sprake zou zijn van "verzekeren" in de zin van dit artikel, heeft de Staat de vrijheid om aanvullende voorschriften aan IBPV's op te leggen indien die uit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn. Ook in dat geval hoeft van strijd van de artikelen 131 en 132 Pw met artikel 15 IORP II dus geen sprake te zijn."

- 4.16 Pensioenbehoud c.s. klagen dat het hof hiermee heeft miskend dat art. 15 lid 3 IORP-II moet worden uitgelegd in de context, en naar doel en strekking van IORP-I en IOPR-II. Het betoog begint met de vaststelling dat het op zichzelf juist is dat in overweging 3 van IORP-II voorop wordt gesteld dat minimumharmonisatie is beoogd en dat dit betekent dat Nederland nadere voorschriften mag invoeren om deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen te beschermen. Het hof heeft er echter aan voorbij gezien dat die bevoegdheid is geclausuleerd omdat ook in deze overweging staat: "*mits deze voorschriften in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke verplichtingen van de lidstaten.*" Uit overweging 32 van IORP-I blijkt dat de lidstaten maar beperkte vrijheid hebben als het gaat om nadere voorschriften

voor de in art. 15 lid 1 IORP-II bedoelde specifieke gevallen waar pensioenuitvoerders/-fondsen zelf de dekking van biometrische risico's verzekeren vergelijkbaar met levensverzekeringsondernemingen. Voor die fondsen mogen aanvullende voorschriften worden gesteld voor het eigen vermogen, mits ze vanuit prudentieel opzicht gerechtvaardigd zijn. Door dit niet, met aanvulling van rechtsgronden, in zijn beoordeling en oordeelsvorming te betrekken, is het hof door te oordelen als in rov. 6.4 en rov. 6.10 uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting over de reikwijdte van de in IORP-I en IORP-II bedoelde minimumharmonisatie. Daarmee ging het hof (ook) uit van een verkeerde (want te ruime) uitleg van het bepaalde in art. 15 lid 3 IORP-II. De daarin aan lidstaten gelaten wetgevingsvrijheid ziet uitsluitend op de in art. 15 lid 1 bedoelde specifieke situaties. Het hof heeft hiermee het Unierecht geschonden.

4.17 Ik stel voorop dat IORP II onder meer is gebaseerd op art. 114 lid 1 VWEU, welke bepaling de algemene rechtsgrondslag vormt voor harmonisatiemaatregelen inzake de instelling en de werking van de Europese interne markt.⁴² Een maatregel op deze rechtsgrond kan,⁴³ naar gelang het te regelen onderwerp, maximale harmonisatie beogen (waarbij de betrokken onderwerpen uitputtend worden geregeld en de lidstaten daar niet van mogen afwijken) of volstaan met minimumharmonisatie (waarbij het de lidstaten is toegestaan om 'naar boven' af te wijken door strengere vereisten vast te stellen of te handhaven).⁴⁴ Zulke strengere maatregelen⁴⁵ dienen voor het overige verenigbaar te zijn met het primaire Unierecht, in het bijzonder het VWEU. Dit is een algemeen geldende randvoorwaarde,⁴⁶ die in de harmonisatiemaatregelen veelal ook expliciet staat vermeld. Art. 15 lid 3 IORP II biedt daarvan een voorbeeld, door aan de daar vermelde bevoegdheid van de lidstaten om 'gedetailleerdere voorschriften vast te stellen' de voorwaarde te verbinden dat zulke voorschriften 'vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn'.

4.18 Het komt voor dat binnen een en dezelfde richtlijn bepaalde onderwerpen uitputtend zijn geharmoniseerd, terwijl voor andere onderwerpen minimumharmonisatie is beoogd. IORP-II kent zo'n onderscheid niet want geeft over de hele linie minimumvoorschriften. Dat was ook reeds het geval voor IORP-I. In IORP-II is dit 'minimale karakter' van de richtlijn nader geëxpliciteerd door toevoeging van een nieuwe overweging 3 (hiervoor geciteerd in 3.15).

4.19 Het beroep dat Pensioenbehoud c.s. doen op overweging 32 van IORP-I doet aan het vorenstaande niet af. Deze overweging luidt als volgt:

"(32) De toezichtmethoden en -praktijken lopen van lidstaat tot lidstaat uiteen. Daarom moet de lidstaten een zekere vrijheid worden gelaten om te bepalen welke beleggingsvoorschriften zij aan de op hun grondgebied gevestigde instellingen wensen op te leggen. Deze voorschriften mogen het vrije kapitaalverkeer evenwel niet belemmeren, tenzij dit om prudentiële redenen gerechtvaardigd is."

4.20 Getuige de toelichting op het Commissievoorstel voor IORP-I ziet deze passage op de in art. 18 van die richtlijn gegeven beleggingsvoorschriften⁴⁷ en niet op het voorgeschreven eigen vermogen in art. 17 IORP-I.⁴⁸ Dit volgt overigens ook rechtstreeks uit de tekst van de geciteerde overweging. Bovendien zie ik niet in hoe deze overweging de lidstaten zou beperken in de mogelijkheid om nadere maatregelen te nemen inzake het vereist eigen vermogen, welke mogelijkheid expliciet is erkend in art. 17 lid 3 IORP-I en thans art. 15 lid 3 IORP-II. Deze bepaling geeft lidstaten de bevoegdheid om de in het eerste lid gestelde buffereis ook toe te passen op pensioenfondsen die niet onder de reikwijdte van het eerste lid vallen. Er staat immers dat lid 1 de lidstaten niet belet de op hun grondgebied gevestigde IBPV's te verplichten tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen. Deze constatering wordt ondersteund door het feit dat de Raad (later) in het wetgevingsproces het derde lid aan art. 17 toevoegde met de motivering dat een aanvullend lid nodig was om de lidstaten in staat te stellen nadere eisen en gedetailleerder voorschriften inzake het eigen vermogen vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn (zie 3.7 en 3.8 van deze conclusie).

4.21 In dit verband wijs ik ook nog op het arrest van het HvJEU in de zaak *Commissie/Tsjechië*⁴⁹ uit

2010. Aanleiding voor die zaak was dat de Tsjechische Republiek de Richtlijn IORP-I niet volledig had omgezet. In reactie op het betoog dat Tsjechië geen IBPV's kende en dat de omzetting van de richtlijn haar zou dwingen tot het invoeren van 'tweede pijler-pensioenen' (in strijd met haar vrijheid om haar nationale socialezekerheidsstelsel naar eigen inzicht te organiseren),⁵⁰ overweegt het HvJEU dat IORP I een eerste stap is op de weg naar de instelling van een interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening door op Europese schaal in minimale prudentiële regels te voorzien (rov. 59). Het HvJEU overweegt dit in algemene zin, maar dit is dus in art. 17 lid 3 IORP-I specifiek bepaald voor 17 lid 1 IORP-I.

