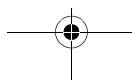
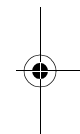
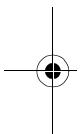
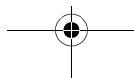
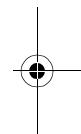
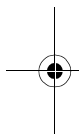




Inleidingen voor de Vereniging voor Pensioenrecht op 15 maart 2005
ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. P.M.C. de Lange







Publicaties van de Vereniging voor Pensioenrecht

15

De Pensioenfondsenrichtlijn



Op 15 maart 2005 heeft Pieter de Lange zijn bestuurslidmaatschap van de Vereniging voor Pensioenrecht neergelegd. Daarmee is ook een eind gekomen aan vele jaren van gewaardeerd voorzitterschap.

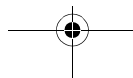
Ter gelegenheid daarvan en uit dank daarvoor wordt deze publicatie aan hem opgedragen.

Wij hopen dat hij als erelid nog lang betrokken zal blijven bij het werk van onze vereniging, zodat wij ook in de toekomst nog veel van hem kunnen leren.



2005

Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers
Amersfoort





Grafische vormgeving Bert Arts BNO

Technische realisatie GrafiData Deventer

© 2005, Vereniging voor Pensioenrecht

Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers

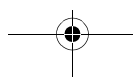
Postbus 2511, 3800 GB Amersfoort, tel. (033) 450 15 50, fax (033) 450 15 00.

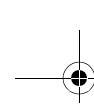
Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.





Inhoudsopgave

De implementatie van de IBPV Richtlijn / 7

Drs. I.N.H.M.A. van Es

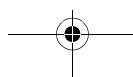
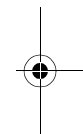
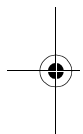
EU Pension Funds Directive

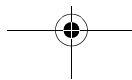
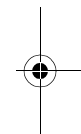
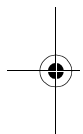
The UK's approach to implementation / 19

Mr. Philip F.J. Bennett

Implementatie van de Pensioenfondsenrichtlijn / 39

Mr. Rob ten Wolde





De implementatie van de IBPV Richtlijn

Drs. I.N.H.M.A. van Es¹

De 25 lidstaten van de Europese Unie² dienen de Richtlijn betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV)³ voor 23 september 2005 te implementeren in nationale wetgeving. Om een coherente en consistente interpretatie en implementatie van de Richtlijn te bevorderen heeft de Commissie op 22 oktober 2004 een interpretatievergadering met de lidstaten belegd, waarvan de belangrijkste conclusies zijn samengevat in de Bijlage (MARKT/2527/04).⁴ Een vervolg op 19 april 2005 is gepland.

Bij de implementatie moet in het oog worden gehouden dat deze Richtlijn als doel heeft het bereiken van een op Europese schaal georganiseerde *interne markt* voor bedrijfspensioenvoorziening.⁵ IBPV's maken deel uit van die markt.

Om dit mogelijk te maken is het allereerst nodig geweest de prudentiële vereisten te coördineren waaraan deze instellingen dienen te voldoen. Belangrijkste element hierbij is het prudent person-principe voor beleggingen. Hierdoor zijn hogere beleggingsopbrengsten mogelijk dan met strikte beleggingsregels. Lidstaten die dat wensen kunnen echter bepaalde restricties opleggen, maar deze zullen aan het algemene uitgangspunt moeten voldoen en prudentieel gerechtvaardigd moeten zijn.

Tegelijkertijd worden eisen gesteld met betrekking tot het vaststellen van technische voorzieningen en de volledige dekking daarvan, de scheiding tussen sponsor en IBPV, het eigen vermogen en de informatieverstrekking aan deelnemers. Lidstaten kunnen in bepaalde gevallen ring-fencing verplicht stellen. Het totaal aan prudentiële vereisten maakt een efficiënte uitvoering mogelijk, gekoppeld aan een hoge mate van zekerheid voor deelnemers.

De coördinatie van de prudentiële vereisten door de Richtlijn vereenvoudigt het uitvoeren van pensioenregelingen voor sponsors in een andere lidstaat en daarmee het grensoverschrijdende deelnemerschap. De tweede pijler van de Richtlijn bestaat dan ook uit het scheppen van de moge-

- 1 De auteur is werkzaam bij de Europese Commissie. Deze bijdrage is echter op persoonlijke titel geschreven en representeert enkel en alleen de visie van de auteur. Het kan in geen enkel geval worden gezien als een officieel standpunt van de Europese Commissie.
- 2 Een formeel besluit dat Noorwegen, IJsland en Liechtenstein ook implementeren wordt spoedig verwacht.
- 3 Richtlijn 2003/41/EG, Publicatieblad L 235/10 van 23.09.2003. Een IBPV is een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening.
- 4 http://europa.eu.int/comm/internal_market/pensions/docs/legislation/markt-2527-04-conclusions_en.pdf
- 5 Artikel 249 van het EG Verdrag: 'Een richtlijn is *verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat* voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.'



lijkheid voor IBPV's bijdragen te aanvaarden van sponsors uit andere lidstaten. Omgekeerd wordt het voor sponsors mogelijk IBPV's in andere lidstaten te sponsoren.

IBPV's dienen in het geval van grensoverschrijdende activiteiten de op de *pensioenregeling* van toepassing zijnde sociale en arbeidswetgeving uit de andere lidstaat te respecteren. Dit geldt overigens ook voor eventuele additionele eisen ten aanzien van informatieverstrekking aan deelnemers. De reikwijdte van deze sociale en arbeidswetgeving beperkt zich tot de pensioenregeling en strekt zich *niet* uit tot de IBPV zelf.

De correcte invulling door de lidstaten van het begrip sociale en arbeidswetgeving is cruciaal bij het realiseren van deze interne markt.



EUROPEAN COMMISSION
Internal Market DG
FINANCIAL INSTITUTIONS
Insurance

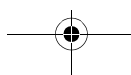
MARKT/2527/04-EN
Or.



Main conclusions
of the Meeting on 22 October 2004 on the
transposition of the
IORP Directive

Directive 2003/41/EC
of the European Parliament and of the Council
on the activities and supervision of
Institutions for Occupational Retirement Provision

Commission européenne, B-1049 Bruxelles / Europese Commissie, B-1049 Brussel - Belgium. Telephone: (32-2) 299 11 11.
Office: C107 01/46. Telephone: direct line (32-2) 298.45.78. Fax: (32-2) 299.30.75.
http://europa.eu.int/comm/internal_market/
E-mail: ivo.van-es@cec.eu.int



1 INTRODUCTION

On 22 October 2004 a meeting with Member States was held. The objective was to help Member States transposing Directive 2003/41/EC of the European Parliament and of the Council on the activities and supervision of Institutions for Occupational Retirement Provision (IORPs) on time, i.e. 23 September 2005. To that end the discussion focused on issues identified as a potential source of difficulty for the transposition and that may give rise to a diverging interpretation by the Member States.

The organisation of the meeting follows from the Commission Communication of 11 December 2002 on better monitoring of the application of Community law (COM(2002) 725), in which the Commission recalls that the prime responsibility for implementing Community law, both the Treaty and secondary legislation, lies with Member States, while stressing that cooperation between the Commission and Member States, notably when Directives are being transposed, is a crucial element in the effective monitoring of Community law.

This document reflects the main conclusions and majority views as seen by the Services of the Commission. It does not necessarily reflect individual Member States' opinions or those of the Commission, nor does it affect the Commission's right to raise any errors of transposition at a later stage, in the framework of the examination of national implementing measures of the Directive.

2 ISSUES DISCUSSED

General

The CEIOPS Working Group on Occupational Pensions is currently drafting a cooperation Protocol for supervisors in the framework of the Directive. A first version has been drafted. A discussion in the CEIOPS plenary session of the final draft is expected to take place in February 2005. The WG aims at adoption of the Protocol well before the implementation deadline of the Directive.

Article 1: Subject

Pursuant to Article 22(1) of the Directive 'Member States shall bring into force laws, regulations and administrative provisions to comply with this Directive before 23 September 2005'. There is no partial or full relaxation from the obligation to transpose. The Act of Accession to the Treaty of Ac-

cession of the 10 new Member States does not provide any transition period or material change of the Directive. The EEA Agreement is expected to be amended shortly to include this Directive. As a consequence Iceland, Liechtenstein and Norway will also have to implement the Directive. Therefore, all 28 States are obliged to implement the Directive, even if no IORPs exist in a State at the moment. As it is up to the Member States how to organise their pension system, the Directive does not oblige Member States to set up IORPs, but Member States shall put in place a legal framework to allow IORPs to be set up and to be sponsored.

Article 2: Scope

If an institution manages only statutory pensions (1st Pillar, covered by Regulation 1408/71 and 574/72), it is not an IORP. An IORP that also manages statutory pensions is an IORP that falls under Article 3. Crucial for the determination whether an institution is an IORP is that the IORP is established for the purpose of providing retirement benefits in the context of an occupational activity on the basis of an agreement or a contract agreed between (roughly) employer and employee (see also Article 6(a), definition of an IORP).

Article 2(2)(a) refers to schemes covered by Regulation (EEC) 1408/71. However, that Regulation has been replaced by Regulation (EC) 883/2004, without any reference to Directive 2003/41/EC. Nonetheless, any reference in the Directive to Regulation 1408/71 should be read as a reference to Regulation 883/2004.

Article 4: Optional application to institutions covered by Directive 2002/83/EC

The term 'ring-fence' has not been defined in the Directive, but it is a kind of separation. Ring-fencing may have different meanings and consequences in Article 3 (ring-fencing between 1st and 2nd pillar pensions), Article 4 (ring-fencing between insurance business and IORP business) and Articles 16(3) and 18(7) (ring-fencing between home and host activities within the IORP). It seems reasonable to require in Article 4 the same kind of separation required by Articles 18 and 19 of the Life Directive (2002/83/EC). Ring-fencing does not imply that legislation should provide that only a part of the IORP/insurer can go bankrupt. However, in such a case priority of assets covering pension liabilities or earmarking of assets covering provisions could be considered.

When a Member State wants to apply Articles 9 to 16 and Articles 18 to 20 to life insurance undertakings it shall apply this option to all insurers. In that case, an insurer who wishes to do IORP business shall ring-fence assets and liabilities corresponding to the IORP business. The ring-fencing of IORP business from regular life insurance business is important, because different investment rules will apply to the corresponding assets of the IORP business. Only one (required and available) solvency margin will exist for the total (regular life insurance and IORP) business, for which the provisions of the Life Directive will apply.

Article 5: Small pension institutions and statutory schemes

Member States have to apply the Directive whenever the limit of 100 members has been exceeded. They may choose not to apply the Directive whenever the number is below 100. For practical reasons Member States may want to apply the Directive also during a period in which the IORP has fewer members, or introduce a lower threshold.

Article 6: Definitions

Article 6(a) refers to 'a contract agreed...with self-employed persons, in compliance with the legislation of the home and host Member States'. This implies a contract between self-employed persons and the IORP, provided Member State's law allows such contracts to be concluded. Each Member State is free to determine if and/or under which conditions a contract with a self-employed person should fall under the IORP Directive or the Life Directive.

Article 6(e) defines member as 'a person whose occupational activities entitle or will entitle him/her to retirement benefits in accordance with the provision of a pension scheme'. This would imply that non-active members are included in the definition, but that it excludes widows and orphans as for the latter category there is no link to occupational activity. It also excludes persons who receive a retirement benefit, as this category is included in the definition of 'beneficiary' (Article 6(f)).

Article 7: Activities of an institution

Article 7, 1st paragraph refers to 'activities arising therefrom', whereas Article 6(a) refers to 'activities directly arising therefrom'. Is there any difference between the two? It is clear that an IORP should not manage e.g. a car manufacturer, as this activity would not arise from pension activities.

Of course, it may invest in such a company if compatible with the prudent person principle. However, an IORP would be allowed to manage an investment company, as that would arise from the investment activities of the IORP.

Article 9: Conditions of operation

Article 9(1)(c) requires that rules regarding the functioning of any pension scheme are properly constituted. This can be done e.g. by inserting these rules in the institution's articles of association.

Article 9(1)(f) requires Member States to ensure that the members are sufficiently informed of the conditions of the pension scheme. This implies that not every technical detail has to be provided, but that a practical way should be found by which the members receive relevant information about the scheme.

Article 9(2) is based on an EP amendment with the objective i.a. to provide longevity cover for Defined Contribution schemes. Member States have the possibility to give employers and employees a choice: to provide to members longevity and disability cover, provision for surviving dependants and a guarantee of repayment of contribution as additional benefits. If Member States do not use this option, employers and employees can still agree that these additional benefits be provided to members.

Article 10: Annual accounts and annual reports

Article 10 requires annual accounts and annual reports to give a true and fair view of the institution's assets, liabilities and financial position. Annual accounts consist of a balance sheet, a profit and loss account and notes to the accounts. Furthermore, they shall be consistent, comprehensive, fairly presented and duly approved. The exact content is left to the Member State, but the annual reports and annual accounts should fulfil the mentioned requirements.

The requirement of Article 10 to provide annual accounts and reports 'where applicable' for each pension scheme, should be read in conjunction with Article 11(2)(a): 'Members and beneficiaries ... shall receive: a) on request, the annual accounts and the annual reports referred to in Article 10, and, where an institution is responsible for more than one scheme, those relating to their particular pension scheme;'. This implies that for each pension scheme operated by an IORP, annual accounts and reports should be available. If ring-fencing is applied, annual accounts and annual reports shall reflect those ring-fenced activities.

Article 11: Information to be given to the members and the beneficiaries

The words 'their representatives' in Articles 11(2) and 11(3) may refer e.g. to trade union representatives. Article 11(4) applies to all products offered by the IORP, irrespective of the time horizon.

Article 12: Statement of investment policy principles

Article 12 lays down a minimum requirement concerning the content of the investment policy statement. It is up to Member States to determine the details in function of supervisory needs.

Article 15: Technical provisions

An IORP has to 'establish ... an adequate amount of liabilities' (Article 15(1)). If the IORP covers also biometric risks, or guarantees an investment performance or a given level of benefits, sufficient technical provisions shall be established (Article 15(2)). If e.g. a Defined Contribution scheme is offered with an annuity guarantee in the pay-out phase, or an investment guarantee in the build-up phase, or where biometric risks are covered, technical provisions shall be established. If these guarantees are not provided an adequate amount of liabilities shall be established.

When the obligations of the sponsoring undertaking are taken on by an IORP it shall establish an adequate amount of liabilities corresponding to those financial commitments. It is not conceivable that in such a case the liabilities are partly accounted for by the IORP and partly by the sponsoring undertaking. In addition, in case the IORP fully transfers to third parties (in particular, to third parties subject to prudential regulation) the risk arising from biometric risks and/or guarantees of an investment performance or a given level of benefits (e.g. by using reinsurance), sufficient technical provisions and additional assets should be held. The claim of members on the IORP remains the same, even after transfer of certain risks. Reinsurance may lead to a claim on the reinsurance undertaking which should be accounted for.

There is no significant difference in the meaning of the terminology in Article 15(2) which refers to 'guarantee either an investment performance or a given level of benefits' and Article 17(1) which refers to 'guarantees a given investment performance or a given level of benefits'.

The technical provisions shall be calculated 'on the basis of actuarial methods recognised by the competent authorities' (Article 15(4)). The

technical rate of interest shall be 'determined in accordance with any relevant rules of the home Member State' (Article 15(4)(b)). This implies that Member States can determine the technical rate of interest, or determine the rules to calculate the interest rate.

Article 15(5) provides that 'The *home Member State* may make the calculation of technical provisions subject to additional and more detailed requirements, with a view to ensuring that the interests of members and beneficiaries are adequately protected'. This implies that generic requirements may be put in place. Based on Article 14(2) 'the *competent authorities* shall have the power to take any measures', which enables corrective action at the level of the individual institution.

Article 16: Funding of technical provisions

Article 16(1) requires an IORP to have at all times sufficient assets to cover technical provisions. However, according to Article 16(2) Member States may allow an IORP, for a limited period of time, to have insufficient assets. In this case it shall require a plan to *re-establish* the required amount of assets to cover fully the technical provisions in due time.

This implies that the normal business situation is a situation in which the technical provisions are fully funded. If the IORP is not fully funded, this does not automatically imply closing the business. The IORP has to provide a plan to re-establish full funding in due time.

Article 16(3) requires IORPs to be fully funded in respect of the total range of schemes, i.e. total liabilities, in the event of cross-border activity. To comply with the requirement to be fully funded, home Member States may require ring-fencing of assets and liabilities as a general provision. Here, the ring-fencing implies a separation between home Member State schemes on the one hand and all other schemes on the other.

Article 17: Regulatory own funds

Article 17(2) provides that 'for the purposes of calculating the minimum amount of additional assets', the rules laid down in Articles 27 and 28 of the Life Assurance Directive shall apply. The reference to that Directive is made only for calculation purposes. It does not imply that the elements eligible for the solvency margin for life assurers are by definition eligible for the regulatory own funds of IORPs.

Article 17(2) does not change the principle laid down in Article 18(2) that borrowing (including subordinated loans) is prohibited and may be allowed 'only for liquidity purposes and on a temporary basis'. In addition,

solvency requirements neither have a liquidity purpose nor are they temporary. Therefore, subordinated loans cannot be included in that calculation.

Article 17(3) provides a Member State option to require IORPs to hold regulatory own funds. Where Article 17(1) may not include pure Defined Contribution schemes, Article 17(3) does.

Article 18: Investment rules

Article 18(1)(c) requires assets to be invested predominantly on regulated markets. Indirect investment via collective investment vehicles where underlying assets are traded in regulated markets should be treated as being equivalent to direct investment on regulated markets, based on a 'look through' principle.

The words 'portfolio as a whole' in Article 18(1)(f) refer to all assets of the IORP. The national legislator is competent to define 'group' (Article 18(1)(f)).

Article 18(5) 1st subparagraph requires a prudential justification for more detailed rules. The 2nd subparagraph allows Member States to apply provisions 'similar to those of Directive 2002/83/EC', implying that these rules need not necessarily be the same. The use of similar rules as in the Life Assurance Directive needs to be prudentially justified, as required by the 1st subparagraph and should be in accordance with the more general investment principles of Article 18(1) to (4).

The 70% limit in Article 18(5)(a) applies to the total volume of shares, negotiable securities treated as shares and corporate bonds. Member States shall not prevent institutions from investing up to 70% in these securities, nor shall Member States prevent institutions deciding on the relative weight of these securities in their investment portfolio.

Article 18(5)(c) provides that Member States shall not prevent institutions from investing in risk capital markets. Therefore, Member States can not set general quantitative limits for investments in risk capital markets. Of course, these investments have to be in accordance with the prudent person principle laid down in Article 18(1) to (4).

In case a host Member State wants to apply the rules in 18(7) 2nd subparagraph to an IORP located in another Member State, it shall only apply these rules if the same or stricter rules also apply to IORPs located in the host Member State. If it decides to apply those rules, it shall apply them to every IORP that wants to do cross-border business in that host Member State. Otherwise the host Member State would discriminate. Compliance

with these investment restrictions imposed by the host Member State will be supervised by the competent authorities of the home Member State.

Article 19: Management and custody

The appointment of investment managers and custodians for the management of investments and/or for the custody of assets is not obligatory. Member States may make the appointment of a depository or a custodian compulsory (Article 19(2) 2nd subparagraph). For the purpose of defining these terms the UCITS Directive could be used as a source of inspiration. In the case that the appointment of a depository is mandatory according to the host Member State provisions, this is not needed for IORPs that provide cross border services. This is for the home Member State to decide.

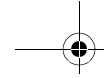
Article 20: Cross-border activities

Article 20(2) provides that before an IORP starts cross-border activities, it shall be subject to a prior authorisation by the home Member State. This authorisation is required only once. Article 20(2) and 20(3) provides that the IORP has to notify every single time it accepts sponsorship from a new sponsoring undertaking located in another (host) Member State.

Even if it has not been addressed specifically in the Directive, an IORP can open a branch. No notification to the host Member State is needed for opening a branch, but may be required by the home Member State. However, when an IORP wishes to accept sponsorship from a sponsoring undertaking in that host Member State, it shall respect the requirements of notification in accordance with Article 20(2) and 20(3).

An IORP has to comply with the host Member State's 'requirements of labour and social law relevant to the field of occupational pensions under which the pension scheme ... must be operated' (Article 20(5)). According to Article 6(j) that social and labour law should be 'applicable to the relationship between the sponsoring undertaking and members'. The requirements of social and labour law can be seen as a form of general good provisions, which must come in a field which has not been harmonised, and have to be proportionate, objectively necessary and non-discriminatory. In addition the provisions shall also not be safeguarded by rules to which the provider of services is already subject in the home Member State.

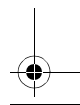
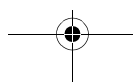
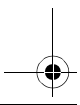
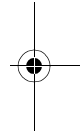
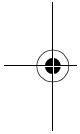
Recital 37 gives a few examples of relevant social and labour law: 'the definition and payment of retirement benefits and the conditions for transferability of pension rights'. Governance of a pension scheme could be



part of relevant social and labour law. However, the governance of the IORP is part of home Member State company law. Taxation is not part of relevant social and labour law.

In the context of Article 20(9) the compliance with the host Member State's requirements of relevant social and labour law as well as host Member State's information requirements shall be supervised by the competent authorities of the host Member State. Member States are free in organising supervision. The Directive does not exclude that more than one authority could be competent in the supervision of IORPs. In that case close cooperation between home Member State competent authorities is called for, based on Article 20(2).

Article 20(11) provides that in case of breaching the applicable provisions of the host Member State's social and labour law, the host Member State authorities may take appropriate measures to prevent or to penalise further irregularities. This is not the case for breaching the provisions concerning information requirements, as those requirements are not part of relevant social and labour law and not mentioned in Article 20(11).



EU Pension Funds Directive The UK's approach to implementation

Mr. Philip F.J. Bennett

A INTRODUCTION

1. This is a large topic and so I have limited this paper:
 - 1.1. to an overview of the steps taken by the United Kingdom in implementing the Pension Funds Directive¹ and
 - 1.2. some particular issues which may be of wider interest.
2. The topics referred to in 1.2 above are:
 - some issues in relation to technical provisions/funding (Articles 15 and 16 of the Pension Funds Directive);
 - investment restrictions (Article 18 of the Pension Funds Directive); and
 - issues in relation to cross-border activities (Article 20 of the Pension Funds Directive).

B OVERVIEW OF THE STEPS TAKEN BY THE UNITED KINGDOM TO IMPLEMENT THE PENSION FUNDS DIRECTIVE

1. The Pensions Fund Directive was adopted on 3rd June, 2003 and published in the Official Journal on 23rd September, 2003.
2. Member States must implement the Pension Funds Directive into law in their respective Member States by 23rd September, 2005.
3. But there is an option to defer implementation of Article 17 which applies to 'regulatory own funds' until 23rd September, 2010.
4. There is also an option to defer, also until 23rd September, 2010, the restriction on employer related investments contained in Article 18(1)(f) of the Pension Funds Directive.
5. The UK Government issued a consultation paper in October, 2003.²
6. It published a further paper, the UK Government's response to consultation, in June, 2004.³
7. The primary legislation implementing the Pension Funds Directive into UK law is contained within parts of the Pensions Act 2004 which was approved by Parliament on 18th November, 2004.

- 1 Directive 2003/41/EC on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision.
- 2 Implementing the European Directive on the Activities and Supervision of Institutions for Occupational Retirement Provision: a Consultation Paper (October, 2003) on the implementation of the Pension Funds Directive into UK law.
- 3 Implementing the European Directive on the Activities and Supervision of Institutions for Occupational Retirement Provision: Government Response to Consultation (June, 2004).

8. However, nearly all of the detail relating to the implementation of the Pension Funds Directive is to be set out in regulations which are not yet available.

9. So far as timing is concerned, the UK Government has indicated that it intends to take advantage of the options to defer implementation in respect of regulatory own funds and employer related investments, see 3 and 4 above, until 23rd September, 2010.

