

Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor Pensioenregelingen

*Grenzen en mogelijkheden vanuit
mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk
perspectief*

**Rapport uitgebracht aan het Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid**

**mr B.J. Drijber
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn**

Den Haag, 22 maart 2007

INHOUDSOPGAVE

	Blz.
I. Inleiding	4
<i>Achtergronden en vraagstelling</i>	4
<i>Twee alternatieve uitvoeringsstructuren</i>	5
<i>Opzet van dit advies</i>	6
II. Juridisch kader	7
<i>De verplichtstelling</i>	7
<i>De taakafbakening</i>	8
<i>Taken en governance van pensioenfondsen</i>	9
<i>Europees juridisch kader</i>	10
III. Huidige structuur	12
<i>De verplichtstelling</i>	12
<u>Mededingingsrecht</u>	12
<u>Vrij verkeer van diensten</u>	14
<u>Conclusie</u>	15
<i>Taakafbakening</i>	15
<u>Mededingingsrecht</u>	15
<u>Vrij verkeer van diensten</u>	16
<i>Conclusies met betrekking tot de huidige structuur</i>	18
IV. Aangepaste structuur: verplichte uitbesteding en afschaffing van de domeinafbakening	20
<i>Uitgangspunten</i>	20
<i>De voorgestelde structuur: enkele vragen</i>	21
<i>Juridische beoordeling van de aangepaste structuur</i>	22
<u>De verplichte uitbesteding als zodanig</u>	23
<u>Verplichte uitbesteding en markt en overheidsregels</u>	23
<u>Verplichte uitbesteding en productafbakening</u>	24
<u>Verplichte uitbesteding en domeinafbakening</u>	24
<u>Verplichte uitbesteding en de eis van 'één financieel geheel'</u>	25
<i>Conclusies met betrekking tot de aangepaste structuur</i>	26
V. Nieuwe structuur: de invoering van de API	27
<i>Inleidende opmerkingen: enkele vragen</i>	27
<i>Kansen en risico's van de API</i>	28

<i>Mededingingsrecht: plaats van de verplichtstelling</i>	29
<i>Vrij verkeer van diensten</i>	31
<i>Conclusies met betrekking tot de nieuwe structuur</i>	31
VI. De drie specifieke vragen	32
<i>De eerste vraag</i>	32
<i>De tweede vraag</i>	33
<i>De derde vraag</i>	33
VII. Samenvattende slotbeschouwing	34
<i>Algemene opmerkingen</i>	34
<i>Juridische conclusies</i>	35
Lijst van belangrijkste geraadpleegde bronnen	38

I. Inleiding

Achtergronden en vraagstelling

1. Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft mijn advies gevraagd over de vraag of het huidige uitvoeringmodel van Nederlandse tweede pijler pensioenen op termijn juridisch houdbaar is, gelet op onder andere de te verwachten Europese dynamiek. Hoewel het huidige stelsel voor een belangrijk deel is neergelegd in de onlangs in werking getreden Pensioenwet, gaat de gedachtevorming over een modernisering ervan verder.
2. Nederland zou in de slag om de Europese pensioenmiljarden zijn concurrentiepositie moeten versterken en tevens een aantrekkelijk vestigingsland voor pan-Europese pensioeninstellingen moeten zijn. Andere lidstaten nemen al initiatieven in die richting. Nederland zou daarbij achterblijven en daarom onvoldoende zijn kansen pakken op de Europese markt. Gezien de bevolkingsopbouw in de EU neemt het economische belang van de pensioensector alleen maar toe. De mogelijkheden van de (grote) Nederlandse pensioenfondsen om op de Europese pensioenmarkt te opereren zouden echter te beperkt zijn.
3. Ook op binnenlands vlak zou behoefte bestaan aan modernisering. Pensioenfondsen zouden op grond van de huidige regelgeving onnodig worden belemmerd in het geven van geïntegreerde informatievoorziening en in het aanbieden van inkomensgerelateerde producten aan deelnemers.¹ Van 'overbodig' geachte regels zou schrapping kunnen worden overwogen.
4. Aanpassingen in het huidige uitvoeringsmodel zouden echter niet ten koste mogen gaan van het collectieve en solidaire karakter van Nederlandse pensioenregelingen, zoals vooral tot uitdrukking komend in de 'grote verplichtstelling' door de overheid van deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen (hierna: '**de verplichtstelling**'). Het collectieve karakter van Nederlandse pensioenregelingen heeft namelijk zowel sociaal als economisch belangrijke voordelen en is een van de voornaamste redenen waarom het belegd Nederlands pensioenvermogen zo omvangrijk is. De wenselijkheid en de doelmatigheid van de verplichtstelling staan niet ter discussie.
5. Vorenstaande kort samengevatte overwegingen staan uiteengezet in een notitie die op 19 december 2006 aan de Tweede Kamer is aangeboden (hierna: '**de achtergrondnotitie**').² Enerzijds vertolkt de notitie de zorg dat er ten aanzien van de uitvoering van pensioenregelingen meer marktwerking moet komen. Anderzijds geeft de

¹ Dit blijkt onder meer uit de *position papers* van (organisaties van) pensioenfondsen.

² Kamerstukken II, 30413, nr. 93.

notitie uitdrukking aan de zorg dat pensioenfondsen onnodig worden belemmerd in hun activiteiten, zowel binnenlands als grensoverschrijdend. In de huidige structuur zouden de kansen op de internationale pensioenmarkt onvoldoende kunnen worden benut.

6. In hoofdstuk 5 van de achtergrondnotitie wordt een en ander in drie 'beleidsuitdagingen' vertaald: i) trachten oneerlijke concurrentie tussen pensioenfondsen en verzekeraars op een andere wijze te vermijden dan thans gebeurt, ii) de kansen op de Europese pensioenmarkt beter benutten en iii) overbodige belemmeringen, onder andere op het vlak van de geïntegreerde dienstverlening wegnemen. Oplossingen moeten echter aan drie belangrijke randvoorwaarden voldoen: a) collectiviteit en solidariteit moeten blijven behouden, b) de sociale partners moeten de mogelijk houden ervoor te kiezen zelf 'eigenaar' te blijven van het pensioenvermogen en c) een nieuw of aangepast uitvoeringsmodel moet mededingingsrechtelijk in orde zijn.
7. De laatste randvoorwaarde staat centraal in dit advies. De voornaamste juridische vraag die ik zal analyseren is of een versoepeling van de voor verplichtgestelde pensioenfondsen geldende regelgeving de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling als anker van solidariteit zou kunnen ondermijnen, in het bijzonder vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. Ofwel, hoe kan meer marktwerking worden gecombineerd met behoud van de verplichtstelling, zonder dat er mededingingsrechtelijk iets mis gaat?

Twee alternatieve uitvoeringsstructuren

8. In de achtergrondnotitie worden twee nieuwe structuren geschetst, die genoemde beleidsmatige overwegingen met elkaar zouden verzoenen. In beide structuren, die elk voor zich of in combinatie met elkaar een nieuw uitvoeringsmodel zouden kunnen vormen, zou marktwerking worden bevorderd, zij het op verschillende niveaus. In beide structuren blijft de verplichtstelling een centraal element.
9. De eerste structuur heeft alleen betrekking op pensioenfondsen. Deze zouden verplicht worden hun pensioenadministratie en vermogensbeheer volledig uit te besteden aan een pensioenuitvoeringsbedrijf (**PUB**). Voor het pensioenfonds zelf zou dan het risicobeheer overblijven. De inhoud van de regeling blijft bij de sociale partners. In dit model wordt de verplichting tot uitbesteding gekoppeld aan een bepaalde versoepeling van de regels voor de pensioenfondsen. De verplichte uitbesteding zou bovendien de 'toekomstbestendigheid' van de verplichtstelling vergroten.
10. De tweede structuur houdt een verdergaande verandering in. Er zou een nieuw soort pensioeninstelling in het leven worden geroepen: de algemene pensioeninstelling (**API**). Deze zou uitsluitend hoeven te voldoen aan de voorschriften die dwingend volgen uit Europese regelgeving en daarom aan minder voorschriften zijn gebonden dan de pensioenfondsen. Anders dan een PUB zou een API het pensioenvermogen gaan bezitten

en dus het risicobeheer gaan doen. Met de API in plaats van het pensioenfonds zou pensioenuitvoering bij een zuiver financiële instelling komen te liggen, waarbij sociale partners enkel nog als opdrachtgever contractpartij zijn. De pensioenregeling en de pensioenuitvoering zouden organisatorisch van elkaar worden losgekoppeld.

*Opzet van dit advies*³

11. Dit advies begint met een samenvatting van het juridisch kader. Vervolgens wordt een analyse gegeven van het huidige uitvoeringsmodel, vanuit Europeesrechtelijke en mededingingsrechtelijke optiek. Dat is nodig om te begrijpen wat de gevolgen kunnen zijn van de invoering van (een van) de nieuwe structuren. Deze komen daarna aan bod, eerst de verplichte uitbesteding aan een PUB, dan de invoering van de API. Vervolgens beantwoord ik drie specifieke vragen die in een oplegnota bij de achtergrondnotitie zijn geformuleerd. Het advies sluit af met enkele samenvattende conclusies.

12. Vooraf benadruk ik dat veel van de in de achtergrondnotitie aangesneden onderwerpen een sterk beleidsmatig karakter hebben. Een belangrijke vraag is wat de gevolgen zijn van de verschillende structuren - in termen van kosten, rendementen, deelnemersbescherming, governance, etc. Deze (en andere) aspecten komen aan de orde in het parallelle advies van Prof. Dr. A.W.A. Boot. Het onderhavige advies in beginsel is beperkt tot mededingingsrechtelijke en Europeesrechtelijke vraagstukken. Toch is het soms onvermijdelijk te wijzen op meer beleidsmatig getinte vraagpunten.

³ In dit rapport baseert de auteur zich mede op onderzoek naar de nationale regelgeving en de uitvoeringspraktijk dat is verricht door zijn kantoorgenoot mr. A.W. van Leeuwen, certified pension lawyer.

II. Juridisch kader

De verplichtstelling

13. In veel gevallen is een werknemer op grond van zijn of haar arbeidsrelatie verplicht aangesloten bij het pensioenfonds dat de door de werkgever aangeboden pensioenregeling uitvoert.⁴ Deze arbeidsrechtelijke verplichting wordt door het mededingingsrecht niet geraakt, omdat collectieve afspraken tussen werkgevers en werknemers over arbeidsvoorwaarden buiten het mededingingsrecht vallen. Deze verplichting wordt ook niet geraakt door de Europese regels over het vrij verkeer van diensten, omdat die van toepassing zijn op overheidshandelen.
14. Op verzoek van representatieve organisaties van werkgevers en werknemers kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de deelneming aan een pensioenfonds voor een gehele bedrijfstak verplicht stellen.⁵ Deze verplichtstelling heeft tot gevolg dat, behoudens vrijstellingen, alle werkgevers in een bepaalde bedrijfstak verplicht zijn zich aan te sluiten bij het pensioenfonds dat voor die bedrijfstak een pensioenregeling uitvoert, dus ook werkgevers voor wie die verplichting niet al uit de CAO onderhandelingen voortvloeit. De verplichtstelling wordt wél door het mededingingsrecht geraakt, omdat de overheid een exclusief recht toekent aan het betrokken bedrijfstakpensioenfonds.
15. Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds moet een doorsneepremie toepassen, waardoor het premieniveau en het individueel risico zijn ontkoppeld.⁶ Andere pensioenfondsen hebben de keus tussen een bijdrage door de werkgever van minstens 10% van de pensioenpremie of het hanteren van een doorsneepremie.⁷ Dat geldt ook voor 'vrijwillige regelingen' aangeboden door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.
16. In de artikelen 5 tot en met 7 van de Wet Bpf 2000 zijn regels vastgelegd waarmee is beoogd concurrentievervalsing te voorkomen door vennootschappen of andere entiteiten die zijn gelieerd aan verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen als bedoeld in die wet en het ABP.⁸ Deze pensioenfondsen mogen hun naam en merk niet door een ander lichaam laten gebruiken. Verder mogen zij gegevens alleen verstrekken aan de deelnemers en hun werkgever, niet aan derden, tenzij dat noodzakelijk is voor de

⁴ In de wandeling ook wel aangeduid als 'de kleine verplichtstelling', ter onderscheiding van de 'grote verplichtstelling' door de overheid genoemd in punt 14.

⁵ Zie artikel 2, lid 1, van de Wet Bpf 2000.

⁶ Artikel 8 Wet Bpf 2000. De premie bedraagt voor alle deelnemers ongeacht leeftijd, geslacht, gezondheid hetzelfde althans hetzelfde percentage van het pensioengevend salaris, voor zover het gaat om dezelfde pensioensoort.

⁷ Zie, gegroepeerd per pensioenkarakter, de artikelen 117 t/m 120 Pw.

⁸ Zie artikel 21 van de Wet Privatisering ABP.

uitvoering van de pensioenovereenkomst of op verzoek van de deelnemer zelf gebeurt.⁹ Zo wordt onder meer voorkomen dat een verzekeringsdochter van een pensioenfonds de gegevens met betrekking tot deelnemers van het pensioenfonds in de schoot geworpen krijgt, ten einde bijvoorbeeld een levenslooppproduct aan te bieden. Ook mag het pensioenfonds geen reclame maken voor producten van de dochter. Verzekeraars hebben geen verbod op cross selling,

17. Deze bepalingen worden in de stukken als de 'mededingingsregels' aangeduid. Omdat die term doorgaans wordt gereserveerd voor de verbodsbepalingen uit het mededingingsrecht,¹⁰ geef ik er de voorkeur aan deze bepalingen aan te duiden als de '**markt en overheidsbepalingen**'. Zij vormen tevens een onderdeel van de taakafbakening tussen pensioenfonds en verzekeraars (zie hierna).¹¹ Zij kunnen er ook toe helpen bijdragen misbruik van machtspositie door verplichtgestelde fondsen te voorkómen. Dergelijk misbruik zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als een pensioenfonds zijn machtspositie, die het gevolg is van de verplichtstelling, zou uitbreiden naar de markt van levenslooppproducten.

