

Consultatiedocument Algemene Pensioeninstelling

Dit consultatiedocument schetst de contouren van de Algemene Pensioeninstelling (API) en gaat in op de wijzigingen die in wet- en regelgeving nodig zijn om de API mogelijk te maken. Hierbij moet primair worden gedacht aan de Pensioenwet en onderliggende regelgeving. Ook wordt voorgesteld om een aantal waarborgen uit de Wet op het financieel toezicht van (overeenkomstige) toepassing te doen zijn. Het document is gezamenlijk opgesteld door de ministeries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Financiën.

U mag op alle gepresenteerde voorstellen in dit document commentaar leveren, waarbij u ook uitdrukkelijk wordt uitgenodigd om aan te geven welke toegevoegde waarde u voor de API in het Nederlandse pensioenstelsel ziet. Voorts wordt u uitgenodigd om bij eventuele geconstateerde tekortkomingen tevens alternatieve oplossingen in te brengen.

U kunt uitsluitend reageren via de website www.internetconsultatie.nl/api2013. Daarbij kunt u aangeven of uw reactie vertrouwelijk behandeld dient te worden. De consultatietermijn bedraagt 6 weken

Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van de Europese richtlijn betreffende werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (Richtlijn 2003/41/EG) is het in Europa in principe mogelijk voor pensioenuitvoerders om met gebruikmaking van een verkregen vergunning uit het thuisland grensoverschrijdend pensioendiensten aan te bieden. Een van de doelstellingen van deze richtlijn is het bevorderen van marktwerking binnen de Europese pensioensector, zodat uitvoeringskosten worden geminimaliseerd door concurrentie op de pensioenuitvoering. De richtlijn is per 1 februari 2006 geïmplementeerd in de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) en later in de Pensioenwet (PW). In het implementatievoorstel lag destijds de nadruk op het zorgvuldig inpassen van de nationaal georiënteerde pensioenfondsen en minder op de mogelijkheden voor grensoverschrijdende pensioenuitvoering. In de hoofdlijnennotitie van 21 december 2007 aan de Tweede Kamer werd geconstateerd dat de bestaande pensioenfondsen de mogelijkheden die de Europese richtlijn biedt niet of nauwelijks kunnen benutten, hoewel Nederland een kwalitatief hoogwaardige pensioensector kent. Om die reden heeft het kabinet in 2007 besloten dat er een "algemene pensioeninstelling" diende te worden geïntroduceerd om o.a. de belemmeringen voor grensoverschrijdende pensioenuitvoering weg te nemen. De API moet niet alleen de buitenlandse pensioenregelingen kunnen bedienen maar moet ook Nederlandse regelingen kunnen uitvoeren. Het bereik van buiten- en binnenland is o.m. van belang voor multinationals die een oplossing zoeken voor hun werknemers in Nederland en in andere landen.

Onder een algemene pensioeninstelling (API) wordt daarom verstaan: een pensioenfonds dat alle typen arbeidsgelateerde pensioenregelingen kan uitvoeren die in binnen- of buitenland worden aangeboden, en dat flexibel is ten aanzien van het aantal beheerde pensioenregelingen, de eventuele solidariteit tussen de deelnemers en de inrichting van bestuur en (mede-)zeggenschap.

Om zo snel mogelijk aansluiting te vinden op de Europese markt is in 2007 besloten de API gefaseerd in te voeren en in een eerste fase door de introductie van de PPI op relatief eenvoudige en snelle wijze de opening te zoeken naar de internationale markt voor de uitvoering van DC-regelingen. De tweede fase behelst de invoering van het multi-ondernemingspensioenfonds (multi-opf) en de derde fase is de API die in deze consultatie voorligt. In de hoofdlijnennotitie van 2007 is reeds een schets gegeven van de kenmerken van een API, zoals deze op dat moment werd opgevat. Sindsdien is er in de pensioenwereld en in de financiële wereld een aantal ontwikkelingen geweest dat het denken over de API heeft beïnvloed. Een schets van de relevante ontwikkelingen op pensioenterrein is eerder dit jaar door de minister van SZW, mede namens de minister van

Financiën, aan de Tweede Kamer verstuurd. Van dat huidige denkkader wordt in dit document een schets gegeven.

Leeswijzer

Verschillende aspecten van het voorstel worden hieronder per onderwerp belicht: de definitie van een API, het behoud van de verplichtstelling, het schrappen van de domeinafbakening, de mogelijke rechtsvormen van de API, mogelijke belangentegenstellingen in een API, ringfencing, governance, zorgplichten en de toepassing van het FTK op buitenlandse pensioenregelingen. Ter vereenvoudiging van de discussie wordt de term pensioenregeling hierna gebruikt onder de veronderstelling dat de reikwijdte van de betreffende regeling overeenkomt met de reikwijdte van de beoogde solidariteitskring. Er wordt dus geabstraheerd van de mogelijkheid dat een solidariteitskring kan zijn opgebouwd door meerdere pensioenregelingen. Deze abstractie is vooral van belang in de context van ringfencing.

1. Het pensioenfonds als een API

API als species van het genus pensioenfonds

In het verleden is aangegeven dat een API als een nieuwe pensioenuitvoerder zou worden vormgegeven, naast een pensioenfonds, een verzekeraar en, sinds 2011, een premiepensioeninstelling. Zoals werd aangegeven in de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de minister van Financiën, aan de Tweede Kamer van 28 juni 2012 is het denken over de vormgeving van de API de afgelopen jaren beïnvloed door een aantal wijzigingen in de karakteristieken van een pensioenfonds. In genoemde brief wordt geschetst dat na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Versterking bestuur pensioenfondsen een pensioenfonds:

- een onafhankelijk bestuur kan hebben,
- voor verschillende ondernemingen regelingen kan uitvoeren, en in dat kader

- gescheiden vermogens kan aanhouden.

Het eerste element wordt mogelijk gemaakt met het wetsvoorstel Versterking bestuur pensioenfondsen. De elementen bedoeld bij de punten twee en drie betreffen aspecten die pensioenfondsen in de vorm van een multi-opf al kunnen uitvoeren. Dat betekent dat een pensioenfonds nu reeds op een dusdanige wijze kan worden vormgegeven dat deze kenmerken van de API worden toegepast. De afzonderlijke introductie van een API in de vorm van een nieuwe pensioenuitvoerder naast de reeds bestaande pensioenuitvoerders (pensioenfonds, verzekeraar en PPI) is niet langer noodzakelijk, omdat, met enkele aanpassingen in de Pensioenwet, ook alle andere kenmerken van de API in een pensioenfonds kunnen worden toegepast. De daartoe strekkende wetwijzigingen in het kader van de API *faciliteren* slechts het gebruik van deze elementen. Er zal geen enkele verplichting gelden voor een pensioenfonds om te opereren als een API, om meerdere pensioenregelingen uit te voeren en daartoe afgescheiden vermogens aan te houden.

Omwille van de leesbaarheid wordt in dit document telkens gesproken over een API, terwijl daarmee strikt genomen een pensioenfonds wordt bedoeld dat meerdere afgescheiden vermogens aanhoudt (zie het omkaderde begrip op pagina 1 van dit document). Met de "introductie van de API" wordt dan ook bedoeld op de wijzigingen in wet- en regelgeving die nodig zijn om aan de doelen van de API te voldoen.

Bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen als een API

De API is dus een pensioenfonds. Nu kent de PW twee typen pensioenfondsen: het ondernemingspensioenfonds (opf) en het bedrijfstakpensioenfonds (bpf). In beginsel zullen beide typen pensioenfondsen de vorm van een API kunnen aannemen. Door aanpassingen aan het opf wordt de (opf-)API mogelijk. Ook zal geregeld worden dat een vrijwillig bpf als API kan fungeren. Voor de leesbaarheid wordt in de verdere tekst het opf als uitgangspunt genomen.

Om de volgende redenen ligt het voor de hand dat vooral API's als uitwerking van het type opf zullen verschijnen:

- De behoefte aan een API is met name ingegeven door multinationals die regelingen (grensoverschrijdend) willen bundelen. En door Nederlandse ondernemingspensioenfondsen die door nauwe samenwerking schaalvoordelen willen behalen.
- Bedrijfstakpensioenfondsen zijn veelal verplichtgesteld en zoals hieronder wordt toegelicht zal de API niet open worden gesteld voor verplichtgestelde fondsen (zie paragraaf 3 voor een nadere onderbouwing).

Voorgesteld wordt om de definitie van het opf in de PW te wijzigen, zodat daaronder voortaan ook een opf met de kenmerken van een API te begrijpen is. De definitie van een opf komt dan te luiden: Een ondernemingspensioenfonds is een pensioenfonds verbonden aan een of meerdere ondernemingen of groepen. Met de wijziging van deze definitie kan een opf zowel aan één onderneming (of groep) verbonden zijn (het "traditionele" opf) als aan meerdere ondernemingen (of groepen). In dat laatste geval is er sprake van een pensioenfonds dat als API fungeert. De deelnemende ondernemingen binnen dat opf-API hoeven geen onderlinge band te hebben. Opgemerkt wordt dat met deze wijziging in feite het multi-opf wordt doorontwikkeld, waarbij ook gebruik wordt gemaakt van de ervaringen met de PPI.

Het onderscheidend criterium voor de vraag wanneer een opf een API is, is het aantal ondernemingen voor welke het pensioenfonds regelingen uitvoert, of indien er één onderneming verbonden is aan de API, het aantal voormalige afzonderlijke pensioenfondsen van de onderneming dat in de API als afgescheiden vermogens is ondergebracht. De API zal het multi-opf vervangen.

Vergunningplicht API

De Pensioenwet kent thans geen voorschriften met betrekking tot een ex-ante toetsing van een pensioenfonds en zijn bestuurders en interne toezichthouders (raad van toezicht). Nadat het wetsvoorstel Versterking bestuur pensioenfondsen zal zijn aangenomen, zal de toezichthouder uiterlijk zes weken voor de beoogde datum van oprichting van een pensioenfonds moeten worden geïnformeerd over een voornemen daartoe. Het pensioenfonds zal zich vervolgens drie maanden na zijn oprichting moeten melden bij de toezichthouder. Bij die gelegenheid zal de oprichting moeten worden bevestigd aan de toezichthouder en zal een aantal documenten moeten worden overhandigd. Deze documenten en melding bieden de toezichthouder aangrijpingspunten voor het doorlopend toezicht op het pensioenfonds. Alleen voor het uitvoeren van buitenlandse pensioenregelingen dient thans vantevoren een vergunning te worden verkregen.

Vanwege de complexiteit van de bedrijfsvoering in verband met de gescheiden uitvoering van meerdere pensioenregelingen in een API wordt voorgesteld een vergunningplicht voor te schrijven. Dat wil zeggen dat er een ex-ante toetsing op een aantal kenmerken van de API wordt voorgesteld, opdat de borging van de kwaliteit van de pensioenuitvoering in de organisatie van de API kan worden getoetst voordat deze met zijn dienstverlening begint. Zo'n toetsing ligt eveneens voor de hand bij een omvorming van een bestaand pensioenfonds in een API. Voorgesteld wordt om bij de selectie van elementen van de API die ex-ante moeten worden getoetst aan te sluiten bij de voorschriften die gelden voor premiepensioeninstellingen. Dat wil zeggen dat in ieder geval zal worden getoetst op de geschiktheid en de betrouwbaarheid van de personen die het beleid van de API bepalen of mede bepalen, de opzet van de bedrijfsvoering en de financiële soliditeit.