10. UK private sector funded tax approved occupational pension schemes which are set up under trust will qualify as Institutions for Occupational Retirement Provision (which I will refer to in the rest of this paper as 'IORPs').

11. The Pension Funds Directive does not apply to companies which use book reserve schemes with a view to paying out retirement benefits to their employees. In the UK context such arrangements would typically be referred to as an 'UURBS'⁴ or a 'AURBS'.⁵

12. The UK Government does not consider personal pension schemes, including group personal pension schemes and stakeholder pension schemes, to be 'occupational' pension schemes because they exist independently of any agreement or contract with the employers of the employers in question.⁶

13. The UK Government has also stated that it does not intend to exercise the option to extend the Pension Funds Directive to the 'pension business'⁷ of insurance companies.

14. The Pension Funds Directive allows Member States to choose to exclude from the Directive an IORP with less than 100 members⁸ except in relation to the freedoms on provision of custody services and the investment management services to IORPs⁹ with less than 100 members.¹⁰

15. Furthermore, Member States may choose not to apply Articles 9 to 17 to IORPs where retirement provision is made under statute, pursuant to legislation, and is guaranteed by public authority.¹¹ But cross-border activity under Article 20 is only allowed if all other provisions of the Directive apply.

4 Unfunded Unapproved Retirement Benefits Scheme.

5 Approved Unfunded Retirement Benefits Scheme.

6 See further the definition of 'Institution for Occupational Retirement Provision' in Article 6(a) of the Pension Funds Directive and paragraph 2.1 of the Government's Response to Consultation (June, 2004).

7 See paragraph 2.12 of the Government's Response to Consultation (June, 2004).

8 Member is defined in Article 6 and does not include someone in receipt of survivor's benefit.

9 See Article 19 of the Pension Funds Directive.

10 See Article 5 of the Pension Funds Directive.

11 See Article 5 of the Pension Funds Directive.

16. The UK Government has indicated that it is still considering the most appropriate way in which to take advantage of the exemption for schemes with fewer than 100 members in Article 5. It has indicated that a blanket exemption from all the relevant provisions of all 'small' schemes will not be applied.¹²

17. As far as statutory schemes are concerned, the UK Government stated that it intends to use the exemptions available to maintain the existing regulatory framework for such schemes.¹³

18. There are two particular types of IORP in the UK which will potentially find themselves regulated for the first time (unless they have fewer than 100 members) as a result of the Pension Funds Directive.

19. The first such scheme is a scheme often called a 'Section 615'¹⁴ Scheme'. (A Section 615 scheme is a scheme established in the UK for those working outside the UK and with no UK resident members.) Such a scheme is currently largely unregulated by existing UK pensions legislation.

20. The second such scheme is a Funded Unapproved Retirement Benefits Scheme (or a 'FURBS') which, because it has no particular tax privileges, is largely outside the current UK regulatory regime for occupational pension schemes. However, such schemes tend to have fewer than 100 members and so this exemption in Article 5 may be of help.

C SOME ISSUES IN RELATION TO TECHNICAL PROVISIONS/FUNDING (ARTICLES 15 AND 16)

1. Articles 15 and 16 of the Pension Funds Directive make provision for the calculation of 'technical provisions' and the funding of technical provisions for IORPs which operate occupational pension schemes.

2. Different countries within the EU have followed different approaches to the funding of pension liabilities in an IORP.

3. Some countries have required IORPs be funded on a basis equivalent to that required for insurance companies which provide insurance contracts covering pension liabilities.

4. Others, such as the UK, have adopted a much less prescriptive approach.

5. At the current time, it is quite probable that nearly all UK defined benefit occupational pension schemes would be in very substantial deficit if their funding had to be calculated on the same basis as that which insur-

¹² See paragraph 2.20 of the UK Government's Response to Consultation (June, 2004).

¹³ See paragraph 2.15 of the UK Government's Response to Consultation (June, 2004).

¹⁴ This refers to Section 615 of the Income & Corporation Taxes Act 1988.

ance companies are required to use when covering the same type of liability.

6. The Pensions Act 2004, in implementing Articles 15 and 16, makes provision for defined benefit occupational pension schemes to have a statutory funding objective whereby the scheme must have sufficient and appropriate assets to cover its technical provision.¹⁵

7. However, for this purpose Section 222 of the Pensions Act 2004 provides that:

‘(a). the assets to be taken into account and their value shall be determined, calculated and verified in a prescribed manner¹⁶, and

(b). the liabilities to be taken into account shall be determined in a prescribed manner and the scheme’s technical provision shall be calculated in accordance with any prescribed methods and assumptions¹⁷’.

8. So an important issue for UK occupational pension schemes is what requirements will be laid down in Regulations by the UK Government to comply with Articles 15 and 16 of the Pension Funds Directive.

9. Some commentators have expressed concern that the effect of Articles 15 and 16 is to require UK occupational pension schemes to be funded on the same basis as insurance companies covering similar liabilities.

10. Article 16(1) requires:

‘every institution to have *at all times sufficient* and appropriate assets to cover the *technical provisions* in respect of the total range of pension schemes operated’.

(emphasis added)

11. Article 15(2) requires that:

‘institutions operating occupational pension schemes, where they provide cover against biometric risks and/or *guarantee* either an investment performance or a *given level of benefits*, establish *sufficient technical provisions* in respect of the total range of the schemes’.

(emphasis added)

Note: this covers defined benefit schemes.

12. Articles 15(4) requires that:

‘the calculation of the technical provisions shall be executed ... according to the following principles:

¹⁵ See Section 222 of the Pensions Act 2004.

¹⁶ i.e. specified in Regulations.

¹⁷ i.e. specified in Regulations.

(a). *the minimum amount of the technical provisions shall be calculated by a sufficiently prudent actuarial valuation, taking account of all the commitments for benefits and for contributions in accordance with the pension arrangements of the institution. It must be **sufficient** both for pensions and benefits already in payment to beneficiaries to continue to be paid, and to **reflect** the commitments which arise out of members' accrued pension rights. The economic and actuarial assumptions chosen for the valuation of liabilities shall also be chosen prudently taking account, if applicable, of an appropriate margin for adverse deviation*'.

(emphasis added)

13. Article 15(4)(b) goes on to require that:

'the maximum rates of interest used shall be chosen prudently and determined in accordance with any relevant rules for the home Member State. These prudent rates of interest shall be determined by taking into account:

- the yield on the corresponding assets held by the institution *and the future investment returns* and/or
- the *market yield* of high-quality or government bonds'.

(emphasis added)

14. It has, to date, been common for actuaries valuing the liabilities of a UK occupational pension scheme to take account of the future *expected* return on the scheme's investments in determining the discount rate used to calculate the present capital value of the obligations of the scheme to pay pensions to members in the future.

15. The higher the expected future investment return, the higher the discount rate used.

16. The higher the discount rate used, the smaller the present capital value of liabilities of the scheme and so the smaller the 'technical provision' required.

17. In the UK Government's Response to Consultation¹⁸ the UK Government commented as follows:

'the Government takes the view that Article 16(1) does not prevent a scheme choosing to calculate its technical provisions as a *proportion* of a conservative measure, such as the cost of securing all accrued benefits immediately by means of annuity purchase ('full solvency'), provided that the calculation still meets the requirements of Article 15(4). If the amount of the assets of

18 'Implementing the European Directive on the Activities and Supervision of Institutions for Occupational Retirement Provision: Government Response to Consultation' (June, 2004).

the scheme is at least equal to the amount of the technical provisions so calculated, no recovery plan will be required'.¹⁹
(emphasis added)

18. The UK Government goes on to state that:

'5.22. The Government's intention is to require schemes to value their liabilities on a full solvency basis – that is, the cost of discharging all their accrued liabilities by the purchase of insurance company annuities. Schemes will then be required to calculate *the amount of technical provisions* required to meet those liabilities – *this will take account of the fact of the scheme is not actually winding up and having to meet all those liabilities at that point.*
(emphasis added)

5.23. In order to comply with the Directive, trustees will be required to choose the method for calculating their scheme's technical provisions from those set out in subordinate legislation. Essentially, the methods will fall into two categories – an ongoing basis or a discontinuance basis.

5.24. Legislation will also set out the principles that must be followed when the technical provisions are calculated. These principles are those required by the Directive.

5.25. The trustees must decide the appropriate prescribed method for calculating the scheme's technical provisions and the assumptions to be used. Before doing so they must:

- take advice from the scheme actuary;
- satisfy themselves that the assumptions comply with the prescribed principle; and
- have regard to the code of practice issued by the Regulator.²⁰

19. Current expectations are that there will be quite wide differences in the approach which trustees of different UK IORPs adopt.

20. In this context it is worth remembering that Article 15(6) states that:

'with a view to further harmonisation of the rules regarding the calculation of technical provisions which may be justified – in particular the interest rates and other assumptions influencing the level of technical provision – the Commission shall, every two years or at the request of a Member State, issue a report on a situation concerning the development in cross-border activity.

¹⁹ See paragraph 5.7 of the June, 2004 Response to Consultation paper.

²⁰ See the June, 2004 Response to Consultation paper, paragraphs 5.22 – 5.25.

The Commission shall propose any necessary measures to prevent possible distortions caused by different levels of interest rates and to protect the interest of beneficiaries and members of any scheme’.

Comment: it will be interesting to see the extent to which different levels of interest rates for calculating the present capital value of pension liabilities will vary between those IORPs with pension schemes in the Euro zone and those with pension schemes which are not in the Euro zone (given the different interest rate setting mechanisms in the different countries).

21. The last point to note on technical provisions is that:

*‘in the event of cross-border activity as referred to in Article 20, the technical provisions shall at all times be fully funded in respect of the total range of pension schemes operated. If these conditions are not met, the competent authorities of the home Member State shall intervene in accordance with Article 14. To comply with this requirement the home Member State may require ring-fencing of the assets and liabilities’.*²¹

(emphasis added)

Comment: from a UK perspective, it is likely that the requirement to be fully funded under Article 16(3) will, in current economic conditions, mean that there will be no cross-border activities by UK IORPs which provide a defined benefit occupational pension scheme.

D INVESTMENT RESTRICTIONS (ARTICLE 18)

1. All private sector tax approved funded UK occupational pension schemes are, for tax reasons, set up under ‘irrevocable trust’.²²

2. Because such a UK scheme is set up under trust, this imposes UK trust law requirements on the trustees of the scheme which include:

- a requirement that, when investing the assets of the trust, the trustees must invest using the standard of care of a ‘prudent person’;

²¹ See Article 16(3) of the Pension Funds Directive.

²² An ‘irrevocable trust’ means that the employer setting up the trust cannot simply cancel the trust and require the immediate return of the assets which are held in trust. Instead, the assets must be applied for the purpose of the trust and, normally, may only be returned to the employer once the purposes of the trust have been satisfied. So, in the case of a pension scheme trust this means that the assets must be used to provide the pensions for the employees and former employees which are specified in the trust deed and rules of the pension scheme.

Comment: this requirement is that the trustee in exercising his powers of investment must:

‘take such care as an ordinary prudent man would take if he were minded to make an investment for the benefit of other people for whom he felt morally bound to provide’²³

- a requirement that the trustees must, when exercising their powers, act in the best interests of the beneficiaries of the trust.

3. The opening words of Article 18 of the Pension Funds Directive look very familiar to an English lawyer:

‘Member States shall require institutions located in their territories to invest in accordance with the ‘prudent person’ rule and in particular in accordance with the following rules:

(a) the assets shall be invested in the best interests of the members and beneficiaries. In the case of a potential conflict of interest, the institution, or the entity which manages its portfolio, shall ensure that the investment is made in the sole interest of members and beneficiaries.’

4. However, there are other provisions of Article 18(1) which are more difficult. Consider Article 18(1)(b):

‘the assets shall be invested in such a manner as to *ensure* the security, quality, liquidity and *profitability* of the portfolio as a whole’.

Comment 1: does this mean that trustees must guarantee that the investments will, as whole, be profitable? In the period from 2000 to 2003 a number of UK pensions schemes saw the value of their investments drop by nearly 50% reflecting the drop in the equity markets. Would they have been able to comply with this requirement in Article 18?

Comment 2: the alternative analysis is to take a view that this is not a guarantee but simply a target to aim for and so is no more than one aspect of the ‘prudent person’ rule.

5. But what about Article 18(1)(c):

‘the assets shall be *predominantly* invested on *regulated markets*. Investment in assets which are not admitted to trading on a regulated financial market must in any event be kept to prudent levels’.

6. The term ‘*regulated markets*’ is not defined in the Pension Funds Directive.

23 See *Cowan v Scargill* [1985] Ch 270.

7. In its Opinion on the Proposed Directive dated 28th March, 2001²⁴, the Economic and Social Committee commented that ‘the general rule is that member states may not require institutions for retirement provision to invest in particular categories of asset. In principle complete investment freedom is allowed’. This is acknowledged to be subject to certain exceptions, but the requirement that assets should be predominantly invested on regulated markets is not referred to amongst the exceptions.

8. The Common Position paper dated 5th November, 2002²⁵ comments on the provision and states that it ‘specifies that investments should be *mainly* on regulated markets’.

Comment: it looks as if ‘predominantly’ means at a level of at least 70% plus, perhaps higher.

9. The term ‘regulated market’ is not defined in the Directive. However, the same term is used in the Life Assurance Directive (2002/83/EC), where it is defined at Article 1(m).

10.1. In brief, this incorporates the definition in Article 1(13) of the Investment Services Directive (93/22/EEC) which defines a regulated market as meaning:

‘a market for transferable securities, units in collective investment undertakings, money market instruments, financial futures contracts, forward interest rate agreements, interest rate, currency and equity swaps and options to acquire any of the preceding’.

10.2. In addition, the market in question must satisfy certain other criteria.

11. If this definition were to apply by analogy to the Pension Funds Directive, unit linked life policies and bulk annuity contracts would not be assets ‘invested on regulated markets’. In the UK these policies and contracts are not securities, are not units and have limited transferability and are not listed or quoted on any market.

Comment 1: UK schemes that are 100% invested in unit-linked life policies and other pooled investment vehicles which are not listed on a stock exchange or other regulated market will have to change their investments. However, a Commission representative is reported as saying²⁶ that, in the

24 O.J. C 155 29/05/01.

25 ‘Common Position (EC No. 62/2002) adopted by the Council on 5th November, 2002 with a view to adopting Directive 2002/EC of the European Parliament and of the Council concerning the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision’.

26 At a meeting with the Association of Pension Lawyers in Brussels in May 2003, reported in the October 2003 issue of ‘Pension Lawyer’.

circumstances, Member States may be able to adopt a 'look through' approach (i.e. to look through the pooled vehicle to the underlying assets).
Comment 2: take the case of a mature pension fund which has entered into a bulk annuity purchase contract with an insurance company to match its pensioner liabilities and its deferred pensioner liabilities. Its main or predominant investment is the bulk annuity purchase contract. So, for such a pension scheme it would appear to need to take steps to disinvest itself of that bulk annuity purchase contract in order to comply with the Directive.

Comment 3: there are a number of UK pension schemes where very large parts of the assets are invested in a single unit linked life policy issued by an insurance company where the value of the policy units is linked to the return on a particular internal fund of the life company which aims to track a particular market index (eg the FTSE All-share Index). This particular investment product is often used because it is the most cost effective way of investing so as to track the index in question.

12. The UK Government in its Response to Consultation paper (June, 2004) states as follows at paragraph 6.15:

'The Government would like to confirm that we do not intend to prevent schemes from securing their pension liabilities through the purchase of long term insurance contracts, such as unit-linked life policies. More generally, we believe that indirect investment of our collective investment vehicles where underlying assets are traded in the regulated markets should be treated as being equivalent to direct investment on regulated markets.'

13. We will, therefore, need to wait and see how Article 18 of the Directive is implemented in the UK as, yet again, the detail is to be set out in Regulations made under the Pensions Act 2004.²⁷

E CROSS-BORDER ACTIVITIES

1. Introduction

1.1. Article 20(2) of the Pension Funds Directive states that:

'An institution²⁸ wishing to accept sponsorship from a *sponsoring undertaking* located within the territory of another Member State shall be subject to a prior authorisation by the competent

²⁷ See Section 245 (Power to make regulations governing investments by trustees), Section 246 (Borrowing by trustees) and Section 255 (Activities of occupational pension schemes) of the Pensions Act 2004.

²⁸ Institution is defined in Article 6(a) as 'institution for occupational retirement provision'.

authorities of its home Member State²⁹, as referred to in Article 9(5). It shall notify its intention to accept sponsorship from a *sponsoring undertaking* locating within the territory of another Member State to the competent authorities of the home Member State where it is authorised.'

(emphasis added)

1.2. '*Sponsoring undertaking*' is defined in Article 6(c) as:

'any undertaking or other body, regardless of whether it includes or consists of one or more legal or natural persons, which acts as an employer or in a self-employed capacity or any combination thereof and which pays contributions into an institution for occupational retirement provision'.

(emphasis added)

1.3. There are 3 particular points to note on this definition.

1.3.1. It appears that there is no need for the '*undertaking*' to be a legal person – see the words '*whether it includes or consists of one or more legal or natural persons*'.

Comment: in other words, a company which has a branch in:

- (i). the United Kingdom, and
- (ii). the Netherlands, but
- (iii). is incorporated in Luxembourg

could comprise at least 2 '*sponsoring undertakings*' one of which is located in the Netherlands and the other which is located in the United Kingdom.

1.3.2. The words '*acts as an employer*' are different from the words '*is the employer*'.

Comment 1: the employer of an employee will, in normal usage, be one or more legal or natural persons.

Comment 2: so the words '*acts as an employer*' make sense in the context of the '*sponsoring undertaking*' being, for example, a branch (i.e. not a legal person) of a company as distinct from the company itself.

Comment 3: under English law a '*branch*' has no separate legal personality from the company of which it is the branch.

1.3.3. To be a '*sponsoring undertaking*' it is also necessary for the undertaking to '*pay contributions into an institution for occupational retirement provision*'.

Comment: in other words, if the undertaking does not pay contributions into an institution for occupational retirement provision, then it cannot be a '*sponsoring undertaking*' in relation to that institution for occupational retirement provision.

29 Home Member State is defined in Article 6(i) of the Directive as being the Member State in which the institution has its registered office and its main administration or, if it does not have a registered office, its main administration.

2. Current position in the UK

2.1. The UK operates a relatively relaxed regulatory regime in relation to non-UK pension schemes or non-UK IORPs providing benefits for non-UK employees who are seconded to work in the branch of the non-UK company which sponsors the non-UK IORPs.

2.2. It is also quite common for UK employees to be seconded to work outside of the UK for 3 or 5 years (or longer), but with the intention that the employee will ultimately return to the UK to resume a UK based position or to retire in the UK.

2.3. From a UK tax and regulatory perspective, the employees referred to in 2.2 above can, subject to satisfying some relatively light conditions, remain in the UK pension scheme or UK IORP during this period of overseas employment.

2.4. So, the starting presumption, from the UK perspective, is that the Pension Funds Directive should not create an additional layer of bureaucracy that has to be complied with in relation to employees moving into or out of the United Kingdom as regards the pension benefits of those employees and the pension schemes of which they may be members.

Comment: This would be contrary to the objective of removing barriers to an internal market.

3. Initial problem with implementing the cross-border provisions of the Pension Funds Directive into UK legislation

3.1. The initial drafting of the provisions of the UK Pensions Act 2004 used the term '*employer*' rather than the term '*undertaking*'.

3.2. This gave rise to a number of difficulties. For example, as originally drafted, the London branch of a French bank would have been prevented from sponsoring a UK pension scheme or UK IORP in respect of employees of the French bank working in the UK branch without going through the cross-border prior authorisation from the UK 'competent authorities' (and associated steps) required under Article 20 of the Pension Funds Directive.

3.3. The UK Government, having had this point drawn to their attention, amended the draft legislation and so the definition of '*employer*' for these cross-border provisions in the Pensions Act 2004 is to be specified in Regulations (which are still to be produced).³⁰

30 See Section 287 of the Pensions Act 2004 'the Trustees of an occupational pension scheme must not accept any contribution to the scheme from a *European employer* unless all the following conditions are met "*European employer*" has the prescribed meaning'.
Comment: 'prescribed meaning' means as set out in Regulations as distinct from in the primary legislation (the Pensions Act 2004).

4. Case Study 1: The UK branch of a Dutch company provides pensions for employees of the UK branch in a UK IORP. Is there any cross-border activity under Article 20?

4.1. The Dutch company will have agreed to make payments to the trustees of the UK IORP (or UK pension scheme) in respect of the cost of providing the pension benefits for the employees of the UK branch of that Dutch company.

4.2. If the '*sponsoring undertaking*' is the Dutch company, as distinct from the UK branch, then, for the purposes of Article 20(2), there will be cross-border activity and it will be necessary for the UK IORP to obtain prior authorisation before it can accept contributions from the Dutch company.

4.3. On the other hand, if the '*sponsoring undertaking*' is the UK branch, then there is no need to go through any prior authorisation procedure as there will be no cross-border activity under Article 20.

4.4. In my view, the correct conclusion is that there is no cross-border activity for the purposes of Article 20(2). This conclusion depends heavily on the need for the '*sponsoring undertaking*' to be the UK branch.

4.5. However, the definition of '*sponsoring undertaking*' would appear to cover this case exactly.

4.6. It should also be noted that Recital (36) of the Pension Funds Directive is in the following terms:

'Without prejudice to national social and labour legislation on the organisation of pension systems, including compulsory membership and the outcomes of collective bargaining agreements, *institutions should have the possibility of providing their services in other Member States*. They should be allowed to accept sponsorship from *undertakings located in other Member States and to operate pension schemes with members in more than one Member State*. This would potentially lead to significant economies of scale for these institutions, improve the competitiveness of the Community industry and facilitate labour mobility. This requires mutual recognition of prudential standards. Proper enforcement of these prudential standards should be supervised by the competent authorities of the home Member State, unless specified otherwise.'

(emphasis added)

Comment: in this particular case, the UK IORP is providing services to the UK branch of the Dutch company in respect of employees of the UK branch.

4.7. Furthermore, it may be noted that Recital (37) of the Pension Funds Directive provides as follows:

‘The exercise of the right of an institution in one Member State to manage an occupational pension scheme contracted in another Member State should fully respect the provisions of the social and labour law in force in the host Member State³¹ insofar as it is relevant to occupational pensions, for example the definition and payment of retirement benefits and the conditions of transferability of pension rights.’

(emphasis added)

4.8. Again, as can be seen from Recital (37) on the facts of this particular case, the social and labour laws of the Netherlands are not relevant to provision of pension benefits contracted in the UK by a UK IORP for employees working in the UK for the UK branch of the Dutch company.

5. Case Study 2: An employee of the Dutch company is a member of a Dutch IORP and is transferred to work in the UK branch of the Dutch company but remains in the Dutch IORP. Is there any cross-border activity?

5.1. In this case, the Dutch company pays contributions to the Dutch IORP in respect of the employee of the Dutch company who has transferred from the Netherlands to work in the UK branch of the Dutch company to allow that employee to continue to be provided with pension benefits in the Dutch IORP.

5.2. For the purpose of Article 20(2), can it now be said that the Dutch IORP is offering ‘services’ to the UK branch and the UK branch is acting as the employer of the employee in question?

5.3. Let us also suppose that the Dutch company, although paying from a Dutch bank account, the contributions in Euros to the Dutch IORP makes a cross-charge to the UK branch (at least for tax calculation purposes) in respect of the total employment costs of the Dutch employee (including the cost of providing pension benefits in the Dutch IORP for that Dutch employee while that Dutch employee is working in the UK branch).

5.4. It can, of course, be argued that the UK branch is not the ‘sponsoring undertaking’ in respect of the employee and so there is no cross-border activity.

5.5. While that produces what I consider to be the sensible result, you can see that there is quite a fine distinction being drawn here between the facts of this Case Study and the Case Study in 4 above.

