

Advocaten en notarissen
Strawinskylaan 2001
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
T +31 20 546 04 19
M +31 06 2955 1846
F +31 20 546 07 35
www.stibbe.com

Onze ref.

Memorandum

Aan Staatssecretaris J. Klijnsma
SZW

Van Teun Huijg
Stibbe Amsterdam

Datum 4 juni 2015

Betreft **Consultatie concept wijziging van het Besluit uitvoering Pensioenwet**

1. ALGEMEEN

1.1. Graag reageren wij op het concept Besluit Uitvoering Pensioenwet. In dit memo bespreken wij de volgende onderwerpen:

- Hoofdstuk 2: is het algemeen pensioenfonds (**Apf**) een groep van 'pensioenfondsen'?
- Hoofdstuk 3: enkele opmerkingen omtrent het weerstandsvermogen.
- Hoofdstuk 4: enkele opmerkingen omtrent de uitvoeringskosten, en het omschrijven daarvan.
- Hoofdstuk 5: het nut van artikel 10c lid 2 PW.

2. HET APF ALS GROEP VAN 'PENSIOENFONDSEN'

2.1. Het Apf is feitelijk gezien een groep van 'pensioenfondsen'. Dat lijkt ons de meest logische beleidsmatige benadering van het APF.

2.2. Aanbeveling A: wij raden de wetgever aan een duidelijke visie te geven omtrent de wijze waarop zij het APF beleidsmatig ziet op voornoemd punt. Dat komt de uitleg, het begrip en de consistentie van de concept-Apf-regels ten goede.

2.3. In het vervolg gaan wij er van uit dat de wetgever onze visie deelt dat het Apf feitelijk een groep van 'pensioenfondsen' is. Met '**pensioenfonds**' bedoelen wij in het vervolg een collectiviteitkring.

3. HET WEERSTANDSVERMOGEN?

Doel/noodzaak van het weerstandsvermogen - I

Stibbe N.V. is geregistreerd bij de Kamer van Koophandel onder nummer 34198700. Alle diensten worden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht met Stibbe N.V. die uitsluitend door Nederlands recht wordt beheerst. De algemene voorwaarden van Stibbe N.V. zijn van toepassing en bevatten een beperking van aansprakelijkheid. Deze algemene voorwaarden zijn beschikbaar op verzoek en via www.stibbe.com/generalconditions.

Stibbe

- 3.1. Een Apf zal een weerstandsvermogen moeten aanhouden. Het ontgaat ons wat het doel en de noodzaak is van het aanhouden van een weerstandsvermogen indien ieder 'pensioenfonds' functioneert als ware het een echt pensioenfonds.
- 3.2. Huidige echte pensioenfondsen houden twee buffers aan voor een groot aantal risico's. 'Pensioenfondsen' zullen dat dus net zo moeten gaan doen. Voor hen gelden exact dezelfde regels. Wat is dan nog de noodzaak om daar bovenop een extra buffer te verlangen? De enige verklaring kan zijn gelegen dat 'pensioenfondsen' hun krachten gebundeld hebben via een Apf. Maar rechtvaardigt dat enkele feit een weerstandsvermogen van 0,2% van het belegd vermogen met een minimum van EUR 500.000?
- 3.3. Aanbeveling B: de wetgever zou kritisch, en in aanzienlijk minder vage bewoordingen dan zij thans heeft gedaan, het doel / de noodzaak van het weerstandsvermogen moeten heroverwegen en -formuleren, indachtig de visie van wat een Apf *de facto* is.