4.22 Eén en ander is niet veranderd met de invoering van IORP-II. Zoals blijkt uit de toelichting bij het Commissievoorstel voor IORP-II, werd geen verdere harmonisatie van voorschriften betreffende financiële solvabiliteit van IBPV's voorgesteld.⁵¹ Wel werd als gezegd een nieuwe overweging 3 toegevoegd, waar het minimumkarakter van de richtlijn expliciet voorop wordt gesteld. Ook met art. 15 lid 1, is dus minimumharmonisatie beoogd.

4.23 In hun schriftelijke repliek (onder 2.11) benadrukken Pensioenbehoud c.s. nog dat overweging 3 minimumharmonisatie enkel toelaat onder de voorwaarde dat de nationale voorschriften in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke verplichtingen van lidstaten. In het licht van die voorwaarde zou moeten worden getoetst of de toepassing van de Nederlandse implementatiebepalingen in lijn is met (o.a.) het Handvest (onder 2.12). Als voorbeeld van een dergelijke toepassing wordt vermeld de kortingsmaatregel van art. 134 Pw. Eén en ander komt hierna aan bod bij de bespreking van subonderdeel 2.2.d.

4.24 In het licht van het voorgaande falen de klachten van subonderdeel 2.3. Het hof is niet van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan door IORP-I niet (kenbaar) bij de interpretatie van het harmonisatieniveau van art. 15 IORP-II te betrekken. Het stond de wetgever daarom vrij om de in art. 15 lid 1 IORP II gestelde buffereis aan de in Nederland gevestigde pensioenfondsen op te leggen.

4.25 Het voorgaande betekent dat rov. 6.10 van het bestreden arrest stand houdt. Rov. 6.10 is bovendien een zelfstandig dragende overweging voor de afwijzing van de vordering van Pensioenbehoud c.s. omdat het hof daarin heeft beslist dat ook als in Nederland geen sprake zou zijn van 'verzekeren' in de zin van art. 15 lid 1 IORP-II, de Staat zich met vrucht kan beroepen op art. 15 lid 3 IORP-II ter rechtvaardiging van de norm in art. 131 Pw. Hieruit volgt dat Pensioenbehoud c.s. bij de overige cassatieklachten in onderdeel 2 geen belang hebben.

4.26 Niettemin zal ik de overige klachten van onderdeel 2 hieronder bespreken.

4.27 Subonderdeel 2.1 betoogt dat het hof de betekenis van de bewoordingen in art. 17 lid 1 IORP-I had moeten betrekken bij de uitleg van art. 15 lid 1 IORP-II. Door dat niet te doen, heeft het hof miskend dat de Europese wetgever in art. 17 lid 1 IORP-I doelde op pensioenuitvoerders, zoals pensioenfondsen, die zelf door verzekering dekking bieden voor biometrische risico's, net zoals levensverzekeringsondernemingen dat doen. Voor de laatsten verwees art. 17 lid 2 IORP-I naar art. 27 en 28 Richtlijn 2002/83/EG (betreffende levensverzekering) voor het minimumbedrag van de aanvullende activa naast de technische voorzieningen. Pensioenbehoud c.s. wijzen op de toelichting bij deze buffereis in punt 30 van de considerans van IORP-I (geciteerd hiervoor in 3.8). Pensioenbehoud c.s. voeren verder aan dat, buiten het daar bedoelde geval waarin de specifieke (verzekerings)situatie bij pensioenuitvoerders vergelijkbaar is met die van levensverzekeringsondernemingen, de Europese wetgever het voor pensioenfondsen voldoende achtte dat een prudente berekening van de technische voorzieningen op basis van erkende actuariële methoden ervoor zorgde dat aan uitkeringsverplichtingen zou kunnen worden voldaan (overweging 26) en dat toereikende activa ter dekking van technische voorzieningen de belangen van de deelnemers en pensioengerechtigden te allen tijde zouden beschermen (overweging 28). Dit onderscheid is sindsdien gehandhaafd, mede gelet op het overnemen van de tekst van art. 27-28 van Richtlijn 2002/83/EG (levensverzekeringen) in art. 16-18 IORP-II.⁵² Door deze uitleg van art.

17 lid 1 IORP-I niet te betrekken bij de uitleg van art. 15 lid 1 IORP-II en daaraan geen bepalend gewicht toe te kennen, 'eventueel met aanvulling van rechtsgronden', heeft het hof het (Unie)recht miskend. In de schriftelijke toelichting (onder 3.4) vullen Pensioenbehoud c.s. dit betoog nader in met de stelling dat het hof zich bij de uitleg van het begrip 'verzekeren' (en het begrip garanderen) zich ten onrechte alleen bedient van een grammaticale (taalkundige) interpretatie en niet een historische en/of teleologische interpretatie.

