



Consultatiedocument API
reactie van het
Expertisecentrum Pensioenrecht
Vrije Universiteit Amsterdam

mr. Ivor Witte

Introductie

Op 28 februari 2013 is het consultatiedocument API bekend gemaakt en zijn belangstellenden uitgenodigd daar op te reageren. Hieronder vindt u de reactie van het Expertisecentrum Pensioenrecht van de *Vrije Universiteit Amsterdam* (zie informatie in de bijlage).

Deze reactie ziet op een aantal juridische aspecten van het consultatiedocument. Het gaat daarbij om de volgende onderwerpen:

1. Doel
2. Taakafbakening
3. Markttoegang

De insteek bij de reactie is het verschaffen van juridisch-technisch commentaar.

De structuur van de reactie is als volgt:

1. De reactie bestaat uit een introductie en vervolgens drie paragrafen die ieder een van de genoemde onderwerpen behandelen;
2. Iedere paragraaf begint met een beknopte samenvatting van het betreffende deel van het consultatiedocument;
3. Vervolgens is per paragraaf een reactie opgenomen;
4. De reactie sluit af met een conclusie en aanbeveling.

1. Doel

1.1. Inhoud consultatiedocument

Het doel van het consultatiedocument is tweeledig:

- Het vereenvoudigen van samenwerking van ondernemingspensioenfondsen, of anders gezegd het uitbreiden van de mogelijkheden van het Multi-Opf, en
- Het wegnemen van belemmeringen voor het uitvoeren van buitenlandse regelingen door Nederlandse partijen.

Bij dit doel zou er verder “met name” behoefte zijn bij multinationale ondernemingen om pensioenregelingen (grensoverschrijdend) te bundelen. Deze stelling wordt in het consultatiedocument echter niet onderbouwd en blijft dus als onbewezen buiten beschouwing.

1.2. Multi-Opf

Het consultatiedocument beoogt bestaande knelpunten voor het Multi-Opf weg te nemen. De vraag is dan welke die knelpunten zijn. Het consultatiedocument verschaft daarover geen helderheid. Wel zou uit het voorstel om de domeinafbakening te schrappen kunnen worden afgeleid dat het gaat om de zogeheten vijfjaarseis (artikel 2 lid 11 PW). Als knelpunt kan de vijfjaarseis echter niet overtuigen. Zo is de eventuele relevantie van deze alleen al door het verloop van tijd afgenomen; het toenmalige wetsvoorstel tot invoeren van het Multi-Opf dateert immers van september 2009¹. Verder geldt de vijfjaarseis niet bij de vorming van een Multi-Opf vanwege het samengaan van de ondernemingen of groepen waaraan de twee of meer afzonderlijke pensioenfondsen waren verbonden (artikel 2 lid 11 PW), overigens juist een situatie die voorkomt bij multinationale ondernemingen. Het ontbreken van een onbelemmerde toegang tot de markt kan geen specifiek knelpunt voor het Multi-Opf zijn. De achtergrond van het ontbreken van een dergelijke toegang is immers gelegen in de taakafbakening, zie nader paragraaf 2 hieronder.

Een tweede knelpunt zou de verplichte vertegenwoordiging in het bestuur van het Multi-Opf kunnen zijn (artikel 99 lid 4 PW), of algemener geformuleerd de bestuurlijke druk. Op dit punt wijst het consultatiedocument zelf al op de veranderingen die het voorstel van Wet versterking bestuur pensioenfondsen². Of er dan nog een knelpunt resteert, maakt het consultatiedocument niet inzichtelijk.

¹ *Kamerstukken II 2009-10, 32 414.*

² *Kamerstukken II 2011-12, 33 182.*

Een derde knelpunt zou het in hoge mate onomkeerbare karakter van het Multi-Opf kunnen zijn. Het samengaan in een Multi-Opf is een ingrijpend traject³. In feite gaat het om eenrichtingverkeer. Dit is een knelpunt waar de introductie van de API volgens de lijnen van het consultatiedocument een nuttig bijdrage aan zou kunnen leveren. De veronderstelling is dan dat een Opf-API zoals het consultatiedocument die schetst vanwege zijn open kring van aangesloten ondernemingen een zakelijker verhouding met de aangesloten ondernemingen zal hebben. Die verhouding zal een moment van komen maar zeker ook een moment van gaan hebben, zoals het consultatiedocument uitdrukt met het voorstel voor een vergelijkbare uittredingsbepaling als die bij een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar of PPI (artikel 25 lid 1 sub h PW).

