

De Nederlandse pensioensector en de EU: Hannibal aan de poort?

Mr. dr. H. van Meerten *

Inleiding

Deze bijdrage tracht de lezer, die – zo wordt verondersteld – in de meeste gevallen geen pensioenachtergrond heeft, een actueel inzicht te bieden in enkele aspecten van de complexe en aan grote verandering onderhevige wereld van ‘pensioenen’. Niets lijkt zo actueel anno 2012. Dagelijks berichten de media over onheilspellend klinkende zaken als afstempelen, onderdekking, woekerpensioen en Europese bemoeienis.

Het is een open deur dat de tijden veranderd zijn. Toch geldt dit *a fortiori* voor Nederlandse pensioenfondsen die lange tijd in rustig vaarwater hebben kunnen vertoeven. Die tijd lijkt definitief voorbij.

De grote uitdagingen waarvoor de Nederlandse pensioensector zich gesteld ziet, kunnen aan de hand van drie thema's worden besproken. De eerste twee thema's zijn overwegingen uit het door de Raad van State recent uitgebrachte advies inzake de hervorming van het pensioenfondsenbestuur.¹ Het derde thema bevat overwegingen inzake de toenemende en noodzakelijke invloed die de Europese Unie (EU) heeft dan wel moet hebben op ons pensioenstelsel.

Deze drie thema's laten zich als volgt formuleren: (1) ‘pensioenfondsen zijn financiële ondernemingen’, (2) ‘sociale partners hebben geen plaats in het bestuur van het pensioenfonds’ en (3) ‘de EU dient Europese pensioenfondsen aan nadere regulering te onderwerpen’.

Getracht zal worden de materie zo eenvoudig mogelijk te presenteren, hetgeen uiteraard ten koste van de nuance zal gaan. Van belang is op te merken dat het hier zal gaan om de zogeheten tweede pijler, dat wil zeggen om de arbeidsgerelateerde pensioenvoorziening. De AOW-problematiek (zoals de verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd) zal hier niet, of hooguit zijdelings, aan de orde komen.

In de afsluiting van deze bijdrage zal ook worden ingegaan op de vraag of Nederland (en de Nederlandse pensioensector) een verstandige positie inneemt in ‘het Brusselse’, en zo nee, of er een alternatief denkbaar is.

‘Pensioenfondsen zijn financiële ondernemingen’

In Nederland was de discussie over het wezenskarakter van het pensioenfonds voornamelijk onderwerp van debat tussen de ministeries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) en Financiën. De discussie hangt vooral samen met de vraag of ‘pensioen’ nu in eerste instantie een arbeidsvoorwaarde is, dan wel een financieel product. De spanning die deze vraag oproept, werd verder versterkt door de omstandigheid dat pensioenfondsen en verzekeraars op een vergelijkbare markt opereren en vergelijkbare producten aanbieden, waardoor er afspraken nodig zijn geweest om de taart te verdelen. Deze afspraken zijn vervat in de genoemde ‘taakafbakening’. Voor dat uitgelegd wordt wat dit inhoudt, dient te worden vermeld dat pensioenfondsen een IORP-status hebben. Dat wil zeggen dat zij – weliswaar op een minimumniveau – gereguleerd worden door de Europese richtlijn inzake bedrijfspensioenvoorziening (hierna: de IORP-richtlijn).² Verzekeraars zijn onderhevig aan de zogeheten Solvency II-richtlijn, een nieuw Europees toezichtskader dat op veel terreinen maximumharmonisatie inhoudt ten aanzien van onder andere governance, kapitaaleisen, openbaarheid en uitbesteding.³

