

De premiepensioeninstelling: van, maar ook op vele markten thuis?

Mr. dr. H. van Meerten*

Nederland zal binnenkort een nieuwe financiële instelling kennen; de premiepensioeninstelling. Deze PPI is gedeeltelijk gebaseerd op de pensioenrichtlijn uit 2003. De PPI zal grensoverschrijdend pensioenregelingen kunnen gaan uitvoeren en daarmee de concurrentie aangaan met andere buitenlandse pensioenuitvoerders. Met dit artikel wordt enig inzicht gegeven in enkele elementen van (de communautaire dimensie van) het financiële pensioenrecht, de plaats die dit rechtsgebied inneemt in de Wet Financieel Toezicht en hoe bepaalde aspecten zich verhouden tot het 'normale' EU-recht.

Richtlijn nr. 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (Pb. EG L 235).

Inleiding

2008 was het jaar van de kredietcrisis. Gelukkig draaide de 'normale' wetgevingsmachine ook gewoon door. Zo heeft het ministerie van Financiën tezamen met het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het jaar 2008 onder andere benut om een wetsvoorstel op te stellen dat het levenslicht moet laten zien aan een nieuwe financiële instelling; de premiepensioeninstelling (hierna: PPI).¹

De PPI past binnen de kaders van Richtlijn 2003/41/EG inzake de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (hierna: de IORP-richtlijn).² Deze instellingen worden ook wel aangeduid als 'IORP's', naar de Engelse benaming van deze instellingen: 'Institutions for Occupational Retirement Provision'. Het doel van een IORP is het kunnen uitvoeren van pensioenregelingen van verschillende EU-lidstaten. Momenteel komt het grensoverschrijdend verkeer van deze activiteiten maar moeizaam op gang.

De IORP-richtlijn is reeds volledig in de Pensioenwet geïmplementeerd. Echter, door de toenemende concurrentie uit andere EU-lidstaten werd door de genoemde ministeries de noodzaak en wenselijkheid gevoeld gebruik te maken van andere mogelijkheden die de richtlijn biedt.

De PPI – die een plek zal krijgen in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) – dient gezien te worden als een eerste fase van een breder traject dat uiteindelijk moet leiden tot verdere wijzigingen in de Nederlandse pensioenwetgeving. De tweede fase bestaat uit aanpassingen in de Pensioenwet om de samenwerking tussen ondernemingspensioenfondsen mogelijk te maken. In de derde fase wordt een zogeheten Algemene Pensioen Instelling (API) in de Pensioenwet geïntroduceerd.

In dit artikel zal allereerst ingegaan worden op enkele aspecten die dienen te worden toegelicht om een goed begrip van de materie te krijgen. Eerst zullen enkele relevante artikelen uit de IORP-richtlijn besproken worden (zie onder: De 'implementatie' van de IORP-richtlijn in de Wft). Daarna zal aandacht worden besteed aan de API en de relatie met de PPI (zie onder: De Algemene Pensioen Instelling en de PPI). Vervolgens wordt ingegaan op enkele Europeesrechtelijke aspecten van de PPI en de IORP richtlijn (zie onder: Grensoverschrijdende activiteiten: zetelleer en bijkantoren). Met name zal worden ingegaan op de twee meest heikele juridische onderwerpen die bij het inrichten van de PPI een rol hebben gespeeld: de bijkantoren en de zetelleer. Afgesloten wordt met een blik op de toekomst (zie onder: De toekomst).

De 'implementatie' van de IORP-richtlijn in de Wft

De materie inzake de 'instellingen voor bedrijfspensioenen' wordt wel eens aangeduid als het vierde onderdeel van de financiële sector. Dit onderdeel is pas in het kader van het zogeheten 'Financial Service Action Plan' (FSAP) succesvol binnen het bereik van de Gemeenschapswetgever gekomen. Eerder zijn het FSAP en de IORP-richt-

* De auteur schrijft op persoonlijke titel. De hier weergegeven opvattingen zijn niet noodzakelijkerwijs die van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid noch die van het ministerie van Financiën.

¹ Het concept-wetsvoorstel en de reacties op de consultatie zijn te raadplegen op: www.minfin.nl. Met nadruk wordt er op gewezen dat het een concept-wetsvoorstel betreft. Of de PPI in de hier geschetste vorm het levenslicht zal zien, is derhalve nog onzeker.

² Richtlijn nr. 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (Pb. EG L 235, 23 september 2003, p. 10-21).

lijn in dit tijdschrift al besproken.³ Achterliggende gedachte van de IORP-richtlijn was vooral om van – in de toekomst vanwege de vergrijzing – nauwelijks te handhaven omslagstelsels (*pay-as-you-go*) naar kapitaalgedekte pensioenvoorzieningen over te schakelen.⁴ Zoals de Commissie heeft opgemerkt spelen IORP's een belangrijke rol in de pensioen- en de sociale zekerheidsstelsels in een aantal lidstaten. Geraamd wordt dat bijna 25 procent van de actieve bevolking van de Unie is aangesloten bij een bedrijfspensioenregeling. In sommige landen is dit aandeel meer dan 80 procent, zoals in Nederland of Denemarken, terwijl het percentage in andere landen relatief laag is. Het aandeel van bedrijfspensioenen in de totale pensioenen bedraagt circa 10 procent. De waarde van de activa die deze instellingen bezitten is groter dan 2 000 miljard euro, dit komt overeen met circa 25 procent van het BBP van de Unie (iets meer dan 45 procent wat de activa van verzekeringsondernemingen betreft). Zij spelen derhalve, naast de overige financiële instellingen, een sleutelrol in de financiering van de Europese economie en het functioneren van de kapitaalmarkten van de Unie.⁵

Aspecten van de IORP-richtlijn

De richtlijn is derhalve een financiële dienstenrichtlijn, maar is geen 'Lamfalussy'-richtlijn. Hoewel de richtlijn uit 2003 dateert, is deze nog steeds niet in alle 27 lidstaten correct omgezet, althans volgens de Commissie. Tegen het Verenigd Koninkrijk, Italië en de Tsjechische Republiek zijn inbreukprocedures aanhangig gemaakt.⁶ Nederland heeft de richtlijn zoals gezegd wel volledig en juist geïmplementeerd. Laten wij enkele elementen van de IORP-richtlijn, die bij het opstellen van het concept-wetsvoorstel een prominente rol hebben gespeeld, eens wat nader beschouwen.

Artikel 6 van de IORP-richtlijn omschrijft een IORP als 'een op basis van kapitalisatie gefinancierde instelling, ongeacht de rechtsvorm, die onafhankelijk van enige bijdragende onderneming of bedrijfstak is opgericht met als doel het verstrekken van arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen op basis van een als volgt gesloten overeenkomst of contract: 1) individueel of collectief tussen de werkgever(s) en de werknemer(s) of hun respectieve vertegenwoordigers, of 2) met zelfstandigen, overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat van herkomst en de lidstaat

van ontvangst, en die hiermee rechtstreeks verband houdende werkzaamheden verricht.' Deze definitie maakt in ieder geval duidelijk dat IORP's niet door een omslagstelsel gefinancierd kunnen worden en dat de rechtsvorm vrij is. Dit in tegenstelling tot verzekeraars, die in Nederland altijd de rechtsvorm van een NV of een onderlinge waarborgmaatschappij moeten hebben (zie hieronder). De onafhankelijkheid van de IORP met de bijdragende onderneming wordt verder uitgewerkt in artikel 8 IORP. Dit artikel bepaalt dat er een juridische scheiding bestaat tussen de bijdragende onderneming (meestal de werkgever) en de IORP, zodat in geval van faillissement van de bijdragende onderneming de activa van de IORP in het belang van de deelnemers en de pensioengerechtigden beschermd zijn. Deze juridische scheiding kan op velerlei wijze worden doorgevoerd, maar de grootste mate van onafhankelijkheid tussen de werkgever en de IORP wordt natuurlijk bereikt wanneer de IORP een aparte juridische entiteit moet zijn. Daarmee is het pensioenvermogen echter allerminst beschermd. Immers, wat dient er te gebeuren ingeval van faillissement van de IORP? In het concept-wetsvoorstel PPI is hiervoor aangesloten bij wat gebruikelijk is bij de figuur van de beleggingsinstelling zoals neergelegd in de Wft. Beleggingsinstellingen kennen een zogeheten 'bewaarder'. Zijn enig statutaire doel is het zijn van rechthebbende van het vermogen. Bepaald is nu dat PPI's onder bepaalde omstandigheden een 'pensioenbewaarder' dienen te hebben, die dezelfde functie vervult als bij de beleggingsinstelling.⁷