1.3. Uitvoeren buitenlandse regelingen

Het consultatiedocument beoogt ook om belemmeringen voor het uitvoeren van buitenlandse regelingen door Nederlandse partijen weg te nemen. Wat dit oogmerk betreft zij erop gewezen dat voor verzekeraars grensoverschrijdende dienstverrichting mogelijk is sinds de tweede richtlijn Leven⁴, onder de werking van een vereenvoudigde toelatingsprocedure (*single license*) sinds de derde richtlijn Leven⁵. Deze richtlijnen zouden verzekeraars voldoende mogelijkheden geven om grensoverschrijdend te kunnen werken⁶. Grensoverschrijdende dienstverrichting door verzekeraars komt echter niet tot nauwelijks voor, met name door culturele verschillen, ander sociaal- en arbeidsrecht en andere fiscale regels⁷. Op deze factoren heeft de introductie van de API geen invloed. Voor pensioenfondsen is grensoverschrijdende dienstverrichting in elk geval mogelijk sinds de implementatie van de IORP-richtlijn per 8 februari 2006⁸. Zowel een Opf als een Bpf kunnen daartoe

³ Ter illustratie: *Handreiking multi-opf*, Pensioenfederatie 1 juni 2010, www.pensioenfederatie.nl.

⁴ Richtlijn van 8 november 1990, 90/619/EEG, *Pb L* 330.

⁵ Richtlijn van 10 november 1992, 92/96/EEG, *Pb L* 360, samengevoegd met de tweede richtlijn Leven en de eerste richtlijn Leven, richtlijn van 5 maart 1979, 79/267/EEG, *Pb L* 63, door de Richtlijn van 5 november 2002, *Pb L* 345.

⁶ *Kamerstukken II* 2004-05, 30 104, nr. 3, p. 7 (Implementatie IORP-richtlijn). Merk op dat als ander argument om verzekeraars niet onder de IORP-richtlijn te laten vallen werd aangevoerd het “nadeel van de toepassing wordt daarbij gezien de verplichting om activa en passiva van directe regelingen af te scheiden van die van de overige werkzaamheden”.

⁷ E.A.P. Schouten, *Grensoverschrijdende pensioenen bij verzekeraars: grote verschillen tussen theorie en praktijk*, Pensioen&Praktijk 2009, 7/8.

⁸ Richtlijn van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, Richtlijn 2003/41/EG, *Pb L* 235, implementatie bij Wet van 19 januari 2006, *Stb.* 2006, 51.

een vergunning aanvragen (artikel 125 PW). Belemmeringen kunnen wel veroorzaakt worden door de nationale, Nederlandse, regeling van de taakafbakening zoals het groepscriterium bij een Opf de omschrijving van de bedrijfstak of bedrijfstakken bij een Bpf en de solidariteitseisen van de artikelen 118 tot en met 120 PW. Het is aannemelijk dat de regeling van de taakafbakening ook daadwerkelijke een obstakel vormt. Eisen aan de bestuurlijke inrichting van het fonds of aan de financiële opzet daarvan zijn op zich geen onmogelijkheid voor grensoverschrijdende dienstverrichting. Dergelijke eisen kunnen wel een feitelijke belemmering zijn vanuit buitenlands perspectief.

Naast voornoemde uit de vormgeving van het Nederlandse Opf en Bpf volgende belemmeringen zijn er belemmeringen die gelden voor zowel pensioenfondsen als verzekeraars. Dit betreft de culturele verschillen, het volgens artikel 196 lid 2PW op buitenlandse pensioenregelingen verplicht toe te passen sociaal- en arbeidsrecht en de andere fiscale regels. Voor deze belemmeringen geldt dat de introductie van de API geen of slechts een beperkte invloed kan hebben. Het zijn elementen waar ook de API tegenaan zal lopen, met name omdat het hier gaat om elementen waar de nationale wetgever geen regels kan stellen, omdat hier dwingende regels van EU-recht (zoals bepalingen uit de IORP-richtlijn) of van buitenlands recht toegepast dienen te worden.