De huidige Nederlandse pensioenfondsen (bijvoorbeeld ambtenarenfonds ABP) zijn instellingen in de zin van de Europese IORP-richtlijn, maar de Pensioenwet en andere wet- en regelgeving leggen verdergaande eisen op dan waartoe de IORP-richtlijn noodzaakt. Dat komt door de vanwege de Nederlandse Pensioenwet opgelegde genoemde taakafbakening. Onderdelen van de taakafbakening, zoals de domeinafbakening (een pensioenfonds mag in beginsel maar voor één (groep) onderneming(en) werken), de productafbakening (een pensioenfonds mag alleen arbeidsgerelateerde pensioenvoorzieningen uitvoeren en moet een bepaald (minimum)solidariteitsgehalte kennen) en de eis van één financieel geheel (pensioenregelingen mogen niet van elkaar worden afgescheiden), dienen het voordeel te compenseren dat pensioenfondsen genieten ten opzichte van verzekeraars. Pensioenfondsen zijn immers in veel gevallen verplicht de uitvoerder van de pensioenregeling (76% van de deelnemers is aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds; verder is 12% aangesloten bij een ondernemingspensioenfonds, 12% heeft een eigen regeling die is ondergebracht bij een verzekeraar en 0,5% heeft een

* Mr. dr. H. van Meerten is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.

1. Kamerstukken II 2011/12, 32 182, nr. 4.

2. Richtlijn 2003/41/EG.

3. Richtlijn 2009/138/EG.

regeling via een beroepspensioenfonds)⁴ en krijgen dus ‘automatisch’ cliënten toebedeeld die verzekeraars door middel van marktwerking dienen te verwerven.

Pensioenfondsen en verzekeraars zijn uiteraard niet alleen nationaal actief. Hoewel de meeste pensioenfondsen slechts Nederlandse deelnemers bedienen, heeft een aantal grote fondsen de meer commerciële activiteiten (zoals vermogensbeheer) uitbesteed aan zogeheten ‘pensioenuitvoeringsbedrijven’ (hierna: PUB). Zo heeft het pensioenfonds voor de zorgsector (PFZW) een zeer groot deel van zijn activiteiten uitbesteed aan PGGM. Strikt genomen opereren het fonds en de PUB als volstrekt onafhankelijke (juridische) entiteiten. Zo kan theoretisch PFZW het vermogensbeheer ook laten uitvoeren door APG, de PUB van ABP. Gezien de omstandigheid dat het fonds in veel gevallen groot-, zo niet enig aandeelhouder is in de PUB, zien we dergelijke constructies echter zelden voorkomen. De PUB, waarvan sommige miljarden pensioeneuro’s beheren, zijn wereldwijde financiële spelers, maar hebben veelal geen vestiging in een andere lidstaat.

Nu is het natuurlijk moeilijk vol te houden dat pensioenfondsen geen financiële ondernemingen zijn. Als uitvoerder van de pensioenregeling moet het pensioenfonds waarborgen dat de premies die worden afgedragen op een verantwoorde manier worden beheerd en belegd, zodat het pensioenfonds de opgebouwde aanspraak van de deelnemers te zijner tijd kan uitkeren als pensioen. In die zin heeft een pensioenfonds in belangrijke mate kenmerken van een ‘beleggingsinstelling’ enerzijds en, voor zover het betreft de pensioenuitkeringen, van een ‘uitkeringsinstelling’, zoals een verzekeraar, anderzijds.⁵ Het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) overwoog al in de jaren negentig van de vorige eeuw dat pensioenfondsen ondernemingen in de zin van het EU-Verdrag zijn (zie hieronder).

Een andere eis die aan pensioenfondsen is opgelegd, is de eis van zogeheten paritair bestuur. Dat wil zeggen dat werkgevers en werknemers (de sociale partners) in het bestuur van het pensioenfonds vertegenwoordigd *moeten* zijn. Hiermee komen we op het tweede thema.

‘Sociale partners hebben geen plaats in het bestuur van het pensioenfonds’

Niets minder dan een revolutionaire overweging. Sociale partners in het bestuur is een fundament van ons pensioenstelsel. De opmerking van de Raad van State dient wel in de juiste context te worden gelezen. De Raad van State overweegt:⁶

‘De gevolgen van het pensioenakkoord (...) overziend, is de Afdeling van oordeel dat de werkgever in de toekomst in beginsel alleen nog een eigen belang – de door hem te betalen bijdrage – zal hebben bij de totstandkoming van de pensioenregeling (...) en niet langer ook bij de uitvoering

van de pensioenregeling. Immers, als de regeling tot stand is gekomen, staat zijn bijdrage vast en draagt hij verder geen risico (...). In dat licht kan de vraag gesteld worden of de rol van de sociale partners niet zou kunnen en moeten eindigen bij de totstandkoming van de pensioenregeling. Het onderscheid tussen de totstandkoming van de pensioenregeling als arbeidsvoorwaarde enerzijds en de uitvoering van die regeling, waarbij het risico daarvan bij de deelnemers en pensioengerechtigden komt te liggen anderzijds, leidt naar het oordeel van de Afdeling tot het uitgangspunt dat sociale partners niet langer deel uit maken van het bestuur van het pensioenfonds.’