2. Verplichtstelling en API

Hierboven kwam al aan de orde dat de API niet relevant zal kunnen zijn voor ondernemingen en werknemers die te begrijpen zijn onder een verplichtstelling aan een bedrijfstak- of beroepspensioenfonds. Evenmin zal een verplichtgesteld bpf zich kunnen omvormen tot een API.

De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de introductie van de API niets verandert aan de inrichting van de verplichtstelling. In de hoofdlijnennotitie van 21 december 2007 aan de Tweede Kamer is reeds opgemerkt dat de huidige praktijk van de verplichte deelneming in een pensioenfonds – zoals deze is geregeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 – niet zal worden gewijzigd bij de introductie van de API. In een brief van de minister SZW van 29 mei 2007 is bovendien aangegeven dat, als de API eenmaal van de grond is gekomen, bezien zal worden of er aanleiding is de vormgeving van de verplichtstelling te heroverwegen.

In dit kader is het van belang te beseffen dat verplichtgestelde fondsen altijd één financieel geheel moeten vormen en verplicht zijn een doorsneepremie te heffen. Op deze wijze wordt de solidariteit binnen het fonds vormgegeven. De doelstelling van het organiseren van solidariteit tussen deelnemers/generaties geldt als een belangrijk argument in de verantwoording van de acceptatie van een verplichtstelling als uitzondering op de mededingingsregels.

De API maakt het mogelijk de uitvoering van verschillende pensioenregelingen te bundelen (zodat schaalvoordelen tot kostenbesparingen kunnen leiden), zonder dat er een verplichting geldt om risico's met iedereen te delen.

3. Schrappen domeinafbakening

Een belangrijk kenmerk van de API is dat deze meerdere, van elkaar gescheiden pensioenregelingen kan uitvoeren. Dat is vooral nuttig als de API daarbij niet is gebonden aan één onderneming of één niet-verplichtgestelde bedrijfstak. Met de introductie van het multi-opf was een opf al niet langer gehouden aan één domein (te weten de eigen onderneming) en kon het voor meerdere ondernemingen opereren. Er bestond echter nog wel de restrictie dat de deelnemende ondernemingen eerder een eigen opf moesten hebben gehad, dat tenminste 5 jaar had bestaan.

Voortaan kan een opf voor iedere onderneming in NL en daarbuiten een of meerdere pensioenregelingen uitvoeren, ongeacht de vraag of de betreffende onderneming al eerder een ondernemingspensioenfonds had. Dat betekent dat ook werkgevers die vrijstelling hebben gekregen van de verplichte deelname bij een bedrijfstakpensioenfonds, hun pensioenregeling kunnen onderbrengen bij een opf dat als API fungeert. Eveneens kunnen werkgevers die nu een regeling hebben bij een verzekeraar overstappen naar een API. Het kabinet is zich ervan bewust dat met deze wijziging de afspraak over de domeinafbakening in de taakafbakening gewijzigd wordt. Omdat ook verzekeraars een pensioenfonds kunnen oprichten dat als API fungeert, is er naar het oordeel van het kabinet sprake van een gelijk speelveld tussen verzekeraars en pensioenfondsen en wordt het uitgangspunt van de taakafbakening afspraken niet geschonden.

4. Rechtsvorm

In de hoofdlijnennotitie van 2007 is al ingegaan op de vraag of voor de API specifieke rechtsvormen geschikt, dan wel ongeschikt moesten worden geacht. Gewezen werd op het belang dat de API kan inspelen op de wensen die bij werknemers en werkgevers in binnen- en buitenland leven en dat bij dat uitgangspunt past dat eenieder in staat moet zijn een API op te richten.

Omdat voorgesteld wordt een API te realiseren als species van het genus pensioenfonds en niet als een nieuwe pensioenuitvoerder naast een pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling, het uitgangspunt in 2007), is het nuttig om deze vraag nogmaals kort te behandelen.

De Pensioenwet schrijft op dit moment geen specifieke rechtsvorm voor aan pensioenfondsen. In de praktijk kennen vrijwel alle pensioenfondsen echter de stichtingsvorm. Een kleine groep fondsen heeft gekozen voor de BV-vorm. Voor een premiepensioeninstelling (PPI) is de keuze in rechtsvormen wel expliciet gegeven: deze mag de vorm van een NV, BV, Europese NV of stichting aannemen. Deze rechtsvormen zijn internationaal herkenbaar en sluiten – in verband met de omvang van de vermogens die in pensioenuitvoerders worden ondergebracht – hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor tekorten in de onderneming uit. De ervaring met de

premiepensioeninstelling wijst uit dat ook hierbij de keuzemogelijkheid van de rechtsvorm actief wordt benut: onder de PPI's bevinden zich zowel stichtingen als NV's en BV's.

Voorgesteld wordt om, net als in de huidige regelgeving voor pensioenfondsen, de API vrij te laten in de keuze voor een bepaalde rechtsvorm en dus geen rechtsvormen voor te schrijven. Dat geldt ook voor de keuze ten aanzien van een profit of een not-for-profit doelstelling. De reden om niet bij voorbaat bedrijfsmodellen uit te sluiten is om het aanbod in potentie zo breed mogelijk te doen zijn. Zo kan onderling goed worden vergeleken en de beste kwaliteit-prijsverhouding worden gekozen. Hoe meer ruimte wordt geboden, hoe groter de kans van een breed aanbod aan pensioenuitvoerders waaruit door werkgever en werknemer gekozen kan worden, dat hen optimaal kan bedienen. Niet iedere werkgever of werknemer zal in staat zijn de verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering van een API op zich te nemen en het daarvoor benodigde operationeel vermogen in te brengen (in een non-profit omgeving). Daarom wordt ook ruimte gelaten aan derden om een API op te zetten. Deze derde zal zich terecht beloond willen zien voor zijn inspanningen en de bedrijfsrisico's die hij loopt. Vandaar dat een API ook een for-profit-organisatie kan zijn, net als een PPI of verzekeraar. Zowel in een for-profit en not-for-profit context kunnen zich belangenconflicten in een API voordoen. Wel kunnen de conflicten scherper en explicieter zijn in een for-profitomgeving. Het is daarom van belang om die potentiële belangenconflicten te erkennen, transparant te maken en adequaat te adresseren.

5. Mogelijke belangentegenstellingen in een API

In deze paragraaf wordt aangegeven welke handvatten bestuurders van pensioenfondsen en toezichthouders reeds kunnen ontleenen aan bestaande wet- en regelgeving bij het adresseren van mogelijke belangentegenstellingen in een API en welke aanvullende maatregelen worden voorgesteld .

Het is van belang dat belangentegenstellingen worden onderkend en geadresseerd in onder meer de statuten van de API, de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de API en de bedrijfsvoering van de API. De statuten en de uitvoeringsovereenkomst die ten grondslag liggen aan de uitvoering van de pensioenregeling door de API kunnen echter niet in gedetailleerde afspraken voor alle mogelijke situaties voorzien. Zij zullen niet adequaat van tevoren alle mogelijke belangenconflicten kunnen adresseren die in de dagelijkse praktijk voorkomen bij de pensioenuitvoering.

De Pensioenwet en het Burgerlijk Wetboek bieden het bestuur van een pensioenfonds reeds een aantal handvatten over hoe bij het aansturen van het fonds rekening moet worden gehouden met belangentegenstellingen. In de Pensioenwet zijn taken en bevoegdheden van bestuurders, interne toezichthouders en de medezeggenschap van belanghebbenden bij beslissingen van het bestuur aangaande een regeling benoemd en geborgd. Ook kent de Pensioenwet een verplichting tot ringfencing van pensioenregelingen in de toepassing van het FTK bij een gescheiden uitvoering van meerdere pensioenregelingen en zijn in de Pensioenwet principes waaraan het bestuur gehouden is bij de uitoefening van haar taak vastgelegd: de "evenwichtige belangenbehartiging" en het "prudent-person beginsel" bij het aangaan van beleggingen. Deze handvatten zullen eveneens van nut kunnen zijn voor het bestuur van de API en de toezichthouder.

Hierboven is al aan de orde gekomen dat een API mogelijk in de vorm van een kapitaalvennootschap (rechtsvorm BV of NV) zal opereren. In dat geval zal het bestuur van de API kunnen worden geconfronteerd met belangentegenstellingen tussen de aandeelhouders enerzijds en de "economisch eigenaren" van de pensioenregelingen, te weten de (gewezen) deelnemers, gepensioneerden en de werkgever anderzijds. Er kan door deze groepen van belanghebbenden bij de API bijvoorbeeld verschillend worden gedacht over de toedeling van gelden. Aandeelhouders zullen in beginsel prikkels ervaren om eventuele overschotten voor henzelf te laten reserveren en tekorten voor rekening van de economisch eigenaren van de pensioenregelingen te doen komen. De economisch eigenaren van de pensioenregelingen zullen op hun beurt in beginsel surplus ten

gunste van de pensioenrechten willen laten komen en financiële risico's bij het eigen vermogen van de API willen neerleggen. Om te verzekeren dat risico's die voortkomen uit de bedrijfsvoering alleen impact hebben op het eigen vermogen van de API en dat beleggings- en sterfteresultaten alleen gevolgen hebben voor de vermogens behorend bij de pensioenregelingen (pensioenvermogens) dienen de eisen aan ringfencing tussen eigen vermogen en pensioenvermogens te worden aangevuld met civielrechtelijke maatregelen. Daarnaast wordt hieronder voorgesteld om voorgenomen dividenduitkeringen te laten toetsen door de toezichthouder en het onderscheid in de governance van de API tussen zeggenschap in verband met de bedrijfsvoering van de instelling en zeggenschap in verband met de invulling van keuzes die mogelijk zijn binnen pensioenregelingen te verduidelijken. Ook wordt de suggestie gedaan om enkele zorgplichten voor de API vast te leggen die tot doel hebben de kwaliteit van de dienstverlening aan werkgevers en werknemers te borgen.

Er kunnen zich ook belangentegenstellingen voordoen in een API die te maken hebben met het feit dat de API meerdere pensioenregelingen uitvoert. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen een single-client en een multi-client model. Van een single-client API kan worden gesproken wanneer pensioenen worden uitgevoerd op verzoek van slechts één werkgever of één groep van werkgevers die (vanwege hun verbondenheid) de risico's van de pensioenuitvoering met elkaar delen. In een multi-client API zullen pensioenen worden uitgevoerd op verzoek van werkgevers die in beginsel geen verbondenheid met elkaar hebben en alleen het financiële (rest)risico van de *eigen* pensioenregeling willen dragen. Vooral in het laatste geval zal het bestuur van de API kunnen worden geconfronteerd met belangen van de economisch eigenaren van de pensioenregelingen die tegengesteld kunnen zijn. In het geval dat onderlinge solidariteit tussen de verschillende pensioenregelingen uitdrukkelijk niet wordt beoogd worden waardeherverdelingen binnen het vermogen van de API tussen pensioenregelingen, bijvoorbeeld wanneer sterfte- en beleggingsresultaten verschillen, zeer waarschijnlijk als problematisch ervaren. Immers is er niet beoogd om mee te delen in risico's van andere pensioenregelingen. Ook hier geldt dat een (civielrechtelijke) aanvulling van de eisen aan ringfencing de bescherming van vorderingen van pensioendeelnemers en -gerechtigden zou kunnen versterken door vast te leggen dat beleggings- en sterfteresultaten alleen gevolgen kunnen hebben voor het vermogen bij de pensioenregeling waaruit risico's deze voortkomen. Daarnaast wordt voorgesteld om te verduidelijken dat bij een gescheiden uitvoering van meerdere pensioenregelingen in een API de Nederlandse of buitenlandse economische eigenaren van een pensioenregeling hun zeggenschap over besluiten van het bestuur ten aanzien van de door hen ondergebrachte pensioenregelingen behouden. Dit voor zover deze zeggenschap volgt uit de sociale en arbeidswetgeving van het land van herkomst of uitdrukkelijk onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst.