Derhalve is de conclusie dat de introductie van de API de belemmeringen voor grensoverschrijdende dienstverrichting ten aanzien van pensioenregelingen slechts in beperkte mate kan opheffen. De belangrijke voor verzekeraars en pensioenfondsen bestaande belemmeringen zullen ook voor de API gelden.

1.4. De PPI

De PPI daarentegen is juist ontworpen om buitenlandse regelingen uit te voeren. Daarbij gaat het primair om beschikbare premierregelingen, ofwel om regelingen die internationaal herkenbaar zijn en steeds vaker voorkomen. Daarbij zij benadrukt dat de PPI *alle* arbeidsgerelateerde pensioenregelingen mag uitvoeren, zolang de PPI zelf maar geen verzekeringstechnisch risico draagt (artikel 1 Wft). Ook een dergelijke uitvoeringsvorm waarbij het verzekeren extern, buiten de directe uitvoerder, plaatsvindt is internationaal herkenbaar. Alleen al om deze redenen verdient het aanbeveling de (on)mogelijkheden van de bestaande PPI nader te onderzoeken, onduidelijkheden en knelpunten weg te nemen en zo nodig de PPI van aanvullende instrumenten te voorzien. Een tweede argument om de route naar de API via de PPI te laten verlopen is gelegen in de taakafbakening zoals aangegeven in de volgende paragraaf. Ten derde zou op die manier de lijn voor de introductie van de API zoals die voorheen gold weer worden hervat, te weten een separaat “vehikel” dat bedoeld

is om de minimumgrenzen van de IORP-richtlijn op te zoeken en de vorm heeft van “een partij op de vrije markt die door een ieder kan worden opgericht”⁹. Dat is ook aan te raden nu het consultatiedocument het verlaten van die eerdere lijn niet (afdoende) onderbouwt.

De *aanbeveling* is daarom om te onderzoeken of en zo ja hoe de PPI kan worden gepimpt tot een breder in te schakelen uitvoerder voor pensioenregelingen dan thans het geval is.

⁹ *Kamerstukken II 2006-07, 30 413, nr. 99, p. 1.*

2. Taakafbakening

2.1. Consultatiedocument

Zoals aangegeven houdt volgens het consultatiedocument de API niet langer de invoering van een nieuw type pensioenuitvoerder in. De API komt nu neer op een wijziging van de omschrijving van 'ondernemingspensioenfondsen' in de Pensioenwet. De eis dat een Opf alleen voor meerdere (groepen) van ondernemingen de pensioenregeling kan uitvoeren indien die (groepen van) ondernemingen ten minste vijf jaar een eigen Opf hadden gehad komt te vervallen. Ook kan een Opf-API voor iedere onderneming, binnen of buiten Nederland, de pensioenregeling uitvoeren ofwel de domeinafbakening komt te vervallen. Deze wijziging van de domeinafbakening leidt volgens het consultatiedocument niet tot het schenden van het uitgangspunt van de taakafbakeningsafspraken, aangezien ook verzekeraars een pensioenfonds kunnen oprichten dat als API functioneert.

Naar aanleiding van bovenstaande visie bevat deze paragraaf enige opmerkingen over de taakafbakening en de gevolgen van het eventuele afschaffen van de domeinafbakening. Paragraaf 3 bevat opmerkingen over de markttoegang.

2.2. Taakafbakening algemeen

De taakafbakening is een wettelijke marktverdeling tussen verzekeraars en pensioenfondsen. Het gaat zo gezien om een dynamisch compromis tussen belangen¹⁰. Deze marktverdeling berust onder andere op de mededingingsrechtelijke overwegingen, onbelemmerde markttoegang voor pensioenfondsen zou kunnen leiden tot oneerlijke concurrentie en misbruik van machtspositie¹¹.

