

DAGVAARDING IN KORT GEDING

Heden, de  tweeduizend drieëntwintig, ten verzoeken van:

JOHNNY BAKKER, wonende aan het adres 

in deze zaak domicilie kiezende te (1213 PE Hilversum), aan de Marathon 9C, ten kantore van de advocaat mr. J.C.J. Wouters, die door hem ten deze als zodanig wordt gesteld om hem in rechte te vertegenwoordigen,

heb ik,

AAN:

de STAAT DER NEDERLANDEN, het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het Ministerie voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen, waarvan de zetel is gevestigd te 's Gravenhage,

BETEKEND:

het e-mailbericht van 10 mei 2023, 14:59, Dagbepaling C/09647067 kort geding KG ZA 23-363,

en

GEDAGVAARD:

de gerequireerde,

mitsdien mijn exploit doende en afschrift hiervan (en van na te melden stukken) latende aan het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden te 's Gravenhage,

OM OP:

 2023, om  uur, in persoon of vertegenwoordigd door een (proces)advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, die zal worden gehouden in het gerechtsgebouw aan het adres Prins Clauslaan 60, 2595 AJ Den Haag,

MET DE UITDRUKKELIJKE VERMELDING, DAT:

- a) indien een gedaagde niet in persoon en evenmin vertegenwoordigd door een advocaat op de terechtzitting verschijnt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
- b) indien ten minste één van de gedaagden in persoon of bij advocaat ter terechtzitting is verschenen, tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;
- c) bij verschijning in het geding van ieder van de gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- d) de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvq.nl/griffiertentabel
- e) van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - 1e een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - 2e een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;
- f) van gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijkluidende conclusies nemen of gelijkluidend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven,

TENEINDE

alsdan, namens eiser, hierna te noemen: mijnheer Bakker, tegen zich als gedaagde, hierna te noemen: de Staat, te horen eis doen en concluderen als volgt:

Inhoud

Productielijst	4
1. Waarover gaat deze zaak?	5
2. De feitelijke en juridische grondslagen in deze zaak – de onjuiste implementatie van IORP I	6
<i>De discontovoet/rekenrente</i>	8
<i>De dekkingsgraad</i>	11
3. De bedoeling van een pensioen volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van de Pensioenwet	12
4. De nadere regels nader beschouwd – Artikel 15, lid 5, van IORP I	13
5. Nog een juridische grondslag: schending van het Europese Handvest	16
6. De consensus in 2010 binnen de Stichting van de Arbeid over de discontovoet	19
7. Effectieve rechtsbescherming	22
8. De schade van mijnheer Bakker en voorschot op de schadevergoeding	23
9. De notificatie aan de Europese Commissie	23
10. Verweer van de Staat en de reactie daarop	24

Productielijst

- Productie 1:** een print van het Publicatieblad van de Europese Unie 29.9.2003, L235/17 en L235/18, met Artikel 15, lid 4, van IORP I
- Productie 2:** een print van art. 9a van de PSW, zoals die bepaling luidde van 8 februari 2006 tot en met 31 december 2006
- Productie 3:** p.49 en 50 van het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds ABP (versie datum 01-01-2008)
- Productie 4:** het Uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord van 4 juni 2010
- Productie 5:** de notitie Vaststelling van de methodiek voor de rentetermijnstructuur van 10 maart 2005
- Productie 6:** Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, gedateerd 13.10.2022
- Productie 7:** de Betaalspecificatie januari 2019 van het ABP van het ouderdomspensioen van mijnheer Bakker van € 26.161,80
- Productie 8:** specificatie van de indexatieachterstand van 2009 tot en met 13 januari 2019 van mijnheer Bakker

1. Waarover gaat deze zaak?

- 1.1. De eerste Europese pensioenrichtlijn van 3 juni 2003 gaf Nederland de opdracht om te implementeren dat het Nederlandse pensioenstelsel een veilige, duurzame en doeltreffende bescherming zou inhouden, die op hogere leeftijd een acceptabele levensstandaard waarborgt. In dat verband wijst de richtlijn erop dat het van belang is ervoor te zorgen dat ouderen (en gehandicapten) niet het gevaar lopen in armoede te geraken en dat zij van een behoorlijke levensstandaard kunnen genieten. Vanaf het najaar van 2008 zijn in Nederland de pensioenen echter niet meer geïndexeerd. Een indexatie achterstand die eind 2021 meer dan 20% bedroeg, is strijdig met een behoorlijke levensstandaard.
- 1.2. De oorzaak van die indexatie achterstand is een onjuiste implementatie door de Staat van de hiervoor genoemde eerste Europese pensioenrichtlijn van 3 juni 2003. De officiële naam daarvan is: 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. Deze richtlijn wordt hierna genoemd: IORP I.¹ Voor de als gevolg hiervan geleden schade is de Staat, naar het recht van de Europese Unie en naar het recht van Nederland, aansprakelijk. De strijd met IORP I wordt behandeld in onderdeel 2 van deze dagvaarding.
- 1.3. Die schade wordt in deze dagvaarding de indexatieschade genoemd. De indexatieschade wordt geleden door de zogenaamde werkenden, dat zijn de deelnemers aan de pensioenfondsen, die pensioen opbouwen, en door de pensioengerechtigden, die pensioen ontvangen. Tot de benadeelden behoren ook de zogenaamde slapers. Dat zijn gewezen deelnemers, die premievrije aanspraken op pensioen hebben en dus geen premie meer betalen.
- 1.4. In onderdeel 3 van deze dagvaarding wordt beredeneerd dat in Nederland indexatie een intrinsiek onderdeel van het pensioen is.
- 1.5. Onderdeel 4 van deze dagvaarding besteedt aandacht aan de betekenis van artikel 15, lid 5 van IORP I. De reden daarvoor is dat er rekening mee gehouden wordt dat de Staat in dit geding zal proberen deze bepaling in de richting van zijn gelijk te buigen. Dat zou een onjuiste toepassing van deze bepaling betekenen.
- 1.6. Naast aansprakelijkheid van de Staat wegens onjuiste implementatie van IORP I is er ook aansprakelijkheid van de Staat omdat het hanteren van de dekkingsgraad als maatstaf voor de toelaatbaarheid van indexatie pas op 1 januari 2015 een wettelijke grondslag in Nederland gekregen heeft. Pensioenrechten en indexatierechten zijn namelijk eigendomsrechten en vallen daarom binnen het beschermingsbereik van Artikel 17, lid 1, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie² (hierna: het Handvest). Dat betekent dat de dekkingsgraad vóór 1 januari 2015 niet

¹ IORP I is vervangen door Richtlijn (EU) 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016, welke richtlijn hierna IORP II genoemd wordt. IORP II is op 13 januari 2019 in Nederland geïmplementeerd.

² Dat is op 1 december 2009 juridisch bindend geworden (Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 1 december 2010, LJN:BP2936). Er wordt in deze dagvaarding een beroep gedaan op het Handvest, omdat het Europese Hof van Justitie in 2020 een uitspraak gedaan heeft, die inhoudt dat pensioenrechten en indexatierechten eigendomsrechten zijn met een vermogenswaarde, die bescherming onder Artikel 17, lid 1, van het Handvest genieten. Het recht op ongestoord genot van eigendom was al erkend in Artikel 17 van de Universele verklaring van de rechten van de mens van 10 december 1948, en in Artikel 1, lid 1 van het Protocol van 19 juni 1980 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de

bij wet voorzien was, als geëist wordt door Artikel 17, lid 1, van het Handvest. . De wettelijke beperking die op 1 januari 2015 is ingevoerd, voldoet echter niet aan de eisen die in Artikel 17, lid 1, van het Handvest worden gesteld. De consequentie van dit een en ander is dat er behalve de verkeerde implementatie van IORP I al die tijd ook sprake geweest van een inbreuk op het eigendomsrecht terzake van de indexatierechten. Ook op die grond is de Staat voor de indexatieschade aansprakelijk. In onderdeel 5 van deze dagvaarding wordt daarop teruggekomen. Onderdeel 7 van deze dagvaarding bevat, in het verlengde van onderdeel 5, het beroep op effectieve rechtsbescherming.

- 1.7. De indexatieschade ontstond vanaf het najaar 2008. Toen zette de zogenaamde risicovrije rente een daling in en dat had tot gevolg dat de pensioenverplichtingen van de Nederlandse pensioenfonds en te hoog gewaardeerd werden, waardoor de financiële ruimte om te indexeren verdween.
 - 1.8. In 2010 is dat in de Stichting van de Arbeid signaleerd, en toen is door de sociale partners overeengekomen dat zij voortaan die pensioenverplichtingen zouden waarderen op een manier die wél in overeenstemming was met IORP I, namelijk door rekening te houden *niet* met de risicovrije rente, maar met de rendementsverwachting. De regering heeft die overeenstemming tussen de sociale partners niet gewaarborgd, en is ook om die reden aansprakelijk voor de indexatieschade. Deze kwestie wordt behandeld in onderdeel 6 van deze dagvaarding.
 - 1.9. De financiële dimensie van de indexatieschade is aanzienlijk. Volgens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in zijn brief van 30 november 2020 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer gaat het over de periode begin 2008 tot en met ultimo 2019 (twaalf jaren) om ongeveer 34 miljard euro.³ De minister baseert zich bij dat bedrag op inschattingen van DNB (De Nederlandsche Bank (hierna: DNB)). Die inschattingen betreffen dus de pensioenuitkeringen, en niet de pensioenen in opbouw. Het werkelijke bedrag is daarom (veel) groter. Het is echter wel duidelijk dat het ook volgens DNB om een zeer groot bedrag gaat. Daarvan kan in ieder geval in dit geding worden uitgegaan.
 - 1.10. De eiser in deze procedure, mijnheer Bakker, heeft met ingang van 26 april 2004 een ouderdomspensioen van het ABP. Mijnheer Bakker heeft op de gronden die in deze dagvaarding worden aangevoerd, voor de indexatieschade die hij geleden heeft, een vordering op de Staat. De schade van mijnheer Bakker bestaat echter ook nog uit andere schadeposten. In onderdeel 8 van deze dagvaarding worden alle schadeposten behandeld. Als voorschot op de volledige schadevergoeding wordt in dat onderdeel 8 een bedrag van € 26.791 gecijferd. Dat bedrag bestaat uit de indexatieschade van € 26.200, te vermeerderen met een bedrag aan wettelijke rente van € 591.
2. **De feitelijke en juridische grondslagen in deze zaak – de onjuiste implementatie van IORP I**

rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het EVRM heeft in Nederland directe werking. Op het arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2020 wordt in onderdeel 5 van deze dagvaarding teruggekomen.