De taakafbakening

18. De Nederlandse wetgever heeft een scheidslijn willen aanbrengen tussen het werkterrein van de pensioenfonds en dat van andere aanbieders van pensioenproducten, in het bijzonder verzekeraars. Dit heeft in 1999 geleid tot een compromis over de 'taakafbakening'. De taakafbakening berust op een autonome beslissing van de Nederlandse overheid. Zij is niet door de EG opgelegd.
19. De productafbakening houdt in dat pensioenfonds zich in beginsel uitsluitend mogen bezig houden met arbeidsgerelateerde pensioenrisico's: ouderdomspensioen, invaliditeitspensioen en nabestaandenpensioen. Pensioenfonds mogen niet bijvoorbeeld een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering (op de WIA) of een levensloopregeling aanbieden. De productafbakening geldt voor alle pensioenfonds.
20. De domeinafbakening geldt eveneens voor alle pensioenfonds. Een bedrijfstakpensioenfonds mag slechts voor een of meer bepaalde bedrijfstakken werken. Bovendien kan een werkgever zich alleen vrijwillig aansluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds, als de loonontwikkeling bij hem gelijk is aan die in de desbetreffende bedrijfstak dan wel sprake is van een groepsverhouding.¹² Voor de ondernemingspensioenfonds houdt de domeinafbakening in dat zij uitsluitend één of

⁹ Dit verbod geldt naast het verbod van verwerking van persoonsgegevens zonder toestemming van de betrokkene, dat reeds volgt uit de Wet bescherming persoonsgegevens.

¹⁰ Zie artikelen 6 en 24 Mededingingswet en de artikelen 81 en 82 EG (respectievelijk het verbod van mededingingsbeperkende afspraken en het verbod van misbruik van machtspositie).

¹¹ Financiële concerns kennen dergelijke beperkende bepalingen niet. Zo mogen de klanten van de bankenpoot een aanbieding krijgen van de verzekeringspoot.

¹² Artikel 121 Pw.

meer regelingen van één en dezelfde onderneming of groep van ondernemingen mogen uitvoeren.¹³

21. De domeinafbakening ordent dus de verhouding tussen pensioenfondsen onderling. Elk fonds heeft zijn eigen domein. Dat vormt een beperking, zoals de achtergrondnotitie benadrukt, maar biedt tegelijkertijd bescherming. De domeinafbakening verhindert daarnaast dat 'losse werkgevers' zich bij een pensioenfonds kunnen aansluiten. In zoverre hebben verzekeraars er dus baat bij. Naast de marktordenende functie heeft de domeinafbakening mijns inziens eveneens een sociale functie, omdat zij helpt voorkomen dat de deelnemers in een fonds de negatieve gevolgen ondervinden van aansluiting door ondernemingen met een wezenlijk ongunstiger risicoprofiel.
22. Tot slot stelt de wet de eis van één financieel geheel.¹⁴ Ook deze eis geldt voor alle pensioenfondsen. Een pensioenfonds dat meer dan één pensioenregeling uitvoert, mag deze niet ten opzichte van elkaar 'ringfencen'. Dat betekent dat de vermogens die in het kader van die verschillende regelingen bijeen zijn gebracht, niet van elkaar afgescheiden mogen worden.
23. Door voor te schrijven dat al het beheerde vermogen één pot vormt, heeft de wetgever beoogd de solidariteitskring uit te breiden tot alle aangeslotenen bij een pensioenfonds. Deze eis heeft niet hetzelfde marktordenende doel als de product- en domeinafbakening, maar zij wordt daarmee vaak wel in één adem genoemd.¹⁵ Over de samenhang met de domeinafbakening blijkt verschillend te worden gedacht. Naar mijn indruk versterkt het verbod van ringfencing de opportuniteit van de domeinafbakening. Immers, de risico's worden over een grotere groep uitgesmeerd dan de deelnemers aan één regeling. Dan ligt het voor de hand dat niet elke 'willekeurige' collectiviteit tot het fonds kan toetreden.

Taken en governance van pensioenfondsen

24. De Commissie Staatsen onderscheidt vier kerntaken voor pensioenfondsen:¹⁶
- algemene risicobeheersing of fondsbeheer
 - de administratieve uitvoering van een pensioenregeling
 - het beleggen en beheren van de financiële middelen
 - de informatieverstopping aan de deelnemers.

De vierde kerntaak valt deels samen met de tweede kerntaak. In het rapport Staatsen wordt geconstateerd dat van de kerntaken¹⁷

¹³ TK 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 67.

¹⁴ Artikel 123 Pw.

¹⁵ Zij is opgenomen in § 5.3 Pensioenwet, waarin de taakafbakening voor alle pensioenfondsen is geregeld.

¹⁶ Rapport van de Commissie Conglomeraatvorming Pensioenfondsen, p. 18.

“ ... de algemene risicobeheersing per definitie in eigen hand [moet] worden gehouden, waarbij overigens in de praktijk wel vaak ondersteuning wordt verleend door derden, zoals actuariële adviesbureaus of professionele pensioenadministrateurs. Voor de uitvoering van de andere kerntaken wordt in hoge mate gebruik gemaakt van samenwerkingsverbanden of niet-gelieerde derden. Daarnaast wordt voor de uitvoering regelmatig gebruik gemaakt van diensten van werknemers die in dienst zijn bij de aangesloten werkgever.”

25. In lijn hiermee bepaalt artikel 34, lid 2, Pw dat bij algemene maatregel van bestuur “werkzaamheden worden aangewezen die niet [door pensioenfondsen] mogen worden uitbesteed.” Volgens artikel 12 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling zijn dat onder andere de taken en werkzaamheden van personen die het dagelijks beleid bepalen.¹⁸ Dat komt *grosso modo* overeen met de eerste kernactiviteit. Ik benadruk dat deze bepalingen alleen gelden voor pensioenfondsen en dus alleen relevant zijn als is gekozen voor onderbrenging van een pensioenregeling bij een pensioenfonds.
26. Volgens het referentiekader dat het kabinet naar aanleiding van het rapport Staatsen aan de Tweede Kamer heeft aangeboden (hierna: **het referentiekader Staatsen**)¹⁹ mogen pensioenfondsen niet-toegestane wel activiteiten onderbrengen in een rechtspersoon die juridisch volstrekt gescheiden dient te zijn van het pensioenfonds. Dat mag zelfs een 100% deelneming zijn, maar ingevolge het referentiekader mag het fonds zich ten aanzien van die dochter slechts gedragen als ‘ondernemend belegger’.²⁰ Op directieniveau mogen er geen personele unies bestaan. Het referentiekader Staatsen is nadien wettelijk verankerd in de Pensioenwet.²¹

Europees juridisch kader

27. Net als op veel andere beleidsterreinen bestaat op het vlak van bedrijfspensioenvoorzieningen een groeiende invloed van de EG. Die invloed doet zich op twee manieren gevoelen. Enerzijds moeten pensioenregelingen en de nationale regelgeving die hen beheersen verenigbaar zijn met het EG-Verdrag, in het bijzonder de mededingingsregels en de regels inzake het vrij verrichten van diensten (‘negatieve integratie’). Het Europees recht fungeert hier als dwingende randvoorwaarde. Anderzijds kan de Europese wetgever op voorstel van de Europese Commissie wetgeving vaststellen om onnodige belemmeringen tussen lidstaten weg te nemen en de nationale wetgevingen met betrekking tot belangrijke algemene belangen te harmoniseren (‘positieve integratie’). Europese regelgeving is dan medebepalend voor de inhoud van nationale wetgeving.

¹⁷ Ibidem, p. 23.

¹⁸ Staatsblad 2006, 709.

¹⁹ TK 2004-2005, 28 294, nr. 22.

²⁰ Zie o.m. TK 2003-2004, 28 294, nr. 3, p. 2.

²¹ Via de principes voor goed pensioenfondsbestuur van de STAR van 16 december 2005.

28. Tweede pijler pensioenen vormen een betrekkelijk specifiek onderwerp vanwege hun arbeidsvoorwaardelijke inbedding op nationaal niveau. Verder zijn de financiële belangen groot, omdat pensioenfondsen vaak een aanzienlijk vermogen te beheren hebben. Het heeft lange tijd geduurd voordat de Europese wetgever bereid was op dit zeer gevoelige terrein wetgeving aan te nemen. Dat gebeurde met Richtlijn 2003/41/EG, de **Pensioenrichtlijn**.²² Deze richtlijn voert het begrip 'instelling voor bedrijfspensioenvoorzieningen' in, afgekort **IORP**.²³ Om die reden wordt zij ook wel aangeduid als de 'IORP-richtlijn'.
29. Zoals ook uit haar rechtsbasis blijkt, beoogt deze richtlijn de grensoverschrijdende toegang tot de pensioenuitvoering te vergemakkelijken en tegelijk de regels voor met name het prudentiële toezicht te harmoniseren. De richtlijn illustreert dat door de EG afgedwongen liberalisering vrijwel steeds gepaard gaat met een bepaalde mate van harmonisatie van nationale wetgevingen. De richtlijn vormt blijkens haar preambule 'een eerste stap' naar een interne markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen.²⁴ Op dit moment is niet bekend of er 'een tweede stap' zal komen en wat die zou inhouden, te meer daar deze richtlijn de belangrijkste onderwerpen in feite al regelt.
30. De Pensioenrichtlijn is niet van toepassing op verzekeraars.²⁵ Lidstaten kunnen er echter voor kiezen om de richtlijn van toepassing te laten zijn op levensverzekeraars, mits een volledige en strikte scheiding wordt doorgevoerd tussen verzekeringsactiviteiten en bedrijfspensioenactiviteiten.²⁶ Daarbinnen bestaat geen verbod op ringfencen. Op grond van de Europese verzekeringsrichtlijnen moeten ook verzekeraars zich bij hun leest houden. Verzekeringsondernemingen mogen namelijk naast hun verzekeringsactiviteiten geen 'andere handelsactiviteiten' verrichten.²⁷

²² Pb 2003, L 235/10. Daaraan ging een Groenboek van de Commissie vooraf. Zie COM (1997) 283.

²³ *Institute for Occupational Retirement Provisions*. De reden dat voor dit nieuwe en neutrale begrip is gekozen, was dat bepaalde lidstaten het begrip 'pensioenfondsen' niet kenden.

²⁴ Overweging 6: "Deze richtlijn vormt aldus een eerste stap op de weg naar een op Europese schaal georganiseerde interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening. (...)".

²⁵ Artikel 2, lid 2, onderdeel b, van de richtlijn.

²⁶ Artikel 4 van de richtlijn.

²⁷ Zie artikel 6 van Richtlijn 92/49/EEG ('de Derde Schaderichtlijn').

III. Huidige structuur

De verplichtstelling

Mededingingsrecht

31. Op 21 september 1999 wees het Europese Hof van Justitie (hierna: **het Hof**) de arresten *Albany c.s.* waarin het uitsprak dat de verplichtstelling van een door een Nederlands bedrijfstakpensioenfonds uitgevoerde basispensioenregeling verenigbaar is met de Europese mededingingsregels.²⁸
- De collectieve arbeidsovereenkomst waarbij een pensioensregeling in het leven wordt geroepen die wordt ondergebracht bij een bepaald - zo nodig op te richten - pensioenfonds, valt buiten het mededingingsrecht.²⁹
 - De vrucht van het collectief overleg, het pensioenfonds, vormt een 'onderneming' die als zodanig wel onder de regels van het mededingingsrecht valt. Ondanks de solidariteitselementen verricht het pensioenfonds namelijk een economische activiteit (en concurreert het met verzekeraars), omdat het zelf de hoogte van de premies en de pensioenuitkeringen vaststelt en werkt volgens kapitaaldekking.
 - Het pensioenfonds heeft als gevolg van de verplichtstelling een wettelijk exclusief recht en daarmee een machtspositie als bedoeld in artikel 82 EG. Het fonds is namelijk voor de deelnemers een verplichte partner, nu zij niet kunnen uitwijken naar een andere regeling en ook overigens geen keuzevrijheid hebben.
 - Het Hof onderzoekt of sprake is van misbruik van machtspositie tegenover de verplicht aangeslotenen. Daar blijkt niet van. Toch vormt het exclusieve recht een concurrentiebeperking die moet worden gerechtvaardigd.³⁰
 - Die rechtvaardiging wordt gevonden in artikel 86, lid 2, EG, dat betrekking heeft op diensten van algemeen economisch belang. Het Hof aanvaardt dat het *in casu* om een dergelijke taak gaat, omdat de pensioenregeling in kwestie 'een essentiële sociale functie' in het pensioenstel van Nederland vervult.
 - Het Hof aanvaardt verder dat een pensioenregeling die wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit (geen risicoselectie, doorsneepremies, solidariteit tussen generaties, backservice etc.) niet door het pensioenfonds onder economisch

²⁸ Zaak C-67/96, *Albany International*, Jur. 1999, blz. I-5751, zaken C-115/97 t/m 117/97, *Brentjens*, Jur. 1999, blz. I-6025 en zaak C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken*, Jur. 1999, blz. I-6121.

²⁹ Zie reeds hiervoor, punt 13.

