

Herziening IORP richtlijn – Een verbetering?

TPV 2016/50

1. Inleiding

De in 2003 geïntroduceerde Europese richtlijn betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen, de zogenaamde IORP-richtlijn² wordt herzien. Deze Europese richtlijn heeft betrekking op pensioeninstellingen zoals pensioenfondsen, echter niet op verzekeraars³ en wordt in Nederland ook wel de pensioenfondsenrichtlijn genoemd omdat pensioenfondsen zoals wij die in Nederland kennen onder de definitie van een IORP vallen.

De IORP-richtlijn heeft onder meer betrekking op het veilig en efficiënt beleggen door IORP's, het vergemakkelijken van grensoverschrijdende activiteiten door IORP's, de bescherming van uitkeringsgerechtigden en het creëren van een interne markt voor aanvullende pensioenen binnen een interne markt voor financiële diensten.

Het IORP II-voorstel bouwt voort op een aantal initiatieven die de afgelopen jaren zijn ontplooid, zoals het Witboek over pensioen⁴ en het Groenboek over de langetermijnfinanciering van de Europese economie.^{5, 6}

In de bijlage bij het Witboek over pensioen van de Europese Commissie (EC) heeft de EC reeds in 2012 aangekondigd met een herzieningsvoorstel voor de IORP-richtlijn te komen. Het duurde tot 27 maart 2014 voordat de EC een voorstel tot herziening van de IORP-richtlijn publiceerde (hierna ook te noemen: IORP II).⁷ Op 30 juni 2016 is overeenstemming bereikt over de herziening tussen het Europees Parlement (EP), de lidstaten vertegenwoordigd in de Raad van de Europese Unie (de Raad) en de EC. Op 24 november 2016 hebben het EP en de Europese Raad het voorstel goedgekeurd. Publicatie van de herziene IORP II-richtlijn zal begin van 2017 plaatsvinden en inwerkingtreding zal kort daarna plaatsvinden. De lidstaten krijgen vervolgens twee jaar de tijd om de IORP II-richtlijn te implementeren in hun nationale wetgeving. De achtergrond van de herziening van de IORP-richtlijn is met name gelegen in:⁸

1. de behoefte aan hogere governancenormen die moeten leiden tot veiligere pensioenen;
2. het voorkomen van overlappende vereisten, verschil-

len in toezicht en regelgeving en al te zware grensoverschrijdende procedures;

3. lacunes in de informatieverstrekking aan deelnemers en pensioengerechtigden.

De algemene doelstelling van het IORP II-voorstel is het faciliteren van de opbouw van pensioen in de tweede pijler. Meer specifiek worden vier doelstellingen nagestreefd:

1. het opheffen van de resterende prudentiële belemmeringen voor grensoverschrijdende IORP's;
2. het garanderen van een goede governance en een gelijk risicobeheer;
3. het voorzien in de verstrekking van heldere en relevante informatie; en
4. het waarborgen dat toezichthouders over de benodigde instrumenten beschikken voor het toezicht op IORP's.

Het IORP II-voorstel betreft een zogenaamde 'herschikking' van de bestaande IORP-richtlijn. Overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel in het EU-verdrag, blijven de lidstaten volledig verantwoordelijk voor de organisatie van hun pensioenstelsels.

Aan het voorstel voor de herziene richtlijn liggen meerdere openbare raadplegingen ten grondslag. Onder andere over vereisten met betrekking tot kwantitatieve aspecten, governance en informatieverstrekking. In het verlengde van het Groenboek heeft de EC in juli 2010 een raadpleging georganiseerd.

EIOPA, de Europese toezichthouder op de pensioen- en verzekeringssector, heeft op grond van de feedback die als gevolg van de raadpleging in het kader van het Groenboek is verkregen, in februari 2012 advies aan de EC uitgebracht. Naar aanleiding daarvan zijn diverse impactanalyses verricht die hebben geleid tot aanpassing van het oorspronkelijke voorstel.

EIOPA heeft op 4 oktober 2016 zijn Beleidsplan voor 2017-2019 gepubliceerd.⁹ In dat Beleidsplan heeft EIOPA zich onder andere voorgenomen een rol te spelen bij de implementatie van IORP II.

In deze bijdrage zal ik een beknopte weergave geven van de onderhandelingen en de inzet van Nederland daarin omtrent IORP II en vervolgens een aantal voor Nederland belangrijke wijzigingen bespreken.

2. Het onderhandelingsproces en de inzet van Nederland

2.1 Het proces

De plannen van de EC voor de herziening van de IORP-richtlijn waren in eerste instantie zeer omstreven.¹⁰ Het oorspronkelijke voornemen van de EC was om de kapitaal-eisen voor pensioenfondsen gelijk te trekken aan die voor de verzekeraars teneinde op dit punt voor deze par-

¹ Mr. dr. R.M.J.M. de Greef is advocaat pensioen- en financieel recht en tevens redacteur van *TPV*.

² Institution for Occupational Retirement Provisions Directive, 2003/41/EG.

³ Daar zijn andere EU-richtlijnen op van toepassing, o.a. Solvency II (Richtlijn 2009/138/EG).