6. Ringfencing

Ringfencing verplicht

Voorgesteld wordt om de verplichting tot ringfencing die is opgelegd aan het multi-opf over te nemen voor de API. Dit omdat de API eveneens beoogt meerdere pensioenregelingen gescheiden uit te voeren en de API het multi-opf daarom zal gaan vervangen.

Onder ringfencing wordt hier verstaan het onderscheiden van compartimenten binnen het vermogen van de (rechtspersoon) API: een eigen "operationeel" vermogen en meerdere pensioenvermogens.

Ringfencing binnen een API heeft tot doel om risico's die voortkomen uit de bedrijfsvoering alleen impact te doen hebben op het eigen vermogen van de API en om beleggings- en sterfteresultaten alleen gevolgen te doen hebben voor de vermogens behorend bij de pensioenregeling die het betreft. Door een verplichting tot ringfencing worden beslissingen van het bestuur geïdentificeerd en tegengegaan, die tot een herverdeling van de economische waarde van het vermogen van de API tussen de verschillende compartimenten in het vermogen van de API leiden, zonder dat er sprake is van een herverdeling van verplichtingen .

Aanscherping van eisen aan ringfencing

Voorgesteld wordt om de verplichting tot ringfencing zoals die thans is geformuleerd voor pensioenfondsen aan te scherpen. Dit opdat de rechten van pensioendeelnemers en –gerechtigden door ringfencing kunnen worden beschermd tegen claims van derden die verhaal voor hun vorderingen zoeken op de API. Voorgesteld wordt om in de wet vast te leggen dat ,ter bescherming van de rechten van pensioendeelnemers en –gerechtigden, een herverdeling van economische waarden tussen compartimenten in het vermogen van de API alleen wordt toegelaten voor zover dit volgt uit afspraken over uitvoeringskosten die in de uitvoeringsovereenkomst uitdrukkelijk en specifiek zijn bepaald. Zie onder voor een nadere uitwerking.

Gevolgen voor bestaande solidariteitskringen

Genoemde voorstellen in verband met ringfencing laten de bestaande solidariteitskringen onverlet, voor zover alle werkgever(s) en werknemers die beogen onderling financiële risico's met elkaar te delen reeds in één pensioenregeling zijn ondergebracht.

Ringfencing laat geen ruimte om financiële solidariteit ("een financieel geheel") tussen regelingen te organiseren. Een vergroting van de solidariteitskring kan alleen worden bereikt door anderen eveneens onder het bereik van de betreffende pensioenregeling te brengen.

Ringfencing en het prudentieel kader (FTK)

Hierboven is al aan de orde gekomen dat wordt voorgesteld om de verplichting tot ringfencing die reeds geldt voor het multi-opf over te nemen voor de API die het multi/opf zal gaan vervangen. In artikel 125a van de Pensioenwet is vastgelegd dat wanneer een pensioenfonds beoogt meerdere pensioenregelingen gescheiden uit te voeren, dat het financieel toetsingskader (FTK) per pensioenregeling moet worden toegepast. Die verplichting heeft tot doel om ongewenste herverdelingen van waarden tussen compartimenten in het vermogen van de API tegen te gaan die kunnen voortkomen uit de toepassing van prudentiële eisen. Als bij de toepassing van prudentiële eisen zou worden uitgegaan van één financieel geheel zou een tekort of surplus behorend bij een van de pensioenregelingen immers respectievelijk ten laste of ten gunste van het totale pensioenvermogen dat in beheer is komen. Daarmee zouden beleggings- en sterfteresultaten altijd (evenredig) worden omgeslagen over alle pensioenregelingen. Met ringfencing van pensioenvermogens in de toepassing van het prudentieel kader op de API wordt beoogd dit tegen te gaan.

Voorgesteld wordt om ook voor de API het uitgangspunt te gebruiken dat het FTK per pensioenregeling moet worden toegepast. Een API zal meerdere pensioenregelingen uitvoeren voor zowel voor Nederlandse als buitenlandse partijen. Voor zover een API Nederlandse pensioenregelingen uitvoert, wordt voorgesteld het FTK onverkort op de betreffende pensioenregelingen van toepassing te doen zijn om arbitrage tussen verschillende soorten pensioenfondsen te voorkomen. Hoe in de toepassing van het FTK kan worden omgegaan met afwijkende karakteristieken van buitenlandse pensioenregelingen en hoe arbitrage tussen pensioenuitvoerders uit verschillende landen kan worden voorkomen wordt toegelicht in paragraaf 11.

Eisen aan de administratie en het eigen vermogen vanwege ringfencing

Ten behoeve van de ringfencing zal in de administratie van de API een helder onderscheid moeten worden gemaakt tussen de verschillende pensioenvermogens die in verband met de te onderscheiden pensioenregelingen worden aangehouden (zowel de activa als de passiva in verband met een pensioenregeling). Daarnaast zal een onderscheid worden vereist tussen de pensioenvermogens en het eigen vermogen dat de API aanhoudt in verband met de bedrijfsmatige risico's die de pensioenuitvoerder loopt ("operationeel vermogen").

Verschillen in omvang en complexiteit tussen de (binnen- en buitenlandse) pensioenregelingen leiden ook tot verschillende bedrijfsmatige risico's. Deze regelingen maken echter wel allen gebruik van dezelfde infrastructuur of dienstverlening van de API, zoals pensioen- of beleggingsadministratiesystemen. Daarom zal de buffer die volgens het prudentiële kader moet

worden aangehouden in verband met deze operationele risico's, worden gekalibreerd aan (de veronderstelde frequentie en omvang van) de mogelijke bedrijfsmatige risico's van alle verschillende pensioenregelingen die bij een API zijn ondergebracht. De bescherming van een pensioenvermogen tegen verhaal door derden in verband met vorderingen op de pensioenuitvoerder die geen verband houden met expliciet en specifiek overeengekomen uitvoeringskosten valt buiten het bereik van het prudentiële kader, maar wordt hierna behandeld.

Goederenrechtelijke scheiding van vermogens in een API

Ringfencing ten behoeve van de toepassing van het FTK heeft louter interne gevolgen voor de toedeling van financiële risico's door het bestuur over de verschillende compartimenten van het vermogen van de API, namelijk de pensioenvermogens en het operationeel vermogen. Deze ringfencing is alleen relevant voor de verdeling van kosten en winsten wanneer is komen vast te staan dat deze kosten en winsten voor rekening van de API komen en dus van invloed zullen zijn op het vermogen van de API.

Derden die verhaal zoeken op het vermogen van de API voor hun vorderingen hoeven in beginsel geen rekening te houden met deze interne afspraken, omdat er geen goederenrechtelijke (externe) werking van uitgaat. Dit soort, alleen intern werkende administratieve, ringfencing beschermt een pensioenregeling dus niet tegen claims van derden jegens andere pensioenregelingen binnen de API of vanwege de bedrijfsvoering van de API. Daarom wordt voorgesteld om voor de API aanvullende ringfencing-technieken te gebruiken die al worden toegepast op de PPI. Deze beogen verhaal voor vorderingen door derden (crediteuren) tegen te gaan als die vorderingen zouden leiden tot herverdelingen van waarden tussen compartimenten in het vermogen van de API die niet gerechtvaardigd worden door een herverdeling van verplichtingen. Consequentie hiervan is dat de crediteur dus mogelijk geen volledig verhaal voor zijn vordering kan vinden, terwijl de API wel voldoende gelden onder zich houdt, maar uit andere hoofde.

Dit kan worden bereikt door een wettelijke regeling die het pensioenvermogen van een pensioenregeling goederenrechtelijk afscheidt van andere pensioenvermogens en van het eigen vermogen van een API. Deze wettelijke regeling voorziet bovendien in een duiding van vorderingen die ten laste van een pensioenvermogen kunnen worden gebracht en in welke volgorde. Voorgesteld wordt om in de wet vast te leggen dat alleen uitvoeringskosten die expliciet en specifiek zijn overeengekomen in de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de API reden kunnen geven tot een herverdeling van de economische waarde tussen een pensioenvermogen en het eigen vermogen van de API. Voorgesteld wordt om deze regeling, evenals bij de PPI, zowel buiten als in een mogelijk faillissement van de pensioenuitvoerder te doen zijn. Bovendien wordt voorgesteld om net als bij een PPI een verplichting tot het extern onderbrengen van een pensioenvermogen bij een pensioenbewaarder op te nemen, voor die situatie dat op grond van het beleggingsbeleid dat wordt gevoerd in verband met een pensioenregeling een reëel risico bestaat dat het pensioenvermogen en het eigen vermogen van de pensioenuitvoerder ontoereikend zullen zijn voor voldoening van vorderingen.

7. Governance

Samenloop pension fund governance en vennootschapsrecht

In paragraaf 5 kwam al aan de orde dat de komst van de API mogelijk tot gevolg heeft dat bij de inrichting van een pensioenfonds meer gebruik gaat worden gemaakt van rechtsvormen met aandeelhouders dan voorheen. Dat betekent dat extra aandacht moet worden besteed aan de samenloop tussen de voorschriften aan de pension fund governance die volgen uit de Pensioenwet en de eisen aan de corporate governance van kapitaalvennootschappen (NV's en BV's) die volgen uit het vennootschapsrecht.

Bestuurders van kapitaalvennootschappen dienen in de uitoefening van hun functie verschillende belangen in verband met de onderneming af te wegen. Zij zullen onder meer de continuïteit van de onderneming en de belangen van klanten moeten afwegen, maar ook de belangen van aandeelhouders bij het toekennen van dividenden in verband met het door hen verstrekte (risicovolle) kapitaal.

Op grond van artikel 111 (nieuw) van de Pensioenwet moet het doel van de API in de statuten worden vastgelegd. Met "doel" wordt in vennootschapsrechtelijke termen bedoeld het beoogde terrein van werkzaamheden. Logischerwijs zal het doel van een pensioenfonds, dus ook dat van een API, verband houden met het uitvoeren van pensioenregelingen in het belang van deelnemers en pensioengerechtigden. Alle organen van de API zullen binnen deze doelomschrijving moeten handelen. In geval van een API in de vorm van een kapitaalvennootschap betreft dat dus ook de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit alles neemt niet weg dat die doelstelling ook in een for-profit context kan worden ingevuld.

Het bestuur van de onderneming is beschikkingsbevoegd over het vermogen van de API en alle bestanddelen waaruit dit vermogen is samengesteld. De algemene vergadering van aandeelhouders kan het bestuur bewegen tot beslissingen in verband met het vermogen voor zover dit vermogen niet "beklemd" is. Over de aanwending van het grootste deel van het vermogen in de API door het bestuur heeft de aandeelhoudersvergadering derhalve geen zeggenschap: die pensioenvermogens zullen zoals besproken in de vorige paragraaf goederenrechtelijk worden afgescheiden en zullen alleen worden aangewend ter voldoening van uitdrukkelijk en specifiek overeengekomen uitvoeringskosten. In jaarrekeningrechtelijke zin gaat het bij de pensioenvermogens om technische voorzieningen die benodigd zijn voor toekomstige uitkeringen aan pensioendeelnemers en de binnen de pensioenregelingen opgebouwde wettelijke reserves.