³⁰ Op zichzelf valt er op de redenering van het Hof wel iets af te dingen. Eerst overweegt het Hof dat het toekennen van een exclusief recht niet als zodanig in strijd is met artikel 86 *juncto* 82 EG. Vervolgens wordt overwogen dat het exclusieve recht naar haar aard een concurrentiebeperking oplevert, die toch een rechtvaardiging behoeft.

verantwoorde voorwaarden zou kunnen worden uitgevoerd, indien het ondernemingen met relatief 'goede risico's' vrij zou staan een gunstiger pensioenregeling bij een particuliere verzekeraar af te sluiten.³¹

32. Een centraal element in de redenering van het Hof is dus de financiële last voor het fonds als gevolg van de diverse solidariteitselementen. De verplichtstelling is het noodzakelijke middel om het gerechtvaardigde doel te bereiken. Zonder de verplichtstelling zou het naar verhouding met veel 'slechte risico's' blijven zitten. Het Hof geeft evenwel geen aanwijzingen over het vereiste 'solidariteitsgehalte' per onderdeel van de pensioenregeling. Eventuele beperkingen aan de handelingsvrijheid van het fonds zijn door het Hof niet in de beoordeling meegenomen. Omgekeerd heeft het Hof evenmin gekeken naar de mogelijkheden van het fonds om andere producten aan te bieden.
33. In het een jaar later gewezen arrest *Pavlov* aanvaardde het Hof opnieuw de verplichtstelling, dit maal voor het beroepspensioenfonds van de Nederlandse medisch specialisten.³² Het betrokken pensioenfonds voerde zelf alleen een basisregeling uit; het daar bovenuit gaande pensioen kon worden ondergebracht bij één van de commerciële verzekeraars waarmee het fonds een contract had lopen. Het feit dat een deel van de pensioenregeling werd uitbesteed, heeft geen rol gespeeld bij de ook in dit arrest bereikte conclusie dat de verplichtstelling mededingingsrechtelijk toelaatbaar was.
34. Vanwege feitelijke verschillen wijkt de gevolgde redenering iets af van de vorige arresten. Ten eerste was het besluit van de LSV om een pensioenfonds op te richten niet verankerd in collectieve afspraken. Het betrof hier immers een regeling voor zelfstandigen. Ten tweede werd de mededinging tussen specialisten beperkt, omdat elke specialist dezelfde premie betaalde voor het verplichtgestelde basispensioen. Deze mededingingsbeperking was echter van geringe betekenis en daarom niet verboden. De verplichtstelling van de basisregeling leidde wel weer tot het ontstaan van een exclusief recht en een machtspositie van het betrokken pensioenfonds. Volgens het Hof waren er geen aanwijzingen dat het pensioenfonds daar misbruik van maakte, bijvoorbeeld doordat de 'aangeboden pensioenuitkeringen niet zouden voldoen aan de behoeften van de specialisten.'³³ Ten derde merkte het Hof in *Pavlov* het exclusieve recht als zodanig niet aan als concurrentiebeperking die moest worden gerechtvaardigd. Daarom kwam het Hof in die zaak aan artikel 86, lid 2, EG niet toe.

³¹ Zie het arrest *Maatschappij Drijvende Bokken*, punten 94 t/m 101. De vraag van 'goede' of 'slechte risico's' doet zich overigens naar mijn mening niet alleen op het niveau van de individuele werknemers voor, maar ook op het niveau van grotere of kleine collectiviteiten zoals een of meer ondernemingen. Een bepaalde onderneming kan bijvoorbeeld een jonger personeelsbestand hebben dan een andere onderneming.

³² Arrest van 12 september 2000, zaken C-180/98 tot en met C-184/98, *Pavlov*, Jur. 2000, blz. I-6451. De verplichtstelling is bij beroepspensioenfonds van groot praktisch belang, omdat de verplichte deelname aan een pensioenregeling niet reeds voortvloeit uit collectieve afspraken.

³³ Impliciet lijkt hier uit te volgen dat bij structureel ondermaats presteren het exclusieve recht als gevolg van de verplichtstelling niet aanvaardbaar is. Discussies over wat een adequaat niveau van pensioenuitkeringen is, worden al snel arbitrair zo lang er over een objectieve vergelijkingsmaatstaf geen overeenstemming bestaat.

Vrij verkeer van diensten

35. De Pensioenrichtlijn kan worden gezien als onderdeel van de regels inzake het vrij verrichten van diensten. Zij dateert van na de zo juist besproken rechtspraak. Dat heeft de vraag doen rijzen of die rechtspraak niet door de richtlijn zou zijn achterhaald. Ik denk dat dit niet het geval is.
36. De richtlijn gaat over het vrij verkeer van diensten, de rechtspraak over het mededingingsrecht. De richtlijn geeft geen invulling van de taken die op het gebied van pensioenuitvoering als dienst van algemeen economisch belang kunnen worden aangemerkt. De richtlijn bevat ook geen harmonisatie van regelgeving ten aanzien van het algemene belang dat met de verplichtstelling wordt beschermd. Sterker nog, de richtlijn laat de verplichtstelling uitdrukkelijk toe als uitzondering op de vrijheid van ondernemingen om hun pensioenregelingen onder te brengen bij een IORP in een andere lidstaat. Artikel 20, lid 1, opent namelijk met de zinsnede: "*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 (...).*"³⁴ De termen 'verplichte deelneming' zien hier op de grote verplichtstelling zoals wij die in Nederland kennen, niet alleen omdat de richtlijn collectieve afspraken (waaronder de 'kleine verplichtstelling') sowieso ongemoeid laat, maar ook omdat de onderstreepte toevoeging juist vanwege de Nederlandse figuur van verplichtstelling in de richtlijn is opgenomen. Uit de richtlijn kan daarom niet worden afgeleid dat de verplichtstelling in strijd zou zijn met het vrij verrichten van diensten of dat de hiervoor besproken rechtspraak achterhaald zou zijn.
37. Voor zover de verplichtstelling toch getoetst zou moeten worden aan artikel 49 EG zelf, geldt het volgende. De door het Hof in *Albany* c.s. aan artikel 86, lid 2, EG ontleende rechtvaardigingsgrond voor een eventueel misbruik van machtspositie door een verplichtgesteld fonds, kan evenzeer dienen om een belemmering van het vrije dienstenverkeer te rechtvaardigen.³⁵ Hoewel het Hof in *Albany* e.a. niet aan artikel 86, lid 2, EG hoefde toe te komen,³⁶ heeft de daar gevolgde benadering tot gevolg dat een aanval op de verplichtstelling vanuit het vrij verrichten van diensten op grond van die verdragsbepaling kan worden afgeslagen.

³⁴ Dit voorbehoud staat een lidstaat dus toe om op zijn grondgebied gevestigde ondernemingen te beperken in hun vrijheid een pensioenregeling onder te brengen bij een buitenlandse pensioeninstelling. Omgekeerd mag de lidstaat waar een pensioenfonds is gevestigd, deze niet op grond van dit voorbehoud belemmeren om buitenlandse ondernemingen als sponsorende ondernemingen te aanvaarden. Pensioenfondsen (en andere uitvoerders) zijn daarin vrij, zij het dat zij op grond van artikel 20, lid 2, daarvoor wel een (eenmalige) goedkeuring van hun toezichthouder nodig hebben.

³⁵ Artikel 86, lid 2, EG verwijst namelijk naar het gehele EG-Verdrag, niet alleen naar de mededingingsregels. Zie bijvoorbeeld zaak C-157/94, *Commissie/Nederland*, Jur. 1997, blz. I-5699. Daarin accepteerde het Hof een beroep op artikel 86, lid 2, EG ter rechtvaardiging van een belemmering van het vrij verkeer van goederen.

³⁶ Zie noot 30 hiervoor.

38. In dit verband wijs ik verder op het arrest *Freskot*.³⁷ De wettelijke verplichting een bijdrage te betalen aan een fonds dat uitkeringen deed bij natuurrampen, vormde volgens het Hof een belemmering voor het vrij verkeer van diensten voor zover het verzekerbare risico's betrof. Buitenlandse verzekeraars konden niet met kans op succes hun diensten aan de verplichte deelnemers aanbieden. Vervolgens constateert het Hof dat met de verplichte deelneming 'in wezen een doelstelling van sociaal beleid wordt nagestreefd' - een door het Hof aanvaarde 'dwingende reden van algemeen belang'. Aan het evenredigheidsvereiste is voldaan, als het fonds 'gevaar zou lopen' wanneer deelnemers zich tegen sommige van de gedekte risico's bij particuliere verzekeraars mochten verzekeren en dan voor een dienovereenkomstig deel van de verplichte bijdrage zouden zijn vrijgesteld. De gekozen benadering lijkt dus heel sterk op die in *Albany e.a.*, omdat centrale toetsingsmaatstaf is of het fonds zonder (volledige) verplichte deelname een voldoende financiële basis heeft zijn taken te vervullen.
39. Voor de volledigheid merk ik op dat de markt en overheidsbepalingen uit de Wet Bpf niet door de Pensioenrichtlijn worden geraakt. Deze bepalingen stellen beperkingen aan de activiteiten van aan pensioenfondsen gelieerde lichamen, niet aan het uitvoeren van pensioenregelingen zelf. Deze bepalingen hoeven daarom voor verplichtgestelde pensioenfondsen geen belemmering te vormen om buitenlandse pensioenregelingen uit te voeren.

Conclusie

40. Mijn conclusie is dat de verplichtstelling uit de Wet Bpf nog steeds is toegestaan, zowel mededingingsrechtelijk als op grond van de Europese regels inzake het vrij verrichten van diensten. Ik zie geen tekenen aan de Europese horizon die erop wijzen dat dit op afzienbare tijd anders zou worden.

Taakafbakening

Mededingingsrecht

41. De vraag is hier: blijft de verplichtstelling eveneens houdbaar als de voor bedrijfstakpensioenfondsen (want alleen daarover gaat het) geldende taakafbakeningsregels op onderdelen worden versoepeld?
42. In de aangehaalde rechtspraak heeft het Hof geen koppeling gemaakt met de Nederlandse voorschriften inzake taakafbakening. Die bestonden toen ook nog niet. De rechtspraak betreft de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen, terwijl de taakafbakening voor alle fondsen geldt.³⁸ Dat kan slechts bevestigen dat een koppeling

³⁷ Zaak C-355/00, Jur. 2003, blz. I-5263.

³⁸ Voor de markt en overheidsregels is dat als gezegd anders. Deze heb ik in dit advies steeds behandeld in het verlengde van de verplichtstelling. De markt en overheidsregels hebben echter ontegenzeggelijk een

tussen taakafbakening en verplichtstelling vanuit juridisch oogpunt niet voor de hand ligt. Het *level playing field* vormt overigens als zodanig geen relevant mededingingsrechtelijk toetsingscriterium.³⁹

43. Een specifiek punt betreft de vraag of het verbod van ringfencing verenigbaar is met de mededingingsrechtelijke eis van een gescheiden boekhouding, die op basis van de Europese Transparantierichtlijn is neergelegd in artikel 25b e.v. van de Mededingingswet. Een verplichtgesteld pensioenfonds heeft als houder van een exclusief recht in beginsel de plicht een gescheiden boekhouding te voeren. Op het eerste gezicht is die verplichting niet goed verenigbaar met een verbod tot ringfencing. Blijkens de achtergrondnotitie zou de eis van 'één financieel geheel' echter niet verhinderen dat binnen een pensioenfonds om administratieve redenen gebruik wordt gemaakt van boekhoudkundige afbakeningen.⁴⁰ Niet wordt toegelicht waaruit die 'afbakeningen' in de praktijk precies bestaan.

Vrijheid van dienstverlening

44. In dit kader wordt onderzocht of de Pensioenrichtlijn de taakafbakening onder druk zet. Ik begin weer met de productafbakening.
45. De Pensioenrichtlijn bevat in artikel 7, lid 1, een verplichting tot productafbakening: "*Iedere lidstaat legt de op zijn grondgebied gevestigde instellingen de verplichting op hun werkzaamheden te beperken tot activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en werkzaamheden die daarmee verband houden.*" Achtergrond van deze regel, die is overgenomen in artikel 116 Pw, is dat de bescherming van deelnemers vereist dat een instelling zich beperkt tot de activiteiten waarvoor ingevolge de richtlijn toezicht geldt.⁴¹
46. Artikel 7 lijkt niet te zijn bedoeld als uitputtende regeling, in die zin dat lidstaten met betrekking tot het onderwerp taakafbakening en in het bijzonder productafbakening niets anders zouden mogen bepalen dan daar staat. Deze lezing vindt steun in overweging 9 van de considerans waar staat dat lidstaten volledig verantwoordelijk blijven voor de rol en de functies van de verschillende instellingen die bedrijfspensioenen uitkeren, zoals pensioenfondsen voor een bedrijfstak, ondernemingspensioenfondsen en levensverzekeringsondernemingen. Dat wijst erop dat lidstaten het werkkterreinen van elk van deze instellingen mogen afbakenen.⁴²

belangrijke betekenis voor de bescherming van 'het domein' van de verzekeraars. In die zin zouden ze ook gerekend kunnen worden tot de 'taakafbakening'.

³⁹ In bepaalde gevallen heeft het Hof wel een vergelijkbaar begrip gehanteerd. Een voorbeeld is de term 'gelijkwaardige economische voorwaarden' waaronder telecomoperators etherfrequenties toegewezen moeten krijgen. Zie het arrest in zaak C-462/99, *Connect Austria*, Jur. 2003, blz. I-5197. In die zaak bood specifieke Europese regelgeving een aanknopingspunt voor de gebruikte termen.

⁴⁰ Achtergrondnotitie, voetnoot 15.

⁴¹ Althans zo staat het in de toelichting bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Commissie.

⁴² In bijlage 2 bij de achtergrondnotitie wordt in dat verband verwezen naar overweging 37 bij de richtlijn, dat de lidstaten de mogelijkheid zou geven de productafbakening zoals opgenomen in artikel 7 van de Richtlijn, verder aan te scherpen. In de bewuste overweging kan ik dat echter niet lezen.

