

BarentsKrans

Aan: Legis Capital inzake Stichting PensioenVoldoen.NL
Van: BarentsKrans Coöperatief U.A.

Datum: 11 februari 2024
Betreft: Juridische mogelijkheden schadevergoedingsactie Stichting Pensioenvoldoen.nl

I INLEIDING

- 1 Legis Capital, of een door haar aan te duiden meester, hierna: (**Legis Capital**) is de (beoogd) procesfinancier van Stichting PensioenVoldoen.NL (de **Stichting**). De Stichting heeft als doelstelling een procedure te starten tegen de Staat der Nederlanden (de **Staat**) met als inzet een vergoeding voor de schade die de achterban van de Stichting heeft geleden doordat de pensioenen niet zijn geïndexeerd vanaf 2008 tot en met 2021.¹
- 2 Vanuit dat oogpunt, heeft Legis Capital BarentsKrans Coöperatief U.A. (**BarentsKrans**) gevraagd een advies te schrijven over de juridische mogelijkheden voor de Stichting om een schadevergoedingsactie te starten met als inzet vergoeding van voornoemde indexatieschade. Daarbij heeft Legis Capital BarentsKrans gevraagd om de eerder aangevoerde argumentatie te analyseren, evenals potentiële andere aansprakelijkheidsgrondslagen al dan niet ten aanzien van andere betrokkenen bij het pensioendossier te verkennen.
- 3 Kort gezegd komt de eerder aangevoerde argumentatie erop neer dat de Staat in 2007 ten onrechte wetgeving heeft uitgevaardigd die voorschrijft dat pensioenfondsen bij het berekenen van diens technische voorzieningen uit moeten gaan van een (lage) risicovrije rente, in plaats van een hogere marktrente. Deze wetgeving zou in strijd zijn met de Europese richtlijn 2003/41 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (**IORP I**).
- 4 De hoogte van de rekenrente is relevant nu deze direct verband houdt met de hoogte van de technische voorzieningen. Een lage marktrente betekent hogere technische voorzieningen, en daarmee per saldo een lagere dekkingsgraad. Omgekeerd leidt een hogere marktrente tot lagere technische voorzieningen, en dus een hogere dekkingsgraad. Dit is relevant nu indexatie van de pensioenen slechts mogelijk is indien en voor zover de dekkingsgraad hoger is dan 110% procent (artikel 133a Pensioenwet² jo. Artikel 2 Besluit Financieel Toetsingskader Pensioenfondsen (**Besluit FTK**)).³
- 5 In deze notitie vatten we in hoofdstuk II eerst kort onze bevindingen samen. Daarna staan we stil bij de relevante wettelijke bepalingen (hoofdstuk III) en gaan wij in op het juridisch kader voor onrechtmatige overheidsdaad (hoofdstuk IV). Daarna bespreken we de vier mogelijke juridische

¹ [Over Stichting PensioenVoldoen.NL - Stichting Pensioen Voldoen.](#)

² Wet van 7 december 2006, houdende regels betreffende pensioenen (Pensioenwet), *Stb.* 2006/706.

³ Besluit van 18 december 2006, houdende regels met betrekking tot het financiële toetsingskader op grond van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen).

BarentsKrans

grondslagen: (i) onrechtmatige implementatie (hoofdstuk (V) (ii) schending van artikel 17 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het **Handvest**) en (iii) schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hoofdstuk VI). Tot slot gaan wij in op de overige vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige overheidsdaad (hoofdstuk VII) en specifiek nog op de beperkte aansprakelijkheid van De Nederlandsche Bank (**DNB**) (hoofdstuk VIII).

- 6 Opmerking verdient dat wij ons bij het schrijven van deze notitie uitsluitend hebben beperkt tot een bespreking en verkenning van de (deels eerder aangevoerde) argumenten die naar ons oordeel (in potentie) zouden kunnen leiden tot een succesvolle schadevergoedingsactie. Grondslagen, waarvan wij op voorhand meenden dat deze niet kansrijk zouden kunnen zijn, zijn daarom niet besproken.
- 7 Ook hebben wij niet besproken de mogelijkheden om in de toekomst op basis van de Wet toekomst pensioenen vorderingen namens individuele (oud-)deelnemers in te stellen. De verwachting is dat op basis van de nieuwe wetgeving op heel veel onderwerpen procedures gevoerd zullen worden. Denk daarbij bijvoorbeeld (maar niet uitsluitend) aan:
- (a) Bevoegdheidsperikelen over herverdeling miljoenen (c.q. miljarden) aan pensioenen: wie doet wat en mag of moet dat?
 - (b) Invaargeschillen
 - Eigendomsrecht
 - Verplichtstelling: Europees mededingingsrecht en vrij verkeer?
 - Adequate en evenwichtige compensatie/transitie
 - (c) Geschillen met de toezichthouder? Besluiten DNB over al dan niet invaren, AFM over communicatie naar deelnemers
 - (d) Wijziging bij verzekerde regelingen:
 - Wijziging of handhaving premiestaffel
 - Zorg- en informatieplichten (beleggingsrendement, overrendement)

Dit advies beperkt zich dus tot de mogelijkheden om op basis van de huidige wetgeving te komen tot een succesvolle vordering met betrekking tot het uitblijven van indexatie.

II CONCLUSIE

- 8 De conclusie is dat wij binnen de reikwijdte van deze analyse te weinig juridische aanknopingspunten zien om te betogen dat de Staat aansprakelijk is voor het uitblijven van indexatie omdat de Staat niet tot die keuze kon of mocht komen op basis van Europese of Nederlandse wetgeving. De voornaamste moeilijkheden zijn dat:

BarentsKrans

- (a) IORP I veel vrijheid biedt voor de implementatie daarvan aan lidstaten,
 - (b) het eigendomsrecht in artikel 17 Handvest in onvoldoende mate ertoe strekt om de rechten van pensioengerechtigden ten aanzien van indexatie te beschermen en
 - (c) de economische argumenten tegen de rekenrente nog teveel stootkracht missen. Hoe meer (wetenschappelijke) discussie er bestaat over de economische argumenten voor en tegen, hoe groter de beleidsvrijheid en hoe kleiner de kans dat een rechter oordeelt dat in redelijkheid niet tot een beleidskeuze gekomen kon worden.
- 9 Wat betreft IORP I staat voorop dat het doel van de richtlijn is om te garanderen dat aan de uitkeringsverplichtingen kan worden voldaan. De minimumnormen die worden gesteld in IORP I, waaronder het bepalen van factoren voor de berekening van de maximale rekenrente, moeten er daarom voor zorgen dat een hoge mate van zekerheid wordt geboden. Het staat de lidstaat vrij om aanvullende maatregelen op te leggen, zolang deze maar niet in strijd zijn met dit doel. De keuze voor de risicovrije rekenrente die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt beantwoordt aan dit doel, nu deze rente juist het meest voorzichtige scenario als uitgangspunt neemt en daardoor een hoge mate van zekerheid biedt.
- 10 De consequentie van deze keuze is wel geweest dat de pensioenen jarenlang niet meer konden worden geïndexeerd. Daarmee is weliswaar gegarandeerd dat aan de uitkeringsverplichtingen kan worden voldaan, maar als gevolg daarvan zien (oud-)deelnemers zich wel geconfronteerd met een aanzienlijk grotere kans op het achterwege blijven van indexering en daarmee het optreden van een veel grotere inkomensval op de pensioendatum dan voorzien dan wel een daling van de koopkracht bij reeds ingegane pensioenen. Wij zien echter weinig mogelijkheden om te betogen dat hierdoor enig eigendomsrecht van de (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden wordt aangetast. Er bestaan in dit geval te veel juridische beperkingen om een geslaagd beroep op artikel 17 van het Handvest te kunnen doen. Zelfs als er sprake zou kunnen zijn van een inbreuk op het eigendomsrecht, dan zal de rechter waarschijnlijk nog oordelen dat deze inbreuk gerechtvaardigd is met het oog op een evenwichtige verdeling tussen de generaties.
- 11 Hoewel over de keuze voor de risicovrije rekenrente weliswaar volop gediscussieerd wordt door economen, bestaat er naar ons oordeel te weinig algemene consensus om met succes te kunnen betogen dat de Staat niet in redelijkheid tot vaststelling van deze wetgeving mocht komen. Het is daarom lastig om te beargumenteren dat daarmee een of meerdere algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn geschonden. Daarbij speelt ook mee dat de Staat bij een dergelijke belangenafweging veel vrijheid geniet om een eigen keuze te maken.
- 12 Mocht er een juridische grondslag gevonden worden dan zal ook kritisch moeten worden bekeken of aan de overige vereisten voor een succesvolle aansprakelijkstelling zoals causaliteit en schade is voldaan, en of eventuele vorderingen niet zijn verjaard. Deze omstandigheden leiden ertoe dat de mogelijkheden voor een succesvolle schadevergoedingsactie naar wij menen zeer beperkt zijn.

III RELEVANTE WETTELIJKE BEPALINGEN

- 13 Voordat wij ingaan op de (potentiële) aansprakelijkheidsgrondslagen voor misgelopen pensioenindexatie, bespreken wij eerst de daarvoor relevante bepalingen uit IORP I en de implementatie daarvan in Nederland.

IORP I

- 14 IORP I heeft als doel een interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening in te stellen in het kader waarvan de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening vrijelijk diensten en beleggingen moeten kunnen verrichten (overweging 8 van de considerans).
- 15 Artikel 15 IORP I ziet op de manier waarop de technische voorzieningen moeten worden berekend. Onder technische voorzieningen wordt verstaan de contante waarden van de toekomstige verplichtingen. De technische voorzieningen zijn een maatstaf voor de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds. Artikel 15 IORP I bepaalt in dit kader dat een pensioenfonds toereikende technische voorzieningen dient aan te houden voor het geheel van haar pensioenverplichtingen.
- 16 De considerans van IORP I bepaalt onder meer het volgende:

“(7) De in de richtlijn verankerde prudentiële regels zijn bedoeld om de toekomstige gepensioneerden door middel van strenge toezichtsnormen een hoge mate van zekerheid te bieden en tegelijkertijd een efficiënte uitvoering van de regelingen voor bedrijfspensioenvoorziening mogelijk te maken.

(...)

(26) Een prudente berekening van de technische voorzieningen is van wezenlijk belang om ervoor te zorgen dat aan de uitkeringsverplichtingen kan worden voldaan. De technische voorzieningen moeten derhalve worden berekend op basis van erkende actuariële methoden en door gekwalificeerde personen worden gewaarmerkt. De maximale rentevoeten moeten prudent worden gekozen overeenkomstig relevante nationale voorschriften. Het minimumbedrag van de technische voorzieningen moet toereikend zijn om de uitbetaling van de reeds verschuldigde uitkeringen aan pensioengerechtigden te kunnen voortzetten en de verplichtingen weergeven die uit de opgebouwde pensioenrechten van de deelnemers voortvloeien.