Verhouding met verzekeraars

Bij de 'implementatie' van de IORP-richtlijn in de Wft was voorts de verhouding met een andere financiële instelling, de verzekeraar, een delicate. Daarover enkele opmerkingen. Zoals bekend opereren verzekeringsondernemingen reeds op de markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen. Deze ondernemingen worden op communautair niveau gereguleerd door de levensverzekeringsrichtlijnen. IORP's kunnen diensten aanbieden die vergelijkbaar zijn met die door verzekeraars worden aangeboden – bijvoorbeeld wanneer de IORP een financiële garantie aanbiedt, en daarbij net als een verzekeraar zelf garant staat voor de toezegging. In dat geval kunnen voor IORP's met betrekking tot de eigenvermogensvereisten soortgelijke regels worden vastgesteld als die welke in de levensverzekeringsrichtlijnen voor de verzekeraars zijn vervat (zie artikel 17 lid 2 IORP). Dit artikellid verwijst voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa naar de artikelen 27 en 28 van de 'leven'-richtlijn.⁸

Bovendien, de richtlijn biedt de keuzemogelijkheid voor een lidstaat om, indien deze lidstaat van mening is dat er grotere consistentie moet worden betracht bij de prudentiële behandeling van IORP's en (levens)verzekeraars, bepaalde prudentiële regels van de IORP-richtlijn toe te passen op de bedrijfspensioenactiviteiten van (levens)verzekeraars (artikel 4 IORP). Nederland heeft toentertijd niet gebruik gemaakt van deze mogelijkheid aangezien levensverzekeraars op grond van de voor hen geldende richtlijnen reeds voldoende mogelijkheden zouden hebben om grensoverschrijdend te kunnen werken.⁹ De IORP richtlijn zou daar niets aan toevoegen. Het belangrijkste nadeel van de toepassing van artikel 4 zou de verplichting zijn om activa en passiva van directe regelingen af te scheiden van die van de overige werkzaamheden.¹⁰

Nu kan de vraag gesteld worden of de toepassing van artikel 4 dient te leiden tot de *verplichting* van een verzekeraar om een nieuwe rechtspersoon IORP op te richten, aangezien er geen andere mogelijkheden zouden bestaan om de activa en passiva te scheiden zonder

³ J.C. van Haersolte, Een mammoettanker is de mistige haven van Lissabon binnengevaren: de afsluiting van het Actieplan Financiële Diensten (deel 2), *NTER* 2006, p. 146.

⁴ Zie ook de toelichting bij het oorspronkelijke Commissievoorstel, COM(2000)507, (PB C 96E, 27 maart 2001, p. 136-144).

⁵ *Ibidem*.

⁶ www.curia.europa.eu.

⁷ Analooq aan artikel 4:44 lid 2 Wft: 'De activa van een beleggingsfonds worden bewaard door een bewaarder die uitsluitend ten behoeve van het beleggingsfonds bewaart, indien op grond van het beleggingsbeleid van het desbetreffende beleggingsfonds een reëel risico bestaat dat het vermogen van het beleggingsfonds ontoereikend zal zijn voor voldoening van vorderingen bedoeld in artikel 4:45, eerste lid, en het eigen vermogen van de bewaarder ontoereikend zal zijn voor voldoening van dergelijke vorderingen.'

⁸ Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (PBL 345, 19 december 2002, p. 1-51).

⁹ *Kamerstukken II*, 2004-2005, 30 104, nr. 3, p. 7.

¹⁰ *Ibidem*.

dat er enige mogelijkheid tot overdracht bestaat? Arnot schrijft hierover:

'Although a separate legal entity is not required, a Member State might decide to do this'.¹¹

Dit wordt ook bevestigd door de praktijk. Frankrijk past op enkele levensverzekeraars artikel 4 IORP toe, zonder een nieuwe instelling te creëren.¹² In het concept-wetsvoorstel is overigens nadrukkelijk aangegeven dat iedere marktpartij een PPI kan oprichten. Dus ook een her- of levensverzekeraar. Indien een verzekeraar een nieuwe rechtspersoon PPI opricht, geldt daarbij bovendien het verbod op de nevenactiviteiten uit de Wft niet. In dat geval zijn de PPI en de verzekeraar immers juridisch gescheiden entiteiten. Artikel 3:36 Wft bepaalt dat het een verzekeraar verboden is een ander bedrijf uit te oefenen dan het bedrijf waarvoor de vergunning is verleend. Indien een verzekeraar nu een PPI opricht, krijgt het een vergunning – als het aan de voorwaarden voldoet – en daarmee een 'IORP-paspoort'. Nu kan het voorkomen dat, wanneer lidstaat waar de PPI-dochter van een verzekeraar haar statutaire zetel heeft, kiest voor de toepassing van artikel 4 IORP. Op de 'verzekeringsactiviteiten' van de PPI-dochter van de verzekeraar worden dan de (in de toekomst van kracht zijnde) 'Solvency II' bepalingen van toepassing.¹³ Solvency II wordt het nieuwe toezichtsregime op verzekeraars en kent gelijkenissen met Basel II (het vernieuwde kapitaalakkoord voor banken).¹⁴ Verzekeraars zullen bij het voldoen aan de solvabiliteitseisen meer beoordeeld gaan worden op de daadwerkelijke risico's die zij lopen (een risico georiënteerde aanpak). Solvency II kent bovendien het zogeheten 'groepstoezicht': een verzekeringsgroep – die als één economische entiteit functioneert, – kan ervoor kiezen als 'groep' in de zin van de Solvency II richtlijn te worden erkend.¹⁵ Na erkenning (er gelden criteria) krijgt deze groep te maken met slechts één groepstoezichthouder, in principe de toezichthouder waar de moeder is gevestigd. De groepstoezichthouder werkt samen met de lokale toezichthouders van die lidstaten waar dochters zijn gevestigd in een college of supervisors. Indien de PPI-dochter nu deel gaat uitmaken van een 'groep' en daarmee onder het groepstoezicht geplaatst wordt, ontstaan er vele interessante juridische kwesties die nog niet allemaal te overzien zijn. Nader (wetenschappelijk) onderzoek op deze en gerelateerde punten zou – ook gezien de kredietcrisis – welkom zijn.

De Algemene Pensioen Instelling en de PPI

Wat is nu de relatie tussen de PPI en de eerder aangekondigde API? Waar wijkt de API af van de PPI?

Doel van de API

Eind 2007 publiceerden de eerdergenoemde ministeries een zogeheten Hoofdlijnen notitie.¹⁶ In deze notitie werd een blauwdruk van een nieuw te creëren pensioenuitvoerder – naast de bestaande pensioenfondsen en verzekeraars – beschreven. In de notitie valt te lezen dat:

'Nederland kent momenteel slechts één soort pensioeninstelling die valt onder de reikwijdte van de Europese richtlijn voor pensioeninstellingen (Richtlijn 2003/41/EG): het pensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (PW). In overeenstemming met de richtlijn voor pensioeninstellingen maakt de PW het pensioenfondsen mogelijk grensoverschrijdende activiteiten te verrichten. Er zijn echter enkele voorwaarden – die nauw samenhangen met het Nederlandse stelsel van arbeidsverhoudingen – die in de praktijk van het Nederlandse

pensioenfondsen een minder aantrekkelijke uitvoerder van buitenlandse regelingen kan maken.'

