

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 13 juli 2006<sup>1</sup>

**I — Inleiding**

1. In de onderhavige zaak verzoekt de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, het Hof van Justitie om uitlegging van artikel 8 van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.<sup>2</sup> Artikel 8 van richtlijn 80/987 regelt de bescherming van de werknemersbelangen met betrekking tot hun rechten uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling in geval van insolventie van de werkgever.

2. Verzoekers in het hoofdgeding zijn voormalige werknemers van een inmiddels insolvente onderneming. Deze onderneming financierde twee instellingen voor bedrijfs-

pensioenvoorziening. Ten gevolge van de insolventie van de onderneming werden ook deze instellingen beëindigd, waarbij vast kwam te staan dat hun vermogen niet toereikend was om alle aanspraken van hun leden te vervullen. Om die reden worden verzoekers nu geconfronteerd met een aanzienlijke vermindering van hun contractueel overeengekomen bedrijfspensioen. In de door hen aangespannen procedure tegen het verantwoordelijke ministerie van het Verenigd Koninkrijk hebben zij zich gebaseerd op artikel 8 van richtlijn 80/987, om aanspraak te maken op financiële compensatie van deze pensioenvermindering.

3. Tegen deze achtergrond legt de verwijzende rechter aan het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen voor met betrekking tot de inhoud van de regeling van artikel 8 van richtlijn 80/987. Verder verzoekt de verwijzende rechter het Hof om verduidelijking van de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van een lidstaat voor de onjuiste uitvoering van een richtlijn.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 283, blz. 23.

## II — Rechtskader

### A — *Gemeenschapsrecht*

#### 1. Richtlijn 80/987

4. De eerste overweging van de considerans van richtlijn 80/987 luidt:

„Er zijn voorzieningen nodig om werknemers bij insolventie van de werkgever te beschermen in het bijzonder om de honorerings van hun onvervulde aanspraken te garanderen met inachtneming van de noodzaak van een evenwichtige economische en sociale ontwikkeling in de Gemeenschap.”

5. Afdeling II van de richtlijn, getiteld „Bepalingen inzake waarborgfondsen”, omvat regelingen met betrekking tot het honoreren van de loonaanspraken van de werknemers.

6. Artikel 4, lid 1, bepaalt dat de lidstaten bevoegd zijn om de in artikel 3 bedoelde betalingsverplichting van het waarborgfonds met betrekking tot het loon te beperken.

Conform artikel 4, lid 3, kunnen de lidstaten, „teneinde te voorkomen dat er bedragen worden uitgekeerd die voorbijschieten aan het sociale doel van deze richtlijn, een plafond vaststellen voor de waarborg voor het honoreren van onvervulde aanspraken van de werknemers”.

7. Afdeling III van de richtlijn, getiteld „Bepalingen inzake sociale zekerheid”, omvat beschermingsbepalingen ten aanzien van de uitkeringsaanspraken.

8. Conform artikel 6 kunnen de lidstaten voorschrijven dat „de artikelen 3, 4 en 5 niet gelden voor de premiebedragen uit hoofde van nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid of uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid”.

9. Artikel 7 bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen „om ervoor te zorgen dat het niet-betalen aan hun verzekeringsinstellingen van door de werkgever vóór het intreden van diens insolventie verschuldigde premiebedragen uit hoofde van de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid, het recht van de werknemer op prestaties ten aanzien van deze verzekeringsinstellingen niet nadelig beïnvloedt [...]”.

10. Artikel 8 van richtlijn 80/987 luidt:

„De lidstaten vergewissen zich ervan dat de nodige maatregelen worden getroffen om de belangen van de werknemers en die van de personen die de onderneming of vestiging van de werkgever op de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever reeds hebben verlaten, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of hun rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nage-laten betrekkingen, uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid.”

2. Richtlijn 2002/74/EG tot wijziging van richtlijn 80/987<sup>3</sup> (hierna: „wijzigingsrichtlijn 2002/74”)

11. De wijzigingsrichtlijn 2002/74 heeft geen wijzigingen aangebracht in artikel 8.

3 — Richtlijn 2002/74/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 80/987/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB L 270, blz. 10). De richtlijn is op 8 oktober 2002 in werking getreden en verplicht de lidstaten om deze vóór 8 oktober 2005 uit te voeren.

12. De tweede overweging van de considerans van deze richtlijn luidt:

„Richtlijn 80/987/EEG heeft tot doel werknemers bij insolventie van hun werkgever een minimum aan bescherming te bieden. Daartoe moeten de lidstaten een fonds oprichten dat de honorering van de onver-vulde loonaanspraken van de betrokken werknemers waarborgt.”

3. Richtlijn 2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening<sup>4</sup>

13. Volgens de achttiende overweging van de considerans van de richtlijn loopt „in geval van faillissement van een bijdragende onderneming [...] de deelnemer het gevaar zowel zijn werk als zijn verworven pensioen-rechten te verliezen”. Voorts is volgens deze overweging „[d]erhalve [...] een duidelijke scheiding tussen de bijdragende onderne-ming en de instelling noodzakelijk en dienen minimale prudentiële normen te worden vastgesteld om de deelnemers te bescher-men.”

4 — 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 (PB L 235, blz. 10). Deze richtlijn is op 23 september 2003 in werking getreden en houdt de verplichting voor de lidstaten in om deze vóór 23 september 2005 uit te voeren.

14. Artikel 8, waarin een juridische scheiding wordt voorgeschreven tussen de bijdragende onderneming en de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, is het enige artikel dat een regeling omvat met betrekking tot de insolventie van de bijdragende onderneming.

15. Volgens artikel 16, lid 2, van de richtlijn is toegestaan dat een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening gedurende een korte periode over onvoldoende activa beschikt; voor dat geval worden nadere regelingen getroffen.

#### B — *Nationaal recht*

16. De regelingen die in het Verenigd Koninkrijk zijn getroffen ter bescherming van de pensioenen van werknemers in geval van insolventie van de werkgever, houden hoofdzakelijk in dat het vermogen van de instelling voor bedrijfspensioenvoorziening is onttrokken aan het verhaal door schuldeisers en dat de als gevolg van de insolventie van de werkgever niet-betaalde premiebijdragen aan de instelling voor bedrijfspensioenvoorziening voor een bepaald gedeelte worden gefinancierd uit het National Insurance Fund.

17. Zelfs de toepassing van de in het Verenigd Koninkrijk voor werknemers gel-

dende beschermingsmaatregelen heeft echter niet kunnen voorkomen dat de pensioenrechten in wording van de eerste verzoekster na insolventie van de werkgever nog slechts 20 % en van de tweede verzoeker nog maar 49 % van hun volledige aanspraken bedragen.

#### III — **Feiten en hoofdgeding**

18. Verzoekers in het hoofdgeding zijn voormalige werknemers van de vennootschap ASW Limited (hierna: „ASW”), een vennootschap ten aanzien waarvan een insolventieprocedure loopt en die bij beslissing van 24 april 2003 in de liquidatieprocedure is geplaatst.

19. ASW had twee bedrijfspensioenregelingen, te weten het „ASW Pension Plan” en het „ASW Sheerness Steel Group Pension Fund” (hierna: „pensioenregelingen”). Bij beide pensioenregelingen gaat het om aanvullende bedrijfspensioenregelingen met de volgende kenmerken:

De hoogte van de uitkeringen werd berekend op basis van het aantal dienstjaren, aan de hand van het laatstverdiende loon. Deze uitkeringen staan bekend als „eindloonuitkeringen”. Volgens de voorschriften van de pensioenregelingen werden deze aan de ene kant gefinancierd door middel van betalen-

gen van de werknemers, die een percentage van hun loon als premiebijdrage dienden af te dragen. Aan de andere kant diende de werkgever de premie bij te dragen die noodzakelijk was voor het behoud en de verstrekking van de uitkeringen. Dergelijke regelingen staan bekend als „kostenbalans“-regelingen. De pensioenregelingen waren ondergebracht in een van de werkgever onafhankelijk trustfonds.