⁴ 'Witboek. Een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen', COM(2012) 55 final. Zie voor achtergrond en commentaar: R.M.J.M. de Greef, 'Witboek Pensioen en de (Nederlandse) Wet van de remmende voorsprong', *TPV* 2012/22 en M.E. Kastelein en V. Kallou, 'Witboek Pensioenen van de EU: een gemiste kans', *PM* 2012/78.

⁵ COM(2013) 150 final van 25 maart 2015.

⁶ Zie IORP II (NL), p. 3.

⁷ Richtlijn van 27 maart 2014, COM(2014) 167 final, 2014/0091 (COD).

⁸ Zie p. 2-3 van de Nederlandstalige versie van de Richtlijn van 27 maart 2014, COM(2014) 167 final, 2014/0091 (COD).

⁹ EIOPA – BoS -16/23, 04/10/2016.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 22112, 1837, p. 7.

tijen een gelijk speelveld te creëren in de tweede pijler. Dat zou betekend hebben dat de uitgangspunten voor door pensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen gelijk zouden moeten zijn aan de uitgangspunten voor door verzekeraars uitgevoerde pensioenregelingen; dat zou volgens de Nederlandse regering leiden tot eenzelfde soort pensioenregeling, ongeacht of deze regeling door een pensioenfonds of een verzekeraar uitgevoerd zou worden. Ook zouden dan de solvabiliteitseisen die gelden voor pensioenfondsen gelijkgesteld moeten worden aan die van pensioenverzekeraars, zoals vormgegeven in de Solvency II-richtlijn.

Nederland heeft zich samen met het VK, Ierland en Duitsland – eveneens lidstaten met een ontwikkeld tweedepijlerstelsel – met succes tegen deze plannen verzet, nog vóórdat het voorstel van de EC op 27 maart 2014 werd gepubliceerd. Met deze lidstaten was de EC het eens dat pensioenregelingen die door pensioenfondsen worden uitgevoerd een wezenlijk ander karakter hebben dan door verzekeraars verzekerde pensioenregelingen. De EC heeft zich vervolgens in een aangepast voorstel voor een herziening van de IORP-richtlijn beperkt tot met name het verhelderen en specificeren van algemene principes inzake governance, risicomanagement en transparantie die aan de uitvoering van tweedepijlerpensioenregelingen door pensioenfondsen in de EU ten grondslag zouden moeten liggen alsmede het beter faciliteren van grensoverschrijdende activiteiten door pensioenfondsen.

Hoewel het Nederlandse parlement aanvankelijk de zogenaamde gele kaart heeft gespeeld omdat gevreesd werd dat het voorstel in strijd zou zijn met het subsidiariteitsbeginsel in het EU-Verdrag,¹¹ kon Nederland zich voldoende vinden in het aangepaste voorstel, maar vond niettemin dat op de volgende punten nog aanpassing nodig was:

1. informatieverstrekking – de eisen die hier in het voorstel aan zijn gesteld waren naar het oordeel van Nederland op enkele punten enerzijds te gedetailleerd en anderzijds te uniform voorgeschreven, hetgeen zou kunnen leiden tot aanpassing van de pensioenoverzichten en daarmee tot extra administratieve lasten. Ook zou de richtlijn beter moeten voorzien in 'gelaagde' en digitale communicatie;
2. delegatie van bevoegdheden aan de EC en EIOPA – de mate van vrijheid en detailniveau van de gedelegeerde bevoegdheden van de EC voor de onderdelen beloningsbeleid en risico-evaluatie waren volgens Nederland te ruim geformuleerd.

In een later stadium zijn daar nog aan toegevoegd:¹²

3. governance – naar het oordeel van Nederland was hier sprake van teveel gedetailleerdheid met mogelijk-

ke nadelige gevolgen hiervan voor pensioenfondsen, werkgevers en deelnemers. Het betreft:

- de inrichting van het bestuur;
 - het al dan niet verplicht instellen van een bewaarder;
 - de bescherming van klokkenluiders;
 - het openbaar maken van het beloningsbeleid;
 - het melden van uitbestede taken en ernstige misstanden;
 - aandacht voor invloed van het beleggingsbeleid op milieu, sociale en governance factoren;
 - de zogenaamde intergenerationale balans;
4. Waarborgen bij grensoverschrijdende activiteiten.¹³

In de verkennende bijeenkomsten in de Raadswerkgroepen (op expertniveau) heeft Nederland als ijkpunten aangehouden dat de regels doelmatig en niet te gedetailleerd mogen zijn en dat voldoende rekening gehouden wordt met de rol van sociale partners, met nationale verschillen en nationale verantwoordelijkheden.¹⁴

Nadat Coreper, het voorportaal van de Raad,¹⁵ op 10 december 2014 akkoord was gegaan met de zogenaamde *general approach* ten aanzien van het richtlijnvoorstel, heeft het Europees Parlement (EP) op 25 januari 2016 zijn positie bepaald. Het EP ging in grote lijnen mee met de door de Raad voorgestelde aanpassingen. Wel heeft het EP onder andere meer ingezet op het verminderen van obstakels voor grensoverschrijdende activiteiten door pensioenfondsen. Het EP ziet daarbij tevens een rol voor EIOPA.¹⁶

Uiteindelijk is na onderhandeling tussen beide wetgevers (de Raad en het EP) en de EC ('trilooffase') een compromis gesloten, dat uiteindelijk heeft geleid tot het definitieve voorstel.