- 4.28 Ik stel het volgende voorop. *Ten eerste* kan aan Pensioenbehoud c.s. worden toegegeven dat het betrekken van IORP I bij de uitleg van een bepaling uit IORP II in dit geval een relevant gezichtspunt zou kunnen opleveren. Art. 17 lid 1 IORP-I en art. 15 lid 1 IORP-II zijn immers geformuleerd in nagenoeg gelijke bewoordingen. Continuïteit in de uitleg van die bepalingen ligt daarom voor de hand.⁵³*Ten tweede* memoreer ik dat de volgende uitlegmethoden door het HvJEU worden gebruikt bij de uitleg van richtlijnen: grammaticale (tekstueel), systematische (contextueel), teleologische (functioneel), historische en verdragsconforme uitleg.⁵⁴*Ten derde* moeten begrippen in een EU-richtlijn, behoudens expliciet voorziene uitzonderingen, autonoom en uniform moeten worden uitgelegd. *Ten vierde* geldt dat iedere bepaling van Unierecht in haar context moet worden geplaatst en moet worden uitgelegd in het licht van het Unierecht in zijn geheel, zijn doelstellingen en zijn ontwikkelingsstand op het ogenblik waarop de betrokken bepaling moet worden toegepast.⁵⁵ Beperking tot een letterlijke of grammaticale interpretatie ligt (mede) daarom niet voor de hand.⁵⁶*Ten vijfde* wijs ik erop dat de considerans van een richtlijn als hulpmiddel bij de interpretatie van die richtlijn kan fungeren maar geen bindende rechtskracht heeft. Als er licht zit tussen een bepaling en een overweging gaat de bepaling voor.⁵⁷
- 4.29 Dan nu de centrale stelling dat 'verzekeren' in art. 15 lid 1 IORP II in die zin moet worden geïnterpreteerd dat een minimaal eigen vermogen alleen moet worden aangehouden indien een IBPV biometrische risico's verzekert zoals levensverzekeringsondernemingen dat doen. Ter ondersteuning van dit standpunt verwijzen Pensioenbehoud c.s. vooral naar art. 17 lid 2 en overweging (30) van IORP I.
- 4.30 Ik stel vast dat de door Pensioenbehoud c.s. verdedigde uitleg niet volgt uit de tekst van art. 17 lid 1 IORP-I, die (niet woordelijk maar wel) inhoudelijk gelijklopend is aan de tekst van art. 15 lid 1 IORP-II (zie ook 3.14 van deze conclusie). Art. 17 lid 2 verwijst naar de (oude) levensverzekeringsrichtlijn Richtlijn 2002/83/EG, echter alleen *voor de berekening van het minimumbedrag* van de aanvullende activa. Dat is een voorschrift dat van toepassing is áls voor een pensioenfonds een aanvullende buffer verplicht is, maar in geschil is hier óf dat zo is. Overweging 30 noemt levensverzekeringsondernemingen alleen in verband met de noodzaak eerlijke concurrentie tussen alle dienstverleners te waarborgen, zoals ook reeds bleek uit de toelichting bij het Commissievoorstel voor IORP I.⁵⁸
- 4.31 Ondanks bezwaren van het Europees Parlement is het voorstel van de Commissie op deze punten (overweging 30 en art. 17 lid 2) destijds inhoudelijk ongewijzigd gebleven (zie 3.6 e.v. van deze conclusie). Wat bij de totstandkoming van IORP-I wél is gewijzigd is de door de Commissie voorgestelde tekst van art. 17 lid 1. Na het gemeenschappelijk standpunt van de Raad stond er niet langer "*waarbij de instelling zelf de verplichting op zich neemt een biometrisch risico te dekken*", maar: "*dat instellingen die pensioenregelingen uitvoeren en zelf [...] een dekking tegen biometrische risico's verzekeren*". Ik heb geen toelichting op deze wijziging gevonden. In de Engelse, Duitse en Italiaanse taalversies van art. 17 IORP-I is op dit punt overigens niets gewijzigd ten opzichte van het Commissievoorstel. In de Franse⁵⁹ en Spaanse⁶⁰ taalversies is wel een wijziging opgetreden, maar deze tekstwijzigingen zijn evenmin toegelicht en vinden niet hun weerslag in de uiteindelijke tekst van overweging 30.⁶¹
- 4.32 Het is in dit licht niet aannemelijk dat met het gebruik van het woord 'verzekeren' in de uiteindelijke richtlijntekst een andere (stringentere) toets zou zijn bedoeld dan door de Commissie was voorgesteld voor de vraag óf een buffer verplicht is. Het gaat er in het eerste lid van art. 17 IORP-I om dat *dekking* wordt geboden of verschaft voor biometrische risico's. Dat maakt de door

een IBPV aangeboden producten in zoverre *vergelijkbaar* met die van een levensverzekeringsonderneming (wat niet hetzelfde is als 'gelijk'). Dit leidt ertoe dat dezelfde regels gelden als voor deze verzekeringsondernemingen. Met de vergelijking met levensverzekeringsondernemingen is dus niet beoogd het begrip 'verzekeren' in art. 17 lid 1 IORP-I resp. art. 15 lid 1 IORP-II te duiden.⁶² Anders dan Pensioenbehoud c.s. ingang willen doen vinden kan het woord 'verzekeren' niet zó beperkt worden geïnterpreteerd dat een minimaal eigen vermogen alleen moet worden aangehouden indien een IBPV biometrische risico's verzekert zoals een levensverzekeringsonderneming dat doet.

Dat dit wel zo zou zijn, volgt ook niet uit andere taalversies van art. 17 lid 1 IORP-I respectievelijk 15 lid 1 IORP-II. Integendeel, de verschillende taalversies duiden erop dat het pensioenfonds toezegt een uitkering te doen, zich daartoe verbindt, of de aansprakelijkheid op zich neemt, indien het biometrische risico zich verwezenlijkt:

"[...] souscrit l'engagement de couvrir les risques biométriques [...]"

"[...] underwrites the liability to cover against biometric risk [...]"

"[...] die Haftung für biometrische Risiken übernimmt [...]"

"[...] assume direttamente l'impegno di coprire i rischi biometrici [...]"

"[...] asuma la responsabilidad de cubrir los riesgos biométricos [...]"

- 4.33 Pensioenbehoud c.s. wijzen ook nog op considerans 26 en 28 van IORP-I. Deze overwegingen hebben betrekking op het vaststellen van toereikende technische voorzieningen. In deze zaak gaat het echter om aanvullend eigen vermogen *naast* de technische voorzieningen (art. 17 lid 1 IORP I en art. 15 lid 1 IORP II). De verwijzing naar deze overwegingen is dus irrelevant.⁶³
- 4.34 In IORP-I en in IORP-II ging en gaat het erom dat de IBPV zelf jegens de gerechtigden gehouden is een uitkering te doen (dekking te bieden) als een biometrisch risico zich verwezenlijkt. De in art. 15 lid 1 IORP-II genoemde verplichting een buffer van aanvullende activa aan te houden geldt niet slechts indien een pensioenfonds biometrische risico's verzekert zoals levensverzekeringsondernemingen. Ik meen dat juist als dit betoog van Pensioenbehoud c.s. zou worden gevolgd, in strijd met art. 15 lid 1 IORP-II wordt gehandeld. Genoemde verplichting geldt niet als de bijdragende onderneming(en) de dekking tegen biometrische risico's voor hun rekening nemen omdat het dan niet noodzakelijk is dat de IBPV diezelfde risico's ook dekt. Voor zover die situatie zich in Nederland überhaupt al voordoet, is zij in de onderhavige zaak niet aan de orde
- 4.35 Tot slot van deze bespreking van subonderdeel 2.1 wijs ik op het volgende. Pensioenbehoud c.s. stellen dat het de deelnemers aan een pensioenregeling zijn die de economische risico's dragen. Dit is in zoverre juist, dat bij tegenvallende beleggingsresultaten, een ongunstige renteontwikkeling of oplopende pensioenverplichtingen de ruimte voor indexatie kan ontbreken en in voorkomend geval, als *ultimum remedium*, de pensioenen worden gekort. Dit alles betekent evenwel niet dat er om die reden geen, althans niet langer, sprake zou zijn van 'verzekeren'. Als bij een schadeverzekering de schadelast (sterk) is gestegen zal dat in de regel doorwerken in de hoogte van de premies en/of de omvang van de dekking (binnen wettelijke grenzen). Zo ook hier: bij tegenvallers blijft het pensioen verzekerd, alleen valt de hoogte ervan lager uit dan mogelijk werd verwacht. Tegenvallers voor een pensioenfonds als uitvoerder van een pensioenregeling zijn daarom – direct of indirect – ook tegenvallers voor de deelnemers aan die regeling. Voor meevallers is dat in beginsel niet anders. Dit is echter inherent aan het collectieve en solidaire karakter van een pensioenverzekering.
- 4.36 Subonderdeel 2.2.a klaagt dat het hof 'daarmee, of daarnaast' in rov. 6.3-6.10 'aldus' heeft miskend dat op grond van het bepaalde in art. 13 lid 2 en 15 lid 1 IORP-II c.q. art. 15 lid 2 en 17 lid