47. Van de domeinafbakening wordt algemeen aangenomen (ook in de achtergrondnotitie) dat die van toepassing is op grensoverschrijdende activiteiten van pensioenfondsen. Voor ondernemingspensioenfondsen betekent dit dat zij zich ook over de grens hebben te beperken tot ondernemingen binnen dezelfde groep.⁴³ Bedrijfstakpensioenfondsen moeten zich over de grens beperken tot het uitvoeren van pensioenen van ondernemingen die tot dezelfde bedrijfstak(ken) behoren als waarvoor zij in Nederland actief zijn.⁴⁴ Een 'willekeurige' werkgever kan zich alleen vrijwillig bij een pensioenfonds aansluiten, als de loonontwikkeling bij deze werkgever ten minste gelijke tred houdt met die in een bedrijfstak waarin het fonds werkzaam is en de werkgever deelneemt in de sociale fondsen van diezelfde bedrijfstak. Een buitenlands bedrijf zal vrijwel nooit aan die eisen voldoen.
48. Daarmee gaat van de domeinafbakening op zijn minst potentieel een belemmering uit op het vrij verrichten van diensten. Of die belemmering voor de pensioenfondsen nu zo'n last is, zou ik overigens willen betwijfelen. Zo kan een ondernemingspensioenfonds van een multinational voor alle Europese vestigingen een pensioenregeling uitvoeren, zelfs als die per land verschillen. Bedrijfstakpensioenfondsen kunnen voor buitenlandse zustersectoren de pensioenen uitvoeren. Om een willekeurig voorbeeld te noemen: het Pensioenfonds Metaal en Techniek wordt niet door de Nederlandse domeinafbakening verhinderd om de pensioenen te verzorgen van de veel grotere Duitse metaalsector. Verder hoeft de domeinafbakening pensioenfondsen er niet van te weerhouden via een dochtermaatschappij know-how op actuariel en management gebied crossborder aan te bieden, mits zij het referentiekader Staatsen in acht nemen. Feit blijft echter dat pensioenregelingen voor andere sectoren niet kunnen worden uitgevoerd.
49. Elke belemmering van het grensoverschrijdend dienstenverkeer - ook die van geringe (praktische) betekenis - moet worden gerechtvaardigd. Nu een pensioeninstelling op grond van artikel 20, lid 2, van de Pensioenrichtlijn al de goedkeuring van haar toezichthouder nodig heeft om een buitenlandse onderneming te aanvaarden, lijkt voor een generieke beperking als de domeinafbakening in beginsel geen plaats. Voor het geval een belanghebbende partij de grensoverschrijdende toepassing van de domeinafbakening zou aanvechten (de binnenlandse toepassing wordt mijns inziens niet door de richtlijn geraakt), zie ik ter rechtvaardiging van de domeinafbakening niettemin enkele aanknopingspunten. Of de rechter die voldoende overtuigend acht, staat niet vast.
50. Ervan uitgaande dat de domeinafbakening mede dient ter bescherming van de deelnemers wijs ik allereerst op de sociale functie van pensioenfondsen. Alle aangeslotenen vormen een 'risicogemeenschap'. Het risicoprofiel en salarisniveau van de

⁴³ Dat volgt uit de definitie van 'ondernemingspensioenfonds' in artikel 1 Pw en uit artikel 122 Pw.

⁴⁴ Dat volgt uit de definitie van 'bedrijfstakpensioenfonds' in artikel 1 Pw. Die definitie staat een bedrijfstakpensioenfonds toe te opereren voor 'een of meer bedrijfstakken', zonder dat daaraan een wettelijk maximum is gesteld. Daarnaast moet een bedrijfstakpensioenfonds zich houden aan artikel 121 Pw.

deelnemers moeten gemiddeld genomen vergelijkbaar zijn, wil er een reële basis zijn om risico's te poolen.⁴⁵ Een tweede argument kan mogelijk worden ontleend aan de bescherming van eerlijke mededingingsverhoudingen. Mede door de domeinafbakening wordt voorkomen dat bedrijfstakpensioenfondsen 'vrije werkgevers' zouden kunnen wegkopen voor de neus van verzekeraars. Bescherming van eerlijke mededingingsverhoudingen is een door het Hof erkende rechtvaardigingsgrond voor een belemmering van het vrij verrichten van diensten. Een derde argument zou (opnieuw) kunnen worden ontleend aan overweging 9 van de preambule, waarin onder verwijzing naar het subsidiariteitsbeginsel wordt erkend dat lidstaten volledig verantwoordelijk blijven voor de rol en verschillende functies van de diverse instellingen. Of dat laatste argument in de crossborder situatie veel gewicht in de schaal legt, is echter de vraag.

51. De eis van één financieel geheel kan evenzeer belemmerend werken op het grensoverschrijdende aanbod van diensten. Doordat alle risico's worden gepoold zal er van het uitvoeren van een pensioenregeling voor buitenlandse bedrijven in de praktijk weinig terecht komen, omdat dit bijna altijd of voor de ene partij (Nederlandse sociale partners) of voor de andere partij (buitenlands bedrijf/collectiviteit) ongunstig zal zijn.
52. Het verbod op ringfencen wordt door de Pensioenrichtlijn niet geraakt in puur binnenlandse situaties. In geval van crossborder activiteiten laat de richtlijn de lidstaat van herkomst toe om een beslissing te nemen 'over de afscheiding van de activa en passiva van de instelling',⁴⁶ onder andere met het oog op de noodzaak dat bij grensoverschrijdende activiteiten 'het geheel van de uitgevoerde pensioenregelingen te allen tijde volledig door kapitaal zijn gedekt.'⁴⁷ Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat de richtlijn zelf de lidstaat van herkomst ruimte laat om een pensioenfonds in crossborder situaties een verbod op ringfencing tussen 'host' en 'home' op te leggen. Als toch naar een rechtvaardiging zou moeten worden gezocht, zou die vooral zitten in de sociale functie van het pensioenfonds.⁴⁸

Conclusies met betrekking tot de huidige structuur

53. Bij de huidige stand van zaken is er geen reden om aan te nemen dat de verplichtstelling onder druk zou staan. Ik beschik niet over concrete aanwijzingen dat de EG van de verplichtstelling af zou willen. Op de lange termijn zou dat uiteraard anders kunnen worden, maar daarover speculeren heeft weinig zin. De markt en overheidsbepalingen worden niet geraakt door de Pensioenrichtlijn. Wel kunnen er

⁴⁵ Op zichzelf is het juist dat solidariteit vooral ertoe leidt dat *verschillen* tussen risico's worden verevend. Dat laat onverlet dat de solidariteitskring kan worden beperkt tot collectiviteiten met een vergelijkbare risicomix. Dat die vergelijkbaarheid steeds het best kan worden gevonden op het niveau van bedrijfstakken is mogelijk aanvechtbaar, maar lijkt mij op zichzelf wel voor de hand liggend.

⁴⁶ Zie artikel 21, lid 5.

⁴⁷ Zie artikel 16, lid 3.

⁴⁸ Strikt genomen kan alleen bij verplichtgestelde fondsen deze discussie worden geplaatst in de sleutel van artikel 86, lid 2, EG. Maar uit het arrest *Freskot* blijkt dat dezelfde argumenten kunnen worden gebruikt in het kader van artikel 49 EG.

juridische vraagtekens worden geplaatst bij de toepassing van de domeinafbakening op de grensoverschrijdende uitvoering van pensioenen. Er zijn argumenten om deze belemmering te rechtvaardigen, maar het is bepaald niet zeker of een rechter die voldoende zwaarwegend zal vinden. Ook het verbod op ringfencen werkt mogelijk belemmerend. De richtlijn lijkt daar echter ruimte voor te laten.

54. Zwaarwegende juridische redenen om te adviseren de domeinafbakening nu al vast maar af te schaffen zie ik niet. Dat het Nederlands stelsel vanuit Europa en dus van buitenaf onder druk zou staan, kan ik op basis van de beschikbare openbare informatie ook overigens niet bevestigen. De Commissie heeft (tot op heden) niet op afschaffing of aanpassing van de domeinafbakening aangedrongen, laat staan verder gaande veranderingen in het uitvoeringsstelsel geëist.⁴⁹ Zij kent nochtans de Nederlandse wetgeving. Toch wordt in de achtergrondnotitie enkele malen nogal stellig gewezen op 'druk' vanuit Europa.⁵⁰ Kennelijk leeft het gevoel (of de vrees) dat vanuit Europa veranderingen zullen worden opgelegd. Niemand, ook de direct betrokken ministeries niet, blijkt echter precies te kunnen aangeven waarom het concreet zou gaan.⁵¹ Op de lange(re) termijn is uiteraard van alles mogelijk. Ik acht het evenwel niet dienstig in het onderhavige advies vooruit te lopen op eventuele toekomstige wijzigingen waarvan de inhoud en strekking niet bekend zijn.

⁴⁹ De combinatie van het feit dat tweede pijler pensioenen alleen maar in betekenis zullen toenemen en dat Nederland daarin voorop loopt maakt het in beginsel minder waarschijnlijk dat deze onderdelen van de Nederlandse wetgeving tot de prioriteiten van de Commissie zouden behoren.

⁵⁰ Zie § 3.3. Zeer recent werd dit ook door het ABP naar buiten gebracht (zie FD van 16 maart 2007).

⁵¹ Mr. B. Pronk wijst in zijn advies van 13 april 2006 aan de Minister van SZW ook op druk en veranderingen vanuit Europa, maar ook hij laat zich niet concreet uit over de grond en strekking van die vermeende bezwaren van de Commissie.

IV. Aangepaste structuur: verplichte uitbesteding en afschaffing van de domeinafbakening

Uitgangspunten

55. Conform de achtergrondnotitie hanteer ik hierna als veronderstelling dat in elk geval de domeinafbakening op termijn juridisch onhoudbaar zal worden. Om dat scenario voor te zijn, maar meer nog om in te spelen op de dynamiek op de Europese markt, wordt in de achtergrondnotitie een aangepaste structuur voorgesteld. Enerzijds de (integrale) schrapping van de domeinafbakening en – mogelijk - een versoepeling van de markt en overheidsregels. Anderzijds de invoering van de verplichting voor pensioenfondsen om hun administratie en vermogensbeheer uit te besteden. Per saldo zou dat ertoe moeten leiden dat pensioenfondsen meer pensioenregelingen in binnen- en buitenland kunnen uitvoeren.⁵² Op die manier zouden de grootste fondsen, ABP en PGGM, (meer) mee gaan doen met de Europese markt. Tegelijkertijd zou zelf administreren niet meer toegestaan zijn, ten einde pensioenfondsen voor een belangrijk deel van hun activiteiten 'van de vrije markt te weren'. Zo ontstaat het beeld van de pensioenfondsen die worden gekortwiekert om beter hun vleugels te kunnen uitslaan.
56. Het kost enige moeite het gesuggereerde verband te doorgronden tussen de schrapping van de domeinafbakening, de verplichting tot volledige uitbesteding en het behoud van de verplichtstelling.⁵³ Als een verplichtgesteld pensioenfonds voor in beginsel elke onderneming een pensioenregeling mag uitvoeren, is dat dan een reden om het te verplichten zijn administratie uit te besteden? Omgekeerd: als pensioenfondsen worden verplicht te doen wat de meeste al vrijwillig doen, namelijk uitbesteden, moeten zij dan de mogelijkheid hebben om voor elk willekeurig bedrijf de pensioenen te verzekeren? Tot slot: mocht de verplichtstelling toch onder druk zou komen te staan, is de verplichte uitbesteding dan hét middel om de verplichtstelling te redden? Ik denk het niet. De verplichtstelling gaat over solidariteit en ziet op de *upstream* markt van pensioenuitvoering. Het verplicht uitbesteden staat daar los van en ziet op de *downstream* markten van administratie en vermogensbeheer.
57. Mogelijk is de achterliggende gedachte dat de verplichtstelling van pensioenfondsen door het Hof is opgehangen aan solidariteit, die direct voortvloeit uit de sociale en arbeidsvoorwaardelijke aspecten van een pensioenregeling. Zou een pensioenfonds zich daartoe moeten beperken, dan kan die 'sociale kern' niet worden 'aangetast' doordat het fonds tevens activiteiten verricht die net zo goed door 'de markt' kunnen worden gedaan. Ook aldus samengevat lijkt de voorgestelde benadering nog steeds niet sterk

⁵² In deze structuur gaat het alleen om pensioenfondsen, nu alleen voor hen de domeinafbakening geldt. Het gegeven dat sociale partners nu ook al een pensioenregeling kunnen onderbrengen bij een andere uitvoerder dan een pensioenfonds, is op dit punt dus niet relevant.

⁵³ Hetgeen daarover al staat opgemerkt in § 6.3 van de achtergrondnotitie volstaat voor mijn gevoel niet om het gestelde verband overtuigend neer te zetten.

onderbouwd. Ook het risicobeheer, dat in deze structuur bij de pensioenfondsen achterblijft, kan immers door 'de markt' worden gedaan. Het komt voor dat verplichtgestelde pensioenregelingen worden herverzekerd.

58. Ik zou mij overigens wel kunnen voorstellen dat een pensioenfonds met behulp van een NV PUB makkelijker de buitenlandse markt op kan gaan dan als 'stichting pensioenfonds'. In die zin past het op afstand plaatsen door pensioenfondsen goed in het streven beter in te spelen op de dynamiek van de Europese markt. Of dat nu rechtvaardigt dat uitbesteding ook verplicht wordt, staat voor mij evenwel niet vast.