20. De pensioenregelingen van ASW hielden na aanvang van de insolventieprocedure in juli 2002 op te bestaan en verkeren thans in liquidatie. Volgens hun actuariële berekeningen bestonden er per 31 juli 2002 tekorten van respectievelijk 99,7 miljoen GBP (ASW Pension Plan) en 41,2 miljoen GBP (ASW Sheerness Steel Group Pension Fund). Het valt niet te verwachten dat ASW of overige ondernemingen nog verdere betalingen aan de pensioenregelingen zullen verrichten.

21. De activa van de pensioenregelingen zijn dus ontoereikend om alle reeds bestaande rechten en rechten in wording van de werknemers die lid waren van deze pensioenregelingen te kunnen honoreren.

22. In de wettelijk vastgelegde bepalingen van de pensioenregelingen is voor een dergelijk geval van onvoldoende dekking een bepaalde volgorde vastgelegd volgens welke aan de financiële verplichtingen tegen-

over de leden moet worden voldaan: de trusteees zijn verplicht om de activa van de pensioenregelingen allereerst aan te wenden om aan de aanspraken van die leden te voldoen die op het moment van aanvang van de liquidatie reeds een pensioen ontvangen, en daarna, voor zover er nog middelen resteren, uitkeringen te doen aan diegenen die op het moment van aanvang van de liquidatie nog geen pensioen ontvangen.

23. Toegepast op de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding, had deze regeling tot gevolg dat de pensioenrechten in wording van de werknemers van ASW die nog geen pensioen ontvingen, werden verminderd. Volgens de berekeningen van de actuaaris van beide pensioenregelingen bedraagt de verwachte uitkering van de eerste verzoekster hooguit 20 % van haar oorspronkelijke aanspraken uit hoofde van de bedrijfspensioenregeling en die van de tweede verzoeker slechts 49 % van zijn oorspronkelijke aanspraken.

24. Deze uitbetalingsverwachtingen volgen zonder meer uit de toepassing van de mechanismen waarin het recht van het Verenigd Koninkrijk voorziet om de rechten van werknemers op een bedrijfspensioen in geval van insolventie van hun werkgever te beschermen.

25. Omdat de wettelijke pensioenregeling van het Verenigd Koninkrijk aan gepensioneerden gemiddeld nog geen 37 % van hun laatstverdiende loon betaalt, bestaat

volgens verzoekers het grootste gedeelte van hun ouderdomspensioen uit aanvullende pensioenregelingen.

van werknemers volledig worden gefinancierd wanneer de particuliere werkgever van de werknemer insolvent is geraakt en het vermogen van hun regelingen onvoldoende is om deze uitkeringen te financieren?

26. Verzoekers hebben om die reden bij de verwijzende rechter een schadevergoedingsprocedure tegen de regering van het Verenigd Koninkrijk aanhangig gemaakt, ten-einde betaling te verkrijgen van het verschil tussen de contractueel toegezegde en de na insolventie van hun werkgever te verwachten pensioenuitkeringen. Zij baseren hun aanspraken op artikel 8 van richtlijn 80/987.

2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: zijn dan de vereisten van artikel 8 naar behoren uitgevoerd door de hiervoor beschreven, in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling?

#### **IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procesverloop voor het Hof**

27. Bij besluit van 22 juni 2005 heeft de verwijzende rechter de bij hem aanhangige procedure geschorst en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen gesteld:

3. Indien de wettelijke bepalingen van het Verenigd Koninkrijk geen uitvoering geven aan artikel 8, aan de hand van welke maatstaf moet de nationale rechter dan toetsen of de daaruit voortvloeiende schending van het gemeenschapsrecht ernstig genoeg is om aansprakelijkheid voor schade met zich te brengen? Kan met name de loutere inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan voor de vaststelling van een voldoende ernstige schending of moet er tevens sprake zijn van een klaarblijkelijke en ernstige miskening door de lidstaten van de grenzen van hun regelgevende bevoegdheden, dan wel dient een andere maatstaf te worden gehanteerd, en zo ja, welke?

1. Moet artikel 8 van richtlijn 80/987/EEG aldus worden uitgelegd dat de lidstaten met alle benodigde middelen dienen te verzekeren dat de uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende pensioenregelingen met eindloonsysteem verworven rechten

28. Verzoekers in het hoofdgeding, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Ierse regering en de Commissie hebben schrift-

lijke opmerkingen ingediend met betrekking tot het verzoek om een prejudiciële beslissing. Ter terechtzitting van 1 juni 2006 hebben verzoekers in het hoofdgeding evenals de Ierse en de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hun standpunten toegelicht.

kader van een procedure krachtens artikel 234 EG niet bevoegd is zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht. Het is wel bevoegd de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens betreffende het gemeenschapsrecht te verschaffen welke die rechter in staat kunnen stellen die verenigbaarheid te beoordelen met het oog op het vonnis in de voor hem aanhangige zaak.<sup>5</sup>

## V — Juridische beoordeling

### A — Eerste en tweede prejudiciële vraag

29. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 8 van richtlijn 80/987 de lidstaten verplicht om zelf betalingen te doen ter compensatie van tekorten die het gevolg zijn van het feit dat de activa van een pensioenregeling na insolventie van een werkgever niet voldoende zijn om aan alle aanspraken van de werknemers te voldoen.

30. Met de tweede prejudiciële vraag wordt het Hof verzocht om te toetsen of artikel 8 van richtlijn 80/987 naar behoren is uitgevoerd door de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling.

31. Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag zij eraan herinnerd dat het Hof in het

32. Zowel de eerste als de tweede prejudiciële vraag hebben dus betrekking op de uitlegging van artikel 8 van richtlijn 80/987.

33. Derhalve dienen de eerste twee prejudiciële vragen gezamenlijk te worden beantwoord, door allereerst te onderzoeken welke bescherming artikel 8 van richtlijn 80/987 eist: tegen welke aantastingen en in welke omvang worden de belangen van werknemers door artikel 8 beschermd? Vervolgens dient te worden beoordeeld of artikel 8 een verplichting voor de lidstaten inhoudt om deze bescherming te waarborgen door zelf betalingen te verrichten, in de zin van een aansprakelijkheid voor het compenseren van tekorten.

<sup>5</sup> — Zie arresten van 3 mei 2001, Verdonck (C-28/99, Jurispr. blz. I-3399, punt 28), en 30 april 1998, Sodiprem e.a. (gevoegde zaken C-37/96 en C-38/96, Jurispr. blz. I-2039, punt 22).

34. Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient voor het bepalen van de draagwijdte van een bepaling van gemeenschapsrecht rekening te worden gehouden zowel met de bewoordingen en de context als met de doelstellingen van die bepaling.<sup>6</sup>

#### 1. Beschermingsomvang van artikel 8 van richtlijn 80/987

35. Conform artikel 8 van richtlijn 80/987 vergewissen de lidstaten zich ervan „[...] dat de *nodige maatregelen* worden getroffen om de *belangen* van de werknemers [...] te *beschermen met betrekking tot* hun verkregen *rechten* of hun rechten in wording op *ouderdomsuitkeringen* [...]”.<sup>7</sup>

36. De beschermingsomvang van artikel 8 dient diensgevolge te worden bepaald door uitlegging van de begrippen „*bescherming van de belangen met betrekking tot verkregen rechten op ouderdomsuitkeringen*” en „*nodige maatregelen*”. Verder wordt de beschermingsomvang van artikel 8 bepaald door een nader vereiste, namelijk dat de aantasting van de rechten op ouderdomsuitkeringen *voortvloeit uit insolventie*.

a) Door artikel 8 van richtlijn 80/987 beschermde belangen

37. Allereerst valt op dat artikel 8 van richtlijn 80/987 doelt op de bescherming van de *belangen* en niet van de *rechten of aanspraken* van de werknemers. Met deze formulering geeft de gemeenschapswetgever zich enkel rekenschap van het feit dat de insolventie van de werkgever geen gevolgen heeft voor het bestaan in rechte van de aanspraken van werknemers, doch slechts de economische waarde van deze aanspraken aantast. Indien artikel 8 van de richtlijn een bescherming van de aanspraken van de werknemer zou hebben geboden, zou deze bescherming zinloos zijn geweest, omdat aan de aanspraken zelf door een insolventie van de werkgever geen afbreuk wordt gedaan. De insolventie van de werkgever kan echter wel nadelige gevolgen hebben voor de honorering van de aanspraken van de werknemers. De in artikel 8 gekozen formulering maakt derhalve duidelijk dat het achter deze aanspraken — die zelf onbeperkt voortbestaan — liggende economische belang van de werknemers bij de daadwerkelijke honorering van hun aanspraken dient te worden beschermd.