Evenals bij een bank wordt voorgesteld om een dividenduitkering uit een API alleen toe te staan met een verklaring van geen bezwaar van de toezichthouder (DNB). Dit voorkomt dat het operationeel vermogen van de API kan worden uitgehold door het bestuur op verzoek van de aandeelhouders. DNB zal een voorgenomen dividenduitkering toetsen aan de vraag of de uitkering bijvoorbeeld gevolgen zou kunnen hebben voor de kwaliteit en continuïteit van de bedrijfsvoering.

(Mede)zeggenschap op handelen door het bestuur

Omdat in een API meerdere pensioenregelingen worden uitgevoerd zal in de governance van de API een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de medezeggenschap op het handelen van het bestuur in verband met de bedrijfsvoering van de API (het niveau van de instelling) en zeggenschap over beslissingen van het bestuur die de verschillende de pensioenvermogens betreffen (het niveau van de regelingen). Deze paragraaf bespreekt de vormgeving van de "pension fund governance".

Voor deelnemers in zowel Nederlandse als buitenlandse pensioenregelingen in een API is het belangrijk dat zij (mede)zeggenschap behouden over besluiten van het bestuur ten aanzien van de door hen ondergebrachte pensioenregelingen indien deze (mede)zeggenschap volgt uit de sociale en arbeidswetgeving van het land van herkomst of dat de medezeggenschap uitdrukkelijk onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst.

Bestuursmodel

Een API zal met betrekking tot het bestuursmodel dezelfde mogelijkheden krijgen die ook een pensioenfonds met een enkele solidariteitskring heeft. Een API zal dus naar keuze een paritair bestuur of een onafhankelijk bestuur kunnen hebben.

In een API worden meerdere pensioenregelingen ondergebracht die niet onderling solidair zijn. Dat brengt met zich dat er in een API voor elke pensioenregeling belanghebbenden zijn die (mede) zeggenschap willen hebben, voor zover de sociale en arbeidswetgeving van het land van herkomst of die pensioenregeling daarin voorziet.

Bij een paritair bestuur in een pensioenfonds functionerend als een API is het aan het fonds om te kiezen uit welke ondernemingen de sociale partners en gepensioneerden zitting hebben in het bestuur. In tegenstelling tot de bepalingen van het multi-opf zal niet langer worden voorgeschreven dat iedere onderneming in het bestuur vertegenwoordigd moet zijn. Hierdoor kan ook bij een relatief groot aantal regelingen de omvang van het bestuur beperkt blijven. Bovendien

vergroot dit de mogelijkheden om de meest capabele bestuurders te kiezen. Wel zal er per afgescheiden pensioenvermogen een deelnemers- en pensioengerechtigdenraad (DPR) worden ingesteld. Voor zover er sprake is van buitenlandse deelnemende ondernemingen, zal de DPR facultatief zijn en de feitelijke invulling zal afhankelijk zijn van het lokale sociaal en arbeidsrecht.

In een API met een onafhankelijk bestuursmodel bestaat het bestuur niet uit personen die werkgevers of werknemers vertegenwoordigen. Per afgescheiden pensioenvermogen zal een belanghebbendenorgaan worden ingesteld. Dat betekent dat de bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan alleen zien op de eigen regeling. Voor buitenlandse ondernemingen die deelnemen in de API zal instelling van het belanghebbendenorgaan facultatief zijn en zoals gezegd zal de feitelijke invulling afhankelijk zijn van het lokale sociaal en arbeidsrecht, maar nooit verder kunnen gaan dat de bevoegdheden die een Nederlands belanghebbendenorgaan zou hebben.

Het bestuur van de API zal voornamelijk bezig zijn met het besturen van het fonds en de dagelijkse aangelegenheden rondom de verschillende pensioenregelingen. Het API-bestuur beslist tevens over de regelingoverstijgende zaken. Ingrijpende bestuursbesluiten vereisen de goedkeuring van de raad van toezicht.

Voorgesteld wordt om de geschiktheideisen aan het bestuur en de raad van toezicht van de API proportioneel toe te passen. Meer dan bestuurders van een pensioenfonds die één financieel geheel vormt zullen (mede)beleidsbepalers van de API geschikt (deskundig en vaardig) moeten zijn om met de gescheiden uitvoering van meerdere pensioenregelingen om te gaan. Ook demogelijke uitvoering van buitenlandse pensioenregelingen voegt een extra laag van complexiteit toe, waardoor meer kan worden geleverd van het fondsbestuur.

Raad van Toezicht, medezeggenschap en statuten

Voorgesteld wordt om een API te verplichten intern toezicht te organiseren (door een Raad van Toezicht of in een one-tier-board) en een API niet de mogelijkheid te geven om voor een visitatiecommissie te kiezen. Vanwege de complexiteit van het uitvoeren van meerdere pensioenregelingen in afgescheiden vermogens, en de eventuele belangentegenstellingen die daarbij kunnen optreden, is het van belang dat in een API doorlopend de intern toezichtfunctie wordt vervuld door personen die niet direct betrokken zijn een van de uitgevoerde pensioenregelingen. Een Raad van Toezicht bestaat in elk geval uit onafhankelijke personen. Bij een gemengd bestuur wordt het interne toezicht uitgeoefend door de niet-uitvoerende bestuurders, waarbij het zonder nadere regeling ook mogelijk zou zijn dat de niet-uitvoerende bestuurders belanghebbenden zijn. Vanwege de noodzaak van een onafhankelijk intern toezicht wordt voorgesteld het omgekeerd gemengd bestuursmodel uit te sluiten voor toepassing in een API. Voor de bevoegdheden van de Raad van Toezicht en de DPR of het belanghebbendenorgaan, en de informatie in de statuten van een pensioenfonds, is op enkele punten aanpassing nodig om een API te kunnen laten functioneren. In enkele gevallen zal de bevoegdheid beperkt worden tot voor zover die bevoegdheid voor de betreffende regeling relevant is.

Het betreft de volgende goedkeuringsrechten van de Raad van Toezicht:

<i>Goedkeuringsrecht RvT (zie wetsvoorstel versterking bestuur)</i>	<i>Toepassing op de API</i>
Het jaarverslag en de jaarrekening	De RvT zal op het geheel van jaarverslag en jaarrekening van de API als onderneming haar goedkeuring moeten verlenen (niet per regeling, want de jaarrekening die daarvoor wordt vereist, moet langs het belanghebbendenorgaan – zie artikel 10 IORP-richtlijn).
gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds	Het betreft bij dit goedkeuringsrecht een collectieve waardeoverdracht. Het huidige goedkeuringsrecht moet worden gezien in de situatie waarin een fonds één financieel geheel is: de RvT weegt de belangen van alle betrokkenen. Bij een API bestaan echter meerdere afgescheiden regelingen in een

	fonds. Het is onwenselijk dat de RvT van de API als onderneming een vertrek van een gehele pensioenregeling kan blokkeren. Dit goedkeuringsrecht van de RvT zou bij een API dus uitsluitend moeten zien op het vertrek van <i>een deel van</i> een (afgescheiden) regeling, waarbij de RvT de belangen van <i>alle betrokkenen bij die regeling</i> afweegt.
liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds	Enerzijds heeft RvT in een API op dit punt een taak bij liquidatie/fusie/splitsing van de <i>rechtspersoon</i> , en anderzijds ten aanzien van liquidatie/fusie/splitsing van <i>regelingen</i> (in dat laatste geval betreft het telkens de afweging van de bij de te liquideren/fuseren/splitsen regeling betrokken belangen)
samenvoeging van pensioenfonds als bedoeld in de definitie van ondernemingspensioenfonds (in artikel 1 Pw)	Dit ziet momenteel specifiek op een besluit tot inrichting van een multi-opf. Voor de API is het aantrekken van pensioenregelingen een onderdeel van de doorlopende bedrijfsuitoefening en daarmee een typische bestuurstaak. Wel moet het bestuur van de API het <i>beleid</i> voor het aantrekken van pensioenregelingen laten goedkeuren door de Raad van Toezicht.

In het verlengde van het laatste onderdeel in de tabel hierboven is het van belang dat als zich meerdere afgescheiden pensioenregelingen in een API bevinden, het daadwerkelijk mogelijk is voor een pensioenregeling om indien gewenst te vertrekken. Daartoe moet het bestuur een *beleid* opstellen voor het laten vertrekken van pensioenregelingen en dit laten goedkeuren door de Raad van Toezicht. Zo kan de RvT invulling geven aan haar generieke belangenafwegende functie t.a.v. de pensioenregeling enerzijds en de continuïteit van de API anderzijds.

Ook in de lijst met verplicht in de statuten op te nemen elementen is enige aanpassing nodig:

<i>In de statuten op te nemen informatie (zie wetsvoorstel versterking bestuur)</i>	<i>Toepassing op de API</i>
de wijze waarop de leden van de deelnemers- en pensioengerechtigdenraad dan wel het belanghebbendenorgaan worden benoemd en ontslagen	De statuten kunnen dezelfde benoemings- en ontslagprocedure voor alle belanghebbendenorganen in de API vaststellen, of de verschillende organen een keuze geven uit verschillende in de statuten op te nemen modellen.
de wijziging van de statuten	Hierbij zal voor de API worden bepaald dat het verboden is een goedkeuringsrecht op statutenwijziging toe te kennen aan een belanghebbendenorgaan van een pensioenregeling die geen belanghebbende is bij de betreffende wijziging.
de wijze waarop beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 2, twaalfde lid, geschiedt	Voor de API krijgt dit in de statuten op te nemen element de functie van een "afwikkelbaarheidsplan": uitgangspunten die het fonds bij zijn dienstverlening in acht neemt opdat het vertrek van een pensioenregeling niet belemmerd wordt door de bedrijfsvoering. In het verlengde hiervan wordt een beleidslijn voor het kunnen laten vertrekken van pensioenregelingen door het bestuur uitgewerkt en door de RvT goedgekeurd.

In de adviesrechten van elk belanghebbendenorgaan binnen een API zijn ook enkele aanpassingen nodig.