³ Eerste Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 32043, AI, p.26. De minister spreekt van: *“het cumulatieve verschil aan pensioenuitkeringen tussen indexatie op basis van prijsinflatie sinds 1 januari 2008 en werkelijk toegekende indexatie sinds 1 januari 2008”* Bij het ABP bedroeg de cumulatieve indexatieachterstand ultimo 2018: 15,82% en ultimo 2019: 19,11%.

- 2.1. IORP I is dwingend voor alle EU-lidstaten.⁴ Nederland heeft dat echter met ingang van 1 januari 2007, toen de Pensioenwet in werking trad, genegeerd, door af te wijken van IORP I. Dat heeft veel gepensioneerden in problemen gebracht. Mijnheer Bakker is één van de miljoenen slachtoffers daarvan.
- 2.2. Alle deelnemers aan, pensioengerechtigden en slapers van de Nederlandse pensioenfondsen hebben een vordering op de Staat tot het vergoeden van de indexatieschade die zij geleden hebben als gevolg van de verkeerde implementatie van IORP I door de lidstaat Nederland.
- 2.3. In het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 10 februari 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:944) is ook indexatieschade aan de orde. In rov 3.5 van dat vonnis is weergegeven dat de uitkomsten van het huidige rekenstelsel door de achterban van de eisende partijen als een groot onrecht worden ervaren. De Nederlandse pensioenfondsen houden ten onrechte buffers aan, waardoor de pensioenaanspraken en -rechten van de achterban van de eisers al jaren niet meer zijn geïndexeerd. Voor de achterban van de eisers betekent dat een verlies aan koopkracht van ongeveer 20%. Aldus de eisende partijen in die procedure.
- 2.4. Die zaak had betrekking op de onjuiste implementatie van Artikel 15 van IORP II. Die bepaling adresseert het 'Voorgeschreven eigen vermogen'. De onderhavige zaak heeft echter betrekking op Artikel 15 van IORP I, dat de 'Technische voorzieningen' adresseert. Dat zijn de financiële verplichtingen die voor pensioenfondsen uit hun pensioenovereenkomsten voortvloeien. Die post betreft dus het vreemd vermogen. De Technische voorzieningen vormen de waarde waarvoor de pensioenverplichtingen van een pensioenfonds op de balans zijn opgenomen, en zijn verreweg de grootste post op de passiefzijde van de balans van pensioenfondsen.⁵
- 2.5. De implementatie van Artikel 15 van IORP I in Nederland is, voor wat de berekening van de Technische voorzieningen betreft, aanvankelijk correct geschied. De letterlijke inhoud van die bepaling uit IORP I is van 8 februari 2006 tot en met 31 december 2006 in Nederland van kracht geweest. Bij de invoering van de Pensioenwet op 1 januari 2007 is het betreffende artikel 9a, lid 2, van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: de PSW) ingetrokken. In de Pensioenwet is echter op dit punt niet meer voorzien in een richtlijnconforme implementatie van IORP I, omdat er geen equivalent van art. 9a, lid 2, van de PSW in de Pensioenwet werd opgenomen⁶.
- 2.6. Bij het aantonen daarvan staan in deze dagvaarding twee begrippen centraal: de discontovoet, in Nederland rekenrente genoemd, en de dekkingsgraad. Die begrippen hangen samen, in die zin dat de discontovoet de dekkingsgraad mede bepaalt. De discontovoet is dwingend voorgeschreven in IORP I. Bij de berekening van de dekkingsgraad is vanaf 1 januari 2007, toen de Pensioenwet werd ingevoerd, in Nederland een rekenrente gebruikt, die in strijd was met IORP I. Dat gebeurde aanvankelijk, vanaf 1 januari 2007, zonder wettelijke grondslag en pas vanaf 1 januari 2015 op basis van een wettelijke grondslag.

⁴ Dat was in de bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 februari 2004 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 294, nr.4, Nr.4¹ herdruk²), in punt 9 op p.5 al met zoveel woorden tot uitgangspunt genomen. Hij schrijft dat de richtlijn pensioeninstellingen dwingend is.

⁵ Volgens de balans van het ABP in het Jaarverslag 2022 bedragen de pensioenverplichtingen € 400 miljard op een balanstotaal van € 500 miljard.

⁶ In feite moet art. 9a van de PSW worden teruggeplaatst in de Pensioenwet. Vanaf het moment van terugplaatsing is de Pensioenwet dan weer richtlijnconform. Die richtlijnconformiteit betreft dan IORP II, welke richtlijn op 13 januari 2019 in Nederland is geïmplementeerd. Artikel 15 van IORP I komt overeen met Artikel 13 van IORP II.

De discontovoet/rekenrente

- 2.7. De discontovoet is de rentevoet waarmee de pensioenverplichtingen van een pensioenfonds contant gemaakt worden. Die contantmaking levert de waarde op van de Technische voorzieningen. Die waarde is één van de twee factoren die in Nederland van belang zijn voor het antwoord op de vraag of de financiële positie van een pensioenfonds ruimte biedt voor indexatie van de pensioenen. De andere factor is de waarde van de bezittingen van het pensioenfonds.
- 2.8. In Nederland wordt voor de bepaling van die financiële ruimte voor indexatie de dekkingsgraad gehanteerd. Dat is de uitkomst (in procenten weergegeven) van een breuk. In de teller van die breuk is de waarde van de bezittingen van het pensioenfonds opgenomen. Die waarde is gelijk aan de marktwaarde van de bezittingen. Die bestaan bij de pensioenfondsen voor het grootste deel uit vastgoedbeleggingen, aandelen en vastrentende waarden, zoals door de overheid uitgegeven obligaties. In de noemer wordt de waarde van de Technische voorzieningen opgenomen.
- 2.9. Bij een lage discontovoet/rekenrente is de waarde van de Technische voorzieningen hoog en als gevolg daarvan kan de financiële ruimte voor een pensioenfonds om de pensioenen te indexeren, verdwijnen. De dekkingsgraad is dan te laag geworden.
- 2.10. In Artikel 15 van IORP I is geen vaste rentevoet voorgeschreven om de pensioenverplichtingen contant te maken. Er zijn echter wel dwingende beginselen voorgeschreven die bij de berekening van de Technische voorzieningen in acht genomen moeten worden.⁷ De kernstelling van deze dagvaarding is dat de Staat vanaf 1 januari 2007 deze beginselen geschonden heeft.
- 2.11. DNB heeft op grond van een algemene maatregel van bestuur, het Besluit financieel toetsingskader pensioenen⁸, die in artikel 126, lid 3, van de Pensioenwet voorzien was⁹, en ook op 1 januari 2007 in werking getreden is, de laagst denkbare rentevoet aangewezen, waarmee de pensioenfondsen hun verplichtingen contant dienden te maken. Dat is de zogenaamde risicovrije rente en dat is de laagste rente in de markt. Toen, vanaf het najaar 2008, deze risicovrije rente ging dalen, verdween bij de Nederlandse pensioenfondsen de financiële ruimte om de pensioenen te indexeren.
- 2.12. Het gevolg hiervan is geweest dat, in het Europese land waar de pensioenfondsen met afstand de rijkste pensioenfondsen zijn, de pensioenen jarenlang niet geïndexeerd zijn. Uit officiële cijfers over het jaar 2016 blijkt dat de Pensioenreserves in Nederland 184% van het BBP zijn. Op de tweede plaats, maar ver achter Nederland, staat het Verenigd Koninkrijk met 68%.¹⁰
- 2.13. IORP I bevat in Artikel 15 de regeling van de Technische voorzieningen¹¹. De essentie van die

⁷ Artikel 15 van IORP I heeft als titel: Technische voorzieningen. De genoemde beginselen zijn neergelegd in lid 4, aanhef en sub a) tot en met d). Sub b) is geregeld met welke factoren bij de bepaling van de discontovoet rekening gehouden moet worden.

⁸ Staatsblad 2006, 710.

⁹ Dit artikel 126, lid 3, van de Pensioenwet vormt samen met het Besluit financieel toetsingskader pensioenen de wettelijke regeling waarmee Artikel 15 van IORP I in de Pensioenwet geïmplementeerd is, nadat IORP I tot 1 januari 2007 in art. 9a van de PSW geïmplementeerd was.

¹⁰ Aanhangsel van de Handelingen van 11 oktober 2019, Vergaderjaar 2019-2020, Nummer 315, p.2.

¹¹ Ter vermijding van misverstand nogmaals: de zaak van randnummers 2.3 en 2.4 van deze dagvaarding betrof *niet* de Technische voorzieningen onder IORP I. Lutjens behandelt in Asser 7 – XI Pensioen, 31 de problematiek van de rekenrente. Hij maakt melding van de aankondiging op de website van de Stichting Pensioenbehoud, één van de eisers in de procedure ECLI:NL:RBDHA:2021:944 (zie randnummers 2.3 en 2.4 van deze dagvaarding), dat een rechtszaak tegen de Staat gestart zou worden, omdat de

regeling is dat de Technische voorzieningen elk jaar door de pensioenfondsen *zelf*¹² worden berekend en dat de discontovoet voor de contantmaking van de pensioenverplichtingen bepaald wordt door rekening te houden met het rendement van de activa van het pensioenfonds en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, of marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties. Die regeling is, ter implementatie van IORP I, op 8 februari 2006 opgenomen in art. 9a van de PSW. Daarmee had Nederland IORP I correct geïmplementeerd¹³.

2.14. Mijnheer Bakker brengt hierbij in het geding:

Productie 1: een print van het Publicatieblad van de Europese Unie 29.9.2003, L235/17 en L235/18, met Artikel 15, lid 4, van IORP I;

Productie 2: een print van art. 9a van de PSW, zoals die bepaling luidde van 8 februari 2006 tot en met 31 december 2006.

