

Pensioenfondsen tussen specificiteit en convergentie

Herman Cousy¹

I. Oude wijn in nieuwe zakken	831
II. Het pensioenlandschap in kaart gebracht	836
III. Een paar van de uitdagingen van de toekomst	837

SAMENVATTING

In onderhavige uiteenzetting die bij wijze van feestrede werd voorgedragen ter gelegenheid van de dertigste verjaardag van de Belgische Vereniging van Pensioeninstellingen (BVPI), geeft de auteur een ietwat “eigen-zinnige” kijk op enkele fundamentele vragen rond het wettelijk statuut van de pensioenfondsen in België.

In een historische terugblik wordt herinnerd aan de thema's die voorlagen ten tijde van het opstellen van de eerste reglementering van het toezicht op de pensioenfondsen in 1985 en waarvan de meeste prominent aanwezig gebleven zijn in de latere en actuele discussie. De discussie over de eigen aard van de verbintenissen van pensioenfondsen, de vraag naar het onderscheid tussen pensioenfonds en verzekeringsonderneming en het debat over een “equal playing field” voor beide, de vraag naar een aangepaste juridische rechtspersoonsvorm voor de pensioenvereniging, en ten slotte de vraag naar de verzoenbaarheid van de regelen die het pensioenfonds benaderen als financiële instelling enerzijds en als sociale instelling anderzijds.

Na dit diachronisch perspectief wordt even gekeken naar een geografisch-cultureel perspectief: het bestaan in de wereld van zones alnaargelang de plaats en de betekenis van grote pensioenfondsen. Daarmee hangt samen de vraag of België nood of nut heeft aan meer “pension fund capitalism” naar Anglo-Amerikaans model.

Ten slotte wordt de blik naar de toekomst gericht en wordt aandacht besteed aan twee gewichtige ontwikkelingen in het juridische kader van de financiële dienstverlening: Europa en de fundamentele rechten. Een belangrijke door het Europees recht geïntroduceerde nieuwigheid is het gebruik van kwalitatieve eerder dan kwantitatieve criteria in de regulering en toezicht. Deze ontwikkeling geeft aanleiding tot allerlei juridische gevolgen zoals verschuiving van verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden. Met mensenrechten worden pensioenfondsen voornamelijk geconfronteerd via de problematiek van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De huidige stand van de desbetreffende wetgeving munt niet uit door rechtszekerheid.

RÉSUMÉ

Dans cet exposé, qui a été prononcé sous forme d'allocution à l'occasion du trentième anniversaire de l'Association Belge des Institutions de Pension (ABIP), l'auteur nous donne une vision assez “personnelle” sur quelques questions fondamentales relatives au statut légal des fonds de pension en Belgique.

Sous forme d'une rétrospective historique, l'auteur rappelle les thèmes qui étaient mis en avant à l'époque de la première réglementation sur le contrôle des fonds de pension en 1985 et dont la plupart sont restés au premier plan dans les discussions ultérieures et actuelles. La problématique sur le caractère propre des engagements de fonds de pension, la demande de distinction entre le fonds de pension et la compagnie d'assurance et le débat à propos d'un “equal playing field” pour les deux, la demande d'une forme de personne morale adaptée pour l'association de pension, et finalement la demande du caractère conciliable des règles qui approchent le fonds de pension comme organisme financier d'une part et comme établissement social d'autre part.

Après cette perspective diachronique, l'auteur nous offre une perspective culturelle et géographique: l'existence dans le monde de zones suivant le lieu et l'importance des grands fonds de pension. Est en relation avec ceci la question de savoir si la Belgique a besoin de plus de “pension fund capitalism” sur le modèle anglo-américain.

Enfin, place est donnée à l'avenir et l'attention est consacrée à deux développements importants dans le cadre juridique de la prestation de services financiers: l'Europe et les droits fondamentaux. Une nouveauté importante introduite

¹ Gewoon Hoogleraar K.U.Leuven, Assessor bij de Afdeling Wetgeving van de Raad van State, Oud Voorzitter van de Commissie voor Verzekeringen.

par le droit européen est l'utilisation d'un critère plus qualitatif que quantitatif dans la régularisation et le contrôle. Ce développement donne lieu à toutes sortes de conséquences juridiques comme le déplacement des responsabilités dans les deux sens du terme. Les fonds de pension sont confrontés aux droits de l'homme essentiellement via la problématique de l'égalité de traitement des hommes et des femmes. L'état actuel de la législation en question ne brille pas par sa sécurité juridique.

I. OUDE WIJN IN NIEUWE ZAKKEN

1. Onderhavige tekst is de licht bijgewerkte versie van een feestrede die door ondergetekende op donderdag 24 maart 2005 gehouden werd ter gelegenheid van de viering van 30 jaar Belgische Vereniging van Pensioeninstellingen (BVPI). De opdracht van de redenaar bestond erin een commentariseerd beeld te schetsen van de ontwikkeling van het Belgisch wetgevende en reglementaire kader. De perceptie van waaruit de hiernavolgende beschouwingen werden ontwikkeld is niet, het weze b eklemt, die van een specialist, maar wel die van een geboeide observator die, als voorzitter van de (toen eveneens voor adviesverlening inzake pensioenfondsen bevoegde) Commissie voor Verzekeringen, betrokken was bij het totstandkomen van de koninklijke besluiten van 14 en 15 mei 1985² en bij hun latere vervanging en wijzigingen. Genoemde koninklijke besluiten gaven de “private verzorgingsinstellingen” voor het eerst een plaats in het Belgisch legislatieve landschap. Bij de bespreking van de evolutie van het juridische kader wordt hierna centraal de vraag gesteld of de eigenheid of specificiteit van een pensioeninstelling van die aard is dat zij een geheel autonoom statuut vereist, dan wel of een inpassing en integratie in de bestaande regeling mogelijk is. Pensioenfondsen en hun reglementering bevinden zich steeds op de grenslijn tussen een nood aan een eigen en autonoom juridisch statuut enerzijds en een, in het algemeen financiële recht onmiskenbaar aanwezige tendens naar convergentie anderzijds.

2. Mijn verhaal begint dus in 1985. Ik ben niet zeker of 1985 alsnog in de vorige eeuw moet gesitueerd worden of niet. De twintigste eeuw wordt inderdaad wel eens de korte eeuw genoemd, omdat deze eeuw beweerdelijk pas laat begon, met of zelfs na de eerste wereldoorlog, en zij naar het gevoelen van velen, nog vóór de millenniumwende een einde genomen had. De oprichting omstreeks 1900 van de Eiffeltoren, “The proud tower”, zoals Barbara Tuchman hem, in de titel van haar lezenswaardig boek³ over de periode tussen 1890 en 1914 noemt, was wezenlijk de bekroning van de

verworvenheden van de negentiende eeuw. Anderzijds beleefden wij, met de val van de Berlijnse muur (1989), in de termen van Fukuyama, “The end of history”, het einde van de geschiedenis, en in elk geval, volgens sommigen, het einde van een geschiedenis van de twintigste eeuw.