(27) De door de lidstaten gedekte risico's lopen van lidstaat tot lidstaat sterk uiteen. De lidstaten van herkomst dienen derhalve de mogelijkheid te hebben de berekening van de technische voorzieningen te onderwerpen aan aanvullende en uitvoerig regels dan die welke in deze richtlijn zijn vastgesteld.”

- 17 Artikel 15 lid 4 sub b IORP I heeft betrekking op de rekenrente voor de berekening van de technische voorzieningen:

BarentsKrans

“b) de toegepaste maximale rentepercentages moeten op prudente wijze worden bepaald, volgens alle desbetreffende voorschriften van de lidstaat van herkomst. Bij de bepaling van deze prudente rentepercentages wordt rekening gehouden met:

- het rendement van de overeenkomstige activa die door de instelling worden beheerd en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, en/of*
- marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties;”*

18 Artikel 15 lid 5 IORP I bepaalt als volgt:

“De lidstaat van herkomst kan ten aanzien van de berekening van de technische voorzieningen aanvullende en meer uitvoerige voorwaarden opleggen met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden.”

Nederlandse implementatie IORP I

19 Artikel 15 lid 4 sub b IORP I is, met ingang van 20 januari 2006, geïmplementeerd in artikel 9a lid 2 sub b van de Pensioen- en spaarfondsenwet (**PSW**).⁴ Artikel 9a lid 2 sub b PSW bepaalde vanaf dat moment als volgt:

“de toegepaste maximale rentepercentages worden op prudente wijze bepaald. Bij de bepaling van deze prudente rentepercentages wordt rekening gehouden met:

1°. het rendement van de overeenkomstige activa die door het pensioenfonds of beroepspensioenfonds worden beheerd en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, of

2°. marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties”

20 Per 1 januari 2007 is de PSW vervangen door de Pensioenwet. Artikel 126 Pensioenwet heeft betrekking op de vaststelling van de technische voorzieningen en is, zo vermeldt de wetstoelichting, gebaseerd op artikel 9a lid 2 PSW. Artikel 126 lid 2 Pensioenwet luidt sinds 1 januari 2007 als volgt:

“2. De berekening wordt uitgevoerd met inachtneming van de volgende beginselen:

a. de technische voorzieningen worden berekend op basis van marktwaardering;

b. de voor de berekening van de technische voorzieningen gebruikte grondslagen inzake overlijden of arbeidsongeschiktheid en levensverwachting worden gebaseerd op prudente beginselen; en

⁴ Wet van 19 januari 2006, houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (PbEG L 235/10). *Stb.* 2006/51.

BarentsKrans

c. de methode en de grondslag van de berekening van de technische voorzieningen blijven van boekjaar tot boekjaar ongewijzigd, tenzij wijzigingen daarin gerechtvaardigd zijn als gevolg van een verandering van de juridische, demografische of economische omstandigheden die aan de hypothesen ten grondslag liggen.

3 Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de wijze van berekening van het minimum bedrag van de technische voorzieningen, de daarbij in acht te nemen voorzichtigheidsmarges en kunnen regels worden gesteld over de frequentie waarmee de technische voorzieningen worden berekend.”

21 Kortom, artikel 126 lid 2 sub a Pensioenwet bepaalt dat de technische voorzieningen worden berekend op basis van marktwaardering. Volgens de wetstoelichting vormt dit een invulling van de eisen die zijn opgenomen in artikel 15 lid 4 sub a en b IORP I. Een prudente waardering houdt in dat wordt uitgegaan van marktwaardering, rekening houdend met de in artikel 126 lid 3 Pensioenwet genoemde voorzichtigheidsmarges, aldus nog steeds de toelichting. Verder vermeldt de toelichting dat hiermee geen inhoudelijke wijziging wordt beoogd ten opzichte van artikel 9a lid 2 sub a en b PSW. De intentie zou ongewijzigd blijven.⁵

22 Uit artikel 126 lid 3 Pensioenwet volgt dat in een algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de wijze van berekening van de technische voorzieningen. Met dit lid wordt gebruik gemaakt van de in artikel 15 lid 5 IORP I gegeven bevoegdheid om de berekeningswijze van de technische voorzieningen nader uit te werken, aldus de toelichting. Daarbij benoemt de wetgever dat de toezichthouder, als referentiekader, een nominale rentetermijnstructuur zal publiceren, waarbij gebruik zal worden gemaakt van informatie uit de swapmarkt.⁶

23 De uitwerking van de berekening van de technische voorzieningen is opgenomen in artikel 2 Besluit FTK, dat eveneens per 1 januari 2007 in werking trad

“1. Het bestuur van een fonds stelt de hoogte van de technische voorzieningen vast op basis van de contante waarde van de verwachte uitgaande kasstromen die voortvloeien uit de tot de datum van vaststelling opgebouwde pensioenverplichtingen.

2. De contante waarde wordt vastgesteld op basis van een door De Nederlandsche Bank gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur.

3. Een fonds stelt de omvang van de verwachte uitgaande kasstromen vast op basis van verwachte marktontwikkelingen en voor het fonds prudente verzekeringstechnische grondslagen waaronder begrepen de voorzienbare trend in overlevingskansen.”

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 253 en 253.

⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 254. De wetgever verwijst hier naar eerdere kamerstukken, te weten onderdeel 21 van de nota Hoofdlijnen FTK (Kamerstukken II 2004/05, 28 294, nr. 4 herdruk) over de marktwaardering van verplichtingen, hetgeen nader is uitgewerkt in de Nota Uitwerking FTK, onderdeel 7 (Kamerstukken II 2004/05, 28 294, nr. 11). Deze stukken bevatten echter geen (uitgebreidere) toelichting over de keuze voor de risicovrije rente.

- 24 De toelichting bij het Besluit FTK vermeldt dat – nu de technische voorzieningen worden berekend op basis van marktwaardering – de verplichtingen worden gewaardeerd tegen een disconteringsvoet die gelijk is aan de actuele nominale rente en dus marktconform is. De toelichting vervolgt dat DNB, ten behoeve van de berekening van de technische voorzieningen, een rentetermijnstructuur zal publiceren die is gebaseerd op de swapcurve in de markt voor Europese interbancaire swaps.⁷

NB. In de *Bakker/Staat*-procedure is aangevoerd dat de Staat heeft nagelaten om artikel 126 Pensioenwet en artikel 2 Besluit FTK aan de Europese Commissie te melden. Artikel 22 lid 1 2 IORP I bevat een notificatieplicht voor lidstaten van de belangrijkste bepalingen van nationaal recht die zij op het onder IORP I vallende gebied vaststellen. De rechtbank oordeelde dat dat de discussie over de notificatieplicht voor de uitkomst van de procedure niet van belang was.⁸ Bespreking van de vraag of de Staat deze bepaling heeft geschonden, laat wij hier verder achterwege. In algemene zin geldt dat niet-notificatie van nationale implementatiemaatregelen bij de Europese Commissie geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de wet- en regelgeving in Nederland.⁹ Mede gelet hierop is het dan ook onaannemelijk dat de notificatieplicht strekt tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen van pensioengerechtigden. Daarmee staat het relativiteitsvereiste aan enige aansprakelijkheid van de Staat op grond van onrechtmatige daad, gelegen in de schending van de notificatieplicht, in de weg.

- 25 Overeenkomstig het bepaalde in artikel 2 lid 2 Besluit FTK, publiceert DNB maandelijks de rentetermijnstructuur. De methodiek voor de berekening van deze rentetermijnstructuur vloeit voort uit het besluit Vaststelling methode rentetermijnstructuur van DNB van 10 maart 2005.¹⁰
- 26 IORP I is met ingang van 13 januari 2019 ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2016/2341 (**IORP II**). De rekenrente voor de technische voorzieningen is geregeld in artikel 13 lid 4 sub b IORP II. Deze regeling komt inhoudelijk overeen met artikel 15 lid 4 sub b IORP I. Artikel 126 Pensioenwet en artikel 2 Besluit FTK zijn na de inwerkingtreding van IORP II ongewijzigd gebleven. Vandaar dat wij in het vervolg uitsluitend ingaan op (de implementatie van) IORP I.

IV JURIDISCH KADER - ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

IV.1 Inleiding

- 27 Hierna onderzoeken wij welke mogelijkheden er bestaan voor de Stichting om de Staat aan te spreken tot schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen. In dit hoofdstuk zetten wij het juridisch kader voor aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige overheidsdaad (artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (**BW**)) uiteen.

⁷ *Stb.* 2006, 710, p. 22.

⁸ Rb. Den Haag 28 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9268.

⁹ Onderdeel 3.5 Handleiding wetgeving en Europa (Kenniscentrum voor beleid en regelgeving). Zie bijvoorbeeld voor wat betreft de notificatieplicht in de Dienstenrichtlijn (2006/123/EG) Rb. Rotterdam, 28 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2019:9755, r.o. 4.3.

¹⁰ DNB, Vaststelling van de methodiek voor de rentetermijnstructuur, 10 maart 2005, vaststelling-methode-rentetermijn-structuur.pdf (dnb.nl).

IV.2 Juridisch kader

28 Op grond van artikel 6:162 BW kan een ieder aansprakelijk worden gehouden voor schade die door zijn, aan hem toerekenbare, onrechtmatige handelen of nalaten is veroorzaakt. Deze regel geldt ook voor overheidslichamen. De schade die is veroorzaakt door een toerekenbare onrechtmatige overheidsdaad, zoals het nemen van een onrechtmatig besluit, het handelen in strijd met een wettelijke plicht of onrechtmatig feitelijk handelen, moet dan door het overheidslichaam worden vergoed. Daarvoor moet wel zijn voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW en artikel 6:163 BW. Deze eisen zijn achtereenvolgens: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, causaal verband en relativiteit.

IV.2.1 Vereiste: onrechtmatigheid

29 Eerste vereiste voor aansprakelijkheid is dat het overheidshandelen onrechtmatig moet zijn. In dit kader bestaan drie algemene gronden voor onrechtmatigheid (artikel 6:162 lid 2 BW). Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een (subjectief) recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voor het vaststellen van de onrechtmatigheid van de gedraging is van belang in hoeverre aan het overheidslichaam beleidsvrijheid toekomt. Hoe meer beleidsvrijheid, des te marginaler de rechter de gedraging zal toetsen.¹¹

30 Een bijzonder regime voor overheidsaansprakelijkheid bestaat voor het uitvaardigen van onrechtmatige wetgeving. Wetgeving kan worden onderverdeeld in wetten in formele zin en in materiële zin.¹²

31 De rechter kan formele wetgeving – waar de Pensioenwet onder moet worden begrepen – toetsen aan verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties (artikel 94 Grondwet), zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (**EVRM**) en het Unierecht. De rechter mag formele wetgeving echter niet toetsen aan de Grondwet (artikel 120 Grondwet). Het is de rechter evenmin toegestaan formele wetten te toetsen aan algemene rechtsbeginselen of regels van ongeschreven internationaal recht.¹³

32 Wetgeving in materiële zin – waar het Besluit FTK onder moet worden begrepen – kan ook onrechtmatig zijn wegens strijd met hogere regelgeving.¹⁴ De rechter toetst in dat verband of de wet in materiële zin al dan niet in overeenstemming is met internationale verdragen (waaronder het Unierecht, het EVRM, de Grondwet en formele wetgeving). Een wet in materiële zin kan ook onrechtmatig zijn als deze in strijd is met algemene rechtsbeginselen¹⁵ of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁶ Bij deze toets is het de rechter niet toegestaan op de stoel van de wetgever

¹¹ Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 381.

