

# ECLI:NL:GHDHA:2022:1002

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	21-06-2022
Datum publicatie	21-06-2022
Zaaknummer	200.294.840
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Collectieve actie. Is het buffervereiste voor Nederlandse pensioenfondsen in strijd met de IORP II-Richtlijn?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer hof : 200.294.840/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/580679 / HA ZA 19-1011

Publicatienummer vonnis : ECLI:NL:RBDHA:2021:944

### Arrest van 21 juni 2022

in de zaak van

#### **1 de Stichting Pensioenbehoud,**

gevestigd in Wassenaar,

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Katholieke Bond van Ouderen in Noord-Brabant,**

gevestigd in Den Bosch,

appellanten,

hierna te noemen: Pensioenbehoud c.s. of afzonderlijk Stichting Pensioenbehoud en KBO,

advocaat: mr. K.P.D. Vermeulen te Den Haag,

tegen

**de Staat der Nederlanden** (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid),  
zetelend in Den Haag,  
verweerder,  
hierna te noemen: de Staat,  
advocaat: mr. C.M. Bitter te Den Haag.

## **1 De zaak in het kort**

- 1.1 Deze zaak gaat over de vraag of een specifiek onderdeel van de Nederlandse pensioenwetgeving in strijd is met een Europese Richtlijn (de IORP II-richtlijn). Pensioenbehoud c.s. vinden dat de zogenaamde buffervereisten die in Nederland voor alle pensioenfondsen gelden niet zouden moeten gelden omdat de pensioenfondsen geen zogenaamde biometrische risico's verzekeren. De rechtbank heeft de vordering van Pensioenbehoud c.s. afgewezen.
- 1.2 Het hof oordeelt in dit arrest dat de bezwaren van Pensioenbehoud c.s. tegen het vonnis niet terecht zijn. De Nederlandse pensioenfondsen verzekeren wel degelijk zogenaamde biometrische risico's en in de Nederlandse wetgeving zijn daarom terecht op grond van de Europese Richtlijn buffervereisten gesteld.

## **2 Procesverloop**

- 2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:
  - het dossier van de procedure bij de rechtbank Den Haag;
  - het tussen partijen gewezen vonnis van 10 februari 2021;
  - de dagvaarding in hoger beroep van Pensioenbehoud c.s. van 29 april 2021;
  - de memorie van grieven van Pensioenbehoud c.s., met bijlagen;
  - de memorie van antwoord van de Staat.
- 2.2 Op 21 april 2022 heeft een zitting plaatsgevonden. De zaak is op die zitting voor Pensioenbehoud c.s. toegelicht door mr. H. van Meerten, advocaat te Den Haag, en voor de Staat door mr. Bitter. De pleitaantekeningen van de advocaten zijn toegevoegd aan het dossier.

## **3 Feitelijke achtergrond**

- 3.1 Tussen partijen staat onder meer het volgende vast.

*Pensioenbehoud c.s.*

- 3.2 Stichting Pensioenbehoud is op 10 november 2010 opgericht. Zij zet zich in voor de pensioenbelangen van gepensioneerden.

3.3 KBO is een op 1 januari 2002 opgerichte vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Zij zet zich onder meer in voor de materiële en immateriële belangen van senioren.

*Implementatie van artikel 15 IORP II-richtlijn*

3.4 De 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 bedrijfspensioenfondsen (hierna: IORP I-richtlijn) is op 23 september 2005 in de Nederlandse wet geïmplementeerd.

3.5 De IORP I-richtlijn is herzien met de richtlijn 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV's) (herschikking) (hierna: IORP II-richtlijn). De IORP II-richtlijn is op 13 januari 2019 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.

3.6 Artikel 15 IORP II-richtlijn (voorheen artikel 17 IORP I-richtlijn) luidt als volgt:

*"Artikel 15*

*Voorgescreven 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 gedetailleerde voorschriften vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn."*

3.7 Artikel 6 lid 9 IORP II-richtlijn definieert biometrische risico's als: *"risico's in verband met overlijden, arbeidsongeschiktheid en levensverwachting."*

3.8 Artikel 15 IORP II-richtlijn is (onder meer) geïmplementeerd in de artikelen 131 en 132 van de Pensioenwet (hierna ook: Pw), die als volgt luiden:

*"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. Vereist eigen vermogen*

*1. Een pensioenfonds beschikt over een vereist eigen vermogen.*

*2. Een pensioenfonds stelt het vereist eigen vermogen zodanig vast dat met een zekerheid van 97 1/2 procent wordt voorkomen dat het pensioenfonds binnen een periode van één jaar over minder waarden*

*beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen.*

*3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld inzake de berekening en de samenstelling van het vereist eigen vermogen, bedoeld in het eerste lid, en het bepaalde in het tweede lid.”*

*Voorafgaand aan deze procedure*

3.9 Pensioenbehoud c.s. hebben op 9 augustus 2019 een brief aan de Staat gestuurd, waarin zij de Staat hebben verzocht over te gaan tot aanpassing van artikel 131 Pw. De Staat heeft hierop bij brief van 13 september 2019 afwijzend gereageerd.