Wat wel zeker is, is dat de genoemde koninklijke besluiten van 1985 intussen tot een ietwat verouderde reglementering verworpen zijn, al moet daarbij meteen worden vastgesteld dat niet al de vragen die toen werden geopperd in de tussentijd van twintig jaren hun beslag hebben gekregen. Een aantal van de toen gestelde vragen hebben inmiddels nog geen afdoende antwoorden gekregen en hebben hun actualiteitswaarde behouden.

In 1985 werden de bedoelde vragen met name gesteld in de schoot van de (hierboven reeds genoemde) Commissie voor Verzekeringen, het adviesorgaan bij de voogdijminister (de minister van Economische Zaken), dat krachtens de controlewet van 9 juli 1975 moest worden geraadpleegd over deze besluiten tot modalisering⁴ en uitvoering van de controlewet. “En passant” weze vastgesteld dat er op het niveau van de genoemde Commissie voor Verzekeringen inmiddels een soort van celdeling heeft plaatsgegrepen, en dat door de Wet op de Aanvullende Pensioenen van 28 april 2003 (ook bekend als de WAP) een nieuwe zgn. “Commissie voor Aanvullende Pensioenen” in het leven werd geroepen, die, naar het voorbeeld van de Commissie voor Verzekeringen, bevoegd is om op verzoek, of *motu proprio*, adviezen te geven over alle problemen inzake toepassing van de wet en haar uitvoeringsbesluiten. Als oud-voorzitter van een advies- en overlegorgaan zou ik aan deze nieuwe Commissie en haar voorzitter willen toewensen dat zij door de autoriteiten “au sérieux” genomen worden. Het is een brede en verspreide gewoonte geworden dat in nagenoeg alle domeinen en van het bestuurlijk beleid organen van overleg en advies worden opgericht en bij wet, decreet of besluit, belast met de dubbele rol van opvulling van een democratisch deficit (door de vertegenwoordiging van de belangengroepen en de kana-

² K.B. 14 mei 1985 tot toepassing op de verzorgingsinstellingen van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, *B.S.* 7 juni 1985; K.B. 15 mei 1985 betreffende de activiteiten van de private verzorgingsinstellingen (*B.S.* 7 juni 1985). Laatstgenoemd koninklijk besluit werd opgeheven en vervangen door het K.B. van 7 mei 2000 betreffende de activiteiten van de verzorgingsinstellingen (*B.S.* 1 juli 2000).

³ B. TUCHMAN, *The Proud Tower, A portrait of the world before the war 1890-1914*, New York, Ballantine Books, 1962.

⁴ Men zal zich inderdaad herinneren dat het koninklijk besluit van 14 mei 1985 werd genomen in uitvoering van art. 2 § 4 van de Controlewet van 9 juli 1975 die aan de Koning de opdracht geeft om de bijzondere regels en modaliteiten vast te stellen binnen welke de bepalingen van de controlewet van toepassing zijn op (onder meer) de verzorgingsinstellingen.

lisatie van hun lobbying) en tot het opvullen van een expertise-deficit (door het toeleveren van deskundig advies). Hoe lovenswaardig deze tendens ook moge zijn, is het evenwel betreurenswaardig dat deze talrijke adviesorganen in sommige gevallen slechts *in extremis* worden geraadpleegd, nadat de besluitvorming binnen de kabinetten-werkgroepen is afgerond, dat hen slechts bitter weinig tijd wordt gelaten om het overleg of advieswerk op behoorlijke wijze te organiseren en af te ronden, en dat de inspanningen die door veel van de leden vanuit een geest van dienstbaarheid en “*esprit publique*” worden geleverd, niet naar waarde worden geapprecieerd.

3. Een eerste centrale vraag was de vraag naar de eigenheid van een pensioenfonds⁵ en dan voornamelijk in vergelijking met een verzekeringsonderneming. Badinerend is al eens gesteld geworden dat een pensioenfonds vergelijkbaar is met een personal computer: iedereen weet zo ongeveer waarvoor het dient, en hoe men zich daarvan kan bedienen, maar met uitzondering van enkele duur betaalde experts, is niemand bekwaam de inwendige techniciteit ervan te beheersen.

Ten tijde van de discussies rond de besluiten van 1985 heeft de vraag naar de eigenheid van pensioenfondsen zich gekristalliseerd rond de vraag naar de specificiteit van de door een pensioenfonds *aangegane verbintenissen*.

Zoals de ouderen onder u zich zullen herinneren werd vanuit de Commissie voor Verzekeringen betreffende dit debat een denkpiete aangereikt luidens welke kenmerkend voor de prestaties van een levensverzekeraar is (of was) dat door de levensverzekeraar een resultaatverbintenis (une obligation de résultat), of juist een garantieverbintenis (une obligation de garantie) wordt opgenomen. De verzekeraar staat er onder verband van zijn eigen vermogen voor in dat de beloofde kapitalen op de vervaldag zullen betaald worden.

Het pensioenfonds daarentegen is typisch gehouden tot een middelverbintenis of inspanningsverbintenis (une obligation de moyen), d.w.z. tot een prestatie van deskundigheid, o.m. deskundigheid in het plaatsten van de beleggingen, die geschieden zonder precieze garanties omtrent het rendement. Men lette op dat het hier is zoals in het chanson: “je vous parle d’un temps que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître”.

Voor een goed begrip moet inderdaad beklemtoond worden dat wij het hier hebben over een tijdperk waarin nog geen sprake was van Tak-23-producten, waarin alleen de zgn.

klassieke levensverzekeringen (met toezegging van een vast rendement aan een gegarandeerde technische rentevoet over het geheel van de periode) aangeboden werden, en waarin concepten zoals de driepijler theorie alleen bekend waren aan insiders en actuarissen.

Veel van de mist is sindsdien opgetrokken. Er is meer duidelijkheid over de vraag wie de verbintenissen aangaat (onder meer duidelijkheid dat in een te bereiken doel, een resultaatverbintenis rust op de werkgever, of beter de inrichter, en niet op het pensioenfonds) en het is eveneens duidelijk dat de overgrote meerderheid van de pensioenfondsen geen garantieverbintenissen aangaan⁶.