38. Wanneer derhalve artikel 8 strekt tot bescherming van het belang van de werknemers met betrekking tot hun verkregen rechten of hun rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, dan betekent dit met andere woorden dat het het belang van de werknemers met betrekking tot de uitbetaling van hun pensioenrechten beschermt.

6 — Zie de recente arresten van 8 december 2005, Jyske Finans (C-280/04, Jurispr. blz. I-10683, punt 34), en 9 maart 2006, Commissie/Spanje (C-323/03, Jurispr. blz. I-2161, punt 32).

7 — Cursivering van mij.



39. Alvorens vervolgens wordt onderzocht of dit belang van de werknemers volledig door artikel 8 wordt beschermd, moet worden nagegaan tegen welke aantastingen van deze belangen artikel 8 bescherming biedt.

b) Vereiste dat de aantasting voortvloeit uit insolventie

40. Het vereiste van het bestaan van een insolventie als voorwaarde voor de aantasting vloeit voort uit het onderwerp van richtlijn 80/987, die nu juist aan de werknemers bescherming biedt tegen aantasting van hun rechten ten gevolge van de insolventie van hun werkgever.

41. De ontoereikende financiering van een bedrijfspensioenregeling doet ongetwijfeld afbreuk aan de belangen van de werknemers met betrekking tot hun uitkeringen. In dat geval zijn de activa van de pensioeninstelling namelijk ontoereikend om aan alle aanspraken te voldoen.

42. Het is echter de vraag of artikel 8 van richtlijn 80/987 ook tegen een dergelijke vorm van aantasting bescherming van de werknemers verlangt. Naar de opvatting van de regering van het Verenigd Koninkrijk evenals van de Ierse en de Nederlandse

regering valt de bescherming tegen de ontoereikende financiering van een pensioenregeling niet binnen de werkingssfeer van artikel 8, omdat deze aantasting niet voortvloeit uit de insolventie. Voor de bescherming van de werknemersbelangen volstaat volgens deze regeringen dat er een scheiding is aangebracht tussen het vermogen van de werkgever en de pensioenregeling, waardoor wordt voorkomen dat schuldeisers zich bij insolventie van de werkgever kunnen verhalen op het vermogen van de pensioenregeling.

43. Ook de ontoereikende financiering van een pensioenregeling kan echter — afhankelijk van de invulling van de betreffende bedrijfspensioenregeling — een op insolventie berustende aantasting van de werknemersbelangen vormen.<sup>8</sup>

44. De stabiliteit van bedrijfspensioenregelingen kan, afhankelijk van hun invulling, door talrijke aan de regeling inherente factoren worden ondermijnd. Zo kunnen bijvoorbeeld onvoorziene ontwikkelingen op de kapitaalmarkten, demografische prognoses die niet blijken te kloppen of mismanagement ertoe leiden dat een ontoereikende dekking van de regeling ontstaat, dat de aan de toegezegde uitkeringen ten grondslag liggende berekeningen niet uitkomen en

8 — Zie in die zin reeds de conclusie van advocaat-generaal Lenz van 15 november 1988 in de zaak Commissie/Italië (C-22/87, Jurispr. blz. I-143, punt 49), die van mening is dat de opstellers van richtlijn 80/987 „het probleem van de bijdragen aan de fondsen ook in het kader van artikel 8 hebben willen regelen”. Het arrest van het Hof in deze zaak gaat niet in op deze vraag.

het als pensioen aan de werknemer toegezegde bedrag uit de bedrijfspensioenregeling niet kan worden uitgekeerd.

45. Richtlijn 80/987 behandelt echter — zoals uit de titel en het geheel van alle bepalingen van de richtlijn blijkt — uitsluitend de bescherming van de aantastingen van de werknemersbelangen *ten gevolge van insolventie*. Artikel 8 biedt slechts in zoverre bescherming dat het maatregelen eist waardoor wordt gewaarborgd dat de insolventie van de werkgever geen nadelige gevolgen voor de aanspraken van de werknemers uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling zal hebben.

46. Hieruit volgt dat een ontoereikende financiering van de bedrijfspensioenregeling op het eerste gezicht niet binnen de werkingssfeer valt van artikel 8. De verwezenlijking van bovengenoemde algemene risico's van een pensioenstelsel houdt namelijk in beginsel geen verband met een eventuele insolventie van de werkgever, maar staat geheel los daarvan.

47. De individuele invulling van een bedrijfspensioenregeling kan echter, in afwijking van deze principiële beoordeling, uiteindelijk tot gevolg hebben dat de verwezenlijking van aan het stelsel inherente risico's ook in geval van insolventie van de werkgever een benadeling ten gevolge van insolventie in de zin van artikel 8 vormt.

48. Hiervan dient met name te worden uitgegaan, indien de werkgever een pensioentoezegging heeft gedaan die los staat van de economische ontwikkeling van de bedrijfspensioenregeling. Van deze situatie is ook sprake bij de kostenbalans-regeling in het onderhavige geval. In het kader van een kostenbalans-regeling waarbij aan de werknemers een bepaald percentage van hun laatstverdiende loon als pensioen wordt toegezegd en op werkgever een bijdrageverplichting rust ten aanzien van het verschil tussen het door de bedrijfspensioenregeling gedekte en het toegezegde recht op uitkering, is het recht van werknemer ten bedrage van dit verschil blootgesteld aan het insolventierisico van werkgever. Voor zover dus de insolventie van werkgever aan een volledige invordering van dit verschil in de weg staat, is er sprake van een aantasting van het werknemersbelang ten gevolge van insolventie.

49. Dat het bedrag van het door de werkgever te vergoeden verschil ook afhankelijk is van de verwezenlijking van bepaalde risico's die niet voortvloeien uit de insolventie, kan niet leiden tot een ander oordeel. Binnen de kostenbalans-regelingen met eindloonstelsel heeft de verwezenlijking van dergelijke risico's namelijk enkel een versturende invloed op de interne berekening van de werkgever die geconfronteerd wordt met hogere compensatieverplichtingen dan oorspronkelijk voorzien was. De vraag waar het bedrag van de door de werkgever te betalen aanvullende bijdragen uit voortvloeit, heeft echter geen invloed op de kwalificatie van de niet-beta-

ling van deze bijdragen als aantasting van de werknemersaanspraken ten gevolge van insolventie. Zonder de insolventie zou namelijk voor de werkgever een betalingsverplichting hebben bestaan, onafhankelijk van de vraag waar het bedrag van de te betalen aanvullende bijdrage uit voortvloeit.

50. Bij een ontoereikende financiering van de pensioenregeling ten tijde van het ontstaan van de insolventie, heeft deze tot gevolg dat de situatie van ontoereikende financiering onveranderlijk wordt. Indien de activa niet toereikend zijn om alle overeengekomen en in het vooruitzicht gestelde uitkeringen te dekken en indien dit tekort op grond van de insolventie niet kan worden aangevuld, dan is deze ontoereikende financiering een gevolg van het ontstaan van de insolventie van de werkgever. Door deze insolventie wordt, wegens het uitblijven van aanvullende betaling, het risico verwezenlijkt dat een tijdelijk ontoereikende financiering voor de belangen van de werknemers heeft. Het risico verandert dan in een onherstelbare aantasting van deze belangen.

51. Daarom dient te worden geconstateerd dat in het onderhavige geval in het midden kan blijven welke ontwikkelingen hebben geleid tot de ontoereikende financiering van de pensioenregeling. Want indien door deze ontwikkelingen een volledige uitkering uit het fonds niet mogelijk zou zijn geweest, dan zou de werkgever in namelijk ieder geval verplicht zijn om in te staan voor deze uitkeringen, hetgeen thans ten gevolge van de ontstane insolventie niet meer mogelijk is.