¹² Formele wetgeving wordt vastgesteld door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 Grondwet). Alle andere regelgeving van Nederlandse overheidslichamen is wetgeving in materiële zin.

¹³ HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*).

¹⁴ HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316, m. nt. H. Drion (*Pocketbooks II*).

¹⁵ HR 16 mei 1986, *NJ* 1987/251, m.nt. M. Schalten (*Landbouwwliegers*).

¹⁶ HR 3 oktober 1986, *NJ* 1987/911, m.nt. M. Scheltema (*Amcar*).

te gaan zitten. De rechter toetst wetten in materiële zin dan ook met enige terughoudendheid aan het ongeschreven recht.¹⁷

- 33 Daarbij is van belang dat het Unierecht lidstaten verplicht om richtlijnen binnen een bepaalde tijd om te zetten in nationale wetgeving (artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (**VEU**) en artikel 288 derde volzin Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (**VWEU**). Een (formele of materiële) wet die een richtlijn niet tijdig of onjuist implementeert is dan ook in strijd met het Unierecht, en daarmee onrechtmatig.¹⁸ Daarbij past wel de kanttekening dat de rechter – bij de vraag of een richtlijn al dan niet correct is geïmplementeerd – terughoudend dient te toetsen. De lidstaat beschikt wat dat betreft namelijk over een ruime beoordelingsmarge.¹⁹
- 34 Ten overvloede: is er sprake van onrechtmatige wetgeving, dan zal een benadeelde niet alleen schadevergoeding kunnen vorderen, maar ook een verbod tot uitvoering van de regeling. Daarbij moet de rechter wel terughoudend zijn.²⁰ De rechter kan de wetgever in elk geval niet bevelen om wetgeving vast te stellen die niet onrechtmatig is.²¹ Dit betekent dat de Stichting in elk geval niet in rechte zou kunnen afdwingen dat wetgeving wordt vastgesteld op basis waarvan een andere (hogere) rente moet worden gehanteerd voor het berekenen van de technische voorzieningen.

IV.2.2 Overige vereisten

- 35 In het navolgende bespreken wij de andere vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad: toerekening, schade, causaal verband en relativiteit.
- 36 Het toerekeningsvereiste houdt in dat een overheidslichaam alleen gehouden is om de schade te vergoeden als deze te wijten is aan diens schuld, dan wel een oorzaak is die voor rekening van de Staat komt op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen. Van belang is dat als een formele of materiële wet onrechtmatig is wegens strijd met hogere regelgeving, toerekening aan de Staat in beginsel is gegeven.²²
- 37 Het schadevereiste bepaalt dat er enige schade door het onrechtmatige handelen moet zijn geleden. Het begrip ‘schade’ wordt niet gedefinieerd in het BW, maar kan wel worden omschreven als het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit. Op grond van artikel 6:95 BW kan het gaan om vermogens- of materiële schade (artikel 6:96 BW), maar ook om immateriële schade, oftewel smartengeld (artikel 6:106 BW).
- 38 Het causaliteitsvereiste hangt nauw samen met het vereiste van ‘schade’, en houdt in dat de schade moet zijn geleden *ten gevolge van* de onrechtmatige daad. Alleen schade die het gevolg is van het handelen van een overheidslichaam komt voor vergoeding in aanmerking. In dat kader moet worden

¹⁷ Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 424.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (*TMG/Staat*), r.o. 3.4.2.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 26 maart 1996, C-392/93 NJ 1997, 146 (*British Telecom*) en HvJ EG 17 oktober 1996, C-283/94, C-291/94 en C-292/94, Jur. 1996, p. I-5063 (*Denkavit*).

²⁰ HR 1 juli 1983, NJ 1984/360, m.nt. M. Scheltema (*Staat/LSV*); HR 25 september 2009, NJ 2009/458 (*The Golden Nugget/Staat*).

²¹ HR 1 oktober 2004, NJ 2004/679, m. nt. T. Koopmans (*Faunabescherming/Fryslân*).

²² HR 18 september 2015, AB 2016/30, m.nt. Widdershoven, JB 2015/181, m.nt. Sanderink (*Staat/Habing*), r.o. 3.5.2.

bepaald of, als de onrechtmatige daad wordt weggedacht, de schade niet zou zijn geleden. Als dit het geval is, kan de aansprakelijkheid worden gevestigd. Voor de omvang van de schadevergoedingsverbintenis, moet dan vervolgens worden bekeken of de schade ook in redelijkheid aan het overheidslichaam kan worden toegerekend (artikel 6:98 BW).

- 39 Tot slot geldt het relativiteitsvereiste (artikel 6:163 BW). Dit vereiste houdt in dat de geschonden regel of norm moet strekken tot bescherming tegen de schade die de benadeelde heeft geleden. Het relativiteitsvereiste bestaat om te voorkomen dat aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad wordt aangenomen vanwege de schending van een norm, terwijl – simpel gezegd – die norm daarvoor helemaal niet bedoeld is. In het kader van het relativiteitsvereiste moet dan ook worden onderzocht tot welke personen, tot welke schade en tot welke wijze van ontstaan van schade de met die norm beoogde bescherming zich uitstrekt.²³

V ANALYSE: CORRECTE IMPLEMENTATIE VAN IORP I?

- 40 In dit hoofdstuk bespreken wij of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door IORP I onjuist te implementeren in de Nederlandse wetgeving. Zoals hiervoor uiteengezet, heeft de Staat artikel 15 lid 4 IORP I geïmplementeerd in artikel 126 Pensioenwet en artikel 2 Besluit FTK door te bepalen dat de hoogte van de technische voorzieningen wordt vastgesteld op basis van een door DNB gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur, oftewel de risicovrije rente.
- 41 Volgens de Stichting betreft dit een onjuiste implementatie van artikel 15 lid 4 IORP I. Het voorschrijven van de risicovrije rekenrente voor het berekenen van de technische voorzieningen zou namelijk niet zijn toegestaan op basis van dit artikel en (het doel en de strekking van) IORP I als geheel. Wij delen deze overtuiging niet. Toegegeven zij dat artikel 15 lid 4 sub b IORP I de risicovrije rekenrente inderdaad niet benoemt als factor waar rekening mee moet worden gehouden bij het bepalen van het rentepercentage. Anders dan de Stichting meent, zien wij echter geen overtuigende argumenten om te betogen dat de Staat de risicovrije rente (daarom) ook niet zou *mogen* voorschrijven. Wij lichten dit hieronder toe.

Maximale rentepercentage

- 42 Artikel 15 lid 4 sub b IORP I ziet op de wijze waarop het *maximale* toe te passen rentepercentage moet worden berekend, namelijk op prudente wijze en volgens alle desbetreffende voorschriften van de lidstaat. Daarbij 'wordt rekening gehouden met' (i) het rendement van de overeenkomstige activa die door de instelling worden beheerd en met de toekomstige beleggingsopbrengsten, en/of (ii) markrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties, aldus artikel 15 lid 4 sub b IORP I.
- 43 Het is allereerst de vraag of deze factoren ook *beslissend* zijn voor het berekenen van het rentepercentage, nu de richtlijn slechts bepaalt dat daarmee 'rekening' wordt gehouden.²⁴ Belangrijker is echter dat artikel 15 lid 4 sub b IORP I ziet op de *maximaal* toegestane rente. Dit

²³ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.

²⁴ Hof Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3332 (*SOBI/PME*), r.o. 4.7.

BarentsKrans

impliceert – zo menen wij met de rechtbank Den Haag²⁵ – dat het voorschrijven van een lagere rente is toegestaan. Uit artikel 15 lid 4 sub b IORP I (of andere bepalingen uit de richtlijn) kan wat ons betreft niet worden afgeleid dat deze factoren *moeten* worden meegewogen bij het bepalen van *elk* (niet zijnde het maximale) rentepercentage.²⁶ Wij hebben hiervoor ook geen aanknopingspunten kunnen vinden in de (Europese) totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel.

- 44 Het feit dat de factoren uit artikel 15 lid 4 sub b IORP I uitsluitend zien op de berekening van de maximale rente sluit ook aan bij het doel en de strekking van de richtlijn. Blijkens de tekst van IORP I is het doel van de richtlijn namelijk om te garanderen dat aan de uitkeringsverplichtingen kan worden voldaan. Dit werkt door in de berekening van de technische voorzieningen.
- 45 Het minimumbedrag van de technische voorzieningen moet toereikend zijn om de uitbetaling van reeds verschuldigde en toekomstige pensioenen te kunnen voortzetten (overweging 26 en artikel 15 lid 4 sub a IORP). Met het reguleren van een maximaal te hanteren rekenrente, wordt dus voorkomen dat daarbij zou kunnen worden uitgegaan van onrealistisch hoge rendementen, met als gevolg een te lage technische voorziening om aan de uitkeringsverplichtingen te kunnen voldoen.²⁷
- 46 Bovendien speelt een rol dat de keuze voor de nominale rentetermijnstructuur voor het FTK wordt geconstrueerd op basis van de swapcurve²⁸. Daarmee is feitelijk gekozen voor een rentetermijnstructuur die ligt tussen “het rendement van de overeenkomstige activa die door het pensioenfonds of beroepspensioenfonds worden beheerd en met de toekomstige beleggingsopbrengsten” en “marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige of staatsobligaties”, hoewel de swapcurve ontegenzeggelijk dichter aanzit tegen de laatste. Daarmee past de keuze binnen de kaders van artikel 15 lid 4 IORP I.
- 47 Anders dan Jos Wouters beargumenteert, zien wij dan ook geen aanknopingspunten om te beargumenteren dat de Europese wetgever door te benoemen hoe het ‘minimumbedrag’ van de technisch voorzieningen moet worden bepaald, heeft bedoeld dat pensioenfondsen de technische voorzieningen daarmee zo laag mogelijk zouden moeten vaststellen (met behulp met een zo hoog mogelijke rekenrente). Een dergelijke redenering sluit in onze ogen niet aan bij het doel en de strekking van IORP I.

Minimumharmonisatie

- 48 Zou in weerwil van het bovenstaande al kunnen worden aangenomen dat de keuze voor de risicovrije rente niet binnen de kaders van artikel 15 lid 4 IORP I past, dan is het volgende van belang.