5.6. It is possible to bolster this argument by noting that there was no positive offering of services by the Dutch IORP to the UK branch. Rather the

31 Host Member State is defined in Article 6(j) as meaning ‘the Member State whose social and labour laws relevant to the field of occupational pension schemes is applicable to the relationship between the sponsoring undertaking and members’. Note: ‘Member’ is defined in Article 6(e).

employee was transferred from the Netherlands, while a member of the Dutch IORP, to work in the UK branch and so, having regard to Recital 36 of the Pension Funds Directive, there was no active promotion by the Dutch IORP of its services to the UK branch.

5.7. It is also possible to look at the Mobile Workers Directive³² and also to Article 49 of the Treaty of Amsterdam³³ both of which could be used to support the conclusion that there was no cross-border activity in this case.

5.8. These possible arguments are considered further in Section 6 and 7 below.

6. The Mobile Workers Directive

6.1. The purpose of this Directive was to protect the rights of members of *supplementary pension schemes* who move from one member state to another member state, thereby contributing to the removal of obstacles to the free movement of employed and self-employed persons within the European Union.³⁴

6.2. The protection is intended to cover pension rights under both voluntary and compulsory supplementary pension schemes (with the exception, broadly speaking, of social security schemes).

6.3. It should be noted that the definition of '*supplementary pension schemes*'³⁵ covers both funded and unfunded pension schemes. It is, therefore, wider than the definition of an IORP or of a pension scheme provided by an IORP for the purposes of the Pension Funds Directive.

6.4. Article 6 of the Mobile Workers Directive is as follows:

'1. Member States shall adopt such measures as are necessary to enable contributions to continue to be made to a supplementary pension scheme established in a Member State by or on behalf of a *posted worker* who is a member of such a scheme during the period of his or her posting in another Member State.

2. Where, pursuant to paragraph 1, contributions continue to be made to a supplementary pension scheme in one Member State, the posted worker and, where applicable, his employer shall be exempted from any obligation to make contributions to a supplementary pension scheme in another Member State.'

(emphasis added)

6.5. If you now look back at the facts of Case Study 2, you might, on reading the provisions of Article 6 of the Posted Workers Directive conclude

32 Council Directive 98/49/EC dated 29th June, 1998.

33 Previously Article 59 of the Treaty of Rome.

34 See Article 1 of that Directive.

35 See Article 3 of that Directive.

that there was an inconsistency between Article 6 of the Posted Workers Directive and Article 20 of the Pension Funds Directive.

6.6. In other words, the Dutch IORP would, if Article 20(2) applied in Case Study 2, have to go through a prior authorisation procedure in the Netherlands before it could continue to accept contributions from the Dutch employee while working in the United Kingdom or from the Dutch company if the 'sponsoring undertaking' was the UK branch.

6.7. However, the term 'posted worker' is defined in the Mobile Workers Directive as "*posted worker*" means a person who is posted to work in another Member State and who under the terms of Title II of Regulation (EEC) No 1408/71 continues to be subject to the legislation of the Member State of origin, and "posting" shall be construed accordingly'.³⁶

6.8. If you then go and look at Title II of Regulation (EEC) No 1408/71 you find that a 'posted worker' is quite narrowly defined and so, in the context of Case Study 2, the employee could only be transferred from the Netherlands to the UK for 12 months before being transferred back to have the possibility of being a 'posted worker'.

6.9. It is, perhaps, worth noting that no reference is made to the Mobile Workers Directive in the Recitals of the Pension Funds Directive.

7. Treaty of Amsterdam, Articles 39 to 55: free movement of persons, services and capital

7.1. Article 12 of the Treaty of Amsterdam³⁷ states:

'Within the scope of application of this Treaty, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251, may adopt rules designed to prohibit such discrimination.'

7.2. Article 49 of the Treaty of Amsterdam provides that:

'Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Community shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a State of the Community other than that of the person for whom the services are intended. ...'

7.3. The Danner case³⁸ and the Ramstedt case³⁹ both conclude that discrimination on grounds of taxation imposed by the legislation of a Mem-

³⁶ See Article 6(e) of the Mobile Workers Directive.

³⁷ Previously Article 6 of the Treaty of Rome.

³⁸ Judgment of the European Court of Justice Case No. C-136/00 of 3rd October, 2002.

³⁹ Judgment of the European Court of Justice Case No. C-422/01 of 26th June, 2003.

ber State which imposes barriers in respect of cross-border pension provision should be struck down as being contrary to Article 49.

7.4. It is worth noting that the Court has in both cases declined to apply either Article 12 or the provisions of the Treaty dealing with free movement of persons and capital in reaching its conclusion.

Note: when reading the Danner case it is worth remembering that Article 59 of the Treaty referred to in that case is Article 59 of the Treaty of Rome which is now Article 49 of the Treaty of Amsterdam.

7.5. If, in the context of Case Study 2, the conclusion reached is that Article 20 of the Pension Funds Directive would require the Dutch IORP to require prior authorisation before it could allow the Dutch employee transferred to work in the UK branch of the Dutch company to continue to accrue pension benefits in the Dutch IORP, this raises the question whether the Directive should be annulled in whole or in part to prevent this outcome.

7.6. For further analysis of the circumstances in which a Directive may be annulled see *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union*⁴⁰ (which is sometimes referred to as the Tobacco Advertising Case) and also the Advocate General's opinion, in that case, delivered on 15th June, 2000 which analyses the principles that apply in determining whether a Directive should or should not be annulled, in whole or in part.

7.7. An alternative approach would be to argue that, where there are 2 possible interpretations of the definition of '*sponsoring undertaking*', the preferred interpretation is the one that does not give rise to grounds for the annulment, in whole or in part, of the Directive.

7.8. So, it can be argued, on this basis and by way of further support, that the correct conclusion in relation to Case Study 2 is to treat the '*sponsoring undertaking*' as being the Dutch company and not the UK branch of the Dutch company as the '*sponsoring undertaking*' (in which case there would be no cross-border activity).

8. Case Study 3: The Dutch company makes available membership of the Dutch IORP to all employees of the UK branch of the Dutch company including those who were recruited in the UK and have always worked in the UK. Is there any cross-border activity?

8.1. In this case study it should be noted that the contributions to the Dutch IORP are paid by the Dutch company from a bank account in the Netherlands, but that the Dutch company cross-charges the contributions to the Dutch IORP to the UK branch, at least for taxation purposes.

⁴⁰ Case C-376/98. Judgment of the European Court of Justice of 5th October, 2000.

8.2. In this situation, the correct answer, based on Article 20 alone, would appear to be that there is cross-border provision for the purposes of Article 20(2) of the Pension Funds Directive.

8.3. The Mobile Workers Directive is not in point because, for the purposes of this case study, the employees who have always worked in the UK would be classified as '*sedentary*' workers.

8.4. It would, of course, still be possible to marshal the arguments referred to in Section 7 above. However, this may be too radical a step. So, for present purposes, the argument would be that:

- '*sponsoring undertaking*' was the UK branch; and
- the fact that the Dutch company paid the contributions was merely a procedural device which should be looked through since, in economic terms, the contributions to the Dutch IORP are a cost of the UK branch.

8.5. However, as can be seen, there is a fine line of analysis between Case Study 2 and Case Study 3.

9. Case Study 4: The Dutch company makes available membership of the Dutch IORP to employees of a UK subsidiary company of the Dutch company. Is there any cross-border activity?

9.1. In this case study the contributions to the Dutch IORP are paid by the Dutch company out of a Dutch bank account, but the Dutch company then makes a charge to the UK subsidiary company equal to the contributions paid to the Dutch IORP by the Dutch company together with a 5% service charge.

9.2. The arguments and analysis are similar to those set out in relation to Case Study 3.

9.3. The distinguishing feature is that the UK subsidiary company is clearly a different legal entity from the Dutch company.

9.4. In order for the UK subsidiary to be treated as a '*sponsoring undertaking*' it is necessary to look at the substance of the transaction and assert that payments are being made to the Dutch IORP by the UK subsidiary (not by the Dutch company) which then means that the Dutch IORP is being sponsored by the UK subsidiary and the UK subsidiary is a '*sponsoring undertaking*' in relation to the Dutch IORP and there is cross-border activity for the purposes of Article 20(2).

9.5. The contrary argument, leaving aside the more radical analysis referred to in Section 7 above, is that there is no cross-border activity because there is no payment by the UK subsidiary to the Dutch IORP.

10. Case Study 5: The Dutch company makes available membership of the Dutch IORP to employees of a UK subsidiary company of the Dutch company, but the UK subsidiary company pays contributions directly to the Dutch IORP. Is there any cross-border activity?

On the facts of this case study, there is clearly cross-border activity because the UK subsidiary falls within the definition of '*sponsoring undertaking*' for the purposes of Article 20(2) and the position is clear cut.

F CONCLUSIONS

1. There are a number of unresolved points in relation to the implementation of the Pension Funds Directive in the UK.
2. There are potential problem areas in the implementation of Articles 15 and 16 and their impact on employers with defined benefit pension schemes in the UK.
3. It is to be hoped that the investment restrictions in Article 18 will be interpreted on the basis that it would be possible to look through unit-linked life policies into the underlying investments made by the insurance company writing the unit-linked life policy and that the same approach will be taken in relation to investments made through collective investment schemes.
4. There are issues in relation to cross-border activity where, if interpreted restrictively, the effect of the Directive could be to hinder rather than to help the development of the internal market.
5. It is unlikely that a UK IORP which provides defined benefit pension schemes will engage in cross-border activity because of the requirement in Article 16(3) that the technical provisions of that UK IORP will be fully funded at all times.
6. From the UK perspective, the Pension Funds Directive, except in relation to Article 19 (custody and investment management freedom), is unlikely to reduce barriers for existing defined benefit UK IORPs to an internal market and may increase them.

Implementatie van de Pensioenfondsenrichtlijn

Mr. Rob ten Wolde

1 INLEIDING

De Nederlandse wetgever dient de Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (PB L 235 van 23.9.2003) (verder te noemen: 'Pensioenfondsenrichtlijn'¹) vóór 23 september 2005 te hebben geïmplementeerd in de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) en bestuursrechtelijke bepalingen. In dit essay wordt die implementatie besproken aan de hand van een ambtelijk concept voor een wetsvoorstel.²

Ingevolge artikel 22, derde en vierde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn kan een lidstaat na implementatie de inwerkingtreding van de voorschriften met betrekking tot het eigen vermogen, te weten:

- het bij wijze van buffer permanent aanhouden van aanvullende activa naast de technische voorzieningen (veiligheidskapitaal); en
- de berekening van het minimumbedrag van deze aanvullende activa overeenkomstig de artikelen 27 en 28 van Richtlijn 2002/83/EG van 5 november 2002 (de derde levenrichtlijn), uitstellen tot 23 september 2010. Dit uitstel geldt ook met betrekking tot de invoering van het voorschrift in artikel 18, eerste lid, onder f, van de Pensioenfondsenrichtlijn, waarin de mogelijkheid van beleggingen in de eigen, sponsorende onderneming beperkingen worden opgelegd. Deze beperkingen staan al in artikel 9b, tweede en derde lid, van de PSW (maar worden overigens wel aan de richtlijnteksten aangepast).

In beide hiervóór genoemde gevallen geldt het uitstel niet voor pensioeninstellingen die ingevolge artikel 20 van de Pensioenfondsenrichtlijn pensioenregelingen op grensoverschrijdende basis uitvoeren. Alleen al hierom heeft dus een uitgestelde inwerkingtreding van de hiervóór genoemde aspecten geen zin.

Twee jaar voor aanpassing van de nationale pensioenwetgeving is buitengewoon krap. We moeten beseffen dat het Nederlandse aanvullende pensioenstelsel model heeft gestaan voor de Pensioenfondsenrichtlijn. Je zou dan verwachten dat de implementatie voor ons land een peulenschilletje is, maar het is nog de vraag of de implementatie tijdig zal zijn voltooid.

- 1 Ik geef de voorkeur aan deze benaming in plaats van bijvoorbeeld 'Pensioenrichtlijn' omdat de richtlijn zich primair richt tot instellingen c.q. ondernemingen en geen betrekking heeft op 'pensioenen' of 'pensioenvoorzieningen'. De Pensioenfondsenrichtlijn is ontworpen door het Directoraat-Generaal V van de Commissie dat verantwoordelijk is voor interne marktzaken en *financiële instellingen*.
- 2 Bij dit concept, dat dateert van 9 september 2004, past de kanttekening dat nog geen politieke besluitvorming heeft plaatsgevonden, althans nog geen wetsvoorstel door indiening bij de Tweede Kamer is openbaar gemaakt.

Voor de andere lidstaten, wellicht het Verenigd Koninkrijk en Ierland uitgezonderd, zal de implementatie waarschijnlijk een forse en ingrijpende wettelijke maatregel inhouden.

Ik neem in dit verband voor het gemak aan dat implementatie dient plaats te vinden zodra op het grondgebied van een lidstaat een pensioeninstelling in de zin van de Pensioenfondsenrichtlijn bestaat of wordt opgericht. Over het opzetten van een bij pensioeninstellingen behorende infrastructuur, zoals een toezichthouder, heb ik het dan nog niet.

Op 22 oktober 2004 vond een vergadering van vertegenwoordigers van de lidstaten plaats, waarin problemen en vragen naar voren konden worden gebracht die zijn opgekomen tijdens het implementatieproces. Van de bijeenkomst is een verslag gemaakt: 'Main Conclusions', MARKT/2527/04. In dit essay komen enkele conclusies c.q. door de Europese Commissie ingenomen standpunten naar voren. Mijn hiervóór geponeerde stelling dat de Pensioenfondsenrichtlijn pas moet worden geïmplementeerd *zodra* een pensioeninstelling in de zin van deze richtlijn in een lidstaat wordt opgericht, wordt door de Commissie niet gedeeld. In de Main Conclusions wordt gesteld dat alle lidstaten verplicht zijn de Pensioenfondsenrichtlijn te implementeren, ook al kent de lidstaat geen pensioeninstellingen.

Voorts moet de richtlijn in zijn geheel worden geïmplementeerd, dus niet slechts op onderdelen. In dit voorjaar organiseert de Europese Commissie een tweede implementatiebijeenkomst met de lidstaten, waarin de Commissie zijn denkbeelden zal geven over wat onder sociale en arbeidswetgeving moet worden verstaan. Ook de interpretatie van 'full and sufficient funding' zal dan aan de orde komen.

Hierna wordt op hoofdlijnen de inhoud geschetst van het wetsvoorstel tot aanpassing van de PSW aan de Pensioenfondsenrichtlijn, zeer waarschijnlijk de laatste wijziging van deze wet. Dit betekent dus dat deze aanpassing te zijner tijd nog in het ontwerp voor een nieuwe Pensioenwet moet worden overgenomen. Hierdoor kunnen bij de parlementaire behandeling van de Pensioenwet eventueel aspecten van de 'eerste' implementatie dunnetjes worden overgedaan. Dat is ook wel waarschijnlijk omdat de implementatie volgens eigen zeggen van de wetgever zo summier mogelijk is gehouden. Aan het betreffende wetsvoorstel zal in de Pensioenwet blijkbaar nog de nodige uitbreiding worden gegeven. Ik kom op deze aanpak van de wetgever in paragraaf 3 nog nader terug.

Voorzover ik kan nagaan is er geen andere wetgeving dan de technische aanpassing van andere wetten in de maak, zoals de WTV. Ik merk dit op omdat landen als Ierland en Luxemburg grensoverschrijdend vermogensbeheer bevorderen door fiscaal gunstige faciliteiten aan te bieden voor op hun grondgebied gevestigde beleggingsvehikels. Ik zie op dit terrein geen



enkele beweging in Nederland. Er spreekt zelfs een zekere arrogantie uit de gehoorde opvatting dat ons land het beste vestigingsklimaat heeft voor buitenlandse pensioeninstellingen, vanwege onze decennialange ervaring en het goed ontwikkelde toezichtstelsel. Naar mijn mening moet de Nederlandse overheid c.q. wetgever actiever worden (lees: actief werken), want de buitenlandse pensioeninstellingen komen niet vanzelf naar ons toe.

Terwijl Nederland als vestigingsland aantrekkelijk zou moeten zijn, mag ons land de uitvoering van Nederlandse pensioenregelingen in een andere lidstaat de facto niet onmogelijk maken. Ik kom hierop terug bij de definitie van sociale en arbeidswetgeving.

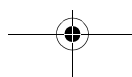
2 ALGEMENE ASPECTEN

Het aan de Pensioenfondsenrichtlijn voorafgaande Commissievoorstel van 11 oktober 2000 is al eens in de Tweede Kamer besproken. Daarbij is aangegeven dat men positief staat tegenover dit voorstel. Bij die beoordeling zijn in het bijzonder de volgende drie Nederlandse belangen bij de verdere voltooiing van het Europese wetgevingsproces geformuleerd.

2.1 Algemene prudentiële beginselen

Nederland hecht eraan dat in de Pensioenfondsenrichtlijn diverse algemene prudentiële regels komen ten behoeve van de bescherming van de deelnemers, zoals voorschriften met betrekking tot de deskundigheid en goede reputatie van fondsbeheerders, voorwaarden voor de toegang tot de werkzaamheden van pensioenfondsen, informatie die moet worden verstrekt aan de deelnemers en pensioengerechtigden en beleggingsvoorschriften. Ook de voorschriften inzake de technische voorzieningen, die in belangrijke mate overeenkomen met de PSW, acht Nederland van belang.

Wat betreft de beleggingsvoorschriften onderschrijft Nederland de 'prudent person'-benadering. Deze benadering, waarbij de beleggingen niet aan bepaalde kwantitatieve restricties moeten voldoen maar aan kwalitatieve beginselen van veiligheid, kwaliteit en risicodiversificatie, is namelijk in de PSW van oudsher gevolgd. De implementatie van de Pensioenfondsenrichtlijn op deze onderdelen leidt derhalve niet tot grote wijzigingen.



2.2 Toepassingsgebied

Het heeft de voorkeur van Nederland dat de Pensioenfondsenrichtlijn in beginsel betrekking heeft op alle ‘instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening’ – deze terminologie komt uit de titel van de richtlijn –, dus ook op boekreservesystemen, waarbij vervolgens op goede argumenten kan worden beoordeeld van welke bepalingen een specifieke groep instellingen vrijgesteld dient te worden. Voor de vorenstaande opstelling kreeg Nederland evenwel onvoldoende steun van de andere lidstaten. Dit neemt niet weg dat de Pensioenfondsenrichtlijn een kader biedt waarbinnen de wellicht ook in andere landen nog tot ontwikkeling komende, kapitaal-dekkende pensioensystemen zullen worden beoordeeld.

Wat mij betreft is het opheffing van de uitzonderingen op het toepassingsgebied onderwerp van een tweede Pensioenfondsenrichtlijn.

2.3 Grensoverschrijdende activiteiten in relatie tot de verplichtstelling

Nederland had aarzelingen en bedenkingen in hoeverre artikel 20 van de Pensioenfondsenrichtlijn over grensoverschrijdende activiteiten zich verhoudt tot de verplichtstelling en het gesloten karakter van de Nederlandse pensioenfondsen. Nederland gaf dan ook aan dat het subsidiariteitsbeginsel moet worden gehanteerd, opdat de specifiek Nederlandse verplichtstelling behouden blijft.

Op dit onderdeel heeft Nederland succesvol gelobbyd. In artikel 20 is duidelijk verwoord dat grensoverschrijdend deelnemerschap in beginsel mogelijk is, tenzij dit in strijd is met de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, daaronder begrepen verplichte deelneming en het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten. De memorie van toelichting geeft het voorbeeld van een ondernemingspensioenfonds dat niet meer uitsluitend de pensioenregeling van één onderneming of concern uitvoert, maar vrij in open concurrentie treedt met een verzekeringsmaatschappij. In deze situatie gelden de condities van artikel 20 (en overweging 9) van de Pensioenfondsenrichtlijn. Datzelfde is het geval indien een bedrijfstakpensioenfonds diensten gaat uitvoeren buiten de betreffende bedrijfstak.

Ondanks de duidelijkheid met betrekking tot de verplichtstelling kan de regering zich voorstellen dat de gedachtevorming op het onderhavige onderdeel tot nadere inzichten kan leiden, aldus de memorie van toelichting. In dit verband acht de regering de toekomstige activiteiten van be-

lang van het Comité voor het verzekeringswezen en pensioenen³ dat tot taak heeft de Commissie van advies te dienen over beleidskwesties met betrekking tot verzekeringen, herverzekeringen en bedrijfspensioenen. In deze passage twijfelt de regering openlijk aan de houdbaarheid van de verplichtstelling op de langere termijn, hetgeen ik een onverstandige opstelling vind. De Nederlandse overheid laat te veel in zijn kaarten kijken. De verplichtstelling is getoetst aan de vrije mededinging, is daarna met succes in de Pensioenfondsenrichtlijn opgenomen en daar moet het dan bij blijven. Er zijn geen nieuwe ontwikkelingen of inzichten terzake! De door minister De Geus van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gemaakte verkenningnotitie⁴ over een alternatief uitvoeringsmodel voor (bedrijfstak)pensioenfondsen getuigt van diezelfde twijfel – zonder dat daarvoor overigens de (juridische) bronnen worden prijsgegeven – en draagt bij aan ondermijning van ons pensioenstelsel.

2.4 Conclusie

Ook al heeft het Nederlandse pensioensysteem model gestaan voor de Pensioenfondsenrichtlijn, is niet alles naar het zin van de Nederlandse regering gegaan. De Pensioenfondsenrichtlijn wordt dan ook gezien als een eerste stap naar een interne markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen. Aangenomen wordt dat er in de toekomst verdere richtlijnen zullen moeten worden aangenomen. Voorts is in dit verband de Nederlandse notulenverklaring bij de behandeling van het richtlijnvoorstel in de Europese Raad van Ministers van belang. In zijn vergadering van 5 november 2003 heeft de Raad zijn Gemeenschappelijk Standpunt⁵ over het Commissievoorstel bepaald. De Raad heeft daarbij ingestemd met de volgende verklaring van Nederland:

'In accordance with the principle of subsidiarity, Member States should retain full responsibility for the organisation of pension systems, as well as for the decision on the role of each of the three pillars in individual Member States. Each Member State may make the conditions of operation of an institution located in its territory subject to additional requirements, in order to realise a level playing field. This Directive is not intended to call this prerogative in question.' Met 'level playing field' wordt bedoeld gelijke marktcondities voor buitenlandse pensioeninstellingen die zich in Nederland hebben gevestigd en Nederlandse (bedrijfstak)pensioenfondsen.

3 Publicatieblad L 34 van 7.1.2004.

4 Brief aan de Stichting van de Arbeid van 29 oktober 2004.

5 Publicatieblad EG C 299 van 3.12.2002.

De Nederlandse regering vindt de effecten van de Pensioenfondsenrichtlijn voor de Nederlandse pensioensector moeilijk in te schatten. Deze uitspraak staat diametraal tegenover de opvatting van de regering dat de implementatie geen grote wijzigingen inhoudt omdat het gedachtegoed van de PSW aan de Pensioenfondsenrichtlijn ten grondslag heeft gelegen. In elk geval volgt de PSW reeds de vrijheid van kapitaalverkeer op het terrein van de beleggingen en de vrijheid van dienstverlening ten aanzien van het uitbesteden van diensten van beheer en bewaring door pensioenfondsen. Hierover zegt de regering: *'Het is ook op die terreinen waarin in beginsel belangrijke efficiencyvoordelen zijn te behalen. Voor die lidstaten die op dat terrein nog wel beperkingen hebben, zullen de effecten van de richtlijn aanzienlijk zijn.'*

Het effect van de Pensioenfondsenrichtlijn op de pensioenvoorzieningen c.q. administratiekant van het pensioenbedrijf kan de regering moeilijk inschatten, gelet op de restrictie die is vervat in de bepaling 'onverminderd de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, daaronder begrepen de verplichte deelneming en het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten' in artikel 20. Hierover zegt de regering: *'Vanwege de grote verschillen in het arbeids- en sociaal recht tussen de lidstaten is het moeilijk voor te stellen dat op het terrein van het grensoverschrijdend deelnemerschap efficiencyvoordelen zijn te behalen. Dit geldt voor zowel de uitvoering door Nederlandse pensioenfondsen van pensioenregelingen die in een andere lidstaat zijn overeengekomen als de uitvoering door een pensioeninstelling in een andere lidstaat van een pensioenregeling die in Nederland is totstandgekomen. Evenmin is te voorzien in hoeverre de richtlijn eraan bijdraagt dat het aantrekkelijker is dat de zetel van een pensioenfonds wordt verplaatst naar een andere lidstaat. Uiteraard zullen de daarbij door het pensioenfondsbestuur gemaakte afwegingen in het arbeidsvoorwaardenoverleg aan de orde komen.'*

Ik ben het met deze analyse volledig eens. Ik teken er nog wel bij aan dat de onderbrengingsplicht (van de pensioentoezegging) thans strikt genomen een werkgeversverplichting is en dus geen zaak van het pensioenfondsbestuur of sociale partners.