1 IORP-I, alleen in de in art. 15 lid 1 IORP-II (art. 17 lid 1 IORP-I) bedoelde specifieke situatie dat de pensioenuitvoerders/pensioenfondsen de dekking tegen biometrische risico's zelf 'verzekeren' op een wijze 'vergelijkbaar met levensverzekeringsondernemingen', door nationale wetgevers aanvullende activa mogen worden geëist als veiligheidskapitaal om verschillen tussen de verwachte en daadwerkelijke uitgaven en winsten op te (kunnen) vangen, welk 'minimumbedrag' van de 'aanvullende activa' dan wordt berekend volgens dezelfde regels als die voor levensverzekeringsbedrijven.

4.37 De klacht faalt reeds omdat Pensioenbehoud c.s. ervan uitgaan dat alleen in art. 15 lid 1 IORP-II bedoelde situaties de eis van een buffer kan worden gesteld. Dat is onjuist, omdat zoals hiervoor aangetoond sprake is van minimumharmonisatie. Uit art 15 lid 1 IORP-II blijkt wel in welke situatie de eis van een buffer *niet* kan worden gesteld, namelijk als de bijdragende onderneming (de 'sponsor') de biometrische risico's moet dekken (zie ook zojuist 4.34).

4.38 Subonderdeel 2.2.b is gericht tegen rov. 6.5-6.10. Volgens het middel heeft het hof in rov. 6.8 ten onrechte geoordeeld dat het ingevolge de tekst van art. 15 lid 1 IORP-II erom gaat dat met een verzekering 'een dekking' wordt geboden tegen biometrische risico's, en sprake kan zijn van verzekering als bij een tekort geen volledige dekking wordt geboden. Uit de tekst van de richtlijn zelf volgt niet dat het begrip 'verzekeren' niet zou vereisen dat een bepaalde garantie wordt verstrekt. Het gaat in art. 15 lid 1 IORP-II erom dat een pensioenfonds dekking tegen biometrische risico's volledig zelf 'verzekert', derhalve niet door een (her)verzekering bij directe verzekeraars, en verzekeringsdekking biedt 'vergelijkbaar met die van levensverzekeringsondernemingen'. Aldus is het hof uitgegaan van een verkeerde uitleg van de begrippen 'verzekeren', 'garanderen' en/of 'dekking' als bedoeld in art. 15 IORP-II.

4.39 Ik begrijp de klachten zo dat het in art. 15 lid 1 IORP-II niet erom gaat dat 'een dekking wordt geboden'; dat zou niet volstaan. Het zou erom gaan dat pensioenfondsen een dekking tegen biometrische risico's *volledig zelf verzekeren*. Die eis zou (mede) afgeleid kunnen worden uit het feit dat art. 13 lid 2 IORP-II verplicht tot het aanhouden van *toereikende* technische voorzieningen met betrekking tot de dekking voor biometrische risico's.

4.40 Leden 1 en 2 van art. 13 IORP-II luiden als volgt:

"1. De lidstaat van herkomst zorgt ervoor dat IBPV's die bedrijfspensioenregelingen uitvoeren te allen tijde met betrekking tot het geheel van de door hen uitgevoerde pensioenregelingen een passend bedrag van de passiva vaststellen overeenkomend met de financiële verplichtingen die uit hun portefeuille van bestaande pensioenovereenkomsten voortvloeien.

2. De lidstaat van herkomst zorgt ervoor dat IBPV's die bedrijfspensioenregelingen uitvoeren en dekking bieden tegen biometrische risico's of een garantie bieden met betrekking tot hetzij het beleggingsrendement, hetzij een bepaalde hoogte van de uitkeringen, toereikende technische voorzieningen vaststellen met betrekking tot het geheel van dergelijke regelingen."

4.41 In art. 13 lid 2 IORP II komt het begrip verzekeren niet voor. Deze bepaling ziet op technische voorzieningen en zegt niet iets over *de mate van dekking* van biometrische risico's als bedoeld in art. 15 lid 1 IORP-II die zou zijn vereist om de verplichting tot het aanhouden van een minimum vereist eigen vermogen te activeren. Bovendien geeft de tekst van art. 15 lid 1 IORP-II ook geen aanleiding om een vereiste mate van dekking te bepalen. Zoals het hof terecht vaststelt, staat er: 'een' dekking. Pensioenfondsen die pensioenregelingen uitvoeren bieden per definitie dekking aan tegen biometrische risico's.⁶⁴ Het hof was daarom niet gehouden om art. 13 lid 2 IORP-II te betrekken bij de uitleg van art. 15 lid 1 IORP-II.

4.42 Subonderdeel 2.2.c richt zich tegen rov. 6.8-6.9. Volgens de klacht vallen onder art. 15 lid 1 IORP-II niet de situaties dat een pensioenfonds de dekking van biometrische risico's met een verzekeringsovereenkomst volledig overdraagt dan wel (geheel) onderbrengt bij een verzekeraar

waardoor alle risico's volledig zijn afgedekt. Een (minimaal) vereist eigen vermogen, naast de technische voorzieningen, op grond van art. 15 lid 1 IORP-II is dan ook niet nodig. Dit strookt met de door het hof in rov. 6.9 vermelde taalversies. De ratio van deze richtlijnbeeping is dat tweemaal afdekken van risico's moet worden voorkomen. Het hof kon dus ook niet oordelen dat wanneer een pensioenfonds de risico's herverzekert, het fonds zelf jegens de aanspraakgerechtigde aansprakelijk blijft voor een eventuele uitkering die verband houdt met biometrische risico's omdat ook in dat geval het pensioenfonds zelf die risico's verzekert, zelfs als zij het kredietrisico op de (her)verzekeraar draagt.