²⁵ Rb. Den Haag 28 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9268.

²⁶ Aldus ook Hof Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3332 (SOBI/PME), r.o. 4.7.

²⁷ Vgl. Hof Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3332 (SOBI/PME), r.o. 4.7.

²⁸ DNB, Vaststelling methode rentetermijnstructuur FTK, 10 maart 2005, te vinden op: <https://www.dnb.nl/media/guspj1oh/vaststelling-methode-rentetermijn-structuur.pdf>

BarentsKrans

- 49 Artikel 15 lid 4 IORP I behelst minimumharmonisatie (evenals de gehele richtlijn). Hoewel dit in IORP II expliciet is gemaakt in overweging 3 van de considerans, was dit onder IOPR I ook al het geval.²⁹ Het minimale karakter van de richtlijn komt onder meer naar voren in artikel 15 lid 5 IORP I. Dit artikel biedt de lidstaten de mogelijkheid om ‘aanvullende en meer uitvoerige voorwaarden’ op te leggen voor de berekening van de technische voorzieningen ‘met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden’.
- 50 Minimumharmonisatie houdt in dat de nationale wetgever de bevoegdheid heeft om met betrekking tot het object van regulering strengere en dus meer beschermende nationale wetgeving vast te stellen dan de Europese regeling vastlegt. Voor zover de strengere nationale regelgeving in strijd is met de richtlijn, is die echter niet toegestaan. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (**HvJEU**) volgt dat steeds aan de hand van de tekst, opzet en het doel van de richtlijn moet worden onderzocht of bepaalde nationale strengere regelgeving is toegestaan. Als strengere regelgeving is ingegeven door datzelfde doel (of bij meerdere doelen: één van deze doelen) en verder ook in lijn is met de tekst en opzet van de richtlijn, kan strengere nationale regelgeving toelaatbaar zijn.³⁰ Deze meer beschermende nationale wetgeving dient ook verenigbaar te zijn met het primaire Unierecht, in het bijzonder het VWEU.³¹
- 51 Het feit dat artikel 15 lid 5 IORP I de lidstaten de mogelijkheid biedt om ‘aanvullende en meer uitvoerige’ maatregelen op te leggen voor de berekening van de technisch voorzieningen, brengt mee dat in dat kader ook verdergaande beschermingsmaatregelen kunnen worden opgelegd. Dat hoort immers bij het karakter van minimumharmonisatie. Randvoorwaarde daarvoor is, zoals gezegd, dat deze niet mogen indruisen tegen het doel en de strekking van de richtlijn en het primaire Unierecht.
- 52 De vraag is dan allereerst wat in het kader van IORP I heeft te gelden als een ‘strengere’ maatregel. Blijkens overweging 7 van de considerans van IORP I beoogt de richtlijn toekomstig gepensioneerden door middel van strenge toezichtsnormen een hoge mate van zekerheid te bieden.³² Ook in de eerdere voorbereidende stukken blijkt dat de richtlijn met name als doel heeft om een hoog beschermingsniveau te bieden aan de deelnemers en pensioengerechtigden. De Europese Commissie geeft specifiek over de rentevoet aan:³³

“De Commissie is van mening dat de richtlijn tot doel heeft de deelnemers en pensioengerechtigden een hoge beschermingsgraad te bieden. Een prudente berekening van de technische voorzieningen is een essentiële voorwaarde om dat

²⁹ Conclusie A-G Drijber 13 oktober 2023, ECLI:NL:PHR:2023:908, paragraaf 4.17 en 4.18. Voor wat betreft IORP I: HvJEU 14 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:14 (*Commissie/Tsjechische Republiek*). Voor wat betreft IORP II: overweging 3 van de considerans.

³⁰ Aldus Hofhuis, *Minimumharmonisatie in Europees recht, Vormen, begrip en gevolgen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 5-32.

³¹ Conclusie A-G Drijber 13 oktober 2023, ECLI:NL:PHR:2023:908, paragraaf 4.17.

³² De Hoge Raad benoemt ook expliciet dit als doel van IORP II in r.o. 3.2.3 van zijn recente arrest van 9 februari 2024 (ECLI:NL:HR:2024:194): “De in IORP II verankerde prudentiële regels zijn bedoeld om alle toekomstige gepensioneerden door middel van strenge toezichtsnormen een hoge mate van zekerheid te bieden en tegelijkertijd een gezond, prudent en efficiënt beheer van de regelingen voor bedrijfspensioenregeling mogelijk te maken (punt 17 van de considerans van IORP II).” Vgl. ook r.o. 3.3.2. van dit arrest.

³³ Raad van Europese Unie, notulen van de 2432^e zitting van de Raad gehouden op 4 juni 2002, St 9603/02, p. 5; Zie ook: Raad van Europese Unie, notulen van de 2345^e zitting van de Raad gehouden op 7 mei 2001, St 8548/01, p. 6-7.

BarentsKrans

doel te bereiken. Dat zou inhouden dat de rentevoet en andere economische en demografische factoren prudent gekozen moeten worden.”

- 53 Het voorschrijven van een (lagere) risicovrije rente betreft in onze optiek een verdergaande beschermingsmaatregel die is ingegeven door het doel om toekomstig gepensioneerden een hoge mate van zekerheid te bieden. Dit volgt ook uit de wetstoelichting bij artikel 126 Pensioenwet. De wetstoelichting vermeldt immers dat het minimumbedrag van de technische voorzieningen voldoende moet zijn om te waarborgen dat reeds verschuldigde en toekomstige pensioenen kunnen worden voldaan.³⁴
- 54 In onze ogen is deze ‘strengere’ beschermingsmaatregel niet alleen ingegeven door (één van) de doelen van de richtlijn, maar ook verder in lijn met de tekst en de opzet daarvan. Wij zien in elk geval geen argumenten om te betogen dat het voorschrijven van de risicovrije rente afbreuk doet aan het beschermingsniveau dat de richtlijn beoogt te bieden aan (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden. Nergens volgt immers (expliciet) uit dat IORP I het doel heeft om (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden te beschermen tegen het niet doorvoeren van indexatie, al dan niet door middel van het hanteren van een bepaald minimumrentepercentage voor de berekening van de technische voorzieningen.
- 55 Enig aanknopingspunt zou kunnen zijn dat de richtlijn in algemene zin bepaalt dat de berekening van de technische voorzieningen ‘prudent’ dient te gebeuren (overweging 26 en artikel 15 lid 4 IORP). Beargumenteerd zou kunnen worden dat het voorschrijven van een rekenrente op basis van marktwaardering, die er feitelijk toe leidt dat (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden niet worden beschermd tegen inflatie, niet prudent is, en daarmee niet past binnen het doel van de richtlijn.³⁵ De kans van slagen van dit argument lijkt ons echter zeer beperkt, nu de betekenis van ‘prudent’ contextafhankelijk is, en ‘een prudente berekening’ in de richtlijn expliciet wordt gekoppeld aan het belang om te garanderen dat pensioenfondsen aan hun uitkeringsverplichtingen kunnen voldoen (overweging 26 en 27 van de considerans). Kortom, het ‘prudent’ berekenen van de technische voorzieningen lijkt onder IORP I in eerste instantie te moeten worden uitgelegd als ‘voorzichtig’ of ‘risicomijdend’, in plaats van ‘ruimte biedend voor indexatie’.
- 56 De algemene overweging uit de considerans dat het van belang is dat ouderen niet het gevaar lopen in armoede te geraken en van een behoorlijke levensstandaard kunnen genieten (overweging 14), is in onze ogen in elk geval niet voldoende om te onderbouwen dat de richtlijn tot doel heeft dat pensioenen worden geïndexeerd. Dit geldt temeer nu wij geen onderbouwing hebben gezien van het feit dat gepensioneerden door het achterwege blijven van indexatie daadwerkelijk zouden worden blootgesteld aan een dergelijk gevaar en/of niet meer van een behoorlijke levensstandaard zouden kunnen genieten. Daarbij is van belang dat gepensioneerden in Nederland ook een basispensioen in de vorm van een AOW-uitkering genieten.

³⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 253 en 254.*

³⁵ Maatman in: Busch, Lieverse en Van der Velden, *Ars Aequi Handboeken, Leerboek financieel recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 324.

57 Kortom, ook al zou de voorgeschreven risicovrije rente niet passen binnen de kaders van artikel 15 lid 4 IORP I, dan zou dit naar onze mening een verdergaande beschermingsmaatregel betreffen, die past binnen het doel en de strekking van de richtlijn. Ook zien wij op het eerste gezicht geen aanknopingspunten om te betogen dat deze keuze in strijd is met enige bepaling van primaire Unierecht.

58 De Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (de **Ondernemingskamer**) kwam in de zaak *SOBI/PME* – die betrekking had op IORP II – tot eenzelfde conclusie. Daartoe overwoog de Ondernemingskamer dat artikel 13 lid 5 IORP II [het equivalent van artikel 15 lid 5 IORP I], mede gelet op het feit dat de belangen van deelnemers en pensioengerechtigden niet op voorhand parallel lopen, impliceert dat de richtlijn aan de lidstaat van herkomst enige beleidsvrijheid laat om een afweging te maken tussen de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden (vgl. overweging 2 en 3 van de considerans IORP II). Daarbij is van belang dat IORP II er onder meer toe strekt om alle toekomstige gepensioneerden door middel van strenge toezichtsnormen een hoge mate van zekerheid te bieden (vgl. overweging 17 en 40 van de considerans IORP II), aldus de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer concludeert dan ook dat voor zover de door DNB gehanteerde rentetermijnstructuur berust op stringenter uitgangspunten dan genoemd in artikel 13 lid 4 IORP II, dit dus in overeenstemming met het doel en de strekking van het bepaalde in artikel 13 lid 5 IORP II.³⁶

VI ANALYSE: STRIJD MET ARTIKEL 17 HANDVEST OF ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR?

VI.1 Inleiding

59 In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de Pensioenwet en/of het Besluit FTK – wat betreft het voorschrijven van de risicovrije rente – een onrechtmatige wet oplevert wegens (i) strijd met artikel 17 van het Handvest van de Europese Unie (het **Handvest**), dan wel (ii) – uitsluitend voor het Besluit FTK – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

60 Opmerking verdient dat het de vraag is waaruit de keuze voor de risicovrije rente nu voortvloeit: de Pensioenwet, het Besluit FTK of de invulling daarvan door DNB. Voor al deze opties valt iets te zeggen. In de wetstoelichting bij artikel 126 lid 3 Pensioenwet wordt benoemd dat de toezichthouder een rentetermijnstructuur zal publiceren die is gebaseerd op de informatie uit de swapmarkt (oftewel de risicovrije rente) voor de berekening van de technische voorzieningen. In artikel 2 lid 2 Besluit FTK is de opdracht gegeven aan DNB om een rentetermijnstructuur te publiceren. In de toelichting op het Besluit FTK staat vermeld dat die rentetermijnstructuur moet zijn gebaseerd op de swapcurve in de markt voor Europese interbancaire swaps.³⁷ Vervolgens is het DNB die (daadwerkelijk) bepaalt welke rekenrente moet worden gebruikt.³⁸ De vraag uit welke wet de keuze voor de risicovrije rente voortvloeit is voornamelijk relevant nu de Pensioenwet een wet in formele zin is en daarom – in

³⁶ Hof Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3332 (*SOBI/PME*), r.o. 4.8.