#### **4 Vorderingen en beslissing van de rechtbank**

4.1 Pensioenbehoud c.s. hebben de Staat gedagvaard en gevorderd dat, samengevat, voor recht wordt verklaard dat artikel 131 en/of artikel 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. Zij hebben voorts verzocht hierover prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, en de Staat te veroordelen in de kosten van het geding.

4.2 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en Pensioenbehoud c.s. in de kosten veroordeeld. De rechtbank overwoog daartoe, samengevat weergegeven, als volgt:

- Artikel 10 Pw kent drie soorten pensioenovereenkomsten, namelijk (a) een uitkeringsovereenkomst, (b) een kapitaalovereenkomst en (c) een premieovereenkomst. De Pw kent geen “CDC-regeling.”
- In de IORP II-richtlijn 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-richtlijn van belang is of een Instelling voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV) al dan niet zelf de biometrische gegevens *draagt*. Het gaat erom of een pensioenfonds zelf biometrische gegevens *verzekert* (4.28 van het vonnis). Ook wanneer een pensioenfonds als laatste redmiddel moet overgaan tot het korten van opgebouwde pensioenaanspraken en rechten, draagt het pensioenfonds nog steeds de biometrische risico's (4.29 van het vonnis).
- 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 artikel 15 lid 1 IORP II-richtlijn (4.33 van het vonnis). Zo'n pensioenfonds bestaat in Nederland niet, zodat Pensioenbehoud c.s. geen belang hebben bij hun vordering. De situatie waarop artikel 15 lid 3 IORP II doelt, doet zich niet voor (4.34 van het vonnis).
- De rechtbank ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad (4.36 van het vonnis).

#### **5 Vorderingen in hoger beroep en bezwaren tegen het vonnis**

5.1 Pensioenbehoud c.s. zijn in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens zijn met het vonnis. In hoger beroep vorderen zij dat het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd. Zij vorderen voorts dat voor recht wordt verklaard dat artikel 131 en/of 132 Pw in strijd is of zijn met de IORP II-richtlijn en dus buiten toepassing moet(en) blijven. Zij verzoeken het hof verder prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Tot slot vorderen zij dat de Staat wordt veroordeeld in de kosten van het geding.

5.2 De eerste grief van Pensioenbehoud c.s. komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat er geen wettelijke CDC-regeling bestaat en tegen de overwegingen waarin de rechtbank heeft geoordeeld geen waarde te hechten aan het begrip "CDC-/premieovereenkomst." De grieven II tot en met VIII komen in de kern op tegen het oordeel van de rechtbank dat Nederlandse pensioenfondsen zelf dekking tegen biometrische risico's verzekeren. Grief IX richt zich tegen de beslissing van de rechtbank om geen prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen en grief X keert zich tegen de uitgesproken proceskostenveroordeling.

## 6 Beoordeling door het hof

### *Inleiding*

6.1 Pensioenbehoud c.s. zijn hun memorie van grieven begonnen met de opmerking dat zij het geschil in volle omvang aan het hof voorleggen en dat de grieven niet geacht kunnen worden de omvang van het geding in appel te beperken. Die opmerking miskent dat het geschil in hoger beroep juist wel wordt bepaald door de grieven. Slechts die onderdelen van de beslissing van de rechtbank die door een grief worden aangevallen, liggen in hoger beroep voor.

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 pensioenfonds dekking 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 I in ieder geval geen belang. Die grief faalt daarom.

### *Uitleg artikel 15 IORP II-richtlijn*

- 6.3 Artikel 15 lid 1 IORP II-richtlijn schrijft voor dat de lidstaat ervoor zorgt dat IBPV's die pensioenregelingen uitvoeren en zelf, en niet de bijdragende ondernemingen, (i) een dekking tegen biometrische risico's verzekeren of (ii) een beleggingsrendement of een bepaalde hoogte van uitkeringen garanderen, naast de zogenaamde technische voorzieningen, bij wijze van buffer aanvullende activa aanhouden.
- 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.
- 6.5 Uit artikel 6 lid 9 van de IORP II-richtlijn volgt dat biometrische risico's, risico's zijn in verband met overlijden of arbeidsongeschiktheid en levensverwachting. Partijen zijn het erover eens dat het werk van pensioenfondsen betrekking heeft op biometrische risico's. Het gaat uitsluitend om de vraag of die worden *verzekerd*. De IORP II-richtlijn geeft geen definitie van het begrip "verzekeren" in artikel 15 lid 1 IORP II-richtlijn. De Staat heeft er terecht op gewezen dat de bewoordingen van een richtlijn autonoom en uniform moeten worden uitgelegd. De uitleg van een richtlijn kan niet