4.43 Ook deze klacht faalt. Het oordeel van het hof gaat over *herverzekeren*, en niet over 'volledige overdracht' of 'onderbrenging'. Pensioenbehoud c.s. gaan bij hun klacht kennelijk ervan uit dat een pensioenfonds door herverzekering de biometrische risico's – in alle gevallen – geheel kan afdekken, in die zin dat herverzekering gelijk kan worden gesteld aan volledige overdracht en onderbrenging. Indien het middel dat inderdaad bedoelt, is dat onjuist. Ten eerste krijgt het pensioenfonds bij herverzekering een aanspraak op een uitkering van een verzekeraar. Het pensioenfonds blijft echter aansprakelijk voor het doen van een uitkering aan de gerechtigden indien een risico zich verwezenlijkt. Bij volledige overdracht of onderbrenging is dat laatste niet het geval.⁶⁵ Ten tweede kunnen door (her)verzekering weliswaar de risico's worden afgedekt, maar waterdicht hoeft dat niet te zijn. Illustratief is een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) waarin aan de orde was of De Nederlandsche Bank (DNB) ontheffing van de eis van art. 131 Pw (minimum eigen vermogen) kon weigeren. Het CBB overwoog:⁶⁶

"3.3.4. [...] Naar het oordeel van het College heeft DNB in redelijkheid kunnen aannemen en van belang kunnen achten dat de herverzekering van appellante geen "waterdichte aansluiting" ("een garantie dat elke vorm van overlijdensrisico altijd wordt gedragen door de derde") is. DNB heeft in het bestreden besluit overwogen dat de omstandigheid dat appellante het overlijdensrisico tot aan de pensioendatum heeft herverzekerd en vanaf de pensioendatum het overlijdensrisico verschuift naar de pensioengerechtigde, onverlet laat dat er verschillen kunnen optreden tussen de opzet van de (her)verzekering en de daadwerkelijke uitkomst in het geval het verzekeringscontract onvoorzien de te verzekeren verplichtingen niet afdekt. [...]"

4.44 Tot de wetwijziging in 2012 was herverzekering nog uitdrukkelijk een wettelijke uitzondering op de verplichting tot het aanhouden van een minimaal vereist eigen vermogen, naast volledige overdracht en onderbrenging. Na de wetwijziging was herverzekering geen expliciete wettelijke grond meer om niet aan de vereisten van art. 131 Pw te voldoen (zie 3.12 van deze conclusie). Ik zie niet in hoe de andere taalversies van art. 15 lid 1 IORP-II het betoog van Pensioenbehoud c.s. zouden ondersteunen (zie de bespreking van onderdeel 2.1, hiervoor 4.32).

4.45 Pensioenbehoud c.s. klagen in subonderdeel 2.2.d dat gelet op het voorgaande het oordeel in rov. 6.5 e.v. (art. 131-132 Pw zijn niet in strijd met art. 15 IORP II) onjuist is. Gelet op mijn bespreking van de vorige klachten in dit subonderdeel, faalt deze voortbouwende klacht.

4.46 Verder klaagt dit subonderdeel nog over het 'kennelijke oordeel' in rov. 6.6 tot en met 6.9 dat het bepaalde in de artikelen 131, 132 en 134 Pw niet in strijd zijn met de richtlijn. De klacht komt erop neer dat een kortingsmaatregel overeenkomstig de voorwaarden van art. 134 Pw – in de situatie dat niet voldaan is aan art. 131 en 132 Pw – niet strookt met de doelstellingen van IORP-I en IORP-II om een hoog beschermingsniveau en een behoorlijke levensstandaard aan gepensioneerden te bieden en te streven naar financiële zekerheid na pensionering. In dit kader wordt door Pensioenbehoud c.s. in cassatie (pleitnota onder 28 en repliek onder 2.12) gewezen op de rechten van ouderen zoals verwoord in art. 25 Handvest:

"De EU erkent en eerbiedigt het recht van ouderen, een waardig en zelfstandig leven te leiden en aan het maatschappelijk en cultureel leven deel te nemen."

4.47 Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag in het arrest. Bij de beoordeling van deze

klacht bestaat bovendien geen belang. Het hof heeft namelijk geen oordeel gegeven over een mogelijke strijd tussen art. 134 Pw en IORP-I en/of IORP-II. Dat was ook niet nodig, want de (grondslag van de) vordering van Pensioenbehoud c.s. is niet (mede) dat art. 134 Pw niet rechtsgeldig is.⁶⁷ Het slagen van deze klacht kan daarom niet leiden tot toewijzing van de vordering.

- 4.48 In de literatuur is erop gewezen dat het korten (verminderen) van aanspraken en rechten niet onverenigbaar is met IORP-I c.q. IORP-II.⁶⁸ In IORP-II wordt bovendien uitgegaan van de mogelijkheid tot korten.⁶⁹ Het beroep op het algemeen geformuleerde art. 25 Handvest voegt aan het betoog niets toe. Daarbij kan in het midden blijven of het korten van pensioenen wel onder de materiële werkingssfeer van het Handvest valt (art. 51 lid 1 Handvest).⁷⁰
- 4.49 Tot slot kan het betoog van Pensioenbehoud c.s. dat hun zaak mede bestemd is voor 'de jongeren van nu' / de 'ouderen van morgen' (repliek onder 2.13), er niet toe leiden dat art. 25 Handvest aan beroep van de Staat op art. 15 lid 3 IORP-II in de weg staat. De door Pensioenbehoud c.s. – ook ter zitting – gegeven voorstelling van zaken, als zou haar vordering in het belang van alle generaties zijn, lijkt mij overigens niet helemaal in overeenstemming met de werkelijkheid. Pensioenbehoud c.s. zijn uit op het terugdraaien van kortingen en het toepassen van indexaties. Zouden zij in deze zaak gelijk krijgen dan is aannemelijk dat fondsen omvangrijke middelen vrij moeten maken *ten behoeve van gepensioneerden* (ervan uitgaande dat niet alleen de belastingbetaler voor de rekening opdraait). Onvermijdelijk zit er na zo'n aderlating minder in de beheerde pensioenpot, met als risico dat er weer geld bij moet. En wie gaat dat betalen? Als de premies omhoog moeten ondervindt de jonge generatie van aangeslotenen direct financieel nadeel. Hoewel dit alles eigenlijk van zelf spreekt dat, leek het mij toch goed dit te zeggen.⁷¹
- 4.50 Subonderdeel 2.4, het laatste subonderdeel, bevat twee klachten. De *eerste klacht* is een voorbouwklacht die inhoudt dat gelet op subonderdeel 2.1, 2.2 en/of 2.3 het hof ten onrechte (in rov. 6.3-6.10) tot zijn eindoordeel is gekomen dat art. 131 Pw en 132 Pw niet in strijd zijn met art. 15 IORP II. Deze klacht deelt in het lot van de klachten in de overige subonderdelen.
- 4.51 Met de *tweede klacht* betoogt Pensioenbehoud c.s. dat het hof ten onrechte geen prejudiciële vragen heeft gesteld. Deze klacht is kennelijk gericht tegen rov. 6.12 waar het hof, voor zover relevant, overweegt:
- "6.12 Het hof ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan hetzij de Hoge Raad hetzij het Hof van Justitie. De uitleg van artikel 15 van de IORP II-richtlijn roept geen vragen op die daartoe noodzakelijk zijn. Grief IX faalt daarom ook. [...]"
- 4.52 Bij twijfel over de juiste uitleg van de toepasselijke Unierechtelijke bepalingen kán ieder gerecht op de voet van art. 267 VWEU een prejudiciële vraag van uitleg aan het HvJEU stellen, indien het van oordeel is dat een antwoord op die vraag noodzakelijk is voor de te nemen beslissing. Zoals bekend, is (alleen) de hoogste rechter *in beginsel verplicht* om een prejudiciële beslissing te verzoeken (art. 267, derde alinea, VWEU).
- 4.53 Uit het voorgaande volgt dat *geen verplichting* rustte op het hof – zijnde een instantie die een uitspraak doet waartegen een gewoon rechtsmiddel kan worden aangewend – om een prejudiciële uitlegvraag te stellen aan het HvJEU. Het hof had de mogelijkheid daartoe maar heeft daarvan om de reden genoemd in rov. 6.12 geen gebruik gemaakt. Pensioenbehoud c.s. richten daartegen geen motiveringsklacht.
- 4.54 Overigens meen ik dat er in het licht van de in cassatie aangevoerde klachten voor de Hoge Raad geen verplichting bestaat om in deze zaak prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU. De juiste uitleg van art. 15 leden 1 en 3 IORP-II ligt mijns inziens zo voor de hand dat daarover geen redelijke twijfel kan bestaan,⁷² althans kan er geen redelijke twijfel over bestaan dat de door