52. De conclusie moet dus luiden dat de ontoereikende financiering van een pensioenregeling in beginsel geen benadeling vormt waartegen artikel 8 de werknemers in geval van een insolventie van hun werkgever beschermt. De specifieke structuur en invulling van een pensioenregeling kan er echter toe leiden dat dit principiële oordeel dient te worden gewijzigd, waardoor dus ook de ontoereikende financiering moet worden beschouwd als *benadeling ten gevolge van een insolventie* waartegen artikel 8 bescherming biedt. De in het onderhavige geval gekozen „kostenbalans-regeling” vormt een dergelijke bijzondere regeling waarbij een ontoereikende financiering van de pensioenregeling in geval van insolventie van de werkgever leidt tot een aantasting van de werknemersbelangen ten gevolge van de insolventie.

53. Ook richtlijn 2003/41 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, staat aan deze conclusie niet in de weg. Daarbij dient allereerst te worden opgemerkt dat richtlijn 2003/41 pas na de inleiding van de insolventieprocedure en de beëindiging van de pensioenregelingen in het onderhavige geval in werking is getreden. Zij heeft dus geen directe juridische consequenties voor deze casus, doch kan wel aanwijzingen bevatten voor de uitlegging van artikel 8. De regering van het Verenigd Koninkrijk, de Ierse en de Nederlandse regering wijzen er weliswaar terecht op dat pas met richtlijn 2003/41 uitdrukkelijk bepalingen voor de financiering van instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening zijn ingevoerd en dat artikel 16, lid 2, van deze richtlijn voor een korte periode zelfs een ontoereikende financiering toestaat. Dit biedt echter geen aanwijzing voor de uitlegging van artikel 8 van richtlijn 80/987. De twee richtlijnen regelen namelijk verschil-

lende onderwerpen. Richtlijn 80/987 behandelt de bescherming van de werknemersbelangen bij insolventie van de werkgever; richtlijn 2003/41 heeft betrekking op de bedrijfspensioenregeling. Uit het feit dat richtlijn 2003/41 voor een korte periode een ontoereikende financiering toestaat, kan geen antwoord worden afgeleid op de vraag hoe de werknemersbelangen worden beschermd wanneer een pensioenregeling door insolventie van de werkgever wordt getroffen en het opheffen van de ontoereikendheid van de financiering vanwege deze insolventie niet mogelijk is. Deze bescherming van de werknemers wordt door richtlijn 80/987 geregeld zoals hierboven uiteengezet.

## 2. Beschermingsniveau van artikel 8 van richtlijn 80/987

54. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Ierse regering eist artikel 8 van richtlijn 80/987 geen volledige bescherming van de actuele of toekomstige pensioenaanspraken van de werknemers, maar slechts een minimumbescherming. Zij geven echter niet aan welke concrete inhoud deze minimumbescherming naar hun mening heeft. Uit de uitlegging van artikel 8 blijkt echter dat dit een volledige bescherming verlangt.

### a) Bewoordingen van artikel 8 van richtlijn 80/987

55. Artikel 8 spreekt in algemene termen over de te beschermen belangen van de werknemers met betrekking tot hun pensioenen. Met de formulering „belangen met betrekking tot rechten” wordt, zoals boven uiteengezet, het achterliggende economische belang bij de honorering van dit recht bedoeld.

56. Het belang bij een aanspraak op een bedrijfspensioenregeling is het economisch belang bij de honorering van de overeengekomen rechten met betrekking tot het bedrijfspensioen. Dit economisch belang is gericht op de volledige uitkering van de overeengekomen pensioenbedragen. Het is immers niet in het belang van een werknemer om van slechts een gedeelte van zijn contractueel overeengekomen pensioenbedragen betaling te ontvangen. Uit het gebruik van het begrip „belang” kan derhalve, in tegenstelling tot de opvatting van de regering van het Verenigd Koninkrijk, niet worden afgeleid dat artikel 8 geen volledige bescherming zou eisen. Dit begrip is veeleer te verklaren door het feit dat de rechten van de werknemers door de insolventie van hun werkgever formeel niet worden aangetast.<sup>9</sup> De bewoordingen van dit artikel bevatten ook overigens geen aanwijzingen die pleiten voor een beperkt beschermingsniveau.

<sup>9</sup> — Zie punt 37 van deze conclusie.

57. Hierna dient te worden onderzocht of de uitlegging van de bewoordingen van het artikel door systematische en teleologische argumenten kan worden gestaafd of dat een dergelijke benadering tot een lager beschermingsniveau leidt.

b) Systematische argumenten

58. Wat de samenhang van de regeling van richtlijn 80/987 betreft, dient allereerst te worden vastgesteld dat de richtlijn geen regeling bevat die expliciet voorziet in een beperking van de beschermingsomvang van artikel 8, onderdeel van afdeling III van de richtlijn.

59. Aan de andere kant omvat afdeling II van de richtlijn, waar de bescherming van de loonaanspraken van de werknemers wordt behandeld, wel uitdrukkelijke mogelijkheden voor de beperking van de bescherming. Zo kunnen de lidstaten volgens artikel 4, lid 1, juncto lid 3, „teneinde te voorkomen dat er bedragen worden uitgekeerd die voorbischieten aan het sociale doel van deze richtlijn, een plafond vaststellen voor de waarborg voor het honoreren van onvervulde aanspraken van de werknemers”.

60. Daaruit valt volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk af te leiden dat een

minder volledige bescherming in beginsel te verenigen is met de sociale doelstellingen van de richtlijn, dus ook in het kader van artikel 8. De Ierse regering houdt een vergelijkbaar betoog en pleit ervoor dat artikel 4, lid 3, analoog wordt toegepast op artikel 8. Een dergelijke systematische uitlegging mag echter niet zomaar buiten beschouwing laten dat de regeling van artikel 4, lid 3, in een andere afdeling van de — strikt naar onderwerpen gestructureerde — richtlijn is ondergebracht. Afdeling II bevat bepalingen voor de waarborgfondsen ter honorering van de loonaanspraken van de werknemers in geval van insolventie, afdeling III bevat evenwel bepalingen betreffende de sociale zekerheid.

61. Verzoekers in het hoofdgeding benadrukken bovendien terecht dat deze verschillende onderwerpen van regeling inhoudelijk duidelijk van elkaar kunnen worden onderscheiden en niet hun oorsprong vinden in vergelijkbare belangen. Het uitblijven van loonbetalingen zal de werknemers duidelijk opvallen en meestal van korte duur zijn. In ieder geval kunnen zij daarop relatief snel reageren. Pensioenregelingen zijn daarentegen meestal erg onoverzichtelijk en complex en de gevolgen van het uitblijven van verwachte pensioenuitkeringen zijn groot, langdurig en nauwelijks te corrigeren. Aan een analoge toepassing van artikel 4, lid 3, op artikel 8 staat dus reeds in de weg dat de belangen waarin de regelingen hun oorsprong vinden erg verschillend zijn.

62. Ook artikel 6, dat is ondergebracht in afdeling III van de richtlijn en door een verwijzing naar artikel 3 e.v. een bepaald verband legt met afdeling II, staat niet in de weg aan bovenstaande overwegingen. Dit artikel regelt namelijk met de vraag naar het lot van de verdere premiebijdragen van de werknemers aan de instellingen voor pensioenvoorziening in geval van insolventie van de werkgever slechts een zeer beperkt deelaspect van de bepalingen betreffende de sociale zekerheid en heeft juist geen betrekking op reeds verkregen rechten van de werknemers.

63. Ook op basis van de systematische uitlegging kan derhalve worden geconcludeerd dat artikel 8 een volledige bescherming van de werknemersbelangen verlangt.

c) Teleologische uitlegging van artikel 8 van richtlijn 80/987

64. Ook een uitlegging aan de hand van de strekking en doelstelling van de richtlijn biedt ondersteuning voor de voorgestelde oplossing. In de eerste overweging van de considerans van de richtlijn wordt in dit verband eenduidig vastgelegd dat het doel van de richtlijn is gelegen in de bescherming van werknemers bij insolventie van hun werkgever.