In Nederland is tot voor kort op grote schaal uitgedragen dat ‘pensioenen’ welvaartsvast en gegarandeerd zijn. Nederland is een *Defined Benefit* (DB)-land, zo werd gecommuniceerd. De premies worden afgedragen door de werkgever en de werknemer en het pensioenfonds zorgt voor een gegarandeerde, levenslange uitkering aan de pensioengerechtigde. Nu blijkt dat de meeste regelingen in feite *Defined Contribution* (DC)-regelingen zijn; hoeveel premie betaald moet worden, staat vast, maar wat je ervoor terugkrijgt, is onzeker.

Nu lijkt de *verplichting* om de sociale partners in het bestuur en/of een ander verplicht orgaan van het pensioenfonds zitting te laten hebben niet meer opportuun. Indien oprichtende partijen daarvoor willen kiezen, moet die mogelijkheid uiteraard wel openstaan. Blokland en Schuit wijzen er terecht op dat onder omstandigheden de invloed van sociale partners nuttig kan zijn (weliswaar in een ‘one tier’ board).⁷

Dat gezegd, de financiële crisis heeft blootgelegd dat het Nederlandse pensioenstelsel enkele weeffouten kent. In tijden van onderdekking (dat wil zeggen dat een fonds niet aan zijn verplichtingen kan voldoen) en waarbij het fonds de uitkeringen moet korten (afstempelen), voelen jongere én oudere generaties zich benadeeld. De jongere generatie omdat zij van mening is te moeten betalen voor de reeds toegezegde garanties aan ouderen en de ouderen omdat hun DB-toezegging geen garantie blijkt te zijn, maar waarvoor zij wel tientallen jaren premies afgedragen hebben.

De onrust wordt versterkt door de eigendoms kwestie: wie is nu eigenaar van welk deel van de pensioenpot? Hierover bestaat geen helderheid. Deze onduidelijkheid vloeit weer voort uit de eis van één financieel geheel (zie hierboven) en uit twee andere fundamente van ons stelsel, de zogeheten solidariteit en collectiviteit. Deelnemers aan een pensioenregeling van een bepaald pensioenfonds delen niet alleen de voor- en nadelen van het collectief van (gewezen) deelnemers van die bepaalde pensioenregeling, maar van *alle* regelingen van het pensioenfonds. Zo zijn in het ambtenarenfonds ABP de laagst betaalde junior onderzoekers solidair met de hoogst betaalde ziekenhuischirurgen en vice versa.

4. Zie advies van de Raad van State, a.w., voetnoot 12.

5. Advies van de Raad van State, a.w., overweging b.3.

6. Advies van de Raad van State, a.w., overweging c.2.

7. K. Blokland & S. Schuit, Pensioenfonds loopt kans mis, Het Financieel Dagblad, 1 december 2011.

De economische en actuariële berekeningen over wie nu het grote slachtoffer is van het afstempelen en van de gevolgen van de (volgens sommigen perverse) solidariteit spreken elkaar tegen. Alleen dat gegeven is op zichzelf al een teken aan de wand dat het stelsel op zijn minst niet transparant en begrijpelijk is.

De vraag is nu natuurlijk of er drastische maatregelen moeten worden genomen of dat er moet worden afgewacht op betere tijden. Ook De Nederlandsche Bank worstelt met die vraag.

‘De EU dient Europese pensioenfondsen aan nadere regulering te onderwerpen’

Nu belanden we bij de grote bedreiging: de EU die naar ‘onze pensioenpot’ grijpt.⁸ Kort en goed gezegd: Nederland wil geen Europese bemoeienis met onze pensioenfondsen.⁹ Het heeft daarvoor zelfs – uniek in de Nederlandse parlementaire geschiedenis – een rapporteur aangesteld die moet lobbyen in Europa tegen die Brusselse plannen.