2.2 De inzet van Nederland¹⁷

2.2.1 Informatieverstrekking

In het oorspronkelijke voorstel van de EC was sprake van vergaande gedetailleerde voorschriften op het gebied van pensioencommunicatie. Zo stonden er gedetailleerde regels in over hoe één Europees informatie document, het 'Pension Benefit Statement' of 'Pensioenuitkeringsoverzicht' (art. 40 e.v. IORP II-richtlijn) (PBS; vergelijkbaar met het UPO in Nederland), eruit moest zien. Het ging daarbij om regels over de lengte van het document en het gebruikte lettertype. Deze regels, maar ook de inhoud van het PBS

13 Ook is aandacht gevraagd voor de financiële gevolgen en administratieve lasten van het voorstel. Daar wordt in deze bijdrage verder niet op ingegaan.

14 *Kamerstukken II* 2013/14, 22112, 1837, p. 8.

15 Het Comité van Permanente Vertegenwoordigers (Comité des représentants permanents: COREPER) heeft tot taak de werkzaamheden van de Raad van de Europese Unie voor te bereiden, de agenda van deze Raad samen te stellen en de opdrachten die deze Raad aan het Comité verstrekt uit te voeren. Ook ziet het COREPER toe op de werkzaamheden van verschillende werkgroepen die zich bezighouden met het uitwerken van technische kwesties met betrekking tot voorstellen die later in de Raad van de Europese Unie besproken zullen worden.

16 Brief van de Staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer, 2 februari 2016 (Voortgangsrapportage IORP-richtlijn – Trilooffase herziening IORP-richtlijn).

17 Zie voor dit overzicht o.a. de brief van de Staatssecretaris SZW van 24 juni 2016 aan de Tweede Kamer; *Kamerstukken II* 2015/16, 33931, 14.

11 Motie van het lid Omtzigt d.d. 14 mei 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 21501-20, 862.

12 Brief van de Staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer, 17 oktober 2014 (Voortgangsrapportage IORP-richtlijn).

waren niet in lijn met de manier van gelaagd communiceren zoals opgenomen in het wetsvoorstel pensioencommunicatie.¹⁸ Nederland heeft in de onderhandelingen ingezet op het verminderen van het detailniveau van deze voorschriften en op het toevoegen van flexibiliteit in hoe en wat er gecommuniceerd wordt. Op grond van het onderhandelingsresultaat kunnen lidstaten zelf bepalen hoe het PBS eruit komt te zien en hoe het wordt verstrekt. Dit mag ook via een website. Wel zijn er regels opgesteld over welke informatie er minimaal verstrekt moet worden in het PBS. Deze regels hebben op enkele punten gevolgen voor Nederland. Zo zullen op het UPO ook een slechtweerscenario bij het te verwachten pensioen, de mate waarin het pensioen gegarandeerd is, een uitsplitsing van de kosten en de dekingsgraad van het pensioenfonds moeten worden opgenomen. Het gaat hierbij om informatie die in Nederland wel beschikbaar is maar op grond van de wet pensioencommunicatie in het Pensioenregister of in de Pensioen 1-2-3 is opgenomen. Daarnaast moet de deelnemer niet één maand maar drie maanden voorafgaand aan het doorvoeren van een korting daarover worden geïnformeerd.

2.2.2. Gedelegeerde bevoegdheden

In het oorspronkelijke voorstel van de EC stonden bij verschillende onderwerpen gedelegeerde bevoegdheden voor de EC om, eventueel met behulp van EIOPA, nadere regels uit te werken. De betrokkenheid van de Raad en het EP bij de totstandkoming van deze nadere regelgeving zou zeer beperkt zijn. Het ging om gedelegeerde bevoegdheden ten aanzien van risico-evaluatie, het PBS en het beloningsbeleid. In het uiteindelijke onderhandelingsresultaat zijn al deze gedelegeerde bevoegdheden geschrapt.

2.2.3. Governance

In het oorspronkelijke voorstel van de EC stonden gedetailleerde vereisten op het gebied van de governance van pensioenfondsen en zou er een verplichting gelden voor DC-regelingen om een bewaarder aan te stellen. In het uiteindelijke onderhandelingsresultaat is het detailniveau van deze voorschriften sterk teruggebracht en is het instellen van een bewaarder geen verplichting maar een optie voor lidstaten, mits deelnemers en pensioenge-rechtigden niet het volledige beleggingsrisico dragen. Op een aantal kleinere onderwerpen zal de Nederlandse wetgeving naar verwachting moeten worden aangepast. Het gaat daarbij om zaken als eventuele sancties door de toezichthouder alsmede het melden van uitbestede taken en ernstige misstanden aan de toezichthouder. Ook is er meer aandacht gekomen voor de impact van het beleggingsbeleid op milieu, sociale en governance factoren, de zogenaamde ESG-factoren, en de intergenerationale balansen van pensioenregelingen. In het onderhandelingsresultaat is een evenwichtige verdeling tussen generaties opgenomen als algemeen uitgangspunt, wat aansluit bij de Nederlandse praktijk. Wat betreft milieu, sociale en governance factoren zijn enkele algemene bepalingen in het onderhandelingsresultaat opgenomen die pensioenfonds-

