

Memorandum

Aan	Hare excellentie mevrouw J. Klijnsma, Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
C.c.	--
Van	Adviescommissie Pensioenrecht, Nederlandse Orde van Advocaten
Datum	19 februari 2014
Betreft	Internetconsultatie Wet algemeen pensioenfonds

1. Inleiding

- 1.1. Op 23 januari 2014 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (**SoZaWe**), mevrouw J. Klijnsma, het voorontwerp van het voorstel van wet tot wijziging van de Pensioenwet in verband met de introductie van het algemeen pensioenfonds (Wet algemeen pensioenfonds), ter consultatie gepubliceerd. Na de introductie van de PPI, het vroegtijdige einde van de API is dit het tweede uitvoeringsvehikel dat in relatief korte tijd aan het Nederlandse pensioenlandschap wordt toegevoegd.
- 1.2. De Adviescommissie Pensioenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: "**de Adviescommissie**") buigt zich niet over de noodzaak van een Algemeen Pensioenfonds ("APF") maar heeft naar aanleiding van het voorontwerp wel de volgende observaties en suggesties. Hierbij beredeneert de Adviescommissie vanuit de optiek van het recht -en niet vanuit het belang- en zijn deze aanbevelingen daarmee juridisch en wet-technisch van aard met als doel het borgen van een kwalitatief hoogwaardige wetgeving, zonder te willen treden in de belangen van diverse stakeholders.

2. Gescheiden vermogens

Collectiviteitskring

- 2.1. Uit de Memorie van Toelichting ("MvT") blijkt dat het aan werkgevers en werknemers is om de collectiviteitskring te bepalen en dat in de statuten van het APF de reikwijdte van de collectiviteitskring moet zijn opgenomen.
- 2.2. De Adviescommissie adviseert het begrip collectiviteitskring te definiëren in de Pw. Daarnaast is de vraag of het inderdaad gewenst is dat de reikwijdte van de collectiviteitskring geheel ter bepaling van partijen is. Het risico bestaat immers dat 'slechte' en 'goede' risico's van elkaar worden gescheiden, hetgeen ongewenst kan zijn indien deze risico's nu in één ondernemingspensioenfonds zijn vervat. Door de scheiding van deze risico's zouden de uitvoeringskosten van de pensioenregeling(en) in de collectiviteitskring met slechte risico's wel eens substantieel kunnen stijgen.
- 2.3. Bovendien roept het splitsen van huidige collectiviteiten in meerdere collectiviteitskringen moeilijke uitvoeringsvragen op; hoe dient bijvoorbeeld een indexatiedepot of voorziening, opgebouwd surplus etc. te worden verdeeld? Daarnaast is nu niet duidelijk of de collectiviteitskringen binnen het APF allemaal op eenzelfde manier moeten worden ingevuld

of dat deze ook van elkaar kunnen verschillen (bijvoorbeeld 1 kring bestaande uit verschillende pensioenregelingen van verschillende werkgevers en een aantal kringen bestaande uit 1 pensioenregeling van dezelfde werkgever). De Adviescommissie adviseert hierover bij of krachtens de Pw nadere regels op te stellen.