2.15. Er kan geen twijfel over bestaan dat de Europese pensioenrichtlijn IORP I op dit punt dus correct geïmplementeerd geweest is in art. 9a van de PSW. Op p.22 van de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel tot implementatie van IORP I wordt met zo veel woorden gesteld dat het nieuwe tweede lid van artikel 9a van de PSW vrijwel letterlijk de tekst bevat van artikel 15, vierde lid, van de richtlijn.¹⁴ Op p.11 van dat parlementaire stuk was er al op gewezen dat de belangrijkste bepalingen in de richtlijn ten aanzien van de technische voorzieningen "*gelet op de aard van deze bepalingen*" zo letterlijk mogelijk zijn overgenomen in het wetsvoorstel.

2.16. Verschillen met Artikel 15, vierde lid, van IORP I zijn dan ook niet genoemd.

2.17. Die implementatie van IORP I in Nederland is gebeurd bij Wet van 19 januari 2006, houdende

rentevoorschriften in de Pensioenwet in strijd zouden zijn met IORP II. Daarover gaat die zaak dus *niet*. Mogelijk was de bedoeling aanvankelijk anders, en heeft Lutjens zich daarop gebaseerd, maar de procedure in Den Haag betreft de stelling dat de pensioenen niet geïndexeerd worden, omdat het eigen vermogen van PMT te laag werd gehouden. Het Gerechtshof Den Haag heeft in hoger beroep in zijn arrest van 21 juni 2022 (ECLI:NL:GDHA:2022:1002) terecht geoordeeld dat een correct opgevoerd eigen vermogen niet zou betekenen dat het vrijgekomen geld zou moeten worden aangewend voor de indexatie van pensioenen (rov 6.10). Niettemin vermengt Lutjens Artikel 13 van IORP II, dat de Technische voorzieningen adresseert met Artikel 15 van IORP II, dat het Voorgeschreven eigen vermogen adresseert. Dat zijn echter in de opzet van IORP II (en trouwens ook IORP I) niet te vermengen regelingen, hetgeen Artikel 15 van IORP II ook met zoveel woorden tot uitdrukking brengt: de permanent bij wijze van buffer aan te houden aanvullende activa worden aangehouden *naast* de technische voorzieningen. De conclusie van Lutjens dat de rente keuze in Nederland geacht kan worden in lijn te zijn met de richtlijn is dan ook niet juist, en berust op een onjuist inzicht in de opzet van IORP II. De rechtbank in Den Haag heeft over de vraag of de rente keuze in Nederland in lijn is met IORP II in het geheel niet geoordeeld. Juist dat oordeel word met de onderhavige dagvaarding gevraagd maar dan met betrekking tot het equivalente artikel 15 van IORP I.

¹² De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft daarvoor de term *fondsspecifieke afweging* gemunt in Eerste Kamer, vergaderjaar 2020-2021 32 043, AI, p.24.

¹³ Hoewel een rekenrente op basis van het rendement van de activa onderdeel is van het dwingend voorgeschreven keuzescenario van IORP I, en dus niet ter discussie kan staan, kan wel nog gewezen worden op de mededeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 17 mei 2006 aan de Tweede Kamer bij de behandeling van het wetsontwerp voor de Pensioenwet, inhoudende dat in vrijwel alle tienjaarsperioden in de afgelopen eeuw het rendement op aandelen hoger was dan de risicovrije rente, (Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.17, p.10), waaraan de minister nota bene toevoegt dat voor de stelling dat het rendement op aandelen in het algemeen niet hoger zou liggen dan het rendement op risicoloze beleggingen, geen wetenschappelijke gronden bestaan.

¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 104, nr.3.

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 en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (Pb EG L 235/10). Die richtlijn is, zoals gezegd, IORP I. De implementatiewet is gepubliceerd in het Staatsblad 2006, 51 van 7 februari 2006 en van kracht geworden met ingang van 8 februari 2006.¹⁵

- 2.18. Bij de invoering van de Pensioenwet op 1 januari 2007 zijn de bepalingen over de Technische voorzieningen, ten opzichte van die bepalingen in de PSW, ingrijpend gewijzigd, waardoor er geen sprake meer was van een correcte implementatie van IORP I. De toelichting op dit punt van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van deze Pensioenwet bevat niettemin de geruststellende tekst dat de intentie niet gewijzigd wordt.¹⁶ De discontovoet is echter vanaf 1 januari 2007, in weerwil van deze geruststelling, in het geheel niet meer in overeenstemming met IORP I. In Nederland wordt namelijk, vanaf 1 januari 2007, niet meer gewerkt met de discontovoet op basis van de factoren waarmee volgens IORP I rekening gehouden moest worden, maar uitsluitend met de laagste marktrente: de risicovrije rente. Die wordt in Artikel 15, lid 4, aanhef en sub b) van IORP I, waarin de discontovoet voor het contantmaken geadresseerd is, *niet* genoemd, en kon daarom ook niet toegepast worden.
- 2.19. Er is niet alleen een geruststelling gegeven, maar zelfs een verzekering. Op p.9 van die Memorie van Toelichting schrijft de minister namelijk dat het wetsvoorstel in lijn is met IORP I. Dat is nu juist *niet* het geval. Het berekenen van de technische voorzieningen op basis van marktwaardering, die in art. 126, lid 2, van de Pensioenwet is terechtgekomen, en de uitwerking daarvan in de vorm van een actuele rentetermijnstructuur in art. 2, lid 2, van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen, gevolgd door de invulling daarvan door DNB met de risicovrije rente, zijn in strijd met IORP I. Zoals in randnummer 2.1 van deze dagvaarding is aangevoerd, wist het kabinet dat IORP I dwingend was.
- 2.20. Mijnheer Bakker wil overigens aan het eind van deze randnummers over de rekenrente nog wijzen op een minst genomen ernstig misleidende voorstelling van zaken door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Eerste Kamer omtrent de vaststelling van de rekenrente.
- 2.21. De leden van de fracties van 50PLUS en SP hadden (schriftelijk, op 30 september 2020) gevraagd om een tijdelijke verhoging van de rekenrente te overwegen. De minister verklaart dat niet te overwegen, waaraan hij toevoegt:¹⁷
- "Dat kan ik ook niet, omdat deze wordt vastgesteld door de Nederlandsche Bank, na advies van een onafhankelijke commissie."*
- 2.22. Aldus geeft de minister de situatie niet juist weer. Het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen¹⁸ verleent in **Artikel 2. Hoogte technische voorzieningen** de bevoegdheid aan DNB om de contante waarde van de verwachte uitgaande kasstromen die voortvloeien uit de tot de datum van vaststelling opgebouwde pensioenverplichtingen, vast te stellen op basis van een door DNB gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur. De Nota van Toelichting spreekt in dat verband niet over de rekenrente, noch in het algemeen deel, noch in het Artikelsgewijs commentaar. Met

¹⁵ Artikel VIII van de wet.

¹⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.3, p.253.

¹⁷ Eerste Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 32 043, AI, p.30.

¹⁸ Stb. 2006, 710.

betrekking tot de bevoegdheidsgrondslag in genoemd Artikel 2 houdt de toelichting slechts het volgende in:¹⁹

"Ten behoeve van de berekening van de technische voorzieningen voor een onvoorwaardelijke pensioentoezegging zal De Nederlandsche Bank (verder DNB) een rentetermijnstructuur publiceren, die gebaseerd is op de swapcurve in de markt voor Europese interbancaire swaps."

- 2.23. Er is dus niet voorzien in een onafhankelijke commissie voor de advisering omtrent de vaststelling van de rekenrente, welke omstandigheid de minister als barrière opwerpt om de rekenrente tijdelijk te verhogen. De zogenaamde Commissie Parameters heeft in 2014 en 2019 wel advies uitgebracht, niet aan DNB, maar aan de minister, een en ander conform het bepaalde in art. 144 van de Pensioenwet. Daarbij is speciaal gevraagd om een advies over de technische uitwerking van de grondslagen voor de waardering van pensioenverplichtingen met een lange termijn. Dit onderdeel van de rekenrente staat bekend als de Ultimate Forward Rate (UFR). Het uitgangspunt van de rekenrente, bestaande uit de risicovrije rente als discontovoet, is door DNB zelf ingevuld.²⁰ Die invulling is in strijd met IORP I, hetgeen onderwerp is van dit onderdeel 2 van deze dagvaarding.
- 2.24. In het kader van deze dagvaarding is van belang dat, anders dan de minister in de Eerste Kamer verklaard heeft, de Commissie Parameters wel adviseert, maar *niet* over de rekenrente als discontovoet voor de waardering van de pensioenverplichtingen. In randnummer 4.17 van deze dagvaarding wordt daarop teruggekomen.

De dekkingsgraad

- 2.25. Op 1 januari 2015 pas is in de Pensioenwet de definitie van de term 'dekkingsgraad' opgenomen en toen is ook het nieuwe artikel 133a in de Pensioenwet ingevoerd, waarin de beleidsdekkingsgraad is omschreven. De dekkingsgraad zelf is volgens de nieuwe definitie de verhouding tussen het vermogen inzake de bij een pensioenfonds ondergebrachte pensioenregeling of pensioenregelingen en de technische voorzieningen van dat pensioenfonds. De beleidsdekkingsgraad is de gemiddelde dekkingsgraad van de twaalf maanden voorafgaand aan het moment van vaststelling. Volgens artikel 137 van de Pensioenwet wordt de beleidsdekkingsgraad gehanteerd om te bepalen of de pensioenen geïndexeerd kunnen worden. Als de beleidsdekkingsgraad voldoende financiële ruimte oplevert, worden de pensioenen in Nederland geïndexeerd.
- 2.26. Hoewel de dekkingsgraad dus pas op 1 januari 2015 in de Pensioenwet is ingevoerd, hanteerden de Nederlandse pensioenfondsen de dekkingsgraad al in de praktijk voor het bepalen van de financiële ruimte met het oog op indexatie.²¹
- 2.27. Vanaf 1 januari 2007 was de praktijk in Nederland de toepassing van een verkeerde dekkingsgraad, namelijk een dekkingsgraad die berekend was met een verkeerde discontovoet voor de

¹⁹ Stb. 2006, 710, p.20.