en aanmoedigen om in hun beleggingsbeleid rekening te houden met deze factoren en openbaar te maken aan deelnemers hoe zij hier mee omgaan, zonder pensioenfondsen hier daadwerkelijk toe te verplichten. Volgens de huidige Nederlandse wetgeving (art. 135 lid 4 PW) moeten pensioenfondsen in het bestuursverslag al aangeven hoe ze met deze factoren omgaan.

2.2.4 Grensoverschrijdende activiteiten

Bij de regels voor grensoverschrijdende activiteiten van pensioenfondsen dient onderscheid gemaakt te worden tussen twee situaties:

1. het uitvoeren van een pensioenregeling in een andere lidstaat; en
2. de collectieve waardeoverdracht van een pensioenfonds in de ene lidstaat naar een pensioenfonds in een andere lidstaat.

Voor het uitvoeren van een pensioenregeling in een andere lidstaat bevat de huidige richtlijn al regels. Deze regels blijven overeind met de herziening van de richtlijn. Dit betekent dat als een Nederlandse pensioenregeling wordt uitgevoerd door een pensioenfonds dat in een andere lidstaat gevestigd is:

1. het Nederlandse sociaal en arbeidsrecht en de Nederlandse informatievereisten van toepassing blijven en het toezicht hierop plaatsvindt door de Nederlandse toezichthouders;
2. de financiële eisen (het prudentiële kader) van de lidstaat waar het pensioenfonds gevestigd is, van toepassing blijft. Om toezichtsarbitrage te voorkomen, geldt daarbij wel dat de regeling niet in onderdekking mag zijn.

Met betrekking tot een collectieve waardeoverdracht van een in Nederland gevestigd pensioenfonds naar een pensioenfonds in een andere lidstaat is thans niets geregeld in de huidige IORP-richtlijn.¹⁹ Nationale toezichthouders baseren zich op binnenlandse regels maar zijn daarbij mede afhankelijk van de samenwerking met de toezichthouder van de andere lidstaat. Met de herziening van de richtlijn worden hier wel duidelijke spelregels over opgesteld. Voor Nederland en de andere lidstaten in de Raad was daarbij van cruciaal belang dat de nationale toezichthouder van het overdragende pensioenfonds de mogelijkheid heeft om een dergelijke grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht tegen te houden als niet aan de juiste voorwaarden wordt voldaan. In het uiteindelijke onderhandelingsresultaat is geregeld dat DNB een collectieve waardeoverdracht van een Nederlands pensioenfonds naar een pensioenfonds in een andere lidstaat kan tegenhouden indien:

1. de rechten van de deelnemers waarvan de aanspraken worden overgedragen worden aangetast;
2. de rechten van de achterblijvende deelnemers onvol-

18 Stb. 2015, 193.

19 Een eerdere poging om een richtlijn te introduceren met een component over grensoverschrijdende waardeoverdracht, is overigens nooit van de grond gekomen; zie R.M.J.M. de Greef, 'Een Portabilityrichtlijn zonder portability', *PM* 2008/18. Zie ook A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'Mobiliteitsrichtlijn bezien vanuit een Nederlands perspectief', *PM* 2014/113.

- doende zijn beschermd na de overdracht, dan wel aangetast worden door de overdracht; en
3. de regeling zich in onderdekking bevindt op basis van het Nederlandse financieel toetsingskader.

Deze criteria sluiten volgens DNB aan op de criteria waar DNB in de huidige praktijk reeds naar kijkt bij een verzoek tot collectieve waardeoverdracht.²⁰ Een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht is ook nu al mogelijk. DNB toetst dit op basis van art. 83, 84 en 90 PW. Deze artikelen geven echter niet specifiek aan op welke gronden DNB een verbod zou mogen opleggen. In de praktijk zal een verbod echter altijd redelijk, gemotiveerd en passend bij het doel moeten zijn.²¹

Daarnaast is opgenomen dat een meerderheid van de deelnemers en pensioengerechtigden of hun vertegenwoordigers moet instemmen met een collectieve waardeoverdracht naar een andere lidstaat. Er is ook een bepaling opgenomen dat de Europese toezichthouder EIOPA kan optreden als bemiddelaar in het geval de toezichthouders van beide lidstaten van mening verschillen over een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht. Het gaat hier om niet-bindende bemiddeling; EIOPA heeft dus geen bevoegdheid om een besluit van DNB te overstemmen. EIOPA heeft deze mogelijkheid nu ook al op basis van haar huidige mandaat.