plaatsvinden aan de hand van de nationale wetgeving van individuele lidstaten omdat in dat geval de uniforme toepassing van een richtlijn in de Europese Unie in gevaar zou kunnen komen. Dat betekent dat voor de uitleg van het begrip "verzekeren" in artikel 15 IORP II-richtlijn geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend aan nationale wetgeving en evenmin aan uitlatingen van (nationale) politici.

- 6.6 Uit artikel 134 lid 1 Pw volgt dat een pensioenfonds de uitkeringen kan korten indien, samengevat weergegeven, zij niet aan haar verplichtingen op grond van de artikelen 131 en 132 Pw kan voldoen.
- 6.7 Het standpunt van Pensioenbehoud c.s. komt er in de kern op neer dat nationale pensioenfondsen 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.
- 6.8 In de eerste plaats acht het hof daarvoor van belang dat artikel 15 lid 1 IORP II-richtlijn geen nadere eisen stelt aan de geboden verzekering. Volgens de tekst van het artikel gaat het erom dat "een dekking" wordt geboden tegen biometrische risico's. Anders dan Pensioenbehoud c.s. stellen, brengt het feit dat bij een tekort de uitkeringen kunnen worden gekort, dus niet mee dat niet sprake is van een verzekering. Ook dan wordt immers "een dekking" geboden – zij het geen volledige dekking – , terwijl tussen partijen niet in geschil is dat die dekking betrekking heeft op biometrische risico's.
- 6.9 In de tweede plaats acht het hof van belang dat artikel 15 IORP II feitelijk twee situaties onderscheidt, namelijk die waarin een IBPV (i) een dekking tegen biometrische risico's *verzekert* en (ii) een beleggingsrendement of een bepaalde hoogte van uitkeringen *garandeert*. Dit artikel maakt dus een onderscheid tussen verzekeren enerzijds en garanderen anderzijds. In andere taalversies van de Richtlijn wordt datzelfde onderscheid gemaakt (*souscrit ou garanti* in de Franse taalversie, *underwrites or guarantees* in de Engelse taalversie en *Haftung übernimmt oder garantiert* in de Duitse taalversie). Daarmee volgt uit de tekst van de richtlijn zelf dat het begrip "verzekeren" niet vereist dat een bepaalde garantie wordt verstrekt. In dat geval zou dit onderscheid in de tekst immers geen functie hebben. Het gegeven dat bij een eventueel tekort als noodmaatregel de pensioenen kunnen worden gekort, brengt ook daarom niet mee dat van "verzekeren" geen sprake is. En ook wanneer een pensioenfonds de risico's herverzekert blijft zij zelf jegens de aanspraakgerechtigde aansprakelijk voor een eventuele uitkering die verband houdt met biometrische risico's. Ook in dat geval blijft het dus het pensioenfonds zelf dat de biometrische risico's verzekert, zelfs als zij het kredietrisico op de (her)verzekeraar draagt.
- 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.
- 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.

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. Evenmin ziet het hof aanleiding deze zaak aan te houden totdat antwoord is gegeven op de door de rechtbank Gelderland te stellen prejudiciële vragen, die ook volgens Pensioenbehoud c.s. om beleggingsrisico's gaan en niet om biometrische risico's.

6.13 Grief X heeft betrekking op de proceskostenveroordeling. Omdat uit het voorgaande volgt dat de rechtbank de vordering terecht heeft afgewezen, faalt ook deze grief.

#### *Conclusie en slot*

6.14 De conclusie is dat het hoger beroep van Pensioenbehoud c.s. niet slaagt. Daarom zal het hof het vonnis bekrachtigen. Het hof zal Pensioenbehoud c.s. als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

6.15 Het bewijsaanbod van Pensioenbehoud c.s. heeft geen betrekking op feiten die, indien bewezen, tot een andere uitkomst kunnen leiden en wordt daarom gepasseerd.

## **7 Beslissing**

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 10 februari 2021;
- wijst het in hoger beroep meer of anders gevorderde af;
- veroordeelt Pensioenbehoud c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 772,- aan verschotten en € 3.342,- aan salaris advocaat en op € 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.J. van der Helm, M.Y. Bonneur en M.E. Honée en in het openbaar uitgesproken op 21 juni 2022 in aanwezigheid van de griffier.