Compartimentering

- 2.4. Het meest kenmerkende van een APF is dat dit pensioenfonds (met een rechtsvorm naar keuze) pensioenregelingen kan uitvoeren en daarvoor gescheiden vermogen aanhoudt die gerelateerd zijn aan collectiviteitskringen. Deze zgn. compartimentering ziet op vorderingen die samenhangen met uitvoeringskosten, pensioenaanspraken en pensioenrechten (het voorontwerp hanteert deels afwijkende termen, zie hierna onder §2.13). Opgemerkt wordt nog dat in de definitie van APF wordt gesproken van gescheiden vermogend en in overige bepalingen omtrent de APF wordt gesproken van afgescheiden vermogens. Het verdient de voorkeur om één term te gebruiken.
- 2.5. Het is onduidelijk of de kosten die verband houden met de uitvoering van de pensioenregeling wel of niet tot het afgescheiden vermogen van een collectiviteitskring behoren. Het voorgestelde art. 25, lid 1, sub j PW doet vermoeden dat die kosten niet tot het afgescheiden vermogen behoren aangezien ze daarop in mindering kunnen worden gebracht.
- 2.6. Het is onduidelijk hoe de term 'collectiviteitskring' zich verhoudt tot de term 'compartiment'. De termen lijken hetzelfde in te houden (zie p. 9, 1^e alinea, MvT) maar helemaal duidelijk wordt dat niet. Wel is duidelijk dat er tevens een compartiment voor het werkkapitaal is naast de compartimenten voor pensioen. Overigens komt de term compartiment niet voor in de voorgestelde wijzigingen van de PW.
- 2.7. De Adviescommissie wijst erop dat een APF met pensioenuitvoeringsbedrijven, vermogensbeheerders en soortgelijke dienstverleners overeenkomsten zal sluiten ter uitvoering van de pensioenregeling(en). Als met dergelijke dienstverleners niet per collectiviteitskring overeenkomsten worden gesloten (niet waarschijnlijk denken wij) dan zal het bij claims lastig zijn de compartimentering gestand te doen voor zover het werkkapitaal onvoldoende is (zie hierna). De Adviescommissie vraagt zich af of een crediteur dan naar rato van een collectiviteitskring zijn vordering dient in te dienen. In dat geval is lastig hoe zo'n pro rata deel dan moeten worden berekend. Hierbij is extra complicerend dat het vermogen van een collectiviteitskring voor wat betreft uitvoeringskosten slechts kan worden aangesproken voor kosten die volgens de uitvoeringsovereenkomst ten laste kunnen worden gebracht van dat vermogen (zie art. 123 lid 2 PW (nieuw)).
- 2.8. De MvT spreekt over werkkapitaal (het vermogen van het APF dat niet is toe te rekenen aan een collectiviteitskring en dat gebruikt wordt voor algemene uitvoeringskosten). Overwogen kan worden om bij of krachtens de Pw een bepaling op te nemen over de eigendom van dit werkkapitaal en over de mogelijkheid van terugstorten en aanwenden van dit kapitaal, dan wel dat de statuten van het APF in een dergelijke regeling moeten voorzien.

- 2.9. Als meerdere collectiviteitskringen gemeenschappelijke vermogenstitels verwerven dan zal de compartimentering mogelijk tekort schieten. Of is bedoeld dat collectiviteitskringen niet gezamenlijk belleggen?
- 2.10. Op pagina 10, 2^e alinea van de MvT staat dat het bestuur (bijvoorbeeld) kan beslissen over de individuele pensioenregeling, op het punt van indexatie voor zover overeengekomen in de uitvoeringsovereenkomst. Hoe verhoudt zich dit tot het uitgangspunt dat er binnen een collectiviteitskring/compartiment geen ringfencing plaatsvindt? Of wordt voor dit voorbeeld uitgegaan van een pensioenregeling die gelijk is aan de collectiviteitskring?

Vereffening en faillissement

- 2.11. Het voorontwerp bepaalt in het derde lid van het voorgestelde art. 123 Pw dat wanneer bij vereffening onvoldoende vermogen is het vermogen dient ter voldoening in de volgorde van het twee lid (in rangorde: kosten, rechten van deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden). Waarschijnlijk wordt hier met "vermogen" op het afgescheiden vermogen gedoeld (de logica van de compartimentering zou anders vervallen), maar helemaal helder is dat niet.
- 2.12. Anderzijds is het niet waarschijnlijk dat met "vermogen" op het afgescheiden vermogen per collectiviteitskring wordt gedoeld. Dat zou immers moeten betekenen dat ieder afgescheiden vermogen zou kunnen worden vereffend, hetgeen ook weer zou betekenen dat ieder afgescheiden vermogen een rechtspersoon moet zijn. Dat is evenwel niet de bedoeling bij het APF. Ook indien met "vermogen" het totale vermogen van het APF wordt bedoeld (dus werkkapitaal plus alle collectiviteitskringen) verdient het aanbeveling om dit duidelijk te maken.
- 2.13. Bij de rangorde is evenmin duidelijk of er ook een rangorde is binnen het voorgestelde artikel 123, lid 2, onderdeel b in de zin dat rechten van deelnemers voorgaan op die van gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden. Daarbij vraagt de Adviescommissie zich overigens af wat met rechten van deelnemers wordt bedoeld. De Adviescommissie vermoedt dat de wetgever hier op aanspraken doelt (vandaar het woord "andere" in art. 123, lid 1, onderdeel b), het ligt dan voor de hand die reeds in de wet gedefinieerde term ook hier te gebruiken.