Allereerst, wat zijn die Brusselse plannen waar Nederland zo bevreesd voor is? Hiervoor werd al gesteld dat verzekeraars aan het Solvency II-kader onderhevig zijn en pensioenfondsen aan de IORP-richtlijn. Nu is de Europese Commissie voornemens de IORP-richtlijn te herzien. De IORP-richtlijn is slechts minimumharmonisatie en de verschillen tussen de pensioenfondsen in de EU zijn immens. Ook komt het grensoverschrijdend verkeer tussen IORP's maar moeizaam van de grond. Het voornemen van de Europese Commissie is om IORP II te modelleren naar Solvency II. Dat zou betekenen dat er op Europees niveau eisen worden gesteld aan onder andere de transparantie, de governance en, *last but not least*, de kapitaal-eisen van pensioenfondsen. Een goede zaak, zou de buitenstaander op het eerste gezicht zeggen. De Nederlandse sociale partners (verenigd in de Pensioenfederatie) denken daar anders over en hebben de politiek aan hun zijde weten te krijgen.

Er circuleert echter veel misverstand en onwetendheid over de Brusselse plannen en over de EU in haar algemeenheid. Ik licht er een aantal punten uit. Om te beginnen valt nergens te lezen dat Solvency II onverkort op pensioenfondsen van toepassing moet worden verklaard. Pensioenfondsen zijn geen verzekeraars, al is het maar omdat verzekeraars wel garanties afgeven en daardoor hogere buffers moeten aanhouden. Voorts wordt te onpas het EU-beginsel van subsidiariteit van stal gehaald om te betogen dat de EU geen bevoegdheden heeft. Weinigen beseffen daarbij dat het subsidiariteitsbeginsel *geen* beginsel is dat de bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten reguleert. In een paper van Netspar wordt uitvoerig op deze problematiek ingegaan.¹⁰

8. M. Stellinga, Brussel grijpt naar onze pensioenpot, NRC Handelsblad, 14 maart 2012.

9. Kamerstukken II 2010/11, 32 043, nr. 16, p. 1-2.

10. A. van den Brink, H. van Meerten & S. de Vries, *Regulating pensions: Why the EU matters*, Netspar 2011.

Bovendien, wat is dat eigenlijk ‘ons pensioen’? Kunnen wij daarvan wel spreken? De invloed van de EU laat zich inmiddels op praktisch alle gebieden gelden, hetgeen (uiteraard) voortvloeit uit de toenemende economische en financiële integratie en de toenemende reikwijdte van de zogeheten vier vrijheden (vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal). Doordat pensioenfondsen door het Hof bovendien reeds lang geleden zijn aangemerkt als ondernemingen in de zin van het EU-Verdrag,¹¹ zijn vele internemarktbepalingen op pensioenfondsen van toepassing. Sterker nog, ‘ons pensioen’ is sinds het door het Hof in 1962 gewezen ‘Van Gend en Loos-arrest’ niet ons pensioen meer.¹² In dit arrest bepaalde het Hof dat Europees recht een autonome rechtsorde vormt die – zo bepaalde het Hof later – voorrang heeft boven nationaal recht. Inmiddels zijn er grofweg zo’n veertig Europese richtlijnen en verordeningen direct of indirect van toepassing op ons pensioen. Ook het arbeidsvoorwaardenoverleg wordt geraakt door Brusselse regelgeving. Na de uitspraak van het Hof in de genoemde zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken leek het erop dat de EU-Verdragsregels geen vat zouden hebben op een aantal belangrijke aspecten van nationaal sociaal beleid. Uitspraken in latere arresten (de zaken Viking en Laval) hebben echter duidelijk gemaakt dat collectieve acties en cao's niet zonder meer uitgesloten zijn van de werkingssfeer van het EU-Verdrag en dus niet buiten de interne markt staan.¹³

Met andere woorden: onze Nederlandse Pensioenwet is nu al ondergeschikt aan Europees recht.