²⁰ De invulling door DNB komt aan de orde in onderdeel 6 van deze dagvaarding.

²¹ Reeds in het Jaarverslag 2004 van het ABP (p.6) wordt de dekkingsgraad gedefinieerd: de mate waarin de toegezegde pensioenverplichtingen zijn gedekt door aanwezig vermogen. In de randnummers 5.7, 5.8 en 5.9 van deze dagvaarding wordt nader ingegaan op het gebruik van de dekkingsgraad vóór 1 januari 2015.

contantmaking van de pensioenverplichtingen.²² Dat was de Staat uiteraard bekend.²³

- 2.28. Die dekkingsgraad is tot 1 januari 2015 jarenlang gebruikt zonder dat daarvoor in Nederland een wettelijke grondslag was. Toen die grondslag er wel was, op 1 januari 2015, was deze wettelijke grondslag, bestaande uit de beleidsdekkingsgraad van artikel 133a van de Pensioenwet, ook rechtstreeks in strijd met IORP I, omdat de risicovrije rente die al vanaf 1 januari 2007 was ingevoerd, vanaf 1 januari 2015 op grond van de wet ook de noemer in de breuk van de dekkingsgraad bepaalde. Die wet was echter op dit punt in strijd met IORP I.
- 2.29. Met ingang van 1 januari 2015 is de beleidsdekkingsgraad ook opgenomen in het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen, in Artikel 12a.
- 2.30. Op p. 25 van de Memorie van Toelichting van het wetsontwerp van de Wet aanpassing financieel toetsingskader²⁴ is wel te vinden dat de regering voornemens is bij lagere regelgeving te bepalen dat een pensioenfonds pas tot indexatie mag overgaan als de beleidsdekkingsgraad 110% of meer bedraagt. Daaraan is toegevoegd dat feitelijk indexatie dus pas verleend mag worden bij dekkingsgraden van 110% of hoger.
- 2.31. De bedoelde lagere regelgeving is de Regeling Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Die regeling is van 19 december 2006 en in werking getreden op 1 januari 2007. Zij bevat de voorgenomen nadere regelgeving niet.
- 2.32. Kennelijk is het echter de bedoeling geweest om die wettelijke regeling met betrekking tot de beleidsdekkingsgraad, in afwijking van het voornemen van de regering, de vorm te geven van een algemene maatregel van bestuur. De basis daarvoor is gelegd in artikel 137, lid 2, aanhef en sub a, van de Pensioenwet, waarin vastgelegd is dat bij een beleidsdekkingsgraad onder een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen niveau geen toeslag verleend wordt, welke bepaling op 1 januari 2015 in werking gestreden is.
- 2.33. In onderdeel 5 van deze dagvaarding wordt ingegaan op de strijd met Artikel 17 van het Handvest.
- 2.34. Op dit moment speelt de laatste fase van de parlementaire behandeling van de nieuwe pensioenwet, de Wet toekomst pensioenen. Als die wet van kracht wordt, is er geen sprake meer van de rekenrente en de dekkingsgraad²⁵. De Wet toekomst pensioenen is een buitengewoon omslachtige oplossing van een probleem dat zijn oorsprong slechts vindt in een implementatie in Nederland, die in strijd is met IORP I.
- 3. De bedoeling van een pensioen volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van de Pensioenwet**
- 3.1. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in de Memorie van Toelichting van de

²² Die verkeerde praktijk was overigens, door DNB, al aangekondigd in een notitie van 10 maart 2005, toen DNB wereldkundig maakte dat zij een nominale rentetermijnstructuur op basis van de swapcurve zou construeren. Iedere reflectie op IORP I van 3 juni 2003 ontbreekt in die notitie. Die notitie is **Productie 5**. Daarop wordt in onderdeel 6 van deze dagvaarding ingegaan.

²³ Op p.31 van de Memorie van Toelichting bij de Wet aanpassing financieel toetsingskader schrijft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat de dekkingsgraad op zich geen nieuw fenomeen is en dat in de uitvoering al met de dekkingsgraad gewerkt werd (Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 33 972, nr.3).

²⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 33 972.nr 3

²⁵ Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, Vergaderjaar 2022 – 2023 36 067 H, p.95.

nieuwe Pensioenwet, die op 20 december 2005 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal werd aangeboden²⁶, glashelder duidelijk gemaakt hoe belangrijk indexatie van de pensioenen was. Dat gebeurt in één zinnetje van 21 woorden, dat helemaal verstoppt is in Hoofdstuk 3 over de Pensioenovereenkomst. Op p.36 van die Memorie van Toelichting doet de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid namelijk de belangrijke uitspraak, die het belang van de dekkingsgraad²⁷ onderstreept:

"Een pensioen waarbij op geen enkele wijze rekening is gehouden met geldontwaarding stelt na verloop van tijd niet veel meer voor."

- 3.2. Meteen daarna wordt op dit punt de primaire verantwoordelijkheid van de sociale partners vooropgesteld. Sociale partners zijn primair verantwoordelijk voor de inhoud van de pensioenovereenkomst, zo laat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid weten. Daarbij wordt er niet op gewezen dat het wetsvoorstel, waarin nog geen bepaling over de dekkingsgraad was opgenomen, in artikel 114, wél een regeling bevatte, die tot gevolg kon hebben dat er van toeslagen die rekening houden met de geldontwaarding geen sprake zou zijn. Dat risico is in dat stadium in het geheel niet onderkend.
- 3.3. Nergens is in die omvangrijke Memorie van Toelichting enig besef terug te vinden van de tijdbom die onder het hele (toen) nieuwe pensioenstelsel geplaatst zou worden door het voorgestelde artikel 114²⁸ van het wetsontwerp en de daarop steunende algemene maatregel van bestuur, die tot oplegging van de risicovrije rente door DNB zouden leiden. Juist die maatregel zou tot effect hebben dat de Nederlandse pensioenen na verloop van tijd niet veel meer zouden voorstellen. De minister heeft, in plaats van dit risico te signaleren, de geruststelling afgegeven dat de intentie in vergelijking met de PSW niet zou wijzigen.²⁹

4. De nadere regels nader beschouwd – Artikel 15, lid 5, van IORP I

- 4.1. De dekkingsgraad als wettelijk instrument is dus pas op 1 januari 2015 in Nederland ingevoerd, maar werd voor die tijd al gehanteerd.³⁰ Die dekkingsgraad is niet voorzien in IORP I. Ook omtrent indexatie bevat IORP I geen regeling. Dat roept de vraag op of IORP I een regeling bevat die de invoering van de dekkingsgraad in Nederland vereiste of mogelijk maakte. Dit onderdeel van de dagvaarding geeft een antwoord op die potentiële vraag.
- 4.2. IORP I adresseert in Artikel 15 de Technische voorzieningen en in Artikel 17 het Voorgeschreven eigen vermogen. In Artikel 15, lid 5 is aan de lidstaat van herkomst³¹ de bevoegdheid verleend om "aanvullende en meer uitvoerige voorwaarden" op te leggen. Een dergelijke bevoegdheid ontbreekt in Artikel 17.
- 4.3. Niettemin bevat, na de implementatie, art.9a, lid 4, van de PSW de bepaling dat bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld worden over de berekening van het minimum bedrag van het eigen vermogen. Dat was dus niet mogelijk volgens IORP I. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van IORP I³² is hierover geen relevante tekst te vinden. Artikel 17, lid

²⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.3.

²⁷ Zonder dat begrip overigens te noemen.

²⁸ In de definitieve wet is dit artikel 126 geworden.

²⁹ Zie ook randnummer 2.18 van deze dagvaarding.

³⁰ Zie randnummers 2.24 en 2.25 van deze dagvaarding.

³¹ Dat onderstreept het intracommunautaire karakter van de richtlijn.

³² Tweede Kamer, Vergaderjaar 2004-2005, 30 104, nr.3.

3, van IORP I, dat mogelijk uitgelegd zou kunnen worden als de basis voor de algemene maatregel van bestuur is blijkens de Transponeringstabel op p.18 van de (Authentieke versie (PDF)) van de Memorie van Toelichting *niet* geïmplementeerd.

- 4.4. Die algemene maatregel van bestuur is het Besluit minimum bedrag eigen vermogen pensioenfondsen.³³ De Nota van Toelichting daarbij vermeldt op p.6 dat het voorschrift uit Artikel 17, lid 2, van IORP I geïmplementeerd is in art.9a, derde en vierde lid van de PSW. Het derde lid bevat enige directe voorschriften met betrekking tot het eigen vermogen *naast* de technische voorzieningen, terwijl het vierde lid de basis vormt voor het Besluit minimum bedrag eigen vermogen pensioenfondsen.
- 4.5. De conclusie moet zijn dat dit Besluit in strijd is met IORP I. Het Besluit is slechts van 8 februari tot en met 31 januari 2006 geldend geweest en heeft bovendien geen consequenties voor de bepaling van de discontovoet waarmee pensioenverplichtingen contant gemaakt (moeten) worden. Daarom laat mijnheer Bakker dit verder rusten.
- 4.6. Dat ligt echter anders met betrekking tot het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.³⁴ Artikel 15, lid 5, van IORP I zou hiervoor de basis hebben kunnen zijn. Dat lid is blijkens eerder in randnummer 4.3 van deze dagvaarding vermelde Transponeringstabel echter ook niet geïmplementeerd.
- 4.7. Wat daarvan ook zij, in art. 126, lid 3, van de Pensioenwet is voorzien in een algemene maatregel van bestuur waarmee regels worden gesteld over de wijze van berekening van het minimum bedrag van de technische voorzieningen. Die algemene maatregel van bestuur is het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen van 18 december 2006³⁵, en dat is de basis voor de risicovrije rente. Die is in strijd met IORP I, zoals in onderdeel 2 van deze dagvaarding is aangetoond, en, via de dekkingsgraad, de oorzaak van de indexatieschade vanaf het najaar 2008.
- 4.8. Artikel 126 van de Pensioenwet was artikel 114 in het ontwerp van die wet. Het derde lid van dat artikel 114 is toegelicht op p.254 van de Memorie van Toelichting.³⁶ Gesteld wordt dat gebruik gemaakt is van de in Artikel 15, vijfde lid, van IORP I gegeven bevoegdheid aan de lidstaten om de berekeningswijze van de technische voorzieningen nader uit te werken.³⁷ Daarbij wordt aangeknoopt bij een lezing van dat Artikel 15, vijfde lid, van IORP I, die inhoudt dat het opleggen van aanvullende voorwaarden kan geschieden met het oog op de voldoende bescherming van de belangen van deelnemers en pensioengerechtigden.
- 4.9. In de tekst van artikel 114 van het wetsvoorstel van de Pensioenwet³⁸ staat dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur "*nadere regels*" worden gesteld over de wijze van berekening van het minimum bedrag van de technische voorzieningen. Dat blijft binnen de grenzen van Artikel 15, vijfde lid, van IORP I. Bij de Tweede nota van Wijziging van 19 mei 2006³⁹ is echter toegelicht dat het woord <<nadere>> vervallen is. De redengeving is dat alle regels met betrekking tot het

³³ Staatsblad 2006, 52.