De belangrijkste garantie voor de deelnemers bij overdracht van hun pensioenaanspraken naar een in een andere lidstaat gevestigde pensioenuitvoerder is gelegen in het feit dat zij zelf kunnen beslissen of zij willen meewerken aan deze overgang (art. 13 lid 3 IORP II-richtlijn).

Na invoering van het systeem van de nieuwe IORP-richtlijn is sprake van een dubbele waarborg, omdat:

- de toezichthouders van beide lidstaten moeten instemmen met de waardeoverdracht; en
- 1. er toestemming nodig is van de werkgever waarbij de OR moet instemmen²² en 2. een meerderheid van de vertegenwoordigers van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden moet instemmen.

Daarnaast kunnen individuele deelnemers bezwaar maken tegen overdracht van hun aanspraken. Maar dat kan nu ook al op grond van art. 83 lid 2 onderdeel a PW. Dit bezwaar heeft geen betrekking op de collectieve waardeoverdracht, maar op het gedeelte dat betrekking heeft op de betreffende deelnemer. De regels van de IORP-richtlijn hebben daar geen betrekking op en doen daarmee dus ook niet af aan deze mogelijkheid.

3. Wat wijzigt er voor Nederland?

Voor Nederland lijken de wijzigingen zoals die voortkomen uit het definitieve voorstel van de IORP II-richtlijn op

het eerste gezicht beperkt te zijn. Hiervoor zijn al enkele zaken genoemd die wel van invloed zullen zijn, zoals de pensioencommunicatie.

De Staatssecretaris SZW heeft aangekondigd met een implementatieplan te zullen komen waarin een artikelsgevijs overzicht opgenomen zal zijn. Dat implementatieplan wordt uiterlijk drie maanden na de inwerkingtreding van de herziene richtlijn openbaar gemaakt. Het kabinet streeft ernaar de vereisten van de richtlijn zo te implementeren dat zij goed aansluiten bij de Nederlandse praktijk.

Elementen die in elk geval nog bespreking behoeven in deze bijdrage zijn:²³

- de instelling van een bewaarder;
- de introductie van sleutelfuncties;
- beloning; en
- waarborgen bij collectieve waardeoverdracht.

Daarnaast zijn nog meer elementen in de IORP II-richtlijn te benoemen die wijziging ondergaan. Zo zijn er diverse definities die zijn aangepast ter verduidelijking, maar die laat ik in het kader van dit artikel onbesproken. Wel valt op dat er geen definitie is opgenomen voor het sociaal en arbeidsrecht. Dat is wat mij betreft een gemiste kans, want nu kunnen de lidstaten nog steeds geheel naar eigen inzicht in hun nationale wetgeving aangeven wat wel en niet onder het sociaal en arbeidsrecht valt. Enige coördinatie lijkt hierbij toch wel noodzakelijk aangezien lidstaten het sociaal en arbeidsrecht nu zodanig kunnen opprekken dat daar bijvoorbeeld ook wet- en regelgeving ten aanzien van financiële garanties of minimale rekenregels en dergelijk onder zouden kunnen vallen. Dat zou kunnen betekenen dat lidstaten hun eigen financiële toetsingskader zouden kunnen exporteren en opleggen aan het ontvangend pensioenfonds. Dat lijkt mij niet erg bevorderend voor het vrije verkeer waar het EU-Verdrag nu juist op ziet.

3.1 Bewaarder (art. 35 e.v. IORP II-richtlijn)

In het oorspronkelijke voorstel van de EC zou er een verplichting gelden voor beschikbare premieregelingen (DC) om een bewaarder aan te stellen. In het uiteindelijke onderhandelingsresultaat is het instellen van een bewaarder voor DC-regelingen geen verplichting maar een optie voor lidstaten, zo is te lezen in onder meer de brief van de Staatssecretaris SZW van 24 juni 2016 aan de Tweede Kamer.²⁴ Op grond van de thans voorliggende tekst van art. 35 lid 1 IORP II-voorstel, dient echter wel een bewaarder aangesteld te worden indien het *volledige* beleggingsrisico bij de deelnemers en pensioengerechtigden ligt; praktisch gesproken betreft dat dan alleen de 'zuivere' DC-regelingen, niet de regelingen waar op enigerlei wijze beleggingsrisico's worden gedeeld. Dat zou derhalve betekenen dat pensioenfondsen die een zuivere DC-regeling

20 Zie de brief van de Staatssecretaris SZW van 14 juli 2016 aan de Tweede Kamer; *Kamerstukken II* 2015/16, 33931, 17, p. 2.

21 Brief van de Staatssecretaris SZW van 30 juni 2016 aan de Tweede Kamer, referentie 2016-0000158147.

22 In de wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet is onder meer bepaald dat de OR moet instemmen voordat een werkgever kan besluiten de pensioenregeling te laten uitvoeren door een pensioeninstelling in een andere lidstaat.

23 Zie ook M.S.O. van Willigen & S. Swaak, 'IORP II: over sleutelfuncties en bewaarders', *PM* 2014/168 en P. Laaper, 'Uitbesteding door pensioenfondsen', *PBM* 2016/4.