Een nieuwe pensioenuitvoerder, de Algemene Pensioen Instelling (API), zou wél moeten kunnen inspelen op de kansen die de Europese ontwikkelingen bieden.¹⁷ De doelstelling van de introductie van de API is Nederland aantrekkelijker te maken als vestigingsplaats voor het bedienen van de internationale pensioenmarkt.

De API zou gebaseerd moeten worden op de IORP-richtlijn. De API zal – naast de huidige 'normale' pensioenfondsen – belast worden met het verstrekken van 'arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen' en werkzaamheden 'die hiermee rechtstreeks verband houden' (artikel 6 richtlijn, zie hieronder). De huidige Nederlandse pensioenfondsen (bijvoorbeeld ABP, Zorg en Welzijn) zijn ook instellingen in de zin van de IORP-richtlijn, maar de Pensioenwet en andere wet- en regelgeving leggen verdergaande eisen op dan waartoe de IORP-richtlijn noodzaakt. Daardoor zijn deze fondsen niet of nauwelijks grensoverschrijdend actief. Vooral de *domeinafbakening* (een pensioenfonds mag in beginsel maar voor één (groep) onderneming(en) werken), de *productafbakening* (een pensioenfonds mag alleen arbeidsgerelateerde pensioenvoorzieningen uitvoeren en een bepaald (minimum) solidariteitsgehalte kennen) en de eis van één *financieel geheel* werken belemmerend.¹⁸

¹¹ S. Arnot, 'Legal Commentary on the Pension Funds Directive [dir. 2003/41/EC]', oktober 2004, te raadplegen op: www.efrp.org/web.html.

¹² Bv. de 'Institution de prévoyance régée par le code de la sécurité sociale' en de 'Mutuelle régée par le code de la mutualité'.

¹³ COM(2008)119, 26 februari 2008, *n.n.g.*

¹⁴ Gelijkenissen, maar ook enkele belangrijke verschillen. Basel II kent niet het verifiërende toezichtsregime van Solvency II. Zie: Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PBL 177, 30 juni 2006, p. 1-200).

¹⁵ Een groep is 'een groep ondernemingen bestaande uit een deelnemende onderneming, haar dochterondernemingen en de deelnemingen van de deelnemende onderneming en haar dochterondernemingen, alsook ondernemingen die met elkaar verbonden zijn door een betrekking in de zin van artikel 12, lid 1, van Richtlijn 83/349/EEG.' Daarmee wijkt deze definitie af van de definitie van groep in het BW.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 2007–2008, 30 413, nr. 106.

¹⁷ Zie ook de achtergrondnotitie die behoort bij *Kamerstukken II*, 2006–2007, 30 413, nr. 93.

¹⁸ Zie voor een toetsing van deze voorwaarden aan het EU-recht het zeer leeswaardige rapport van B.J. Drijber, 'Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen. Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief.' Rapport uitgebracht aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag, 22 maart 2007. Pensioenfondsen kennen overigens meer voorschriften die belemmerend kunnen werken: de persoonsafbakening (het pensioenfonds mag in beginsel alleen voor werknemers actief zijn), de eis van paritair bestuur (medezeggenschap sociale partners) en eisen inzake de financiële opzet (hoofdstuk 6 PW).

Ringfencing

Laatstgenoemde eis wordt ook wel aangeduid als het verbod op 'ringfencing'. Dit is een problematisch concept. De IORP-richtlijn kent verschillende vormen van ringfencing.¹⁹ Arnot schrijft:

*'Ringfencing is undefined in the Directive. It has no specific meaning in EU-law. It could mean any of a range of techniques for distinguishing, segregating, or separating one set of assets, liabilities, activities of operations from another. These include methods for insuring that particular assets and liabilities can be identified and traced with ease as well as techniques for protecting one sets of assets from the economic fate of the other, such as providing them with a privileged status in the case of bankruptcy [...].'*²⁰

Onder ringfencing in verband met de eis van één financieel geheel dient te worden verstaan dat het fonds als één financieel geheel wordt afgerekend. Bijvoorbeeld, een API voert een pensioenregeling uit van onderneming X en onderneming Y. De beleggingen van het pensioenvermogen van onderneming X verlopen dramatisch, en er wordt zelfs verlies geleden. De beleggingen van het pensioenvermogen van onderneming Y, daarentegen, verlopen boven verwachting goed. Indien de API moet voldoen aan de eis van één financieel geheel, moeten de positieve opbrengsten van Y de negatieve resultaten van X compenseren, althans naar 'buiten toe'.²¹ Door 'ringfencing' mogelijk te maken kan de solidariteit tussen de pensioendeelnemers vervallen. Dat heeft natuurlijk voor- en nadelen. Solidariteit is overigens een voorwaarde voor verenigbaarheid van de Nederlandse verplichtstelling van pensioenregelingen aan pensioenfondsen²² met de mededingingsregels.²³

Opzet van de API

Welnu, de API zal geen domeinafbakening, noch de eis van één financieel geheel kennen. Bovendien zal de productafbakening veel ruimer zijn. De API zal de concurrentie moeten aangaan met buitenlandse IORP's. Momenteel hebben *inter alia* België, Ierland en Luxemburg een IORP-vehikel.²⁴ Verder kan de API een uitkomst bieden voor ondernemingspensioenfondsen die op zoek zijn naar mogelijkheden voor vergaande onderlinge samenwerking (fase 2).

Het model van de API komt er op neer dat door de toezichthouder (DNB) wordt bekeken hoe de pensioenregeling is opgezet. Indien de sociale partners ervoor kiezen de regeling helemaal 'dicht

te timmeren' en het de API zelf is die het risico loopt is het 'strengere' toezichtskader uit de Wft van toepassing. Immers, de API is dan sterk vergelijkbaar met een verzekeraar. Kiezen de sociale partners voor een regeling die bepaalde zaken open laat (beleggingsbeleid, de premiestelling, de mate van indexatie), en kan dus de API zelf nog 'aan de knoppen draaien', is een lichter toezichtsregime van toepassing, te weten het Financieel Toetsingskader (FTK) uit de Pensioenwet. Het verschil tussen beide regimes is de zekerheidsmaatstaf. Door de 'knoppen' kan het fonds in beginsel flexibel inspelen op zowel positieve als negatieve ontwikkelingen. Daarbij is gekozen voor een zekerheidsmaatstaf van 97,5 procent. Dat betekent dat het toelaatbaar wordt geacht dat het fonds een kans van 2,5 procent heeft om binnen een jaar in onderdekking te geraken. Heeft het fonds geen knoppen, en is dus de Wft van toepassing, geldt de hogere zekerheidsmaatstaf van 99,5 procent.

Ook de eisen inzake 'governance' en medezeggenschap nemen toe in zwaarte naarmate de API meer beleidsvrijheid heeft. Hoe groter de discretionaire bevoegdheid van het bestuur, hoe belangrijker het is dat geregeld wordt hoe de verantwoording wordt afgelegd. En omgekeerd: hoe meer vooraf vastligt in het contract, hoe minder medezeggenschap en 'governance' eisen vereist zijn.²⁵

DB en DC

De beschreven blauwdruk is sterk geënt op de zogenoemde *Defined Benefit-regelingen* (DB). Nederland en het Verenigd Koninkrijk zijn de voornaamste DB-landen in de EU. Veel nieuwe EU-lidstaten zijn vooral op *Defined Contribution-regelingen* (DC) gericht. Het voornaamste verschil tussen beide pensioenregelingen is dat het investeringsrisico bij een DB-regeling bij de sponsor (meestal de werkgever) ligt, terwijl het risico bij DC ligt bij de deelnemer (meestal de werknemer). Dat geldt ook voor het langlevensrisico. Anders gezegd: bij een DB-regeling krijgt de pensioendeelnemer gegarandeerd een bepaald pensioen. Bij een DC-regeling betaalt de werknemer een vast bedrag, en moet hij afwachten wat hij ervoor terug krijgt. DB-regelingen zijn meestal duurder dan DC-regelingen. Ook het financiële toezicht op DC-regelingen kan eenvoudiger dan boven beschreven aangezien er geen buffers moeten worden aangehouden: er worden bij pure DC-regelingen immers geen toezeggingen richting de werknemers gedaan: het risico ligt bij de deelnemers/werknemers.