65. Dienaangaande werd reeds benadrukt dat ten aanzien van hun pensioenaanspraken

bij insolventie van de werkgever bij werknemers een heel bijzondere beschermingsbehoefte bestaat. Aan de ene kant mag een werknemer er namelijk met recht op vertrouwen dat hij bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd naast zijn wettelijk pensioen ook het toegezegde bedrijfspensioen ontvangt en aan de andere kant zal in de regel alleen de combinatie van beide onderdelen van de oudedagvoorziening voor hem het behoud van een redelijke levensstandaard waarborgen. Een grote beschermingsbehoefte van de werknemer met betrekking tot zijn verkregen pensioenaanspraken vloeit — anders juist dan bij zijn loonaanspraken bij insolventie, die slechts een korte-termijn-effect hebben — in het bijzonder voort uit het feit dat een korting van de pensioenaanspraken gevolgen heeft voor de gehele pensioenperiode en het in de regel niet mogelijk is om dit pensioengat achteraf aan te vullen. Omdat bovendien de wettelijke oudedagvoorziening slechts een basisvoorziening is, zoals in het onderhavige geval niet wordt bestreden, zal de beschermingsbehoefte met betrekking tot het bedrijfspensioen steeds groter worden.

66. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de rechtspraak van het Hof betreffende de ratio van richtlijn 80/987. Het Hof heeft weliswaar herhaaldelijk vastgesteld dat het sociale doel van de richtlijn erin bestaat alle werknemers een communautaire minimumbescherming bij insolventie te waarborgen.<sup>10</sup> De regering van het Verenigd Koninkrijk

<sup>10</sup> — Zie arresten van 11 september 2003, Walcher (C-201/01, Jurispr. blz. I-8827, punt 38); 18 oktober 2001, Gharehveran (C-441/99, Jurispr. blz. I-7687, punt 26); 14 juli 1998, Regeling (C-125/97, Jurispr. blz. I-4493, punt 20); 10 juli 1997, Maso e.a. (C-373/95, Jurispr. blz. I-4051, punt 56); 19 november 1991, Francovich e.a. (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punten 3 en 21), en 2 februari 1989, Commissie/Italië (22/87, Jurispr. blz. I-143, punt 23).

beroept zich op deze rechtspraak om aan te tonen dat ook artikel 8 slechts een minimumbescherming en geen volledige bescherming van de werknemersbelangen verlangt. Daarbij wordt echter niet duidelijk gemaakt welke minimumbescherming concreet uit artikel 8 moet worden afgeleid.

67. Bij de bovengenoemde rechtspraak van het Hof ging het echter in geen enkel geval om de uitlegging van artikel 8 van richtlijn 80/987, maar in wezen om de bepalingen van de richtlijn die betrekking hebben op de loonaanspraken van de werknemers. Deze bepalingen omvatten echter uitdrukkelijke beperkingsmogelijkheden of bieden de lidstaten andere alternatieve wegen om een verschillende mate van bescherming te verlenen. Reeds uit de bewoordingen van deze bepalingen valt af te leiden dat zij slechts een minimumbescherming bieden. Uit artikel 8 zelf valt dit daarentegen juist niet af te leiden. Om die reden kan ook uit de algemene vaststelling van het Hof dat de richtlijn een minimumbescherming beoogt, geen beperking van de beschermingsomvang van artikel 8 voortvloeien.

68. Om dezelfde reden kan het betoog van de regering van het Verenigd Koninkrijk niet worden gevolgd dat uit een overweging van de considerans van de wijzigingsrichtlijn 2002/74<sup>11</sup> slechts een beperkte beschermingsomvang van artikel 8 van richtlijn

80/987 afleidt. Allereerst dient hierbij te worden gewezen op het feit dat de wijzigingsrichtlijn pas na aanvang van de insolventieprocedure voor ASW en na beëindiging van de pensioenregelingen van ASW in werking is getreden.<sup>12</sup> Een direct gevolg voor de juridische beoordeling van het onderhavige geval heeft zij dus niet. Zij zou hooguit een aanwijzing kunnen zijn voor de uitlegging van artikel 8. Deze richtlijn bevat overigens geen wijziging van artikel 8 van richtlijn 80/987.

69. De regering van het Verenigd Koninkrijk beroept zich op de tweede overweging van de considerans, die luidt dat richtlijn 80/987 „tot doel heeft werknemers bij insolventie van hun werkgever een minimum aan bescherming te bieden” en de lidstaten daarom verplicht tot oprichting van een fonds dat de honorering van de onvervulde aanspraken van de betrokken werknemers waarborgt. Uit het gebruik van het begrip „minimum aan bescherming” meent zij te kunnen afleiden dat ook het meer specifieke artikel 8 met betrekking tot de belangen van de werknemers ten aanzien van hun pensioenaanspraken alleen een minimumbescherming en geen volledige bescherming waarborgt. Daarbij wordt echter buiten beschouwing gelaten dat het begrip „minimumbescherming” wordt gebruikt in verband met de waarborgfondsen voor loonaanspraken van de werknemers, en niet met betrekking tot alle door richtlijn 80/987 geregelde onderwerpen. Uit deze formulering kan dus niet worden afgeleid dat ten aanzien van alle ten gevolge van een insolventie van de werkgever aangetaste werknemersaanspraken uitsluitend een mini-

12 — De richtlijn is op 8 oktober 2002 in werking getreden; de pensioenregelingen werden na aanvang van de insolventieprocedure van ASW in juli 2002 beëindigd.

11 — Waarbij richtlijn 80/987 werd gewijzigd.

met name de economische gevolgen van het waarborgen van de honorering van werknemersaanspraken van belang. Dergelijke beschermingsmaatregelen hebben vanzelfsprekend geen geringe kosten tot gevolg, die zelf ook weer economische consequenties hebben. Bij de bepaling van het beschermingsniveau van artikel 8 moet echter de uiteengezette grote beschermingsbehoefte van de werknemers met betrekking tot hun pensioenaanspraken een zodanig belangrijke rol spelen dat de in beginsel volledige bescherming van de werknemersaanspraken slechts bij hoge uitzondering kan worden beperkt. Indien bij de werknemers slechts een beperkte beschermingsbehoefte bestaat en een volledige honorering aan de andere kant onevenredig hoge kosten tot gevolg zou hebben, kan er mogelijk sprake zijn van een uitzonderingssituatie waarin — na een afweging waarbij met beide aspecten rekening wordt gehouden — een lager beschermingsniveau redelijk zou kunnen zijn. Redelijke beperkingen zouden bijvoorbeeld denkbaar zijn ten aanzien van toekomstige aanspraken van werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd nog lang niet hebben bereikt en die daardoor over compensatiemogelijkheden beschikken, en verder ten aanzien van bovengemiddeld hoge pensioenaanspraken. Van dergelijke uitzonderingen kan in de onderhavige casus echter geen sprake zijn. Ook om redenen van rechtszekerheid zou een dergelijke verlaging van het beschermingsniveau bovendien bij wet voorzien moeten zijn.

70. Voorlopig dient derhalve te worden geconcludeerd dat artikel 8 van richtlijn 80/987 een volledige bescherming van de werknemersbelangen met betrekking tot hun bedrijfspensioenaanspraken bij insolventie van de werkgever verlangt.

71. In het onderhavige geval is nog de vraag of een beperking van deze volledige bescherming bij wijze van uitzondering eventueel gerechtvaardigd kan zijn. Een aanwijzing voor de mogelijkheid van uitzonderingen op deze in het algemeen volledige bescherming zou uit de eerste overweging van de considerans van richtlijn 80/987 kunnen voortvloeien. Daarin wordt verklaard dat de werknemersbescherming met inachtneming van de noodzaak van een evenwichtige economische en sociale ontwikkeling in de Gemeenschap — dus niet absoluut — dient te worden gewaarborgd. In dit verband zijn

met name de economische gevolgen van het waarborgen van de honorering van werknemersaanspraken van belang. Dergelijke beschermingsmaatregelen hebben vanzelfsprekend geen geringe kosten tot gevolg, die zelf ook weer economische consequenties hebben. Bij de bepaling van het beschermingsniveau van artikel 8 moet echter de uiteengezette grote beschermingsbehoefte van de werknemers met betrekking tot hun pensioenaanspraken een zodanig belangrijke rol spelen dat de in beginsel volledige bescherming van de werknemersaanspraken slechts bij hoge uitzondering kan worden beperkt. Indien bij de werknemers slechts een beperkte beschermingsbehoefte bestaat en een volledige honorering aan de andere kant onevenredig hoge kosten tot gevolg zou hebben, kan er mogelijk sprake zijn van een uitzonderingssituatie waarin — na een afweging waarbij met beide aspecten rekening wordt gehouden — een lager beschermingsniveau redelijk zou kunnen zijn. Redelijke beperkingen zouden bijvoorbeeld denkbaar zijn ten aanzien van toekomstige aanspraken van werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd nog lang niet hebben bereikt en die daardoor over compensatiemogelijkheden beschikken, en verder ten aanzien van bovengemiddeld hoge pensioenaanspraken. Van dergelijke uitzonderingen kan in de onderhavige casus echter geen sprake zijn. Ook om redenen van rechtszekerheid zou een dergelijke verlaging van het beschermingsniveau bovendien bij wet voorzien moeten zijn.