Ook kan maar moeilijk duidelijk worden gemaakt dat EU-invloed op ons pensioenstelsel positieve kanten heeft. Nederland is een pensioenland met veel kennis en die kunnen we exporteren. Daartoe hebben we nieuwe vehikels bedacht, de PPI-regelingen (voor DC) en de API-regelingen (voor DB). Deze instellingen zijn gebaat bij een *level playing field*. Voor de stabiliteit van het Nederlandse pensioenstelsel en het behoud van werkgelegenheid is juist *meer* Europese harmonisatie nodig. Momenteel zijn er al buitenlandse IORP's en verzekeraars actief die de Nederlandse markt kunnen betreden. Nadere harmonisatie voorkomt dat deze instellingen concurreren op oneigenlijke gronden, bijvoorbeeld door hoge rekenrentes te hanteren. In een eerdere publicatie is gemeld welke gevaren een gebrekkig Europees toezichts- en solvabiliteitskader met zich kan brengen.¹⁴ Door onvolkomenheden in dit kader kunnen – bijvoorbeeld – Franse verzekeraars momenteel tegen gunstigere voorwaarden actief zijn dan Nederlandse pensioenuitvoerders.

11. Zaak C-67/96 (Albany International), Jur. 1999, p. I-5751, zaken C-115/97-117/97 (Brentjens), Jur. 1999, p. I-6025 en zaak C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken), Jur. 1999, p. I-61.

12. Zaak 26/62 (Van Gend en Loos), Jur. 1963, p. 2.

13. S. Prechal & S.A. de Vries, Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht, SEW 2008, p. 188.

14. H. van Meerten & B. Starink, De belemmeringen voor een interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening, SEW 2010, p. 10.

Afsluitend

Het Nederlandse parlement en de pensioensector wensen geen Solvency II(-achtig)-regime op hun 'sociale' pensioenfondsen. Los van de vraag of deze houding terecht is, zou Nederland er niet gerust op moeten zijn dat de Brusselse plannen geen door-gang vinden. Slechts een klein aantal landen (weliswaar belangrijke, zoals het Verenigd Koninkrijk) lijkt Nederland te steunen. Samen lijken deze landen echter geen blokkerende minderheid te vormen in de besluitvorming. Verder is het de vraag of deze landen Nederland blijven steunen gedurende de onderhandelingen over de nieuwe richtlijn. Wat dat betreft heeft Nederland eerder in het stof gebeten.¹⁵

Laten wij met al het bovenstaande indachtig eens bezien in hoeverre Nederland er wellicht verstandig aan doet een wat andere opstelling in Brussel te kiezen.

Hiervoor werd al besproken dat het Hof heeft geoordeeld¹⁶ dat pensioenfondsen ondernemingen zijn, al dan niet belast met het uitvoeren van diensten van algemeen economisch belang (DAEB). Dat betekent dat de internemarktbepalingen op pensioenfondsen van toepassing zijn. Het tegendeel beto-gen lijkt zinloos.

Maar wat zegt het Hof in deze zaken over de pensioen-*rege-ling*? In overweging 33 van het aangehaalde arrest Maatschap-pij Drijvende Bokken overweegt het Hof: '(h)et [pensioen-fonds; HvM] voert een pensioenregeling uit voor alle werknemers in de bedrijfstak, waarbij sprake is van sterke soli-dariteitselementen'. En in overweging 95: '(d)e in geding zijnde aanvullende pensioenregeling nu vervult een essentiële soci-ale functie in het pensioenstelsel in Nederland, zulks wegens de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen'.

Met Drijber kan worden ingestemd dat het in de zaken die tot de arresten van 1999 leidden in wezen om de verplichtstelling van de sociale *regeling* ging, omdat de bedrijfstakpensioen-fondsen geen andere regelingen uitvoerden.¹⁷ Dat geldt echter voor veel fondsen in steeds mindere mate. Veel fondsen voeren nu immers *de facto* DC-regelingen uit, waarbij er van solidari-teit en collectiviteit in mindere mate sprake is.

Wat zou nu een (gedeeltelijke) oplossing voor enkele geduide dilemma's kunnen zijn? Hoe kan Nederland enerzijds profite-ren van de voordelen van de interne markt, terwijl anderzijds pensioenfondsen niet worden geconfronteerd met – in hun optiek – onnodig bezwarende regelgeving?