API en PPI

Om uiteenlopende redenen – waarop hier kortheidshalve niet kan worden ingegaan²⁶ – werd (zoals in de inleiding van dit artikel gezegd) door beide ministeries besloten het 'API-traject' in drie fasen op te splitsen. Begonnen werd begin 2008 met de introductie van de PPI, als voorloper van de API. Al hetgeen hierboven is gezegd over de API, geldt ook voor de PPI. Ook de PPI kent geen eis van één financieel geheel (de PPI mag dus 'ringfencen'); de PPI is niet gebonden aan de eis van paritair bestuur (geen verplichte sociale partners in het bestuur van de PPI), noch aan de domeinafbakening. Bovendien, de PPI mag meer producten aanbieden dan een 'normaal pensioenfonds'. Zo mag de PPI een bedrag ineens uitkeren (zie ook de taakomschrijving uit de IORP-richtlijn, artikel 6).

Het grote verschil tussen de PPI en de API is dat de PPI zich richt op premieregelingen waarbij er richting de deelnemers geen enkele garantie wordt gegeven *door de PPI zelf*. De API zal wel zelf garant staan voor de garantie en/of het risico. Daardoor kent de PPI bovendien een ander toezichtsregime dan de API.

¹⁹ Artikelen 3, 4, 7, 8, 16, 18, 21 IORP-richtlijn kennen een vorm van ringfencing.

²⁰ S. Arnot, a.w.

²¹ Intern boekhoudkundig kan er wel een scheiding tussen de regelingen worden doorgevoerd.

²² 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. Zie hierover nader: B.J. Drijber, a.w.

²³ Bijvoorbeeld in C-180/98 tot en met C-184/98, Pavlov, 12 september 2000, *Jur.* 2000, p. I-6451.

²⁴ In België (het 'Organisme voor de Financiering van Pensioenen' (OPF), Luxemburg ('Pension Savings Company with Variable Capital' (SEPCAV), en Ierland ('Private Pension Fund' (PPF).

²⁵ Zie nader over de API: S.G. van der Lecq, A.W.I.M. van der Wurff, 'Met API meer markt', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2008, afl. 2.

²⁶ Zie hiervoor de begeleidende brief bij het PPI consultatiedocument: www.minfin.nl.

Nederlandse premiereregelingen kenmerken zich door het ontbreken van enig verzekeringstechnisch risico voor het pensioenfonds. De PPI bouwt het pensioenvermogen op en belegt dit vermogen op een prudente en professionele wijze (zie artikel 18 IORP-richtlijn). Wanneer het opgebouwde pensioenvermogen als een levenslange uitkering zal worden uitgekeerd, zal de PPI de overdracht van het pensioenvermogen laten verzorgen door een verzekeraar. De PPI richt zich vooral op buitenlandse en Nederlandse premiepensioenregelingen, maar de PPI kan tevens regelingen uitvoeren met rendementsgaranties richting de deelnemers, zolang de buitenlandse werkgever op grond het daar geldende sociaal en arbeidsrecht (zie hieronder) verplicht is garant te staan voor de rendementsgarantie.²⁷ Dat kunnen ook – volgens de definitie van het land van herkomst van de regeling – DB-regelingen zijn.²⁸ Ook kan de PPI middels allerlei beleggingsportefeuilles garanties afdekken. Dit alles zou de PPI tot een geschikt en relatief eenvoudig vehikel kunnen maken waarin buitenlandse regelingen samengebracht kunnen worden en efficiënt kunnen worden uitgevoerd.

Grensoverschrijdende activiteiten: zetelleer en bijkantoren

In deze paragraaf zal ingegaan worden op twee zaken die een prominente rol hebben gespeeld bij het inrichten van de PPI; te weten de zetelleer en de rol van de bijkantoren. Wat betreft de zetelleer; lidstaten kennen ofwel het incorporatiestelsel ofwel de werkelijke zetelleer om te bepalen welk recht van toepassing is op een vennootschap. Wat betreft de bijkantoren van PPI's, ook daar bestaat de moeilijkheid erin te bepalen welk recht van toepassing is bij welke activiteit. Dient op het tijdelijk uitvoeren van een pensioenregeling (vrij verkeer van diensten) en ander recht van toepassing te zijn dan wanneer het gaat om het duurzaam uitvoeren van een regeling (vrij verkeer van vestiging)?

Vrij verkeer van kapitaal

Het 'gangbare' EU-regime inzake het vrij verkeer van diensten en vestiging is niet *tel quel* van toepassing op financiële diensten en instellingen. Financiële diensten zijn uitgezonderd van de 'dienstenrichtlijn'.²⁹ Voor financiële dienstverlening (bank-, verzekering- en effectenwezen) is de vestiging en dienstverlening op dit terrein (artikel 55 j^o 47 lid 2 EG-Verdrag) gekoppeld aan het verwezenlijken van het vrije kapitaalverkeer (artikel 51 lid 2 EG-Verdrag).³⁰ Daarmee gelden uiteraard de algemene uitzonderingen op het vrije kapitaalverkeer. Artikel 56 EG-Verdrag doet geen afbreuk aan het recht van lidstaten om maatregelen te nemen met betrekking tot het bedrijfs-economische toezicht op financiële instellingen (prudentieel toezicht). Bovendien kunnen lidstaten op grond van artikel 58 lid 1, sub b EG-Verdrag, maatregelen nemen die gerechtvaardigd zijn op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid. Volgens staande jurisprudentie mogen dergelijke maatregelen geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapt beperking van het vrij verkeer van kapitaal betekenen. Alle maatregelen die de uitoefening van het vrij verkeer van kapitaal kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken, moeten voldoen aan vier voorwaarden. Zij (1) moeten zonder discriminatie worden toegepast; (2) moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; (3) moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en (4) mogen niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken.³¹ In de zaak *Alpine Investments*³² overwoog het Hof dat de handhaving van

de goede reputatie van de nationale financiële sector een dwingende reden van algemeen belang kan zijn, die beperkingen op het vrij verrichten van financiële diensten kan rechtvaardigen.

Beziet men de door de richtlijnen geharmoniseerde gebieden, dan valt op dat daar modaliteiten gangbaar zijn die – vanwege de consumentenbescherming – een ander regime kennen dan het 'gangbare'. Twee daarvan worden hier besproken: de werkelijke zetelleer en de rol van de bijkantoren. Wat betreft de werkelijke zetelleer, bij wijze van intermezzo, eerst wat achtergrond. Duidelijk zal worden dat de werkelijke zetelleer, hoewel in de jurisprudentie praktisch 'doodverklaard', voor financiële instellingen, en dus ook voor de PPI, blijft gelden.

De zaak *Cartesio*

Onlangs verscheen de conclusie van A-G Maduro in de zaak *Cartesio*.³³ In deze conclusie veegt de A-G opnieuw de vloer aan met de werkelijke zetelleer. In de leer van de werkelijke zetel zijn de nationaliteit en vestigingsplaats van een vennootschap 'onlosmakelijk met elkaar verstrengeld'. Deze leer tot in haar uiterste consequentie doorvoerend verbiedt de 'export' van een rechtspersoon naar een andere lidstaat. Hoewel het voor een vennootschap mogelijk is om in een andere lidstaat *economische* activiteiten te verrichten of aldaar een dochteronderneming te vestigen, moet het operationele bestuurscentrum en de statutaire zetel hoe dan ook in dezelfde plek gelegen zijn. Dit in tegenstelling tot de incorporatieleer die het verplaatsen van het bestuurscentrum wél toestaat.