<i>Adviesrecht (zie wetsvoorstel versterking bestuur)</i>	<i>Toepassing op de API</i>
wijziging van de statuten en reglementen van het pensioenfonds	Voor wijziging van de statuten is het wenselijk dat elk belanghebbendenorgaan een adviesrecht krijgt. Op wijziging van reglementen krijgt een

	belanghebbendenorgaan alleen een adviesrecht als de betreffende wijziging regelingoverstijgend werkt of de eigen regeling betreft.
vaststelling van het jaarverslag, de jaarrekening en de actuariële en bedrijfstechische nota, bedoeld in artikel 145	Het belanghebbendenorgaan krijgt een adviesrecht op deze documenten voor het gedeelte dat de eigen regeling betreft. Zie ook het complementaire goedkeuringsrecht van de Raad van Toezicht op de fondsbrede jaarrekening.
gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds	Een adviesrecht is op collectieve overdracht alleen wenselijk als het de eigen regeling beïnvloedt. Zie ook de opmerkingen bij het vergelijkbare goedkeuringsrecht van de RvT.
liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds	Een adviesrecht voor een belanghebbendenorgaan is wenselijk enerzijds t.a.v. l/f/s van de API als rechtspersoon en anderzijds t.a.v. l/f/s van de eigen regeling. Zie ook de opmerkingen bij het vergelijkbare goedkeuringsrecht van de RvT.
het sluiten, wijzigen of beëindigen van een uitvoeringsovereenkomst	Een adviesrecht op een uitvoeringsovereenkomst is alleen denkbaar t.a.v. de eigen regeling. De RvT is er immers voor het overkoepelende toezicht.
een overeenkomst van uitbesteding	Voor een API is een adviesrecht op een uitbestedingsovereenkomst alleen denkbaar indien de uitbestedingsovereenkomst relevant is voor de eigen regeling.
samenvoeging van pensioenfondsen als bedoeld in de definitie van ondernemingspensioenfondsen in artikel 1	Alleen indien het samenvoeging van pensioenregelingen (waaronder de eigen regeling) in 1 financieel geheel betreft, is een adviesrecht van de betrokken belanghebbendenorganen wenselijk
de vorm en inrichting van het intern toezicht	Dit adviesrecht is niet relevant omdat een RvT wordt verplichtgesteld

8. Zorgplichten

Zoals eerder aangegeven wordt voorgesteld om een aantal zorgplichten in het publiek recht vast te leggen voor de API die tot doel hebben om de kwaliteit van de dienstverlening aan werkgevers en werknemers verder te borgen. Dit om het geheel van *checks and balances* te completeren en te bewerkstelligen dat de API op elk moment in de dagelijkse praktijk handelt in het belang van de economisch eigenaren van de pensioenregelingen.

Met het wettelijk opleggen van dergelijke zorgplichten is in het kader van de dienstverlening door financiële ondernemingen al brede ervaring opgedaan. De zorgplichten die worden voorgesteld voor de API, zijn geënt op zorgplichten die in de Wet op het financieel toezicht (Wft) al van toepassing zijn op verzekeraars en premiepensioeninstellingen of vermogensbeheerders (beleggingsondernemingen en beleggingsinstellingen). Ook met het oog op een gelijk speelveld tussen pensioenuitvoerders en het voorkomen van arbitrage is het nuttig om zorgplichten op een gelijke wijze in te richten voor in ieder geval alle pensioenuitvoerders.

Omdat, zoals eerder aangegeven, in een API mogelijk belangentegenstellingen optreden vanwege het samenbrengen van meerdere groepen pensioendeelnemers en –gerechtigden en omdat de mogelijkheid bestaat dat de API aandeelhouders heeft, is het van belang die tegenstellingen te onderkennen en adequaat te adresseren. In het financieeltoezichtrecht (bijvoorbeeld de artikelen 4:59a en 4:88 van de Wft, uitgewerkt op amvb-niveau in de artikelen 126a en 167 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft en verder) bestaan voor bepaalde financiële ondernemingen reeds (principle based) normen op grond waarvan de onderneming een beleid

moet opstellen om belangenconflicten tegen te gaan en dit beleid in de praktijk moet toepassen. Voorgesteld wordt vergelijkbare normen toe te passen op een API.

Daarnaast wordt voorgesteld om de eisen inzake de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst voor de API uit te breiden, opdat meer gedetailleerd wordt vastgelegd welke uitvoeringskosten per afgescheiden pensioenvermogen kunnen worden ingehouden op de premie of op de vermogensopbouw of -uitkering. Het ligt voor de hand om bij de vormgeving van deze aanvullende voorschriften soortgelijke eisen die zijn vastgelegd voor premiepensioenregelingen (in artikel 168b van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft) en de Aanbevelingen uitvoeringskosten 2011 en de Nadere uitwerking kosten vermogensbeheer 2012 van de Pensioenfederatie uitdrukkelijk te betrekken. Ook wordt voorgesteld om voor een uitvoeringsovereenkomst met een API een exit-clausule voor te schrijven vergelijkbaar met de clausule bedoeld in artikel 25, eerste lid, onderdeel h, van de Pensioenwet voor pensioenverzekeraars.

Het is belangrijk dat de naleving van in de uitvoeringsovereenkomst vastgelegde afspraken inzake uitvoeringskosten tijdens de looptijd van de overeenkomst kan worden gemonitord. Daarom wordt voorgesteld om voor te schrijven dat in het jaarverslag van de API ten minste in dezelfde mate van detail verantwoording wordt afgelegd over uitvoeringskosten als in de uitvoeringsovereenkomst beschreven onder 2. Het voorstel om een verantwoording van uitvoeringskosten ten behoeve van (vertegenwoordigers van) deelnemers aan de orde te laten komen in het jaarverslag maakt overigens ook al deel uit van de Aanbevelingen uitvoeringskosten van de Pensioenfederatie. De minister van SZW heeft tijdens het AO van 29 februari 2012 reeds toegezegd om de transparantie over uitvoeringskosten van pensioenfondsen (waaronder alle directe én indirecte vermogensbeheerkosten) te verankeren in de toezichtrapportages van DNB vanaf de rapportage over het boekjaar 2012.

Verder wordt voorgesteld om voor te schrijven dat het beleid om belangenconflicten tegen te gaan adequaat wordt geborgd in normen voor de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld naar analogie van artikel 4:14 van de Wft voor beheerste en integere uitoefening van de werkzaamheden) en dat de administratie op orde moet zijn, zodat deze de juiste werking van de vermogensscheiding niet belemmert – zie artikel 19 van het Bpr en 34f van het BGfo (beide zoals zij luiden per 1 januari 2013)).

9. Fiscale behandeling

Een API is een pensioenfonds en kent om die reden in principe dezelfde fiscale behandeling als die thans geldt voor pensioenfondsen. Dat betekent dat een API in beginsel is vrijgesteld voor de vennootschapsbelasting indien aan de voorwaarden van art. 5, eerste lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 wordt voldaan.

Indien de API kwalificeert als een rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, kan deze in beginsel aanspraak maken op een teruggaaf van de Nederlandse dividendbelasting die drukt op door haar ontvangen dividenden (artikel 10, eerste lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965).

Voor de deelnemers die voor hun pensioenregeling in de Nederlandse loonbelasting worden betrokken, geldt in beginsel de omkeerregel. Dit betekent dat pensioenaanspraken zijn vrijgesteld van belastingheffing en dat pensioenuitkeringen wel in de loonbelasting worden betrokken.

Voor zover een API een pensioenregeling uitvoert die onder een buitenlandse belastingheffing valt, is op die pensioenregeling de heffingssystematiek van dat buitenland van toepassing. Het is derhalve mogelijk, afhankelijk van die buitenlandse heffingssystematiek, dat de in die pensioenregeling ingelegde premies belast zijn en de uitkeringen eruit onbelast, of dat het vermogen van de pensioendeelnemer dat in een API is ondergebracht, bij de vermogenspositie van

de deelnemer wordt opgeteld voor de toepassing van de buitenlandse personenvermogensbelasting. Dit alles valt buiten de invloedssfeer van de Nederlandse API-wetgeving.

Voor de omzetbelasting geldt dat de API kwalificeert als ondernemer. Voor de verzekeringsdiensten en financiële prestaties die de API verricht, geldt echter een btw-vrijstelling, waardoor over pensioenpremies geen btw wordt gerekend. Ook heeft de btw-vrijstelling tot gevolg dat het pensioenfonds in beginsel ook geen recht op aftrek van voorbelasting heeft die drukt op de verleende prestaties. Dit kan anders zijn wanneer verzekeringsprestaties of financiële prestaties worden verleend aan buiten de EU gevestigde afnemers.

Indien een in Nederland gevestigde API haar vermogen in het buitenland belegt, dan kan deze als pensioenfonds onder omstandigheden aanspraak maken op de voordelen van het Nederlandse belastingverdragenetwerk ter zake van de inkomsten en vermogenswinsten behaald met het in het buitenland belegde vermogen. In veel van zijn belastingverdragen heeft Nederland namelijk vastgelegd dat (subjectief) van belastingheffing vrijgestelde pensioenfonds voor verdragsdoeleinden als inwoner dienen te worden beschouwd, en afhankelijk van de definitie van het begrip "pensioenfonds" in het desbetreffende belastingverdrag zou ook een API aanspraak kunnen maken op de voordelen van dit belastingverdrag. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is ruimschoots aandacht besteed aan het onderwerp inwonerschap voor de toepassing van bilaterale belastingverdragen. In recente Nederlandse belastingverdragen wordt in lijn daarmee een bepaling voorgesteld die eveneens leidt tot inwonerschap van (onder meer ook) van belastingheffing vrijgestelde pensioenfonds, zonder dat deze als zodanig behoeven te worden genoemd.

Behalve Nederland merken veel andere OESO-lidstaten onder voorwaarden (subjectief) van belastingheffing vrijgestelde pensioenfonds aan als verdragsinwoner, zoals blijkt uit paragraaf 8.6 van het OESO-commentaar op artikel 4 van het OESO-modelverdrag.

Nederland streeft bovendien naar een uitsluitende woonstaatheffing voor dividenden, ontvangen door (subjectief) van belastingheffing vrijgestelde pensioenfonds. Wanneer het gaat om interest, streeft Nederland "in den brede" naar een uitsluitende woonstaatheffing.

10. Omgaan met buitenlandse pensioenregelingen in het FTK

Om het FTK geschikt te maken voor het toezien op de uitvoering van buitenlandse pensioenregelingen zijn enkele aanpassingen nodig. Ten eerste zal rekening moeten kunnen worden gehouden met (afwijkende) karakteristieken van buitenlandse regelingen in de toepassing van het FTK op die regelingen. Ten tweede zal een aantal karakteristieken van Nederlandse regelingen moeten worden geborgd in Nederlandse sociale en arbeidswetgeving voor het geval deze regelingen door een buitenlandse pensioenuitvoerder zullen worden uitgevoerd. Tot slot zal in de inrichting van het toezichtkader rekening moeten kunnen worden gehouden met eventuele buitenlandse sponsorgaranties. Deze drie onderwerpen worden hieronder toegelicht.

11a) Rekening houden met afwijkende karakteristieken buitenlandse regelingen

De internationale diversiteit aan pensioenregelingen is groot. De inhoud van pensioenregelingen wordt bepaald door lokaal geldende sociale en arbeidswetgeving en eventuele aanvullende voorkeuren van werkgevers en werknemers bij de inrichting van een pensioenovereenkomst. Prudentiële eisen die worden gesteld aan pensioenfonds dienen bij te dragen aan het verwezenlijken van de overeengekomen doelen, maar dienen niet mede de inhoud van pensioenregelingen te bepalen.

Voorkeuren van werkgevers en werknemers ten aanzien van het toedelen van risico's kunnen sterk verschillen. Termen als Defined Benefit en Defined Contribution geven vooral aan hoe pensioenrisico's in regelingen worden toegedeeld aan werkgevers enerzijds en pensioendeelnemers en –gerechtigden anderzijds. De term Collective Defined Contribution duidt er op dat pensioendeelnemers en –gerechtigden pensioenrisico's niet individueel dragen. In dat geval zullen expliciete afspraken moeten worden gemaakt over de consequenties van het collectief dragen van pensioenrisico's. Daarbij zal onder meer moeten worden bepaald wie tot het collectief gerekend worden, hoe tot een verdeling van risico's wordt gekomen en welke risicohouding daarbij past. Deze risicohouding zal vervolgens als uitgangspunt moet dienen bij de uitvoering van die regeling en bijvoorbeeld moeten worden geïmplementeerd in het beleggingsbeleid.