Doel/noodzaak van het weerstandsvermogen - II

- 3.4. De roep naar heroverweging wordt nog sterker in het geval dat het Apf met alle relevante actoren heeft afgesproken dat de volgende kosten in mindering worden gebracht op ieder 'pensioenfonds':
 - a. Alle kosten die verband houden met het desbetreffende 'pensioenfonds' en die het 'fonds' ook gedragen zou hebben indien het een echt pensioenfonds zou zijn geweest.
 - b. Alle andere kosten (op basis van een bepaalde verdeelsleutel, bijv. naar rato van het VPV of iets dergelijks).
- 3.5. Deze kosten omhelzen feitelijk alle denkbare kosten die op enig moment het Apf kan maken. In dat geval is er geen goede reden om het weerstandsvermogen nog verplicht te stellen. Immers: crediteuren leggen een claim neer bij het Apf, welke het Apf (na erkenning) betaalt en vervolgens intern verrekent met het desbetreffende 'pensioenfonds' die het aangaat of met alle 'pensioenfondsen' naar rato.
- 3.6. Aanbeveling C: zie vorige aanbeveling B

Weerstandsvermogen - slot

- 3.7. Wij zijn van mening dat de omvang van het weerstandsvermogen en de uitvoeringskosten die in mindering kunnen worden gebracht op het afgescheiden vermogen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Onze gedachte daarbij is dat hoe meer kosten van het Apf neerdalen in één of alle 'pensioenfondsen', hoe lager het weerstandsvermogen hoeft te zijn (tot zelfs nul!).
- 3.8. Wij vragen ons af of er kosten (claims, vorderingen, hoe ook genaamd) zijn die het Apf onder geen beding mag laten neerdalen (via sluitende afspraken) in een 'pensioenfonds'. Anders gezegd: bestaat op dit punt volledige contractsvrijheid of heeft de wetgever beperkingen dienaangaande voor ogen? Het zou goed zijn indien de wetgever daarop een

eenduidig antwoord geeft.

- 3.9. Aanbeveling D: de wetgever zou de relatie moeten verhelderen tussen (i) de omvang van het weerstandsvermogen en (ii) de uitvoeringskosten die in mindering kunnen worden gebracht op het afgescheiden pensioenvermogen. Bovendien doet de wetgever er goed aan te bevestigen dat er volledige contractsvrijheid bestaat omtrent welke kosten neerdalen in een 'pensioenfonds', danwel expliciet aan te geven welke kosten onder geen beding verhaald mag worden op een afgescheiden pensioenvermogen.

4. UITVOERINGSKOSTEN

Uitvoeringskosten – I (algemeen)

- 4.1. Alleen de uitvoeringskosten die *expliciet, volledig, duidelijk* en *specifiek* in de uitvoeringsovereenkomst zijn opgenomen, mogen in mindering worden gebracht op het afgescheiden pensioenvermogen.
- 4.2. Bij de omschrijving van de kosten moet bovendien gebruik worden gemaakt van een systeem van kostenclassificatie. Dat wil zeggen dat in de uitvoeringsovereenkomst de kosten in groepen van kostenposten verdeeld moeten worden. Die groepen zijn:
- a. *administratieve uitvoeringskosten,*
 - b. *vermogensbeheerskosten,*
 - c. *transactiekosten* en
 - d. *overige uitvoeringskosten.*
- 4.3. Onder deze kostenposten vallen onder meer de volgende kosten:

administratieve uitvoeringskosten	kosten i.v.m. vaststellen en innen premies
	kosten i.v.m. registreren van pensioenen
	kosten i.v.m. informeren van en communiceren met belanghebbenden
	kosten i.v.m. betalen van pensioenen
	bestuurskosten
	kosten voor externe toezichthouders (o.a. DNB/AFM)
	overige kosten verband houdende met pensioenbeheer
vermogensbeheerskosten	interne kosten die het Apf (of bestuursbureau) maakt voor vermogensbeheer
	kosten voor fiduciair vermogensbeheer
	bewaarloon
	advieskosten
	performance gerelateerde kosten
	overige kosten voor het beheer van het belegde vermogen, niet zijnde 'transactiekosten'
transactiekosten	aan- en verkoopkosten
	kosten voor de acquisitie van (illiquide) beleggingen
	vergoedingen die het Apf betaalt bij in- of uittreden van een beleggingsfonds
	overige kosten i.v.m. tot stand brengen van transacties van vermogenstitels
overige	loonkosten van personeel
	huurlasten
	kosten voor kantoomateriaal
	kosten van door het Apf uitbestede diensten (niet zijnde onderdeel van voornoemde kostenposten)