Aan het onderscheid tussen middel- en garantieverbintenissen als criterium voor onderscheid tussen verzekeringsactiviteiten en andere (zoals activiteiten van pensioenfondsen en banken) wordt thans, mede omwille van de evolutie van de aard van de activiteiten van bijvoorbeeld levensverzekeraars⁷, (terecht) geen beslissende betekenis meer toegekend. Maar toch kan worden vastgesteld dat het onderscheid tussen middel- en resultaatverbintenissen een rol blijft spelen in de afbakening van de eigen opdracht van de onderscheiden financiële instellingen. In dit verband kan, voor wat de pensioenfondsen betreft, met name verwezen worden naar het debat, dat van buiten af bekeken toch nogal bitsig leek te zijn, over de fameuze rendementsgarantie die door artikel 24 van Wet op de Aanvullende Pensioenen werd ingevoerd voor pensioentoezeggingen van het type “vaste bijdragen”. Ik begrijp dat de discussie thans o.m. eerder gevoerd wordt over de vraag of het opleggen van een dergelijke minimaal rendement wel de juiste impuls geeft voor het bereiken van goede beleggingsresultaten, maar men kan toch vaststellen dat een deel van de onvrede mede veroorzaakt werd door de gedachte dat het geven van dergelijke garanties nu eenmaal niet past in de typische opdracht van een pensioenfonds.

In hetzelfde verband (de vraag naar de precieze opdracht van verzekeraars en anderen) blijft het ook rommelen over de vraag of sommige zgn. nieuwe levensverzekeringsproducten al dan niet tot de eigenlijke opdracht van een verzekeraar behoren en ook dit is een vraag die verband houdt met de inhoud en draagwijdte van de door de levensverzekeraar opgenomen verbintenissen. In dit verband dient verwezen te worden naar een debat dat thans de rechtbanken heeft bereikt, en dat bekend staat als de problematiek van de herkwalficatie van levensverzekeringscontracten en de vraag of sommige zgn. nieuwe producten van levensverzekeraars wel nog echte verzekeringen zijn, met het oog op de toepassing van het verzekeringscontractenrecht, het burger-

⁵ Terminologisch zijn heel wat opmerkingen te maken over de benaming pensioenfonds die, technisch-juridisch gesproken, werd afgeschaft en vervangen door de benaming “voorzorgsinstituut” bij het K.B. 7 mei 2000. Toch wordt in de praktijk vastgehouden aan het ingeburgerde “pensioenfonds”, vgl. Y. STEVENS, *Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen*, doctoraal proefschrift, Leuven, 2002, nr. 243.

⁶ Voor een overzicht van de regelgeving, raadplege men met namen: *Praktijkids Aanvullende Bedrijfspensioenen*, Th. BAUWELINCKX en M. GOOVAERTS (eds.), Kluwer, 2002; V. DE BRABANTER, G. GIESELINCKX, V. PERTRY, P. ROELS en Y. STEVENS, *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Kluwer, 2004, 672 p.; P. VAN EESBEECK en L. VEREYCKEN, *Aanvullende Pensioenen voor Zelfstandigen*, Kluwer, 2004, 348 p.

⁷ Zie daarover mijn bijdrage “Over de kwalificatie van levensverzekeringscontracten en de rol die daarin wordt gespeeld door het begrip van kanscontract”, in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, 103-140.

lijk recht en het fiscaal recht⁸.

Zeer onlangs heeft het Franse Hof van Cassatie in vier arresten van 23 november 2004⁹ terzake belangrijke uitspraken gedaan door te stellen dat contracten om de kwalificatie van verzekeringscontracten te verdienen niet moeten voldoen aan de extra-voorwaarden die door de Code civil bepalingen inzake de zgn. kanscontracten (les contrats aléatoires, art. 1104 en 1964 Belg. B.W.) worden voorgeschreven. Voor het Franse Hof van Cassatie volstaat dat de overeenkomst een einde neemt op het (onzeker) moment van het overlijden, om de verrichting als verzekeringscontract te beschouwen, ook al voorziet dit contract niet in een minimumkapitaal bij overlijden, en ook alhoewel de uitkering bij overlijden gelijk is aan de afkoopwaarde op dat moment. Zoals terecht wordt opgemerkt¹⁰ gaat het Franse Hof van Cassatie niet zover om te stellen dat levensverzekeringen niet aan de vereisten van artikel 1964 Code civil moeten voldoen, maar het Hof interpreteert de door deze bepaling gestelde vereiste van kans op winst of verlies in ruime zin en wel in die zin dat aan de door artikel 1964 gestelde vereisten is voldaan zodra de prestatie van de verzekeraar afhankelijk is van de (onzekere) menselijke levensduur. Hoe dan ook heeft het Franse Hof van Cassatie door deze rechtspraak het licht op groen voor verzekeringsondernemingen om financiële producten aan te bieden (te blijven aanbieden) die traditioneel eerder als beleggingsproducten (en dus “bankproducten”) werden beschouwd, en zo om een brede actieradius van financiële dienstverlening te beslaan.

4. Een tweede vraag die reeds in het midden van de tachtiger jaren aan de orde was en het sindsdien doorheen de jaren is gebleven, is die van de vereiste van de wettelijke creatie van een “equal playing field” tussen pensioenfondsen en verzekeringsondernemingen.

Tussen pensioenfondsen en verzekeringsondernemingen bleek (en blijkt) een nogal complexe relatie te bestaan, die ik zou karakteriseren als een “je t’aime, moi non plus” verhouding. Enerzijds zal ik in dit gezelschap wel oor vinden voor de stelling dat een pensioenfonds geen verzekeringsonderneming is en derhalve moet gereguleerd worden vanuit een houding van erkenning voor de eigenheid van een instelling als een pensioenfonds. Maar daartegenover staat de wettelijke benadering die in de controlewet van 9 juli 1975 wordt aangetroffen en die het pensioenfonds als een soort afgeleide van een verzekeringsonderneming beschouwt, zodat de controlewetgeving op de verzekeringsonderneming op “gemodaliseerde” wijze op de pensioenfondsen kan worden toegepast.

Daarbij komt dat de evolutie van de verschillende modellen van pensioenfondsen onmiskenbaar aanleiding geeft tot creatie van voorzorgsinstellingen, die met name door de uitbreiding van de mogelijkheden van aansluiting, meer op een soort van verzekeringsondernemingen gaan gelijken. Ik refereer hiermee aan de voortschrijdende verbreding van het veld van aangeslotenen. Van het ondernemingspensioenfonds waarvan de aansluiting beperkt bleef tot het personeel van een enkele onderneming of tot abstract geformuleerde categorieën ervan, zijn de wettelijk toegelaten aangeslotenen stapsgewijze uitgebreid. Eerst kwamen de bestuurders (zelfstandigen) van privaatrechtelijke ondernemingen en het personeel van publiekrechtelijke ondernemingen (ambtenaren). Een andere stap naar verbreding vindt men in de instellingen erkend onder het K.B. van 1969¹¹ (thans K.B. van 14 november 2003). Na enige strubbeling werd de toegang nog verder uitgebreid door de formule van de zgn. multiwerkgeverspensioenfondsen¹², en de evolutie mondde tenslotte uit in de creatie van de sectorpensioenfondsen, zoals