In de 'oude' zaak *Daily Mail*³⁴ had het Hof nog geconcludeerd dat een vennootschap geen beroep kan doen op het recht van vrije vestiging teneinde haar bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen om voor zich de mogelijkheid te scheppen om een belangrijk deel van de aandelen waaruit haar niet-vaste activa bestaan, te verkopen en met de opbrengst ervan haar eigen aandelen op te kopen, zonder de belastingen te moeten betalen die zij normaal over die transacties verschuldigd zou zijn in de lidstaat van herkomst. De A-G wijst er in de zaak *Cartesio* op dat de rechtspraak inzake het recht van vestiging van vennootschappen zich verder ontwikkeld heeft sedert het arrest *Daily Mail*. Vooral in de welbekende arresten *Centros*³⁵, *Überseering*³⁶, en *Inspire Art*³⁷ leek de rechtspraak zich juist in de tegengestelde richting te bewegen dan die het Hof had

²⁷ Zo kennen Duitsland en België verplichte rendementsgaranties.

²⁸ In Duitsland, bijvoorbeeld, wordt een regeling met een rendementsgarantie niet als een DC-regeling beschouwd.

²⁹ Artikel 2 lid 2, sub b van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PBL 376, 27 december 2006, p. 36-68*).

³⁰ R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*. Deventer: Kluwer, 2006 en de mededeling van de Commissie over intra-communautaire investeringen in de financiële sector (*Pb C293/2, 2005*).

³¹ Zie voor de toepassing van deze criteria op de zogeheten *Sovereign Wealth Funds*, B. De Meester, 'Europees- en internationaalrechtelijke aspecten van Sovereign Wealth Funds', *SEW 2008*, afl. 6.

³² C-384/93, *Alpine Investments*, 10 mei 1995, *Jur.* 1995, p. I-1141.

³³ Conclusie in de zaak C-210/06, *Cartesio*, 22 mei 2008, n.n.g.

³⁴ Zaak 81/87, *Daily Mail*, 27 september 1988, *Jur.* 1988, p. 5483.

³⁵ C-212/97, *Centros*, 9 maart 1999, *Jur.* 1999, p. I-1459.

³⁶ C-208/00, *Überseering*, 5 november 2000, *Jur.* 2002, p. I-9919.

³⁷ C-167/01, *Inspire Art*, 30 september 2003, *Jur.* 2003, p. I-10155.

gevolgd in het arrest *Daily Mail*. Immers, het Hof wees consequent het argument af, dat bepalingen van nationaal vennootschapsrecht buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging zouden moeten vallen. Op grond van deze arresten kon reeds geconcludeerd worden dat aan de *immigratie* van een vennootschap door de *ontvangende* lidstaat in beginsel³⁸ geen belemmeringen mogen worden opgeworpen. Vervolgens neemt de A-G afstand van eerdere pogingen (gedaan in de literatuur, maar ook door het Hof zelf) om *Daily Mail* en de arresten *Centros* et cetera te onderscheiden. Immers, zo luiden deze pogingen, gaat het in *Daily Mail* om de *emigratie* van een vennootschap, waarbij de *vertrekkende* lidstaat belemmeringen opwerpt. De A-G schrijft:

'Het hoeft geen verbazing te wekken dat deze pogingen nooit geheel overtuigend [zijn] geweest. Met name het onderscheid tussen situaties waarin een lidstaat vennootschappen opgericht naar zijn eigen vennootschapsrecht, verhindert of ervan afschrikt om zich in het buitenland te vestigen, en situaties waarin de ontvangende lidstaat de vrijheid van vestiging beperkt, heeft nooit gepast in het algemene analytische kader van het Hof met betrekking tot de artikelen 43 en 48 EG.'

Nu is de A-G dus van mening dat in beginsel³⁹ ook geen belemmeringen mogen worden opgeworpen aan de *emigratie* van een vennootschap. Als het Hof de conclusie overneemt komt er een einde aan het onduidelijke onderscheid tussen de *immigratie* en de *emigratie* van een vennootschap. Dat zou winst zijn. Wellicht betekent een en ander ook de definitieve doodsteek voor de werkelijke zetelleer.

Financiële instellingen en grensoverschrijdende activiteiten

Echter, het is dus van belang op te merken dat de werkelijke zetelleer onverkort blijft gelden voor financiële instellingen en dus ook voor de PPI. Zo gaan bijvoorbeeld de verzekeringsrichtlijnen (samengevoegd in de binnenkort te verwachten Solvency-II richtlijn⁴⁰) en de IORP-richtlijn uit van de werkelijke zetelleer.⁴¹ Artikel 20 van Solvency II laat zich als volgt lezen:

'De lidstaten eisen dat het hoofdkantoor van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming zich bevindt in de lidstaat waar de statutaire zetel is gevestigd.'

De IORP-richtlijn definieert 'lidstaat van herkomst' als de 'lidstaat waar de instelling haar statutaire zetel en haar hoofdbestuur heeft [...]'.⁴²

Welnu, de werkelijke zetelleer blijft dus gelden voor de PPI. Wat betekent dat nu voor de grensoverschrijdende activiteiten van een IORP/PPI? Daarbij doemt een nieuwe moeilijkheid op. Wat moet worden verstaan onder 'grensoverschrijdende activiteiten'? Van belang is daarbij meteen te vermelden dat een IORP die grensoverschrijdende activiteiten wenst uit te voeren, de bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving ('S en A-recht') van de lidstaat van herkomst van de pensioenregeling in acht zal moeten nemen. In Nederland zijn deze bepalingen grotendeels in de Pensioenwet neergelegd.⁴³ De inachtneming van het S en A-recht levert bij het grensoverschrijdend actief zijn de meeste moeilijkheden op. Iedere lidstaat is vrij hieraan invulling te geven en daardoor verschilt deze wetgeving per land aanzienlijk. Soms maken zelfs prudentiële toezichtregels deel uit van het S en A-recht. Dit maakt dat – zolang er geen volledige harmonisatie of convergentie van het S en A-recht⁴⁴ heeft plaatsgevonden – er geen sprake kan zijn van een werkelijk pan-Europees pensioenfonds.

Dat gezegd hebbende, het is nu van belang artikel 20 lid 2 IORP aan te halen:

'Indien een instelling bijdragen wenst te aanvaarden van een bijdragende onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd, dan is hiervoor voorafgaande goedkeuring door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst vereist, zoals bedoeld in artikel 9, lid 5. Zij stelt de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst waar haar vergunning is verleend, in kennis van haar voornemen om bijdragen te aanvaarden van een bijdragende onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd.'

Dit artikellid vereist een goedkeuring van de bevoegde autoriteiten indien een IORP bijdragen wenst te ontvangen van een onderneming op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd dan waar de IORP haar zetel heeft. Zoals we zullen zien, hanteert de richtlijn hiermee een onjuiste, of in ieder geval, onvolledige, interpretatie van 'grensoverschrijdende activiteit'.

Laten wij ter toelichting eens kijken naar de Nederlandse situatie. Een PPI kan, ten eerste, buitenlandse pensioenpensioenregelingen in Nederland uitvoeren (zie het aangehaalde artikel 20 lid 2 IORP). Ook kan een PPI, ten tweede, buitenlandse pensioenregelingen in een andere lidstaat uitvoeren middels het opzetten van een infrastructuur die noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten.⁴⁵ Voorts kan de PPI, ten derde, middels een bijkantoor zoals gedefinieerd in de Wft in een andere lidstaat een buitenlandse pensioenregeling uitvoeren. De hier relevante Wft definitie van een bijkantoor is: '*duurzaam* (curs. HvM) in een andere staat dan de staat van de zetel aanwezig onderdeel zonder rechtspersoonlijkheid van een financiële onderneming die geen verzekeraar of beleggingsonderneming is' (zie hieronder).