³⁴ Staatsblad 2006, 710.

³⁵ Staatsblad 2006, 710.

³⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.3.

³⁷ Dat kan mogelijk in de loop van dit geding nog van belang zijn. De Staat heeft hiermee namelijk ingevuld wat voor de Staat de betekenis is van Artikel 15, vijfde lid, van IORP I. Mijnheer Bakker zal de Staat daaraan houden.

³⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.2, p.38.

³⁹ Kamerstuk 30 413, nr.18, p.19 sub AY (Artikel 114).

onderwerp in de algemene maatregel van bestuur worden opgenomen.

- 4.10. Daarmee werd aangekondigd dat Nederland zou gaan afwijken van Artikel 15, vijfde lid, van IORP I. Dat was niet toegestaan, maar is wel gebeurd. In het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen⁴⁰ is namelijk in **Artikel 2 Hoogte technische voorzieningen** in lid 2 bepaald:

“De contante waarde wordt bepaald op basis van een door de Nederlandsche Bank gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur.”

- 4.11. Op p.20 van de Nota van Toelichting bij het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen⁴¹ wordt toegelicht dat DNB

“een rentetermijnstructuur zal publiceren, die gebaseerd is op de swapcurve in de markt voor Europese interbancaire swaps.”

- 4.12. Daarmee werd het fundament gelegd voor de risicovrije rente. Die was toen al in strijd met de regeling in Artikel 15, lid 4, aanhef, en sub a en b van IORP I, en dus ook met de correcte implementatie daarvan in art. 9a, lid 2, aanhef, en sub a en b van de PSW. In beide (nagenoeg) gelijklopende bepalingen is namelijk in het geheel geen rentetermijnstructuur voorzien voor de discontovoet om de pensioenverplichtingen contant te maken. Er is een genuanceerd scenario voor de discontovoet opgenomen, waarin rekening gehouden diende te worden met: het rendement van de overeenkomstige activa die door het pensioenfonds worden beheerd en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, en/of⁴² marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties.

- 4.13. Op dat moment heeft kennelijk niemand zich gerealiseerd dat met de afwijkende discontovoet het risico in het leven geroepen werd dat de indexatie gevaar liep.

- 4.14. Vanaf 1 januari 2007 zou zich de volgende, niet voorziene, keten van gebeurtenissen kunnen voordoen:

daling van de risicovrije rente – daling van de discontovoet/rekenrente – stijging van de waarde van de pensioenverplichtingen – daling van de dekkingsgraad – geen indexatie.

Vanaf het najaar 2008 zou dit de werkelijkheid worden. De beleggingen van het ABP zijn in die periode toegenomen van € 200 miljard per 31 december 2008 tot € 600 miljard per 31 december 2021.

- 4.15. Tot slot wijst mijnheer Bakker er nog op dat de toepassing van de risicovrije rente voor de contantmaking van de pensioenverplichtingen (i) een anomalie is naast de wijze waarop de pensioenpremies worden vastgesteld, en (ii) ervan uitgaat dat de pensioenfondsen nooit enig rendement maken dat hoger is dan de risicovrije rente, terwijl het beleggingsbeleid juist op het maken van een zo hoog mogelijk rendement gericht is.
- 4.16. In artikel 144, lid 3, van de Pensioenwet is de instelling geregeld van een commissie die een oordeel moet geven over parameters die het FTK⁴³ gebruikt voor het inrekenen van portefeuillerendement op het belegd vermogen van pensioenfondsen en voor de inflatieontwikkeling. Dat oordeel wordt in de vorm van het Advies Commissie Parameters iedere vijf jaar uitgebracht. Het voorlaatste advies in deze reeks is het Advies Commissie Parameters van 6 juni 2019, van welke Commissie oud

⁴⁰ Staatsblad 2006, 710.

⁴¹ Staatsblad 2006, 710.

⁴² In de omschrijving van datzelfde scenario in art. 9a van de PSW is dit het voegwoord 'of' geworden.

⁴³ Zie voetnoot 52.

Minister van Financiën Jeroen Dijsselbloem de voorzitter was. Op p.5 van dat advies zijn de minimum verwachtingswaarden voor beleggingscategorieën uitgerekend. Dat zijn: Beursgenoteerde aandelen: 5,6%, Overige zakelijke waarden: 5,6%, Niet-beursgenoteerd vastgoed: 4,1% en Grondstoffen 3,3%.

- 4.17. Die parameters worden onder andere gebruikt voor het dempen van de premie. Uitgangspunt is een kostendekkende premie, op basis van de actuele marktrente, maar die uitkomst mag gedempt worden op basis van toekomstig verwacht beleggingsrendement. De Adviescommissie 2019 geeft op p.10 van het Advies aan dat zij adviseert over de toekomstige verwachte rendementsontwikkeling aan de activazijde van de balans en wijst er uitdrukkelijk op dat dit niet verward mag worden met de rekenrente die de actuele waarde van de bestaande nominale pensioenverplichtingen aan de passivazijde van de balans bepaalt. Dit verschil mag met recht een anomalie genoemd worden. De inkomsten van de pensioenfondsen, bestaande uit de pensioenpremies, worden verlaagd, omdat er verwachte rendementen zijn, die verwachte rendementen mogen echter niet gebruikt worden om de financiële ruimte te berekenen voor indexatie.
- 4.18. Het beleggingsbeleid van pensioenfondsen is geadresseerd in art. 135 van de Pensioenwet. Volgens Hoekert, in: *T&C Pensioenrecht*, art.135 Pensioenwet, aant.1 sub c *EU-verplichting* is de inhoud van dat artikel gebaseerd op IORP I. In **Artikel 13. Eisen ten aanzien van beleggingen** van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen zijn de bepalingen van Art.18 Beleggingsvoorschriften van IORP I gewoon overgenomen. Het rendement van de portefeuille als geheel moet dus geacht worden te zijn gewaarborgd en de beleggingen ter dekking van de technische voorzieningen moeten dus geacht worden te stroken met de aard en de duur van de verwachte toekomstige pensioenuitkeringen.

5. **Nog een juridische grondslag: schending van het Europese Handvest**

- 5.1. Het Europese Hof van Justitie heeft op 24 september 2020 een uitspraak gedaan⁴⁴, die inhoudt dat (i) pensioenaanspraken en (ii) indexatierechten eigendomsrechten zijn met een vermogenswaarde, die bescherming onder artikel 17, lid 1 van het Handvest genieten. Volgens het Europese Hof in dat arrest van 24 september 2020 is indexatierecht als eigendomsrecht beschermd onder artikel 17, lid 1, van het Handvest. Dit is uiteraard van groot belang in het kader van deze dagvaarding. Vandaar dat hierbij uitvoerig wordt stilgestaan. Het besef dat indexatie als eigendomsrecht beschermd wordt door artikel 17, lid 1, van het Handvest was op 20 december 2005, toen het wetsvoorstel voor de nieuwe Pensioenwet samen met de Memorie van Toelichting werd ingediend, klaarblijkelijk niet doorgedrongen tot de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- 5.2. Het Hof heeft in het arrest van 24 september 2020 weliswaar geoordeeld dat de Oostenrijkse regeling die tot gevolg had dat de rechthebbenden op pensioen verstoken blijven van het recht op een contractueel bedongen indexering van pensioen, niet in strijd is met artikel 17 van het Handvest, maar het Hof heeft daarbij als Toepasselijke bepalingen van Unierecht *niet* IORP I betrokken. Aan het arrest komt op dat punt dus geen betekenis toe. Het Hof erkent wel principieel het indexatierecht als een eigendomsrecht en de betekenis van die erkenning is beslissend voor de indexatieschade.
- 5.3. Volgens het Europese Hof zijn dus pensioenaanspraken *en* indexatie van pensioenaanspraken eigendomsrechten, die binnen het beschermingsbereik van art. 17 van het Handvest vallen. De Nederlandse wetgever spreekt niet over indexatie, maar gebruikt het begrip 'toeslag'. Dat is, voor

⁴⁴ ECLI:EU:C:2020:753.

zover hier van belang, gedefinieerd als: een verhoging van een pensioenrecht. Anders dan het Hof, dat pensioenaanspraken en indexatie naast elkaar eigendomsrechten noemt, is indexatie/toeslag in Nederland een element van het pensioenrecht zelf. Daarom valt de toeslag direct onder het eigendomsrecht van art. 17 van het Handvest.

- 5.4. De wetgever heeft namelijk in de Memorie van Toelichting bij de destijds nieuwe Pensioenwet⁴⁵ duidelijk gemaakt dat indexatie, en zelfs voorwaardelijke indexatie, onderdeel uitmaakt van het pensioen, met de volgende tekst:

Toeslag is pensioen

Het begrip toeslag wordt gedefinieerd als: een verhoging van het recht op een ingegane pensioenuitkering, een verhoging van het recht op een nog niet ingegane pensioenuitkering van gewezen deelnemers (voorzover niet het gevolg van beleggingsrendement bij premieovereenkomsten of rente- of winstdeling bij kapitaalovereenkomsten), of een verhoging van aanspraken van actieve deelnemers met een uitkeringsovereenkomst (met uitzondering van de deelnemer in een eindloonregeling). Elke afspraak in de pensioenovereenkomst over een toeslag, al dan niet voorwaardelijk overeengekomen, valt daarmee onder het begrip pensioen.