8. Zie daaromtrent onder meer C. DEVOET, “L’assurance-vie est-elle un contrat aléatoire?”, *De Verz.* 2002, 552; B. DUBUISSON, “Les nouveaux produits d’assurance-vie face au droit. La fin des privilèges”, *T.B.B.R.* 1997, 358-373; B. DUBUISSON en J.-M. BINON, “L’aléa dans les produits d’assurance-vie. Le point de vue belge”, in B. DUBUISSON en C. JAUMAIN (eds.), *Les nouveaux produits d’assurance-vie. Droit civil et droit fiscal*, Brussel, Academia-Bruylant, 2000, 23-61; H. COUSY, “Conclusions”, *o.c.*, 191-196; Y.-H. LELEU en D. SCHUERMANS, “Une nouvelle qualification pour certaines prestations d’assurance-vie entre époux communs en biens”, (noot onder Arbitragehof 26 mei 1999), *De Verz.* 1999, 490-493; C. JAUMAIN, “Faut-il disqualifier l’assurance-vie? L’assurance-vie doit-elle conserver ses privilèges quelle que soit sa durée et l’intensité du risque?”, in *Liber Amicorum René Van Gompel. Études en assurances*, Brussel, 1999, 1998, 309; J. CERFONTAINE, “Typologie en kenmerken van de hybride financiële producten”, in M. TISON (ed.), *Bancassurfinance*, Brussel, Bruylant, 2000, 31-120; R. DEBLAUWE en S. VANOPPEN, “Roerende inkomsten”, in *Tiberghien 2003 – Handboek Fiscaal Recht*, Brussel, Larcier, 2003, 1057, 5; X, “De herkwilificatie van kapitalen en afkoopwaarden van kortlopende levensverzekeringscontracten met gewaarborgd rendement”, *Fisc. Koer.* 94/5-7; S. DOUENIAS, “Bons d’assurance. Sicav ‘à rendement fixe’ et précompte mobilier”, *R.G.F.* 1996, 269-287; L. NIESSEN, “Le régime fiscal des bons d’assurance”, *C & FP* 1996, afl. 2, 23-30; P. GLINEUR, “Les fragiles fondements du régime fiscal exorbitant des assurances-vie de la branche 23”, *C & FP* 1998, 21-31; M. ELOY, “La fiscalité de la branche 23”, *A.F.T.* 2000, 232-243; M. MOHR, “Fiscale aspecten van de Instellingen voor Collectieve Beleggingen en levensverzekeringen Tak 23: een vergelijking”, *Financieel forum/Bank Fin.* 2001/6, 351; C. VAN SCHOUBROECK, G. JOCQUÉ, A. DE GRAEVE, M. DE GRAEVE en H. COUSY, “Overzicht van rechtspraak. De landverzekeringsovereenkomst (1993-2004)”, *T.P.R.* 2004, (1781), 2031; H. COUSY, “Over de kwalificatie van levensverzekeringscontracten en de rol die daarbij wordt gespeeld door het begrip van kanscontract”, in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Leuven, Intersentia, 2004, 103.

9. Vindplaats: www.courdecassation.fr.

10. Vgl. A. HUYGHE en M. ISEBAERT, “Schijnt de Franse zon ook voor Belgische levensverzekeringen?”, *Fiskoloog, Nieuwsbrief over fiscaliteit* 5 januari 2005.

11. Het betreft het welbekende K.B. 14 mei 1969 dat onlangs vervangen werd door het koninklijk besluit van 14 november 2003 betreffende de toekenning van buitenwettelijke voordelen aan werknemers bedoeld bij K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers en aan de personen bedoeld in art. 32 eerste lid, 1° en 2° van het Wetboek van Inkomstenbelastingen 1992, tewerkgesteld buiten een arbeidsovereenkomst.

12. Zie daarover K. TERMOTE, “Nieuwe reglementering op multiwerkgeverspensioenfondsen”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia Verzekeringen*, Antwerpen, Maklu, 64. Zie desbetreffend thans K.B. 25 maart 2004 tot vaststelling van de nadere regels inzake het beheer en de werking van voorzorgsinstellingen die werden opgericht door meerdere private ondernemingen of publiekrechtelijke rechtspersonen of krachtens een sectorale collectieve arbeidsovereenkomst.

erkend en geregeld door de wet van 28 april 2003 op de aanvullende pensioenen.

Kenmerkend voor de geschetste evolutie naar formules van bredere toegankelijkheid is dat de band tussen de onderneming (de werkgever) en het pensioenfonds vervaagt en dat de relatie tussen het pensioenfonds en de beneficiarissen anoniemer gaat worden en meer gaat gelijken op de dienstverstrekker-klant relatie zoals die bestaat tussen een verzekeraar en zijn cliënt verzekerden. De eigenheid en autonomie van de pensioenfondsformule komt in die evolutie meer en meer op de helling te staan.

De problematiek van de “equal playing field” doet onder meer ook de vraag rijzen naar de keuze van de werkgever of inrichter van de aangepaste formule voor de opbouw van een aanvullend pensioen van de aangeslotenen. Zoals Yves Stevens in beeldrijke taal formuleert is de navelstreng tussen een onderneming en haar pensioenfonds op onherroepelijke wijze doorgeknipt door de invoering van het fundamentele beginsel van de autonomie van het pensioenfonds vis-à-vis de onderneming, in het kader van de externalisering van de pensioenwaarborg¹³. Op enkele uitzonderingen na¹⁴ blijft het beginsel dat van het verbod van terugkeer van activa en van de scheiding van de twee vermogens.

Gegeven deze omstandigheden kan men zich terecht de vraag stellen welke redenen een onderneming nog kan hebben om een eigen ondernemingspensioenfonds op te richten, behalve wanneer zulks in vergelijking met andere formules, en meer bepaald in vergelijking met het afsluiten van een groepsverzekering tot een *vermindering* van kosten en lasten (waaronder administratieve lasten) zou leiden. Men kan geredelijk aannemen dat dergelijke relatieve voordelen enkel spelen in het voordeel van de pensioenfonds-formule wanneer het gaat om echt grote bedrijven, met meerdere honderden werknemers. België is evenwel geen land van grote ondernemingen, maar een land van KMO's.

5. Weer een andere bemerking die bij de voorbereiding van de reglementering bij herhaling werd gesteld was deze betreffende het ontbreken van een passend juridisch vehikel. Zoals bekend is, hebben de twee bestaande rechtspersoonsvormen, de VZW en de onderlinge verzekeringsvereniging, wisselend succes gekend. Ik heb de tijd gekend van de fiscale missionarissen die aan de VZW-beheerders de blijde boodschap kwamen verkondigen van de vrijheid-blijheid van de formule van de onderlinge verzekeringsvereniging en van de fiscale wellusten die met de keuze van deze formule

gepaard zouden gaan. Naar ik begrijp zijn de bekeringen tot de O.V.V.-formule massaal in aantal geweest maar zijn de bekeerlingen ook in hun nieuwe kapel niet onverdeeld gelukkig.