³⁷ Wij laten hier het vijfjaarlijks advies (artikel 126 Pensioenwet) van de Commissie Parameters buiten beschouwing.

³⁸ DNB, Vaststelling van de methodiek voor de rentetermijnstructuur, 10 maart 2005.

tegenstelling tot het Besluit FTK – niet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden getoetst (zie hiervoor in paragraaf IV.2.1).

61 Wij beperken ons in dit hoofdstuk tot de toetsing van de Pensioenwet en het Besluit FTK. De vaststelling van de rentetermijnstructuur door DNB is immers geen wet, en kan dan ook geen onrechtmatige wetgeving opleveren. Op de (beperkte) aansprakelijkheid van DNB wordt in hoofdstuk VIII nog kort ingegaan.

VI.2 Strijd met artikel 17 Handvest?

62 Hieronder zullen wij nagaan in hoeverre de keuze door de Staat voor de risicovrije rekenrente een inbreuk zou kunnen opleveren op het recht op eigendom van artikel 17 van het Handvest. Het Handvest bevat de grondrechten van de burgers van de Europese Unie. In artikel 17 wordt het recht op eigendom beschermd. Dit artikel luidt als volgt:

“Artikel 17 Recht op eigendom

1. Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij de wet voorzover het algemeen belang dit vereist.

2. Intellectuele eigendom is beschermd.”

63 Allereerst zullen wij nagaan of de keuze voor de rekenrente (althans de wetgeving waarin deze keuze is vastgelegd) binnen het toepassingsbied van het Handvest valt, waarna wij achtereenvolgens zullen bepalen of het recht op indexatie als een eigendomsrecht gezien kan worden en of enig inbreuk op dit recht gerechtvaardigd kan zijn.

VI.2.1 Voldoende verband tussen de nationale regeling en de Unierechtelijke regelingen

64 Op basis van artikel 51 van het Handvest geldt dat het Handvest alleen van toepassing is wanneer instellingen, organen en instanties het recht van de Unie ‘ten uitvoer brengen’. Dit wordt ook wel het *connexiteitsvereiste* genoemd. Wat betreft lidstaten geldt dat het Handvest van toepassing is als deze lidstaten optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie.³⁹ De keerzijde van deze regeling is dat het Handvest dus niet van toepassing is als de lidstaten geen uitvoering geven aan het Unierecht. Allereerst zal daarom bepaald moeten worden of de keuze voor de rekenrente in artikel 126 Pensioenwet en artikel 2 lid 2 Besluit FTK (zie ook hoofdstuk III) uitvoering geeft aan het Unierecht.

65 Er is in ieder geval sprake van uitvoering van het Unierecht als de nationale regelgeving strekt tot de implementatie van een richtlijn. In dit geval zijn de Pensioenwet en Besluit FTK de omzetting van

³⁹ Toelichting bij het Handvest, 2007/C 303/01.

BarentsKrans

allereerst IORP I en wordt dus in beginsel voldaan aan het connexiteitsvereiste. Er zijn echter *in casu* twee belangrijke beperkingen die gelden voor het toepassingsgebied.

- 66 De eerste belangrijke beperking volgt uit het *Hernández*-arrest van het HvJEU.⁴⁰ Daaruit volgt dat het loutere feit dat een nationale maatregel binnen een gebied valt waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, niet betekent dat deze binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Er moet een direct verband bestaan tussen de Unierechtelijke regel en de nationale maatregel. Het is dus niet voldoende als de inhoud van de regelingen dicht bij elkaar ligt of dat de ene regeling indirect invloed uitoefent op de ander.⁴¹
- 67 In het Europees recht is de centrale vraag of het Unierecht de bevoegdheid creëert voor de lidstaten om 'verdergaande' maatregelen op te leggen of dat het Unierecht alleen bevestigt dat deze bevoegdheid behouden is voor de lidstaten.⁴² In dat laatste geval wordt het Unierecht niet ten uitvoer gebracht en vallen de nationale maatregelen niet onder het Unierecht (en dus ook niet onder het Handvest). Uit de jurisprudentie blijkt dat steeds specifiek gekeken moet worden naar de bewoording en aard van de richtlijn waarop de verdergaande maatregel is gebaseerd.⁴³ In het *Hernández*-arrest oordeelde het HvJEU dat de richtlijn de bestaande nationale bevoegdheid bevestigde, onder meer omdat daarin stond dat deze richtlijn 'geen afbreuk' deed aan de bevoegdheid van de lidstaat om zelf regels vast te stellen.⁴⁴
- 68 Het is zeer waarschijnlijk dat de Staat ook zal aanvoeren dat de 'vergaande maatregelen' in artikel 15 lid 5 IORP I geen nieuwe bevoegdheid creëert maar alleen een bevestiging is dat de bevoegdheid van de Staat behouden is.
- 69 Naar onze mening geeft IORP I te weinig aanknopingspunten om enige conclusies hierover te trekken. *Eenzijds* kan beargumenteerd worden dat IORP uitsluitend bevestigt dat de lidstaten zelf 'aanvullende en uitvoerige' voorwaarden op kunnen leggen en dat IORP I geen aanvullende bevoegdheid creëert om verdergaande maatregelen op te leggen. *Anderzijds* blijkt uit IORP I dat de bevoegdheid van de lidstaten beperkt is, omdat deze voorwaarden alleen opgelegd mogen worden 'met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden'. IORP creëert dus beperkingen aan de vrijheid van de lidstaten om zelf voorwaarden op te leggen. Daarnaast is de bewoording in artikel 15 lid 5 IOPR I zodanig dat er lastig een 'bevestiging' van de nationale bevoegdheid ingelezen kan worden. Dat is bijvoorbeeld

⁴⁰ HvJEU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Hernández*), r.o. 36 e.v.

⁴¹ HvJEU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o. 24.

⁴² Vereecken, 'Ambtshalve toetsing en nationale handhaving van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken volgens het Hof van Justitie', *DCCR* 2020, nr. 4, 35-68.

⁴³ Zie arresten waarin HvJEU heeft geoordeeld dat het Unierecht deze bevoegdheid creëert: HvJEU 9 maart 2017, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198 (*Milkova*); HvJEU 22 oktober 2013, C-276/12, ECLI:EU:C:2013:678 (*Sabou*). Zie voor arresten waarin deze bevoegdheid behouden is voor de lidstaten: HvJEU 4 april 2005, C-6/03, ECLI:EU:C:2005:222 (*Eiterköpfe*); HvJEU 19 november 2019, C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (*TSN en AKT*).

⁴⁴ HvJEU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Hernández*), r.o. 44; zie ook het *TSN en AKT* arrest waarin in de betreffende richtlijn staat dat deze er niet aan in de weg staat dat lidstaten gunstigere maatregelen mogen nemen.

anders bij artikel 17 lid 3 IORP I waarin expliciet staat dat dit artikel de lidstaten niet 'belet' om gedetailleerde voorschriften vast te stellen.⁴⁵

70 De tweede relevante beperking is dat de Nederlandse IORP-implémentatiewetgeving buiten het toepassingsbied van het Handvest valt als deze er niet toe strekt om materiële rechten te verlenen.⁴⁶ In dit geval is het de vraag of een burger direct materiële rechten kan ontlenen aan de wijze waarop de rekenrente in de Pensioenwet en nadere regelgeving wordt bepaald. De materiële rechten manifesteren zich pas als via de berekening is bepaald dat de dekkingsgraad boven de 110% uitkomt en er dus ruimte is voor (gedeeltelijke) indexatie. De keuze voor een bepaalde rekenrente schept dus geen directe materiële rechten voor de burgers, maar indirect is het wel van wezenlijk belang voor de bepaling van de materiële rechten.

71 De toepassing van het connexiteitsvereiste is in de rechtspraak nog niet uitgekristalliseerd en ook in de literatuur is er veel debat over. Deze onduidelijkheid schept de ruimte voor de Stichting om te betogen dat de keuze van de Staat voor de rekenrente binnen het toepassingsbereik van het Handvest valt. Gelet op voornoemde onduidelijkheid, valt echter niet te voorspellen in hoeverre dit standpunt zal slagen.

VI.2.2 Indexering en eigendomsrecht

72 In het vervolg nemen wij aan dat wel voldaan wordt aan het connexiteitsvereiste. De tweede vraag is of er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht van artikel 17 Handvest als de pensioenen niet geïndexeerd worden. Het eigendomsrecht wordt als volgt door het HvJEU omschreven:⁴⁷

"[...] rechten met een vermogenswaarde waaruit vanuit het oogpunt van de rechtsorde een verworven rechtspositie voortvloeit waardoor die rechten door en ten gunste van de rechthebbende autonoom kunnen worden uitgeoefend"

73 Uit de toelichting op artikel 17 Handvest blijkt dat het artikel overeenstemt met artikel 1 eerste aanvullende protocol bij het EVRM waarin ook het recht op eigendom wordt beschermd (**artikel 1 EP**).⁴⁸ Uit de jurisprudentie over artikel 1 EP kan afgeleid worden dat het eigendomsrecht breed wordt uitgelegd: alle rechten en belangen die in geld waardebaar zijn vallen onder het eigendomsbegrip.⁴⁹ Daaronder kunnen ook toekomstige aanspraken vallen, zolang er een 'reasonable' en 'legitimate expectation' op het verkrijgen van eigendom is.⁵⁰

⁴⁵ In artikel 17 lid 3 staat: "Lid 1 belet de lidstaten echter niet op hun grondgebied gevestigde instellingen te verplichten tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen, of gedetailleerdere voorschriften vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn." Het feit dat hierin ook een inhoudelijke beperking te lezen is ('mits') laat al zien dat er geen doorslaggevende argument is maar steeds alle omstandigheden moeten meegenomen worden om te weten of de verdergaande maatregelen zijn gebaseerd op het Unierecht.

⁴⁶ HvJEU 11 november 2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (*Dano*), r.o. 89-91.

⁴⁷ HvJEU 22 januari 2013, C-283/11, r.o. 34 (*Sky Österreich*), HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (*YS*), r.o. 90.

⁴⁸ Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten, 2007/C 303/01. In de literatuur bestaat er discussie over mate waarin EVRM en het Handvest van elkaar verschillen.

⁴⁹ Zie onder meer: EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (*Oneriyildiz/Turkije*), r.o. 124.