In uitkeringsovereenkomsten die thans worden uitgevoerd door Nederlandse pensioenfondsen en die voorzien in de mogelijkheid van het verminderen van pensioenrechten zijn door sociale partners afspraken over de toedeling van risico's vastgelegd die ten dienste staan van een intergenerationele spreiding van (positieve en negatieve) risico's. Deze risicotoddeling is een product van Nederlandse sociaal-economische verhoudingen en voorkeuren.

De risicotoddeling en risicovoorkeuren waarover wordt gesproken komen tot uitdrukking in de eisen die in de Pensioenwet worden gesteld ten aanzien van het gebruik van een discontovoet voor de waardering van verplichtingen en het gebruik van een zekerheidsmaatstaf ter vaststelling van een vereist eigen vermogen.

Daarbij moeten twee elementen worden onderscheiden: enerzijds de prudentiële eisen die voorschrijven dat er – in verband met de financiële risico's die een pensioenfonds draagt vanwege de uitvoering van bepaalde pensioenregelingen - een prudente discontovoet of zekerheidsmaatstaf moet worden gebruikt. Anderzijds moet worden gewezen op de *invulling* van die begrippen die tot uitdrukking komen in de kenmerken van een specifieke pensioenregeling: die invulling is ingegeven door sociale en arbeidswetgeving, namelijk de (precieze) *kalibratie* van deze discontovoet en zekerheidsmaatstaf. De prudentiële toezichthouder zal er telkens op toezien dat een invulling van de prudentiële eisen wordt gekozen die past bij de risicotoddeling- en voorkeur die volgt uit de relevante sociale en arbeidswetgeving en eventuele aanvullende voorkeuren van werkgevers en werknemers die zijn vastgelegd in een pensioenovereenkomst

Hieronder worden voorstellen toegelicht voor alternatieve kalibraties van prudentiële normen die zijn vastgelegd in het FTK in verband met mogelijke bijzondere karakteristieken van buitenlandse pensioenregelingen. De eisen die in het FTK gesteld worden ten aanzien van bijvoorbeeld de financiële opzet, een kostendekkende premie en een continuïteitsanalyse zullen zowel voor buitenlandse als voor Nederlandse pensioenregelingen gelden. De voorgestelde ruimte in het FTK voor alternatieve kalibraties vanwege mogelijke bijzondere karakteristieken van buitenlandse pensioenregelingen zal echter wel in de toepassing van deze instrumenten kunnen doorwerken. Verschillen in risicotoddeling en risicovoorkeuren die zijn ingegeven door sociale en arbeidswetgeving komen louter tot uitdrukking in de verplichtingen van het pensioenfonds jegens pensioendeelnemers en –gerechtigden en zijn niet van invloed op de rendementen van bepaalde beleggingscategorieën.

De kalibratie van de discontovoet en de zekerheidsmaatstaf dient dus in principe aan te sluiten op de keuzen die werkgevers en werknemers (al dan niet op grond van lokale sociale en arbeidswetgeving) hebben gemaakt. Pensioenfondsen mogen pensioenregelingen echter alleen uitvoeren op basis van prudente uitgangspunten zoals deze zijn verwoord in de IORP-richtlijn.

Zolang de kenmerken die zijn vastgelegd in een pensioenregeling (die al dan niet voortkomen uit lokale sociale en arbeidswetgeving) en deze prudente uitgangspunten met elkaar verenigbaar zijn,

kan die pensioenregeling onder die condities worden uitgevoerd door een pensioenfonds. Zijn die kenmerken van de pensioenregeling niet verenigbaar met de prudente uitgangspunten die volgen uit de IORP-richtlijn, dan dient voorrang te worden gegeven aan de prudentiële eisen als desondanks uitvoering door een pensioenfonds wordt gezocht.

Ter verduidelijking van de interactie tussen sociale- en arbeidswetgeving en prudentiële eisen wordt voorgesteld in het Besluit FTK in een paragraaf die ziet op de uitvoering van buitenlandse pensioenregelingen op te nemen dat bij de kalibratie van een **discontovoet** voor de waardering van verplichtingen de uitgangspunten van artikel 15(4)(b) van de IORP-richtlijn moeten worden gevolgd die stelt dat de toegepaste maximale rentepercentages (discontovoet) op prudente wijze moet worden bepaald.

Daarnaast wordt voorgesteld om (ook) bij de kalibratie van een voorgeschreven buffer een **zekerheidsmaatstaf** te gebruiken overeenkomstig de uitgangspunten van artikel 17(1) van de IORP-richtlijn. Dat wil zeggen dat deze zekerheidsmaatstaf in overeenstemming is met de risicotoedeling en risicovoorkuren die voortkomen uit de pensioenregelingen die worden uitgevoerd. Voor het geval dat buitenlandse pensioenregelingen of dat de sociale en arbeidswetgeving in andere lidstaten onvoldoende aanknopingspunten bieden voor de kalibratie van een zekerheidsmaatstaf binnen de grenzen van artikel 17(1) van de IORP-richtlijn, kan worden overwogen om met een default te werken. Bijvoorbeeld een default van 99,5% voor het geval dat de pensioenregeling in een (onvoorwaardelijke) nominale toezegging voorziet.

Wanneer sprake is van een Nederlandse uitkerings- of kapitaalovereenkomst die wordt uitgevoerd door een pensioenfonds moet als ultimum remedium het instrument van het verminderen van verworven pensioenaanspraken en –rechten worden gebruikt. IORP's kunnen echter in potentie ook pensioenregelingen uitvoeren die anders zijn vormgegeven. Het FTK is thans vooral gericht op die typisch Nederlandse uitkerings- en kapitaalovereenkomsten, maar buitenlandse sociale partners kunnen ook kiezen voor een andersoortig contract waarin een afstempelknop geen rol heeft. In dat geval hoort daar natuurlijk ook een andere zekerheidsmaatstaf of bijstortingsverplichting bij. Voorgesteld wordt om te faciliteren dat API's ook die andersoortige buitenlandse contracten kunnen uitvoeren. Het is evenwel niet nodig om de artikel 134 van de Pensioenwet (afstempelinstrument) voor die situatie buiten werking te stellen. Dit omdat dit artikel niet tot het gebruik van dit instrument verplicht, indien de mogelijke inzet hiervan niet volgt uit de (kenmerken van de) pensioenregeling.

Voorgesteld wordt om het Besluit FTK aldus te wijzigen i.v.m. het gebruik van een prudente **discontovoet** in verband met buitenlandse pensioenregelingen: "In afwijking van artikel 2, tweede lid, wordt de contante waarde van een pensioenregeling uit een andere lidstaat of land buiten de EER vastgesteld op basis van een prudente discontovoet."

Voorgesteld wordt de Pensioenwet aldus te wijzigen i.v.m. het gebruik van een prudente **zekerheidsmaatstaf** in verband met buitenlandse pensioenregelingen:

- "In afwijking van artikel 132, tweede lid, stelt een pensioenfonds dat een buitenlandse pensioenregeling uitvoert het vereist eigen vermogen vast met gebruikmaking van een maatstaf die in overeenstemming is met de risico's die voortkomen uit deze regeling en aangeeft met welke mate van zekerheid wordt voorkomen dat het pensioenfonds binnen een periode van één jaar over minder waarden beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen."
- Daarbij zal kunnen worden toegelicht dat:
 - De IORP-richtlijn voorschrijft dat een eigen vermogen (aanvullende activa naast de technische voorzieningen bij wijze van permanente buffer) wordt aangehouden. De invulling van deze eis komt overeen met de eis die in de Pensioenwet wordt gesteld

- aan het minimaal vereist eigen vermogen dat pensioenfondsen moeten aanhouden (een dekkinggraad van bijna 105%).
- Uit de IORP-richtlijn volgt dat de omvang van de buffer in overeenstemming moet zijn met het soort risico en de aard van de activa betrekking tot het geheel van uitgevoerde regelingen. Er wordt dus een relatie gelegd tussen de aard en de risicokenmerken van pensioenverplichtingen (en de aard en de risicokenmerken van de bijbehorende beleggingen) enerzijds en de omvang van de vereiste buffer anderzijds. Dit uitgangspunt wordt niet verder uitgewerkt in de richtlijn. De IORP-richtlijn laat lidstaten ruimte om meer gedetailleerde uitwerkingen van buffereisen vast te stellen voor op hun grondgebied gevestigde instellingen als dit vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd is
 - Dat een zekerheidsmaatstaf aangeeft dat op een bepaalde termijn, bijvoorbeeld een jaar, een bepaalde kans (bijvoorbeeld ½, 2½, of 5%) wordt geaccepteerd dat een tekort ontstaat in de financiering van de betreffende pensioentoezegging.
 - In Solvency II is vastgelegd dat bij het vaststellen van een vereist eigen vermogen in verband met een verzekeringscontract een zekerheidsmaatstaf van 99,5% past.
 - In verband met kapitaal- en uitkeringsovereenkomsten die in Nederland door pensioenfondsen worden uitgevoerd is in het Besluit FTK het gebruik van een zekerheidsmaatstaf van 97,5% voorgeschreven in relatie tot het voorgeschreven vereist eigen vermogen. De keuze voor deze zekerheidsmaatstaf houdt verband met de mogelijkheid tot het verminderen van toegekende pensioenrechten zoals bedoeld in artikel 134 van de Pensioenwet. In de praktijk resulteert dit thans in een Vereist Eigen Vermogen van ongeveer 125%.
 - Niet uitgesloten is dat buitenlandse pensioencontracten waarvoor uitvoering in een pensioenfonds wordt gezocht een ander risicokarakter hebben. Daarom dient de kalibratie van die zekerheidsmaatstaf niet dwingend te worden voorgeschreven, maar afhankelijk te worden gesteld van de risicokenmerken van die betreffende pensioencontracten. Daarom zal in de Pensioenwet worden verduidelijkt dat een zekerheidsmaatstaf kan worden gebruikt die aansluit op afspraken van werkgevers en werknemers over risicotoedeling en -voorkeuren (en het daarbij passende beleggingsbeleid).

11b) Benoemen karakteristieken Nederlandse regelingen sociale en arbeidswetgeving

Om arbitrage tussen pensioenuitvoerders, gebaseerd op verschillen in de toepassing van prudentiële regelgeving op pensioenregelingen door lokale toezichthouders, te voorkomen is het (bovendien) nodig om in de Pensioenwet beter te benoemen welke karakteristieken van Nederlandse pensioenregelingen voortkomen uit de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving en daarom ook moeten worden toegepast wanneer een Nederlandse regeling in het buitenland wordt uitgevoerd.

In het geval dat Nederlandse pensioenregelingen grensoverschrijdend worden uitgevoerd, dient DNB de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de pensioeninstelling haar zetel heeft te informeren over (i) de bepalingen van Nederlandse sociale en arbeidswetgeving die van toepassing zijn op de pensioenregeling waaraan wordt bijgedragen door de in Nederland zetel hebbende bijdragende onderneming en (ii) de artikelen 38 tot en met 46 en 52 van de Pensioenwet.