Een van mijn eigen gewaardeerde leermeesters, professor Jan Ronse, heeft ons het concept van de “*parcimonia iuris*” of “*legis*” bijgebracht, de idee van de legislatieve spaarzaamheid van het recht. Dit beginsel heeft met name tot gevolg dat er niet nodeloos nieuwe rechtspersoonsvormen moeten worden bijgemaakt, om opduikende concrete noden te dekken¹⁵. Zelfs met dergelijke “Beschränkung” voor ogen, moet evenwel toegegeven worden dat er goede redenen bestaan om toch aan een nieuwe type van rechtspersoon te denken dat beter aangepast is aan de noden van een “voorzorginstelling”. Ik meen te weten dat daaraan wordt gewerkt binnen uw vereniging en binnen de Commissie voor Aanvullende Pensioenen. Gedacht wordt aan een nieuwe en specifieke rechtspersoonsvorm APV, “association de pension/pensioenvereniging”. Dat daarbij een geheel nieuwe rechtspersoonsvorm zou worden gecreëerd, maar daarentegen aangeleund wordt bij het statuut van een vereniging verdient te worden goedgekeurd. Zodoende wordt tegemoet gekomen aan de bekommernis van legislatieve spaarzaamheid. In elk geval mag men zich eraan verwachten dat de discussies over het fiscaal en boekhoudkundig statuut van de APV een nieuwe gelegenheid zullen vormen voor een discussie over een “equal playing field” tussen groepsverzekeraars en pensioenfondsen. Een materie die bij deze gelegenheid stellig zal moeten ter sprake komen is de “good governance”-problematiek, en het toedenken daarvan naar de pensioenfondsen toe.

6. De beginselen van good governance liggen thans vaak verrat in “codes” of “charters of good governance”. Uw vereniging heeft aan deze problematiek de uitvoerige aandacht besteed, en dat siert haar.

Ik zal mij derhalve bij deze gelegenheid beperken tot één meer algemene en overigens nogal persoonlijke bedenking, die namelijk meer algemeen betrekking heeft op het (algemener) fenomeen van de zgn. gedragsregels (“les règles de comportement”, “the conduct of business rules”), in dit geval gedragsregels die door de pensioenfondsen en hun bestuurders moeten gerespecteerd worden. Het gaat hier om een nieuw fenomeen dat welbekend is in het financiële recht, met name in de wettelijke regeling van het gedrag van de marktdeelnemers van financiële markten¹⁶. Thans breidt het

¹³. Y. STEVENS, *Gelijkheid en solidariteit in Aanvullende Werknemerspensioenen*, doctoraal proefschrift, Leuven, 2002, nrs. 253 e.v.

¹⁴. Ingevoerd t.g.v. de wijziging van het reglementaire kader door het K.B. van 7 mei 2000; zie daarover Y. STEVENS, “Nieuw K.B. pensioenfondsen. Pensioenreserves terug naar de onderneming”, *Life and Benefits* 2001, p. 3-5.

¹⁵. Wie zich op particuliere wijze schuldig heeft gemaakt aan een al te losjes omspringen met nieuwe rechtspersoonsvormen, is de wetgever ter gelegenheid van zgn. “vennootschappen van publiek recht” waarvan er sommige een schraal, andere een innerlijk tegenstrijdig statuut hebben gekregen.

¹⁶. Zie art. 36 van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten en thans art. 25 en 26 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. Zie de commentaar K. BYTTEBIER, “Nieuwe gedragsvoorschriften voor financiële bemiddelaars. Analyse van de bepalingen bedoeld in de artikelen 26 tot en met 30 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten”, *T.F.R.* 2002, 265-292.

fenomeen van de gedragsregels zich breed uit tot andere contexten en sectoren, waaronder die van de financiële dienstenverstrekkers. In die zin gaat het hier om een convergerende factor.

In een zgn. “position paper” van de Comité Européen des Assurances (CEA) over “European Prudential Regulation and Supervisory Structure” worden de “conduct of business rules” als volgt gesitueerd binnen de zgn. “regulatory framework” van de financiële sector. Er wordt aldaar een onderscheid gemaakt tussen de prudentiële regels die grosso modo samengevat betrekking hebben op de solvabiliteit van de instellingen, enerzijds, en de “conduct of business rules” die betrekking hebben op de wijze waarop financiële producten worden verkocht, in het bijzonder aan de zgn. “retail consumer”, anderzijds.

Belangwekkend aan dit onderscheid is met name dat dit onderscheid ook aan bod komt in de organisatie van de controle op de financiële dienstenverstrekkers, zoals banken, verzekerings- en beleggingsondernemingen, maar ook pensioenfondsen. Met name wordt ook in de toezichtswetgeving op deze financiële dienstenverstrekkers een (voorheen niet zo scherp ontwaard) onderscheid gemaakt tussen de zgn. prudentiële controle en het gedragstoezicht¹⁷. In de door de genoemde wet van 2 augustus 2002 ingevoerde nieuwe structuur waarin elk toezicht van welke aard ook (het weze prudentieel toezicht of gedragstoezicht) over allerlei financiële dienstenverstrekkers in handen van één toezichthouder worden gecentraliseerd, valt dit verschil tussen de twee types van toezicht niet zozeer op¹⁸. Maar dit is wel het geval in de landen, zoals Nederland, waar het prudentieel toezicht en het gedragstoezicht worden uitgeoefend door verschillende van mekaar onafhankelijke entiteiten¹⁹.

De gedragsregelen die de verhouding tussen pensioenfondsen en hun beneficiarissen betreffen, maakten tot nog toe het voorwerp uit van codes of codificaties met een onduidelijk juridisch statuut. In de toekomst zullen gedragsregels worden geïmplementeerd door een administratieve entiteit, de controle-autoriteit die gedragstoezicht uitoefent, zodat kan verwacht worden dat de inhoud en juridisch statuut wellicht van de geïmplementeerde “gedragsregels” aldus nader zullen worden omlijnd.

Een interessante vraag die in dit verband rijst is deze naar de relatie tussen deze gedragsregelen die kaderen in de “regulatory framework”, zeg maar in het toezichtsrecht enerzijds, en

de regelen van het civiele recht (in de ruime zin, daarin begrepen de regelen van het arbeidsrecht), bijvoorbeeld de regelen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid, anderzijds²⁰.