3 WIJZE VAN IMPLEMENTATIE EN VERHOUDING TOT DE VOORGENOMEN PENSIOENWET

De bepalingen van de Pensioenfondsenrichtlijn richten zich op de bestaansvoorwaarden van pensioenfondsen, de zekerstelling van pensioenen, de transparantie met betrekking tot de informatie over de instelling en de pensioenregeling, de financierings- en beleggingsvoorschriften, het toezicht en ten slotte op de grensoverschrijdende activiteiten. Dit grote

aantal onderwerpen is evenwel ook op grond van nationale beleidsinzichten en -wijzigingen voorwerp van regelgeving in de nieuwe Pensioenwet. Omdat – zoals gezegd – de implementatietermijn van de Pensioenfondsenrichtlijn tamelijk kort is, is besloten de implementatie niet mee te nemen in het wetsvoorstel voor de nieuwe Pensioenwet. In het verlengde hiervan is het wetsvoorstel tot implementatie van de Pensioenfondsenrichtlijn beperkt tot die voorschriften die minimaal geregeld dienen te worden. Dit betekent dat in het wetsvoorstel op een aantal onderdelen is volstaan met het vastleggen van alleen een beginsel, waarvan de nadere uitwerking in de Pensioenwet zal geschieden. Ik zal hierna echter enkele voorbeelden geven waaruit blijkt dat naar mijn mening de wetgever verder is gegaan dan minimaal volgens de Pensioenfondsenrichtlijn is vereist.

Zoveel mogelijk is de richtlijntekst letterlijk in het wetsvoorstel overgenomen en waar nodig aangepast aan de terminologie van de PSW. 'Aldus is de implementatie goed herkenbaar', wordt in de memorie van toelichting fijntjes opgemerkt, hoewel met deze werkwijze mijns inziens ook diverse vage richtlijnbegrippen – uiteindelijk toch teksten die de kenmerken hebben van compromissen van diverse verschillende wensen van de lidstaten – in de PSW zijn geslopen.

Het ambtelijk concept van de PSW-wijziging tot implementatie van de Pensioenfondsenrichtlijn bevat een noviteit als het gaat om uitvoering c.q. navolging van Europese wet- en regelgeving. In het concept komt een zelfstandig artikel III voor, waarin de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Pensioen- & Verzekeringskamer (PVK) instructies kan geven met betrekking tot de uitvoering van de bij de onderhavige wetwijziging opgedragen taken en bevoegdheden, alsmede met betrekking tot de uitvoering van het toezicht op de naleving van deze wet. Als toelichting bij deze ministeriële bevoegdheid wordt opgemerkt dat de PVK – en na de fusie De Nederlandsche Bank (DNB) – een zelfstandig bestuursorgaan is. Dit betekent dat de minister slechts algemene aanwijzingen kan geven inzake de uitvoering van de bij of krachtens de PSW opgedragen taken. Deze situatie is voor de uitvoering van Europese regelgeving niet gewenst. Wanneer taken en bevoegdheden die op basis van Europese regelgeving moeten worden vervuld niet goed worden uitgevoerd, kan Nederland als lidstaat daarvoor aansprakelijk worden gesteld door middel van een verdragsinbreukprocedure. Om dit te voorkomen is het gewenst dat de minister tijdig, zelfs in individuele gevallen, instructies kan geven omtrent de uitvoering van de door de Pensioenrichtlijn opgedragen taken en toegekende bevoegdheden.

Inzet bij de implementatie zal naar mijn mening moeten zijn dat het Nederlandse stelsel behouden blijft, maar dat we ook om ons heen kijken hoe andere lidstaten de Pensioenfondsenrichtlijn implementeren. Nederland mag zich niet uit de markt prijzen.

4 **NATIONAAL SOCIAAL EN ARBEIDSRECHT BLIJVEN VAN TOEPASSING**

De Pensioenfondsenrichtlijn stelt voorop dat wanneer Nederlandse pensioeninstellingen buitenlandse pensioenregelingen uitvoeren voor een in een andere lidstaat gevestigde (sponsorende) onderneming het sociale en arbeidsrecht van die lidstaat op die pensioenregelingen van toepassing blijft. Andersom geldt dat een buitenlandse pensioeninstelling die een Nederlandse pensioenregeling uitvoert, het Nederlandse sociale en arbeidsrecht dient na te leven. *'Het is niet meteen duidelijk wat precies valt onder de nationale sociale en arbeidswetgeving. Op dat vlak heeft op Europees terrein nog vrijwel geen harmonisatie plaatsgehad'*, laat de memorie van toelichting abrupt weten. Volgens de eerdergenoemde Main Conclusions kan de sociale en arbeidswetgeving gezien worden als 'a form of general good provisions (...) and has to be proportionate, objectively necessary and non-discriminatory'. Overweging 37 geeft een paar voorbeelden van sociale en arbeidswetgeving: de definitie en de betaling van pensioenuitkeringen en de voorwaarden voor de overdraagbaarheid van pensioenrechten. De Main Conclusions voegt daaraan het onderwerp van de 'governance' nog toe – belastingen vallen er niet onder.

De wetgever ontwikkelt verder een eigen invulling van dit begrip, maar is daarin evenmin duidelijk. De volgende uitspraken in de memorie van toelichting worden opgetekend:

- '...in het licht van overweging 9 en artikel 20 van de richtlijn wordt duidelijk dat in elk geval de bepalingen met betrekking tot de inhoud van de pensioenregeling (het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten) en de regelgeving met betrekking tot de instelling die een dergelijke pensioenregeling uitvoert, zoals de verplichtstelling, de rol en de functie van de pensioenfondsen eronder vallen';
- '...de meeste voorschriften van de PSW, de Wet verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Wet Bpr) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen onverminderd van toepassing zijn';
- '...gaat het hierbij om de toepasselijkheid van alle regels die in deze wetten zijn opgenomen ter bepaling van de organisatie van het Nederlandse pensioenstelsel';

- ‘...een Nederlandse onderneming wordt niet belemmerd bij zijn keuze omtrent de lidstaat waar hij de uitvoering van de pensioenregeling wil onderbrengen, maar de materiële bepalingen van met name de PSW zijn hierop onverkort van toepassing’;
- ‘...de institutionele eisen die voortvloeien uit de PSW, Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (WTV), Taakafbakening⁶ en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf) zijn ook van toepassing op de pensioenuitvoerder in de andere lidstaat’.

De hiervoor genoemde citaten lijken zich er niets van aan te trekken dat artikel 20 van de Pensioenfondsenrichtlijn spreekt over de sociale en arbeidswetgeving ‘op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels’; ambtelijk Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid legt ‘organisatie’ niet letterlijk uit, maar leest het als ‘inrichting’. De toevoeging ‘daaronder begrepen verplichte deelneming’ is logisch omdat de verplichte deelneming zeker een aspect van organisatie betreft; de toevoeging ‘het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten’ heeft met de organisatie niets van doen. In dit element ligt de stelling opgesloten dat de inhoud van de pensioenregeling in het buitenland moet worden geëerbiedigd.

De wetgever maakt zich er vervolgens van af door aan te kondigen dat de toepasselijke bepalingen van het Nederlandse sociale en arbeidsrecht in een nadere ministeriële regeling zullen worden opgesomd. Daar achteraan wordt echter opgemerkt dat daarmee niet is gezegd dat deze bepalingen te allen tijde gelding hebben. De bepalingen van het Nederlandse sociale en arbeidsrecht inzake pensioenen zijn namelijk vooral gericht op het beschermen van de belangen van de deelnemers. Wanneer het recht uit een andere lidstaat hetzelfde belang dient als de Nederlandse equivalente bepalingen, zal de (dis)proportionaliteit van de betreffende beperking van het vrije verkeer van diensten wellicht in de weg staan aan het toepassen van de Nederlandse bepaling(en) en zal derhalve het recht van die andere lidstaat voor dienen te gaan. De wetgever geeft nog een voorbeeld.

Het Nederlandse voorschrift van artikel 6 PSW dat werknemers en werkgevers zitting dienen te hebben in het bestuur van een pensioenfonds, moet misschien wijken indien het recht van de andere lidstaat de betrokkenheid van werkgevers en werknemers bij het bestuur op andere wijze waarborgt waardoor de desbetreffende belangen voldoende zijn beschermd.

6 Regeling taakafbakening pensioenfondsen van 20 december 2000, Stcrt. 2000, 249.

Ingevolge een nieuw tweede lid van artikel 29 PSW kan de PVK desgevraagd aan een buitenlandse pensioeninstelling ontheffing verlenen van de toepassing van de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving (het tweede lid is overigens ruimer geformuleerd, namelijk ontheffing 'van het bij of krachtens enig artikel van deze wet bepaalde') indien de instelling aan toont dat:

- a. het toepasselijke recht van de andere, betrokken lidstaat een gelijkwaardige of betere bescherming biedt aan de deelnemers, gewezen deelnemers, gepensioneerden en hun pensioengerechtigde nagelaten betrekkingen met betrekking tot de in de betrokken bepaling geregelde aangelegenheden; en
- b. de additionele gelding van het Nederlandse recht het vrije verkeer van diensten zou verstoren.

Ik trek in twijfel of de Nederlandse toezichthouder voldoende is geëquipeerd om een goede vergelijking van het buitenlandse pensioenstelsel met het Nederlandse te maken, met inbegrip van de toetsing welk stelsel meer bescherming biedt aan alle betrokken doelgroepen. Ter toelichting wordt bij dit artikelonderdeel nog opgemerkt dat het vrije verkeer van diensten wel mag worden belemmerd, indien daarvoor een gerechtvaardigd belang bestaat en de belemmering proportioneel is.

In zijn algemeenheid zou onderdeel b naar mijn mening nog moeten worden aangevuld met de toetsing van de Nederlandse voorschriften aan het vrije verkeer van werknemers en kapitaal. Wat betreft het vrije kapitaalverkeer kan worden beweerd dat Nederland geen beleggingsrestricties kent en derhalve volledigheid aan deze vrijheid voldoet. Van de toetsing aan het vrije verkeer van werknemers ben ik minder zeker. Helaas ontbreekt in de memorie van toelichting een verhandeling hierover.

Ten slotte moet worden beseft dat de ontheffing door de Nederlandse toezichthouder niet is gebaseerd op een specifiek artikel in de Pensioenfondsenrichtlijn. Het is daarom alleszins onzeker of ook buitenlandse toezichthouders zo coulant zijn ten aanzien Nederlandse pensioeninstellingen die buitenlandse pensioenregelingen uitvoeren. Wederkerigheid, kortom, ontbreekt in deze.

De vraag is welke bepalingen in de PSW de Nederlandse wetgever per se ook bij uitvoering van een Nederlandse pensioenregeling in het buitenland nageleefd wil zien en welke niet. Sociale partners en wellicht ook de pensioenuitvoeringswereld kunnen terzake een wensenlijstje bij de wetgever indienen.

Het is in eerste instantie aan de wetgever en daarna aan de nationale en Europese rechter om uit te maken of de betreffende Nederlandse (pensi-

oen)voorschriften die in het buitenland moeten worden toegepast, feitelijke overdracht van de uitvoering naar een buitenlandse pensioeninstelling (bijna) onmogelijk maken. Enkele voorbeelden in dit verband.

In de eerste plaats denk ik dat de *materiële bepalingen* van de PSW bij grensoverschrijdende deelneming van toepassing moeten blijven. Dit vloeit mijns inziens al voort uit de Safeguardingrichtlijn, waarin is bepaald – en in artikel 32e van de PSW overgenomen – dat grensoverschrijding niet mag leiden tot een lager pensioen c.q. aantasting van pensioenaanspraak. In dit verband zullen door een buitenlandse pensioeninstelling nageleefd moeten worden:

- gelijke behandeling van slapers en gepensioneerden bij het verlenen van toeslagen;
- afkoopverbod;
- pensioenverevening bij scheiding en het recht op een bijzonder nabestaandenpensioen;
- uitruil van nabestaandenpensioen voor een hoger of eerder ingaand ouderdomspensioen; en
- tijdsevenredige opbouw en financiering, zodat bij voortijdige beëindiging de betrokkene een even grote premievrije pensioenaanspraak ontvangt als iemand die het dienstverband beëindigt en een dergelijke aanspraak ontvangt van een binnenlandse pensioenuitvoerder.

Het is voorts overbodig de buitenlandse pensioeninstelling te houden aan de diverse gelijke behandelingsvoorschriften: gelijke behandeling mannen en vrouwen, voltijd en deeltijd werkenden, werknemers met een contract voor bepaalde en onbepaalde tijd, gelijke behandeling naar leeftijd. Al deze voorschriften vinden hun grondslag in Europese richtlijnen die derhalve in alle andere lidstaten eveneens moeten zijn ingevoerd. Het kan overigens wel een voordeel zijn de buitenlandse wetgeving terzake toe te passen in zoverre die minder vergaand is geweest dan de Nederlandse implementatie (en dat is wel eens het geval geweest!).

Een tweede categorie van Nederlandse bepalingen die door een buitenlandse pensioeninstelling moeten worden toegepast, vloeit voort uit het feit dat de sociale en arbeidswetgeving ingevolge artikel 20, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn betrekking heeft op de *organisatie* van het pensioenstelsel. Te denken valt dan aan:

- paritaire samenstelling van het bestuur van de pensioeninstelling; en
- de instelling van een deelnemersraad.

Ik twijfel om in dit kader het inruimen van bestuurszetels voor gepensioneerden te noemen, omdat dit geen wettelijke basis heeft.

In de memorie van toelichting staat over die organisatorische aspecten het volgende. De kern van het Nederlandse pensioenstelsel is dat sociale partners een pensioenregeling afspreken en dat deze regeling door een pensioenfonds wordt uitgevoerd. Een pensioenfonds is een sociale instelling zonder winstdoelstelling, waarin solidariteit en met name ook de intergenerationele solidariteit worden gerealiseerd. (...) Kortom, de belangen van de deelnemers staan voorop. Een element als bijvoorbeeld de bestuurssamenstelling maakt onlosmakelijk deel uit van dit stelsel. Op deze wijze wordt immers gewaarborgd dat de belangen van werkgevers en werknemers op evenwichtige wijze vertegenwoordigd worden. Onder sociaal en arbeidsrecht vallen in Nederland dus niet alleen de voorschriften over gelijke behandeling en *waardeoverdracht*, maar ook die over het bestuur van het pensioenfonds.

Ten slotte noem ik in deze voorlopige opsomming de *financiële voorschriften*. Hier kan nog onderscheid worden gemaakt tussen de financiële *toezichtregels* en de financieringsvoorschriften. Ambtelijk Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in dit verband gezegd dat het Nederlandse, in ontwikkeling zijnde Financieel Toetsingskader niet van toepassing zal zijn op een Nederlandse pensioenregeling die door een buitenlandse pensioeninstelling wordt uitgevoerd, omdat het niet wordt beschouwd als sociaal of arbeidsrecht. Vanwege het feit dat de Pensioenfondsenrichtlijn *home country control* c.q. *single licence* mogelijk maakt, is op de vorenbedoelde pensioeninstelling het locale toezichtregime van toepassing.

De kwestie of de financieringsvoorschriften onderdeel uitmaken van het sociale en arbeidsrecht zal naar verwachting om een politieke beslissing vragen. Er kan namelijk ook beweerd worden dat het opbouwen van pensioenaanspraken geen inhoud heeft zonder een bijbehorend systeem van financiering van die aanspraken. Indien de financiering niet in overeenstemming met het systeem geschiedt, zijn de andere voorschriften niet uitvoerbaar. Lutjens gaat ervan uit dat een buitenlandse pensioeninstelling die een Nederlandse pensioenregeling uitvoert, de financiële eisen van de PSW in acht moet nemen. Adequate financiering van de pensioentoezeggingen acht hij een centraal punt in de PSW. Zonder die toepassing wordt naar zijn mening de waarborgfunctie van de PSW door grensover-

schijding uitgehold.⁷ In de levenrichtlijnen gaat terzake echter de wetgeving van het land van vestiging voor.

Voorzover locale en buitenlandse voorschriften naast elkaar kunnen bestaan zal dit niet tot problemen leiden. Ingeval de Nederlandse bepalingen zich niet verenigen met die van de andere betrokken lidstaat, dient volgens de wetgever per geval te worden beoordeeld welke bepaling dient te prevaleren. DNB wordt hiertoe in het wetsvoorstel een instrument gegeven: de toezichthouder kan aan een pensioeninstelling in een andere lidstaat – zoals hiervóór opgemerkt – een ontheffing verlenen van een van toepassing zijnde Nederlandse bepaling wanneer de belangen die de Nederlandse bepaling beoogt te beschermen op gelijke of betere wijze (ik kan mij dit haast niet voorstellen) worden beschermd door de betrokken bepaling van de andere lidstaat. Zie verder paragraaf 5.11.3.

5 DE IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJNARTIKELEN

5.1 Reikwijdte (artikelen 2-6 Pensioenfondsenrichtlijn)

De Pensioenfondsenrichtlijn is van toepassing op de Nederlandse ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen. De spaarfondsen zijn uitgezonderd omdat ze volgens de wetgever niet voldoen aan de in artikel 6, onder a, van de Pensioenfondsenrichtlijn gegeven definitie van pensioeninstelling. Volgens de memorie van toelichting bieden spaarfondsen namelijk geen dekking tegen biometrische risico's.⁸ In artikel 6 wordt echter in het geheel niet gesproken over biometrische risico's; deze risico's worden pas in artikel 15, tweede lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn genoemd in het kader van de voorschriften omtrent toereikende technische voorzieningen die pensioeninstellingen moeten aanhouden. Het vermoeden bestaat dat de uitzondering te maken heeft met het voornemen om in de nieuwe Pensioenwet spaarfondsen af te schaffen.

De Pensioenfondsenrichtlijn is ingevolge artikel 2, tweede lid, van die richtlijn niet van toepassing op:

- 7 Prof. Dr. E. Lutjens: 'Arbeidspensioenen en grensoverschrijdend verkeer van pensioen-uitvoerders en van werknemers', Onderneming & Financiering mei 2004, pag. 61.
- 8 Blijkens artikel 6, onderdeel h, van de Pensioenfondsenrichtlijn zijn dit risico's in verband met overlijden of arbeidsongeschiktheid en levensverwachting.

- instanties die belast zijn met de uitvoering van de wettelijke socialezekerheidsregelingen: zij vallen onder Verordening (EG) nr. 1408/71⁹ en Verordening nr. 574/72;
- instellingen die onder de levensrichtlijnen vallen dan wel de richtlijnen die gelden voor effecten- en kredietinstellingen;
- instellingen die op basis van een omslagstelsel werken. De vraag is of hiermee afdoende antwoord is gegeven op de vraag of de Nederlandse VUT-fondsen zijn uitgezonderd;
- ondernemingen die boekreserves aanhouden teneinde hun werknemers pensioenuitkeringen te betalen.

Op grond van artikel 5 kunnen lidstaten er voorts voor kiezen de Pensioenfondsrichtlijn geheel of gedeeltelijk niet toe te passen op instellingen die pensioenregelingen uitvoeren die tezamen in totaal minder dan honderd deelnemers tellen. Zodra een pensioeninstelling het aantal van honderd deelnemers heeft bereikt, is de Pensioenfondsrichtlijn dus van toepassing.

De Nederlandse wetgever wil van deze mogelijkheid gebruikmaken en bepaalt in een nieuw artikel 32r PSW dat de bepalingen van de implementatiewet niet van toepassing zijn op een pensioenfonds of beroepspensioenfonds dat pensioenregelingen uitvoert die tezamen minder dan *drie* deelnemers tellen. Waarom de grens bij drie deelnemers is gelegd wordt niet toegelicht. Artikel 19 van de Pensioenfondsrichtlijn over de vrije dienstverlening met betrekking tot het vermogensbeheer en bewaring zijn en blijven altijd van toepassing, dus ook op kleine pensioenfondsen. Conform de Pensioenfondsrichtlijn mag een dergelijk pensioenfonds de bepalingen van die richtlijn wel vrijwillig toepassen. Verricht het hier bedoelde pensioenfonds evenwel grensoverschrijdende activiteiten, dan alleen onder toepassing van alle voorschriften van de Pensioenfondsrichtlijn (en dus ook van de implementatiewet).

De Pensioenfondsrichtlijn is niet van toepassing op verzekeraars. Hoewel ingevolge artikel 4 lidstaten ervoor kunnen kiezen de Pensioenfondsrichtlijn toe te passen op de werkzaamheden van onder Richtlijn 2002/83/EG vallende verzekeringsondernemingen, maakt de Nederlandse wetgever daar geen gebruik van. Dit teneinde toezichtarbitrage te voorkomen.

9 Deze verordening is vorig jaar vervangen door de Verordening 883/2004.

Het vorenstaande laat onverlet dat de PSW en de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (verder te noemen: de Regelen)¹⁰ worden aangepast aan de Pensioenfondsenrichtlijn, gevolgd door overplaatsing te zijner tijd van de desbetreffende bepalingen naar de nieuwe Pensioenwet, waarin de Regelen zullen worden geïncorporeerd. In de Pensioenwet wordt het onderscheid tussen de verschillende typen pensioenuitvoerders zoveel mogelijk opgeheven. Hierdoor ontstaat de merkwaardige situatie dat langs een omweg de Pensioenfondsenrichtlijn toch van toepassing wordt op verzekeraars die in de afgelopen decennia reeds door middel van drie levenrichtlijnen een interne markt hebben bereikt. Indien overigens de Pensioenfondsenrichtlijn facultatief toegepast zou kunnen worden op verzekeraars, dienen zij al hun met de werkzaamheden in verband met de bedrijfspensioenvoorzieningen overeenkomende activa en passiva af te scheiden van hun overige werkzaamheden (*ringfencing*¹¹). Dit vanwege verschillende beleggingsvoorschriften voor verzekeraars en pensioeninstellingen. Volgens de Main Conclusions is op deze verzekeraars wel één solvabiliteitsmarge van toepassing, namelijk die ingevolge de levenrichtlijnen.

Als het wetsvoorstel openbaar is gemaakt zal blijken of de verzekeringsbranche toch behoefte heeft aan toepassing van de Pensioenfondsenrichtlijn.

De Pensioenfondsenrichtlijn ziet in beginsel ook op de pensioen-BV van een directeur-groootaandeelhouder. Gezien de doelstellingen van de Pensioenfondsenrichtlijn, een interne markt van pensioeninstellingen als vertaling van het vrije verkeer van werknemers, goederen, diensten en kapitaal, acht de regering het niet wenselijk het wetsvoorstel uit te strekken tot dit type pensioeninstelling. Derhalve is gebruikgemaakt van de mogelijkheid van artikel 5 van de Pensioenfondsenrichtlijn om pensioen-BV's uit te zonderen. Dit artikel biedt letterlijk de mogelijkheid overigens om pensioeninstellingen van de werking van de Pensioenfondsenricht-

10 Beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 juli 1987, Stcrt. 1987, 143.

11 Het begrip 'ringfencing' wordt in de Pensioenfondsenrichtlijn enkele keren gebruikt en heeft niet altijd dezelfde betekenis. Artikel 3 gaat over de ringfencing tussen de eerste en tweede pijler van het sociale stelsel, artikel 4 over de ringfencing tussen verzekerings- en pensioeninstellingsactiviteiten en de artikelen 16, derde lid, en 18, zevende lid, over ringfencing tussen binnenlandse en buitenlandse werkzaamheden van een pensioeninstelling. Het ligt voor de hand de ringfencing als bedoeld in artikel 4 aan dezelfde eisen te verbinden als zijn voorgeschreven in de artikelen 18 en 19 van de derde levensrichtlijn 2002/83/EC. Ringfencing heeft voorts niet tot doel om ervoor te zorgen dat een eventueel faillissement van een verzekeraar zich beperkt tot slechts het verzekerings- of pensioen-deel van het bedrijf.

lijn uit te zonderen die minder dan 100 deelnemers kennen. Volgens hetzelfde artikel moeten pensioen-BV's niettemin het recht worden verleend de Pensioenfondsenrichtlijn vrijwillig toe te passen.