In de bovenbeschreven drie gevallen is er sprake van een grensoverschrijdende activiteit die valt binnen het EU-Verdragskader van – in de eerste twee gevallen – het vrij verkeer van diensten (artikel 49 EG-Verdrag) en in het derde geval is het vrij verkeer van vestiging van toepassing (artikel 43 EG-Verdrag, zie hieronder).

³⁸ In het arrest *Cadbury Schweppes* (C-196/04, 12 september 2006, *Jur.* 2006, p. I-07995) overweegt het Hof dat lidstaten maatregelen mogen treffen om 'volstrekt kunstmatige constructies' tegen te gaan. Voorts zijn de bekende 'rechtvaardigingsgronden' inroepbaar: dwingende redenen van algemeen belang, zoals het voorkomen van misbruik en frauduleus gedrag, of de bescherming van de belangen van, bijvoorbeeld, schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers of de fiscus.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ COM(2008)119, 26 februari 2008, n.n.g.

⁴¹ En voor de Europese NV (De Societas Europaea, SE) die eveneens van de werkelijke zetelleer uitgaat. Zie hiervoor: J.M. Rovers, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de SE-Verordening: nog een beetje toekomst voor de werkelijke zetelleer?', *NTER* 2006, p. 49-54.

⁴² Artikel 6 sub i IORP-richtlijn.

⁴³ Voor een uitwerking voor de Nederlandse situatie: P.M.C. de Lange, 'Toepasselijke sociale en arbeidswetgeving bij grensoverschrijdende pensioen-uitvoering', *Sociaal Maandblad Arbeid*, 2007, afl. 6.

⁴⁴ En, niet te vergeten het fiscale recht. Zie de Commissie mededeling 'De opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen', COM(2001)214, 19 april 2004.

⁴⁵ Zaak C-55/94, *Gebhard*, 30 november 1995, *Jur.* 1995, p. I-4165.

Artikel 20 lid 2 IORP, regelt echter niet de situatie van de bijkantoren noch van de vrije dienstverlening. Dat kan tot verwarrende situaties leiden. Laten wij eens veronderstellen dat de PPI een bijkantoor heeft in Duitsland. Zou een PPI met een bijkantoor in een andere lidstaat toestemming van de toezichthouder dienen te verkrijgen indien het bijkantoor in dezelfde lidstaat is gevestigd als de bijdragende onderneming? Immers, zoals we boven gezien hebben, het in een andere EU-lidstaat opzetten van een bijkantoor veronderstelt een duurzaam karakter van de activiteit. In dat geval is er sprake van 'gevestigd' zijn, zij het in secundaire zin (artikel 43 EG-Verdrag, tweede zin). De Duitse toezichthouder houdt in ieder geval geen toezicht. De IORP-richtlijn is immers gebaseerd op het 'home country control'-beginsel: controles worden verricht door de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van oorsprong. Dezelfde vraag kan gesteld worden wanneer de spiegelbeeldsituatie zich voordoet: is op grond van artikel 20 lid 2, toestemming van de toezichthouder nodig als een IORP middels een bijkantoor een regeling zou uitvoeren die valt onder het recht van de lidstaat waar de IORP zijn zetel heeft? Bijvoorbeeld: een Luxemburgse 'Sepcav' voert een door Luxemburgs recht beheerste pensioenregeling uit. Ook kan een situatie voorgesteld worden waarin de bijdragende onderneming en de IORP verschillende zetels hebben, dat wil zeggen in verschillende (lid)staten gevestigd zijn. Is er dan sprake van 'grensoverschrijdende activiteit' per se als het bijvoorbeeld gaat om een bijdragende onderneming met zetel in Duitsland, terwijl de IORP statutair gevestigd is in Litouwen?

Zoals bekend, wil een activiteit onder de zogeheten vier vrijheden 'vallen', dient er in beginsel sprake te zijn van een grensoverschrijdend element. Zogeheten 'interne situaties' worden in beginsel niet door de vrijheden geraakt.⁴⁶

Het bovenstaande illustreert de onduidelijkheid van het begrip 'grensoverschrijdende activiteit' in de IORP-richtlijn. Een onduidelijkheid die reeds vanaf het oorspronkelijke Commissievoorstel aanwezig was:⁴⁷

'Door het gebrek aan behoorlijke coördinatie op communautair niveau zijn IBPV's⁴⁸ de enige grote financiële instellingen die hun diensten niet in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn, kunnen verlenen onder dezelfde voorwaarden als banken, verzekeringsondernemingen en beleggingsmaatschappijen [...]. Indien IBPV's regelingen zouden kunnen beheren voor in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, dan zouden op verschillende gebieden schaaieconomieën hiervan het gevolg zijn: een efficiënter beleggingsbeleid door bundeling van beleggingen, vereenvoudiging van administratie, en de tenuitvoerlegging van de prudentiële en verslagleggingsregels van één enkele toezichthoudende autoriteit.'

Het betreft misleidende materie, want ook in de literatuur vinden we deze gedachte terug:

*'Het verschil in vestigingsplaats van de bijdragende onderneming en de IBPV (land van vergunningverlening meer precies wat betreft de IBPV) maakt dus dat er sprake is van grensoverschrijdende werkzaamheden door een IBPV [...]. (Z)ijn onderneming en IBPV in dezelfde lidstaat gevestigd, dan is er derhalve geen grensoverschrijdende activiteit in de zin van de richtlijn.'*⁴⁹

Zou 'grensoverschrijdende activiteit' aldus worden uitgelegd, dan zou – bijvoorbeeld – de situatie waarin een Nederlandse bijdragende onderneming, die gevestigd is in België, en bijdragen betaalt aan de Belgische IORP (het 'Organisme voor de Financiering van Pensioenen', OFP), geen grensoverschrijdende activiteit zijn. De IORP en de bijdragende onderneming zijn immers in dezelfde lidstaat gevestigd.

Omgekeerd zou een Nederlandse IORP die bijdragen omvangt van een Nederlandse onderneming die gevestigd is in België, wel een grensoverschrijdende situatie opleveren.

Nationaliteit van de regeling: het EVO

Wellicht dient 'gevestigd zijn' te worden uitgelegd als de plek van de statutaire zetel van de bijdragende onderneming? Maar zelfs dan loopt de redenering niet rond. Een toestand waarin een in Nederland statutair gevestigde onderneming bijdragen betaalt aan een Nederlandse IORP, kan immers wel degelijk tot een grensoverschrijdende activiteit leiden. Het aangrijpingspunt voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een grensoverschrijdende activiteit moet dan ook niet het verschil zijn tussen de (statutaire) vestigingsplaats van de bijdragende onderneming en de statutaire vestigingsplaats van de IORP. Uit de IORP-definities van 'lidstaat van ontvangst'⁵⁰ en 'lidstaat van herkomst'⁵¹ dient afgeleid te worden dat het bij 'grensoverschrijdende activiteit' moet gaan om een situatie waarin een IORP een regeling uitvoert die wordt beheerst door het Sen A-recht van een (lid)staat waar de IORP niet zijn statutaire zetel heeft.⁵² Met andere woorden, de van de vestigingsplaats van de IORP afwijkende 'nationaliteit van de regeling' is doorslaggevend. Het concept-wetsvoorstel PPI gaat ook uit van deze benadering: de activiteit waarbij een PPI met statutaire zetel in Nederland een Nederlandse regeling uitvoert (al of niet middels een bijkantoor) is niet onderhevig aan goedkeuring van DNB op grond van het concept-artikel 2:121a dat de grensoverschrijdende activiteiten van een PPI reguleert. Hoe dient dan bepaald te worden welk recht van toepassing is op de pensioenregeling? Op het moment van schrijven is daarvoor het EVO Verdrag⁵³ leidend, in de toekomst zal dat de Rome I- Verordening zijn.⁵⁴ Artikel 3 EVO bepaalt dat arbeidsovereenkomsten (waaronder pensioenovereenkomsten) worden beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. De rechtskeuze moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Bij hun keuze kunnen de partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst

⁴⁶ Zie voor de houdbaarheid van deze leer: E. Manunza, L. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?* Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006.