De taakafbakening heeft echter ook een ander facet, namelijk recht doen aan de verschillen tussen verzekeraars en pensioenfondsen. Daarbij gaat het om enerzijds de spanning tussen de aard van een verzekeraar - kortweg: het verschaffen van zekerheid van de uitkering als tegenprestatie voor premiebetaling - en de aard van een pensioenfonds - kortweg: een instelling voor het uitvoeren van een arbeidsvoorwaardelijke regeling met een sociaal doel. Anderzijds gaat het om het gegeven dat beide pensioenuitvoerders in de zin van de PW zijn en (nagenoeg) identieke regelingen kunnen uitvoeren. Dit facet is weliswaar vooralsnog niet voorzien van een afdoende theoretisch fundament maar wel vormgegeven via de

¹⁰ R.A.C.M. Langemeijer, *Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen*, tweede druk, Kluwer, Deventer 2000, p. 45.

¹¹ *Kamerstukken II 2005-06*, 30 413, nr. 3, p. 69.

zogeneten “wezenskenmerken” van een pensioenfonds, solidariteit en collectiviteit (artikelen 23 en 117 tot en met 124 PW).

2.3. Domeinafbakening

De domeinafbakening als onderdeel van de taakafbakening is tot nu toe steeds gezien als een element van de solidariteit – ofwel van een gesloten kring¹². Voor ondernemingspensioenfondsen komt de domeinafbakening er in de kern op neer dat er tussen ondernemingen een bepaalde band moet zijn of zijn geweest om een Opf te kunnen delen¹³.

Door het schrappen van de domeinafbakening respectievelijk het verplicht ringfencen bij het uitvoeren van meerdere regelingen zoals het consultatiedocument voorstaat, is het echter zeer de vraag of een Opf-API nog wel voor de genoemde eigen belanghebbenden werkt. Door het schrappen van de domeinafbakening respectievelijk het verplicht ringfencen ontstaan er twee of meer groepen van belanghebbenden die alleen een uitvoerder met elkaar delen, en niet een collectieve regeling noch solidariteit. Het schrappen van de domeinafbakening is zo gezien een grote en mogelijk te grote stap weg van de genoemde wezenskenmerken van een pensioenfonds. Hierin ligt eveneens een argument om het pad naar de API via de PPI te laten lopen.

De conclusie hieruit is dat het schrappen van de domeinafbakening nader onderzoek en heroverweging behoeft.

¹² Bijvoorbeeld Commissie-Statuten: een pensioenfonds voert alleen activiteiten uit voor de belanghebbenden bij het fonds.

¹³ *Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 71-72.*

3. Markttoegang

3.1. Consultatiedocument

Het consultatiedocument boogt nadrukkelijk dat ook verzekeraars en derden een API kunnen oprichten. Op die manier zou er sprake zijn van een gelijk speelveld tussen verzekeraars en pensioenfondsen.

3.2. Gelijk speelveld

Een gelijk speelveld, *level playing field*, is op zichzelf geen mededingingsrechtelijk begrip. Waar het om gaat is gelijke concurrentievoorwaarden voor alle ondernemingen¹⁴. Het kunnen oprichten van een API door iedere partij is daardoor in lijn met het gelijke speelveld. Er is echter in de huidige wetgeving een belemmering die wel geldt voor verzekeraars en derden maar niet voor (bestaande) pensioenfondsen. Weliswaar kan een verzekeraar een pensioenfonds oprichten maar dan in zijn rol van een werkgever, die ter uitvoering van een pensioenovereenkomst met zijn werknemers een pensioenfonds aan zijn onderneming verbindt (artikel 1 jo. artikel 23 PW). Het oprichten van een pensioenfonds door een verzekeraar met uitsluitend als oogmerk de uitvoering van pensioenregelingen aan te gaan bieden is dan ook zonder wetswijziging niet mogelijk. Gezien de complicaties die een dergelijke wijziging zou meebrengen is ook hierin een argument gelegen om de route naar de API via de PPI te laten lopen.