De lidstaten kunnen er ten slotte voor kiezen de Pensioenfondsenrichtlijn niet toe te passen op pensioeninstellingen waarvan de pensioenvoorzieningen een *wettelijke* grondslag kennen en die door de overheid worden gegarandeerd (artikel 5, tweede alinea, van de richtlijn). Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de pensioenregeling voor notarissen. Omdat artikel 1, zevende lid, van de PSW niet wordt gewijzigd, moet worden geconcludeerd dat de Nederlandse overheid inderdaad wettelijk geregelde pensioenregelingen buiten de werkingssfeer van de richtlijn houdt.

In de PSW wordt overigens het begrip 'pensioeninstelling' uit de Pensioenfondsenrichtlijn letterlijk overgenomen om daarmee buitenlandse pensioeninstellingen aan te duiden die niet per se naar de benaming 'pensioenfonds' behoeven te luisteren.

Een pensioeninstelling uit een andere lidstaat wordt omschreven als een op basis van kapitalisatie (ook een on-Nederlandse omschrijving!) gefinancierde instelling¹², ongeacht de rechtsvorm, die zetel heeft in een andere lidstaat dan Nederland en die onafhankelijk van enige bijdragende onderneming of bedrijfstak is opgericht met als doel het verstrekken van arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen op basis van een overeenkomst. Deze overeenkomst dient te zijn gesloten, individueel of collectief, tussen één of meer werkgevers en één of meer werknemers of hun respectievelijke vertegenwoordigers, of met zelfstandigen. De pensioeninstelling wordt geacht hiermee rechtstreeks verband houdende werkzaamheden te verrichten. Vorenstaande omschrijving wordt opgenomen in de definities in artikel 1 van de PSW.

Overigens wordt onder een lidstaat niet alleen een land behorend tot de Europese Unie gerekend, maar ook een land dat partij is bij de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER).

De Pensioenfondsenrichtlijn verplicht lidstaten ondernemingen toe te staan pensioentoezeggingen onder te brengen bij een pensioeninstelling in het buitenland. Artikel 2, waarin de limitatieve opsomming staat van toegestane vormen van pensioenuitvoering, is daarom uitgebreid met pensioeninstellingen die hun zetel in een andere lidstaat hebben en be-

12 Eigenlijk wordt bedoeld de op basis van kapitalisatie gefinancierde *pensioenregeling*. Als de werkgever alle uitvoeringskosten van de pensioeninstelling voor zijn rekening neemt, valt de instelling toch onder de Pensioenfondsenrichtlijn, neem ik aan.

schikken over een vergunning, machtiging of andere vorm van toestemming om grensoverschrijdende werkzaamheden te verrichten.

Voor een deel van de werkgevers staat de weg naar een buitenlandse pensioeninstelling niet open vanwege de verplichte aansluiting bij een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling. De Pensioenfondsenrichtlijn staat deze beperking van het vrije verkeer van diensten toe (zie artikel 20, eerste lid, van de richtlijn). Artikel 2 staat er evenwel niet aan in de weg dat werkgevers uit andere lidstaten pensioentoezeggingen onderbrengen bij Nederlandse pensioenfondsen, mits *binnen de kaders* van de PSW, Wet Bpf 2000 en Wet Bpr. Voor Nederlandse ondernemingspensioenfondsen geldt dat deze bijdragen van werkgevers uit andere lidstaten kunnen ontvangen, indien die werkgevers tot dezelfde onderneming (concern) behoren; voor bedrijfstakpensioenfondsen geldt dat de buitenlandse werkgever in dezelfde bedrijfstak actief is.

In geval van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregelingen betekent de verplichtstelling in de eerste plaats een beperking van grensoverschrijdende deelneming, maar wordt dit – zoals gezegd – geaccepteerd. Ik vind het dubieus dat die bedrijfstakpensioenfondsen vervolgens buitenlandse bedrijfstakpensioenregelingen mogen uitvoeren. Daarnaast is de doelstelling van de verplichte bedrijfstakpensioenregeling – het uitsluiten van concurrentie met de arbeidsvoorwaarde pensioen – een typisch Nederlands fenomeen, waar een buitenlandse pensioenregeling buiten staat. We ambiëren toch niet dit concurrentiebeperkende verschijnsel uit te breiden. Maar misschien maak ik mij zorgen om niets, omdat het wellicht nauwelijks zal voorkomen dat de buitenlandse bedrijfstakactiviteiten exact dezelfde zijn als de Nederlandse.

5.2 Werkzaamheden van de pensioenfondsen (artikel 7 Pensioenfondsenrichtlijn)

De lidstaten moeten de op hun grondgebied gevestigde pensioeninstellingen de verplichting opleggen dat zij hun werkzaamheden beperken tot de activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en daarmee verband houdende werkzaamheden. Dit voorschrift houdt een verbod op nevenactiviteiten in. Op dit moment is het voorgaande geregeld in de Regeling taakafbakening pensioenfondsen; in het wetsvoorstel wordt een en ander in de PSW zelf opgenomen.

Ik acht de betreffende regeling van de onderhavige materie in de PSW overbodig, omdat de Regeling taakafbakening voldoet. De wetgever houdt zich terzake niet aan zijn voornemen slechts het hoognodige in de

PSW te implementeren en de nadere uitwerking in het kader van de nieuwe Pensioenwet te regelen. Een en ander strookt ook niet met het kabinetsstandpunt¹³ om de aanbevelingen van de Commissie Staatsen voorlopig niet in wet- of regelgeving om te zetten, maar dit onderwerp mee te nemen in het pension fund governance project van de Stichting van de Arbeid.

Het verbod van nevenactiviteiten of, beter gezegd, de verplichting om de werkzaamheden te beperken tot de kernactiviteiten, wordt geregeld in artikel 4 van de PSW. Gelukkig is gekozen voor een ruime formulering: ‘...activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden...’. Dit betekent wel dat deze norm in de praktijk nadere invulling zal krijgen. De wetgever wil dat de toezichthouder terzake beleidsregels vaststelt. Ik ga ervan uit dat de uitvoering van levensloopregelingen vanwege de mogelijke aanwending van het levensloopkapitaal voor pensioen, geen verboden nevenactiviteit betreft.

Overigens blijft in het implementatiewetsvoorstel het huidige artikel 4, eerste lid, PSW ongewijzigd. Dit duidt erop dat een pensioenfonds niet per se rechtspersoonlijkheid *naar Nederlands recht* hoeft te hebben. Dat zulks altijd al mogelijk is geweest, heeft de Nederlandse wetgever en toezichthouder nooit ‘aan de grote klok gehangen’, moet achteraf worden geconcludeerd.¹⁴

Het verbod van nevenactiviteiten zoals omschreven in artikel 7 van de Pensioenfondsenrichtlijn heeft mij, gelet op de totale opzet van de richtlijn, altijd verbaasd. Artikel 3 van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat pensioeninstellingen die tevens belast zijn met de uitvoering van de wettelijke socialezekerheidsregelingen, die onder de werking vallen van Verordening (EEG) nr. 1408/71, hun activa en passiva die overeenkomen met de uitvoering van aanvullende pensioenregelingen moeten afscheiden (ringfencing). Zoals gezegd, regelt artikel 4 van de Pensioenfondsenrichtlijn de mogelijkheid dat verzekeraars onder de richtlijn vallen voor wat betreft werkzaamheden die verband houden met de uitvoering van pensioenregelingen. In deze opzet past naar mijn mening geen verbod van nevenactiviteiten van pensioenfondsen, maar eerder het voorschrift van ringfencing van die activiteiten.

Het is overigens opvallend dat volgens de Main Conclusions een pensioenfonds – in afwijking van de aanbevelingen van de Commissie Staatsen –

13 Brief van minister De Geus van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 8 september 2004, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 294, nr. 8.

14 Zie evenwel Lutjens die altijd heeft beweerd dat een pensioenfonds rechtspersoonlijkheid kan bezitten naar buitenlands recht.

leiding mag geven aan een eigen beleggingsonderneming. Dus, om in Nederlandse termen te blijven, pensioenfondsen aan de top van een holding.

5.3 Juridische scheiding ten opzichte van de aangesloten onderneming (artikel 8 Pensioenfondsenrichtlijn)

De juridische scheiding tussen de pensioeninstelling en de bijdragende (sponsorende) onderneming is een voorschrift dat regelrecht uit de Nederlandse PSW is overgenomen. Hiermee wordt beoogd in geval van faillissement van de onderneming het pensioenvermogen van de pensioeninstelling in het belang van de deelnemers en gepensioneerden te beschermen. Deze materie is reeds geregeld in artikel 2, eerste lid, van de PSW en artikel 2, tweede lid, van de Wet Bpr. Aparte implementatie is daarom niet nodig.

5.4 Voorwaarden voor de uitvoering van werkzaamheden (artikel 9 Pensioenfondsenrichtlijn)

Hierna volgt een opsomming van de voorwaarden die aan de bedrijfsvoering van pensioenfondsen wordt gesteld.

5.4.1 *Inschrijving in een register of vergunning*

Artikel 9, eerste lid, onder a, van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat pensioenfondsen door de toezichthouder zijn ingeschreven in een nationaal register *dan wel* over een vergunning beschikken. In geval van grensoverschrijdende werkzaamheden wordt melding gemaakt van de lidstaten waar het pensioenfonds werkzaam is. De memorie van toelichting spreekt evenwel over een registerinschrijving *en* vergunningverlening indien pensioenfondsen grensoverschrijdende activiteiten willen verrichten. Deze weergave wijkt dus enigszins van de richtlijntekst af.

De PSW voorziet in artikel 4, tweede lid, reeds in een plicht voor pensioenfondsen zich binnen drie maanden na de oprichting te melden. De toezichthouder ontvangt dan de oprichtingsakte en kan andere basisdocumenten, zoals de actuariële en bedrijfstechnische nota, opvragen en daar vragen over stellen of eventueel een aanwijzing geven. In feite wordt hiermee de vergunningverlening dicht benaderd. De wetgever heeft hiervoor echter niet gekozen.

Artikel 20 PSW wordt zodanig aangepast dat de toezichthouder een register gaat beheren waarin *alle* pensioenfondsen en beroepspensioenfond-

sen met zetel in Nederland worden ingeschreven. De memorie van toelichting vermeldt dat de toezichthouder reeds een dergelijk register heeft (!) in de vorm van een regelmatig gepubliceerde namenlijst waarin alle bestaande fondsen zijn opgenomen. Dit lijkt sterk op een inhoudsloos register. De enige wezenlijke informatie die aan de namenlijst wordt toegevoegd, vindt plaats als een pensioenfonds een vergunning heeft gekregen voor grensoverschrijdende werkzaamheden. In dat geval wordt de inhoud van de vergunning in het register opgenomen.

De bevoegdheid om het register in te zien komt overigens aan de minister toe op grond van artikel 20a PSW. Daarom is dienaangaande geen afzonderlijke regeling in de wet opgenomen.

Ik mis in het implementatiewetsvoorstel eigenlijk een verhandeling over de doelstelling van een register. Is het register openbaar en zo ja voor wie? Komt er nog meer informatie in te staan dan de grensoverschrijdende activiteiten? Hoe verhoudt dit register zich tot het stichtingenregister van de Kamer van Koophandel? Blijft het register beperkt tot de huidige namenlijst?

5.4.2 *Gekwalificeerd bestuur of adviseurs*

Het voorschrift van artikel 9, eerste lid, onder b, van de Pensioenfondsrichtlijn houdt in dat het pensioenfonds daadwerkelijk wordt bestuurd door personen van goede reputatie die zelf over voldoende beroepskwalificaties en beroepservaring beschikken *of* adviseurs in dienst hebben met toepasselijke kwalificaties en ervaringen. Naar aanleiding van dit voorschrift is artikel 5 van de PSW aangepast. Ik acht de hiervóór genoemde aanpassingen – zeker in het kader van een minimalistische implementatie – overbodig. De huidige deskundigheids- en integriteitseisen van DNB voldoen. De aanwezigheid van beroepskwalificaties en reputatie kunnen binnen de huidige eisen, met name aan de hand van de matrix uit het deskundigheidsplan en de ingezonden curricula vitae, worden getoetst. Door deze begrippen bovendien expliciet te maken wordt de vraag uitgelokt of, en zo ja hoe, DNB een en ander onderzoekt en kan constateren. Sluit de eis van voldoende ervaring uit dat onervaren bestuursleden per definitie tot het bestuur van een pensioenfonds kunnen toetreden?

Ten slotte merk ik op dat net als bij het hiervóór behandelde onder 5.4.1., de PSW-aanpassing spreekt over een dubbele eis ten aanzien van bestuur én adviseurs, terwijl de richtlijntekst het uitdrukkelijk over 'of' heeft, hetgeen nogal scheelt! Strikt genomen moet de Nederlandse wetgever deskundigheids-eisen stellen aan de actuaire en accountant.

5.4.3 *Regels over de werking van de pensioenregeling*

Artikel 9, eerste lid, onder c, van de Pensioenfondsenrichtlijn eist dat er naar behoren vastgestelde regels bestaan over de werking van elke door het pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling en dat de deelnemers hierover ordentelijk in kennis zijn gesteld. De wetgever gaat ervan uit dat de huidige PSW hieraan reeds voldoet en derhalve geen wetgeving terzake noodzakelijk is. Verwezen wordt naar artikelen 7 en 17, eerste lid, van de PSW en artikelen 8 en 15, eerste lid, van de Wet Bpr, waarin de eisen zijn vermeld die aan statuten en reglementen worden gesteld.

Voor verzekeraars zullen overeenkomstige eisen worden geformuleerd door aanvulling van artikel 13 van de Regelen, met de verplichting een pensioenreglement te maken.

5.4.4 *Inschakeling van actuaris of accountant*

Artikel 9, eerste lid, onder d, van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat alle technische voorzieningen zijn berekend door een actuaris of een andere deskundige op dit gebied, waaronder een accountant. Naast deze berekening moet ook sprake zijn van waarmerking overeenkomstig de nationale wetgeving, op basis van de door de bevoegde autoriteiten van de relevante lidstaat erkende actuariële methoden.

Naar het oordeel van de wetgever hoeft terzake geen wetaanpassing plaats te vinden; verwezen wordt naar het huidige artikel 10b van de PSW.

5.4.5 *Regelmatische financiële bijdragen*

Volgens artikel 9, eerste lid, onder e, van de Pensioenfondsenrichtlijn is de bijdragende onderneming bij pensioenregelingen waarin zij garant staat voor de betaling van de pensioenuitkeringen, tot regelmatische financiële bijdragen verplicht. Van het fenomeen 'garantstelling van de betaling door de onderneming' is in de Nederlandse situatie geen sprake; dit vloeit voort uit de scheiding tussen onderneming en pensioenuitvoerder. Dit laat onverlet dat er ook in Nederland sprake dient te zijn van regelmatische financiële bijdragen door de onderneming, hetgeen is geregeld in artikel 3a, tweede lid, van de PSW.

Geconstateerd wordt dat uit de hiervóór bedoelde scheiding althans in Nederland logischerwijs voortvloeit dat de onderneming niet garant hoeft te staan voor de pensioenbetalingen. Deze gevolgtrekking kent de Pensioenfondsenrichtlijn blijkbaar niet; artikel 9, eerste lid, onder e, kan bestaan naast artikel 8 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

5.4.6 *Informatie over de voorwaarden van de pensioenregeling*

Ingevolge artikel 9, eerste lid, onder f, van de Pensioenfondsenrichtlijn worden de deelnemers voldoende ingelicht over de voorwaarden van de pensioenregeling en met name over:

- a. de rechten en plichten van de bij de regeling betrokken partijen;
- b. de financiële, technische en andere aan de pensioenregeling verbonden risico's; en
- c. de aard en de spreiding van die risico's.

Volgens de Main Conclusions hoeven de deelnemers niet over elk technisch detail te worden geïnformeerd, maar moet een praktische manier worden gezocht om de relevante informatie te verstrekken. De wetgever is van mening dat de huidige artikelen 3a, 7 en 17 van de PSW voorzien in de onder a genoemde voorwaarden. Artikel 13 van de Regelen zal op overeenkomstige wijze worden aangevuld. Voor de Wet Bpr is dit geregeld in de artikelen 8 en 15. De onder b en c vermelde aspecten vereisen evenwel wijziging van artikel 17 PSW, artikel 13 Regelen en artikel 15 Wet Bpr in de zin dat de deelnemers hierover worden geïnformeerd. Voorts koppelt de wetgever hieraan de bevoegdheid nadere regels te stellen. Bij de nieuwe Pensioenwet zal in het bredere kader van de informatieverplichtingen nadere invulling gegeven worden.

De wetgever wil aan de Pensioen- & Verzekeringskamer de bevoegdheid geven beleidsregels vast te stellen met betrekking tot het voorschrift dat aan de deelnemers ingevolge de Pensioenfondsenrichtlijn 'voldoende inlichtingen' moeten worden verstrekt. Ik ben van mening dat dit begrip zich niet voor verdere invulling leent en aan de partijen moet worden overgelaten.

In het derde lid van artikel 9 van de Pensioenfondsenrichtlijn is geregeld dat lidstaten aan de voorwaarden van bedrijfsvoering van een op hun grondgebied gevestigde instelling *andere* eisen kunnen stellen om ervoor te zorgen dat de belangen van de deelnemers en gepensioneerden adequaat worden beschermd. Een dergelijke eis betreft bijvoorbeeld de uitbreiding (in Nederland) van de deskundigheids- en integriteitstoest door de toezichthouder naar 'medebeleidsbepalers'.

5.4.7 *Uitbesteding*

Lidstaten kunnen ingevolge artikel 9, vierde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn op hun grondgebied gevestigde pensioeninstellingen toestaan of van hen verlangen dat zij de uitvoering geheel of gedeeltelijk toevertrouwen aan anderen, die dan handelen in naam van die pensioeninstellingen.

gen. In Nederland is deze uitbesteding al mogelijk en vindt zelfs veelvuldig plaats. De wetgever is van mening dat daarom wetswijziging terzake niet noodzakelijk is. Dit betekent dat de Pensioenfondsenrichtlijn de enige aantoonbare wettelijke grondslag biedt voor uitbesteding, terwijl we deze grondslag in de PSW tevergeefs zullen zoeken. Ik geef er de voorkeur aan de betreffende richtlijntekst in de PSW over te nemen, de bestaande Beleidsregel uitbesteding pensioenfondsen¹⁵ kan daar vervolgens aan opgehangen worden.

5.4.8 *Bedrijfsvoeringseisen bij grensoverschrijdende activiteiten*

Als een pensioenfonds grensoverschrijdende werkzaamheden wil verrichten worden alle hiervoor vermelde voorwaarden van bedrijfsvoering aan een voorafgaande vergunningverlening onderworpen. Dit staat in artikel 9, vijfde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn.

5.5 **Informatieverschaffing (artikelen 10–13 Pensioenfondsenrichtlijn) [10 en 11 van maken? 12 en 13 vallen onder 5.6 resp. 5.7]**

5.5.1 *Jaarrekening en jaarverslag (artikel 10 Pensioenfondsenrichtlijn)*

Artikel 10 van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat elk pensioenfonds een jaarrekening en een jaarverslag opstelt waarin elke door het fonds uitgevoerde pensioenregeling wordt opgenomen. De jaarrekeningen en -verslagen dienen een getrouw beeld te geven van de activa, passiva en financiële positie van het pensioenfonds. De jaarrekeningen en de informatie in de jaarverslagen dienen voorts consistent te zijn, alomvattend en correct gepresenteerd en worden naar behoren goedgekeurd door overeenkomstig de nationale wetgeving bevoegde personen. Het doel van deze bepaling is, blijkens overweging 20 van de Pensioenfondsenrichtlijn, de toezichthouder in staat te stellen de financiële draagkracht van een pensioenfonds te controleren en te beoordelen of het fonds aan al zijn contractuele verplichtingen kan voldoen. De exacte inhoud van jaarrekening en jaarverslag is een zaak van de lidstaten afzonderlijk.

Artikel 10b, tweede lid, van de PSW regelt al dat het pensioenfonds een jaarrekening en jaarverslag moet opstellen waarin een volledig beeld wordt gegeven van de financiële toestand van het fonds. Aan dit artikel zal worden toegevoegd dat in het jaarverslag rekening gehouden moet worden met elke door het pensioenfonds uitgevoerde regeling. Dit bete-

15 Besluit van de Pensioen- & Verzekeringskamer van 22 januari 2004, Stcrt. 2004, nr. 20.

kent niet dat voor elke regeling afzonderlijk een jaarverslag en jaarrekening gemaakt dient te worden, maar slechts dat de specifieke kenmerken van de verschillende regelingen zichtbaar zijn. Indien er bijvoorbeeld verschillende indexatiebepalingen gelden voor verschillende regelingen, dient apart gerapporteerd te worden over de wijze waarop hieraan invulling is gegeven.

Artikel 10b, tweede lid, van de PSW wordt uitgebreid met de bepaling dat in de jaarrekening en het jaarverslag van een (beroeps)pensioenfonds rekening wordt gehouden met elke door het fonds uitgevoerde pensioenregeling. De zinsnede 'rekening gehouden met' wijkt af van de Nederlandse tekst van de richtlijn, waarin staat dat elke pensioenregeling in de jaarrekening en het jaarverslag 'wordt opgenomen'. De wetgever heeft er de voorkeur aan gegeven om in deze de Engelse tekst van de richtlijn te volgen, waarin wordt gesproken over 'draw up annual accounts and annual report taking into account each pension scheme'. Overigens staat in het huidige artikel 10b, tweede lid, van de PSW reeds dat met de jaarrekening en het jaarverslag 'een volledig beeld van de financiële toestand van het fonds gegeven wordt'.

Voor kleinere pensioenfondsden geldt thans nog geen verplichting om een jaarrekening en jaarverslag op te stellen. Onder 'klein' wordt verstaan pensioenfondsden met een netto-omzet van € 2,72 miljoen (gedefinieerd als premie-inkomsten en genoten directe beleggingsinkomsten). Zij zullen dus voortaan ook een jaarrekening en -verslag moeten maken. Terrecht, want juist bij de kleinere pensioenfondsden is de noodzaak van controle aanwezig. Artikel 17 van de PSW en artikel 15 van de Wet Bpr zullen derhalve worden aangepast.

5.5.2 *Inlichtingen aan deelnemers en gepensioneerden (artikel 11 Pensioenfondsrichtlijn)*

Het inleidende eerste lid van artikel 11 van de Pensioenfondsrichtlijn stelt een minimumeis aan de nationale wetgever met betrekking tot de regeling van de informatieverstopping; een en ander afhankelijk van de aard van de pensioenregeling. Het is merkwaardig dat in die minimumeis het vijfde lid van dit artikel niet is meegenomen.

Ingevolge het tweede lid ontvangen deelnemers en gepensioneerden, en/of – indien van toepassing – hun vertegenwoordigers (hierbij kan men denken aan vertegenwoordigers van de vakbonden) binnen een redelijke termijn alle relevante informatie over wijzigingen in de voorschriften inzake de pensioenregeling. Voorts ontvangen zij op verzoek de jaarreke-

ningen en -verslagen c.q. de specifiek op hen van toepassing zijnde jaarrekening en jaarverslag. De wetgever is van mening dat de huidige artikelen 17, eerste tot en met derde lid, en 17a hierin reeds voorzien. Het is de bedoeling dat artikel 13 van de Regelen op overeenkomstige wijze wordt aangepast.