24 Brief van de Staatssecretaris SZW van 24 juni 2016 aan de Tweede Kamer; *Kamerstukken II* 2015/16, 33931, 14, p. 4.

uitvoeren, een overeenkomst met een bewaarder aan moeten gaan.

Datzelfde geldt dan ook voor de PPI, die immers eveneens onder de definitie van IORP valt, terwijl de Nederlandse wetgever er in dat geval – ter voorkoming van onnodige extra kosten – nu juist voor had gekozen om geen verplichting tot het aanstellen van een bewaarder voor de PPI te introduceren, indien het een pensioenregeling betreft die valt onder het recht van een andere lidstaat en dus onder de huidige IORP I-richtlijn. De waarborgen voor de deelnemers en pensioengerechtigden zoals deze volgen uit de IORP I-richtlijn werden door de Nederlandse wetgever in het geval van de PPI als voldoende beschouwd, ook zonder bewaarder. Onder de IORP II-richtlijn zou deze redenering vermoedelijk des te overtuigender zijn, aangezien de IORP II-richtlijn de waarborgen voor deelnemers en pensioengerechtigden alleen maar verder zal aanscherpen. Niettemin wordt de bewaarder voor (zuivere) DC-regelingen nu verplicht gesteld en daarmee dus ook voor PPI's, gezien het feit dat PPI's in beginsel alleen DC-regelingen uitvoeren.

De bewaarder is gebaseerd op de UCITS- en de AIFM-richtlijn.²⁵ De bewaarder kent twee taken: 1. het bewaren van de activa van het betreffende pensioenfonds en 2. een aantal controlerende taken.

Het doel van de bewaarder is de bescherming van de pensioenaanspraken. Door de activa buiten het pensioenfonds te bewaren, wordt voorkomen dat schuldeisers zich daar rechtstreeks op kunnen verhalen. Daarmee wordt tevens een deel van het risico van het pensioenfonds naar de bewaarder verschoven (art. 36 lid 3 IORP II-richtlijn). In tegenstelling tot de bewaarder zoals we die kennen uit andere richtlijnen,²⁶ gelden er voor de bewaarder in de IORP II-richtlijn geen solvabiliteitsverplichtingen. Voor pensioenfondsen gelden wel solvabiliteitseisen. De vraag is dan of de introductie van een bewaarder in deze vorm daadwerkelijk zal leiden tot de beoogde afname van het risico op afname van de pensioenaanspraken en -rechten voor de deelnemers en pensioengerechtigden. Zijn de activa niet beter beschermd in het pensioenfonds, zonder bewaarder? In andere lidstaten kan dit anders liggen. Niet elke lidstaat heeft zulke strenge solvabiliteitseisen voor hun IORP's als Nederland.

De hiervoor bedoelde controlerende taak van de bewaarder, komt de facto overeen met de taken van een custodian, waar veel pensioenfondsen reeds gebruik van maken in het kader van hun vermogensbeheerfunctie. Ook voor wat betreft de controlerende taak van de bewaarder rijst dan de vraag wat de bewaarder vanuit dat oogpunt nog kan toevoegen. Er lijkt hiermee in elk geval een overlap te ontstaan in door het pensioenfonds uitbestede taken.²⁷

3.2 Sleutelfuncties (art. 6 onder q en art. 23 IORP II-richtlijn)

De IORP II-richtlijn introduceert een aantal maatregelen

zoals maatregelen om de geschiktheid en betrouwbaarheid van (mede) beleidsbepalers te waarborgen en het instellen van een beheerst beloningsbeleid (art. 23 en 24 IORP II-richtlijn). Dergelijke vereisten kennen we al in de Nederlandse wet.

Een 'sleutelfunctie' binnen een IORP is een interne capaciteit om praktische taken uit te voeren. De IORP II-richtlijn introduceert drie sleutelfuncties:

- de risicobeheerfunctie;
- de actuariële functie; en
- de interne auditfunctie.

Het begrip 'sleutelfunctie' breidt de groep personen die een essentieel onderdeel van de governance uitmaken uit; niet alleen bestuurders, maar iedereen binnen de IORP (pensioenfonds) die een aantal taken uitvoert die de kwaliteit van de organisatiestructuur en de (uitbestede) activiteiten waarborgt kan onder het begrip de sleutelfunctie vallen. Dat kunnen mijns inziens ook medebeleidsbepalers²⁸ zijn, zoals we die in Nederland al kennen onder de Pensioenwet (art. 106 PW).

Personen die een sleutelfunctie bekleden moeten voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen, waaronder deskundigheid en betrouwbaarheid.

Sleutelfunctionarissen mogen meerdere sleutelfuncties uitoefenen (art. 25 lid 2 IORP II-richtlijn). Maar de risicobeheerfunctie en de interne auditfunctie mogen niet verenigd worden in dezelfde persoon of organisatorische eenheid. Ook moeten zij onafhankelijk zijn van de bijdragende onderneming (werkgever), het bestuur van de IORP c.q. het pensioenfonds en van het toezichthoudend orgaan.