Pensioenbehoud in het middel voorgestane uitleg niet de juiste uitleg is. Ik zie ook geen andere grond die aanleiding kan zijn voor het stellen van prejudiciële vragen. Het gaat hier bijvoorbeeld niet om een rechtsvraag waar verschillende gerechten, in en/of buiten Nederland, uiteenlopend over hebben geoordeeld.⁷³

Onderdeel 3 (overweging ten overvloede)

4.55 Met dit onderdeel richten Pensioenbehoud c.s. zich tot slot tegen rov. 6.11:

“6.11 De grieven I-VIII stuiten op het voorgaande af. Het hof voegt daaraan ten overvloede het volgende toe. Pensioenbehoud c.s. beogen blijkens hun stellingen te bewerkstelligen dat de pensioenen van hun leden omhoog gaan. De gevorderde verklaring voor recht hoeft daar echter niet toe te leiden. Ook als zou moeten worden aangenomen dat de artikelen 131 en/of 132 Pw in strijd zouden zijn met de IORP II-richtlijn, zou dat slechts meebrengen dat bepaalde buffervereisten niet meer gelden. Daarmee zou er bij de IBPV's geld vrijkomen voor andere doelen, maar geenszins is gezegd dat het geld zou moeten worden aangewend voor indexatie van de pensioenen.”

4.56 Volgens Pensioenbehoud c.s. miskent het hof dat de Staat, als gevolg van onrechtmatige implementatie van de IORP-richtlijnen, kan worden aangesproken tot compensatie van vermogensschade ten gevolge van korting van aanspraken vanwege het de toepasselijkheid van art. 131 en 132 Pw. Het hof zou een “te beperkt rechtsgevolg” hebben toegekend aan de strijdigheid van deze artikelen met het Unierecht. Verder miskent het hof dat het niet gelden van buffervereisten zou betekenen dat pensioenfondsen ten onrechte niet hebben geïndexeerd (c.q. indexeren) en dat de Staat voor deze vermogensschade kan worden aangesproken.

4.57 Rov. 6.11 is met zoveel woorden een overweging ten overvloede Dat zal veelal betekenen dat belang ontbreekt bij een daartegen gerichte cassatieklacht. Een automatisme is dat echter niet. Of inderdaad sprake is van een *obiter dictum* dient namelijk te worden bepaald aan de hand van een materieel criterium; de gekozen bewoordingen in de bestreden overweging zelf zijn daarvoor niet zonder meer beslissend.⁷⁴ De vraag is of de overweging (hier rov. 6.11) de beslissing in het dictum (mede) draagt.

4.58 Dat lijkt mij hier duidelijk niet het geval te zijn, zodat belang bij de cassatieklacht inderdaad ontbreekt. Het hof oordeelt namelijk dat de vordering niet *hoeft* te leiden tot het doel wat Pensioenbehoud c.s. voor ogen hebben. Het hof sluit niet uit dat dit wel *kán*. Het hof gaat niet mee met het betoog van de Staat dat geen belang bij de vorderingen bestaat (memorie van antwoord, par. 3). Wat het hof *wél* doet, is Pensioenbehoud c.s. erop wijzen dat het sneuvelen van de buffervereisten in art. 131 (en 132) Pw, niet *per se* zal leiden tot indexatie van pensioenen. Overigens mist de klacht feitelijke grondslag voor zover wordt betoogd dat het hof zou hebben miskend dat een onjuiste implementatie van een richtlijn onrechtmatig kan zijn en dat de Staat in zo'n geval zou kunnen worden aangesproken tot compensatie van dientengevolge geleden vermogensschade. Dat heeft het hof niet geoordeeld.

4.59 Op pagina 11 van de procesinleiding staat ten slotte nog de slotklacht dat gegrondbevinding van (één of meer klachten van) 'deze middelonderdelen' betekent dat ook niet in stand kan blijven wat het hof verder heeft geoordeeld en in het dictum heeft beslist. Deze voortbouwende klacht faalt in het voetspoor van de voorafgaande klachten.

Slotsom

4.60 Nu alle klachten falen is de slotsom dat het cassatieberoep tevergeefs is voorgesteld.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ Zie het slot van de schriftelijke repliek van Pensioenbehoud c.s.: *“Het gaat nog niet over compensatie van deze vermogensschade door de Staat en fondsen.”* Vgl. ook onderdeel 3 van het middel.

² *Stb.* 2018, 515.

³ *Stb.* 2018, 517.

⁴ Richtlijn (EU) 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (herschikking), *PbEU* 2016, L 354/37.

⁵ Wet van 7 december 2006 houdende regels betreffende pensioenen, *Stb.* 2006, 705 (p. 48).

⁶ Mogelijk was deze brief bedoeld als ‘verzoek tot overleg’ in de zin van art. 3:305a lid 2 BW.

⁷ Asser/Lutjens 7-XI 2019/117: “[...] *Naar het Nederlands vertaald is het een collectieve beschikbare-premieregeling. De naam duidt op een premieovereenkomst maar het zou ook een uitkeringsovereenkomst met een vastgestelde premie kunnen zijn. Een CDC-regeling beoogt een vastgestelde premie te combineren met een vastgestelde pensioenuitkering. Dat is een combinatie van het element vastgestelde premie uit een premieovereenkomst en een vastgestelde uitkering uit een uitkeringsovereenkomst. [...].*”

⁸ Art. 6 lid 9 IORP-II.