- 5.5. De rechtsverhouding tussen het ABP en mijnheer Bakker is geregeld in een uitvoerig document met de titel Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds ABP. Hoofdstuk 14 Voorwaardelijke indexatie adresseert het beleid van het ABP dat de ambitie omvat om de pensioenen bestendig en volledig te indexeren.
- 5.6. Mijnheer Bakker brengt hierbij in het geding:
- Productie 3:** p.49 en 50 van het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds ABP (versie datum 01-01-2008)
- 5.7. In **Artikel 137 Voorwaardelijke toeslagverlening** van de Pensioenwet is volgens Hoekert, in *T&C Pensioenrecht*, art. 137, aant. 2, voorwaardelijke toeslagverlening niet toegestaan bij beleidsdekkingsgraden lager dan 110%. Daarmee wordt bedoeld dat indexatie alleen onder die voorwaarde is toegestaan. Deze voorwaarde is pas op 1 januari 2015 in de Pensioenwet ingevoerd. Dat betekent dus dat in deze beperking van de indexatie pas met ingang van 1 januari 2015 in de wet voorzien is. Aan aansprakelijkheid van de Staat wegens de schending van Artikel 17 van het Handvest tot 1 januari 2015 valt daarom niet te ontkomen. Die schending bestaat uit het niet indexeren van de Nederlandse pensioenen vanaf het najaar 2008, zonder dat daar een wettelijke grondslag voor was.
- 5.8. De Staat erkent ook dat er vóór 1 januari 2015 geen wettelijke grondslag was voor het niet verlenen van indexatie op basis van een wettelijke regel omtrent de dekkingsgraad. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot het aanpassen van het financieel toetsingskader wijst de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid er namelijk op dat de dekkingsgraad op zich geen nieuw fenomeen is, en zij sluit die tekst als volgt af:

"In de uitvoering wordt nu al met de dekkingsgraad gewerkt. Omdat in dit wetsvoorstel wordt voorgesteld in het financieel toetsingskader een beleidsdekkingsgraad te hanteren wordt het

⁴⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.3, p.17.

*begrip nu wel gedefinieerd.*⁴⁶

- 5.9. Dat betekent dus dat er tot 1 januari 2015 geen wettelijke grondslag was voor de aantasting van het eigendomsrecht op indexatie. Die aantasting is daarom alleen al in strijd met Artikel 17 van het Handvest.
- 5.10. Vanaf 1 januari 2015 wordt de onjuiste implementatie van IORP I gewoon gecontinueerd. Dat blijft dus de grondslag van de aansprakelijkheid van de Staat in deze dagvaarding. Daar komt echter vanaf 1 januari 2015 een tweede grondslag bij, die gericht is tegen de wettelijke regeling met betrekking tot de dekkingsgraad en de beleidsdekkingsgraad die toen werd ingevoerd. Het eigendomsrecht ter zake van de indexatie wordt hierdoor aangetast, omdat de ingevoerde beperking niet aan de in het Handvest gestelde eisen voldoet. Aan een dergelijke beperking van de indexatie als eigendomsrecht wordt namelijk de eis gesteld dat deze inbreuk het algemeen belang dient en proportioneel is.
- 5.11. Over die proportionaliteit is in de Memorie van Toelichting⁴⁷ niets aangevoerd. Er kan dus niet vastgesteld worden dat de Staat op dit punt een afweging heeft verricht en van een argumentatie heeft blijk gegeven, laat staan een overtuigende argumentatie. De conclusie dat er geen sprake is van proportionaliteit is daarom onafwendbaar.
- 5.12. Dat het onteigenen van de indexatie in het algemeen belang is, is ook niet aangevoerd bij de invoering op 1 januari 2015 van de dekkingsgraad in de Pensioenwet, in weerwil van het feit dat de Nederlandse burgers massaal door die onteigening getroffen zouden worden. De benadeling als gevolg daarvan was ten tijde van het wetgevingsproces dat tot de wettelijke inbreuk van 1 januari 2015 zou leiden, al gaande. De vraag naar het algemeen belang daarbij is echter niet eens opgekomen.
- 5.13. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang, zo luidt het eerste deel van de tweede volzin van de tekst van Artikel 17, lid 1, van het Handvest. Het Nederlandse algemeen belang is vanzelfsprekend *niet* gediend met een onjuiste implementatie van een Europese richtlijn. Aangezien IORP I in Nederland verkeerd geïmplementeerd is, kan de Staat dus geen beroep doen op het algemeen belang. Dit staat los van het feit dat er tot 1 januari 2015 geen sprake was van een wettelijke basis voor de aantasting van het eigendomsrecht.
- 5.14. Dat beroep op het algemeen belang kan de Staat voorts ook niet doen, omdat de Nederlandse dekkingsgraad leidt tot leeftijdsdiscriminatie, en dat wordt verboden door art. 21 van het Handvest. De veel te lage rekenrente heeft namelijk overdracht tot gevolg van vermogen van pensioengerechtigden naar deelnemers (*“van oud naar jong”*). Het rendement wordt niet gebruikt om de pensioenen (in opbouw en in uitbetaling) te indexeren, maar blijft binnen het vermogen van de pensioenfondsen ten gunste van de jongeren opgesloten.
- 5.15. Aan het slot van de tweede volzin van de tekst van art. 17, lid 1, van het Handvest is de voorwaarde geformuleerd dat onteigening slechts geoorloofd is als *“het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed”*. Dat betekent dat de Staat de onteigende indexatie uit de algemene middelen moet vergoeden. Dat is een zelfstandige aanspraak van iedereen die onteigend is door de hantering van

⁴⁶ Tweede Kamer, Vergaderjaar 2013-2014, 33 972, nr.3, p.45.

⁴⁷ Tweede Kamer, Vergaderjaar 2013-2014, 33 972, nr.3.

de verkeerde dekkingsgraad. Het te vergoeden verlies is gelijk te stellen aan de indexatieschade.⁴⁸

6. De consensus in 2010 binnen de Stichting van de Arbeid over de discontovoet

- 6.1. De memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot het aanpassen van het financieel toetsingskader van 26 juni 2014⁴⁹ maakt op p.7 melding van het feit dat in het Uitwerkingsmemorandum van de Stichting van de Arbeid van 9 juni 2011 de discontering van de toezeggingen gebaseerd werd *"op het verwacht rendement, in plaats van op de risicovrije rente zoals in het huidige financieel toetsingskader."*
- 6.2. Mijnheer Bakker brengt hierbij in het geding:
- Productie 4:** het Uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord van 4 juni 2010.⁵⁰
- 6.3. De Stichting van de Arbeid heeft op 4 juni 2010 een nieuw pensioenakkoord bereikt en dat samen met de SER Klankbordgroep Uitwerking Pensioenakkoord uitgewerkt. Het Uitwerkingsmemorandum (**Productie 4**) is daarvan het resultaat. §1.1 *Algemeen* zet het grote belang hiervan uiteen.
- 6.4. In §1.2 *Uitwerking Pensioenakkoord inzake tweede pijler arbeidspensioenen* worden de noodzakelijke aanpassingen uiteengezet. Op p.11 wordt gesteld dat het (toen) huidige contract een ambitie heeft om pensioen(rechten) te indexeren, maar daaraan wordt toegevoegd dat dit veelal afhankelijk is van behaalde rendementen. Op p.12 wordt als één van de vier hoofdpunten van de contractshervorming genoemd dat *"niet meer hoeft te worden uitgegaan van een risicovrije discontovoet, maar dat maximaal het verwachte portefeuillerendement als discontovoet gebruikt kan worden."*
- 6.5. Er wordt daarbij niet verwezen naar Artikel 15 van IORP I, maar het is wel heel duidelijk: geen risicovrije rente meer, maar de rendementsverwachting. Dat was wat de Stichting van de Arbeid wilde.
- 6.6. In punt 5, vijfde bulletpoint, op p.20 van het Uitwerkingsmemorandum (**Productie 4**) wordt erop gewezen dat gewaarborgd moet worden dat
- "wordt afgestapt van de risicovrije rentevoet als discontomaatstaf voor het disconteren van toekomstige rechten",*
- waaraan wordt toegevoegd:
- "Daarvoor in de plaats kan als discontovoet maximaal worden uitgegaan van het verwachte portefeuillerendement door prudent om te gaan met de geldende rendementsparameters"*
- 6.7. Toen in het voorjaar van 2010 een nieuw pensioenakkoord bereikt werd in de Stichting van de Arbeid, had de wereld al een scherpe daling van de risicovrije rente meegemaakt, als gevolg

⁴⁸ De verklaring voor recht sub 5) van het in dit onderdeel 5 van deze dagvaarding genoemde arrest van het Europese Hof van Justitie van 24 september 2020 (ECLI:EU:C:2020:753) betekent dat de onderhavige rechtsvordering tot vergoeding van de indexatieschade mogelijk is.

⁴⁹ Tweede Kamer, Vergaderjaar 2013-2014, 33 972, nr.3.

⁵⁰ De titel van het memorandum dat de naam en het logo van de Stichting van de Arbeid bevat, is: Uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord van 4 juni 2010, maar er is ook als datum 9 juni 2011 op het memorandum geplaatst. Die datum heeft mogelijk te maken met een overleg dat op 10 juni 2011 met het kabinet zou plaatsvinden. Het memorandum heeft overigens pagina's die genummerd zijn van 7 tot en met 28. De oorzaak daarvan is dat het memorandum onderdeel uitmaakt van een meer omvangrijk document van Juni 2011, publicatienr. 1/11.

waarvan onrust was ontstaan bij de pensioenfondsen. Misschien is dat de achtergrond van de overeenkomst in de Stichting van de Arbeid om van de risicovrije rente over te stappen op het verwacht rendement. Dat zou macro-economisch prudent zijn geweest en bovendien in overeenstemming geweest zijn met IORP I. Het heeft niet zo mogen zijn, want de afspraak tussen de sociale partners om over te stappen op het verwachte portefeuillerendement als discontovoet is door de Staat niet uitgevoerd.

6.8. De Staat heeft al die tijd de volksvertegenwoordiging steeds voorgehouden dat de pensioenen tot de verantwoordelijkheid van de sociale partners behoorden. Dat is ook gebeurd toen de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de verantwoordelijkheid van de sociale partners voor de indexering benadrukte, zoals in randnummer 3.2 van deze dagvaarding is aangevoerd.