13 — Volgens de rechtspraak van het Hof heeft de considerans van een gemeenschapshandeling geen bindende rechtskracht en kan deze niet worden aangevoerd om van de bepalingen zelf van die handeling af te wijken, en evenmin om deze bepalingen uit te leggen in een zin die kennelijk in strijd is met de bewoordingen ervan. Zie arresten van 19 november 1998, Nilsson e.a. (C-162/97, Jurispr. blz. I-7477, punt 54), en 24 november 2005, Deutsches Milch-Kontor (C-136/04, Jurispr. blz. I-10095, punt 32). Dit dient met name te gelden voor de considerans van een wijzigingsrichtlijn die het desbetreffende artikel zelf niet wijzigt.

72. Een nationale uitvoeringsmaatregel die, zoals in de onderhavige casus, uiteindelijk tot gevolg heeft dat voor de werknemers na insolventie van de werkgever onafhankelijk van de hoogte van het pensioen slechts 49 %



of zelfs nog maar 20 % van de toegezegde pensioenuitkeringen overblijft — zoals bij de eerste twee verzoekers in het hoofdgeding het geval was — kan in ieder geval geen recht doen aan het door artikel 8 geëiste beschermingsniveau (ook met inachtneming van de besproken mogelijkheid van een uitzondering op het volledige beschermingsniveau van artikel 8).

3. Met welke concrete maatregelen dienen de lidstaten de bescherming van de werknemersbelangen te waarborgen?

73. Hierna dient te worden onderzocht welke maatregelen de lidstaten ingevolge artikel 8 van richtlijn 80/987 moeten treffen om het vereiste beschermingsniveau te waarborgen. Met name dient met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag te worden verduidelijkt of artikel 8 tevens aan de lidstaten de verplichting oplegt om pensioentekorten die zijn ontstaan door insolventie, door eigen financiële bijdragen aan te vullen.

74. Conform artikel 8 van de richtlijn *vergewissen* de lidstaten zich ervan dat de *nodige maatregelen* ter bescherming van de belangen van de werknemers worden getroffen.

75. Verzoekers in het hoofdgeding hebben uiteengezet dat artikel 8 de lidstaten weliswaar niet verplicht om in te staan voor de

pensioentekorten, maar open laat wie deze tekorten dient op te vangen. Zij zijn evenwel van mening dat in dit verband een verplichting rust op de lidstaten, indien de aanspraken niet voldoende worden gehonoreerd.

76. Samen met de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Ierse regering en de Commissie ben ik echter van mening dat uit de richtlijn niet rechtstreeks een aansprakelijkheid van de lidstaten voor tekorten bij niet voldoende gewaarborgde uitkeringen kan worden afgeleid.

77. Zoals namelijk door alle partijen terecht wordt opgemerkt, is volgens de bewoordingen van artikel 8 van de richtlijn noch vereist dat de lidstaten zelf voor tekorten bij pensioenuitkeringen dienen in te staan, noch dat zij als borg in laatste instantie moeten optreden, wanneer voorafgaande beschermingsregelingen geen voldoende financiering kunnen bieden. Integendeel, de bewoordingen van artikel 8 laten er geen twijfel over bestaan dat met de formulering „vergewissen zich” bedoeld wordt dat de lidstaten slechts ervoor dienen te zorgen dat de bescherming van de werknemers uiteindelijk is gewaarborgd. Het staat de lidstaten vrij te bepalen hoe zij dit resultaat willen bereiken. De formulering is zo gekozen dat de nodige maatregelen met name ook kunnen worden overgedragen op de werkgevers, die bijvoor-

beeld bij wet verplicht zouden kunnen worden om de door hen toegezegde pensioenuitkeringen te waarborgen of gemeenschappelijke waarborgfondsen op te richten.<sup>14</sup>

78. Deze uitlegging vindt steun in een a contrario argument ontleend aan de bewoordingen van artikel 7, waarin is bepaald dat de lidstaten de „nodige maatregelen treffen om ervoor te zorgen [...]”. Wanneer artikel 8, dat direct volgt op artikel 7, de formulering van artikel 7 niet herhaalt, maar — in andere en zwakkere bewoordingen — slechts een zich vergewissen van de lidstaten vordert, laat dit zien dat artikel 8 juist geen rechtstreekse maatregelen van de lidstaten verlangt, maar dat deze ook mogen worden opgedragen aan derden. De lidstaten hoeven dus niet als borg in laatste instantie op te treden of anderszins garant te staan; zij hoeven dus niet zelf pensioenuitkeringen te verrichten.

79. Ten slotte dient voor de uitlegging van artikel 8 van richtlijn 80/987 nog de vraag te worden beantwoord wat „nodige maatregelen” in de zin van deze bepaling zijn. Nodig zijn die maatregelen die de volledige bescherming van de werknemersbelangen waarborgen. Welke maatregelen dit zijn, kan niet in het algemeen worden gezegd, maar hangt af van de aard en de structuur van de bedrijfspensioenregeling. Anders dan het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Nederland menen, is een scheiding van het vermogen van de werkgever en de pensioen-

regeling dus ook niet altijd voldoende.<sup>15</sup> Bij een kostenbalans-regeling, zoals in het onderhavige geval, is een scheiding van de vermogens niet voldoende om de werknemersbelangen te beschermen. Dit blijkt niet in de laatste plaats uit de enorme vermindering van de pensioenuitkeringen waarmee verzoekers in het hoofdgeding worden geconfronteerd.

80. Anders dan het Verenigd Koninkrijk meent, leidt ook de ontstaansgeschiedenis niet tot de conclusie dat artikel 8 aldus dient te worden uitgelegd dat slechts een scheiding tussen het vermogen van de pensioenregeling en dat van de werkgever wordt geëist. Het tot de door de regering van het Verenigd Koninkrijk ter beschikking gestelde stukken behorende verslag van een vergadering van de „Werkgroep Sociale Zaken” binnen de Raad, bevat weliswaar de verklaring van een vertegenwoordiger van de Commissie dat artikel 8<sup>16</sup> de verzekering van de scheiding van de vermogens omvat.<sup>17</sup> Maar deze verklaring is zonder de bijbehorende context niet eenduidig. Dat artikel 8 de scheiding van de vermogens *omvat*, betekent juist niet dat artikel 8 niet ook andere maatregelen kan verlangen.

15 — Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Lenz (aangehaald in voetnoot 8, punt 48).

16 — In de wetgevingsprocedure nog artikel 7 genoemd.

17 — Summary of proceedings of the Working Party on Social Questions on 14 and 15 March 1979, document van 19 maart 1979, nr. 5581/79, blz. 13a.

14 — Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak *Commissie/Italië* (aangehaald in voetnoot 8, punt 50). Het Hof is in zijn arrest in deze zaak niet ingegaan op dit punt.