⁹ Rb. Den Haag 10 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:944, *PJ* 2021/37 (red. aant. E. Lutjens).

¹⁰ De beperking tot pensioenfondsen die een CDC-/premieovereenkomst uitvoeren was daarmee kennelijk komen te vervallen.

¹¹ Hof Den Haag 21 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1002, *PJ* 2022/90 (red. aant. E. Lutjens). Lutjens merkt op: *“Een kort en duidelijk gemotiveerde uitspraak die wat mij betreft een volledig juiste uitleg en toepassing geeft aan de voorschriften van Richtlijn 2016/2341.”*

¹² Zie uitgebreider: M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, hoofdstuk 10 (p. 401 e.v.).

¹³ Bron: <https://www.dnb.nl/actuele-economische-vraagstukken/pensioen/ons-pensioenstelsel-nu/dekkingsgraad/>.

¹⁴ Document (COM/2000/507) en *PbEG* C 96 E van 17 maart 2001, p. 136 e.v.

¹⁵ *PbEG* C 65 E van 14 maart 2002, p. 116 e.v.

¹⁶ Zie (thans) art. 294 leden 5 en 6 VWEU.

¹⁷ *PbEG* C 299 E van 3 december 2002, p. 16 e.v.

¹⁸ Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *PbEG* L 235 van 23 september 2003, p. 10 e.v.

¹⁹ Wet van 19 januari 2006, houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2003/41/EG van het Europees

- Parlement en de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (PbEG L 235/10), *Stb.* 2006, 51 (p. 3-4).
- ²⁰ Het BFTK (*Stb.* 2006, 710) is gelijk met de Pensioenwet in werking getreden en is nadien herhaaldelijk gewijzigd.
- ²¹ Tijdens de parlementaire behandeling was dit nog art. 119.
- ²² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 18 (*Tweede NvW*), p. 21-22.
- ²³ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 september 2010 (*Kamerstukken II* 2009/10, 28 294, nr. 42).
- ²⁴ Wet van 1 december 2011 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten (Verzamelwet pensioenen 2012), *Stb.* 2011, 622 (p. 2).
- ²⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33013, nr. 3 (*MvT*), p. 4.
- ²⁶ Aanbeveling 11 in de bijlage van het Witboek pensioenen (een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen), COM (2012) 55.
- ²⁷ Richtlijn 2009/138/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvency-II), *PbEU* L 335, 17 december 2009, p. 1 e.v. Solvency II heeft alle toen bestaande 'verzekeringsrichtlijnen' vervangen. Met art. 303 lid 1 van deze richtlijn werd art. 17 lid 2 IORP-I gewijzigd. De solvabiliteitseisen uit Richtlijn 2002/83/EG zijn in IORP-I overgenomen (art. 17bis t/m 17quinquies) om de status quo te bewaren (overweging 138 Solvency-II).
- ²⁸ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 24 april 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 109, p. 4).
- ²⁹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (herschikking), COM/2014/0167.
- ³⁰ R.M.J.M. de Greef, 'Herziening IORP richtlijn – Een verbetering?', *TPV* 2016/50, par. 2.1 en P. Borsjé & H. van Meerten, 'Voorstel IORP II-richtlijn: aanzet tot hervorming van het Nederlands pensioenstelsel', *NtEr* 2014/8, p. 272.
- ³¹ Zie de documenten van 28 juni 2016, ST 10557 2016 INT en ST 10557 2016 ADD 1 – 2014/091 (OLP).
- ³² De regering was van mening dat art. 15 IORP-II al was geïmplementeerd in bestaand recht (o.m. door art. 131 en 132 Pw): *Kamerstukken II* 2017/18, 34 934, nr. 3 (*MvT*), p. 55.
- ³³ *Stb.* 2023, 216. Zie verder het Besluit van 22 juni 2023 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen en het Besluit toekomst pensioenen, *Stb.* 2023, 218.
- ³⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, 36 067, nr. 3 (*MvT*), p. 136. Dit is – verkort – herhaald in *Kamerstukken I* 2022/23, nr. 36 067, nr. H (*MvA*), p. 116.
- ³⁵ *Kamerstukken II* 2021/22, 36 067, nr. 7 (*NaV*), p. 105. Dit is herhaald in *Kamerstukken I* 2022/23, 36 067, nr. K (*NMvA*), p. 44.
- ³⁶ *Kamerstukken I* 2022/23, 36 067, nr. H (*MvA*), p. 194.
- ³⁷ Vزر. Rb. Den Haag 28 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9268, *PJ* 2023/93 (red. aant. E. Lutjens). Lutjens acht het oordeel van de voorzieningenrechter juist en voorspelbaar: "Het was vooraf vrij risicovrij om de kans op succes 'nihil' te noemen."
- ³⁸ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/283 en A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/68.
- ³⁹ In de procesinleiding is "rov. 6.7 e.v." als doelwit bestempeld, maar alleen rov. 6.7 wordt met klachten bestreden.
- ⁴⁰ Zie ook randnummers 4, 5 en 6 van de memorie van grieven.
- ⁴¹ Overigens wijs ik erop dat in het cassatiemiddel randnummer 30 van de memorie van grieven onjuist wordt weergegeven. Het daar onderstreepte woordje 'niet' is misleidend. Zie ook s.t. Staat onder 4.16 (eerste alinea van de ingesprongen tekst). Pensioenbehoud c.s. hebben zich (steeds) op het

standpunt gesteld dat er pas sprake is van 'verzekeren' in de zin van art. 15 lid 1 IORP II, indien er een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenverzekering bestaat.

⁴² Voorheen waren dit art. 100A EEG en art. 95 EG.

⁴³ Bij maatregelen op een specifieke rechtsgrondslag is in sommige gevallen slechts minimumharmonisatie mogelijk. Zie bijv. art. 192 en 193 VWEU voor maatregelen op het gebied van milieu.

⁴⁴ Vgl. K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nr. 279 (p. 226-227).

⁴⁵ Met 'strengere' kan niet alleen zijn bedoeld een striktere norm met hetzelfde toepassingsbereik als de norm uit de richtlijn, maar ook dezelfde norm met een breder toepassingsbereik dan voorgeschreven door de richtlijn.