Het derde lid bepaalt dat de zogenoemde verklaring inzake de beleggingsbeginselen als bedoeld in artikel 12 van de Pensioenfondsenrichtlijn op verzoek aan de deelnemers en gepensioneerden ter beschikking gesteld wordt. Ook hier worden de vertegenwoordigers van de voornoemde doelgroepen vermeld, indien van toepassing. De toevoeging 'indien van toepassing' heeft bijvoorbeeld betrekking op de vertegenwoordigers van de werknemers in de besturen van de bedrijfstakpensioenfonds. Met de voornoemde verklaring worden in Nederland de Richtlijnen Beleggingsbeleid of Richtlijnen Vermogensbeheer verstaan. De wetgever constateert dat de huidige artikelen 17 van de PSW, 12 van de Regelen en 15 van de Wet Bpr hierin thans nog niet voorzien en op dit punt dus gewijzigd zullen worden. De memorie van toelichting vermeldt nog zonder bijzondere onderbouwing dat ook de slapers over de verklaring kunnen beschikken. Het derde lid somt inlichtingen op of – letterlijk – duidelijke en wezenlijke gegevens die op verzoek aan iedere deelnemer moeten worden gegeven. Het gaat dan om:

- a. het richtniveau van de pensioenuitkeringen, indien van toepassing;
- b. het niveau van de uitkeringen in geval van beëindiging van de dienstbetrekking;
- c. wanneer de deelnemer het beleggingsrisico draagt: alle beschikbare beleggingsmogelijkheden, indien van toepassing, en de feitelijke beleggingsportefeuille, evenals gegevens over de risicopositie en de kosten in verband met de beleggingen;
- d. de modaliteiten voor de overdracht van pensioenaanspraken naar een andere pensioeninstelling in geval van beëindiging van de dienstbetrekking. De deelnemers ontvangen jaarlijks beknopte informatie over de situatie van het pensioenfonds en over het actuele financieringsniveau van hun totale individuele aanspraken.

Aan onderdeel a wordt volgens de wetgever reeds voldaan door artikel 17, tweede lid, van de PSW en artikel 13 van de Regelen. Het betreft hier de jaaropgave, waarin de hoogte van het te bereiken reglementaire pensioen respectievelijk de verzekerde bedragen – inclusief de aan het betreffende of voorafgaande jaar toe te rekenen waardeangroei – worden vermeld. Een overeenkomstige bepaling zal in artikel 15 van de Wet Bpr worden opgenomen.

Aan onderdeel b wordt voldaan in artikel 8, vierde lid, van de PSW, artikel 13, vijfde lid, van de Regelen en artikel 15, tweede lid, van de Wet Bpr. Bij de beëindiging van het dienstverband wordt aan de deelnemer immers een opgave verstrekt van de premievrije aanspraken.

Aan onderdeel c wordt thans niet voldaan. Er wordt een nieuw artikel 17b aan de PSW toegevoegd, waarin wordt bepaald dat het reglement van pensioenregelingen, waarbij de deelnemer beleggingsrisico's loopt, de beleggingsmogelijkheden moet aangegeven. Aan artikel 17 van de PSW zal worden toegevoegd dat de deelnemer jaarlijks wordt geïnformeerd over de feitelijke beleggingsportefeuille, de risicopositie en de kosten in verband met de beleggingen. De wetgever tekent hierbij nog aan dat in het kader van de nieuwe Pensioenwet de informatievoorschriften nog verder zullen worden uitgebreid. De richtlijntekst is wat betreft de te verstrekken beleggingsmogelijkheden overigens zeer ruim geformuleerd: alle mogelijkheden moeten worden getoond. Ik neem aan dat daarmee wordt bedoeld alle bij het pensioenfonds aanwezige informatie terzake.

Onderdeel d ten slotte is reeds geregeld in artikel 32b PSW en artikel 16a van de Regelen. Ik ben het daar niet helemaal mee eens. De Pensioenfondsrichtlijn regelt de informatieverstrekking *op verzoek* en de genoemde artikelen regelen de informatieverstrekking door de (oude) werkgever *op eigen initiatief*. In de Wet Bpr bestaat thans geen mogelijkheid van waardeoverdracht. Bij de algehele herziening van deze wet¹⁶ zal het recht op waardeoverdracht worden geïntroduceerd.

Met betrekking tot het tweede deel van onderdeel d stelt de wetgever dat naast artikel 17, tweede lid, van de PSW en artikel 13, derde lid, van de Regelen die jaarlijks informatie geven over het te bereiken pensioen c.q. verzekerde bedragen, in artikel 9a PSW respectievelijk Regelen is geregeld dat de pensioenaanspraken jaarlijks moeten worden afgefinancierd. Het financieringsniveau van de individuele aanspraken is hiermee gewaarborgd. Naar de mening van de wetgever heeft aparte informatie over deze wettelijke affinancieringsplicht geen toegevoegde waarde. Wel wordt voorgesteld aan artikel 17 PSW toe te voegen dat het pensioenfonds gehouden is de deelnemers te informeren indien er wegens financiële problemen een herstelplan van kracht is.

Het vijfde lid van artikel 11 van de Pensioenfondsrichtlijn vereist dat ieder pensioengerechtigde bij zijn pensionering of wanneer er andere uitkeringen verschuldigd worden, de nodige informatie verkrijgt over de uit-

16 Wetsvoorstel betreffende een nieuwe regeling voor verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 481, nr. 1 e.v.

keringen waarop hij of zij aanspraak kan maken en over de wijze van uitbetaling. Dit laatste is in de PSW thans niet expliciet geregeld. De wetgever stelt dan ook voor een overeenkomstige bepaling op te nemen in respectievelijk artikel 17b, derde lid, van de PSW, artikel 13 van de Regelen en artikel 15 Wet Bpr.

5.6 Verklaring inzake de beleggingsbeginselen (artikel 12 Pensioenfondsenrichtlijn)

Periodiek moeten pensioenfondsen een schriftelijke verklaring opstellen inzake beleggingsbeginselen en deze ten minste om de drie jaar herzien. De verklaring moet daarentegen onverwijld worden herzien na een belangrijke wijziging van het beleggingsbeleid. De nationale wetgever moet erop toezien dat de verklaring ten minste onderwerpen omvat als de toegepaste wegingsmethoden voor beleggingsrisico's, de risicobeheersingsprocedures en de strategische allocatie van activa in het licht van de aard en looptijd van de pensioenverplichtingen. Opvallend is dat de formulering van artikel 12 doet denken aan de opzet van artikel 7 van de PSW, namelijk de methode van opsomming van (deel)onderwerpen die ten minste in een bepaald document geregeld moeten worden, zonder bemoeienis ten aanzien van de inhoud.

Om aan voornoemd artikel te kunnen voldoen zal artikel 9c van de PSW worden aangepast. In de actuariële en bedrijfstechnische nota (abtn) moet een verklaring inzake de beleggingsbeginselen worden opgenomen. Ik ben van mening dat primair de betreffende verklaring er moet komen (overigens vinden deze verklaringen in de praktijk al plaats – zoals gezegd – in de vorm van Richtlijnen terzake), maar acht per se opnemings daarvan in de abtn geen noodzaak.

5.7 Informatie aan de toezichthouder (artikel 13 Pensioenfondsenrichtlijn)

Net als de informatieverplichtingen aan de deelnemers en gepensioneerden, kent het onderhavige artikel een flinke opsomming van informatieverplichtingen aan de toezichthouder. De lidstaten moeten ervoor zorg dragen dat de toezichthouder(s) de noodzakelijke bevoegdheden en middelen krijgen om aan de betreffende informatie te kunnen komen. De Pensioenfondsenrichtlijn spreekt in dit verband over informatie aan 'de bevoegde autoriteiten'; wat Nederland betreft gaat het dan om DNB en de AFM. De tussen deze toezichthouders gemaakte taakverdeling blijkt niet uit het wetsvoorstel.

Om welke informatie gaat het?

5.7.1 *Kring van informatieverplichte personen*

In artikel 13, onder a, van de Pensioenfondsenrichtlijn staat dat de instelling ofwel het pensioenfonds inlichtingen moet verstrekken over alle zakelijke aangelegenheden of alle bedrijfsdocumenten moet overleggen.

Naast de 'onbenoemde' instelling bestaat de verplichting voor 'de leden van de raad van bestuur en andere met het beheer of de leiding of de controle op de instelling belaste personen'. De memorie van toelichting gaat hier verder niet op in. Wel wordt in het algemeen bij artikel 13 opgemerkt dat het onderhavige onderwerp reeds geregeld is in de artikelen 19 en 22, tweede lid, van de PSW voor pensioenfondsen, werkgevers en verzekerders. Voor beroepspensioenfondsen is een en ander al geregeld in de artikelen 18 en 20, tweede lid, van de Wet Bpr.

5.7.2 *Betrekkingen tussen pensioenfondsen onderling en met andere ondernemingen*

De toezichthouder moet met behulp van artikel 13, onder b, van de Pensioenfondsenrichtlijn toezicht kunnen houden op de betrekkingen tussen het pensioenfonds en 'andere ondernemingen' of op betrekkingen tussen pensioenfondsen onderling, waarbij activiteiten worden uitbesteed. De bedoelde betrekkingen moeten in dit verband wel 'de financiële positie van de instelling (pensioenfonds)' beïnvloeden, dan wel de betrekkingen zijn 'op concrete wijze van belang voor de uitoefening van een doeltreffend toezicht'.

Dit voorschrift leidt tot aanpassing van artikel 19 PSW en artikel 18 Wet Bpr.

5.7.3 *Diverse ter beschikking te stellen documenten*

Artikel 13, onder c, van de Pensioenfondsenrichtlijn bevat een opsomming van diverse documenten waarover de toezichthouder periodiek de beschikking moet kunnen krijgen. Genoemd worden de verklaring inzake de beleggingsbeginselen, de jaarrekening en het jaarverslag, alsmede alle documenten die voor de uitoefening van toezicht noodzakelijk zijn. Daartoe kunnen behoren:

- a. interne tussentijdse verslagen;
- b. actuariële schattingen en gedetailleerde hypothesen;
- c. activa-passivastudies;
- d. bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de beleggingsbeginselen werkelijk worden gevolgd;

- e. bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de bijdragen volgens plan zijn betaald; en
- f. een rapport van de personen die met de controle van de jaarrekening zijn belast.

Een behoorlijke opsomming! De wetgever zegt hierover het volgende. De jaarrekening en het jaarverslag moeten reeds op grond van artikel 10b, tweede lid, van de PSW worden verstrekt. De overige gegevens en documenten kan de toezichthouder bij de pensioenfondsen opvragen en inzien op grond van de artikelen 5:16 en 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In de memorie van toelichting ontbreekt een verhandeling over de relatie met deze wet, hetgeen de duidelijkheid ten goede zou komen. De verklaring inzake de beleggingsbeginselen wordt op grond van artikel 9c van de PSW in de abtn opgenomen, waarna vervolgens deze nota op grond van hetzelfde artikel 9c regelmatig aan de toezichthouder moet worden overgelegd.

In artikel 9c van de PSW is geregeld dat elk pensioenfonds een abtn vaststelt waarin in elk geval een omschrijving is opgenomen van de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het bepaalde omtrent de bezittingen en de beleggingen van het pensioenfonds. Sinds de wet van 22 december 1999 (*Stb.* 592) zijn met ingang van 1 januari 2000 de aanvankelijk zeer summier eisen in de PSW ten aanzien van de financiering van de pensioenregelingen naar de mening van de wetgever sterk vergroot. Alle pensioenfondsen, ook de volledig herverzekerde fondsen en de fondsen die de uit de aangegane verplichtingen voortspruitende risico's volledig hebben overgedragen, dienen een abtn op te stellen. Naast gegevens over de bedrijfsvoering dient de abtn, voorzover van toepassing, ook informatie te bevatten over de aanspraken jegens het fonds, de reservering en het door een fonds gevoerde premie- en beleggingsbeleid, waardoor aan de toezichthouder een integraal inzicht wordt gegeven in het functioneren van het pensioenfonds. De wetgever wijst in dit verband nog naar de Hoofddlijnennotitie van 6 februari 2004¹⁷, waarin de hoofddlijnen zijn geschetst van het financiële toezicht op pensioenfondsen, welke in de nieuwe Pensioenwet een plaats zullen krijgen.

Op grond van voorgaande beschrijving wekt de wetgever de suggestie dat onderdeel c geen uitbreiding van de bestaande voorschriften van de PSW behoeft. De richtlijntekst wordt evenwel letterlijk in de PSW overgenomen, waardoor naar mijn oordeel de indruk is ontstaan dat de informa-

17 Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 februari 2004 (Hoofddlijnen voor de regeling van het financiële toezicht op pensioenfondsen in de Pensioenwet), Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 294, nr.4.

tieverplichtingen jegens de toezichthouder toch zijn uitgebreid c.q. aangescherpt.

In artikel 19 van de PSW wordt bepaald dat onverminderd artikel 5:17 van de Awb het pensioenfonds, de leden van de raad van bestuur en andere met het beheer of de leiding of de controle op het fonds belaste personen aan de toezichthouder op diens verzoek de verklaring inzake de beleggingsbeginselen, alsmede alle overige documenten, genoemd in artikel 13, onder c, van de Pensioenfondsenrichtlijn, die voor de uitoefening van toezicht noodzakelijk zijn. Door de richtlijntekst letterlijk over te nemen komen er wat 'rare' begrippen in de PSW voor, zoals 'raad van bestuur', 'gedetailleerde hypothesen' en 'bewijsmateriaal'. Wordt met het in onder f genoemde rapport niet gewoon het accountantsverslag (en managementletter?) bedoeld? Moeten pensioenfondsvoortaan een document opstellen waaruit blijkt dat de premiebijdragen volgens plan zijn betaald? Enige vrije interpretatie van de richtlijn had naar mijn smaak wel gemoegen.

Overigens wordt de verstrekking van alle in de richtlijn vermelde documenten gezien als een verbijzondering van het inlichtingsrecht dat de toezichthouder reeds heeft. De *periodieke* verstrekking van de bedoelde informatie heeft de wetgever in overleg met de toezichthouder ingevuld door te betalen dat de informatie aan de toezichthouder *op verzoek* moet worden verstrekt.

5.7.4 Verificatie en onderzoek naar uitbestede werkzaamheden

Onderdeel d bepaalt dat de toezichthouder verificaties moet kunnen uitvoeren ten kantore van het pensioenfonds en, waar nodig, onderzoek moet kunnen instellen naar uitbestede activiteiten, een en ander om na te gaan of deze overeenkomstig de toezichtregels worden verricht. De wetgever vindt dat de verificatie al reeds kan plaatsvinden middels artikel 22, tweede en derde lid, van de PSW, artikel 20, tweede en derde lid, Wet Bpr en artikel 5:15 tot en met 5:17 van de Awb. Deze artikelen handelen over het binnentreden, het inzien en kopiëren van documenten en het vorderen van inlichtingen. Nadere implementatie van dit onderdeel wordt dan ook niet nodig geacht.

5.8 Interventiebevoegdheden van de toezichthouder (artikel 14 Pensioenfondsenrichtlijn)

5.8.1 *Administratieve organisatie en interne controle*

De toezichthouder eist dat het pensioenfonds beschikt over goede administratieve en boekhoudkundige procedures en adequate interne controlemechanismen. Dat staat in het eerste lid van artikel 14 van de Pensioenfondsenrichtlijn. De wetgever heeft besloten aan artikel 9c een nieuw lid toe te voegen waarin dit voorschrift is vervat. Ik vind dat dit weer niet strookt met de minimale implementatieopzet; in het Besluit actuariële en bedrijfstechnische nota¹⁸ staat het betreffende voorschrift al.

5.8.2 *Instrumenten*

Het tweede lid van artikel 14 van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat de toezichthouder de bevoegdheid heeft alle maatregelen te nemen, waaronder – waar passend – maatregelen van bestuursrechtelijke en geldelijke aard, die geschikt en noodzakelijk zijn om eventuele onregelmatigheden die de belangen van de deelnemers en gepensioneerden kunnen schaden, te voorkomen of ongedaan te maken. Dit voorschrift is volgens de wetgever reeds geregeld in de artikelen 23 tot en met 23k van de PSW en in de artikelen 21 tot en met 21e van de Wet Bpr.

Op het tweede deel van het tweede lid gaat de wetgever in de memorie van toelichting in het geheel niet in. Daarin is bepaald dat de toezichthouder de vrije beschikking over de activa van het pensioenfonds kan beperken of verbieden, met name wanneer het fonds:

- geen toereikende technische voorzieningen heeft gevormd met betrekking tot het geheel van de werkzaamheden, dan wel onvoldoende activa heeft om de technische voorzieningen te dekken;
- er niet in is geslaagd het voorgeschreven eigen vermogen in stand te houden.

In artikel 23m van de PSW is de mogelijkheid opgenomen om een bewindvoerder aan te stellen. Hiermee is voldaan aan het derde lid van artikel 14 van de Pensioenfondsenrichtlijn, waarin is bepaald dat geregeld moet zijn dat de toezichthouder ter bescherming van de belangen van de deelnemers en gepensioneerden de bevoegdheden van bestuurders geheel of gedeeltelijk kunnen overdragen aan een bijzondere vertegenwoordiger die geschikt is om deze bevoegdheden uit te oefenen.

¹⁸ Besluit van 21 november 2000, Stb. 502.

Artikel 23, eerste lid, PSW en artikel 21, eerste lid, Wet Bpr voorzien al in de verplichting van artikel 14, vierde lid, onder a, b en c, dat de toezichthouder bepaalde activiteiten van het pensioenfonds kan verbieden of beperken. Deze interventie is mogelijk als het pensioenfonds:

- de belangen van de deelnemers en gepensioneerden niet afdoende beschermt;
- niet langer aan de voorwaarden voor het verrichten van de werkzaamheden voldoet; en
- ernstig in gebreke blijft bij het voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de van toepassing zijnde voorschriften.

Onderdeel d is nieuw en leidt dan ook tot een uitbreiding van de voornoemde wetsartikelen. De toezichthouder kan dan ingrijpen als het pensioenfonds, in geval van grensoverschrijdende activiteiten, het sociaal en arbeidsrecht van de betrokken lidstaat ‘op het gebied van bedrijfspensioenen’ niet in acht neemt. De tussen haakjes geplaatste toevoeging is curieus, omdat deze de indruk wekt een beperking te zijn. De toezichthouder zou dan niet mogen ingrijpen als andere onderdelen van het sociaal en arbeidsrecht – niet zijnde de pensioenwetgeving – niet worden nageleefd?

Ten overvloedige vermeldt de tweede volzin van onderdeel d dat een besluit van de toezichthouder om activiteiten van een pensioenfonds te verbieden nauwkeurig met redenen wordt omkleed; het pensioenfonds wordt uiteraard hiervan in kennis gesteld.

Het vijfde lid van artikel 14 van de Pensioenfondsenrichtlijn staat volgens de wetgever reeds in de huidige artikelen 33a PSW en 28a Wet Bpr. In dit lid wordt bepaald dat tegen besluiten van de toezichthouder beroep op de rechter openstaat.

5.9 Financiële toezichtbepalingen (artikelen 15–18 Pensioenfondsenrichtlijn)

5.9.1 Inleiding

De artikelen 15 tot en met 18 van de Pensioenfondsenrichtlijn bevatten bepalingen over het financiële toezicht op pensioenfonds. Deze bepalingen bevatten, aldus de wetgever, in essentie dezelfde hoofdlijnen als die in Nederland tot uitdrukking komen in de bepalingen van de PSW en in de afgelopen vijftig jaar in de praktijk van het toezicht zijn ontwikkeld. Dat onderstreept ook het grote belang van de Pensioenfondsenrichtlijn: het Nederlandse gedachtegoed op het toezichtterrein heeft in de Europese regelgeving een belangrijke bevestiging gekregen. Het gevolg daarvan

is ook dat het Nederlandse systeem van het toezicht op pensioenfondsen door de Pensioenfondsenrichtlijn niet fundamenteel hoeft te worden veranderd. Door de prudent person-regel als uitgangspunt te nemen in het toezicht op beleggingen – dat in de praktijk niet essentieel afwijkt van de invulling die door de PVK in de afgelopen jaren is gegeven aan de woorden ‘op solide wijze’ in artikel 9b PSW – is op Europees niveau een belangrijke keuze gemaakt voor *kwalitatief* toezicht op de beleggingen, in plaats van de kwantitatieve beleggingsrestricties die het financiële toezicht op pensioeninstellingen in veel andere lidstaten al zoveel jaren kenmerkt. Met kwalitatieve voorschriften kan volgens de wetgever op een veel betere, zorgvuldige wijze worden omgegaan met individuele (beleggings)omstandigheden dan het geval is met vaste cijfermatige criteria. Op deze wijze zijn de belangen van de deelnemers en gepensioneerden veel beter gediend. De keerzijde is dat het toezicht op basis van kwalitatieve criteria moeilijker is dan het toezicht op basis van vaste kwantitatieve criteria.

Daarnaast bevat de Pensioenfondsenrichtlijn belangrijke bepalingen ten aanzien van de technische voorzieningen en het eigen vermogen. Hieruit komt enerzijds een benadering tot uitdrukking die vergelijkbaar is met het toezicht op (levens)verzekeraars. Dit betekent ook dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie rekening heeft gehouden met de oplossingen die zijn gevonden in de verzekeringsregelgeving. Anderzijds evenwel komt uit de Pensioenfondsenrichtlijn het bijzondere karakter van pensioenfondsen tot uitdrukking, bijvoorbeeld in artikel 16, tweede lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn waarin een pensioenfonds wordt toegestaan om gedurende korte tijd een vermogenstekort te hebben. Met het indienen van een herstelplan wordt dan vervolgens de mogelijkheid tot uitdrukking gebracht dat lasten en verplichtingen in de tijd kunnen worden verdeeld op een zodanige wijze die de collectiviteit die in het pensioenfonds is verenigd, acceptabel acht.

Ondanks het feit dat de Pensioenfondsenrichtlijn in belangrijke mate een explicitering vormt van de Nederlandse opvattingen over hoe pensioenfondsen moeten functioneren en hoe het toezicht er uit dient te zien, heeft de richtlijn gevolgen voor de opzet en structuur van de formele regelgeving. De PSW bevat enkele kernbepalingen inzake het financiële toezicht en is de nadere uitwerking daarvan veelal overgelaten aan DNB die terzake beleidsregels heeft opgesteld. De richtlijnimplementatie betekent dat veel meer regels moet worden opgenomen in de formele wet- en regelgeving.

Dit betekent dat daar waar in de bestaande situatie bevoegdheden bij DNB liggen, deze bevoegdheden opnieuw moeten worden gezien. De wetgever

wil echter in het onderhavige kader geen wijzigingen doorvoeren. Dergelijke wijzigingen en de daarbij te maken keuzen vallen, zo valt in de memorie van toelichting te lezen, blijkbaar buiten het bestek van de Pensioenfondsrichtlijn, mede gelet op de op stapel staande vervanging van de PSW door de nieuwe Pensioenwet en de omzetting in laatstgenoemde wet van de Hoofddlijnennotitie van 6 februari 2004. De onderhavige implementatie is dan ook tot een minimum beperkt.

Het is duidelijk dat de Pensioenfondsrichtlijn qua timing ongelukkig uitkomt, omdat een periode achter ons ligt, lopend van de PVK-circulaire van 30 september 2003 tot de al eerdergenoemde Hoofddlijnennotitie en de Nota uitwerking hoofddlijnen financiële opzet en positie van pensioenfonds¹⁹ van 29 oktober 2004, waarin het Nederlandse financiële toezicht op pensioenfonds is uitgekristalliseerd. Enig opportunisme valt uit redengeving door de wetgever om de Pensioenfondsrichtlijn terzake slechts summier te implementeren wel af te leiden.

5.9.2 Technische voorzieningen

De bepalingen in artikel 15 van de Pensioenfondsrichtlijn ten aanzien van de technische voorzieningen hebben betrekking op dezelfde materie als de voorschriften in artikel 9a PSW over de omvang van de bezittingen en de financiering van de pensioenaanspraken en vullen deze aan.