De voorgestelde structuur: enkele vragen

59. Er komt een verplichte scheiding tussen het risicobeheer enerzijds en de overige kernactiviteiten van pensioenfondsen anderzijds. Datgene wat volgens de wet mag worden uitbesteed, moet ook worden uitbesteed. Waar 'de knip' komt te liggen, lijkt redelijk helder.
60. Op andere onderdelen zijn echter verduidelijkingen mogelijk:
- Wie moet uitbesteden: alleen verplichtgestelde pensioenfondsen of alle pensioenfondsen?⁵⁴ Ik begrijp dat algemene gelding is beoogd, met als enige uitzondering de zelfadministrerende ondernemings pensioenfondsen.
 - Aan wie kan worden uitbesteed: slechts aan één partij of aan meerdere PUBs tegelijk? Ik vermoed het laatste. Ook staat niet vast of een pensioenfonds (uitsluitend) aan een eigen dochterorganisatie mag uitbesteden. Vermoedelijk is dat het geval. Als een pensioenfonds alles mag uitbesteden aan een verzelfstandigde uitvoeringsorganisatie, schiet de vrije markt daar wellicht niet zo veel mee op, anders dan dat er een proces van verzakelijking en verbeterde governance kan optreden.⁵⁵
 - Moet een bepaalde vorm van aanbesteding plaatsvinden en wat zou de beoogde contractsduur (maximaal) zijn?⁵⁶ Die vraag is complex. Rekening moet worden gehouden met hoge transactiekosten, maar wellicht ook met de vraag of het wenselijk is dat gegevens van soms honderdduizenden deelnemers eens in de zoveel jaar verkassen van de ene beheerder naar de andere. Wie is aansprakelijk als later blijkt

⁵⁴ Op blz. 15 staat: "Doordat *verplichtgestelde* pensioenfondsen van de markt worden geweerd." In de alinea die daarop volgt wordt de verplichte uitbesteding gepresenteerd als alternatief voor de – vroeg of laat minder goed houdbare – domeinafbakening, welke laatste weer voor *alle* pensioenfondsen geldt. De rest van de toelichting lijkt ook, behoudens de passage over artikel 5 – 7 Wet Bpf 2000, algemene gelding te hebben.

⁵⁵ Prof. Boot gaat in zijn advies daar uitvoeriger op in.

⁵⁶ Op grond van de Europese aanbestedingsregels bestaat er geen aanbestedingsplicht, ook niet voor het ABP. Het ABP kan niet worden aangemerkt als een 'publiekrechtelijke instelling', als bedoeld in artikel 1, lid 7, tweede alinea, van Richtlijn 2004/18/EG. Het ABP staat niet genoemd in Bijlage III, Onderdeel X (Nederland) bij die richtlijn.

dat in het verleden fouten zijn gemaakt, zeker als PUBs met een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid werken?⁵⁷

- Hoe ziet de *governance* eruit bij uitbesteding aan een eigen PUB? Volstaat het referentiekader Staatsen of moet de afstand tussen fonds en PUB groter zijn in die gevallen waarin een fonds zelf een PUB heeft opgericht?⁵⁸

61. Ook nu al besteedt de overgrote meerderheid van de pensioenfondsen de administratie uit en doen alle fondsen voor vermogensbeheer beroep op externe expertise. Dat ligt zeker voor kleinere fondsen voor de hand, omdat het niet mogelijk is alle vereiste expertise op voldoende kwalitatief niveau in huis te hebben. Uitbesteden is bij de bedrijfstakpensioenfondsen dus al lang de regel.⁵⁹ Organisaties als MN-Services, Cordares en PVF-Achmea, die vaak een totaal dienstenpakket kunnen leveren, zijn in feite al een PUB. Veel zal er in dat opzicht bij invoering van dit model dan ook niet veranderen, tenzij de verplichte uitbesteding zou inhouden dat de PUB eens in de zoveel jaar opnieuw moet worden gekozen.

62. Belangrijkste uitzondering zijn het ABP en PGGM, die beide nog zelfadministrerend zijn. Gelet op hun schaalgrootte zal dat vermoedelijk ook kostenefficiënt zijn. PGGM heeft niettemin in najaar 2006 aangekondigd te willen gaan uitbesteden aan een eigen coöperatie gecombineerd met een structuurvennootschap. ABP bracht zeer onlangs naar buiten dat ook zij van het zelf administreren af wil stappen.⁶⁰ Bekend is dat voor beide fondsen de versoepeling van de markt en overheidsbepalingen een hoge prioriteit heeft. Het is bepaald niet uitgesloten dat zij, althans voor zichzelf, die versoepeling als voorwaarde zien om tegemoet te komen aan de al enige tijd levende beleidsmatige wens dat ook zij hun administratie gaan uitbesteden.

Juridische beoordeling van de aangepaste structuur

63. Vanuit het oogpunt van de Europese bepalingen inzake de vrijheid van dienstverlening valt weinig op te merken. Vaststaat dat de Pensioenrichtlijn lidstaten er niet toe dwingt uitbesteding verplicht te stellen. De richtlijn laat pensioenfondsen de keus tussen in eigen beheer houden en uitbesteden. Anderzijds staat de richtlijn er evenmin aan in de weg dat een lidstaat verplichte uitbesteding oplegt. Onderstaande analyse is daarom toegespitst op het mededingingsrecht.

⁵⁷ Dit geldt overigens evenzeer voor de hierna te bespreken API,

⁵⁸ Ook over het toezicht moet worden nagedacht. Een PUB zal als financiële instelling *in its own right* onder financieel toezicht vallen. Anderzijds volgt uit artikel 34 Pw dat bij uitbesteding het pensioenfonds aangrijpingspunt voor het toezicht blijft, welk toezicht dan mede ziet op de opdrachtnemers.

⁵⁹ Bij ondernemingspensioenfondsen zijn er naar ik begrijp ongeveer 10 die de pensioenadministratie niet hebben uitbesteed (onder andere de pensioenfondsen van Ahold, Heineken en Unilever). Andere grote pensioenfondsen zoals van Shell, Philips, Akzo en KLM hebben de pensioenadministratie uitbesteed aan een aparte rechtspersoon, die of een dochteronderneming van het pensioenfonds zelf of van de onderneming was. Kleinere ondernemingspensioenfondsen besteden de uitvoering steeds uit.

⁶⁰ Aldus het Financieel Dagblad van 16 maart 2007.

De verplichte uitbesteding als zodanig

64. Ik stel voorop dat ook het mededingingsrecht niet tot verplichte uitbesteding dwingt. Met een verplichting tot splitsing is in andere sectoren van de economie beoogd te voorkomen dat kruissubsidiëring tussen wettelijke taken en andere taken plaatsvindt of dat een verticaal geïntegreerde onderneming zichzelf bevoordeelt op het vlak van toegang tot bepaalde infrastructuur (bijvoorbeeld netwerken), waar ook andere marktpartijen op zijn aangewezen. Voor zover ik kan nagaan spelen vergelijkbare overwegingen hier geen rol.⁶¹
65. De verplichte uitbesteding verzwakt noch versterkt de argumenten waarom het Hof de verplichtstelling aanvaardde.⁶² Ook de afschaffing van de domeinafbakening hoeft de verplichtstelling niet te ondergraven. Voor het overige lijkt het aanbrengen van een scheiding van taken mij mededingingsrechtelijk een neutrale exercitie: daardoor wordt geen (verondersteld) probleem weggenomen, maar ook geen nieuw probleem gecreëerd.

Verplichte uitbesteding en markt en overheidsregels

66. In § 6.5 van de achtergrondnotitie wordt ingegaan op de vraag of en in hoeverre de markt en overheidsregels uit de Wet Bpf 2000 kunnen worden versoepeld, als uitbesteding eenmaal verplicht is. Reden daarvoor zou zijn dat de artikelen 5 tot en met 7 (verplichtgestelde) pensioenfondsen vooral belemmeren om een 'geïntegreerde informatievoorziening' aan te bieden en om 'op het individu gerichte productaanbiedingen' te doen.⁶³ Dit komt bij mijn weten ook overeen met wat beide grootste pensioenfondsen uitdragen: zij zouden het liefst in staat zijn om een volledig palet van inkomensgerelateerde producten die te maken hebben met ouderdom, overlijden en invaliditeit, aan hun deelnemers aan te bieden.
67. De vraag is gesteld welke juridische randvoorwaarden moeten zijn vervuld, willen de markt en overheidsbepalingen kunnen worden versoepeld. Laat ik vooropstellen dat er geen juridische noodzaak bestaat deze bepalingen te versoepelen. Mededingingsrechtelijk bestaat er echter ook geen beletsel voor een versoepeling, los van het wel of niet invoeren van een verplichting tot uitbesteden. Dit zou slechts anders kunnen zijn, indien

⁶¹ Een 'splitsing' kan zich in verschillende gradaties voor doen. Van licht naar zwaar: boekhoudkundig, juridisch en eigendom. Het zou in dit geval gaan om een juridische splitsing, gepaard met governance regels. Een precedent hiervoor is te vinden in de Richtlijn 2003/54/EG en Richtlijn 2003/55/EG, omgezet met de I & I wet in de Elektriciteitswet en de Gaswet.

⁶² Een eventueel aandachtspunt van niet juridische aard betreft de machtsverhouding tussen het fonds en de uitvoeringsorganisaties. Men mag er vanuit gaan dat hoe groter uitvoeringsbedrijven worden, hoe meer zij in de praktijk de dienst uit zullen maken en hoe groter de kans ook zal zijn dat zij eigen financiële belangen zullen nastreven. Directies zullen zich geen verlengstuk van het pensioenfonds voelen.

⁶³ Zie de achtergrondnotitie, par. 4.2. De 'op het individu gerichte productaanbiedingen' hebben vermoedelijk betrekking op de individuele dienstverlening aan de deelnemer. Daarbij staat de individuele situatie van de betrokken persoon centraal: zijn arbeids-, salaris- en pensioenverleden en uiteraard zijn vermogenspositie. De vraag zal doorgaans zijn of er voor iemand een aanvullende regeling getroffen zou moeten worden en zo ja, hoe dat gelet op de financiële parameters het beste kan gebeuren. Als het al zo is dat de genoemde artikelen dit soort dienstverlening bemoeilijken, dan zou kunnen worden overwogen ze aan te passen. Dat geldt dan met name voor de artikelen 6 en 7.

als gevolg van het versoepelen van de markt en overheidsbepalingen verplichtgestelde pensioenfondsen ertoe zoude worden gebracht hun machtspositie te misbruiken. Dat zal niet zo snel het geval zijn. Voor het bewijs van misbruik ligt de lat tamelijk hoog. Anderzijds hoeft bij versoepeling van de markt en overheidsbepalingen de verplichtstelling niet onder druk komen te staan. Zoals hoger uiteengezet, is de Europeesrechtelijke rechtvaardiging van de verplichtstelling niet (mede) gebaseerd op deze bepalingen.

68. Het feit dat de versoepeling van de markt en overheidsregels juridisch mogelijk is betekent niet dat ik een dergelijke versoepeling zou bepleiten als 'prijs' voor de verplichting volledig uit te besteden. Een en ander vergt een beleidsbeslissing. Wel herhaal ik dat volledige uitbesteding niet als zodanig betekent dat andere aanbieders op de *upstream*markt meer kansen krijgen.⁶⁴ Verzekeraars zullen vermoedelijk willen ageren tegen een versoepeling van regels die hun bescherming bieden. Pensioenfondsen zouden op hun beurt dan weer kunnen aanvoeren dat thans de verzekeraars meer handelingsvrijheid hebben dan zij zelf, zodat een versoepeling van de markt en overheidsbepalingen het *level playing field* juist zou herstellen in plaats van verstoren. Het is bij dit soort zaken maar net aan welke kant iemand staat.
69. Mocht er voor worden gekozen deze regels te versoepelen, dan laat dat de verplichtingen op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens onverlet.

Verplichte uitbesteding en productafbakening

70. In hoofdstuk 6 van de achtergrondnotitie wordt op diverse plaatsen opgemerkt dat, als gevolg van de verplichte uitbesteding, het pensioenfonds van de (vrije) markt zal worden geweerd. De vraag is: van welke markt?
71. Juist nu het uitbesteden van de administratieve uitvoering al gemeengoed is, is aannemelijk dat de in dat kader door uitvoerders aangeboden dienstverlening een aparte *downstream* markt vormt ten opzichte van de markt voor pensioenverzekering. Dit is door de NMa bevestigd.⁶⁵ Als de verplichte uitbesteding zou worden doorgezet, wordt bereikt dat de pensioenfondsen zelf uit die markt wegblijven en er mogelijk meer ruimte ontstaat voor andere aanbieders. Dit voordeel is echter betrekkelijk als pensioenfondsen aan een 'eigen PUB' mogen uitbesteden. De PUB zal de 'business' van de moeder nodig hebben en de moeder zal zich geen faillissement van de dochter kunnen veroorloven. Zo worden de kansen voor marktpartijen echter niet vergroot.

⁶⁴ In hun huidige versie zullen deze bepalingen ook bij verplichte uitbesteding niet kunnen worden omzeild, wanneer een verplichtgesteld pensioenfonds een PUB opricht en deze PUB op zijn beurt weer een dochter opricht die zich op het terrein van bijvoorbeeld de levensloopregelingen zou begeven en daarbij naam, merk, gegevens etc. van het pensioenfonds zou willen gebruiken.

⁶⁵ Zie besluit van 23 december 2005 in zaak 5220, *ABP-Loyalis*, randnummer 18. Op deze markt(en) zijn naast pensioenbeheerders allerlei *service providers* actief, waaronder consultants op actuair en ICT gebied.