3. Overige punten

Vervallen multi-opf

- 3.1. Het wetsvoorstel voorziet in het vervallen van het multi-opf. De bestaande multi-opf'en krijgen een overgangstermijn van 5 jaar om de door hen beheerde pensioenregelingen bij een andere pensioenuitvoerder onder te brengen (dan wel om te vormen tot een APF).
- 3.2. Mede omdat de mogelijkheid tot het creëren van een multi-opf nog niet zo lang geleden is geïntroduceerd, is het afschaffen van deze mogelijkheid voor bestaande multi-opf' ongewenst. Een pensioenfonds wordt immers opgericht met het doel om gedurende langere

tijd pensioenregelingen uit te voeren, temeer omdat het oprichten van een multi-opf flinke kosten met zich meebrengt. Daarnaast is het ook voor (gewezen) deelnemers belastend indien zij wederom naar een andere pensioenuitvoerder moeten overstappen. In dit verband dient overwogen te worden om het multi-opf voor bestaande multi-opf'en te behouden.

4. Governance

- 4.1. Ten behoeve van belangenconflicten is het verstandig in art. 105 Pw expliciet op te nemen dat ten aanzien van het beginsel van evenwichtige belangenbehartiging er sprake is van gelaagdheid van bestuur. Het bestuur handelt enerzijds op het niveau van de instelling en anderzijds op het niveau van de collectiviteitskringen (vgl p. 9, par 3.5, 1^e alinea MvT).
- 4.2. Op grond van het wetsvoorstel heeft een belanghebbendenorgaan uitsluitend de taken en bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan voor zover ze betrekking hebben op het afgescheiden vermogen waarvoor het belanghebbendenorgaan is ingesteld. Volgens de artikelsgewijze toelichting houdt dat in dat het belanghebbendenorgaan geen adviesrecht en goedkeuringsrecht heeft over algemene onderwerpen. Voor een aantal in art. 115c, lid 2 en lid 9 genoemde onderwerpen lijkt duidelijk wat een specifiek en een algemeen onderwerp is. Voor een aantal echter niet, zoals het adviesrecht ten aanzien van wijzigen van statuten (lid 2, sub b), het vaststellen van het communicatie- en voorlichtingsbeleid (lid 2, sub j) en het goedkeuringsrecht ten aanzien van het strategische beleggingsbeleid (lid 9, sub e). Teneinde iedere vorm van onduidelijkheid te voorkomen acht de Adviescommissie het wenselijk om hierover meer duidelijkheid te verschaffen.
- 4.3. De goedkeuringsrechten van het belanghebbendenorgaan worden behoorlijk aangetast door de bepaling dat het orgaan uitsluitend de taken en bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan heeft voor zover ze betrekking hebben op het afgescheiden vermogen waarvoor het belanghebbendenorgaan is ingesteld. Een liquidatie, fusie of splitsing van het APF heeft immers niet betrekking op (alleen) het afgescheiden vermogen, maar op het gehele pensioenfonds. Derhalve heeft zou het orgaan geen goedkeuringsrecht hebben ten aanzien van een besluit tot liquidatie, fusie of splitsing, terwijl dat besluit wel van invloed is op het afgescheiden vermogen. De Adviescommissie vraagt zich af of dit werkelijk de bedoeling is.