Het eerste lid bepaalt dat de pensioenfonds *te allen tijde* met betrekking tot de door hen uitgevoerde pensioenregelingen een juist bedrag van de passiva vaststellen, overeenkomend met de financiële verplichtingen.

Het tweede lid schrijft voor dat *toereikende* technische voorzieningen worden vastgesteld, indien pensioeninstellingen uitvoering en dekking bieden tegen biometrische risico's dan wel garanties afgeven met betrekking tot het beleggingsrendement of de hoogte van de uitkeringen. Deze voorzieningen worden ingevolge het derde lid elk jaar berekend. Het is evenwel toegestaan dat de berekening om de drie jaar wordt uitgevoerd indien het pensioenfonds de deelnemers en/of de toezichthouder in de tussenliggende jaren een verklaring of een verslag met aanpassingen verstrekt. In die verklaring of dat verslag moet de aangepaste ontwikkeling van de technische voorzieningen en van wijzigingen in de gedekte risico's worden weergegeven. Van deze mogelijkheid maakt de Nederlandse wetgever echter geen gebruik; aangesloten wordt bij de bestaande parijk dat de berekeningen jaarlijks moeten plaatsvinden (artikel 10b PSW).

19 Naast deze nota van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan ook vermeld worden de Beleidsregel toepassing hoofddlijnennota 2004 en 2005 d.d. 21 oktober 2004 van de Pensioen- & Verzekeringskamer.

Artikel 15, vierde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn bevat uitgebreide en essentiële voorschriften voor de vaststelling en de berekening van de rekenrente. Deze voorschriften hebben grote invloed op de hoogte van de technische voorzieningen. Gelet op de aard van deze bepalingen zijn deze voorschriften vrijwel letterlijk in de PSW opgenomen. Bij het omzetten van de hiervóór genoemde nota van 6 februari 2004 in de Pensioenwet wil de wetgever nader bezien hoe, gelet op de grote macro-economische consequenties van de te maken keuze ten aanzien van de toegepaste maximale rentepercentages, de vereiste afstemming binnen het kabinet kan worden geborgd. Die voorschriften ten aanzien van de toegestane maximale rentepercentages worden opgenomen in een aanvulling van het Besluit actuariële en bedrijfstechnische nota.

Het te allen tijde kunnen voldoen aan de financiële verplichtingen die uit de portefeuille van bestaande pensioenovereenkomsten voortvloeien is in artikel 9a, eerste lid, PSW vertaald in 'financiële verplichtingen die voortvloeien uit de statuten en reglementen van het pensioenfonds'. Deze formulering sluit beter aan bij de bestaande terminologie. De in artikel 15, tweede lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn gegeven beschrijving is volgens de wetgever opgenomen met het oog op situaties in sommige (andere) landen waar de pensioeninstellingen geen rechtspersoonlijkheid hebben. Deze beschrijving is dus niet in de PSW overgenomen. Wel is overgenomen dat toereikende technische voorzieningen moeten worden vastgesteld.

De uitgebreide voorschriften van artikel 15, vierde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn zijn vrijwel letterlijk opgenomen in het nieuwe derde lid van artikel 9a PSW. De berekeningen worden momenteel ingevolge de artikelen 9c, 10b, derde lid, van de PSW en artikel 5, vierde lid, van het Besluit staten pensioenfondsen reeds gecontroleerd en gewaarmerkt door een actuaaris. Om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de huidige situatie is ervoor gekozen in het voornoemde derde lid van artikel 9a PSW niet de accountant of 'een andere deskundige op dit gebied' te noemen als personen die bevoegd zijn de berekeningen uit te voeren en te waarmerken, maar deze taak neer te leggen bij de actuaaris in het kader van zijn werkzaamheden op het gebied van het actuariële verslag. De Pensioenfondsenrichtlijn biedt in artikel 15, vierde lid, ruimte voor deze keuze.

In artikel 9a, vierde lid, PSW wordt bepaald dat de actuaaris de berekeningen niet mag uitvoeren, wanneer hij tevens het pensioenfonds controleert (in de betekenis van certificering, neem ik aan). De noodzaak van scheiding van uitvoering en controle vloeit naar het oordeel van de wet-



gever voort uit de richtlijn. Het is toegestaan dat een andere actuaire van hetzelfde kantoor wordt ingeschakeld.

Lidstaten kunnen ingevolge artikel 15, vijfde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn aanvullende en meer uitvoerige voorwaarden opleggen ten aanzien van de berekening van de technische voorzieningen. Een en ander met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en gepensioneerden.

De Nederlandse wetgever maakt van deze bevoegdheid gebruik door in artikel 9a, vijfde lid, PSW de mogelijkheid te creëren om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de bedoelde berekeningen, onder meer over de maximumrentepercentages en de daarbij in acht te nemen voorzichtigheidsmarges. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende categorieën van verzekerde risico's. In het zevende lid van hetzelfde artikel is de delegatiebevoegdheid gecreëerd regels te stellen over de hoogte van het eigen vermogen, voorzover deze vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn. Laatstbedoelde bevoegdheid vloeit voort uit artikel 17, derde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn. Als deze regels er overigens straks zijn, is naar mijn mening daarmee niet per se de prudentiële rechtvaardiging bepaald. Hooguit wordt de *opvatting van de overheid* weergegeven, die echter voor kritiek en toetsing door de rechter vatbaar is.

Opvallend is het slot van artikel 15 van de Pensioenfondsenrichtlijn. In het zesde lid is bepaald dat de Commissie om de twee jaar of op verzoek van een lidstaat verslag uitbrengt over de situatie met betrekking tot de ontwikkeling van grensoverschrijdende activiteiten 'met het oog op een verdere *harmonisatie* van de voorschriften voor de berekening van de technische voorzieningen die gerechtvaardigd kunnen worden – met name de rentepercentages en andere hypothesen die van invloed zijn op de hoogte van de technische voorzieningen'. Voorts stelt de Commissie alle maatregelen voor die noodzakelijk zijn ter voorkoming van mogelijke verstoringen die worden veroorzaakt door verschillen in de hoogte van de rentevoeten en ter bescherming van de belangen van de deelnemers en gepensioneerden.

Het lijkt er op dat deze bepaling de opmaak is van de ontwikkeling van Europese actuariële beginselen. Dergelijke beginselen zouden een uniformering van alle nationale systemen betekenen en een harmoniserend effect hebben. Daar waar in het kader van de wettelijke socialezekerheidsregelingen steeds uitdrukkelijk wordt gesproken over *coördinatie* en deze aanpak ook het hoogst haalbare is, valt op het aanvullende pensioenter-

rein ineens de term 'harmonisatie'. Overigens betekenen de vele voorschriften van de Pensioenfondsenrichtlijn met betrekking tot de bedrijfsvoering een zekere minimumharmonisatie voor pensioeninstellingen die op het grondgebied van de Europese Unie zijn gevestigd.

5.9.3 *Financiering van de technische voorzieningen*

Ingevolge artikel 16, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn is elk pensioenfonds verplicht *te allen tijde* over voldoende en passende activa te beschikken om de technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van uitgevoerde pensioenregelingen te dekken. Het tweede lid bepaalt dat een lidstaat een pensioeninstelling kan toestaan gedurende een korte periode over onvoldoende activa te beschikken om de technische voorzieningen te dekken. In dat geval verplicht de toezichthouder de pensioeninstelling om een concreet en haalbaar herstelplan aan te nemen om de in het eerste lid bedoelde situatie tijdig te herstellen. Het herstelplan moet aan de volgende voorwaarden voldoen:

- het plan wordt ter beschikking gesteld aan de deelnemers of, indien van toepassing, hun vertegenwoordigers;
- bij het opstellen van het plan wordt rekening gehouden met de specifieke situatie van het pensioenfonds, met name de structuur van activa en passiva, het risicoprofiel, de liquiditeitsplanning, het leeftijdsprofiel van de deelnemers;
- ingeval een pensioenregeling tijdens de herstelperiode wordt beëindigd, wordt de toezichthouder daarover geïnformeerd; het pensioenfonds stelt een procedure vast om de activa en overeenkomstige passiva aan een andere financiële instelling of een vergelijkbaar lichaam over te dragen.

Dit artikel is uitgewerkt in het nieuwe artikel 9aa PSW. Terwijl de Pensioenfondsenrichtlijn spreekt over een 'concreet en haalbaar' herstelplan, gebruikt de PSW de term 'door de toezichthouder goedgekeurd' herstelplan. Dit is wel een subtiel verschil. De onmiddellijke melding van een situatie van onderdekking aan DNB vindt evenmin grondslag in de Pensioenfondsenrichtlijn, noch noemt de richtlijn een termijn waarbinnen het herstel moet zijn gemaakt. In de PSW wordt daarom aansluiting gezocht bij artikel 138 van de WTV 1993 en artikel 5:27 van het wetsvoorstel WFT. Beide artikelen regelen namelijk de vergelijkbare situatie waarin een verzekeraar een saneringsplan moet indienen.

De hiervóór genoemde voorwaarden waaraan een herstelplan moet voldoen, zijn opgenomen in artikel 9aa, tweede lid, onder a en b, derde en vierde lid, van de PSW.

Belangrijk is nog het derde lid, waarin wordt bepaald dat in geval van grensoverschrijdende activiteiten de technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van de uitgevoerde pensioenregelingen te allen tijde volledig door kapitaal gedekt moeten zijn gedekt. Indien daaraan niet is voldaan, dient gehandeld te worden overeenkomstig artikel 14 van de Pensioenfondsenrichtlijn; er volgt een verbod door de toezichthouder van de desbetreffende activiteiten. De laatste volzin van het derde lid biedt de mogelijkheid om voor de naleving van dit vereiste de activa en passiva (van de grensoverschrijdende activiteiten) af te scheiden. In het wetsvoorstel is van deze mogelijkheid helaas geen gebruik gemaakt. Dit betekent dat een pensioenfonds met een herstelplan in het geheel geen grensoverschrijdende activiteiten kan ontplooiën. De wetgever geeft hiervoor als reden op dat *ringfencing* ofwel het afscheiden van vermogens het uitgangspunt ondergraaft dat er binnen een rechtspersoon sprake is van één vermogen. Voor een Nederlands pensioenfonds geldt dit ook en het zou daarnaast tevens een doorbreking inhouden van de solidariteitsgedachte die kenmerkend is voor de uitvoering van pensioenregelingen door een pensioenfonds. Het is, aldus de memorie van toelichting, in dergelijke gevallen veel overzichtelijker en zuiverder indien een pensioenregeling die is overeengekomen in een andere lidstaat wordt uitgevoerd door een apart daartoe opgericht pensioenfonds.

Uit het voorgaande vloeit dus voort dat als een Nederlands pensioenfonds grensoverschrijdende activiteiten verricht en in een situatie van onderdekking terechtkomt, het maken van een herstelplan geen optie is. Op grond van artikel 16, derde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn moet het fonds aan de tekortsituatie *onverwijld* een einde maken! Of, anders gesteld, mag een Nederlands pensioenfonds met grensoverschrijdende activiteiten ook voor zijn binnenlandse activiteiten nooit in een situatie van onderdekking terechtkomen. Ik vind dit voorschrift wel ver gaan als een Nederlands pensioenfonds de pensioenregeling van een buitenlandse onderneming, die tot hetzelfde concern behoort als de Nederlandse onderneming, uitvoert.

5.9.4 *Eigen vermogen*

Artikel 17 van de Pensioenfondsenrichtlijn bevat voorschriften over het voorgeschreven eigen vermogen. Permanent bij wijze van buffer moeten aanvullende activa worden aangehouden naast de technische voorzieningen, zegt het eerste lid. De omvang van de buffer is in overeenstemming met het soort risico en de aard van de activa. Deze activa zijn vrij van alle voorzienbare verplichtingen en dienen als veiligheidskapitaal om ver-

schillen tussen de verwachte en de daadwerkelijke uitgaven en winsten op te vangen.

Artikel 17 van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt daarnaast in het tweede lid dat er sprake moet zijn van een bepaald minimumbedrag van aanvullende activa, dat wordt berekend overeenkomstig de artikelen 27 en 28 van Richtlijn 2002/93/EG (de derde levenrichtlijn). Volgens de Main Conclusions is de verwijzing naar deze richtlijn alleen gedaan om 'calculation purposes'.²⁰ Dit houdt geenszins in dat de 'elements eligible for the solvency margin for life insurers are by definition eligible' voor de bepaling van het eigen vermogen van een pensioeninstelling. Lidstaten mogen voor de op hun grondgebied gevestigde pensioeninstellingen gedetailleerde voorschriften terzake vaststellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn.

Op dit moment zijn de voorschriften over het eigen vermogen van pensioenfondsen opgenomen in de beleidsregels van de PVK. Het is de bedoeling dat de voorschriften nader worden uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 9a, vijfde en zevende lid, van de PSW. Voor de uitwerking verwijst de wetgever naar hetgeen aan de orde is gekomen in het kader van de al eerdergenoemde Hoofdpijnennotitie.

Het geheel overziende moet worden geconstateerd dat de richtlijn een zekere overlap aan bepalingen bevat. In artikel 16, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn wordt voorgeschreven dat te allen tijde de pensioenverplichtingen zijn gedekt; strikt genomen betekent dit een dekkingsgraad van 100%. In het verlengde hiervan staat het tweede lid een korte periode van onderdekking toe. De Pensioenfondsenrichtlijn verduidelijkt niet wat daaronder moet worden verstaan. In de eerdergenoemde nota van 6 februari 2004 is dit ingevuld met een periode van een jaar. De Nederlandse wetgever benadrukt dat de invulling van dit criterium de verantwoordelijkheid is van elke lidstaat afzonderlijk. In dit verband wordt in de memorie van toelichting nog opgemerkt: *'Het feit dat de gemiddelde looptijden van een pensioenfonds langer zijn dan van bijvoorbeeld een levensverzekeraar betekent ook dat de toezichttheorie en -praktijk met betrekking tot levensverzekeraars niet direct tot voorbeeld kunnen strekken.'* Artikel 17, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn schrijft permanent een extra buffer voor; dit betekent dus een dekkingsgraad van 100% en een bepaald percentage daaraan toegevoegd. Niet wordt aangegeven hoe groot die buffer moet zijn; wel wordt verwezen naar de levenrichtlijn voor wat betreft een minimum

20 Hierover wordt overigens verschillend gedacht. In het kader van Solvency II wordt gewerkt aan nieuwe financiële voorschriften voor verzekeraars, die dan automatisch via artikel 17 van de Pensioenfondsenrichtlijn zouden doorwerken naar de sector van pensioenfondsen.

vereist eigen vermogen. In de reeds genoemde Hoofddlijnennotitie is dit geïnterpreteerd als 5%.

Een dekkingsgraad van 105% komt derhalve voort uit de combinatie van artikel 17, eerste en tweede lid, mede gelet op het woord 'permanent' in het eerste lid en 'minimumbedrag' in het tweede lid. Maar de eis om het indienen van een herstelplan te leggen bij het criterium van een dekkingsgraad van 100% is te beargumenteren indien uitsluitend wordt gelet op de redactie van artikel 16, eerste en tweede lid, van de Pensioenfondsrichtlijn. Het is wel zo, aldus de memorie van toelichting, dat die eis een lagere bescherming voor de deelnemers inhoudt. Daarom is in de eerdergenoemde nota gekozen voor het maken van een herstelplan zodra de dekkingsgraad onder 105% komt.

5.9.5 *Beleggingsvoorschriften*

5.9.5.1 *Algemeen*

Artikel 18 van de Pensioenfondsrichtlijn bepaalt dat lidstaten pensioeninstellingen op hun grondgebied verplichten een beleggingsbeleid te voeren dat in overeenstemming is met de 'prudent person'-regel. In dit verband gelden met name de volgende voorschriften:

- het beleggingsbeleid is in het belang van de deelnemers en gepensioneerden (in geval van mogelijke tegenstrijdige belangen gaan de belangen van de deelnemers en gepensioneerden voor);
- de activa worden zodanig belegd dat veiligheid, kwaliteit, liquiditeit en rendement van de portefeuille als geheel worden gewaarborgd (de activa worden voorts belegd op een wijze die strookt met de aard en de duur van de verwachte toekomstige pensioenuitkeringen);
- de activa worden hoofdzakelijk belegd op gereguleerde markten (beleggingen in niet tot de handel op een gereguleerde financiële markt toegelaten activa, worden tot een prudentniveau beperkt);
- beleggingen in derivaten zijn toegestaan voorzover deze bijdragen tot een vermindering van het beleggingsrisico of een doeltreffend portefeuillebeheer vergemakkelijken (een bovenmatig risico met betrekking tot één en dezelfde tegenpartij en tot andere derivatenverrichtingen wordt vermeden);
- de activa moeten naar behoren gediversifieerd zijn zodat een bovenmatige afhankelijkheid van of vertrouwen in bepaalde activa, of een bepaalde emittent of groep van ondernemingen en risicoaccumulatie in de portefeuille als geheel worden vermeden;
- beleggingen in de bijdragende onderneming worden beperkt tot ten hoogste 5% van de portefeuille of 10% ingeval de onderneming tot een concern behoort.

De beperkte mogelijkheid van beleggen in eigen onderneming is reeds geregeld in het huidige artikel 9b, tweede lid, PSW, met dien verstande dat de vrije reserves niet meer kunnen worden meegeteld voor de te hanteren grens. De mogelijkheid om te beleggen in de overige ondernemingen van een concern worden daarentegen uitgebreid. Daarom moest het voornoemde artikel toch worden aangepast: artikel 9ba, eerste lid, onder f, PSW. Uiteraard blijft de algemene restrictie gelden dat de toezichthouder tegen deze beleggingen bezwaar kan maken indien deze van mening is dat hiermee de belangen van de deelnemers in gevaar worden gebracht. Lidstaten kunnen besluiten de laatste twee voorschriften niet toe te passen op beleggingen in staatsobligaties.

Deze mogelijkheid is door de Nederlandse wetgever benut in artikel 9ba, tweede lid, PSW.

De voorgaande voorschriften zijn in de PSW gewaarborgd door middel van artikel 5, vierde lid, in samenhang met artikel 9a, eerste lid. In het wetsvoorstel is een en ander vorm gegeven door de voorgaande voorschriften in een nieuw artikel 9ba PSW op te nemen en door nadere regelgeving op grond van artikel 9d PSW op te stellen.

Het bestaande artikel 9b PSW over het op solide wijze beleggen wordt toegespitst op de spaarfondsen. Voor de pensioenfondsen geldt het nieuwe artikel 9ba PSW, waarin artikel 18 van de Pensioenfondsrichtlijn vrijwel letterlijk is overgenomen.

De PSW stelt voortaan dat het beleggingsbeleid in overeenstemming moet zijn met de prudent person-regel (we spreken in Nederland ook over prudentieel toezicht – wat is er op tegen om de Nederlandse term ‘prudentiële beginselen’ te gebruiken?). De Pensioenfondsrichtlijn definieert deze regel niet. Wel wijdt overweging 31 daaraan de volgende woorden: *‘Instellingen zijn beleggers op zeer lange termijn. De door deze instellingen aangehouden activa mogen in de regel niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan ter verstrekking van pensioenuitkeringen. Bovendien moeten de instellingen, om de rechten van deelnemers en pensioengerechtigden afdoende te beschermen, kunnen kiezen voor een allocatie van activa die nauwkeurig strookt met de aard en de looptijd van hun verplichtingen. Deze overwegingen maken een efficiënte controle en benadering van de beleggingsregels noodzakelijk, die de instellingen voldoende flexibiliteit biedt om het veiligste en doelmatigste beleggingsbeleid te kiezen en hen verplicht prudent te handelen. Toepassing van de ‘prudent person’-regel vereist derhalve een beleggingsbeleid dat is toegespitst op de deelnemersstructuur van de afzonderlijke instelling voor bedrijfspensioenvoorziening.’*

De prudent person-regel zal dus in dit licht moeten worden uitgelegd en toegepast. De voorgaande omschrijving vertoont overigens een grote overlap met het in Nederland sinds jaar en dag gehanteerde solide beleggen-beginsel.

5.9.5.2 Verbod van leningen

Het tweede lid van artikel 18 van de Pensioenfondsenrichtlijn verbiedt pensioenfondsen leningen aan te gaan of namens derde partijen als garant op te treden. Lidstaten kunnen het slechts toestaan om tijdelijk en uitsluitend voor liquiditeitsdoelstellingen leningen aan te gaan.

Uiteraard is het opnemen van leningen en het vervolgens uitzetten van die middelen niet het doel van een pensioenfonds, wordt in de memorie van toelichting opgemerkt. Dat is een activiteit die bij een andere soort financiële instelling thuishoort. Het verstrekken van leningen is wel de normale bedrijfsactiviteit van een pensioenfonds. De restrictie ten aanzien van het opnemen van leningen tot liquiditeitsdoelstellingen (dergelijke leningen, bijvoorbeeld activiteiten op hedge-fundgebied, komen in Nederland in belangrijke mate voor en dienen te worden gezien in het kader van de lange investeringshorizon van een pensioenfonds, die verband houdt met de looptijd van de verplichtingen) is dan ook alleen bedoeld om een goede matching te realiseren. De toezichthouder kan volgens de wetgever zo nodig hierover nadere regels stellen.

Het verbod van leningen is geregeld in het derde lid van het nieuwe artikel 9ba PSW. In het kader van een reservetekort is het thans mogelijk dat het pensioenfonds een achtergestelde lening aangaat met de onderliggende onderneming. Dit in plaats van een eenmalige storting in het fonds. Een dergelijke lening wordt door de toezichthouder gezien als een onderdeel van het premiebeleid en wordt meegeteld voor de vaststelling van het eigen vermogen. Volgens ambtelijk Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is het aangaan van een achtergestelde lening na totstandkoming van de implementatiewet nog steeds mogelijk. Het verbod op leningen moet namelijk op dezelfde wijze worden gelezen als in de levenrichtlijnen.

5.9.5.3 Overige beleggingsvoorschriften

Artikel 18, derde en vierde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn bevatten nog de volgende bepalingen:

- lidstaten mogen van de op hun grondgebied gevestigde pensioeninstellingen niet verlangen dat zij in bepaalde categorieën activa beleggen (geen beleggingsdwang);
- er mogen geen eisen worden gesteld inzake voorafgaande goedkeuring of systematische kennisgeving aan beleggingsbesluiten.

5.9.5.4 Toegestane beleggingsrestricties

Ondanks het vrije verkeer van kapitaal is het nog niet gedaan met de beleggingsrestricties in de Europese Unie. Artikel 18, vijfde lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat lidstaten voor de op hun grondgebied gevestigde pensioeninstellingen nadere voorschriften kunnen vaststellen, met inbegrip van kwantitatieve voorschriften, mits deze vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn. De 'winst' zit dan in de omstandigheid dat deze voorschriften in een zaak voor het Hof van Justitie kunnen worden aangevochten vanwege de opvatting dat zij niet aan de genoemde rechtvaardiging voldoen.

De Pensioenfondsenrichtlijn stelt aan de beleggingsvoorschriften gelukkig enkele grenzen. Lidstaten kunnen pensioeninstellingen niet verbieden om:

- maximaal 70% van de activa te beleggen in aandelen;
- maximaal 30% van hun activa te beleggen in activa in andere valuta's dan die waarin de passiva luiden; en
- in risicokapitaalmarkten te beleggen.

Het (geleidelijk) verminderen of geheel opruimen van de beleggingsrestricties is wat mij betreft een onderwerp voor een tweede Pensioenfondsenrichtlijn. Terecht verklaart de Nederlandse wetgever geen gebruik te zullen maken van de mogelijkheid van de Pensioenfondsenrichtlijn om kwantitatieve voorschriften op te leggen aan de Nederlandse pensioenfondsen en tevens toe te passen op grensoverschrijdende dienstverlening vanuit een andere lidstaat naar Nederland.

Meer in het bijzonder kunnen lidstaten bepalingen op het gebied van beleggingen toepassen, zoals die van Richtlijn 2002/83/EG.