81. Bovendien zijn de elementen van de ontstaansgeschiedenis voor de uitlegging van geringere betekenis.<sup>18</sup> Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen zelfs verklaringen uit een verslag met betrekking tot de aanname van de betreffende handeling niet worden gebruikt voor de uitlegging van een bepaling van afgeleid recht wanneer de inhoud ervan niet in de tekst van de betrokken bepaling is terug te vinden.<sup>19</sup> De objectieve draagwijdte van een bepaling van gemeenschapsrecht kan slechts uit deze bepaling zelf volgen, rekening houdend met de context daarvan.<sup>20</sup> Deze constatering van het Hof dient met name te gelden voor de verklaringen die een vertegenwoordiger van de Commissie heeft afgelegd in de vergadering van een werkgroep van de Raad. Omdat, zoals boven uiteengezet, in de bewoordingen van artikel 8 geen aanwijzingen zijn te vinden dat voor de omzetting ervan een scheiding van de vermogens voldoende is, kunnen ook factoren die betrekking hebben op de wetsgeschiedenis niet leiden tot een andere uitlegging.

82. Daarbij verlangt artikel 8 van richtlijn 80/987 niet noodzakelijkerwijs dat een pensioenregeling op elk moment volledig gefinancierd is; zoals de Nederlandse regering ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt. Dit artikel eist echter wel dat voor het geval dat een ontoereikende financiering bij insol-

ventie van de werkgever tot een aantasting van de werknemersbelangen leidt, een voorzorgsmaatregel (of een andere maatregel) wordt getroffen waardoor de pensioenaanspraken van de werknemers worden gewaarborgd.

#### 4. Tussentijdse conclusie

83. Als tussentijdse conclusie dient te worden vastgesteld dat artikel 8 van richtlijn 80/987 in beginsel een volledige bescherming van de werknemerbelangen met betrekking tot hun verkregen rechten en hun rechten in wording op uitkeringen uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling eist. Bij een pensioenregeling die, zoals in het onderhavige geval, berust op een kostenbalans-regeling, heeft deze bescherming ook betrekking op de gevolgen voor de pensioenaanspraken die voortvloeien uit de ontoereikende financiering van de regeling. Artikel 8 verplicht de lidstaten echter niet om deze bescherming te bieden door zelf betalingen te verrichten, in de zin van een aansprakelijkheid voor het compenseren van tekorten.

#### B — *Derde prejudiciële vraag*

84. Met de derde vraag wil de verwijzende rechter vernemen welke maatstaf hij in het kader van een gemeenschapsrechtelijke schadevordering op grond van de aansprake-

18 — Zie arrest van 21 januari 1992, Egle (C-310/90, Jurispr. blz. I-177, punt 12), waarin de ontstaansgeschiedenis niet ter bevestiging van het door middel van de andere methoden gevonden uitleggingsresultaat werd gebruikt.

19 — Zie arresten van 26 februari 1991, Antonissen (C-292/89, Jurispr. blz. I-745, punt 18), en 10 januari 2006, Skov e.a. (C-402/03, Jurispr. blz. I-199, punt 42); in zijn arrest van 23 februari 1988, Commissie/Italië (429/85, Jurispr. blz. 843, punt 9), heeft het Hof reeds vastgesteld dat een uitlegging die is gebaseerd op een verklaring van de Raad, geen rechtvaardiging kan opleveren voor een uitlegging die verschilt van de bewoordingen zelf van de richtlijn.

20 — Arrest van 15 april 1986, Commissie/België (237/84, Jurispr. blz. 1247, punt 17).

lijkheid van een lidstaat dient te hanteren om te bepalen of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht.

85. Volgens de rechtspraak van het Hof dient een lidstaat de schade die particulieren hebben geleden ten gevolge van een inbreuk op het gemeenschapsrecht, te vergoeden, wanneer aan de volgende drie voorwaarden is voldaan<sup>21</sup>:

- ten eerste moet de geschonden rechtsregel ertoe strekken particulieren rechten toe te kennen en de inhoud van deze regel moet op basis van de richtlijn afdoende kunnen worden vastgesteld;
- ten tweede moet de schending voldoende gekwalificeerd zijn; en
- ten derde moet er een rechtstreeks causaal verband bestaan tussen deze schending van de op de staat rustende gemeenschapsrechtelijke verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade.

21 — Zie o.a. arresten van 4 juli 2000, Haim (C-424/97, Jurispr. blz. I-5123, punt 36); 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 51), en 2 april 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Jurispr. blz. I-1531, punt 107).

86. Volgens de rechtspraak is het weliswaar in beginsel de taak van de nationale rechter om te toetsen of de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de lidstaten zijn vervuld.<sup>22</sup> Het Hof heeft niettemin in gevallen waarin het over voldoende informatie beschikte, bepaalde omstandigheden nader gepreciseerd waarmee de nationale rechter bij zijn beoordeling rekening kan houden.<sup>23</sup>

## 1. Rechten van particulieren

87. Volgens de rechtspraak van het Hof moet de geschonden rechtsregel ertoe strekken om particulieren rechten toe te kennen waarvan de inhoud met voldoende nauwkeurigheid op basis van de bepalingen van de richtlijn kan worden bepaald.<sup>24</sup>

88. Artikel 8 van richtlijn 80/987 verlangt — zoals boven uiteengezet — een waarborg voor een volledige bescherming van de verkregen rechten van werknemers op pensioenuitkeringen. De kring van personen die worden beschermd door artikel 8 van de

22 — Arresten van 26 maart 1996, British Telecommunications (C-392/93, Jurispr. blz. I-1631, punt 41); 17 oktober 1996, Denkavit e.a. (gevoegde zaken C-283/94, C-291/94, C-292/94, Jurispr. blz. I-5063, punt 49), en 24 september 1998, Brinkmann (C-319/96, Jurispr. blz. I-5255, punt 26).

23 — Zie arrest van 18 januari 2001, Stockholm Lindöpark (C-150/99, Jurispr. blz. I-493, punt 38).

24 — Zie arrest Francovich e.a. (aangehaald in voetnoot 10, punten 40 en 44) en arrest van 15 juni 1999, Rechberger e.a. (C-140/97, Jurispr. blz. I-3499, punten 22 en 23).

richtlijn, is daarmee dus voldoende nauwkeurig bepaald. Het Hof heeft dit in de zaak Francovich reeds vastgesteld ten aanzien van artikel 3 van de richtlijn.<sup>25</sup> De door artikel 8 van de richtlijn beschermde kring van personen verschilt niet van die van artikel 3 van de richtlijn.

89. Ook de inhoud van de rechten van de werknemers is voldoende nauwkeurig bepaald. Zoals boven vermeld, is volgens artikel 8 een volledige bescherming van de werknemersbelangen met betrekking tot hun pensioenaanspraken in geval van insolventie van de werkgever vereist.

## 2. Voldoende gekwalificeerde schending

90. Volgens de rechtspraak van het Hof is een schending voldoende gekwalificeerd, wanneer een lidstaat bij de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen de uitoefening van die bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend.<sup>26</sup>

91. De enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht kan volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan, wanneer de betrokken lidstaat op het moment van de inbreuk niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had.<sup>27</sup>

92. Uit de formulering van artikel 8, op grond waarvan het de lidstaten vrij staat om zelf de geschikte middelen te kiezen, kan niet worden afgeleid dat artikel 8 aan de lidstaten geen of slechts een zeer beperkte beoordelingsmarge toekent. Het Verenigd Koninkrijk kan verder ook niet worden verweten dat het helemaal geen maatregelen ter uitvoering van de richtlijn zou hebben getroffen.<sup>28</sup> De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft aangevoerd dat het met de scheiding tussen het vermogen van de werkgever en dat van de pensioeninstellingen en het tot op zekere hoogte nabetalen van premiebijdragen uitvoering wilde geven aan artikel 8 en meende daarmee toereikend uitvoering te hebben gegeven aan de vereisten van artikel 8.

93. De verwijzende rechter dient dus aan de hand van de verdere door het Hof geformuleerde criteria te onderzoeken of de lidstaat de grenzen waarbinnen de uitoefening van zijn bevoegdheden dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend. Bij deze toetsing dient de bevoegde rechter o.a. rekening te

25 — Zie arrest Francovich e.a. (aangehaald in voetnoot 10, punten 13 en 14).

26 — Zie arresten Brasserie du pêcheur (aangehaald in voetnoot 21, punt 55), Rechberger e.a. (aangehaald in voetnoot 24, punt 50), British Telecommunications (aangehaald in voetnoot 22, punt 42) en arrest van 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a. (C-178/94, C-179/94 en C-188/94 tot en met C-190/94, Jurispr. blz. I-4845, punt 25).