72. Verder bestaat er een markt voor vermogensbeheer, die mogelijk weer in nadere segmenten kan worden onderverdeeld.⁶⁶ Dit is een internationale markt waarin banken, *investment funds* en *asset managers* opereren, waaronder partijen als Goldman Sachs, Meryll Lynch. Op die markt(en) zitten pensioenfondsen vooral aan de vraagkant, terwijl PUBs daar al diensten aanbieden. De verplichte uitbesteding zal weinig of niets veranderen, omdat het vermogensbeheer ook nu al grotendeels wordt uitbesteed (ook door de grootste fondsen), waarbij het vermogen voor een belangrijk deel buiten Nederland wordt gebracht.⁶⁷
73. Ook hier geldt dat de verplichte uitbesteding de productafbakening zeker niet minder relevant maakt. Pensioenfondsen mogen minder zelf doen maar zij blijven boven in de uitvoeringsketen zitten, daar waar de klant binnenkomt. Verzekeraars zullen nog steeds niet in staat zijn – behoudens vrijstellingen – om in bedrijfstakken met een verplichtgesteld pensioenfonds klanten te werven voor een verzekerde regeling.

Verplichte uitbesteding en domeinafbakening

74. In de achtergrondnotitie wordt gesteld dat, met de verplichte uitbesteding, een domeinafbakening ter voorkoming van oneerlijke concurrentie overbodig wordt.⁶⁸ In punt 56 heb ik opgemerkt het verband tussen beide niet goed te zien. Indien tot schrapping van de domeinafbakening wordt besloten, kan die schrapping niet worden beperkt tot de grensoverschrijdende activiteiten van pensioenfondsen. Er zou anders een 'dubbel regime' ontstaan, met lichtere regels voor crossborder activiteiten dan voor binnenlandse activiteiten. Dat verdraagt zich slecht met de essentie van een interne markt.⁶⁹ Lidstaten zouden met elkaar kunnen gaan concurreren in exportregimes.⁷⁰ Dus: als de domeinafbakening wordt geschrapt, dan over de hele linie.

Verplichte uitbesteding en de eis van 'één financieel geheel'

75. Uit de achtergrondnotitie blijkt niet dat is beoogd om, naast de domeinafbakening, de eis van één financieel geheel te schrappen. Dat lijkt ook logisch nu de verplichte uitbesteding niets wijzigt aan de groepssolidariteit die deze eis beoogt te beschermen. Gesteld echter dat toch zou worden overwogen (ook) dit verbod te schrappen, dan rijst mogelijk de vraag of daardoor de verplichtstelling in de gevarezone komt, in die zin dat

⁶⁶ Vgl. het besluit van de NMa van 11 februari 2000 in zaak nr. 1694, *Detam Pensioen Services Relan Groep*.

⁶⁷ Een en ander laat onverlet dat het bestuur de beleggingsstrategie moet bepalen: in welke waarden wordt belegd, de daarbij aan te houden 'mix' (indachtig de *prudent person* regel) en eventueel de regio's.

⁶⁸ Zie blz. 15 en blz. 17, 2^e alinea.

⁶⁹ In ander verband heeft deze discussie gespeeld in het kader van de Richtlijn Televisie zonder grenzen (Richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/36). Het VK hanteerde een soepeler licentiesysteem voor satellietzenders gericht op het buitenland dan voor *domestic* zenders. Het Hof heeft dat afgekeurd. Zaak C-222/94, *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, Jur. 1996, blz. I-4025. In elk geval zal een lidstaat alle in artikel 9 van Richtlijn 2003/41 genoemde voorwaarden moeten toepassen op een op zijn grondgebied gevestigde instelling.

⁷⁰ Ik erken dat tegen deze redenering zou kunnen worden ingebracht dat het buitenland er geen last van heeft als een Nederlands pensioenfonds voor zijn binnenlandse activiteiten aan zwaardere regels moet voldoen. De domeinafbakening geeft echter ook zekerheid met betrekking tot het toegewezen werkterrein.

een element van solidariteit wordt weggenomen en 'het niveau van solidariteit' daardoor niet langer voldoende zou zijn om met succes een beroep te kunnen doen op artikel 86, lid 2, EG.

76. Hoewel een dergelijk risico bij voorbaat niet valt uit te sluiten, acht ik het klein. In de eerste plaats heeft het Hof in zijn overwegingen niet aan deze eis gerefereerd. In de tweede plaats heeft het Hof de solidariteit beoordeeld op het niveau van de uitgevoerde basisregeling en zich niet hoeven afvragen of het pensioenfonds in kwestie andere regelingen uitvoerde. In de derde plaats oordeelde het Hof dat het pensioenfonds zonder de verplichtstelling financieel niet in staat was de pensioenregeling uit te voeren. Het verbod van ringfencen draagt niet noodzakelijkerwijs bij tot dit financiële evenwicht.

Conclusies met betrekking tot de aangepaste structuur

77. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt lijkt de voorgestelde structuur mogelijk. De schrapping van de domeinafbakening hoeft de verplichtstelling niet te ondergraven. Anderzijds is verplichte uitbesteding niet noodzakelijk ter veiligstelling daarvan.
78. Vanuit het oogpunt van de interne markt stuit het voorgestelde model evenmin op bezwaren. De Pensioenrichtlijn dwingt er niet toe, maar staat er ook niet aan in de weg. De Commissie (DG Markt) zal mogelijk toejuichen dat meer werkzaamheden aan 'de markt' worden overgelaten. Los van de vraag of er voor 'de markt' echt zo veel zou veranderen, zou dat enkele gegeven geen reden moeten zijn de structuur in te voeren. Dat zou anders kunnen zijn als met de invoering van deze structuur een door de Commissie opgeworpen probleem zou worden opgelost. Van een dergelijk probleem is echter niet gebleken.
79. Aangezien een gedwongen ontvlechting veel geld kan kosten zal er een zwaarwegende reden voor moeten zijn. De afschaffing van de domeinafbakening is in dat verband onvoldoende. Een dergelijk risico is echter niet primair van Europeesrechtelijke of mededingingsrechtelijke aard.⁷¹ In het licht van de meest recente ontwikkelingen bestaat er bovendien een kans dat uiteindelijk alle fondsen vrijwillig voor 'alles uitbesteden' zullen kiezen.
80. Ook in deze structuur kan de vraag rijzen of de verplichtstelling kan worden gelegd op het niveau van de pensioenregeling in plaats van op het niveau van het pensioenfonds.⁷² Die vraag bespreek ik hierna in het kader van de API.

⁷¹ Mogelijk zal wel beroep worden gedaan op het vrij kapitaalverkeer (artikel 56 EG).
⁷² Zie § 6.6 van de achtergrondnotitie.

V. De nieuwe structuur: de invoering van de API

Inleidende opmerkingen: enkele vragen

81. Centraal element van de nieuwe structuur is de invoering van de rechtsvorm API, een IORP naar Nederlands recht. De API zou een financiële instelling (maar geen UCIT) zijn. Een verzekeraar kan niet zelf als API optreden, maar wel een API oprichten. Als pensioenuitvoerder wordt de API een alternatief (en concurrent) voor de pensioenfondsen. Een pensioenfonds kan ook zelf een API oprichten. Een API kan op haar beurt weer een PUB inschakelen. Denkbaar is eveneens dat een door een pensioenfonds opgerichte PUB tevens als API pensioenen van buitenlandse ondernemingen verzekert. In die zin kunnen beide structuren dus worden gecombineerd. Althans zo begrijp ik de achtergrondnotitie.
82. Het is de bedoeling dat de API zich alleen zou moeten houden aan de voorschriften die uit de Pensioenrichtlijn voortvloeien. Een API zal daarom aan minder regels zijn gebonden dan de pensioenfondsen dat thans zijn. De API zal een breder scala aan producten kunnen aanbieden.⁷³ De API zal niet gebonden zijn aan de domeinafbakening en de eis van één financieel geheel. De API zal evenmin gebonden zijn aan de markt en overheidsregels, ook niet - zo begrijp ik - als zij een verplichtgestelde regeling zou uitvoeren (zie hierna). Niet is voorzien dat een API, als zij dan inderdaad een verplichtgestelde regeling zou uitvoeren, de administratie verplicht moet uitbesteden. Wat bij pensioenfondsen moet worden gesplitst (blijkens de aangepaste structuur), zou bij een API kennelijk wel in één hand kunnen zijn.
83. Bij de API ligt 'de knip' een stap eerder dan bij de verplichte uitbesteding aan een PUB. De API wordt verantwoordelijk voor het risicobeheer en zal dus de eigendom van het pensioenvermogen bezitten. De keuze van de uitvoerder wordt daarmee naar voren gehaald. Die keuze wordt ook groter: sociale partners zullen kunnen kiezen tussen het pensioenfonds, een verzekeraar of een API. Dat kan betekenen dat pensioenfondsen geleidelijk uit het beeld verdwijnen. Het Nederlands pensioenlandschap zou dus drastisch worden omgegooid ten gunste van nieuwe financiële instellingen.
84. Met de invoering van de API wordt het mogelijk 'sociaal' en financieel' meer uit elkaar te trekken, door 'sociaal' te beperken tot de inhoud van de regeling en de rest als 'financieel' bij een API onder te brengen. Mogelijk vormt deze constructie een antwoord op de hybride identiteit van de pensioenfondsen, die een sociale en een financiële functie combineren. Maar ook de API lijkt een hybride product. Zij mag hetzelfde doen als een pensioenfonds, maar heeft ook trekjes van een verzekeraar. De API staat kennelijk *somewhere in between*, maar waar precies is nog niet helemaal duidelijk.

⁷³

Zie blz. 22, 2e alinea van de achtergrondnotitie onder het kopje 'productafbakening voor de API'.

85. Enkele wezenlijke punten verdienen nader onderzoek:

- Het toezichtregime, door DNB (prudentieel) en AFM (gedrag), moet nog nader worden ingevuld.
- Het Vpb en BTW regime ligt nog niet vast. Die vraag kan mede relevant zijn vanuit het oogpunt van de Europese staatssteunregels.
- Onderzocht kan worden of als gevolg van meer marktwerking⁷⁴ de uitvoeringskosten hoger uitkomen dan bij pensioenfondsen, of dat de disciplinerende werking van de markt juist tot kostenbesparingen leidt.

86. In dat verband verdienen *pension governance* aspecten aandacht. De API zal in veel gevallen een onafhankelijke financiële instelling zijn met een eigen winststreven.⁷⁵ Zeker als een API voor verschillende collectiviteiten een pensioenregeling uitvoert, ontstaat een dynamiek waarbinnen commerciële doelstellingen voorop staan en loyaliteit aan sociale partners naar de achtergrond wordt gedrongen. Alleen in het contract waarbij aan de API de opdracht wordt verleend, kunnen de sociale partners nog hun invloed proberen vast te leggen. Onderzocht zou kunnen worden wat daarvan de mogelijke gevolgen zijn voor de zeggenschap over het pensioencontract en vooral, wat de financieel belanghebbenden - onder wie de gepensioneerden - hiervan kunnen gaan merken.

87. Anderzijds is ook denkbaar dat een pensioenfonds een eigen API opricht. Wellicht heeft de betrokken API dan de rechtsvorm van een stichting en lijkt zij dan op een soort van niet-commerciële verzekeraar. Uitvoerder is niet meer het pensioenfonds zelf, maar een door hem gecontroleerde rechtspersoon. Dat doet vragen rijzen van *pension fund governance*, naast de vraag wat het fonds zelf dan eigenlijk nog doet.

88. Zo valt er dus nog veel te verduidelijken.

Kansen en risico's van de API

89. De API lijkt in elk geval een mooi instrument om vanuit Nederland buitenlandse ondernemingen te bedienen. In die zin past de API goed in het streven naar een versterking van de positie van Nederlandse pensioenuitvoerders op de Europese pensioenmarkt.

90. Minder zeker is of de API ook binnenlands zal aanslaan. Zo lang de lopende verplichtstellingen gehandhaafd blijven lijkt de ruimte voor de API beperkt. Het lijkt mij

⁷⁴ Ik denk dan aan een hogere overhead dan bij pensioenfondsen en vooral acquisitie- en marketingskosten, die moeten worden terugverdiend, alsook aan dividenden voor aandeelhouders.

⁷⁵ Dit verschijnsel, dat mogelijk gepaard kan gaan met een zogenoemd 'agency effect', kan zich ook al voordoen in het model van de verplichte uitbesteding. Zie voetnoot 64.

op het eerste gezicht niet heel aannemelijk dat de wetgever zou besluiten om, vanwege de invoering van de API, de lopende verplichtstellingen te beëindigen, zodat er een nieuwe ronde met nieuwe kansen zou komen. Op zijn minst zouden er dan overgangsmatregelen kunnen worden getroffen. Ook als de wetgever wel zo ver zou gaan, is het natuurlijk nog maar de vraag of sociale partners er voor zullen kiezen hun pensioenvermogen onder te brengen bij een API.