DNB zal tevens significante wijzigingen in betreffende bepalingen moeten doorgeven wanneer deze zich voordoen en wijzen op eventuele niet-naleving van de betreffende normen. Dit opdat de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de pensioeninstelling haar zetel heeft daartegen kunnen optreden. Laten deze autoriteiten dat handhavend optreden na, dan kan DNB de buitenlandse pensioenuitvoerder o.m. beletten om activiteiten te verrichten voor de Nederlandse bijdragende onderneming.

Artikel 2(13) van de Pensioenwet stelt thans dat in ieder geval de artikelen 1, 2, 4, 7 tot en met 29, 31, 35 tot en met 53, 55 tot en met 95, 97 en 98 van de Pensioenwet kunnen worden gezien als Nederlandse sociale en arbeidswetgeving.

In deze opsomming wordt een aantal typische karakteristieken van Nederlandse pensioenregelingen - die thans zijn ondergebracht bij pensioenfondsen - nog niet expliciet zijn benoemd. Een beoogd gevolg van het alsnog benoemen dat deze karakteristieken voortkomen uit Nederlandse sociale en arbeidswetgeving is dat deze kenmerken onverkort zullen worden getoetst als de uitvoering van de betreffende pensioenregelingen wordt overgebracht naar een pensioeninstelling die zetel heeft in een andere lidstaat.

Als materiële toezichthouder zal DNB de naleving van deze normen kunnen blijven toetsen wanneer Nederlandse pensioenregelingen door buitenlandse pensioenuitvoerders worden uitgevoerd. Ook zullen deze kenmerken relevant zijn voor de bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de pensioeninstelling zijn zetel heeft. Dit ten eerste omdat de kenmerken van de uit te voeren pensioenregeling relevant zijn voor de invulling (en beoordeling van de naleving) van de prudentiële eisen die worden gesteld aan de pensioeninstelling. Betreffende kenmerken zijn immers relevant voor een beoordeling van risico's die de pensioeninstelling draagt in verband met de uitvoering van de betreffende pensioenregeling. Ten tweede zullen deze kenmerken relevant zijn voor de bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de pensioeninstelling zijn zetel heeft, omdat DNB kan verzoeken om handhavend op te treden wanneer blijkt dat de bepalingen van Nederlandse sociale en arbeidswetgeving en de artikelen 38 tot en met 46 en 52 van de Pensioenwet niet worden nageleefd.

In de opsomming van artikel 2(13) ontbreken vooral verwijzingen naar wettelijke eisen die verband houden met de volgende typische kenmerken van uitkerings- en kapitaalovereenkomsten die thans worden uitgevoerd door Nederlandse pensioenfondsen. Kenmerkend voor deze overeenkomsten is het gebruik van het sturingsinstrument "het verminderen van verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten" dat wordt benoemd in artikel 134 van de Pensioenwet.

Dit "afstempelinstrument" moet worden ingezet als ultimum remedium om een tekort in de afdekking met activa van technische voorzieningen en minimaal vereist eigen vermogen ongedaan te maken. Het instrument kan alleen worden gebruikt als de inzet van alle andere sturingsinstrumenten, met uitzondering van een wijziging in het beleggingsbeleid, niet op tijd tot het benodigde financieel herstel kan leiden.

Aan het gebruik van dit sturingsinstrument als ultimum remedium is in de Pensioenwet een specifieke zekerheidsmaatstaf verbonden, te weten de zekerheidsmaatstaf van 97,5%. Deze zekerheidsmaatstaf geeft aan dat per jaar een kans van 2,5% wordt geaccepteerd dat het betreffende instrument zal moeten worden ingezet om tekorten in de financiering van de betreffende van de pensioenovereenkomsten ongedaan te maken.

Bovendien wordt vereist dat de discontering van de technische voorzieningen tot een juiste waardering van toekomstige kasstromen leidt, dus dat een discontovoet wordt gebruikt die past bij de aard van de gedane toezegging.

Uit de Pensioenwet volgt dat in het geval van pensioentoezeggingen die volgen uit uitkeringsovereenkomsten of kapitaalovereenkomsten een discontering met een risicovrije rentetermijnstructuur passend is.

Ter vergelijking kan worden gewezen op de eisen die gelden voor het toezicht op verzekeringsovereenkomsten. De onmogelijkheid tot de inzet van het sturingsinstrument "afstempelen" leidt tot een hogere zekerheidsmaatstaf, namelijk 99,5%. Omdat de aard van de toezegging, namelijk een uitkering of kapitaal, overeenkomt, worden ook deze toezeggingen verdisconteerd tegen een risicovrije rentetermijnstructuur.

De keuze van werkgevers en werknemers voor ofwel een uitkeringsovereenkomst of kapitaalovereenkomst in de vorm van een contract met de mogelijkheid tot afstempelen, ofwel een verzekeringsovereenkomst waarin de mogelijkheid tot afstempelen ontbreekt, geeft een risicovoorkeur aan.

Opdat de risicovoorkeur – die ten dienste staat van de intergenerationele spreiding van risico's en typisch is voor de Nederlandse sociaal-economische verhoudingen – behouden kan blijven wanneer uitkeringsovereenkomsten en kapitaalovereenkomsten die voorzien in de mogelijkheid van afstempelen ter uitvoering worden ondergebracht bij buitenlandse pensioeninstellingen, dienen deze kenmerken alsnog uitdrukkelijk te worden aangeduid als onderdeel van de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving.

Voorstellen tot wijzigingen van de wet:

- "Aan de opsomming in artikel 2, dertiende lid, van de Pensioenwet worden de volgende verwijzingen toegevoegd: de ingevolge artikel 126 bepaalde grondslag voor de berekening van de contante waarde van de technische voorzieningen, de zekerheidsmaatstaf bedoeld in artikel 132, tweede lid, het instrument bedoeld in artikel 134."
- "Aan de opsomming in artikel 2, zesde lid, van de Wet verplichte beroepspensioenregeling worden de volgende verwijzingen toegevoegd: de ingevolge artikel 126 bepaalde grondslag voor de berekening van de contante waarde van de technische voorzieningen, de zekerheidsmaatstaf bedoeld in artikel 127, tweede lid, en het instrument bedoeld in artikel 129."

11 c) Taken en bevoegdheden in verband met een buitenlandse sponsorgarantie

Om te zorgen dat een API buitenlandse regelingen kan uitvoeren, dienen ook afwijkende zekerheids- en sturingsmechanismen die in andere lidstaten van de EU toegepast worden, een plaats te krijgen in het FTK. De sponsorgarantie is het meest prominente voorbeeld van een dergelijk zekerheidsmechanisme. Opname in het FTK van de sponsorgarantie vereist wijzigingen van wet- en regelgeving en het vastleggen van de taken en bevoegdheden van het pensioenfonds de werkgever en de prudentiële toezichthouder (DNB). In deze paragraaf wordt op deze zaken nader ingegaan. Met onderstaande wordt beoogd aan te geven hoe met zo'n eventuele sponsorgarantie kan worden omgegaan, als deze onderdeel uitmaakt van een buitenlandse pensioenregeling. Het staat sociale partners uiteraard volledig vrij om al dan niet voor een dergelijke pensioenregeling te kiezen.

Van een sponsorgarantie is sprake wanneer een sponsorverplichting (een juridisch harde toezegging van een werkgever tot het doen van bijstortingen aan een IORP in verband met een tekort in een pensioenvermogen) ongelimiteerd is zowel in de omvang van het bedrag dat moet worden bijgestort als in de frequentie van die bijstorting. Het pensioen wordt uitgevoerd door het pensioenfonds (pensioendeelnemers en –gerechtigden hebben vorderingen op het fonds), maar de werkgever draagt (uiteindelijk) alle financiële (rest)risico's in verband met gedane pensioentoezeggingen. Dergelijke garanties van de werkgever zien zowel op reeds bestaande tekorten als op tekorten die nog kunnen ontstaan in verband met biometrische risico's (waaronder het langlevensrisico) beleggingsrisico's en inflatierisico's.

De inbedding van de figuur van sponsorgarantie in het FTK is vooral van belang voor multinationals die pensioentoezeggingen hebben gedaan aan werknemers (van bedrijfsonderdelen) in lidstaten waarin bij wet of bij contract is geregeld dat de werkgever automatisch moet bijstorten in een pensioenfonds als er zich een tekort voordoet in de financiering van een toegezegd pensioen.

Voor de waarde van een sponsorgarantie als zekerheidsmechanisme is allereerst relevant of een pensioenuitvoerder of een pensioenfonds zich op een bijstortingsverplichting kan beroepen of niet. De toegankelijkheid van de financiële steun van de sponsor hangt af van de mogelijkheden van het pensioenfonds, de deelnemers of een toezichthouder om de sponsor te dwingen tot een bijdrage (juridische afdwingbaarheid).

De effectieve bescherming die van een sponsorgarantie uitgaat, hangt bovendien af van de kenmerken van een werkgever, bijvoorbeeld hoe de relatieve omvang van het bedrijf van de werkgever is ten opzichte van het pensioenfonds, of de werkgever actief is in een conjunctuurgevoelige branche, of het bedrijf veel schulden heeft en of de pensioenrechten preferent zijn bij faillissement (financiële kwaliteit).

Er zijn verschillende methodieken om de kwaliteit van een sponsorgarantie te toetsen. De twee meest ontwikkelde methodieken kunnen worden gevonden in het advies van EIOPA aan de Europese Commissie in verband met een voorgenomen herziening van de IORP-richtlijn en in het pensioentoezicht in het Verenigd Koninkrijk. Daarbij moet onmiddellijk worden aangetekend dat de methodiek van EIOPA nog niet volledig is uitgewerkt en – voor zover bekend – nog nergens wordt toegepast en dat de Britse methodiek wel al meerdere jaren in de praktijk wordt toegepast. Daarom wordt voorgesteld sponsorgaranties in buitenlandse pensioenregelingen in het FTK voorlopig op een vergelijkbare manier te beoordelen als in het Verenigd Koninkrijk.

In het Verenigd Koninkrijk ligt de nadruk op het benoemen van de verantwoordelijkheid van de werkgever (sponsor) en het pensioenfondsbestuur (board of trustees) om de adequaatheid van de financiering van een pensioenregeling te beoordelen en te monitoren (wat vaak met behulp van externe adviseurs gebeurt). In dat kader dient de kwaliteit van een sponsorgarantie ex ante en doorlopend te worden getoetst en moeten tijdig (mitigerende) maatregelen worden getroffen op het moment dat de kwaliteit van de sponsorgarantie significant achteruit gaat en het pensioenfonds daar problemen van ondervindt. Bij de waardering van verplichtingen en activa zullen prudente uitgangspunten moeten worden gebruikt die aansluiten bij de capaciteit van de werkgever om risico's daadwerkelijk te dragen als deze zich voordoen.

Een keuze voor het volgen van de Britse toezichtmethodiek in verband met sponsorgaranties brengt mee dat de nadruk van (het toezicht op) de financiering van de betreffende pensioenregelingen wordt verlegd van het inrichten van adequate buffers (daadwerkelijk aanwezig vermogen in de IORP) naar een adequate beoordeling, monitoring en benutting van een sponsorgarantie door fondsbestuur en toezichthouder. Vervolgens kan uit die beoordeling alsnog een kapitaal eis volgen.