De risicobeheersfunctie is in Nederland reeds ingevuld doordat – met name door DNB – inhoud is gegeven aan de wettelijke eisen ten aanzien van de beheerste en integere bedrijfsvoering (art. 143 PW). De risicobeheersfunctie zoals neergelegd in art. 26 IORP II-richtlijn is vergelijkbaar met het systeem zoals we dat in Nederland al kennen.

De actuariële (sleutel)functie kennen we uiteraard ook al in de Nederlandse context. Een nieuw element voor de actuariële functie is dat de actuaaris de kwaliteit van de gegevens die worden gebruikt bij de berekening van technische voorzieningen moet controleren. In Nederland ligt die verantwoordelijkheid thans bij de accountant.²⁹ Ook wordt in art. 28 lid 2 IORP II-richtlijn bepaald dat de actuariële functie uitgeoefend moet worden door een 'onafhankelijke' persoon. Omdat in Nederland het pensioenfondsbestuur doorgaans het orgaan is dat de actuaaris benoemt (en ontslaat), is het de vraag of de actuariële functie daarmee voldoende onafhankelijk is, aangezien sleutelfuncties onafhankelijk moeten zijn van het bestuur. De actuariële sleutelfunctie is onderdeel van de governance van de IORP en dus van het pensioenfonds. Sleutelfuncties kunnen zo-

25 2008/65/EG respectievelijk 2011/61 EU.

26 Art. 21 lid 3 AIFM richtlijn.

27 Zie M.S.O. van Willigen & S. Swaak, 'IORP II: over sleutelfuncties en bewaarders', *PM* 2014/168, p. 5.

28 Bijvoorbeeld de directeur van het pensioenbureau van een pensioenfonds.

29 Zie M.S.O. van Willigen & S. Swaak, 'IORP II: over sleutelfuncties en bewaarders', *PM* 2014/168.

wel intern als extern belegd worden. Een externe actuaaris kan derhalve de actuariële sleutelfunctie vervullen. Maar de wijze waarop de onafhankelijkheid van deze functionaris wordt gewaarborgd zal in Nederland herijkt moeten worden. Bijvoorbeeld door de benoeming en het ontslag van de actuariële sleutelfunctionaris door het bestuur te laten plaatsvinden, met goedkeuring van en/of op voordracht van het toezichthoudend orgaan.

In Nederland is de interne auditfunctie momenteel niet verplicht. De IORP II-richtlijn introduceert in art. 27 deze sleutelfunctie en schrijft voor dat er tenminste een onafhankelijke persoon van binnen of buiten de IORP met deze taak belast moet worden. Van belang is dat de interne audit-sleutelfunctie onafhankelijk is van andere sleutelfuncties, van het bestuur en van het toezichthoudend orgaan. Net zoals bij de actuariële functie zou dat wellicht mogelijk zijn door de benoeming en het ontslag van de interne auditfunctionaris door het bestuur te laten plaatsvinden, met goedkeuring van en/of op voordracht van het toezichthoudend orgaan. Als uitbreiding van het governancestelsel zal de invoering van de interne auditfunctie zorgvuldig moeten gebeuren.

3.3 Beloning

Ten aanzien van het beloningsbeleid kennen we in de Nederlandse pensioenfondssector de bepaling dat het pensioenfondsbestuur zicht moet hebben op het beloningsbeleid van de uitbestedingspartner, zoals een pensioenadministrateur of een vermogensbeheerder (art. 14 Besluit uitvoering PW en Wet verplichte beroepspensioenregeling). Op die manier moet het pensioenfonds het bij een vermogensbeheerder gehanteerde beloningsbeleid laten meewegen in de keuze voor die vermogensbeheerder.

De IORP II-richtlijn introduceert nu een nieuwe bepaling waarin wordt voorgeschreven dat het beloningsbeleid van de IORP zelf deugdelijk en passend moet zijn (art. 24 IORP II-richtlijn). Dit beloningsbeleid geldt ten aanzien van bestuur, de beleidsbepalers, de toezichthouders, de personen die de IORP daadwerkelijk besturen of sleutelfuncties vervullen en andere personeelscategorieën waarvan de werkzaamheden wezenlijke gevolgen hebben voor het risicoprofiel van de IORP. Voor de sleutelfuncties geldt bovendien dat het beloningsbeleid ook van toepassing is op uitbestede en onderuitbestede sleutelfuncties. Zo bezien valt vrijwel elke persoon onder het beloningsbeleid. Slechts de personeelscategorieën waarvan de werkzaamheden geen wezenlijke gevolgen hebben voor het risicoprofiel van de IORP, zijn uitgezonderd. Ik stel mij voor dat het met name uitvoerende functies betreft die zijn uitgezonderd.

3.4 Waarborgen bij collectieve waardeoverdracht

Hiervoor heb ik aangegeven dat er bij grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht na invoering van de IORP II-richtlijn en de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden, sprake zal zijn van een vierdubbele waarborg voor deelnemers en gepensioneerden omdat:

1. de toezichthouders van beide lidstaten moeten instemmen met de waardeoverdracht;
2. er toestemming nodig is van de werkgever waarbij de OR moet instemmen;
3. een meerderheid van de vertegenwoordigers van (gevozen) deelnemers en gepensioneerden moet instemmen; en
4. individuele deelnemers bezwaar kunnen maken tegen overdracht van hun aanspraken.