91. Zou toch worden besloten de lopende verplichtstellingen te beëindigen om de markt in een keer 'open te gooien' - met als mogelijk argument dat zo de sociale partners juist nieuwe kansen krijgen omdat zij opnieuw en in alle vrijheid de voor hen meest gunstige pensioenuitvoerder mogen kiezen -, dan zou dat ongewild buitenlandse IORPs wel eens in de kaart kunnen spelen. Immers, als de beschermde omgeving wordt opengemaakt, dan zouden ook de buitenlandse financiële instellingen (al dan niet vanuit buitenlandse financiële centra) de jacht op de Nederlandse pensioenmiljarden kunnen gaan openen. De interne markt werkt nu eenmaal altijd twee kanten op. Wellicht zouden sociale partners zo uitwijken naar een economisch voordelig geachte buitenlandse IORP, die uiteraard onder *home land control* en dus buiten het Nederlands toezicht valt. In een dergelijke constellatie kan de invoering van de API dus bewegingen veroorzaken die de positie van Nederland niet per definitie hoeven te versterken.
92. In de optiek van de bedenkers van de API ligt dat mogelijk anders. De API zou juist het Nederlandse antwoord moeten zijn op die 'buitenlandse dreiging'. Het mes zou zelfs aan twee kanten snijden. Met de invoering van de API zou namelijk niet alleen de marktwerking op de binnenlandse markt voor uitvoering van pensioenregelingen worden bevorderd, ook zou Nederland met de API een rechtsvorm in het leven roepen die de concurrentie met buitenlandse IORPs aan kan.
93. Een niet minder belangrijke vraag heeft betrekking op de situatie dat een pensioenfonds zelf een API opricht of zich tot API omvormt. Zij kan in een klap van de taakafbakening af zijn, maar zou wel nog een verplichtgestelde regeling kunnen uitvoeren.
94. In het nieuwe model zijn twee varianten denkbaar: de invoering van de API 'sec' of de API in combinatie met de verplichte uitbesteding. De achtergrondnotitie gaat uit van de tweede variant.⁷⁶

Mededingingsrecht: plaats van de verplichtstelling

95. Voor de invoering van de API als zodanig geldt hetzelfde als voor de invoering van de verplichte uitbesteding: er wordt niet een (verondersteld) mededingingsprobleem mee

⁷⁶

Zie § 6.1.

opgelost en evenmin een nieuw mededingingsprobleem door geschapen. De enige onderzoeksvraag betreft de plaats van de verplichtstelling in het API-model.

96. De invoering van de API en de wens de verplichtstelling te handhaven impliceert welhaast dat de verplichtstelling niet langer kan worden gekoppeld aan het pensioenfonds, maar voortaan moet zien op de pensioenregeling. Ik zie geen juridische beletsels om die mogelijkheid in de wet op te nemen, waarmee evenwel niet is gezegd dat ook aan bestaande verplichtstelling een einde moet worden gemaakt. Voor de vraag of de verplichtstelling dan nog haalbaar is onderscheid ik twee scenario's.
97. Een eerste scenario is dat de regeling bij het pensioenfonds blijft ondergebracht. De invoering van de API hoeft dan juridisch gezien niets te wijzigen aan (de houdbaarheid van) de verplichtstelling. Ook maakt het geen verschil dat deze op het niveau van de regeling zou komen te liggen. In de zaken die tot de arresten van 1999 leidden, ging het in feite ook om de verplichtstelling van de regeling, omdat de bedrijfstakpensioenfondsen in kwestie voor zover valt na te gaan geen andere regelingen uitvoerden. Als daarnaast de API wordt ingevoerd, zou die beoordeling niet anders hoeven uit te vallen.
98. Het tweede scenario zou inhouden dat een API een verplichtgestelde regeling uitvoert. Op voorhand zie ik geen juridische reden waarom dat niet zou kunnen. Als de verplichtgestelde regeling dezelfde solidariteitskenmerken heeft als thans het geval is (doorsneepremie, geen risicoselectie, solidariteit tussen generaties enz.), zou de verplichtstelling vermoedelijk nog steeds op de voet van artikel 86, lid 2, EG kunnen worden gerechtvaardigd, ook als een API die uitvoert. Wanneer een API echter in een sterk commerciële setting opereert en naast de verplichte regeling tal van andere producten aanbiedt, maakt dat de zaak er zeker niet sterker op. Het is daarom onzeker of in deze nieuwe structuur de verplichtstelling werkelijk houdbaar is in gevallen waarin sociale partners er voor zouden kiezen hun verplichtgestelde pensioenregeling bij een API onder te brengen.
99. De vraag rijst dan of het niet mogelijk is van de rechtvaardigingsdiscussie weg te blijven door te betogen dat een API die na een aanbestedingsprocedure of een andere vorm van concurrentiestelling is uitgekozen om een pensioenregeling van sociale partners uit te voeren, zijn exclusieve recht als het ware zelf op de markt heeft verdiend. Dan zou er geen 'concurrentiebeperving' zijn, zoals het Hof die in het arrest *Albany* ten aanzien van verplichtgestelde pensioenfondsen wel aannam, omdat al concurrentie (om de markt) heeft plaats gevonden. Bovendien zou de verplichtstelling niet zijn gekoppeld aan de uitvoerder en dus niet aan de (winnende) API als exclusief recht zijn toegekend.
100. Ik denk dat deze redenering toch niet opgaat. Uitkomst van een eventuele aanbesteding zou zijn dat een bepaalde API als winnaar uit de bus komt om een pensioenregeling uit te voeren. Dat is één ding. Daarvan dient de verplichtstelling te worden onderscheiden. Als de uit te voeren regeling op verzoek van sociale partners door

de overheid verplicht is gesteld, nog voordat de uitvoerder bekend was, dan wordt toch een exclusief recht in de zin van artikel 86, lid 1, EG gecreëerd. Dat recht is in eerste instantie mogelijk toegekend aan de sociale partners zelf (die geen onderneming zijn), maar *du moment* dat de geselecteerde API aan de slag gaat valt de verplichtstelling als sequeel van de regeling in de schoot van deze API. Dat exclusieve recht heeft de API in kwestie dus niet zelf 'op de markt verdiend'. De materiële situatie is dan ook als bij een verplichtgesteld pensioenfonds. Dat de formele constructie anders is, doet niet terzake.

Vrij verkeer van diensten

101. Er bestaat uiteraard geen enkel bezwaar tegen indien een lidstaat een rechtsvorm in het leven roept die precies is gemodelleerd overeenkomstig de Pensioenrichtlijn, maar niet is gebonden aan nadere nationale eisen.⁷⁷ De Commissie zal een dergelijke ontwikkeling vermoedelijk toejuichen, omdat die past in het streven grotere pensioenuitvoerders met een minimum aan verplichtingen grensoverschrijdend te laten opereren op de Europese markt. Een dergelijk gegeven zou als zodanig wederom geen reden hoeven te zijn om de API in te voeren.⁷⁸
102. Als hoger opgemerkt mag in het kader van de nationale regelgeving geen onderscheid worden gemaakt naar gelang een Nederlandse pensioeninstelling (hier: de API) alleen binnenlands actief is of in andere EU lidstaten haar diensten aanbiedt.⁷⁹ Kennelijk is het ook niet de bedoeling een dergelijke onderscheid aan te brengen.

Conclusies met betrekking tot de nieuwe structuur

103. Mijn slotsom is dat de invoering van de API een nuttige stap kan zijn om de concurrentie op de markt van pensioenuitvoering te verscherpen en met name voor buitenlandse activiteiten een goed instrument kan zijn. Er valt echter nog heel veel op te helderen voordat serieus kan worden overwogen tot invoering van deze nieuwe rechtsvorm over te gaan. Grootste risico is dat sociale partners, voor zover zij al weg zouden willen bij hun pensioenfonds, zullen kiezen voor een buitenlandse IORP als uitvoerder. Ook is relevant of het gebruik van API's door (voormalig) pensioenfondsen kan leiden tot omzeiling van de taakafbakeningsregeling.
104. Vanuit mededingingsrechtelijke optiek verandert er door de invoering van de API als zodanig niets. De verplichtstelling komt er niet door niet onder druk te staan. Het uitvoeren van een verplicht gestelde regeling door een API is niet per definitie onmogelijk. Of sociale partners ervoor zullen kiezen de uitvoering van een basispensioenregeling onder te brengen bij een API moet worden afgewacht.

⁷⁷ Los van algemene civielrechtelijke normen en eisen waaraan de API zich heeft te houden in de door haar afgesloten contracten en bij haar handelen in het rechtsverkeer.

⁷⁸ Zie hiervoor, mijn opmerkingen op dit punt bij de invoering van de PUB.

⁷⁹ Zie hiervoor, punt 74 en noot 69.

VI. De drie specifieke vragen

105. Uit het vorenstaande vloeit het antwoord op de drie specifieke vragen uit de oplegnota eigenlijk al voort. Samenvattend geldt het volgende.

De eerste vraag

106. Er zijn beleidsmatige argumenten voor en mogelijk ook tegen een verplichte uitbesteding aan een PUB. Er zijn eveneens argumenten voor en tegen schrapping van de domeinafbakening. Ik zie echter geen logisch verband tussen de verplichting uit te besteden en het recht voor eender welke werkgever een pensioenregeling uit te voeren. In zoverre is het gekozen middel strikt genomen niet 'passend' voor het nagestreefde doel, pensioenfondsen meer ruimte geven om de Europese markt op te gaan.

107. De conclusie zou niet verschillend moeten zijn voor verplichtgestelde of niet-verplichtgestelde pensioenfondsen. Er bestaat namelijk geen (aantoonbaar) verband tussen de domeinafbakening en de verplichtstelling. De eventuele gedachte dat verplichtgestelde pensioenfondsen vanwege de verplichtstelling zo'n bevoorrechte positie hebben, zou ik overigens willen relativeren. Ten eerste impliceert hun wettelijk recht ook een wettelijke taak. Ten tweede hebben niet-verplichtgestelde pensioenfondsen evenzeer veel verplichte deelnemers op grond van hun arbeidsrechtelijke relatie. Ten derde zijn verplichtgestelde fondsen gebonden aan de markt en overheidsbepalingen.

108. Het is altijd mogelijk andere varianten te bedenken, afhankelijk van het geïdentificeerde probleem. 'Meer markt' voor zowel de pensioenfondsen als voor andere uitvoerders is echter niet eenvoudig te realiseren. De pensioenfondsen zijn geholpen met schrapping van de domeinafbakening, al moet het effect daarvan niet worden overschat. Voor verzekeraars lijkt vooral de instandhouding van de huidige productafbakening en de markt en overheidsregels van belang.

109. Bij wijze van alternatief kan worden onderzocht of het mogelijk is pensioenfondsen alleen verplichte producten (basisregelingen) te laten uitvoeren, en vrijwillige regelingen aan de vrije markt over te laten. Ik realiseer mij echter dat dit voor de pensioenfondsen een productbeperking zou betekenen, terwijl uit de achtergrondnotitie de beleidsmatige voorkeur spreekt pensioenfondsen juist meer productontwikkeling toe te staan, daarmee inspeliend op de mogelijkheden die de Pensioenrichtlijn biedt.

110. Een ander alternatief zou kunnen inhouden dat binnen de huidige structuur de taken en verantwoordelijkheden van de sociale partners en die van het pensioenfonds duidelijker worden gescheiden. Dus geen scheiding van beleid en beheer (zoals bij de verplichte uitbesteding), ook geen scheiding van sociaal en financieel (zoals bij de API), maar enkel een scherpere scheiding tussen de rol van de sociale partners als organisatoren van solidariteit en die van het pensioenfonds als financiële uitvoerder. Dit

opdrachtgever / opdrachtnemer model kan leiden tot meer transparantie en verzakelijking, maar betekent niet noodzakelijkerwijs meer marktwerking.

111. Het enige alternatief voor de verplichtstelling is geen verplichtstelling. Afgewacht moet worden of op termijn sociale partners nog steeds de verplichtstelling (van een pensioenfonds dan wel een pensioenregeling) wenselijk zullen achten. Een en ander zal afhangen van het draagvlak in de betrokken bedrijfstakken.

De tweede vraag

112. In hoeverre de verplichte uitbesteding de marktwerking vergroot, zal afhangen van de voorwaarden waaronder die verplichte uitbesteding moet geschieden. Meer marktwerking is overigens niet iets dat door het (Europees) mededingingsrecht wordt gedictieerd. Meer marktwerking berust bovenal op een beleidsmatige keuze.

113. Ik vind de gesuggereerde koppeling tussen invoering van de verplichte uitbesteding en versoepeling van de artikelen 5 tot en met 7 Wet Bpf niet erg overtuigend. Pensioenfondsen blijven de regelingen beheren en verzekeraars worden in geval van verplichtstelling nog steeds buiten de deur gehouden. Dat dochters van verzekeraars mogelijk zullen optreden als PUB wijzigt daaraan niets. Een zwaarwegende reden voor versoepeling van de artikelen 5 tot en met 7 van de Wet Bpf zie ik daarom niet. Juridisch is een versoepeling wel mogelijk, zonder dat de verplichtstelling daardoor hoeft te worden ondermijnd. Een versoepeling hoeft niet zonder meer tot misbruik van machtspositie door verplichtgestelde pensioenfondsen te leiden. Daarnaast blijven de verplichtingen uit de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing.

De derde vraag

114. Het is op zichzelf denkbaar dat sociale partners een pensioenregeling vaststellen, daarvan de verplichtstelling vragen en vervolgens die pensioenregeling onderbrengen bij een uitvoerder van hun keuze, bijvoorbeeld een API. Om een en ander mogelijk te maken zou in elk geval de Wet Bpf 2000 moeten worden aangepast. Indien de wetgever zou besluiten de lopende verplichtstellingen te beëindigen, en er een nieuwe ronde zou komen, moeten mogelijk wel overgangsbepalingen worden voorzien.

115. Een verplichtstelling op het niveau van de regeling (in plaats van het fonds) wordt niet voorgeschreven door de Pensioenrichtlijn of een andere regel van Europees recht. Deze figuur hoeft op zichzelf het instrument van de verplichtstelling niet mededingingsrechtelijk onderuit te halen. Zo lang kan worden aangetoond dat voor de uitvoering van een regeling, gelet op de daarin opgenomen solidariteitselementen, verplichtstelling noodzakelijk is, zou het in beginsel niet uit moeten maken of de uitvoerder van te voren vaststaat of pas na verplichtstelling vrij wordt gekozen.