7. Ik vermeld nog een andere thematiek die in de Commissie voor Verzekeringen ter gelegenheid van nagenoeg elke wijziging van de prudentiële reglementering van pensioenfondsen, met name door de delegatie van de consumenten, werd aangekaart en dat is (of was) het probleem van de afwezigheid van een duidelijke wettelijke regeling van de sociale (of sociaalrechtelijke) aspecten van de door de koninklijke besluiten van 1985 onder controle gebrachte verzorgingsinstellingen. Inmiddels is daaraan verholpen, eerst door de wet van 6 april 1995 betreffende de aanvullende pensioenen en vervolgens door de wet op de aanvullende pensioenen (WAP). Bij de precieze inhoud van deze uiteraard zeer belangrijke wetgeving en de controverses die zij heeft opgeroepen sta ik niet langer stil. Sta mij toe dat ik ook hier een bemerking formuleer vanuit een persoonlijke invalshoek en enkel aangeef wat ik als fundamentele problematiek van deze nieuwe wetgeving beschouw. Ik refereer aan een problematiek die verband houdt met de essentie zelf van de “aanvullende sociale zekerheid”. Kenmerkend voor de “aanvullende sociale zekerheid” is dat zij voor een wezenlijk deel bezorgd en verzorgd wordt door de private sector. Dit gebeurt deels vanuit een logica van het terugtrekken van de overheid, deels vanuit een logica van budgettaire sanering van de sociale zekerheid, en deels vanuit een herpositionering van het marktaandeel van de financiële instellingen, zoals verzekeringsondernemingen, en andere ondernemingen die met termijnbeleggingen bezig zijn.

Zoals ik bij eerdere gelegenheden heb betoogd, rijst t.a.v. de sector van de aanvullende sociale verzekeringen, precies omwille van de geschetste participatie van de private sector, de kapitale vraag naar de toepasselijke “spelregels”²¹. Vanuit maatschappelijk en juridisch standpunt is het inderdaad een kapitale vraag te weten aan welke spelregels en wetten (in de zin van wetmatigheden) de private instellingen en ondernemingen onderworpen zijn of moeten worden wanneer zij participeren aan het bezorgen van de bovenbouw van de sociale zekerheid, en dus belast worden met taken van aanvullende sociale zekerheid. De vraag is inderdaad of een private verzekeringsonderneming in die omstandigheden onderworpen blijft aan haar eigen, eventueel commerciële

17. Voor een volledig overzicht van de typologie van toezichtsmodellen, zie E. WYMEERSCH, “Aspecten van toezicht op het financieel bestel”, in *Financiële regulering op zoek naar nieuwe evenwichten*, vol. II, Intersentia, 2003, 227-250.

18. Zie desbetreffend H. COUSY, “Een algemeen overzicht van de wet van 2 augustus 2002 en de hervorming van het toezicht op de financiële sector”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *Financiële Wetgeving: de tussenstand 2004*, 11-35.

19. In Nederland berust het prudentieel toezicht bij de Pensioen- en Verzekeringskamer, terwijl het gedragstoezicht is toevertrouwd aan de Autoriteit van Financiële Markten. Zie daarover S. DE JONGHE, “Overzicht van enkele nationale toezichtspatronen in Europa”, in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering op zoek naar nieuwe evenwichten*, vol. II, Intersentia, 2003, 251-295.

20. Zie over deze kwestie o.m. L. CORNELIS en J. PEETERS, “Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel Recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 621-635.

21. Vgl. mijn bijdrage “De rol van de private verzekeringen in de aanvullende sociale zekerheid: de zegels van het spel”, in J. VAN LANGENDONCK (ed.), *Liber Amicorum Roger Dillemans*, Deel II, *Sociale zekerheidsrecht*, E. Story-Scientia en Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, p. 55-74.

marktregels, dan wel of een participatie aan de sociale zekerheid enkel op verantwoorde wijze kan geschieden mits toepassing wordt gegeven aan (althans sommige) regels die eigen zijn aan de sociale zekerheid en dus geheel gebed zijn in een sociale logica²².

8. Ik zie een vergelijkbare hypothese in iets wat de oudere juristen onder u zullen erkennen uit hun studie van het administratieve recht. Als het bezorgen van een taak van openbare dienst (in de functionele zin van diensten van algemeen belang) wordt toevertrouwd aan de private actoren, dus aan private personen of ondernemingen, dan worden deze laatste onderworpen aan sommige basisbeginselen van de openbare sector, met name de zgn. “wetten van de openbare dienst”, (zoals de regel van de benuttingsgelijkheid, en de continuïteit van de openbare dienst). Op dezelfde wijze moeten private instellingen en ondernemingen die delen van de bovenbouw van de sociale zekerheid voor hun rekening nemen zich willens nillens schikken naar sommige wetmatigheden die sociaal zijn geïnspireerd, naar minstens enkele fundamentele regels of beginselen van gelijkheid, participatie.

Zulks is natuurlijk een moeilijke opgave die noodzakelijk tot fricties moet leiden en met voorzichtige handen moet worden aangepakt. De problematiek wordt scherper wanneer de betrokken private actor uitsluitend geïnspireerd wordt door het winstmotief en die uitsluitend verantwoording verschuldigd is aan een steeds kritischer worden aandeelhouderspubliek.

II. HET PENSIOENLANDSCHAP IN KAART GEBRACHT

9. Tot nog toe ging de aandacht in hoofdzaak naar enkele van de vragen die ons terzake van de juridische omkadering van pensioenfondsen vanuit het recent verleden werden aangereikt. Laten wij thans onze blik naar de toekomst richten en aandacht besteden aan een paar van de uitdagingen waarmee de bestuurders van pensioenfondsen in de toekomst zullen worden geconfronteerd.

Maar vooraleer ons onderwerp aldus diachronisch te benaderen, wil ik nog even aandacht besteden aan een andere dimensie van de pensioenfondsenproblematiek, en dat is de geografisch-culturele dimensie ervan. Desbetreffend kan inderdaad de bemerkenswaardige vaststelling worden gedaan dat het pensioenlandschap van de Westerse landen grosso modo in twee zones kan worden opgesplitst, of

De oplossing voor dit steeds prangender wordend probleem ligt misschien voor een stuk in een opmerkelijke evolutie die zich heeft voorgedaan in de verhouding “tussen P en p”, tussen publiek en privaat. De publieke logica is voor een stuk geprivatiseerd en is zelfs, in sommige gevallen regelrecht commercieel gaan denken en handelen. Van zijn kant verrent de private sector meer dan voorheen motieven en bekommernissen van algemeen belang in zijn doelstellingen. Een interessante toelichting van de hier bedoelde dynamiek van toenadering tussen de sociale logica en de commerciële logica, wordt, specifiek in de sector van private en sociale verzekeringen, aangetroffen in de problematiek van de onderschrijvingsvrijheid en acceptatieplicht. In een sociaalrechtelijke logica moet de onderschrijvingsvrijheid uiteraard worden prijsgegeven²³.