- 4.4. Met de kostenclassificatie is aangesloten bij art. 45a PW en art. 10a Besluit uitvoering PW. Beide artikelen zijn echter pas zeer recent in werking getreden. Hier is dus nog niet veel ervaring mee opgedaan in de markt. Bovendien blijkt uit de ervaringen die er wel zijn dat

nog veel onduidelijk is omtrent de kostenclassificatie.

- 4.5. Daar de kostenclassificatie feitelijk het sluitstuk is van een goed werkend mechanisme van *ringfencing* is een dergelijke mate van onduidelijkheid/onzekerheid niet goed uitlegbaar. Bij het al bestaande art. 45a PW/art. 10a Besluit uitvoering PW was dat misschien nog te verdedigen. Het gaat daarbij immers om een minder cruciaal element van de wet(ssystematiek). Maar bij ringfencing ex art. 123 PW is deze kostenclassificatie van veel groter belang (zelfs essentieel)!
- 4.6. Aanbeveling E: wij adviseren aanzienlijk meer aandacht te geven aan de wijze waarop de kostenclassificatie exact werkt (inclusief voorbeelden).

Uitvoeringskosten – II ('overige kosten')

- 4.7. Onder paragraaf 'Doel en noodzaak van het weerstandsvermogen – II' benoemden wij de situatie dat het Apf met alle relevante actoren heeft afgesproken dat alle 'andere kosten' (zie onderdeel b van die paragraaf) naar rato verdeeld worden over alle 'pensioenfondsen'. Het betreft dan dus de kosten die niet direct verband houden met één specifiek 'pensioenfonds'.
- 4.8. Wij zijn van mening dat zo'n afspraak mogelijk is onder de concept-regels. Deze vallen namelijk onder de post 'overige uitvoeringskosten', zoals bedoeld in artikel 10c lid 2 concept-Besluit uitvoering PW. Zeker zijn wij echter niet. Dat heeft te maken met het feit dat het onder dat lid moet gaan om "*kosten [die] verband houden met de uitvoering van de pensioenregeling*". Zijn dergelijke 'andere kosten' wel als zodanig te kwalificeren, is de vraag.
- 4.9. Aanbeveling F: wij adviseren de wetgever te verduidelijken dat de hiervoor bedoelde 'andere kosten' onder artikel 10c lid 2 vallen en dus overeengekomen kunnen worden, dan wel uit te leggen waarom dat niet zo is (indachtig de visie dat een Apf feitelijk een groep van 'pensioenfondsen' is).

Uitvoeringskosten – III

- 4.10. Hierna noemen wij enkele kosten (het betreft slechts een voorbeeld) die geclassificeerd moeten worden:
 - a. claims van personen die menen 'deelnemer' te zijn geweest (de onbekende, niet-aangemelde werknemer).
 - b. claims van werkgevers onder de uitvoeringsovereenkomsten.
 - c. claims van de uitvoeringsorganisaties onder de uitbestedingsovereenkomsten.
 - d. claims van wederpartijen bij derivaten.
 - e. claims op basis van verleende vrijwaringen (bijv. in het kader van een inkomende waardeoverdracht)
 - f. een boete van DNB, AFM, etc.