VII. Samenvattende slotbeschouwing

Algemene opmerkingen

116. Over het uitvoeringsmodel in de sector aanvullende pensioenen is de afgelopen jaren veel gezegd en geschreven. Met de Regeling Taakafbakening en het referentiekader Staatsen werd een redelijk evenwicht bereikt. Zo is in de loop der jaren een zorgvuldig bouwwerk ontstaan. De vraag is of dat bouwwerk werkelijk aan een ingrijpende verbouwing toe is. Te meer omdat de Pensioenwet recent nog een deel van de taakafbakening formeelwettelijk heeft vastgelegd. Het gevoel leeft echter dat de EG op termijn wijzigingen zal afdwingen. Los daarvan zou Nederland in de huidige constellatie onvoldoende kunnen profiteren van de mogelijkheden die de Europese pensioenmarkt biedt en qua slagvaardigheid achter dreigen te blijven bij andere EU lidstaten met een veel minder ontwikkelde pensioentraditie.
117. Het streven om te anticiperen op mogelijke ontwikkelingen vanuit de EU verdient steun. Echter, als waarnemers elkaar nazeggen dat het huidige Nederlandse uitvoeringsmodel vanuit Europa juridisch onder druk staat,⁸⁰ zonder dat daar tot op heden concrete aanwijzingen voor bestaan, kan dit – geheel onnodig - een *self fulfilling prophecy* worden. Zinspelingen naar wijzigingen of wensen vanuit Europa hebben naar mijn indruk niet zelden een strategische achtergrond. Daarmee zeg ik niet dat er geen goede redenen zijn om na te denken over manieren waarop de mogelijkheden om pensioenuitvoering buiten de ‘eigen kring’ te organiseren kunnen worden vergroot. Mijn punt is echter dat er op dit moment vanuit Europa geen directe aanleiding voor aanpassingen bestaat. De Commissie (DG Markt) heeft tot nu toe haar capaciteit vooral moeten inzetten om de Pensioenrichtlijn in alle lidstaten omgezet te krijgen en om in samenspraak met de lidstaten de voornaamste interpretatievragen op te helderen die de richtlijn deed rijzen. De meest recente informatie over de Pensioenrichtlijn op de website van DG Markt dateert van oktober 2005. Dat lijkt mij veelzeggend.
118. In mijn waarneming heeft de Commissie drie prioriteiten. Ten eerste: voorkomen dat de mogelijkheid om crossborder pensioenen uit te voeren wordt gefrustreerd doordat lidstaten van ontvangst een ruime uitleg geven van de mogelijkheid hun eigen sociaal en arbeidsrecht toe te passen.⁸¹ Dat verwijt wordt aan Nederland niet gemaakt.⁸² Ten tweede: bevorderen dat multinationale ondernemingen gebruik kunnen maken pan-Europese pensioeninstellingen en op die manier veel kosten kunnen besparen.⁸³ Dat dit

⁸⁰ Zelfs komt het voor dat publiekelijk wordt gerefereerd aan een inbreukprocedure tegen Nederland (ex artikel 226 EG), waarvan in werkelijkheid – tot op heden – in het geheel niet is gebleken.

⁸¹ Zie artikel 20, lid 5, van de Pensioenrichtlijn.

⁸² Het betreft hier overigens een klassiek probleem, dat herinnert aan de invulling van de ‘general good bepalingen’ in de banken- en verzekeringsrichtlijnen. Via interpretatieve mededelingen heeft de Commissie daar orde in gebracht. Ook de toepassing van de Lamfalussy-methode (met name niveau 3) kan daarbij helpen.

⁸³ Het valt overigens op dat deze richtlijn niet een *review clause* bevat. Wel is bepaald dat de Commissie met een evaluatie moet komen over de werking van twee specifieke bepalingen (over beleggingsvoorschriften en over beheer en bewaring), welke voor de in dit advies behandelde problematiek niet direct relevant zijn.

tot nu toe niet goed lukt, is een feit, maar dat ligt niet aan de Nederlandse regelgeving. Ten derde: zorgen dat de prudentiële regels correct worden toegepast. Dat laatste is in Nederland tot dusverre helemaal geen discussiepunt.

119. In Brussel staat het denken uiteraard nooit stil. Ik zou bepaald niet willen uitsluiten dat de Commissie op enig moment met een wetgevend voorstel zal komen om de Pensioenrichtlijn aan te scherpen, bijvoorbeeld door arbeidsvoorwaarden en pensioenuitvoering meer uit elkaar te trekken. Zo ver is het echter nog lang niet. De discussie die nu in Nederland wordt gevoerd, komt overigens in de kern neer op dezelfde vraag: moeten 'sociaal' en financieel' in één hand blijven of organisatorisch worden gesplitst? Het API model past in dit perspectief. Wijzigingen in Europese regelgeving zijn zoals bekend een langdurig proces, waar Nederland als lid van de Raad van de Europese Unie zelf aan deelneemt.

120. De ontwikkelingen in het buitenland vormen alle reden om scherp te blijven. Wanneer echter van landen als België, Ierland en Luxemburg wordt gezegd dat zij aantrekkelijk zijn, moet duidelijk zijn wat zij precies aantrekken: pensioenregelingen, uitvoeringsorganisaties of alleen pensioenvermogen? En voorts moet helder zijn waarom zij aantrekkelijk zijn: is dat louter *tax driven*, het gevolg van regelgeving (of juist het ontbreken daarvan) of om andere redenen? Voordat conclusies worden getrokken over de Nederlandse concurrentiepositie en daar wijzigingsvoorstellen aan worden opgehangen, zouden dit soort tamelijk elementaire vragen goed moeten zijn onderzocht.

121. Daarbij moet dan wel bedacht worden dat in Nederland een langjarige en diepgewortelde traditie op het gebied van tweede pijler pensioenvoorzieningen bestaat, met bijbehorende structuren en regelgeving. Het kan voor lidstaten zonder een dergelijke traditie makkelijker zijn vanaf nul te beginnen en een licht en aantrekkelijk vehikel te lanceren. Een *benchmark* met het buitenland wordt minder betrouwbaar als onvergelykbare grootheden moeten worden vergeleken.

Juridische conclusies

122. Mijn onderzoek toont aan dat de mededingingsrechtelijke problemen in dit stadium minder groot zijn dan de achtergrondnotitie wellicht zou kunnen suggereren. Dat neemt niet weg dat het mededingingsrecht een vaste randvoorwaarde vormt bij elke doorgevoerde wijziging in het uitvoeringsmodel. Die randvoorwaarde hoeft niet te knellen. Ook de Pensioenrichtlijn laat lidstaten een betrekkelijke grote speelruimte. Dit hangt samen met het arbeidsgerelateerde karakter van pensioenen, dat ook voor die richtlijn uitgangspunt vormt.

123. Wijzigingen in het uitvoeringsmodel zullen vooral zijn ingegeven door beleidsmatige overwegingen over marktwerking en behoud van solidariteit. Voornaamste reden om voorzichtig te zijn met versoepelingen in de regels voor pensioenfondsen is dat de

taakafbakening en in het verlengde daarvan de verplichtstelling gemakkelijk weer ter discussie zullen worden gesteld. Het bestaande evenwicht tussen pensioenfondsen en verzekeraars is delicaat.

124. De huidige structuur is met het mededingingsrecht verenigbaar. Kernwoord is solidariteit. De uitspraken waarbij het Europese Hof in 1999 de verplichtstelling aanvaardde, hebben hun actualiteit niet verloren, ook niet na het van kracht worden van de Pensioenrichtlijn. Zo lang voldoende zwaarwegende solidariteitskenmerken in de uitgevoerde regeling zijn opgenomen die het noodzakelijk maken dat een pensioenfonds een regeling alleen kan uitvoeren als deze is verplichtgesteld, zou de verplichtstelling overeind moeten kunnen blijven. De bewijslast ligt echter bij het pensioenfonds.
125. Ook vanuit het perspectief van de interne markt staat de verplichtstelling op dit moment niet onder druk.⁸⁴ Iets anders is dat de toepassing van de domeinafbakening in grensoverschrijdende situaties mogelijk op gespannen voet staat met artikel 20 van de Pensioenrichtlijn. Ik zie nochtans geen klemmende juridische noodzaak waarom reeds thans tot afschaffing van de domeinafbakening zou moeten worden besloten.
126. De verplichte uitbesteding volgens de aangepaste structuur is op zichzelf mogelijk. Bij schrapping van de domeinafbakening, waarmee de verplichte uitbesteding gepaard zou gaan, hoeft er op mededingingsrechtelijk ook met de verplichtstelling niets fout te gaan. Zeker indien daarnaast zou worden besloten tot versoepeling van de markt en overheidsregels, is echter wel te verwachten dat verzekeraars de discussie over de verplichtstelling weer zullen aanzwengelen.
127. De verplichte uitbesteding van uitvoering en beheer is bedoeld als tegenhanger van de afschaffing van de domeinafbakening (veeleer dan andersom). Het verband tussen beide maatregelen is echter niet overtuigend onderbouwd. Juridisch zijn zij echter elk voor zich, en gezamenlijk, overigens wel mogelijk maar weer niet noodzakelijk om de verplichtstelling 'toekomstbestendig' te maken. In elk geval dwingt de Pensioenrichtlijn niet tot verplichte uitbesteding. Ook bestaat er tussen verplichte uitbesteding door een pensioenfonds en verplichte aansluiting bij een pensioenfonds geen logisch verband.
128. Indien de optie van de verplichte uitbesteding toch zou worden gekozen, dient een aantal zaken nader te worden geregeld. met name de vraag of de uitbesteding aan een termijn is gebonden, de wijze van uitbesteding en de *governance* als een pensioenfonds een eigen PUB opricht.

⁸⁴ Terzijde merk ik op dat de veel besproken Dienstenrichtlijn niet noopt tot aanpassingen in het uitvoeringsmodel, omdat zij niet van toepassing is op instellingen die bedrijfspensioenen uitvoeren. Zie artikel 2, lid 2, letter b) van Richtlijn 2006/123/EG, Pb 2006, L 376/36.

129. De invoering van de API in de nieuwe structuur is juridisch mogelijk maar een juridische verplichting daartoe bestaat er opnieuw niet, noch op grond van het mededingingsrecht, noch op grond van de Pensioenrichtlijn.
130. De API wordt een alternatief voor en daarmee een concurrent van de pensioenfondsen, maar krijgt met een lichter regime te maken. Dat sociale partners minder zeggenschap zullen hebben dan bij uitvoering door een pensioenfonds, lijkt onvermijdelijk. Zij zijn immers niet meer 'eigenaar' van het pensioenvermogen, draaien dus niet meer aan de knoppen en zullen in veel gevallen te maken krijgen met een professionele, commerciële partij die in hoge mate haar eigen belangen heeft. Een en ander ligt mogelijk anders als sociale partners een eigen API oprichten of een pensioenfonds zich tot API omvormt. In dat geval is de meerwaarde vanuit het oogpunt van marktwerking weer een stuk beperkter zijn. Een ander bezwaar zou dan kunnen zijn dat de product- en domeinafbakening vrij eenvoudig zouden kunnen worden omzeild. Er valt nog heel veel te verduidelijken, voordat eventueel tot invoering van de API zou kunnen worden besloten.
131. Denkbaar is dat een API een verplichtgestelde regeling uitvoert. Dat vergt een wetswijziging om het mogelijk te maken dat een pensioenregeling in plaats van een pensioenfonds verplicht wordt gesteld. Hoewel er verschillen bestaan tussen een pensioenfonds en een API zouden die verschillen er niet op voorhand toe moeten leiden dat een door een API uitgevoerde pensioenregeling niet aan de rechtspraak over de verplichtstelling kan voldoen. Wanneer een API echter in een sterk commerciële setting opereert en naast de verplichte regeling tal van andere producten aanbiedt, maakt dat de zaak er niet sterker op. Het is daarom onzeker of in deze nieuwe structuur de verplichtstelling werkelijk houdbaar is in gevallen waarin sociale partners ervoor zouden kiezen hun verplichtgestelde pensioenregeling bij een API onder te brengen.
-

Lijst van belangrijkste geraadpleegde bronnen

- Voorbereidende stukken Richtlijn 2003/41/EG
- Parlementaire Geschiedenis Pensioenwet (gedeeltelijk)
- Diverse annotaties bij de arresten van 21 september 1999, *Albany* e.a.

- DG Internal Market and Services, Main Conclusions of the Meetings on 22 October 2004 and 19 April 2005 on the transposition of the IORP Directive
- Speech Commissaris McGreevy, Pension funds and asset management: A European Perspective, gehouden te Dublin op 22 september 2005

- Rapport van de Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen dd. 27 oktober 2003
- Referentiekader naar aanleiding van dat rapport, op 8 juli 2005 aan de Tweede Kamer aangeboden (TK 2004-2005, 28 294, nr. 22)
- Een verkenning van een nieuw model voor de uitvoering van pensioenregelingen, aangeboden door de Minister van SZW aan de Stichting van de Arbeid op 29 oktober 2004
- Reactie dd. 18 maart 2005 van de Stichting van de Arbeid
- Stichting van de Arbeid, Principes voor Goed Pensioenfondsbestuur, dd. 16 december 2005
- Advies mr. B. Pronk aan de Minister van SZW dd. 13 april 2006
- Motie van de leden Mosterd en Depla, voorgesteld op 21 september 2006 (TK 2006-2007, 30 413, nr. 68)

- James Hanlon, Pensions integration in the European union, *European law Review* 2004, p. 74.
- A.W. van Leeuwen, De weinig afgebakende discussie over de taakafbakening, *P & P* nr. 3, 2006
- Ivo van Es (Europese Commissie), IORPs in Nederland, presentatie gehouden bij NETSPAR bijeenkomst dd. 5 oktober 2006
- R.H. Maatman, Governance Pensioenfondsen, presentatie gehouden bij NETSPAR bijeenkomst dd. 5 oktober 2006
- S.E. Eisma, Het clubmodel (de coöperatieve uitvoeringsorganisatie), bijdrage aan *Liber Amicorum J. Frijns*
- R.H. Maatman, Aspecten van de Pensioenwet, te verschijnen in *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2007, nr. 4