

**Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Ministerie van Financiën**

F.J.E. Foppes, J.W. de Bruin,  
S.H. Kuiper en D. van der Veer  
Advocaten  
bruin@vandoorne.com  
t 020 6789 237  
f 020 7954 237  
m 06 55 78 56 11

Datum 4 juni 2015  
Inzake Reactie op consultatie Besluit Algemeen Pensioenfonds

Hooggeachte mevrouw Klijnsma,

Met belangstelling en waardering hebben wij kennis genomen van het Concept Besluit Algemeen Pensioenfonds (het "**Besluit**"). Het Team Pensioen van Van Doorne N.V. maakt graag gebruik van de gelegenheid te reageren op de inhoud van het Besluit.

## **1 Inleiding**

1.1 In de pensioensector wordt inmiddels reikhalzend uitgekeken naar de introductie van het algemeen pensioenfonds ("**APF**"). Aangezien de interesse vanuit de pensioensector voor een APF groot blijkt, vinden wij het een gunstige ontwikkeling dat het Besluit is opengesteld voor consultatie. Wij concentreren ons in deze reactie op de juridische aspecten van het Besluit, in het bijzonder:

- de uitvoeringsovereenkomst en het uitvoeringsreglement (paragraaf 2);
- de vergunning (paragraaf 3); en
- het weerstandsvermogen (paragraaf 4).

1.2 Daarnaast bespreken wij enkele aspecten uit de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging (paragraaf 5).

1.3 In het verleden heeft Van Doorne N.V. ook gereageerd op de Blauwdruk Algemene Pensioeninstelling en het consultatiedocument Algemeen Pensioenfonds. De opmerkingen die

wij in dat kader hebben gemaakt, zullen wij in deze consultatiereactie niet herhalen. Wij verwijzen u gaarne naar deze eerdere reacties.<sup>1</sup>

## **2 Uitvoeringsovereenkomst**

- 2.1 Het Besluit voorziet in de verplichting om in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement afspraken op te nemen over de in rekening te brengen kosten en de kwaliteit van de dienstverlening. Dit heeft tot doel om de afgescheiden pensioenvermogens adequate bescherming te bieden. Dit doel kan echter niet bereikt worden indien het APF niet daadwerkelijk kan worden aangesproken indien te veel kosten in rekening worden gebracht of de kwaliteit onder het afgesproken niveau zakt. In geval van een collectiviteit die afkomstig is uit een slapend fonds, waarbij de werkgever niet langer bestaat, ontbreekt een partij die nakoming van de gemaakte afspraken kan vragen. Weliswaar kan het slapende fonds afspraken maken met het APF, welke worden vastgelegd in het uitvoeringsreglement, maar na liquidatie van het slapende fonds is onduidelijk welke partij het APF dient aan te spreken indien het APF de verplichtingen niet nakomt.
- 2.2 Bovenstaande situatie is onder huidig recht niet anders wanneer een pensioenfonds door middel van een collectieve waardeoverdracht "opgaat" in een ander pensioenfonds. In die situatie is na overdracht echter geen sprake van een afgescheiden vermogen, maar van volledige risicodeling met de overige begunstigen van het verkrijgende fonds. De gedachte die ten grondslag ligt aan de overdracht is dus een andere dan bij overdracht naar een APF. Juist het behoud van eigenheid is één van de argumenten om het APF te introduceren. Die eigenheid en zelfstandigheid kunnen op grond van het huidige wetsvoorstel en Besluit echter niet volledig geëffectueerd worden.

## **3 Vergunning**

### *Leeg APF*

- 3.1 De wetgever wil oprichters van een APF de mogelijkheid bieden om het vergunningstraject op te starten voordat partijen zich gecommitteerd hebben om de pensioenregeling te laten uitvoeren bij het betreffende APF. Deze mogelijkheid juichen wij toe.
- 3.2 Het Besluit voorziet echter slechts gedeeltelijk in de mogelijkheid om als "leeg" APF te kunnen voldoen aan het vereiste om gegevens te verstrekken in het kader van de vergunningaanvraag. Weliswaar voorziet artikel 40b lid 1 sub n van het Besluit in de mogelijkheid om een

---

<sup>1</sup> <http://www.internetconsultatie.nl/api2013/reactie/24405/bestand> en [http://www.internetconsultatie.nl/wet\\_algemeen\\_pensioenfonds/reactie/27918/bestand](http://www.internetconsultatie.nl/wet_algemeen_pensioenfonds/reactie/27918/bestand).

modeluitvoeringsovereenkomst over te leggen. Deze mogelijkheid lijkt echter niet te bestaan voor (bijvoorbeeld) de pensioenreglementen (sub o). Voor een leeg APF is het niet mogelijk om een definitieve versie van het pensioenreglement op te stellen, aangezien de uit te voeren pensioenregeling nog onbekend is.

- 3.3 Voor de statuten stelt het Besluit (artikel 40b lid 1 sub d) dat een aspirant-APF zijn (reguliere stichtings)statuten zou kunnen overleggen. Gelet op het feit dat het pas na vergunningverlening door DNB – aldus het voorgenomen artikel 112a PW – is toegestaan om het bedrijf van APF uit te oefenen, zal DNB dus concept APF-statuten kunnen bezien op juistheid. Wij gaan er derhalve vanuit dat de wetgever beoogt dat DNB de concept APF-statuten controleert. Dit kan in het Besluit worden geëxpliciteerd.
- 3.4 Het verdient wat ons betreft aanbeveling om niet alleen bij de uitvoeringsovereenkomst te voorzien in de mogelijkheid van het verstrekken van een model, maar dit ook bij andere gegevens uit artikel 40b lid 1 van het Besluit toe te staan.