5.10 Beheer en bewaring (artikel 19 Pensioenfondsenrichtlijn)

De Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt in artikel 19 dat de lidstaten pensioeninstellingen niet mogen beletten dat zij voor het beheer van hun beleggingsportefeuille beleggingsbeheerders aanwijzen die in een andere lidstaat gevestigd zijn en waaraan voor deze activiteit naar behoren vergunning is verleend overeenkomstig de Richtlijnen 85/611/EEG, 93/22/EG en 2000/12/EG en 2002/83/EG, alsmede degenen bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn. In laatstgenoemd artikel wordt gesproken over pensioeninstellingen zonder rechtspersoonlijkheid en vergunninghoudende lichamen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van pensioeninstellingen en in hun naam handelen.



Het zal duidelijk zijn dat de PSW op dit onderdeel niet hoeft te worden aangepast.

In het tweede lid van artikel 19 wordt bepaald dat lidstaten niet mogen beletten dat pensioeninstellingen voor de bewaring van hun activa bewaarders aanstellen die in een andere lidstaat zijn gevestigd en waaraan naar behoren vergunning is verleend overeenkomstig Richtlijn 93/22/EEG of Richtlijn 2000/12/EG of die voor de doeleinden van Richtlijn 85/611/EEG als bewaarder zijn aanvaard. Dit lid belet niet dat lidstaten de aanwijzing van een bewaarder verplicht kunnen stellen.

5.11 Grensoverschrijdende activiteiten (artikel 20 Pensioenfondsenrichtlijn)

5.11.1 *Algemeen*

Zoals tot uitdrukking gebracht in overweging 9 van de Pensioenfondsenrichtlijn, dienen de bepalingen over de grensoverschrijdende activiteiten in artikel 20 niet los gezien te worden van de omstandigheid dat de sociale en arbeidswetgeving van de lidstaten altijd moeten worden geëerbiedigd. Overweging 9 luidt dat, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, de lidstaten volledig verantwoordelijk dienen te blijven voor de organisatie van hun pensioenstelsels en voor de besluitvorming inzake de rol van elke van de drie pensioenpijlers in de individuele lidstaten. In de context van de tweede pensioenpijler moeten zij ook volledig verantwoordelijk blijven voor de rol en de functies van de verschillende instellingen die bedrijfspensioenen uitkeren, zoals pensioenfondsen voor een bedrijfstak, ondernemingspensioenfondsen en levensverzekeringsondernemingen. Dit recht wordt door de Pensioenfondsenrichtlijn niet ter discussie gesteld.

Op grond hiervan is in artikel 20, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn duidelijk gemaakt dat lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen moeten toestaan dat zij (pensioen)bijdragen betalen aan buitenlandse pensioeninstellingen, 'onverminderd de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, daaronder begrepen verplichte deelneming en het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten'.

In de tweede volzin van het eerste lid is vervolgens het spiegelbeeld beschreven: lidstaten staan op hun grondgebied gevestigde pensioeninstellingen toe bijdragen te aanvaarden van ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd.



Door de vermelding telkens van de term 'lidstaat' hebben de voorgaande situaties geen betrekking op pensioeninstellingen buiten de Europese Unie en de EER-landen. Ik ga er voorts van uit dat onder grensoverschrijdende activiteiten niet wordt verstaan een situatie waarin een Nederlands pensioenfonds een buitenlandse vermogensbeheerder heeft ingeschakeld en voor het overige alleen een Nederlandse pensioenregeling uitvoert.

Het tweede lid stelt aan de grensoverschrijdende activiteiten van pensioeninstellingen als voorwaarde dat deze instelling daarvoor *vooraf* goedkeuring hebben gekregen van de *locale* toezichthouder. Het is goed de terminologie van de Pensioenfondsenrichtlijn te volgen die in dit verband spreekt over 'lidstaat van herkomst' en 'lidstaat van ontvangst'. De lidstaat van herkomst is de lidstaat waar de pensioeninstelling is gevestigd (waar de statutaire zetel is of waar zij haar hoofdbestuur heeft); de lidstaat van ontvangst is de lidstaat waarvan de sociale en arbeidswetgeving van toepassing is op de relatie tussen de bijdragende onderneming en de deelnemers aan de pensioenregeling. De Nederlandse wetgever heeft er overigens de voorkeur aan gegeven zoveel mogelijk de bedoelde lidstaat te omschrijven, in plaats van het hanteren van de richtlijnbegrippen.

5.11.2 *Gevolgen voor de pensioenfondsen*

De PSW en Wet Bpf bevatten geen bepalingen die het pensioenfonds onmogelijk maken pensioenregelingen van ondernemingen uit andere lidstaten uit te voeren.

Wat betreft het spiegelbeeld: artikel 13 WTV beperkt de werkingssfeer van de pensioenfondsen echter tot datgene wat in de PSW, respectievelijk Wet Bpf 2000 en de Wet Bpf is bepaald. Derhalve wordt in het wetsvoorstel voorzien in een uitbreiding van artikel 2 PSW met een bepaling dat de uitvoering van een toezegging ook bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat kan worden ondergebracht. In dat kader wordt ook artikel 13 WTV aangevuld. Aldus vallen ook pensioeninstellingen uit andere lidstaten onder de uitzondering van artikel 13 WTV. Artikel 20 zal dan ook, met uitzondering van de vergunningsplicht, geen gevolgen hebben voor de Nederlandse pensioenfondsen voorzover zij zich niet buiten de wettelijk omschreven werkingssfeer begeven.

Een ondernemingspensioenfonds kan grensoverschrijdende activiteiten verrichten, voorzover er maar sprake is van één onderneming. Hetzelfde geldt voor een bedrijfstakpensioenfonds, die pensioenregelingen uit andere lidstaten kunnen uitvoeren mits deze regelingen toebehoren aan ondernemingen die in dezelfde branche werkzaam zijn.

De Pensioenfondsenrichtlijn spreekt in het geheel niet over (de oprichting van) pan-Europese pensioenfondsen of een *European Institute for Occupational Retirement Provision (EIORP)*.

5.11.3 Gevolgen voor het toezicht

Het toezicht zal evenwel een wijziging ondergaan. Als een Nederlands pensioenfonds een pensioenregeling uitvoert, afkomstig van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, dan is op die regeling de sociale en arbeidswetgeving van die andere lidstaat (de lidstaat van ontvangst) van toepassing en moet DNB op de naleving van die wetgeving toezien. Als de toezichthouder in de andere lidstaat die taak zou hebben, zou er geen sprake zijn van *home country control* en *single licence*, een van de verworvenheden van de Pensioenfondsenrichtlijn. Ik kom hierop overigens nog terug.

In de spiegelbeeldsituatie heeft een Nederlandse onderneming de uitvoering van zijn pensioenregeling ondergebracht bij een buitenlandse pensioeninstelling. De Nederlandse sociale en arbeidswetgeving blijft – zoals gezegd – op die pensioenregeling van toepassing. Welke wetgeving daarmee wordt bedoeld is hiervóór al besproken.

Indien een Nederlands pensioenfonds grensoverschrijdende activiteiten wil ontplooiën, dan volgt uit de Pensioenfondsenrichtlijn de volgende uitgebreide en noodzakelijke procedure.

a. Het pensioenfonds vraagt vooraf een vergunning aan DNB en stelt deze toezichthouder in kennis van het voornemen 'om bijdragen te aanvaarden van een onderneming die in een andere lidstaat (de lidstaat van ontvangst) is gevestigd' (artikel 20, tweede lid).

In een nieuw artikel 32i PSW wordt bepaald dat het een pensioenfonds verboden is om zonder vergunning bijdragen te ontvangen van een buitenlandse onderneming. De Nederlandse tekst van de Pensioenfondsenrichtlijn spreekt in artikel 9, vijfde lid, en artikel 20, tweede lid, over 'goedkeuring' én 'vergunning'; dit zou de indruk kunnen wekken dat er sprake is van een tweetal verschillende procedures. De Engelse tekst gebruikt alleen de term 'authorisation'. De conclusie is dan ook dat ondanks de verschillende Nederlandse begrippen volstaan kan worden met één procedure waarin een vergunning moet worden aangevraagd.

In artikel 32q PSW wordt het spiegelbeeld geregeld: het is een pensioeninstelling uit een andere lidstaat verboden bijdrage te aanvaarden van een in Nederland zetel hebbende onderneming zonder een daartoe verleende vergunning, machtiging of andere vorm van toestemming van de buiten-

landse toezichthouder. In een eerste reactie zou kunnen worden beweerd dat dit spiegelbeeld geen regeling behoeft in de Nederlandse wetgeving. De reden om een en ander toch in de PSW op te nemen is dat hierdoor de Nederlandse toezichthouder een bevoegdheidsgrondslag heeft om op te treden tegen de buitenlandse pensioeninstelling. Uiteraard zal de Nederlandse toezichthouder eerst het hierna beschreven pad moeten bewandelen, waarbij hij de buitenlandse toezichthouder verzoekt op te treden.

b. DNB verzoekt het pensioenfonds om bij de onder a bedoelde kennisgeving gegevens te verstrekken over de lidstaat (of lidstaten) van ontvangst, de naam of namen van de buitenlandse ondernemingen en informatie over de voornaamste kenmerken van de buitenlandse pensioenregeling of -regelingen (artikel 20, derde lid).

c. DNB doet binnen drie maanden na ontvangst van de onder b genoemde gegevens hiervan mededeling aan de buitenlandse toezichthouder ofwel de toezichthouder in de lidstaat van ontvangst, tenzij DNB redenen heeft om te twijfelen aan de administratieve structuur of financiële positie van het Nederlandse pensioenfonds dan wel aan de goede reputatie en beroepskwalificaties van het fondsbestuur (artikel 20, vierde lid).

De twijfel van de Nederlandse toezichthouder ten aanzien van bepaalde kwalificaties van het Nederlandse pensioenfonds betreft enkele open normen, die in het wetsvoorstel niet nader worden ingevuld. De wetgever vindt dat deze werkenderwijs in de praktijk door de toezichthouder door middel van beleidsregels dienen te worden ingevuld. Nieuw artikel 32k PSW voegt aan de voorgaande normen overigens nog toe dat DNB ook toetst of de bestuurders van het Nederlandse pensioenfonds voldoen aan de wet ofwel de PSW.

d. Voordat het Nederlandse pensioenfonds met zijn grensoverschrijdende activiteiten kan beginnen informeert de toezichthouder van de lidstaat van ontvangst DNB (de toezichthouder van de lidstaat van herkomst) binnen twee maanden na de onder c bedoelde mededeling over de toepasselijke (buitenlandse) sociale en arbeidswetgeving én eventuele beleggingsrestricties; DNB doet vervolgens mededeling van deze gegevens aan het Nederlandse pensioenfonds (artikel 20, vijfde lid).

De acties, vermeld onder c en d, staan in artikel 32j PSW. Artikel 32k PSW regelt de vergunningverlening. In de eerste plaats beperkt de vergunning zich tot de uitvoering van de in die vergunning aangeduide pensioenrege-

ling. DNB kan de aanvraag om een vergunning afwijzen, wanneer – zoals gezegd – deze reden heeft tot twijfel als hiervóór bedoeld onder c. De beslissing een vergunning al dan niet te verlenen is een voor bezwaar en beroep vatbare beschikking waarvoor de standaardregels inzake bezwaar en beroep van de Algemene wet bestuursrecht gelden. In afwijking van artikel 6:2 van de Algemene wet bestuursrecht wordt de vergunning geacht te zijn verleend wanneer het besluit daartoe niet is genomen binnen twee maanden na de datum van ontvangst door DNB van de buitenlandse gegevens. In afwijking van artikel 4:14 van de Algemene wet bestuursrecht is DNB niet bevoegd de beslistermijn van twee maanden te verlengen. Dit om de volledige werking van het verlenen van een vergunning binnen twee maanden te verzekeren. De minister stelt nadere regels omtrent de vergunningverlening vast. Met name denkt de wetgever aan regels van procedurele aard, zoals de stukken waaruit een aanvraag voor een vergunning dient te bestaan en de taal waarin deze dienen te worden opgesteld.

DNB kan ingevolge een nieuw artikel 32l PSW de vergunning geheel of gedeeltelijk intrekken of daaraan nadere voorschriften verbinden wanneer:

- het (beroeps)pensioenfonds niet langer voldoet aan de wet;
- de bij de aanvraag verstrekte gegevens onjuist of onvolledig zijn en de verstrekking van juiste en volledige gegevens tot een andere beschikking op de aanvraag om een vergunning zou hebben geleid;
- de verlening van de vergunning anderszins onjuist was en het fonds dit wist of behoorde te weten; of
- van de vergunning gedurende twee jaar, na de dagtekening van de beschikking, geen gebruik is gemaakt.

Artikel 32l PSW vindt niet zijn grondslag in de Pensioenfondsenrichtlijn, maar is conform de Aanwijzingen 129 en 130 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Naar mijn mening staat het hiervóór geschetste vergunningstelsel op gespannen voet met de opvatting van de Commissie in de Main Conclusions dat een vergunning maar eenmaal hoeft te worden verleend. De Main Conclusions vinden wel dat voor een nieuwe grensoverschrijdende activiteit jegens een buitenlandse onderneming opnieuw een vergunning moet worden aangevraagd.

Een bedrijfstakpensioenfonds dat zich bijvoorbeeld niet houdt aan de grensoverschrijdende activiteiten *binnen* dezelfde bedrijfstak voldoet niet aan de wet. De laatstgenoemde intrekkinggrond voorkomt dat een pensioenfonds vele jaren na de vergunningverlening grensoverschrijdende werkzaamheden verricht, terwijl de omstandigheden inmiddels gewijzigd zijn. De wetgever gaat ervan uit dat het in deze correct handelt, om-

dat de richtlijn met zoveel woorden bepaalt dat de vergunningverlening alleen betrekking kan hebben op een individuele voorgenomen uitvoering van een buitenlandse pensioenregeling. Een categoriale vergunningverlening of generieke vrijstelling is niet toegestaan.

De intrekking van de vergunning kan ook plaatsvinden als de vergunning wegens het overschrijden van de periode van twee maanden is ontstaan. Ik ben van mening dat dan DNB toch de mogelijkheid heeft de 'stilzwijgend' verleende vergunningverlening in te trekken. De hiervóór genoemde, tweede intrekkinggrond acht ik namelijk dubieus. Hoe kan een pensioenfonds zich verdedigen tegen een bewering van DNB dat, als de gegevens volledig waren, ongetwijfeld een andere beslissing op de vergunningaanvraag zou zijn genomen?

In het nieuwe artikel 32m PSW wordt het spiegelbeeld geregeld: DNB verschaft de buitenlandse toezichthouder informatie over de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving die de buitenlandse pensioeninstelling in acht moet nemen bij de uitvoering van de Nederlandse pensioenregeling. De minister stelt op grond van het derde lid van dit artikel regels vast welke artikelen van de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving moeten worden nageleefd. De ministeriële regeling kan snel inspelen op onvoorziene problemen die zich in de praktijk zouden kunnen voordoen bij de toepassing van de Nederlandse wetgeving; tevens kan snel worden ingespeeld op mogelijke ontwikkelingen ten gevolge van uitspraken van het Europees Hof van Justitie over de onderhavige materie. Daar staat tegenover dat van enige parlementaire bemoeienis of toetsing door de Raad van State op een zo belangrijk onderwerp geen sprake is!

Aangegeven zal worden welke delen van de PSW en de daarop berustende regelgeving in deze worden bedoeld. De PSW maakt onderscheid tussen ondernemings-, beroeps- en bedrijfstakpensioenfonds. Dit onderscheid is niet toepasbaar op in andere lidstaten gevestigde pensioeninstellingen. Daarom zal de buitenlandse pensioeninstelling de keuze worden gegeven zich te houden aan de wettelijke bepalingen voor ondernemingspensioenfonds dan wel voor bedrijfstak- en beroepspensioenfonds.

Artikel 18, zevende lid, van de Pensioenfondsrichtlijn biedt de mogelijkheid extra voorschriften te stellen, mits deze ook aan de 'eigen' (lees: lokale) pensioeninstellingen worden gesteld. Van deze mogelijkheid heeft de Nederlandse wetgever geen gebruikgemaakt.

e. Zodra het Nederlandse pensioenfonds de mededeling van DNB heeft ontvangen kan met de uitvoering van de buitenlandse pensioenregeling

worden begonnen, met inachtneming van de betreffende sociale en arbeidswetgeving en eventuele beleggingsrestricties (artikel 20, zesde lid).

f. Het Nederlandse pensioenfonds is, naast de onder e genoemde wetgeving en restricties, tevens onderworpen aan de voorschriften omtrent de informatieverstrekking, zoals die ook gelden voor de pensioeninstellingen in de lidstaat van ontvangst (artikel 20, zevende lid).

g. De buitenlandse toezichthouder stelt DNB in kennis van elke significante wijziging in de buitenlandse sociale en arbeidswetgeving die gevolgen kan hebben voor de kenmerken van de pensioenregeling, voorzover het gaat om de uitvoering, alsmede van wijzigingen in de beleggingsrestricties (artikel 20, achtste lid).

Artikel 32m, tweede lid, PSW voorziet in het spiegelbeeld van de hiervóór beschreven situatie.

h. Het Nederlandse pensioenfonds wordt onderworpen aan *voortdurend toezicht* (!) door de buitenlandse toezichthouder om na te gaan of de activiteiten in overeenstemming zijn met de bedoelde sociale en arbeidswetgeving en of de (buitenlandse) informatieverplichtingen worden nagevolgd. Wanneer bij *dit* toezicht onregelmatigheden aan het licht komen, stelt de buitenlandse toezichthouder DNB hiervan onverwijld in kennis; DNB neemt vervolgens in coördinatie met de buitenlandse toezichthouder de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat het pensioenfonds een einde maakt aan de vastgestelde inbreuk op de sociale en arbeidswetgeving (artikel 20, negende lid).

Deze materie is geregeld in het nieuwe artikel 32n PSW. In de memorie van toelichting bij dit artikel wordt een ietwat andere voorstelling van zaken gegeven met betrekking tot welke toezichthouder primair verantwoordelijk is. De wetgever geeft als *uitgangspunt* aan dat de toezichthouder van het land waar de pensioeninstelling is gevestigd, competent is. Dat neemt niet weg dat de andere lidstaat een eigen toezichtstaak heeft waar het de uitvoering betreft van de eigen sociale en arbeidswetgeving, staat in de memorie van toelichting met zoveel woorden omschreven. Het begrip 'onregelmatigheden' uit de richtlijntekst is in de PSW vertaald in 'strijd met de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving'.

Uit voornoemd artikel kan ik nergens lezen of de beoordeling van de strijdigheid door DNB voor bezwaar en beroep vatbaar is. Ik neem aan dat een vermoeden van strijdigheid in elk geval niet voldoende is. In artikel 32n PSW wordt tenslotte wel bepaald dat aan de buitenlandse pensioeninstel-

ling mededeling wordt gedaan van de strijdigheid. Op deze wijze krijgt de instelling nog de gelegenheid alsnog een einde te maken aan de geconstateerde schending van het Nederlands recht.

i. Indien het Nederlandse pensioenfonds, in weerwil van de door DNB getroffen maatregelen of omdat DNB geen passende maatregelen heeft getroffen, inbreuk blijft maken op de buitenlandse sociale en arbeidswetgeving, kan de buitenlandse toezichthouder – na DNB hiervan in kennis te hebben gesteld – passende maatregelen nemen en, voorzover dat volstrekt noodzakelijk is, het pensioenfonds beletten in de lidstaat van ontvangst activiteiten te verrichten voor de bijdragende onderneming (artikel 20, tiende lid).

Artikel 32o PSW regelt de inbreuk op de sociale en arbeidswetgeving door een buitenlandse pensioeninstelling; artikel 32p PSW door een Nederlands pensioenfonds.

In de eerste situatie kan DNB de aanwijzing, dwangsom en boetebevoegdheid als bedoeld in de artikelen 23 tot en met 23b PSW overeenkomstig toepassen op de buitenlandse pensioeninstelling. Artikel 30 van de PSW wordt zodanig aangepast dat overtredingen van de artikelen 18, 19, 23, tweede lid, en 32r door buitenlandse pensioeninstellingen strafbaar is gesteld. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld omtrent de bevoegdheid van DNB om in te grijpen.

Om in te grijpen bij een Nederlands pensioenfonds dat de buitenlandse sociale en arbeidswetgeving overtreedt, heeft DNB bevoegdheden ter beschikking die de PSW al kent. Wel bevat artikel 32p PSW de *wettelijke plicht* in plaats van de bevoegdheid om maatregelen te nemen. Dit ondanks het feit dat de overtreding van de vergunningvoorschriften al voldoende is om op te treden. DNB zal daarbij het Nederlandse sanctiebeleid als richtsnoer hanteren bij het optreden tegen overtredingen van wetgevingen van andere lidstaten.

Ik heb de voorgaande opsomming van artikelonderdelen zo letterlijk mogelijk geschetst om aan te geven dat van home country control en single licence nauwelijks sprake is. Met name is in dit verband het negende lid van artikel 20 opvallend waarin wordt gesproken over 'voortdurend toezicht' door de buitenlandse toezichthouder. De Main Conclusions stelt ook dat de Pensioenfondsenrichtlijn niet uitsluit dat meer dan één toezichthouder bevoegd is toezicht op een pensioeninstelling te houden; in deze situatie is 'close cooperation' tussen de toezichthouders wenselijk.

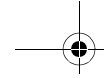
De rol van de Nederlandse toezichthouder is bovendien geen gemakkelijke. Het is mij niet geheel duidelijk of DNB louter 'doorgeefluik' is van voor de pensioenuitvoerder relevante buitenlandse informatie over wet- en regelgeving of dat deze toezichthouder ook toeziet op de naleving van deze wet- en regelgeving.

5.12 Samenwerking tussen lidstaten en de Commissie (artikel 21 Pensioenfondsenrichtlijn)

Artikel 21, eerste lid, van de Pensioenfondsenrichtlijn bepaalt dat de lidstaten op passende wijze moeten zorg dragen voor een uniforme toepassing van de richtlijn. De uniformiteit wordt bereikt door een regelmatige uitwisseling van informatie en ervaringen, met het doel de beste praktijken op dit gebied alsmede een nauwere samenwerking te ontwikkelen. Deze formulering doet ook sterk denken aan het idee van de open coördinatie. Langs deze weg kunnen mededingingsverstoringen worden voorkomen en wordt een vlotte grensoverschrijdende deelneming bevorderd. Volgens het tweede lid werken de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten (lees: de toezichthouder) nauw samen met het doel toezicht op de activiteiten van pensioeninstellingen te vergemakkelijken. Deze formulering benadert de level 3-samenwerking als bedoeld in de Lamfalussy-procedure. In een nieuw artikel 32s van de PSW wordt de Nederlandse toezichthouder verplicht samen te werken met de Commissie en bevoegde autoriteiten uit andere lidstaten.

Ingevolge het derde lid brengt elke lidstaat de Commissie op de hoogte van belangrijke moeilijkheden die het gevolg zijn van de toepassing van de Pensioenfondsenrichtlijn. Ik vind deze verplichting (of is het een facilité?) van groot belang. Het is geen schande als getwijfeld wordt of de Pensioenfondsenrichtlijn nu wel of niet op juiste wijze is geïmplementeerd en nu wel of niet op juiste wijze in praktijk wordt gebracht. Bij twijfel kan men natuurlijk naar de rechter stappen, maar informering van de Commissie is wellicht effectiever. Ik neem aan dat bij die gelegenheid om een bepaalde zienswijze kan worden gevraagd over uitvoeringsproblemen.

Ten slotte brengt de Commissie vier jaar na de inwerkingtreding van de Pensioenfondsenrichtlijn – dus in september 2007 – verslag uit over de evaluatie van:



- de toepassing van artikel 18 over de beleggingsvoorschriften en de gemaakte vorderingen inzake de aanpassing van de nationale toezichtstelsels; en
- de toepassing van artikel 19, tweede lid, tweede alinea, met name de in de lidstaten heersende situatie in verband met het gebruik van bewaarders en de rol die zij in voorkomend geval vervullen.