Welnu men moet vaststellen dat onderschrijvingsvrijheid ook in de private sector niet meer de sacrosancte koe is gebleven die zij eertijds was hetgeen treffend tot uiting komt in concepten zoals het recht op verzekering²⁴ en universele dienstverlening²⁵.

De vraag naar de toepasselijke spelregels op een door een tweeslachtige logica geïnspireerde activiteit van de aanvullende sociale zekerheid wordt derhalve voor een deel geneutraliseerd door de tendens van toenadering die op sommige gebieden uittekent tussen de logica van de private (zelfs commerciële) actoren en de logica van de publieke overheid.

²² H. COUSY, o.c., *Liber Amicorum Roger Dillemans*, p. 59.

²³ Een interessante illustratie wordt aangetroffen in het K.B. van 14 november 2003 (oud K.B. 1969) betreffende de toekenning van buitenwettelijke voordelen aan werknemers. Overeenkomstig art. 2 is de verzekeringsinstelling die de in het besluit bedoelde extra-legale voordelen verzekert, verplicht elke aanvraag om aansluiting, ingediend door werknemers in te schrijven.

²⁴ Over de evolutie van het concept, zie H. CLAASSENS, “Du droit de l’assurance au droit à l’assurance, avec ou sans frontières”, in *Liber Amicorum René Van Gompel*, E. Story-Scientia, 1998, 39-57.

²⁵ Zie daarover W. DEVROE, “Universele dienstverlening als grens aan de risicoselectie?”, in COUSY en CLAASSENS (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Maklu-Academia-Bruylant, 1998, 279-335.

²⁶ G. CLARK, *Pension Fund Capitalism*, Oxford University Press, 2000, 342 p.

sioenfondsen, die eigenaar zijn van ontzaglijke aandelenportefeuilles, de werknemers in zekere zin ook eigenaar geworden zijn van het productiemiddel kapitaal, dank zij hun statuut van beneficiaris en soms medebeheerder van de fondsen. In dezelfde context rijst in de grote pensioenfondsen, zoals Gordon Clark terecht opmerkt, een soort van conflict-situatie die vergelijkbaar is met deze die ook in de grote kapitalistische onderneming bestaat namelijk tussen het management (in pensioenfondsen zijn dat de gespecialiseerde asset managers) en de aandeelhouders (in het pensioenfonds zijn dat *mutatis mutatis* de beneficiarissen). Om deze en andere redenen ziet Clark in het “pension fund capitalism” geen breuk met het voorafbestaande maar eerder een nieuwe fase in de evolutie.

De bedenking die ik hierbij zou willen maken betreft evenwel nog wat anders. Mijn punt of vraag betreft de positie van België in dit landschap. Zoals de meeste Europese continentale landen, Nederland uitgezonderd, behoort België tot de landen van de Alpijnse verzekeringscultuur (in tegenstelling tot de maritieme verzekeringscultuur, waaronder de Angelsaksische landen en Nederland ressorteren²⁷), en in de Alpijnse verzekeringscultuur (op sociaal vlak in ruime mate gesteund op het Rijnland-model) bekleden de pensioenfondsen geen belangrijke plaats. Het is wellicht niet realistisch te denken dat daarin verandering zal komen en, voorzover ik kan zien wordt zulks niet echt bepleit. Wellicht is een dergelijke revolutie ook niet nodig of wenselijk, zolang het basisstelsel van sociale zekerheid, waarop wij fier zijn, overeind kan blijven.

III. EEN PAAR VAN DE UITDAGINGEN VAN DE TOEKOMST

10. Keren wij onze blik ten slotte naar de toekomst, dan zijn er vanuit juridisch oogpunt voornamelijk twee ontwikkelingen die in het oog springen, en die niet alleen voor de pensioenfondsen, maar ook meer algemeen voor nagenoeg alle andere dienstverstrekkers en instellingen van beslissend belang zullen zijn. De eerste is de welvertrouwde, nagenoeg continue evolutie die uitgaat van het Europees recht, de andere is de alsnog minder zichtbare, maar wellicht even fundamentele ontwikkeling die zich in de juridische wereld aan het voltrekken is, is die van de “rights revolution”, t.z.z. de evolutie naar een rechtsbeeld waar het accent steeds meer komt te liggen op rechten (“rights”) dan op wetten en regels (“laws”).

11. Voor wat het Europeesrechtelijk luik betreft zal ik kort zijn. De Europeesrechtelijke benadering van pensioenfondsen kan best gezien worden in de context van de vernieuwing van het financieel recht die door de Europese Commissie op het getouw werd gezet in het kader van het inmiddels geheel uitgevoerde “Financial Services Action Plan”. Alleen al uit die verwijzing blijkt dat Europa zich aan pensioenfondsen voornamelijk interesseert in hun hoedanigheid van financiële instellingen.

Zoals Jan Cerfontaine onlangs schreef in een nieuw tijdschrift over pensioenen²⁸, (ik citeer), “springt uit de loutere opsomming van de sleutelbegrippen van de richtlijn duidelijk de financiële focus ervan in het oog: de ‘prudent person’-regels is het onderliggend beginsel voor het beleggingsbeleid en de mogelijkheid tot grensoverschrijdende activiteiten staat eveneens centraal. De richtlijn bevestigt daarnaast dat,

overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, de lidstaten volledig verantwoordelijk blijven voor de organisatie van hun pensioenstelsels en de organisatie en voor de besluitvorming inzake de rol van elk der pensioenpijler”.

Steeds op het niveau van een zeer algemene beschrijving van de Europese aanpak van de pensioenfondsenproblematiek, zou ik daaraan nog een andere vaststelling willen toevoegen. Zij betreft het feit dat in de Europese financiële wetgeving stilaan een nieuwe stijl van aanpak binnensluipt in de wijze waarop de financiële activiteiten worden gereguleerd. Ik verwijs naar wat ik zou willen beschrijven als de vervanging van een meer “kwantitatieve” naar een meer “kwalitatieve” benadering, van concrete regelgeving naar wetgeving die algemeen beginselen hanteert, van een sterk regulerende aanpak naar een aanpak die meer overlaat aan, en minder vertrouwen plaatst in cijfermatige criteria en meer in het voordeel van personen, zoals de toezichthouders, de erkende commissaris, de erkende actuaaris. De evolutie naar een meer kwalitatieve en toegespitste benadering in het toezichtsrecht kan op vele plaatsen worden waargenomen.

Ik vernoemde zo-even de “prudent person”-regel, ik had het eerder reeds over de soms erg vage “conduct of business

rules”, ik verwijs naar de herziening van het financieel toezicht in het kader van Bazel II en Solvency II alwaar het accent wordt gelegd op “risk based control”, hetgeen alweer verwijst naar een meer kwalitatieve aanpak.