⁴⁷ *Supra*, noot 4.

⁴⁸ Hier wordt de Nederlandse afkorting gebruikt. IBPV: instellingen van bedrijfspensioenvoorziening.

⁴⁹ E. Lutjens, 'De Premiepensioeninstelling', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2008, afl. 3.

⁵⁰ '(L)idstaat waarvan de voor bedrijfspensioenvoorziening geldende sociale en arbeidswetgeving van toepassing is op de relatie tussen de bijdragende onderneming en de deelnemers.'

⁵¹ '(L)idstaat waar de instelling haar statutaire zetel en haar hoofdbestuur heeft, of, indien de instelling geen statutaire zetel heeft, waar zij haar hoofdbestuur heeft.'

⁵² De door de Commissie geplande 'review' van de IORP-richtlijn dient onder andere aan dit aspect aandacht te besteden (zie hierover nader, par. 5).

⁵³ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Trb.* 1980, 156.

⁵⁴ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PB L 177 van 4 juli 2008. De inwerkingtreding van deze Vo. is voorzien per 24 juli 2008, terwijl de datum van toepassing is voorzien per 17 december 2009.*

in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan. Echter, artikel 6 lid 1 EVO bepaalt dat ongeacht artikel 3 EVO, de rechtskeuze van partijen in een arbeidsovereenkomst 'er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge lid 2 van het onderhavige artikel bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn', te weten a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld; of b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.

Toepassing van deze criteria kan tot de omstandigheid leiden dat een Nederlandse PPI een Nederlandse regeling uitvoert. Dan is geen sprake van een grensoverschrijdende activiteit. Met de wijzigingen die de zogeheten 'veegwet' doorvoert in de Pensioenwet, gaat nu ook de Pensioenwet uit van deze interpretatie. De memorie van toelichting bij deze 'veegwet' illustreert één en ander met een helder voorbeeld:

*'Een werknemer is in Nederland werkzaam voor een internationaal concern. Hij neemt deel in een Nederlandse pensioenregeling uitgevoerd door een pensioenfonds. Hij gaat vervolgens een periode werken voor een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die onderdeel is van het concern. Hij is werkzaam in dienst van de buitenlandse onderneming, maar blijft deelnemen aan de Nederlandse pensioenregeling uitgevoerd door het pensioenfonds. Zijn buitenlandse werkgever draagt de pensioenpremies af aan het pensioenfonds. Hoewel ook artikel 20, tweede lid, van richtlijn 2003/41/EG zo ruim is geformuleerd dat de boven beschreven situatie eronder zou kunnen vallen, blijkt uit de overige artikellieden dat een beperktere reikwijdte is bedoeld. Artikel 20 van de richtlijn is geschreven voor grensoverschrijdende situaties in die zin dat sprake is van het ontvangen van bijdragen voor uitvoering van een pensioenregeling uit een andere lidstaat. Een goede omschrijving is onder andere van belang omdat in de Pensioenwet gevolgen verbonden zijn aan het ontvangen van bijdragen van een in een andere lidstaat gevestigde bijdragende onderneming.'*⁵⁵

Het concept-wetsvoorstel PPI regelt overigens de situatie van bijkantoren van buitenlandse IORP's die zich vestigen in Nederland, noch situaties waarin buitenlandse IORP's in het buitenland een Nederlandse pensioenregeling uitvoeren. Deze gevallen worden impliciet door de Pensioenwet geregeld. De bevoegdheid tot het verrichten

van dergelijke grensoverschrijdende activiteiten is uitgewerkt in de artikelen 199-202 Pensioenwet (PW) wat betreft het aanvaarden van bijdragen van een Nederlandse onderneming door een IORP in een andere lidstaat. Een dergelijke IORP is in de PW geheten een 'pensioeninstelling uit een andere lidstaat', waarbij onder een lidstaat ook de staten die partij zijn bij de EER worden begrepen.⁵⁶

Uiteraard bestaat ook de mogelijkheid dat een Nederlandse marktpartij een IORP naar buitenlands recht opricht (primaire vestiging, artikel 43 EG-Verdrag, eerste zin). In dat geval kan er geen sprake zijn van een PPI met zetel in Nederland. De IORP-richtlijn gaat zoals boven betoogd uit van de werkelijke zetelleer. Op het moment dat de PPI zijn zetel verplaatst, verliest zij haar vergunning.

Rechtsvorm

Overigens, de PPI met zetel in Nederland moet de rechtsvorm hebben van een BV, NV, stichting of SE. Ook rechtsvormvereisten staan bij 'normale diensten' op gespannen voet met het vrij verkeer van diensten/vestiging,⁵⁷ maar de IORP-richtlijn laat deze ruimte. De concept-memorie van toelichting merkt op:

'De PPI dient de rechtsvorm te hebben van de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap (BV), de stichting of de Europese naamloze vennootschap (SE). Daarmee perkt dit wetsvoorstel de keuzevrijheid voor de rechtsvorm in ten opzichte van de IORP-richtlijn. De richtlijn laat de rechtsvorm immers vrij. Voor de inperking is gekozen om redenen van eenvoud en duidelijkheid. De toegestane rechtsvormen worden internationaal erkend en herkend. Bovendien lijken de keuzemogelijkheden die verloren gaan vooralsnog geen wezenlijke inperking te betekenen. Indien anders mocht blijken kan altijd nog uitbreiding van het keuzepallet ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid worden overwogen. Wel staat vast dat het bij de PPI in beginsel gaat om omvangrijke vermogens. Ter bescherming van alle partijen die verbonden zijn aan een PPI zullen rechtsvormen waarbij de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn voor de schulden van de rechtspersoon, worden uitgesloten.'

Bijkantoor en derde landen

Een laatste moeilijkheid inzake het bijkantoor en de zetelleer doet zich voor wanneer een PPI zich wil vestigen in een derde land; de IORP richtlijn regelt deze materie niet, zodat ook hier de algemene bepalingen inzake het vrij verkeer van toepassing zijn. Zoals gezegd, voor financiële dienstverlening is de vestiging en de dienstverlening waarmee kapitaalverplaatsingen⁵⁸ gepaard gaan gekoppeld aan het verwezenlijken van het vrij verkeer van kapitaal. Met betrekking tot het kapitaalverkeer met derde landen geldt – behoudens de door het Verdrag en het Hof benoemde uitzonderingsgronden⁵⁹ – een verbod van alle belemmeringen. Een teleologische interpretatie van de IORP-richtlijn, en mede gelet op het *level playing field*, zou er toe moeten leiden dat ook voor *alle* grensoverschrijdende activiteiten van een PPI in derde landen toestemming van DNB verkregen dient te worden. Immers, het kan niet de bedoeling zijn dat voor het uitvoeren van een buitenlandse regeling wél toestemming van de toezichthouder nodig is als het gaat om dienstverlening in de EU, maar dat geen toestemming noodzakelijk is als het gaat om het uitvoeren van een regeling uit een derde land, door middel van vestiging in dat derde land. Bovendien kan het niet gewenst zijn dat voor 'intra EU-activiteiten' wel afzonderlijke toestemming nodig is, maar voor de activiteiten in derde landen niet. Dat zou bovendien tegen de rechtspraak van het Hof⁶⁰ en de systematiek van de Wft indruisen, die voor alle financiële instellingen aparte bepalingen bevat voor deze situaties.⁶¹

⁵⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 226, nr. 3, p. 10.