Een ander aspect van het gelijke speelveld betreft de voorgestelde vergunningsplicht voor een pensioenfonds dat kiest voor de API-vorm. Als hoofdregel is op dit moment een pensioenfonds niet vergunningsplichtig behalve bij het willen gaan uitvoeren van een buitenlandse regeling (artikel 125 PW). De keuze voor de API-vorm door een pensioenfonds betekent niet per se dat het fonds een buitenlandse regeling gaat uitvoeren. Het betekent wel het openen van de mogelijkheid om voor een willekeurige onderneming de pensioenregeling te gaan uitvoeren ofwel het achterlaten van de domeinafbakening. Zoals aangegeven heeft het achterlaten van de domeinafbakening en de bijbehorende ringfencing consequenties voor het solidaire karakter van het fonds. Daarom is het wellicht passend om bij de keuze voor de API-mogelijkheden ten aanzien van de vergunningverlening artikel 108a PW van overeenkomstige toepassing te verklaren. Artikel 108a PW vereist een

¹⁴ Conclusie AG van 28 februari 2013, C-681/11 (Schenker) en Conclusie AG van 6 september 2012, C-226/11 (Expedia), www.curia.eu

vergunning bij het omzetten van de rechtsvorm van een pensioenfonds, waarmee is bedoeld de “omzetting van een pensioenfonds naar een andere uitvoerder¹⁵. Deze vergunning dient voor het beschermen van de belangen die op het moment van het omzetten bestaan. Het is denkbaar dat de keuze door een pensioenfonds voor de API-vorm leidt tot een dusdanige wijziging van de aard van het fonds dat dit als de overgang naar een ander type uitvoerder moet worden gezien. Dat zou een reden kunnen zijn om artikel 108a PW overeenkomstig toe te passen.

Conclusie:

De markttoegang voor verzekeraars en derden wordt belemmerd door de huidige wettelijke eis dat een ondernemingspensioenfonds de eigen regeling van een werkgever moet uitvoeren. Een wetswijziging op dit punt is nodig om een *level playing field* te bereiken.

¹⁵ *Kamerstukken II 2007-08, 28 294, nr. 32, p. 9.*

4. Conclusie en aanbeveling

Naar aanleiding van het consultatiedocument API heeft het Expertisecentrum Pensioenrecht opmerkingen van juridische aard gemaakt over het doel van het consultatiedocument, aspecten van taakafbakening en markttoegang.

De *conclusie* uit deze opmerkingen is als volgt:

- Het doel kan met de voorstellen uit het consultatiedocument slechts deels worden bereikt – de rechtvaardiging voor de introductie van de API is daarom onvoldoende onderbouwd op basis van de beoogde doelen;
- Het voorgestelde afschaffen van de domeinafbakening betekent anders dan het consultatiedocument aanneemt een wijziging van de taakafbakening met mogelijk verstrekkende gevolgen. Dit noopt tot nader onderzoek en heroverweging van het eventuele afschaffen van de domeinafbakening;
- De markttoegang voor verzekeraars en derden wordt belemmerd door de huidige wettelijke eis dat een ondernemingspensioenfonds de eigen regeling van een werkgever moet uitvoeren. Een wetswijziging op dit punt is nodig om een *level playing field* te bereiken.

De voornaamste *aanbeveling* is om gezien de bezwaren die aan de voorstellen van het consultatiedocument kleven de route naar de API via de PPI te laten lopen door doel en bevoegdheid van PPI te verruimen.

Expertisecentrum Pensioenrecht *Vrije Universiteit Amsterdam*

mr. Ivor Witte

m.: 06 51 78 19 37

e.: i.witte@vu.nl

Bijlage

Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam

Het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam doet onafhankelijk onderzoek en geeft advies op het brede terrein van het pensioenrecht. Daarnaast organiseert het centrum studiebijeenkomsten en cursussen over onder meer de onderzoeksresultaten. Het Expertisecentrum Pensioenrecht onderhoudt een (internationaal) netwerk waarin onderzoekers en partners regelmatig met elkaar van gedachten wisselen en onderzoeksplannen ter discussie stellen.

Bij het Expertisecentrum Pensioenrecht werken diverse wetenschappelijk medewerkers, veelal verbonden aan de rechtenfaculteit van de Vrije Universiteit. Het centrum wordt ondersteund door een Raad van Advies, samengesteld uit een aantal externe partners.

Het Expertisecentrum Pensioenrecht staat onder leiding van prof. dr. Erik Lutjens.

Contact

Prof. dr. Erik Lutjens

Hoogleraar Pensioenrecht

De Boelelaan 1077 - Initium
1081 HV Amsterdam

t.: 020 59 86 268
m. 06 52 41 84 08
e.: e.lutjens@vu.nl