In de wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet was in een nieuw lid 8 bij art. 27 WOR onder meer bepaald dat de OR moet instemmen voordat een werkgever kan besluiten de pensioenregeling te laten uitvoeren door een pensioeninstelling in een andere lidstaat.

Indien de OR in Nederland een instemmingsrecht krijgt bij de collectieve waardeoverdracht naar een pensioenuitvoerder in een andere lidstaat, terwijl dat niet het geval is bij de collectieve waardeoverdracht binnen Nederland, wordt er mijns inziens ten onrechte onderscheid gemaakt tussen de binnenlandse en de grensoverschrijdende variant van collectieve waardeoverdracht. De constatering dat een collectieve waardeoverdracht naar een in een andere lidstaat gevestigde pensioenuitvoerder een extra waarborg kent ten opzichte van een binnenlandse collectieve waardeoverdracht, te weten de instemming van de OR, zou kunnen wijzen op een (verboden) belemmering van het vrije verkeer op grond van Titel IV van het EU-verdrag. Ik zie daarvoor ook geen enkele rechtvaardigingsgrond. De Raad van State kwam ook tot dit oordeel in het kader van de Wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet, als gevolg waarvan het instemmingsrecht van de OR nu ook zal gaan gelden bij overdrachten binnen Nederland.

Voorts is nog van belang het bepaalde in art. 13 lid 3 IORP II-richtlijn. Daar is onder meer in bepaald dat '(...) de overdracht (...) goedgekeurd door de betrokken deelnemers en pensioengerechtigden of (*cursief*, RdG) (...) hun vertegenwoordigers.' Ik veronderstel dat de OR als 'vertegenwoordiger' van de deelnemer kan gelden.

Genoemd art. 13 lid 3 IORP II-richtlijn laat geen cumulatie toe van goedkeuringsrechten door deelnemers en pensioengerechtigden enerzijds en hun vertegenwoordigers anderzijds. Dat zou betekenen dat de Nederlandse wetgever moet kiezen tussen het instemmingsrecht van de OR en dat van de deelnemers. Het eerste gedeelte van de eerste zin van genoemd artikel laat echter ruimte aan de lidstaten om goedkeuring van een collectieve waardeoverdracht op een andere wijze in hun sociale en arbeidswetgeving te regelen, zodat genoemde keuze niet gemaakt hoeft te worden en zowel OR als deelnemers instemmingsrecht kunnen hebben.

4. Tot slot

Is de IORP II-richtlijn zoals het er nu voorstaat een verbetering voor Nederland? Veel wat in deze richtlijn wordt geregeld is in Nederland reeds bestaande praktijk. Voor menige andere lidstaat geldt dat echter niet. De IORP II-richtlijn zal daarom de grootste impact hebben op de lid-

staten waar nog geen sprake is van een volwassen pensioenstelsel, zoals in Nederland. Niettemin zijn er toch elementen die de Nederlandse pensioenwereld de nodige hoofdbrekens zullen bezorgen.

Met name op het vlak van de governance. Daar wordt een noviteit geïntroduceerd: de sleutelfuncties. Voor zover deze sleutelfuncties nog niet zijn geïmplementeerd, hetgeen het geval is met de interne auditfunctie, is er nog wat werk aan de winkel.

De sleutelfuncties kunnen wat mij betreft beschouwd worden als een verbetering omdat daarmee een betere waarborg ontstaat voor de onafhankelijke positie van deze belangrijke functies van een pensioenfonds.

Ook op het vlak van het beloningsbeleid moet nog wat werk verzet worden, met name door de pensioenfondsen. Er zal een geheel nieuw beleid ontwikkeld moeten worden voor de eigen organisatie van het pensioenfonds, maar eveneens voor uitbestede en onderuitbestede sleutelfuncties.

Wat mijns inziens in elk geval geen verbetering is, is de invoering van een bewaarder voor zuivere DC-regelingen. Immers Nederlandse pensioenfondsen dienen te voldoen aan het financiële toetsingskader. De IORP II-richtlijn stelt echter geen solvabiliteitseisen aan de bewaarder. Het is dan de vraag waar de activa van het pensioenfonds veiliger zijn: bij het pensioenfonds of bij de bewaarder. Ook de controlefunctie van de bewaarder voegt eigenlijk niets toe, aangezien de meeste pensioenfondsen reeds een custodian gecontracteerd hebben die een vergelijkbare functie vervult.

De Staatssecretaris SZW heeft aangekondigd met een implementatieplan te zullen komen waaruit moet blijken welke wettelijke bepalingen aanpassing behoeven naar aanleiding van de IORP II-richtlijn.

Bij de herziening van de IORP I-richtlijn is bepaald dat vier jaar na inwerkingtreding een evaluatie zal plaatsvinden (art. 75 lid 1 IORP II-richtlijn). In die periode is er dan ook geen nieuw voorstel te verwachten. Vermoedelijk is die tijd ook nodig.