6.9. De Memorie van Toelichting van 20 december 2005 bij het wetsontwerp voor de nieuwe Pensioenwet had dit nog een keer als volgt verwoord:

“De rol van de overheid bij de pensioenen ligt in het waarborgen van de afspraken die sociale partners maken.”⁵¹

6.10. Er was dus een afspraak binnen de Stichting van de Arbeid om over te stappen van de risicovrije rente naar de rendementsverwachting. Het kabinet heeft nergens duidelijk gemaakt dat deze afspraak niet gewaarborgd zou worden, laat staan dat daarvoor een rechtvaardiging is aangevoerd.

6.11. Er is daarom op dit punt onmiskenbaar sprake van een verbintenis van de Staat jegens een groot deel van zijn burgers, met de concrete inhoud om aan de pensioenfondsen voor te schrijven dat zij de pensioenverplichtingen met de rendementsverwachting contant dienden te maken. Die verbintenis is in ieder geval ontstaan op 9 juni 2011. De Staat is in gebreke gebleven die verbintenis na te komen en is daarvoor ook op die grond aansprakelijk voor de indexatieschade. Nakoming zou overigens betekend hebben dat ook IORP I op dit punt alsnog richtlijnconform geïmplementeerd zou zijn.

6.12. De rol van DNB moet hierbij bepalend geweest zijn. Het ziet ernaar uit dat DNB in 2005, geheel buiten het toen voorzienbare traject tot implementatie van IORP I om, de basis heeft gelegd voor de inbreuk op de indexatierechten van de deelnemers aan en de pensioengerechtigden van de Nederlandse pensioenfondsen. Daarbij mag niet uit het oog verloren worden dat het wetsontwerp tot richtlijnconforme implementatie van IORP I op 18 mei 2005 al gepubliceerd was. In de Memorie van Toelichting⁵² blijkt niet dat DNB bij die implementatie geconsulteerd is. Ook wordt daarin niet gereflecteerd op de op dat moment gepubliceerde notitie van 10 maart 2005 van DNB, waarin DNB bekend maakt dat DNB “de nominale rentetermijnstructuur voor het FTK wil construeren op basis van de swapcurve”. Die notitie was in ieder geval bekend ten tijde van het indienen van het ontwerp voor de nieuwe Pensioenwet op 20 december 2005, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting van het ontwerp van de nieuwe Pensioenwet.⁵³

6.13. Mijnheer Bakker brengt hierbij in het geding:

Productie 5: de notitie Vaststelling van de methodiek voor de rentetermijnstructuur van 10 maart 2005.

6.14. Deze notitie (die ook reeds genoemd is in voetnoot 23) is, zo blijkt uit de eerste alinea op p. 1, de

⁵¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.3, p.2.

⁵² Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 104, nr.3.

⁵³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr.3, p.254, slot van de tekst over het Derde lid.

bekendmaking door DNB dat DNB de nominale rentetermijnstructuur voor het FTK⁵⁴ wil construeren op basis van de swapcurve. De notitie is vanaf 1 januari 2007 gebruikt, tot en met vandaag, om de discontovoet uit te rekenen voor de contantmaking van de pensioenverplichtingen van de Nederlandse pensioenfondsen. Volgens DNB, op p.1 van de notitie (**Productie 5**), diende die rentetermijnstructuur echter gebruikt te worden door pensioenfondsen *“die opteren voor financiële toetsing door DNB op basis van de beleidsregel Hoofddijnennota zoals gepubliceerd op 21 oktober 2004.”* Ook die inleidende tekst is door DNB op 23 december 2022 nog gepubliceerd op de website, met de mededeling dat de eerder gepubliceerde methodiek voor de afleiding van de rentetermijnstructuur uit swaprentes van kracht is.

- 6.15. Van 8 februari 2006 tot en met 31 december 2006 kon die rentetermijnstructuur echter niet gebruikt worden, omdat toen Artikel 15 van IORP I correct geïmplementeerd was in art. 9a van de PSW. Die rentetermijnstructuur kon ook vanaf 1 januari 2007 niet gebruikt worden, omdat Artikel 15 van IORP I toen niet correct geïmplementeerd was in de Nederlandse wet- en regelgeving, terwijl de notificatie aan de Europese Commissie dat de implementatie richtlijnconform geschied was, gehandhaafd werd.⁵⁵
- 6.16. De regeling van de discontovoet in Artikel 15, lid 4, van IORP I is een opdracht aan de lidstaten om de pensioenfondsen een scenario op te leggen, dat ieder jaar⁵⁶ moet worden toegepast. Een van de twee componenten in dat scenario is het rendement van de overeenkomstige activa die door het pensioenfonds worden beheerd en de toekomstige beleggingsopbrengsten. Dat maakt duidelijk dat de risicovrije rente uit de notitie van DNB, die generiek voor alle pensioenfondsen geldt, niet is toegestaan. Die rentetermijnstructuur is ook iets anders dan de tweede component die bestaat uit marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties.
- 6.17. Dat de rente op Nederlandse staatsobligaties (dat zijn zonder enige twijfel kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties) niet de basis is voor het vaststellen van de rentetermijnstructuur (RTS) wordt erkend door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in zijn antwoord op vragen van leden van de Eerste Kamer op 9 september 2019⁵⁷, met de volgende woorden:
- “De rente op een Nederlandse staatsobligatie vormt dus niet de basis voor het vaststellen van de RTS, die wordt gebruikt om de dekkingsgraad te berekenen.”*
- 6.18. De minister zal zich niet gerealiseerd hebben, dat hij hiermee erkent dat de risicovrije rente in strijd is met Artikel 15, lid 4 van IORP I. De rente op Nederlandse staatsobligaties is wel een risicovrije rente, en zou dus net zo goed als de RTS van DNB als de discontovoet gehanteerd kunnen worden. De formulering van Artikel 15, lid 4, van IORP I staat daaraan echter met zoveel woorden in de weg.

⁵⁴ Met het FTK verwijst DNB naar het Financieel ToetsingsKader pensioenfondsen. Die naam is gebruikt voor de algemene maatregel van bestuur op grond van art. 126, lid 3, van de Pensioenwet. Die heet Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en is van 18 december 2006. In de notitie van DNB van 10 maart 2005 wordt met FTK een drietal nota's bedoeld. Zie daarvoor Hoekert, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 126 Pensioenwet, aant. 1 sub FTK

⁵⁵ Daarop wordt in onderdeel 9 van deze dagvaarding ingegaan.

⁵⁶ Volgens Artikel 15, lid 3 van IORP I worden de technische voorzieningen elk jaar berekend, maar kunnen de lidstaten toestaan dat deze berekening, onder voorwaarden, om de drie jaar wordt uitgevoerd. Nederland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Op p.22 van de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel tot implementatie van IORP I (Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 104, nr.3) wordt toegelicht dat in het wetsvoorstel wordt aangesloten bij de bestaande praktijk dat berekeningen jaarlijks plaats moeten vinden.

⁵⁷ Eerste Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 32 043, S, p.5.

De markttrendementen van de Nederlandse staatsobligaties hadden wel gebruikt mogen worden.⁵⁸

7. Effectieve rechtsbescherming

7.1. Geheel los van de rolverdeling tussen de Staat en DNB heeft het Europese Hof in het arrest van 24 september 2020⁵⁹ bevestigd dat artikel 52, lid 1 van het Handvest van toepassing is. Mijnheer Bakker heeft dus tegenover de Staat aanspraak op effectieve rechtsbescherming.

7.2. De nationale rechters moeten, in het kader van deze effectieve rechtsbescherming, de burgers van de lidstaten, in gevallen van schending van het EU-recht, snelle en effectieve hulp bieden.⁶⁰ Dat is door de Europese Commissie zeer recent, namelijk op 13 oktober 2022, nog een keer op p.7 van een Communication met de titel *“Enforcing EU law for a Europe that delivers”*, bevestigd.

7.3. De onderhavige rechtsoverweging in kort geding is bij uitstek geschikt om ook aan deze Communication gevolg te geven, in het bijzonder de volgende vaststelling door de Europese Commissie op p.7 van de Communication:

“National courts are EU courts when applying EU law and they have a particularly important role in the enforcement chain EU citizens must be granted access to rapid and effective national redress, in line with the principle of effective judicial protection.”

7.4. Gelet op het feit dat het Europese Hof van Justitie in zijn arrest van 24 september 2020 geen uitspraak gedaan heeft waarbij het Hof ook IORP I heeft betrokken, en mijnheer Bakker zijn vordering in de eerste plaats baseert op de verkeerde implementatie in Nederland van IORP I, kan mijnheer Bakker verlangen dat zijn rechtsoverweging, voor zover die gebaseerd is op deze verkeerde implementatie van IORP I beoordeeld wordt met inachtneming van de uitgangspunten die de Europese Commissie geformuleerd heeft.

7.5. Mijnheer Bakker brengt hierbij in het geding:

Productie 6: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, gedateerd 13.10.2022

7.6. In het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1969) heeft de Hoge Raad ook effectieve rechtsbescherming geboden, in de zaak van de vermogensrendementsheffing in Box 3. In rov 3.5.1 van dat arrest wordt de effectieve rechtsbescherming tegen verdragsschending, in dat geval artikel 1 EP, in samenhang met artikel 14 EVRM⁶¹ ingevuld als volgt:

“In het algemeen dient de rechter bij schending van verdragsrechtelijke gewaarborgde rechten aanstonds zelf in het rechtstekort te voorzien, indien uit het stelsel van de wet, de daarin

⁵⁸ Uit Eerste Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 32 043, AI, p.22 blijkt dat de minister deze markttrendementenesignaleerd heeft. De minister wijst er namelijk op dat, als de rente daalt, de waarde van obligaties stijgt. Bij een dalende rente zou dus niet voor de risicovrije rente van de swapcurve moeten worden gekozen, maar voor het markttrendement van staatsobligaties, waaronder door Nederland uitgegeven staatsobligaties.

⁵⁹ ECLI:EU:C:2020:753.