⁵⁰ EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (*Oneriyildiz/Turkije*), r.o. 124.

BarentsKrans

- 74 In het YS-arrest (dat expliciet ging over het Handvest) heeft het HvJEU overwogen dat het gedeeltelijk inhouden van een contractueel bedrag en het buiten toepassing laten van de bedongen indexering een inbreuk op het eigendomsrecht oplevert.⁵¹ Dat is ook in overeenstemming met EVRM-jurisprudentie over '*reasonable*' en '*legitimate expectation*', omdat de (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden op basis van het contract de gerechtvaardigde verwachting mochten hebben dat zij de opgebouwde pensioenrechten inclusief indexatie zouden ontvangen.
- 75 In de conclusie bij het YS-arrest gaf de Advocaat-Generaal Kokott nog een belangrijke nuancering voor wat betreft voorwaardelijke indexering. Volgens de Advocaat-Generaal kan het eigendomsrecht niet zodanig worden uitgelegd dat een recht op pensioen van een bepaald bedrag ontstaat.⁵² Met name zuiver toekomstige en onzekere vooruitzichten op een waardevermeerdering kunnen volgens de Advocaat-Generaal niet als een concreet eigendom worden beschouwd.
- 76 Op basis van deze overwegingen van de Advocaat-Generaal hebben zowel de rechtbank Den Haag⁵³ als het hof Den Haag⁵⁴ geconcludeerd dat een voorwaardelijke verhoging niet onder het eigendomsrecht valt. De verhoging is immers afhankelijk van de toekomstige gebeurtenis dat de dekkingsgraad boven de 110% uitkomt. Dat is een onzeker uitzicht tot waardevermeerdering en valt daarom niet onder het eigendomsbegrip, aldus de rechtbank en het hof.
- 77 Hoewel de Hoge Raad hier nog geen oordeel heeft gegeven, achten wij de kans dat het zou lukken de gerechtelijke instanties op een ander spoor te brengen gering. Indexering wordt als te voorwaardelijk en te onzeker gezien om concrete eigendomsrechten uit af te leiden waarop burgers een beroep kunnen doen. Daartegenin te brengen is dat gepensioneerden er jarenlang vanuit mochten gaan dat het pensioen geïndexeerd zou worden (*legitimate expectation*). Ook nadat de rekenrente rond 2005 is gewijzigd van een vast percentage van 4% naar de marktrente was voor de gepensioneerden niet voorzienbaar dat de marktrente zo'n extreem lage stand zou bereiken en indexatie dus zou uitblijven. De rentestand gaf door het grootschalig opkoopprogramma van de ECB een vertekend beeld.⁵⁵
- 78 Gelet op de jurisprudentie achten wij de kans echter zeer klein dat een gerechtelijke instantie bereid is te aanvaarden dat redelijke en gerechtvaardigde verwachting mocht bestaan dat de pensioenrechten jaar in jaar uit geïndexeerd zouden worden en het recht op indexatie als een eigendomsrecht kwalificeert.

VI.2.3 Gerechtvaardigde inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht

- 79 In het vervolg nemen wij aan dat indexering wel een eigendomsrecht is. In dat geval moet bepaald worden of de keuze voor de risicovrije rente en de daardoor ontstane gebrekkige mogelijkheden om te indexeren in strijd is met het eigendomsrecht in artikel 17 Handvest. Zoals het HvJEU in het YS-

⁵¹ HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o. 91.

⁵² Conclusie A-G Kokott 7 mei 2020, C-223/19 (YS), r.o. 111.

⁵³ Rb. Den Haag 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o. 4.12; Rb. Den Haag 28 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9268, r.o. 4.13.

⁵⁴ Hof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2301, r.o. 6.15.

⁵⁵ Eijffinger en Hoogduin, 'Kunstmatig lage kapitaalmarktrente is geen basis voor de rekenrente', *Me Judice*, 2 september 2019, p.1.

BarentsKrans

arrest heeft overwogen heeft het eigendomsrecht geen absolute gelding.⁵⁶ Een beperking op het eigendomsrecht is mogelijk indien:

- de beperking bij wet voorzien is;
- de beperking de wezenlijke inhoud van het recht eerbiedigt / slechts een beperkt gedeelte betreft;
- met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk is; en
- daadwerkelijk beantwoordt aan de doelstelling van algemeen belang.

80 De Staat kan betogen dat aan de eerste twee vereisten is voldaan. De risicovrije rente is gestoeld op artikel 126 Pensioenwet en artikel 2 lid 2 Besluit FTK en heeft daardoor een wettelijke grondslag. De rekenrente tast de wezenlijke inhoud van een pensioen niet verder aan, nu de nominale aanspraak onaantast blijft (behoudens kortingen) en de wetgever alleen bepaalt in welke gevallen er geïndexeerd mag worden.⁵⁷

81 De laatste vereisten (evenredigheid, noodzakelijk en algemeen belang) duiden erop dat de wetgever een belangenafweging moet maken. Zoals hiervoor al opgemerkt valt het op dat in de toelichtingen op de Pensioenwet en Besluit FTK de keuze voor deze risicovrije rente amper tot niet onderbouwd is.⁵⁸ Nergens wordt een vergelijking gemaakt met de andere marktindicatoren, zoals de risicovrije rente met een risico-opslag of waardering tegen verwacht rendement. De Hartog (emeritus hoogleraar micro-economie) geeft hierover aan:⁵⁹

“In de Pensioenwet 2006 is overgestapt van een toen conventionele rekenrente van 4% op marktwaardering, onder invloed van de dominantie van het liberale marktdenken in die tijd, in samenhang met ontwikkelingen in financieel-economische en actuariële theorie. De overgang is haast als een vanzelfsprekendheid gemaakt. De Memorie van Toelichting van de Pensioenwet geeft er geen enkele motivering voor. De Pensioenwet is in de Tweede en Eerste Kamer met algemene stemmen aangenomen. Toch was het rendement op 10 jaars staatsobligaties in het najaar van 2004 al gedaald tot een niveau beneden 4%. Zeker in het licht van de latere ontwikkelingen, maar ook in het licht van een dalende trend in de marktrente vanaf het midden van de jaren '80, is dit een opvallende en wellicht zelfs lichtzinnig te noemen keuze.” (onderstreping BK)

82 De keuze voor de risicovrije rente heeft echter vergaande consequenties op het moment dat rentestanden zeer hoog of zeer laag zijn. Dat geldt temeer als – zoals de afgelopen jaren het geval is geweest – de rentestanden volledig uit de pas lopen met de verwachte rendementen op de door pensioenfondsen beheerde assets. In het geval de rentestand zeer laag is wordt het geld ‘opgepot’

⁵⁶ HvJEU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 (YS), r.o. 91.

⁵⁷ Zie ook Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o. 4.14.

⁵⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 254; p. 22; Stb. 2006, 710, p. 22;

⁵⁹ Hartog, ‘Longread: Hoe pensioenfondsen lijnrecht tegenover de toezichthouder kwamen te staan’, *Me Judice*, 10 november 2022, p. 9.

ten gunste van jongere generaties, moeten zeer hoge premies geheven worden en is indexering niet mogelijk.⁶⁰ Bij een zeer hoge rentestand stijgt de dekkingsgraad en kan het vermogen uitgekeerd worden ten koste van de jongere generaties.⁶¹ Deze risicofactoren zijn niet meegenomen in de afweging – althans zo lijkt het in de kamerstukken.

- 83 In latere kamerstukken wordt er wel een nadere onderbouwing gegeven.⁶² Daarin wordt door de minister herhaaldelijk aangegeven dat het uitkeren van rendementen voordat deze zich hebben gerealiseerd voor een herverdeling zorgt van jong naar oud. Ook wordt de keuze voor swaps vergeleken met AAA-staatsobligaties, die volgens de minister minder geschikt zijn. Daarnaast is er een initiatiefwet van 50plus om de rekenrente tijdelijk te verhogen, waarop ook een reactie is gekomen van de Raad van State.⁶³ Het lijkt er dus op dat door de politieke druk de minister gedwongen is om de keuze voor de risicovrije rente beter te onderbouwen, waarbij de minister steeds heeft gewezen op de intergenerationale risico's.
- 84 Mede op basis van dit risico heeft de Nederlandse rechter steeds geoordeeld dat het uitblijven van indexatie niet leidt tot een inbreuk op artikel 17 Handvest.⁶⁴ Het hof Den Haag heeft in de zaak tegen het pensioenfonds PMT expliciet overwogen dat de beperking van toeslagverlening meer zekerheid biedt aan de huidige en toekomstige generaties en belangrijk is voor een evenwichtige verdeling.⁶⁵ Het Hof bepaalt daarom dat de beperking beantwoordt aan de doelstelling van algemeen belang, en geschikt, noodzakelijk en ook evenredig is.
- 85 Om hiertegen verweer te voeren zou de Stichting aldus moeten onderbouwen dat er bij indexatie geen vermogensverdeling tussen generaties plaatsvindt, dan wel, moeten aantonen dat huidige rekenrente onevenredig zwaar nadelig uitvalt voor de huidige gepensioneerden dat niet meer gesproken kan worden van een evenwichtig pensioenstelsel. Voor de Stichting lijkt het ons ondoenlijk om voor het eerste anker te gaan liggen, mede gelet op de conclusie van advocaat-generaal:⁶⁶

“De door Pensioenbehoud c.s. – ook ter zitting – gegeven voorstelling van zaken, als zou haar vordering in het belang van alle generaties zijn, lijkt mij overigens niet helemaal in overeenstemming met de werkelijkheid. Pensioenbehoud c.s. zijn uit op het terugdraaien van kortingen en het toepassen van indexaties. Zouden zij in deze zaak gelijk krijgen dan is aannemelijk dat fondsen omvangrijke middelen vrij moeten maken ten behoeve van gepensioneerden (ervan uitgaande dat niet alleen de belastingbetaler voor de rekening opdraait). Onvermijdelijk zit er na zo'n aderlating

⁶⁰ Mensonides, 'Pensioenverplichtingen zijn te rentegevoelig geworden', *Me Judice*, 17 maart 2023, p. 6.

⁶¹ Mensonides, 'Pensioenverplichtingen zijn te rentegevoelig geworden', *Me Judice*, 17 maart 2023, p. 6.

⁶² *Kamerstukken II* 2009/10, 30 413, nr. 142, p. 9-10; *Kamerstukken II* 2010/11, 30 043, nr. 20, p. 23-24; *Handelingen II* 2011/12, nr. 47, item 14, p. 64; *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 151, p. 2-5; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 620-XV, nr. 3, p. 2; *Kamerstukken II* 2019/20, 32 043, nr. 511, p. 35-36; *Kamerstukken II* 2019/20, 32 043, nr. 539, p. 7.

⁶³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 606, nr. 4 (advies Raad van State).

⁶⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant 1 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8093, r.o. 3.8.4.1; Rb. Den Haag, 26 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3851, r.o. 4.13; Rb. Den Haag 28 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9268, r.o. 4.12; Rb. Amsterdam 6 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4296, r.o. 6.