⁵⁶ Artikel 1PW.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 15 lid 2, sub b van de dienstenrichtlijn.

⁵⁸ Zie voor een opsomming van kapitaalbewegingen: de Eerste richtlijn van de Raad van 11 mei 1960 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB 1960, blz. 921), zoals gewijzigd en aangevuld bij de Tweede richtlijn (63/21/EEG) van de Raad van 18 december 1962 (PB 1963, p. 62).

⁵⁹ *Supra*, Commissiemededeling.

⁶⁰ In zaak C-101/05, *Skatteverket*, werd bepaald dat artikel 56 EG-Verdrag in relatie tot derde landen de zelfde inhoud heeft als tussen lidstaten onderling.

⁶¹ Zie bv. § 2.3.2.2 Wft, getiteld: 'Bijkantoor en verrichten van diensten door een kredietinstelling naar een staat die geen lidstaat is'.

Al het bovenstaande nog eens kort en bondig geformuleerd: het concept-wetsvoorstel PPI eist toestemming van de DNB wanneer een PPI voornemens is een *buitenlandse* regeling uit te voeren. Zij kan deze buitenlandse regeling uitvoeren in Nederland, maar ook in het buitenland. Of dit nu in de EU plaatsheeft of daarbuiten, doet niet ter zake. Evenmin is het relevant of het nu 'diensten' of 'vestiging' betreft. Wanneer een PPI een Nederlandse regeling wil uitvoeren, hoeft zij geen aparte toestemming van DNB, maar dient te (blijven) voldoen aan de vergunningsvereisten zoals die gelden voor een PPI (neergelegd in de PW en concept-wetsvoorstel 2:54g e.v.).

Onduidelijkheid

Ten slotte kan over de rol van een bijkantoor nog het volgende opgemerkt worden. Boven werd al geschreven dat op grond van de definitie van de Wft een bijkantoor duurzaam zijn activiteiten moet verrichten. Bovendien wordt met een agentschap of bijkantoor gelijkgesteld 'elke duurzame aanwezigheid van een onderneming op het grondgebied van een lidstaat, ook indien die aanwezigheid niet de vorm heeft van een bijkantoor of een agentschap, maar enkel bestaat uit een bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen.'⁶²

Deze opvatting van het Hof leek te zijn achterhaald door het *Gebhard*-arrest,⁶³ maar bleef in de latere verzekeringsrichtlijnen toch gehandhaafd.⁶⁴

Naast het criterium van 'duurzaamheid', kennen vele definities van bijkantoren in financiële richtlijnen het criterium 'een bedrijfszettel die een onderdeel zonder rechtspersoonlijkheid vormt'.⁶⁵ Het roept de vraag op of een financiële instelling die een bijkantoor in een andere lidstaat heeft, in die andere lidstaat is gevestigd of niet. Volgens de Wft-definitie van bijkantoor ('duurzaam') en de *Gebhard*-criteria is het bijkantoor gevestigd in de andere lidstaat.⁶⁶ De IORP zelf is echter niet in de andere lidstaat gevestigd, getuige de definitie van 'lidstaat van herkomst'.⁶⁷ Maar hoe kan dan een IORP met een bijkantoor zonder afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, waarbij de IORP en het bijkantoor juridisch één entiteit zijn, in meerdere lidstaten gevestigd zijn? Misschien ligt het antwoord voor de hand en moeten we 'aanwezigheid' van een bijkantoor niet gelijkstellen met 'gevestigd zijn' in de 'klassieke' zin van artikel 43 EG-Verdrag. Maar dan lijkt het wenselijker het onderscheid tussen vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging niet langer zo strikt door te voeren.

Eerder werd al gepleit voor het laten vervallen van het onderscheid tussen vestiging en diensten bij 'normale' diensten.⁶⁸ Bij het zogenoemde 'screeningsproces'⁶⁹, voorgeschreven door de dienstenrichtlijn⁷⁰, bleek dat het onderscheid veelal niet te maken viel. In de Wft is – mede omdat de IORP-richtlijn die ruimte laat – wat betreft 'uitgaande' diensten⁷¹ van een PPI vast een voorschot genomen; 'vestiging' en 'diensten', of het nu in de EU/EER of daarbuiten plaatsheeft, worden over één kam geschoren. Bij grensoverschrijdende activiteiten gaat het immers om het uitvoeren van een 'buitenlandse regeling', ongeacht of die activiteit een tijdelijk of een duurzaam karakter heeft. Het S en A recht van de regeling verandert evenmin.

De toekomst

De PPI wordt een nieuwe speler tussen de reeds bestaande financiële instellingen en pensioenfondsen. De PPI is een soort mengvorm van deze instellingen; het heeft bijvoorbeeld kenmerken van een verze-

keraar (meer specifiek de vijfde branche spaarkas), van een 'normaal' pensioenfonds én van een beleggingsinstelling (de pensioenbewaarder vertoont gelijkenissen met de 'gewone' beleggingsbewaarder). De PPI kan daarmee omschreven worden als een 'hybride *sui generis* instelling'.

Bezien zal moeten worden – ook gezien de kredietcrisis – of het grensoverschrijdende verkeer tussen de lidstaten op het terrein van de bedrijfspensioenen de komende jaren daadwerkelijk van de grond zal komen. De PPI kent in ieder geval soepele oprichtingseisen om efficiënt en transparant op de Europese markten te opereren. Pensioenvermogens zijn daarbij in beginsel veilig gesteld, doordat dit vermogen bij een aparte rechtspersoon kan worden ondergebracht.

Ondertussen is gebleken dat de IORP-richtlijn niet in duidelijkheid uitblinkt.⁷² Er bestaan plannen om de IORP-richtlijn te herzien. Daartoe is eind 2008 reeds een EU-brede consultatie opgestart.⁷³ In het bijzonder zal meer duidelijkheid geboden moeten worden over de vraag 'wat zijn grensoverschrijdende activiteiten?' Voorts verdient het concept 'ringfencing' verduidelijking.

Tot slot, het artikel hoopt ook duidelijk gemaakt te hebben dat er tussen de 'normale' diensten en de financiële diensten nogal wat verschillen bestaan. Daardoor ligt (spraak)verwarring op de loer. Voor een 'klassieke EU-jurist' die zich inlaat met het financiële (EU-) recht, is het verstandig dat altijd goed in het achterhoofd te houden.

⁶² Zaak 205/84, *Verzekeringen*, 23 april 1986, *Jur.* 1986, p. 1415.

⁶³ *Supra*, noot 45, de 'infrastructuur die noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten.'

⁶⁴ Bijvoorbeeld, artikel 3 van richtlijn 88/367 is in aangepaste vorm neergelegd in artikel 143 van *Solvency II*.

⁶⁵ Bijvoorbeeld Richtlijn 97/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 maart 1997 inzake de beleggerscompensatiestelsels, (*PBL* 84, 26 maart 1997, p. 22-31).

⁶⁶ Simpel gezegd: diensten zijn tijdelijk, vestiging is duurzaam.

⁶⁷ *Supra*, noot 51.

⁶⁸ Zie hiervoor: H. van Meerten (e.a.), 'National report of the Netherlands on the new Services Directive', Report for FIDE 2008, XXIII, Congress, Linz 2008. Te raadplegen op: www.nver.nl.

⁶⁹ Nationale wetgeving diende op zijn verenigbaarheid met de richtlijn getoetst te worden.

⁷⁰ *Supra*, noot 29.

⁷¹ Zoals gezegd, 'inkomende' diensten worden door de PW gereguleerd.

⁷² Zie bijvoorbeeld het rapport van CEIOPS (het level III comité): *Initial review of key aspects of the implementation of the IORP directive*, CEIOPS-OP-03-08 (final), 31 maart 2008.

⁷³ www.ceiops.org.