Naar mijn mening mag men de betekenis en draagwijdte van dit soort van nieuwe benadering niet onderschatten. Op juri-

²⁷. Over het onderscheid en de kenmerken van deze twee culturen, heb ik reeds bij verschillende gelegenheden toelichting verschaft. Zie o.m. H. COUSY, “Over recht en rechtscultuur in de netwerkeconomie”, in *Tussen persoon en recht. Afscheidsbundel Prof. Mr. J.G.S. Kamphuisen*, Deventer, Kluwer, 2004, 35-46; H. COUSY, “The European Internal Insurance Market Anno 2003”, in D. HEREMANS, S. PROOST, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *Current Developments in European Integration, Financial Services and Transport Policy*, Leuven Law Series 18, Leuven University Press, 2004, 91-114.

²⁸. J. CERFONTAINE, “Implementatie van de Europese pensioenrichtlijn in het Belgisch recht: enkele preliminaire bedenkingen”, in *Pension Letter*, Jrg I, 2005, p. 3 en 4.

disch vlak geeft zij aanleiding tot een zeer concrete en geïndividualiseerde benadering van het risicoprofiel van ondernemingen, hetgeen kan leiden tot allerlei verschuivingen onder meer op het gebied van de aansprakelijkheid van toezichthouders. Ik denk dat hier een dringend domein ligt voor bezinning en zelfs wetenschappelijk juridisch onderzoek.

12. Mijn tweede bedenking, die betrekking heeft op de “rights revolution”, ligt in dezelfde lijn. Onder “rights revolution” wordt hier verwezen naar de spectaculaire juridische ontwikkeling waarbij, grotendeels onder invloed van internationaal-rechtelijke en constitutioneelrechtelijke begrippen, het accent in de rechtsorde is komen te liggen op “subjectieve rechten”, in de plaats van het objectieve wettenrecht, zoals in het Westers continentaal Europa gebruikelijk was. Mensenrechten, fundamentele rechten en het gelijkheidsimperatief spelen niet alleen een (geaccentueerde) rol in de sfeer van de publiekrechtelijke verhoudingen, maar ook in de privaatrechtelijke, zelfs commercieelrechtelijke relaties. Door de accentverschuiving van wetten naar “rechten”, komen wij ook hier in een grijze zone van beoordelingsruimte terecht en zodoende in situaties van ongewisheid die wij niet gewoon zijn en die wij moeten leren hanteren.

Pensioenfondsen komen met de mensenrechten-problematiek in contact voornamelijk via de regel van non-discriminatie tussen mannen en vrouwen.

De vraag in welke mate gebruik mag gemaakt worden van actuariële berekeningsfactoren die rekening houden met het geslacht is recentelijk in het brandpunt van de belangstelling komen te staan naar aanleiding van de richtlijn 2004/113/EG d.d. 13 december 2004 die tegen december 2007 door de lidstaten moeten worden geïmplementeerd. Hoewel deze richtlijn niet van toepassing is op aangelegenheden van arbeid en beroep, wordt expliciet gesteld dat de richtlijn wel van toepassing is op verzekeringen en pensioenen die berusten op een particuliere, los van de arbeidsbetrekking staande grondslag. Door deze richtlijn wordt elk direct onderscheid tussen mannen en vrouwen op bepaalde domeinen verboden, tenzij de lidstaten voor 21 december 2007 besluiten proportionele verschillen in premies en uitkeringen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. De betrokken lidstaten dienen de Commissie van hun besluit in kennis te stellen en ervoor te zorgen dat nauwkeurige gegevens die relevant zijn voor

het gebruik van sekse als een bepalende actuariële factor worden verzameld en bekendgemaakt, en regelmatig worden geactualiseerd. In ieder geval is het zo dat kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen mogen leiden.

In de gevallen waar de richtlijn geen toepassing vindt moet teruggegrepen worden naar de algemene beginselen zoals zij voortvloeien uit het verdrag en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Evenwel botst men desbetreffend op het ontwijkende antwoord dat het Hof van Justitie destijds in zijn arresten *Ten Oever*, *Neath* en *Collorol* heeft gegeven op de vraag of het gebruik van actuariële berekeningsfactoren die rekening houden met het geslacht strijdig is met het beginsel van gelijke behandeling (in de zin van art. 141 van het verdrag).

Valt men desbetreffend terug op de bestaande regelen van nationaal recht, dan botst men ook aldaar op een legislatieve onduidelijkheid, vermits twee, niet geheel gelijksporende wetgevingen van toepassing zijn: de anti-discriminatiewet van 25 februari 2003²⁹ en de reeds meer geciteerde wet op de aanvullende pensioenen. Waar de eerstgenoemde wetgeving een algemeen verbod bevat van discriminatie in contractuele verhoudingen (tenzij er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor handen is), bevat ook de WAP-regels inzake discriminatie, die dan expliciet van toepassing zijn op inrichters van aanvullende pensioenen maar ook op pensioeninstellingen. Over de verhouding tussen die twee wetgevingen wordt geredetwist³⁰ en de materie is delicaat aangezien de WAP zowel algemene als specifieke discriminatieverboden bevat. Verdedigbaar lijkt dat het algemeen discriminatieverbod van artikel 14 van de WAP moet beschouwd worden als een *lex generalis*, die derhalve geprimeerd wordt door de bijzondere verbodsregelen van de anti-discriminatiewet, terwijl de bijzondere discriminatieverboden van de WAP (met name deze die op het onderscheid van grond van geslacht betrekking hebben in aanvullende pensioenen) dan weer voorrang moeten krijgen op verbod van differentiatie op grond van geslacht in de discriminatiewet die ook buiten de aanvullende pensioenen toepassing vinden. Uw vereniging van pensioeninstellingen heeft aan de problematiek een studiedag gewijd en daaruit is gebleken hoezeer de rechtsonzekerheid tot vragen in de praktijk aanleiding geeft. Het wil mij voorkomen dat van de wetgever mag worden verwacht dat een meer coherente en meer rechtszekere regeling tot stand wordt gebracht.

²⁹ Het gaat om de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie. Zie desbetreffend Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?”, *T.B.H.* maart 2003, afl. 8, (646); C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Proposal for a Directive on sex discrimination: civil rights ‘individualistic’ tradition vs. Insurance ‘group’ tradition”, *Euredia* 2003, afl. 4, (585); C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Discriminatie in Verzekering”, in H. COUSY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheid- en verzekeringsrecht*, Brugge, die Keure-Themis, 2005, (27).

³⁰ Zie L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, “Gelijkheid op grond van aanvullende pensioenen”, *T.S.R.* 2003, 606; vgl. C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen en de discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 457-458.