⁶⁰ Zie hiervoor reeds: Barents en Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Kluwer Deventer – 2012, Hoofdstuk 6, 3.5 Richtlijnen en nationale rechter (p.227).

⁶¹ Zie ook voetnoot 2.

geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende aanknopingspunten zijn af te leiden voor de vraag hoe dit dient te geschieden."

7.7. De Hoge Raad overweegt daarna in rov 3.6.2 dat in het geval dat aan de Hoge Raad was voorgelegd, zulke aanknopingspunten niet voorhanden waren. Niettemin zag de Hoge Raad zich genoodzaakt belanghebbende adequate rechtsbescherming te bieden tegen de geconstateerde schending van zijn fundamentele rechten. In rov 3.6.3 wordt daaraan toegevoegd dat deze rechtsbescherming een op rechtsherstel gerichte compensatie vergt. Vervolgens neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat in de betreffende jaren alleen het werkelijk rendement in de heffing betrokken mag worden, en stelt dan zelf het voordeel uit sparen en beleggen voor de jaren 2017 en 2018 vast.

7.8. De effectieve rechtsbescherming van mijnheer Bakker en de voor mijnheer Bakker op rechtsherstel gerichte compensatie is uitgerekend op de niet gegeven indexatie op zijn ouderdomspensioen over de jaren 2015 tot en met 13 januari 2019. Dat is een bedrag van € 26.200, en dat maakt onderdeel uit van het hierna berekende voorschot.

8. De schade van mijnheer Bakker en voorschot op de schadevergoeding

8.1. Die schade bestaat allereerst uit de vermogensschade over de periode die begint in het najaar 2008 en eindigt op 13 januari 2019, toen IORP II in Nederland geïmplementeerd werd. Bij die implementatie is de fout dat vanaf 1 januari 2007 de verkeerde discontovoet werd toegepast, *niet* hersteld.

8.2. Mijnheer Bakker brengt hierbij in het geding:

Productie 7: de Betaalspecificatie januari 2019 van het ABP van het ouderdomspensioen van mijnheer Bakker van € 26.161,80

8.3. De indexatieschade van mijnheer Bakker bestaat dus uit de indexatieschade tot en met 13 januari 2019. Ook na die datum is het pensioen van mijnheer Bakker echter niet geïndexeerd. Met betrekking tot die schade behoudt mijnheer Bakker zich alle rechten voor. Het ABP heeft met ingang van 1 juli 2022 en 1 januari 2023 wel weer geïndexeerd. Mijnheer Bakker houdt er rekening mee dat die indexatie niet gebeurt op basis van een pensioenuitkering waarbij de indexatie achterstand hersteld is, en behoudt zich ook op dat punt alle rechten voor.

8.4. Tot de vermogensschade van mijnheer Bakker behoren ook de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en ter verkrijging van een voldoening buiten rechte. Vanwege de gecompliceerdheid van de Europese regelgeving, de jarenlange vanzelfsprekendheid waarmee Nederland de verkeerde implementatie verdedigd heeft, en de enorme hoeveelheid parlementaire stukken die moesten worden geanalyseerd, zijn er in dit kader honderden uren besteed. Deze kosten komen voor vergoeding in aanmerking. Zij zijn namelijk gemaakt ter voorbereiding van de rechtsvordering van mijnheer Bakker. Die rechtsvordering is ook de voorbereiding van een collectieve actie wegens indexatieschade.

8.5. Van deze vermogensschade maakt ook onderdeel uit de no cure, no pay-vergoeding van de financier van deze procedure, en alle vervolgprocedures die noodzakelijk blijken te zijn. Uitgangspunt daarvan is het algemene beginsel dat de benadeelde komt te verkeren in de positie waarin hij zonder de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis zou hebben verkeerd. Deze procedure van mijnheer Bakker is een proefproces waarin alle feitelijke en juridische gronden voor de aansprakelijkheid aan de orde komen. De zojuist genoemde financier financiert niet alleen de

onderhavige procedure, maar beoogt met de Staat tot een vaststellingsovereenkomst te komen en die in een WCAM-traject op verzoek van beide partijen algemeen verbindend te doen verklaren. Procesfinanciers opereren op basis van een no cure, no pay-vergoeding, die als onderdeel van de buitengerechtelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komt.

- 8.6. Mijnheer Bakker behoudt zich alle rechten voor met betrekking tot de schadeposten die zijn opgevoerd in de randnummers 8.4 en 8.5 hiervoor.
- 8.7. Mijnheer Bakker behoudt zich ook alle rechten voor met betrekking tot het nadeel dat bestaat uit de aantasting van zijn persoon als bedoeld in artikel 6:106 aanhef en sub b, BW.
- 8.8. Als voorschot op de totale schadevergoeding vordert mijnheer Bakker in dit kort geding de indexatieachterstand van 2009 tot 13 januari 2019. Inclusief wettelijke rente is dat een bedrag van € 26.791. Een specificatie daarvan wordt hierbij door mijnheer Bakker als **Productie 8** in het geding gebracht. Het valt niet te betwisten dat mijnheer Bakker, gelet op zijn leeftijd⁶², bij deze vordering een voldoende spoedeisend belang heeft.

9. De notificatie aan de Europese Commissie

- 9.1. In een eerder concept van deze dagvaarding dat aan de Staat is toegezonden, was een exhibitievordering opgenomen, strekkende tot het verstrekken van afschrift van alle notificaties aan de Europese Commissie in verband met de intrekking van art. 9a van de PSW met ingang van 1 januari 2007, en in verband met de invoering van art. 126 van de Pensioenwet en het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen, beide eveneens per 1 januari. Aan de Staat is bij de toezending van dat concept gevraagd om die notificaties al op voorhand toe te sturen. De Staat heeft dat verzoek in beraad.
- 9.2. De advocaat van mijnheer Bakker heeft echter inmiddels vastgesteld dat op 7 februari 2006 aan de Europese Commissie genotificeerd zijn (i) de gewijzigde PSW na implementatie van IORP I en (ii) het Besluit minimumbedrag eigen vermogen pensioenfondsen. De afschaffing van de correcte implementatie van IORP I met ingang van 1 januari 2007 en de invoering van de risicovrije rente met ingang van 1 januari 2007 zijn niet genotificeerd.
- 9.3. De Staat heeft dus de Europese Commissie onjuist geïnformeerd over de implementatie van IORP I, en daarmee belet dat de Europese Commissie ten gunste van mijnheer Bakker kon ingrijpen. Dat vormt mede een rechtsgrond voor de aansprakelijkheid van de Staat.

10. Verweer van de Staat en de reactie daarop

- 10.1. De advocaat van mijnheer Bakker heeft de Staat gevraagd de tegen de eis van mijnheer Bakker aan te voeren verweren en de gronden daarvoor op te geven. Door een misverstand heeft de Staat daarop niet gereageerd.
- 10.2. De advocaat van mijnheer Bakker heeft daarom zelf maar de Memorie van Antwoord die op 24 maart 2023 bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal is ingediend⁶³ gelezen. Dat is het laatste parlementaire stuk in de reeks parlementaire stukken in verband met de behandeling door de volksvertegenwoordiging van de Wet toekomst pensioenen. Er valt in die Memorie van Antwoord geen verweer te ontdekken dat geschikt is om de eis van mijnheer Bakker af te wijzen.

⁶² Mijnheer Bakker is geboren op [REDACTED] 1939.

⁶³ Eerste Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2022-2023, 36 067 H

- 10.3. Op p.209 van dit parlementaire stuk valt daarentegen wel een bevestiging van de juistheid van belangrijke stellingen van mijnheer Bakker in deze dagvaarding te lezen. Aan de minister was gevraagd wat de reden was voor het invoeren van de variabele risicovrije rekenrente in 2007. De minister doet deze kwestie van groot maatschappelijk belang af in vijf regels tekst. Zij beweert dat in IORP I is bepaald dat de technische voorziening op basis van marktwaardering moet worden vastgesteld en dat consistentie op de balans van pensioenfondsen tussen de activa- en passivazijde op deze wijze is gerealiseerd.
- 10.4. Er staat echter in Artikel 15, lid 4, aanhef, en sub a) en sub b) van IORP I dat het minimumbedrag van de technische voorzieningen wordt berekend aan de hand van een voldoende prudentiële actuariële waardering, en dat daarbij rekening gehouden moet worden met het rendement van de overeenkomstige activa van het pensioenfonds en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, en/of marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties. De door de minister genoemde consistentie wordt door IORP I in het geheel niet genoemd.
- 10.5. IORP I bevat nota bene zelfstandige voorschriften voor de Technische voorzieningen (in Artikel 15) en voor het Voorgeschreven eigen vermogen (in Artikel 17). Artikel 18 van IORP I geeft daarnaast uitgebreide beleggingsvoorschriften voor de activa. Er zijn echter in IORP I geen waarderingsregels voor de activazijde van de balans van de balans opgenomen.
- 10.6. Het standpunt van de minister vindt geen enkele steun in IORP I. Er was en is dus geen enkele rechtvaardiging te vinden in IORP I voor de risicovrije rente. Integendeel, die risicovrije rente is flagrant in strijd met Artikel 15 van IORP I,
- 10.7. Het concept van deze dagvaarding is ook aan de Staat gezonden, met opnieuw het verzoek om de verweren en de gronden daarvoor op te geven. Na ontvangst daarvan zal mijnheer Bakker deze, tezamen met zijn reactie daarop, nog in het geding (doen) brengen,

en dat

MITSDIEN het de Voorzieningenrechter behage:

- 1.1 de Staat te veroordelen tot het betalen aan eiser van € 26.791, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van 13 januari 2019.
- 1.2 de Staat te veroordelen in de kosten van het geding.
- 1.3 de voorlopige tenuitvoerlegging te bevelen van het te wijzen vonnis, niettegenstaande daartegen aan te wenden rechtsmiddelen.

Deurwaarder

De kosten van mij, deurwaarder, zijn

Behandeld door mr. J.C.J. Wouters
Correspondentie Marathon 9C, 1213 PE Hilversum
Telefoon +31 88 018 36 01
Fax +31 35 685 42 52
E-mail Jos.Wouters@woutersadvocatuur.nl
Zaaknummer 1066.001
Referentie JW/1066.001/2023/DMS001-320364527-99