27 — Zie arrest van 23 mei 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Jurispr. blz. I-2553, punt 28), en arrest Dillenkofer (aangehaald in voetnoot 26, punt 25).

28 — Wanneer een lidstaat geen enkele van de maatregelen neemt die noodzakelijk zijn ter uitvoering van de richtlijn, zou hij alleen daardoor al de grenzen waarbinnen hij bij de uitoefening van zijn bevoegdheden dient te blijven, kennelijk en ernstig miskennen; zie het arrest Dillenkofer e.a. (aangehaald in voetnoot 26, punt 26).

houden met de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale instanties laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is, en de omstandigheid dat de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim.<sup>29</sup> Volgens de rechtspraak van het Hof dient verder rekening te worden gehouden met de vraag of de uitlegging van de bepaling van de richtlijn op basis waarvan de nationale wetgever de omzetting heeft uitgevoerd, te rechtvaardigen was of dat deze uitlegging kennelijk indruiste tegen de letter of het doel van de richtlijn.<sup>30</sup>

94. Met inachtneming van deze criteria lijkt het in het onderhavige geval twijfelachtig of de schending als voldoende gekwalificeerd kan worden beschouwd.

95. Vraag is of artikel 8 van richtlijn 80/987 de omvang en het niveau van de door dat artikel geëiste bescherming van de werk-

nemersbelangen voldoende duidelijk beschrijft. Met name het uit de samenhang van de regeling van de richtlijn voortvloeiende criterium van een benadeling ten gevolge van insolventie is niet duidelijk genoeg. Dat afhankelijk van de invulling van de betreffende bedrijfspensioenregeling de verwezenlijking van algemene risico's in geval van insolventie als een gevolg van de insolventie dient te worden beschouwd, ligt in ieder geval niet zonder meer voor de hand. De wijze waarop het Verenigd Koninkrijk het criterium van de benadeling ten gevolge van insolventie heeft uitgelegd, met het resultaat dat het de ontoereikende financiering van een pensioenregeling niet per definitie als een gevolg van insolventie beschouwt, lijkt in zoverre niet ongerechtvaardigd te zijn. Ook de uitlegging door de regering van het Verenigd Koninkrijk van het door artikel 8 verlangde beschermingsniveau is te rechtvaardigen. De Commissie heeft ter terechtzitting eveneens betoogd dat het beschermingsniveau van artikel 8 niet eenvoudig kan worden gedefinieerd.

96. Aan deze inschatting staat ook niet in de weg dat advocaat-generaal Lenz reeds in zijn conclusie van 1988 heeft vastgesteld dat voor de omzetting van artikel 8 een regeling „volgens welke alleen de feitelijk gevormde fondsen onaantastbaar zijn en waarbij niet wordt gewaarborgd, dat het fonds van de nodige middelen wordt voorzien”<sup>31</sup>, onvoldoende bescherming biedt. Hoewel het Hof in zijn arrest niet is ingegaan op deze vraag,

29 — Zie arresten *Brasserie du pêcheur* en *Factortame* (aangehaald in voetnoot 21, punten 55 en 56) en, recentelijk, arrest van 30 september 2003, *Köbler* (C-224/01, Jurispr. blz. I-10239, punt 55). Deze criteria zou de nationale rechter overigens ook moeten toepassen, indien men tot de conclusie zou komen dat de wetgever in het onderhavige geval slechts een zeer beperkte of helemaal geen beoordelingsmarge had. Volgens de rechtspraak van het Hof kan weliswaar, zoals boven uiteengezet, in deze situatie een enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht een voldoende gekwalificeerde schending vormen, maar dit hoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. Om te bepalen of de schending voldoende gekwalificeerd is, moet de nationale rechter ook in casu de genoemde criteria toepassen. Zie dienaangaande arrest *Haim* (aangehaald in voetnoot 21, punt 41 e.v.) en arrest van 28 juni 2001, *Larsy* (C-118/00, Jurispr. blz. I-5063, punt 39).

30 — Arrest *British Telecommunications* (aangehaald in voetnoot 22, punt 43).

31 — Zie conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak *Commissie/Italië* (aangehaald in voetnoot 8, punt 48).

zou men kunnen betogen dat het Verenigd Koninkrijk reeds op grond van deze uitlegging in de conclusie had kunnen weten dat artikel 8 van richtlijn 80/987 verdergaande maatregelen verlangt. Het zou echter te ver gaan om uit het onvoldoende inacht nemen van conclusies af te leiden dat er sprake zou zijn van een voldoende gekwalificeerde schending door de wetgever.<sup>32</sup> De wetgever kan namelijk niet door middel van een verzoek om een prejudiciële beslissing een antwoord van het Hof op een door een advocaat-generaal aangesneden, door het Hof echter niet beantwoorde vraag verkrijgen.

97. De voldoende kwalificatie van een schending kan verder ook worden ontkend met een beroep op de verschoonbaarheid van de rechtsdwaling of op de omstandigheid dat de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft bijgedragen tot het verzuim, de vaststelling of de instandhouding van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen.<sup>33</sup>

32 — Iets anders geldt mogelijk met betrekking tot de vraag of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht indien een hoogste rechter geen verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof indient.

33 — Zie arresten Brasserie du pêcheur en Factortame (aangehaald in voetnoot 21, punt 56) en arrest Köbler (aangehaald in voetnoot 29, punt 55), waarbij de omstandigheid dat de handeling van een gemeenschapsinstelling heeft bijgedragen tot de schending, zou kunnen worden beschouwd als onderdeel van het criterium van een verschoonbare rechtsdwaling.

98. In dit verband wordt een verslag van de Commissie uit het jaar 1995 van belang waarin deze in het kader van een toetsing van de nationale maatregelen ter uitvoering van richtlijn 80/987 heeft verklaard dat de desbetreffende maatregel van het Verenigd Koninkrijk aan de vereisten van artikel 8 „lijkt” te voldoen.<sup>34</sup> Weliswaar moet worden ingestemd met de opvatting van verzoekers in het hoofdgeding dat de Commissie een voorzichtige formulering heeft gekozen<sup>35</sup>, terwijl zij met betrekking tot beschermingsregelingen van andere lidstaten voor duidelijkere bewoordingen heeft gekozen.<sup>36</sup> Desalniettemin mag dit niet tot nadeel strekken van het Verenigd Koninkrijk, voor zover dit zijn opvatting dat de eigen uitvoeringsmaatregelen aan de voorwaarden van artikel 8 voldeden bevestigd zag in het verslag van de Commissie.

99. Per saldo lijkt uit de omstandigheden van het onderhavige geval te kunnen worden afgeleid dat de schending niet voldoende gekwalificeerd is.

34 — Verslag van de Commissie over de omzetting van richtlijn 80/987 van 15 juni 1995, COM(95) 164 def.

35 — Het verslag besluit het overzicht van de bepalingen van het Verenigd Koninkrijk met de woorden: „Met de genoemde bepalingen lijkt aan artikel 8 te zijn voldaan.”

36 — Zie bijvoorbeeld blz. 46 van het verslag van de Commissie (aangehaald in voetnoot 34) met betrekking tot de Spaanse omzettingsmaatregelen: „Met deze bepalingen voldoet het Spaanse recht aan artikel 8 van de richtlijn.”

## VI — Conclusie

100. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

1. Artikel 8 van richtlijn 80/987/EEG verlangt in beginsel een volledige bescherming van de werknemersbelangen met betrekking tot hun verkregen rechten en rechten in wording op uitkeringen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende pensioenregelingen. De bescherming van artikel 8 van richtlijn 80/987 heeft ook betrekking op aantastingen die voortvloeien uit de ontoereikende financiering van de pensioenregeling, indien deze aantastingen het gevolg zijn van een insolventie.
2. Artikel 8 van richtlijn 80/987 brengt voor de lidstaten niet de verplichting mee om de bescherming van de werknemersbelangen door eigen financiële bijdragen te waarborgen.
3. Volgens de rechtspraak van het Hof is een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd, wanneer de lidstaat bij de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen de uitoefening van zijn bevoegdheden dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend. De enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht kan volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan, wanneer de betrokken lidstaat op het moment van de inbreuk niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had.