⁶⁵ Hof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2301, r.o. 6.19.

⁶⁶ Parket bij de Hoge Raad 13 oktober 2023, ECLI:NL:PHR:2023:908, r.o. 4.49.

BarentsKrans

minder in de beheerde pensioenpot, met als risico dat er weer geld bij moet. En wie gaat dat betalen? Als de premies omhoog moeten ondervindt de jonge generatie van aangeslotenen direct financieel nadeel. Hoewel dit alles eigenlijk van zelf spreekt dat, leek het mij toch goed dit te zeggen. (onderstreping BK)

- 86 Het tweede anker biedt meer perspectief maar daarvoor geldt wel dat de lat zeer hoog ligt wil er sprake zijn van een ongerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht. Gelet op het feit dat er jarenlange parlementaire discussies gevoerd zijn over de rekenrente en deze desondanks niet systematisch gewijzigd is, DNB als onafhankelijke toezichthouder betrokken is en er vanuit andere instanties geen fundamentele kritiek is gekomen op de risicovrije rekenrente, lijkt het ons onwaarschijnlijk dat aan deze lat wordt voldaan.

Conclusie

- 87 Wij verwachten dat de Stichting geen geslaagd beroep kan doen op schending van artikel 17 Handvest, omdat het zeer lastig zal zijn om aan te tonen dat het recht van indexatie onder het eigendomsrecht valt, en indien dit wel aangetoond kan worden, de inbreuk op dit recht naar alle waarschijnlijk gerechtvaardigd is.

VI.3 Strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur?

- 88 In deze paragraaf staat de vraag centraal of zou kunnen worden betoogd dat het Besluit FTK in strijd is met bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen gelden als de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen waaraan de overheid zich moet houden en op basis waarvan de overheid aansprakelijk gesteld kan worden. Voor de volledigheid: deze potentiële aansprakelijkheidsgrondslagen zijn nog niet eerder verkend in de informatie die Legis Capital ons heeft verstrekt.

- 89 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen een 'veiligheidsklep' in die gevallen waarin de toepassing of totstandkoming van de wet ondeugdelijk is. Een voorbeeld van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 lid 2 Algemene Wet Bestuursrecht (**Awb**)). Dit beginsel houdt in dat de nadelige gevolgen voor de belanghebbende niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot het doel. Andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod op willekeur.

- 90 Los van de specifieke toetsingscriteria voor elk beginsel, is de algemene vraag of zou kunnen worden aangetoond dat de Staat – bij het vaststellen van het Besluit FTK – dusdanig ondeugdelijk te werk is gegaan, dat dit onrechtmatige wetgeving oplevert. Voor het antwoord hierop is het van belang om te kijken naar de economische deugdelijkheid van de onderbouwing van de rekenrente. Op deze manier kan bepaald worden welke belangenafweging de Staat heeft gemaakt en of de Staat in redelijkheid tot het Besluit FTK is gekomen.

VI.3.1 De discussie over de risicovrije rekenrente

BarentsKrans

- 91 Bestudering van de literatuur leert dat de discussie over de rekenrente verdeeld is in twee verschillende groepen. Allereerst is er in Nederland een groep economen die betoogt dat een hogere rekenrente zorgt voor ongunstige intergenerationele effecten.⁶⁷ Volgens hen moeten de pensioenfondsen beleggingsrendementen pas uitdelen als deze ook daadwerkelijk gerealiseerd zijn. Het rendement kan immers ook tegenvallen. Een verhoging van de rekenrente zou er volgens deze groep toe leiden dat de risicopremie geïncasseerd wordt, terwijl het risico zelf nog openstaat en doorgeschoven wordt naar volgende generaties.
- 92 Ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hanteert deze argumenten.⁶⁸ De minister geeft aan dat de waardering van pensioenrechten- en aanspraken arbitragevrij moet zijn, zodat een bepaalde generatie niet beter af kan zijn dan andere generaties. Deze situatie zou zich volgens de minister voordoen als er een hogere rekenrente dan de risicovrije rente wordt gehanteerd, omdat dan het niet-behaalde rendement al wordt verzilverd. De minister geeft verder aan dat brede wetenschappelijke onderbouwing bestaat voor het gebruik van de risicovrije rentetermijnstructuur.⁶⁹ Hij verwijst onder meer naar een artikel van de econoom Van Wijnbergen waarin staat:⁷⁰
- “Het gebruik van een hogere rente om ruimte te scheppen voor indexatie, zoals FNV en VNO-NCW willen in hun uitgelekte voorstel, betekent dat degenen die het eerste indexatie krijgen, dat ontvangen ten koste van degenen die later komen. Zo schuiven ouderen risico’s door naar jongeren zonder diezelfde jongeren daar marktconform voor te betalen.”*
- 93 Andere economen wijzen er echter op dat het vermogen van de Nederlandse pensioenfondsen in werkelijkheid alleen maar gestegen is.⁷¹ Zij vinden dat door de risicovrije rekenrente tot in *extremis* aan te houden de oudere deelnemers benadeeld worden. Met het geld van die oudere deelnemers is immers de afgelopen jaren een aanzienlijk rendement gemaakt dat niet uitbetaald wordt. In de brandbrief van 13 oktober 2019 (ondertekend door een grote groep aan deskundigen) wordt daarom voorgesteld om het verwachte rendement te baseren op de risicovrije rente en de gerealiseerde rendementen (met een boven-en ondergrens).
- 94 De heer Verbon gaat expliciet in op het argument van de hiervoor genoemde economen dat rendementen pas uitgedeeld moeten worden als deze verzilverd zijn. Hij betoogt dat dit onrecht doet aan het pensioenstelsel, omdat pensioenfondsen een langjarige horizon hebben waarin ‘tekorten’ en ‘overschotten’ over de jaren tegen elkaar wegvallen. Bovendien merkt hij op dat als de beredenering van voornoemde economen gevolgd wordt nooit een feitelijk vermogenoverschot zal worden uitgekeerd. Elke uitkering zou volgens hem dan ten koste gaan van de volgende generatie,

⁶⁷ 'Brieffschrijvers moeten duidelijk en volledig zijn: jongeren slechter af bij aanpassing rekenrente', *Financieele Dagblad*, 16 oktober 2019.

⁶⁸ Brief van de minister van SZW (Wouter Koolmees) aan de Tweede Kamer van 22 november 2018, zie in het specifiek antwoord 4, 8-10.

⁶⁹ Met verwijzing naar een artikel van Bovenberg, Van Wijnbergen, Kocken en Nijman ('Arbitragevrije waardering moet in de wet', *PensioenPro* 15 september 2011), Bas Jacobs ('Pensioenakkoord een kat in de zak voor jonge werknemers', *Me Judice* 22 juni 2011 en Van Wijnbergen ('Misvattingen in het pensioendebat en de voorstellen van de sociale partners', *EBS* 13 september 2018).

⁷⁰ Van Wijnbergen, 'Misvattingen in het pensioendebat en de voorstellen van de sociale partners', *EBS* 13 september 2018, p. 427.

⁷¹ Zie brandbrief 13 oktober 2019 over de huidige rekenregels pensioenen.

BarentsKrans

omdat deze generatie dat overschot dan niet meer kan gebruiken om tegenvallers te compenseren. Zo ontstaat er een oneindige pensioenpot volgens de heer Verbon.

95 Ook de heer Hartog is kritisch op de wijze waarop de rekenrente gehanteerd wordt.⁷² Zoals in randnummer 81 besproken, gaf hij al aan dat de keuze voor de rekenrente destijds ‘opvallend’ en ‘wellicht zelfs lichtzinnig’ genomen is. Voor de rest is hij kritisch op DNB die blijft vasthouden aan een korte termijn perspectief met directe dekking onder toekomstige verplichtingen, terwijl die verplichtingen zich pas over veertig jaar kunnen materialiseren. Hij haalt de heer Van Kesteren aan (voormalig directeur VNO-NCW), die aangeeft dat een pensioenfonds wezenlijk verschilt van een bank, omdat bij een pensioenfonds de gelden nooit in één dag opgehaald kunnen worden. Volgens de heer Van Kesteren is het daarom onlogisch om de dezelfde regels te hanteren voor banken, verzekeraars en pensioenfondsen.

96 In aansluiting hierop geeft De Jong aan dat de marktrente geen enkele feitelijke invloed heeft op de verplichtingen.⁷³ Dat zou volgens hem anders zijn als men de toekomstige kasstromen volledig wil afdekken, maar dat zou feitelijk betekenen dat het fonds permanent op executiewaarde wordt gewaardeerd.⁷⁴ Aangezien een pensioenfonds een gespreid beleggingsportefeuille heeft lijkt het hem logisch om de verplichtingen contant te maken tegen de verwachte rendementen, met inachtneming van buffers.

97 De heer Duffhues sluit zich hierbij aan en noemt het gebruik van de marktrente volkomen irrelevant en onjuist.⁷⁵

“De voorstanders hanteren een als-dan redenering: als de pensioenfondsen zouden beleggen in risicoloze beleggingen dan zouden daar de hoge pensioenverplichtingen bij horen en dan komt men snel tot de conclusie dat er een dekkingstekort is door een te hoge “marktwaarde”. Maar pensioenfondsen beleggen niet alleen in risicovrije obligaties - dat is maar goed ook – maar ook in aandelen en andere risicodragende beleggingen. Ook om die reden is het gebruik van de “marktrente” volkomen irrelevant en onjuist. Het feitelijke gedrag van de fondsen past absoluut niet bij de idee fixe van een risicoloze belegging.”

98 Daarnaast gaf de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (**WRR**) in haar rapport uit 2016 aan dat door dekkingsgraadeisen en de rekenrente de pensioenfondsen (te) afhankelijk zijn van de dynamiek van de markt.⁷⁶ De WRR geeft aan dat dit zorgt voor een kortetermijnbias die langetermijninvestering belemmert. Met betrekking tot de EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) hebben wij alleen kunnen vinden dat in 2016 is aangegeven dat de Nederlandse UFR ‘potentieel niet stabiel genoeg’ is.⁷⁷ Als repliek op dit rapport heeft de minister

⁷² Hartog, ‘Longread: Hoe pensioenfondsen lijnrecht tegenover de toezichthouder kwamen te staan’, *Me Judice*, 10 november 2022.

⁷³ De Jong, ‘De hervorming van een goed pensioenstelsel’, *Me Judice*, 30 januari 2018.

⁷⁴ Zie in dat kader ook Mensonides en Frijns, ‘Collectief pensioenstelsel verdient een beter toezichtskader’, *Me Judice*, 19 februari 2018.

⁷⁵ Duffhues, ‘Rekenrentedeбат is verworden tot een politieke discussie’, *Me Judice*, 25 november 2019.

⁷⁶ WRR, ‘Samenleving en financiële sector in evenwicht’, 2016.