Ten eerste biedt de nieuwe pensioenuitvoerder, de PPI, moge-lijkheden. De PPI kent geen eisen van paritair bestuur en domeinafbakening en mag regelingen afgescheiden van elkaar uitvoeren (*ringfencen*). Dat biedt onmiskenbaar voordelen en dat blijkt wel uit de grote populariteit die het vehikel geniet. Inmiddels zijn er verschillende PPI's actief, waaronder die van ABN AMRO, APG, AEGON, Robeco, NN, Brand New Day en BeFrank.

Ten tweede, voor de Brusselse problematiek is een mogelijke oplossingsrichting de volgende. Op Europees niveau zou een Europees pensioenfonds kunnen worden gecreëerd dat de pensioenregeling kan uitvoeren, maar waarbij sociale partners verantwoordelijk blijven voor de inhoud van de regeling. Indien gewenst kunnen zij in het bestuur plaatsnemen.

In nieuwe Europese regelgeving zou het sociaal gehalte van een pensioenregeling kunnen worden geduid (bijvoorbeeld mate van afwezigheid van risicoselectie, hoogte doorsneepremies, mate van solidariteit tussen generaties, enzovoort). Wanneer een pensioenfonds slechts uitsluitend deze 'sociale regelingen' uitvoert *en* daarbij niet grensoverschrijdend actief is, zou het huidige Europese IORP I-kader – enkele aanpassingen daar-gelaten – kunnen volstaan. Dat ligt anders voor fondsen die meer 'commerciële regelingen' op een grensoverschrijdende manier willen uitvoeren. Dit zou echter niet in de IORP-richt-lijn moeten worden gereguleerd, maar in een nieuwe Europese *verordening* die rechtstreeks toepasbaar en toepasselijk is. In deze verordening zouden onder andere de solvabiliteitseisen en governance-eisen kunnen worden geregeld. De Europese rechtsvormen, zoals de Europese naamloze vennootschap (SE) of de Europese coöperatieve vennootschap (SCE), zouden hiervoor model kunnen staan. Deze ondernemingen zouden dan in staat moeten worden gesteld (verplicht gestelde) pensi-oenregelingen van de lidstaten uit te voeren.

De verordening regelt zaken zoals de rekenrente en de hoogte van het eigen vermogen, technische voorzieningen en de buf-fers. Om te voorkomen dat het Europese pensioenfonds bin-nen één jaar over minder middelen beschikt dan de hoogte van de actuele waarde van verplichtingen, zou een zekerheidsmaat-staf van 97,5% gehanteerd kunnen worden. Hiermee onder-scheidt het Europese pensioenfonds zich van een verzekeraar, die onder Solvency II een zekerheidsmaatstaf van 99,5% kent.

Deze constructie – die uiteraard nog verder doordacht en uit-gewerkt moet worden – lijkt meerdere voordelen te hebben. Het belangrijkste is wel dat de bevoegdheden van de lidstaten op enkele wezenlijke terreinen worden gerespecteerd. *Onder-nemingen* van lidstaten zouden vrij zijn een Europees (onder-nemings) pensioenfonds op te richten of zichzelf daartoe om te vormen. Voorts wordt een '*race to the bottom*' voorkomen, een gevaar dat bij richtlijnregulering eerder aanwezig is; lidstaten zijn vrij creatief bij het omzetten van richtlijnen. Bij een veror-dening bestaat er minder nationale speelruimte. Een ander

15. Gedurende de Solvency II-richtlijnonderhandelingen trok Nederland lange tijd op met het Franse kamp, maar vlak voor het definitief worden van de tekst van de richtlijn liet Frankrijk Nederland in de kou staan.

16. Zie noot 12.

17. B.J. Drijber, Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor pensioenre-gelingen. Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, rapport uitgebracht aan het ministerie van SZW, Den Haag, 22 maart 2007.

voordeel is dat lidstaten niet langer op oneigenlijke gronden de concurrentie op pensioengebied kunnen aangaan.

Dat moet de Nederlandse rapporteur toch aanspreken.