Daarbij wordt voorgesteld om in de waardering van de sponsorgarantie *geen* rekening te houden met mogelijke bijdragen vanuit een pensioengarantiefonds waaraan sponsoren of pensioenfondsen moeten bijdragen. De inzet van gelden uit een pensioengarantiefonds kan niet worden gezien als een alternatief sturingsmiddel ter nakoming van pensioenverplichtingen jegens deelnemers. Bijdragen uit een pensioengarantiefonds kunnen immers niet "going concern" worden ingezet. Het pensioengarantiefonds komt pas aan bod op het moment dat gebleken is dat sponsor en pensioenfonds niet langer in staat zijn de pensioenuitvoering te continueren (bij de afwikkeling van een pensioen in het kader van een liquidatie van een pensioenfonds).

Bindende kracht van een sponsorgarantie

De uitvoering van pensioenregelingen met sponsorgaranties door Nederlandse pensioenuitvoerders zal in verschillende documenten moeten worden vastgelegd (om te kunnen voldoen aan het voorgeschreven vermogen in artikel 17 van de IORP-richtlijn). Een verklaring waarin de werkgever zich garant stelt voor tekorten in een pensioenvermogen wordt opgenomen in de pensioenovereenkomst tussen (vertegenwoordigers van) werkgevers en werknemers en de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever(s) en de pensioenuitvoerder of het pensioenreglement.

In het pensioenreglement en de actuariële en bedrijfstechnische nota zullen onder meer de inkomsten van het pensioenfonds moeten worden benoemd. De laatste zal onder meer moeten aangeven hoe uitvoering wordt gegeven aan de uitvoeringsovereenkomst, hoe de kostendekkende premie zal worden vastgesteld en welke sturingsinstrumenten het fonds heeft.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de eisen die in artikel 25 van de Pensioenwet worden gesteld aan de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst, zijn aangewezen als Nederlandse sociale en arbeidswetgeving. Deze eisen zullen dus op dit moment in beginsel niet van toepassing zijn op uitvoeringsovereenkomsten die in verband met buitenlandse pensioenregelingen worden aangegaan. Ook eisen aan uitvoeringsovereenkomsten met betrekking tot buitenlandse regelingen zullen daarom in het Nederlandse prudentiële kader moeten worden ondergebracht.

Bovendien moet worden gezien of de eisen die in artikel 26 van de Pensioenwet worden gesteld aan de premiebetaling eveneens relevant (moeten) zijn voor buitenlandse pensioenregelingen.

Beoordeling van een sponsorgarantie en taken en bevoegdheden pensioenfondsbestuur

Bij het ontbreken van een (expliciete) fiduciaire verhouding van pensioenfondsbestuurders jegens het pensioenfonds die voortkomt uit een gekozen rechtsvorm zoals in het VK (de trust) is het zinvol om de verantwoordelijkheden van pensioenfondsbestuurders meer expliciet publiekrechtelijk te borgen door een verdere invulling van hun zorgplicht.

Ten eerste zal het pensioenfondsbestuur moeten monitoren of de werkgever alle afgesproken premiebetalingen nakomt en zal het de werkgever (desnoods in rechte) moeten aanspreken als premiebetalingen achterstallig zijn en de werkgever weigerachtig is. In de Pensioenwet kan bovendien worden vastgelegd dat het pensioenfondsbestuur de toezichthouder op de hoogte moet stellen van materiële premieachterstanden van de werkgever aan het pensioenfonds of aan een eventueel pensioengarantiefonds (meldplicht).

Ook de verantwoordelijkheid van het pensioenfondsbestuur in verband met een sponsorgarantie zal meer expliciet kunnen worden vastgelegd in de Pensioenwet. Het is aan het pensioenfondsbestuur om de juridische en financiële kwaliteit van een sponsorgarantie ex ante te beoordelen, om deze ook doorlopend te monitoren en om (al dan niet in samenspraak met de werkgever) adequate maatregelen te treffen wanneer de kwaliteit van de sponsorgarantie achteruit gaat, zeker wanneer deze achteruitgang tot gevolg heeft dat er een liquiditeits- of solvabiliteitsprobleem ontstaat in het pensioenfonds.

Essentieel voor het onderzoek van pensioenfondsbestuurders naar de kwaliteit van een sponsorgarantie is een adequate toegang tot informatie van en over de werkgever. Om die toegang te verzekeren zal in de uitvoeringsovereenkomst ten eerste een clause worden opgenomen die stelt dat de werkgever al het nodige moet doen om de pensioenfondsbestuurders hun verantwoordelijkheden te kunnen laten waarmaken. Ten tweede moet hierin worden vastgelegd dat de werkgever het pensioenfondsbestuur alle informatie zal moeten aanreiken die het nodig kan hebben om aan zijn verantwoordelijkheden te voldoen (zie ook de opmerkingen bij artikel 25 Pensioenwet in de vorige paragraaf).

Het kan in eerste instantie aan werkgevers en pensioenfondsbestuurders worden gelaten om te bepalen welke informatie moet leiden tot het melden van gebeurtenissen of het actief aanreiken van informatie.

Het pensioenfondsbestuur zal ten eerste onderzoek moeten doen naar de juridische kwaliteit van de sponsorgarantie, namelijk de juridische mogelijkheden van het pensioenfondsbestuur (en de toezichthouder) om de werkgever zonedig in rechte aan te kunnen spreken op zijn toezegging. Het pensioenfondsbestuur kan zich in dit onderzoek laten bijstaan door externe experts.

Vervolgens zal het pensioenfondsbestuur onderzoek moeten (laten) doen naar de financiële kwaliteit van een sponsorgarantie (de kredietwaardigheid van de sponsor nu en in de toekomst). Bij een beoordeling van de capaciteit van een sponsor om mogelijke tekorten in de financiering van een pensioen in de toekomst op te vangen zouden reeds bekende technieken om de effectiviteit van sturingsinstrumenten te meten, kunnen worden gebruikt. Ook hiervoor geldt dat pensioenfondsbesturen ervoor kunnen kiezen om zich in dit onderzoek te laten bijstaan door externe experts.

Onderzoek naar de (juridische en financiële) kwaliteit van een sponsorgarantie zal nodig zijn voordat een pensioenfonds een regeling ter uitvoering aanneemt. Maar ook gedurende de uitvoering zal periodiek en bij gebeurtenissen die de financiering van de pensioenregeling onder druk zetten, onderzoek moeten worden gedaan.

Indien uit een evaluatie van de sponsorgarantie blijkt dat de juridische of financiële kwaliteit van de toezegging is afgenomen, dan kunnen verschillende (soorten) maatregelen worden getroffen. In de uitvoeringsovereenkomst wordt opgenomen welke instrumenten het pensioenfondsbestuur hiertoe ter beschikking staan. Indien de werkgever tot een groep behoort, zal in de uitvoeringsovereenkomst tevens een verplichting tot bijdragen kunnen worden opgenomen ten aanzien van andere bedrijfsonderdelen van de groep.

Wanneer aan het pensioenfondsbestuur blijkt dat de sponsorgarantie duurzaam tekort schiet of zal schieten, moet dit het bestuur reden geven om andere of aanvullende zekerheidsmechanismen te vereisen. De inzet van aanvullende zekerheidsmechanismen kan ten koste gaan van de premies die beschikbaar zullen worden gesteld voor de opbouw van nieuwe rechten, dus het is zaak een structureel probleem van deze aard tijdig te onderkennen.

Maatregelen die kunnen worden genomen om toegenomen risico's in verband met een sponsorgarantie van de werkgever aan het pensioenfonds te adresseren, kunnen zijn:

- Aanvullende premieafdrachten van de werkgever aan het pensioenfonds;
- De prioriteit van de vordering van het pensioenfonds op de werkgever verhogen in relatie tot vorderingen van andere schuldeisers (bijv. pandrecht verlenen);
- Het opzij zetten van gelden op een rekening die onder bepaalde voorwaarden ter beschikking van het pensioenfonds komen en anders worden teruggestort naar de werkgever;
- Het verschaffen van garanties van derden (financiële instellingen of andere bedrijfsonderdelen van een groep waarvan de werkgever deel uitmaakt);
- Beloften van de werkgever om iets niet te doen (zoals de afspraak geen verdere garanties aan derden af te geven zonder instemming van het fondsbestuur) of om iets juist wel te doen (zoals dat als de werkgever in bepaalde financiële omstandigheden raakt, dit feit aan de pensioenfondsbestuurders wordt gemeld en op dat moment bepaalde (financiële) maatregelen zullen worden getroffen).

Bovendien zal voor het pensioenfondsbestuur in de wet kunnen worden vastgelegd dat het gebeurtenissen aan de toezichthouder moet melden waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze van materiële betekenis zijn voor de financiering van de pensioenregeling en in ieder

geval gebeurtenissen die onmiddellijk tot liquiditeits- of solvabiliteitsproblemen voor het pensioenfonds leiden.

Bevoegdheden toezichthouder in verband met sponsorgarantie

Uit de uitvoeringsovereenkomst zal moeten blijken welke informatie door de werkgever aan het pensioenfondsbestuur moet worden aangereikt en wanneer het bestuur op de hoogte moet worden gesteld van gebeurtenissen die de kwaliteit van een sponsorgarantie kunnen raken. Uit een wettelijke meldplicht zal moeten volgen welke informatie het pensioenfondsbestuur dan vervolgens moet delen met de toezichthouder. De toezichthouder zal deze informatie ook kunnen opvragen bij het pensioenfondsbestuur op grond van 168 Pensioenwet.

Daarbij zal de toezichthouder voor zichzelf (en de onder toezicht staande instellingen) een interventieladder kunnen formuleren voor de inzet van de hem ter beschikking gestelde instrumenten. Daarbij past een duiding van situaties en gebeurtenissen die de toezichthouder aanleiding geven tot ingrijpen (triggers).

Werkgevers kunnen in het Nederlandse toezichtregime niet onder het pensioentoezicht van DNB vallen. Daarom zal het instrumentarium van de toezichthouder ter controle en handhaving van de kwaliteit van de sponsorgarantie, zich richten op het pensioenfondsbestuur. In de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds worden de plichten van de werkgever ter nakoming van de sponsorgarantie opgenomen. Indien de werkgever deze plichten niet nakomt, kan de Nederlandse toezichthouder het pensioenfondsbestuur dwingen juridische stappen te ondernemen tegen de (buitenlandse) werkgever. Op deze wijze kan de kwaliteit van de sponsorgarantie regelmatig worden gemonitord en beoordeeld door het pensioenfondsbestuur en kan de garantie zelfs zonodig, en voor zover in voorkomend geval mogelijk, desnoods juridisch worden afgedwongen.

De toezichthouder zal het pensioenfonds kunnen manen een "aanzegging achterstallige premies" jegens de werkgever te doen, of een "aanzegging financiële ondersteuning" jegens andere bedrijfsonderdelen van een groep (van ondernemingen) waarvan de werkgever deel uitmaakt. Doel van deze aanzeggingen is achterstallige premies aan het pensioenfonds (en eventueel een pensioengarantiefonds) alsnog te innen.

Evenals de Britse toezichthouder heeft de Nederlandse toezichthouder reeds de bevoegdheid om algemene aanwijzingen te geven aan (bestuurders van) onder toezicht staande instellingen en daaraan lasten onder dwangsom te verbinden. Bij overtredingen van wet- en regelgeving kan de toezichthouder boetes opleggen en in sommige gevallen strafrechtelijke vervolging (van bestuurders) verzoeken. Ook heeft de Nederlandse toezichthouder reeds de bevoegdheid om pensioenfondsbestuurders te toetsen en te weigeren, schorsen of ontslaan bij gebleken ongeschiktheid.