⁴⁶ Zie bijv. art. 193 VWEU over verdergaande beschermende maatregelen op milieugebied: "*Zulke maatregelen moeten verenigbaar zijn met de Verdragen.*"

⁴⁷ De toelichting van de Commissie bij dit voorgestelde artikel 18 luidt, voor zover relevant: "[...] *De toezichtmethoden verschillen sterk per lidstaat. Daarom moet de lidstaten enige handelingsvrijheid worden gelaten met betrekking tot de precieze inhoud van de beleggingsvoorschriften die zij wensen op te leggen aan op hun grondgebied gevestigde instellingen. Een dergelijke benadering was reeds gevolgd in de verzekeringsrichtlijnen (zie bijvoorbeeld artikel 22, lid 2, van Richtlijn 92/96/EEG). [...]*"

⁴⁸ Zie ook s.t. Staat onder 4.70. Overweging 32 IORP I is vrijwel gelijk aan overweging 47 IORP II. Ook die overweging heeft geen betrekking op art. 15 IORP II, maar op art. 19 IORP II dat ziet op beleggingsregels.

⁴⁹ HvJEU 14 januari 2010, C-343/08, ECLI:EU:C:2010:14, *PJ* 2010/60 m.nt. S.H. Kuipers & E. Lutjens (*Commissie/Tsjechische Republiek*).

⁵⁰ Zoals voorzien in art. 137 lid 4, eerste gedachtestreepje, EG (thans art. 153 lid 4, eerste gedachtestreepje, VWEU).

⁵¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (herschikking), COM/2014/0167.

⁵² Vgl. voetnoot 27 van deze conclusie.

⁵³ Na een herziening of herschikking van een richtlijn of verordening is al vaak overwogen dat de rechtspraak die ziet op de oude versie gelijkelijk geldt voor de nieuwe regeling voor zover die als gelijkwaardig kan worden aangemerkt. Vgl. bijv. HvJEG 16 juli 2009, C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, *NJ* 2011/3 49 m.nt. Th.M. de Boer (*Zuid Chemie*), rov. 18-19 voor het EEX-Verdrag en Verordening (EG) 44/2000 (inmiddels Verordening (EU) 1215/2012).

⁵⁴ Asser/Hartkamp 3-I 2023/180.

⁵⁵ HvJEU (Grote Kamer) 6 oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, *BNB* 2022/48 m.nt. P.J. Wattel, *AB* 2022/133 m.nt. R. Grimbergen, *JB* 2021/179 m.nt. J. Krommendijk (*Consorzio Italian Management*), punt 46.

⁵⁶ K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nr. 852 (p. 693).

⁵⁷ HvJEU 11 april 2013, C-290/12, ECLI:EU:C:2013:235, *TRA* 2013/97 m.nt. K. Boonstra (*Della Rocca*), punt 38 en HvJEG 24 november 2005, C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716 (*Deutsches Milch-Kontor*), punt 32. De Staat verwijst in s.t. onder 4.31 op dit punt naar HvJEU 19 december 2019, C-154/18, ECLI:EU:C:2019:113 (*Horgan en Keegan*), punt 75-76.

⁵⁸ In de toelichting bij art. 4 van het voorstel voor IORP-I wordt onder meer opgemerkt: "*Bovendien is in het ontwerp voorzien dat de instellingen die in bepaalde opzichten lijken op levensverzekeringsondernemingen (die een gegarandeerde rentevoet aanbieden en/of biometrische risico's dekken), het voorwerp zullen zijn van gelijkwaardige bepalingen inzake het eigen vermogen (zie met name artikel 17).*"

⁵⁹ De Franse taalversies luiden: "*couvrent elles-mêmes les risques bio-métriques*" (voorstel) en "*elles-mêmes [...] souscrit l'engagement de couvrir les risques biométriques*" (richtlijn).

⁶⁰ De Spaanse taalversies luiden: "*el propio organismo cubre riesgos biométricos*" (voorstel) "*la propia*

institución [...] asuma la responsabilidad de cubrir los riesgos biométrico” (richtlijn).

⁶¹ In zowel het voorstel (overweging 24) als de richtlijntekst (overweging 30) staat in het Frans respectievelijk het Spaans: “*couvrir les risques biométriques*” en “[...] *cubre los riesgos biométricos*”.

⁶² Zie ook s.t. Staat onder 4.36.

⁶³ Zie ook s.t. Staat onder 4.42.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 104, nr. 3 (*MvT*), p. 22 bovenaan. Voor ouderdomspensioenen is dat levenslang (art. 15 lid 1 Pw).

⁶⁵ Zie in het kader van art. 149 Pw, waar (ook) onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen verzekering, overdracht en onderbrenging: Hoekert, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 149 Pw, aant. 1.b. (online bijgewerkt tot 1 juli 2023).

⁶⁶ CBB 23 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:169, *JOR* 2021/151 m.nt. M. Heemskerk (*X/DNB*).

⁶⁷ Zie ook s.t. Staat onder 4.65.

⁶⁸ Asser/Lutjens 7-XI 2019/628 (voor IORP-II) en Asser/Lutjens 7-XI 2016/579 (voor IORP-I).

⁶⁹ Zie bijv. overweging 68 en art. 28 lid 2 sub e en onder ii) van IORP-II, welke bepaling spreekt van “*mechanismen ter verlaging van de uitkering, waaronder de mate waarin de opgebouwde pensioenrechten kunnen worden verlaagd, onder welke voorwaarden en door wie.*”

⁷⁰ In ontkennde zin: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 1 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8093, *PJ* 2017/5 m.nt. M.J.C.M. van der Poel. Zie verder E. Lutjens, ‘Korting pensioen en eigendomsrecht: geen strijd met EU-recht’, *TPV* 2016/46.

⁷¹ Vrij naar Talleyrand: ‘*Si cela va sans dire, cela ira encore mieux en le disant*’.

⁷² Vgl. HvJEU (Grote Kamer) 6 oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, *BNB* 2022/48 m.nt. P.J. Wattel, *AB* 2022/133 m.nt. R. Grimbergen, *JB* 2021/179 m.nt. J. Krommendijk (*Consorzio Italian Management*), punt 36-38.

⁷³ Voor de volledigheid wijs ik erop dat er bij het HvJEU drie samenhangende prejudiciële zaken aanhangig zijn over de vraag of de BTW-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen van toepassing is op pensioenfondsen en in het bijzonder of daarvoor vereist is dat deelnemers in een pensioenfonds beleggingsrisico’s dragen. Zie Rb. Gelderland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5657 en zaken C-642/22, 643/22 en 644/22 bij het HvJEU. De vraag die in die fiscale zaak aan de orde is, betreft duidelijk een ander juridisch kader (BTW) dan de vraag die in deze zaak aan de orde is.

⁷⁴ HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0713, *NJ* 2011/190, rov. 3.5: “[...] *Mocht het hof in dit verband zich hebben laten leiden door de opvatting dat de enkele omstandigheid dat de rechtbank die overweging als ‘ten overvloede’ heeft aangeduid, meebrengt dat die overweging de beslissing niet kan dragen, dan is het van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, omdat op dit punt niet de aanduiding ‘ten overvloede’ beslissend is maar hoe die overweging, naar haar inhoud genomen, zich verhoudt tot de beslissing in het dictum. [...]*”