- 4.11. Duidelijk is dat deze kosten niet vallen onder de drie expliciet genoemde kostenposten (administratieve uitvoeringskosten, vermogensbeheerskosten en transactiekosten). Wij menen dat goed verdedigd kan worden dat deze kosten wel onder de 'overige'-kostenpost vallen, d.w.z. onder artikel 10c lid 2 concept-Besluit uitvoering PW. Het betreft immers kosten verband houdende met de uitvoering van de pensioenregeling. Tegelijkertijd sluiten wij niet uit dat het hier niet gaat om kosten, in de zin van het concept-Besluit.
- 4.12. Aanbeveling G: het verdient de voorkeur dat de wetgever verduidelijkt wat zij bedoelt met de term 'kosten'. Moet dat ruim of eng worden geïnterpreteerd? Vallen daaronder bijvoorbeeld ook claims van – al dan niet – derden of opgelegde boetes?
- 4.13. Overigens geldt hetzelfde voor claims voortkomende uit door het Apf opgewekt vertrouwen bij direct belanghebbenden en derden.

Uitvoeringskosten – IV

- 4.14. Een ander punt dat verduidelijking behoeft, is dat in artikel 10c lid 2 concept-Besluit uitvoering PW staat dat de kosten onder de 'overige'-kostenpost nader gespecificeerd moeten worden. Dat lijkt te impliceren dat indien dat niet gedaan wordt, die kosten niet in minder mogen worden gebracht op het afgescheiden pensioenvermogen. Betekent dit dat alle voornoemde claims en boetes van te voren in kaart moeten worden gebracht en expliciet moeten worden vastgelegd/omschreven in de uitvoeringsovereenkomst? Dat is niet duidelijk.
- 4.15. Overigens: gesteld zou kunnen worden dat dit net zo goed geldt voor de overige kostenposten. Artikel 10c lid 3 concept-Besluit uitvoering PW eist ten aanzien van die kostenposten namelijk ook dat ze gespecificeerd worden in de uitvoeringsovereenkomst. Wat moet er worden gespecificeerd; alleen de kostenpost als categorie of ook de daaronder vallende kosten? Hoe uitputtend en expliciet/specifiek moet de omschrijving zijn?
- 4.16. Dit zijn allemaal belangrijke vragen, omdat – en het zij herhaald – het het sluitstuk vormt van de goederenrechtelijke *ringfencing*
- 4.17. Aanbeveling H: zie aanbeveling E.

5. NUT VAN ARTIKEL 10C LID 2 CONCEPT-BESLUIT UITVOERING PW

- 5.1. Artikel 10c lid 2 concept-Besluit uitvoering PW bepaalt het volgende: "Overige kosten die verband houden met de uitvoering van de pensioenregeling en niet als kosten in de zin van een van de drie categorieën, bedoeld in het eerste lid, kunnen worden toebedeeld worden volgens een vaste verdeelsleutel over de drie categorieën verdeeld".
- 5.2. Het is niet duidelijk wat het nut en de noodzaak is van deze bepaling. Het lijkt hier te gaan om een kopie van artikel 10a lid 4 Besluit Uitvoering PW.
- 5.3. Moet dit aldus worden uitgelegd dat de 'overige'-kosten niet expliciet vermeld hoeven te worden in de uitvoeringsovereenkomst, maar dat de ingeschatte waarde van die kosten verdeeld moet worden onder de drie expliciet genoemde kostenposten?
- 5.4. Dat zou niet in stroken met de tweede zin van artikel 10c lid 2, dat luidt: "Daarbij worden deze kosten nader gespecificeerd". Moet lid 2 dan aldus gelezen worden dat de ingeschatte waarde van die kosten verdeeld moet worden over de drie expliciet genoemde kostenposten en dat vervolgens in de uitvoeringsovereenkomst ook bij iedere kostenpost benoemd moet worden dat (met naam en toenaam genoemde) overige kosten daar onderdeel van uit maken?
- 5.5. Aanbeveling I: heroverweeg (het nut en de noodzaak van) artikel 10c lid 2 concept-Besluit Uitvoering PW.

Teun Huijg
Pensioenrechtadvocaat bij Stibbe