⁷⁷ EIOPA, ‘Consultation Paper on the methodology to derive the UFR and its implementation’, 6 april 2016. De exacte woorden zijn: “The method may not be sufficiently stable”.

van SZW andermaal aangegeven dat het risico bestaat dat de economische omstandigheden in het verleden zich niet meer voordoen, waardoor pensioenfondsen zich onterecht rijk rekenen en de rekening wordt doorgeschoven.⁷⁸

VI.3.2 Analyse: strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur?

99 Het voorgaande economisch overzicht is nog verre van volledig,⁷⁹ maar hieruit blijkt dat de roep van de economen om de rekenrente te wijzigen de afgelopen jaren steeds luider is geworden. Naar onze mening zijn de kritieken echter niet van zodanig zwaar gewicht dat geconcludeerd kan worden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het gedrang kunnen komen. Uit het bovenstaande overzicht blijkt immers dat er een debat wordt gevoerd met aldus ook tegengestelde meningen. Er kan moeilijk betoogd worden dat de rekenrente is gebaseerd op *evident* onjuiste of gebrekkige economische argumenten en de Staat daarom niet in redelijkheid tot de beslissing kon komen.

100 Bovendien geldt dat de overheid, gelet op haar wetgevende taak, een grote mate van beleidsautonomie geniet om eigen afwegingen te maken.⁸⁰ Dat geldt bij uitstek in deze gevallen waarin veel verschillende belangen gewogen moeten worden, die niet altijd parallel lopen aan elkaar. Elke keuze zal dan potentieel negatieve effecten kunnen hebben op een andere groep. De belangenafweging heeft de overheid ertoe genoopt om een risicomijdende koers aan te houden wat betreft de markrente ter bescherming van de jongere deelnemers. Deze afweging leidt zeer begrijpelijk tot onvrede bij de gepensioneerden, maar de literatuur is nog te verdeeld om te kunnen beargumenteren dat deze afweging ook evident onjuist of gebrekkig is.

VII ANALYSE: OVERIGE VEREISTEN AANSPRAKELIJKHEID

101 Uit het voorgaande blijkt dat wij zeer beperkte aanknopingspunten zien om te betogen dat de keuze van de wetgever voor de risicovrije rente onrechtmatig overheidshandelen oplevert. Als zou komen vast te staan dat de Staat in dit verband inderdaad onrechtmatig heeft gehandeld, is de vraag in hoeverre de Stichting daarvoor schadevergoeding van de Staat zou kunnen vorderen. Daarvoor moet zoals gezegd (naast onrechtmatigheid) aan de volgende eisen zijn voldaan: toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit.

102 In dat verband geldt naar ons oordeel het volgende:

- (i) Toerekenbaarheid: als vast komt te staan dat de Staat onrechtmatige wetgeving heeft uitgevaardigd, is toerekening aan de Staat automatisch gegeven (zie randnummer 36);
- (ii) Causaal verband en schade: in dit kader zal moeten worden aangetoond dat het wettelijk voorschrijven van een hogere rekenrente zou hebben geleid tot indexatie van

⁷⁸ *Kamerstukken I 2015/16*, 33 972, Y, p. 13.

⁷⁹ Wij hebben geen vermelding gemaakt van: Nienhuis, 'DNB vloert pensioenstelsel met rekenrentemethodiek', *Me Judice*, 11 januari 2017; Van Praag en Hemmers, 'Nederlandse pensioentoezichthouder is te voorzichtig in berekening dekkingsgraad', *Me Judice*, 8 september 2016; Van Praag, 'Hoe fabels over de rekenrente het pensioendebat doen ontsporen', *Me Judice*, 15 september 2012; Mensonides, 'Pensioenverplichtingen zijn te rentegevoelig geworden', *Me Judice*, 17 maart 2023; Vlaar, 'Toch nog maar een keertje de rekenrente', *Me Judice*, 25 januari 2019; Mensonides en Frijns, 'Rekenrente, welke kant op?', *Me Judice*, 23 oktober 2018.

⁸⁰ Vgl. Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 46.

BarentsKrans

de pensioenaanspraken (en daarmee het achterwege blijven van de door de (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden geleden schade). Het is de vraag of aan dit vereiste kan worden voldaan. Daarbij zal onder meer moeten worden aangetoond dat de dekkingsgraad bij een hogere rente, in de jaren waarover schadevergoeding wordt gevorderd, steeds voldoende zou zijn geweest om tot (volledige) indexatie over te gaan. Daarbij zal ook moeten worden aangetoond dat het bestuur van de betreffende pensioenfondsen ook daadwerkelijk tot indexering zouden hebben besloten. Het is immers geen gegeven dat bij een dekkingsgraad die ruimte biedt voor indexatie, het betreffende pensioenfonds ook daadwerkelijk zou hebben geïndexeerd.

- (iii) Relativiteit: in dit verband zal moeten worden aangetoond dat de geschonden norm waar een beroep op wordt gedaan, strekt tot bescherming tegen de schade zoals de (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden die hebben geleden.
- Ingeval van een beroep op onjuiste implementatie van IORP I, geldt dat IORP I moet strekken tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door IORP I nagestreefde doelstellingen dat de schade die is ontstaan als gevolg van onjuiste omzetting, valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn.⁸¹ Het is de vraag of aan dit vereiste kan worden voldaan, nu IORP I zoals gezegd wat ons betreft niet tot doel heeft om het belang van (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden te beschermen tegen het niet doorvoeren van indexatie (zie hoofdstuk V) .
 - Ingeval van een beroep op schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zal moeten worden aangetoond dat het betreffende beginsel strekt tot bescherming van de schade die de (oud-)deelnemers en pensioengerechtigden in dit geval hebben geleden. In het algemeen geldt dat maar de vraag is of algemene beginselen van behoorlijk bestuur strekken tot bescherming van vermogensrechtelijke bepalingen van particulieren.

103 Daarnaast dient rekening te worden gehouden met eventuele verjaringstermijnen. Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding door verloop van vijf jaren, na de dag waarop de benadeelde met de schade en de aansprakelijke persoon bekend is geworden. Aangezien de Nederlandse wetgeving reeds sinds 2007 de risicovrije rekenrente voorschrijft, zien wij een risico dat een eventuele vordering uit hoofde van onrechtmatige daad mogelijk (gedeeltelijk) verjaard is. Daarbij geldt specifiek voor een vordering op grond van onjuiste implementatie van een Europese richtlijn, dat een onjuiste implementatie iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert. Dit brengt mee dat daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren. In de procedure van *TMG/de Staat* die eveneens was gebaseerd op onjuiste implementatie van een Europese

⁸¹ Vgl. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, r.o. 3.4.4.

richtlijn, oordeelde de Hoge Raad dat de vordering niet was verjaard zover het de periode van vijf jaar voorafgaand aan de aansprakelijkstelling betrof.⁸²

- 104 Kortom, als de drempel voor onrechtmatig handelen door de Staat al wordt behaald (waar wij zeer beperkt mogelijkheden voor zien), zijn de mogelijkheden voor een schadevergoedingsactie vanuit de Stichting beperkt. Opmerking verdient daarbij dat een goede kosten/baten analyse gemaakt dient te worden nu ervaring leert dat de Staat doorprocedeert (tot de Hoge Raad aan toe) en de onderbouwing van de geleden schade en het bundelen van de vorderingen naar verwachting veel inspanningen en dus kosten met zich zal brengen.

VIII AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKING DNB

- 105 Dan tot slot staan wij nog kort stil bij een belangrijke aansprakelijkheidsbeperking voor DNB. Zoals gezegd kan discussie bestaan over de vraag of de keuze voor de risicovrije rekenrente is gemaakt door de wetgever (in de Pensioenwet dan wel het Besluit FTK) of door DNB. Mocht komen vast te staan dat de keuze voor de risicovrije rente is gemaakt door DNB, en niet door de wetgever (welke kans wij dus beperkt achten), is het volgende van belang.

- 106 Het grootste verschil tussen de wetgever en DNB is de mate waarin zij aansprakelijk gehouden kan worden. In tegenstelling tot de wetgever, is de aansprakelijkheid van DNB als toezichthouder vergaand beperkt in artikel 1:25d Wet financieel toezicht (**Wft**). In dat artikel staat:

“De Nederlandsche Bank, de leden van haar directie en raad van commissarissen en haar werknemers zijn niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.”

- 107 Uit de jurisprudentie en de memorie van toelichting blijkt dat deze beperking van aansprakelijkheid geldt voor al het handelen en nalaten dat rechtstreeks dan wel voldoende inhoudelijk verband houdt met de uitoefening van de wettelijke taken en bevoegdheden van DNB.⁸³ Zelfs als DNB handelt op basis van een bevoegdheid die zij achteraf niet meent te hebben kan DNB zich op dit artikel beroepen.⁸⁴

- 108 De wetgever heeft niet geconcretiseerd wanneer er sprake is van ‘opzettelijke onbehoorlijke taakuitoefening’ of ‘grove schuld’. Van het eerstgenoemde zal bijna nooit sprake zijn, omdat aangetoond moet worden dat DNB opzettelijk haar taken verwaarloost. Uit de algemene jurisprudentie over ‘grove schuld’ blijkt dat hiervan sprake is in het geval van roekeloos handelen

⁸² HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 (TMG/Staat)

⁸³ HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309 (De Stichting GSFS Pension Fund e.a./De Nederlandsche Bank N.V.), r.o. 3.3.3; Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 4.

⁸⁴ HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309 (De Stichting GSFS Pension Fund e.a./De Nederlandsche Bank N.V.), r.o. 3.3.4.

BarentsKrans

met de wetenschap dat er waarschijnlijk schade uit zal voortvloeien.⁸⁵ Uiteindelijk zal de Hoge Raad moeten bepalen hoe 'grove schuld' in artikel 1:25d Wft uitgelegd moet worden.

- 109 Al vóórdat artikel 1:25d Wft inwerking trad – 1 juli 2012 – was de aansprakelijkheid van DNB aanzienlijk beperkt. Hoewel de lat onder het huidige recht hoger ligt, blijkt uit de jurisprudentie dat DNB destijds ook in slechts enkele gevallen aansprakelijk gehouden kan worden.⁸⁶ Een belangrijke reden hiervoor was dat DNB over veel beleids- en beoordelingsvrijheid beschikt en de aard van haar taakuitoefening vergt dat zij rekening moet houden met tegengestelde belangen.
- 110 Gelet op deze stringente beperking van de aansprakelijkheid achten wij het op voorhand zeer onwaarschijnlijk dat DNB aansprakelijk gehouden kan worden voor het publiceren van de rentetermijnstructuur.

⁸⁵ HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4731 (*Solon*), r.o. 3.5.

⁸⁶ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (*Vie d'Or/DNB*), r.o. 4.3.3; HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014: 3349 (*DSB/AFM*), r.o. 3.4.1 e.v.