#### *Vermogensscheiding*

- 3.5 De aanvrager van een APF-vergunning dient een beschrijving te verstrekken van de wijze waarop het APF de vermogensscheiding per collectiviteitkring waarborgt (artikel 40b lid 1 sub i Besluit). Wij nemen aan dat de wetgever beoogt dat goederenrechtelijke werking van de vermogensscheiding reeds bestaat doordat artikel 123 PW (nieuw) dit bepaalt. Wij vermoeden dat de wetgever met artikel 40b lid 1 sub i Besluit wil bewerkstelligen dat de aanvrager van een APF-vergunning tijdig nadenkt over het effectueren van vermogensscheiding en in waarborgen voorziet. Wij denken hierbij bijvoorbeeld aan het opnemen van "*limited recourse*" en "*non-petition*" afspraken in (uitbestedings)overeenkomsten.
- 3.6 Aangezien het van groot belang is dat de vermogensscheiding in goederenrechtelijke zin altijd effect heeft, kan worden overwogen om in de toelichting te verduidelijken dat bovenstaand voorschrift niets afdoet aan het uitgangspunt dat elke collectiviteitkring een afgescheiden vermogen heeft. Wel steunen wij de gedachte dat een aanvrager van een APF-vergunning voorafgaand aan (en ook gedurende) het uitoefenen van het bedrijf van een APF moet stilstaan bij de praktische implicaties van een afgescheiden vermogen per collectiviteitkring.

#### *Intrekken of wijzigen vergunning*

- 3.7 DNB kan een verleende vergunning wijzigen, (gedeeltelijk) intrekken of beperken dan wel daaraan nadere voorschriften verbinden. Artikel 40c lid 1 sub g Besluit bepaalt dat DNB voornoemde bevoegdheden kan gebruiken indien het APF zijn bedrijf geheel of gedeeltelijke overdraagt. Wij gaan ervan uit – gelet op bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb – dat bij gedeeltelijke overdracht van het bedrijf van het APF (bijvoorbeeld door een uitgaande collectieve waardeoverdracht) DNB in beginsel niet de vergunning zal intrekken. Bij een (omvangrijke) collectieve waardeoverdracht lijkt het ons meer voor de hand liggend dat indien DNB meent in actie te moeten komen, zij volstaat met het verbinden van nadere voorschriften

aan de APF-vergunning. Intrekking van de APF-vergunning lijkt ons in dit geval te ver strekken. Wij vernemen graag of de wetgever deze visie ondersteunt.

#### **4 Weerstandsvermogen**

##### *Werkkapitaal vs. weerstandsvermogen*

- 4.1 De wetgever heeft er voor gekozen om de term "werkkapitaal" te veranderen in de term "weerstandvermogen". Uit de toelichting volgt dat de term "weerstandvermogen" beter tot uitdrukking brengt dat het gaat om vermogen, ten behoeve van bedrijfsrisico's, dat steeds aanwezig dient te zijn.
- 4.2 Wij hebben echter een voorkeur voor de term "werkkapitaal". Wij maken in dit kader onderscheid tussen (i) APF-en met gemaximeerde kosteninhouingen (naar wij aannemen: veelal met een commerciële achtergrond) en (ii) APF-en zonder gemaximeerde kosteninhouingen. Bij een APF met gemaximeerde kosteninhouingen dient het weerstandsvermogen *ook* om bedrijfsrisico's op te vangen. *Elk* APF dient echter een vermogen aan te houden om het APF in staat te stellen operationele activiteiten te ontplooiën en in dat kader aan zijn betalingsverplichtingen te kunnen voldoen.
- 4.3 Wanneer het "weerstandvermogen" slechts voor dat laatste doel wordt aangehouden, kan de omvang van dit kapitaal vermoedelijk beperkt worden. Een APF dat de kosteninhouingen die in mindering mogen worden gebracht op de afgescheiden vermogens van de collectiviteitkringen niet op voorhand heeft gemaximeerd, zou wat ons betreft toekunnen met een beperkter weerstandsvermogen dan een APF dat de kosteninhouingen wel heeft gemaximeerd. Een APF zonder gemaximeerde kosteninhouingen zou volgens ons zelf een inschatting moeten kunnen maken van het bedrag dat benodigd is om het bedrijf van een APF op goede en bestendige wijze te kunnen uitoefenen.
- 4.4 Wanneer het vermogen van een APF alleen wordt gebruikt voor werkkapitaaldoeleinden – dus slechts ter dekking dient van de operationele kosten – ligt het voor de hand dat de collectiviteitkringen het benodigde werkkapitaal verschaffen. Het werkkapitaal wordt immers hoe dan ook aangezuiverd door de afgescheiden vermogens behorende bij de collectiviteitkringen van het APF. Voor dit soort APF'en is daarmee direct het probleem opgelost betreffende het "leningenverbod" (zie hierna).

##### *Leningen*

- 4.5 Het APF kan op diverse manieren het benodigde weerstandsvermogen verkrijgen. Het Besluit (en de nota naar aanleiding van het verslag) noemen de mogelijkheid van het afsluiten van (achtergestelde) leningen door het APF. De wetgever laat onbesproken hoe de toelaatbaarheid van langdurige achtergestelde leningen zich verhoudt tot het zogenaamde "leningenverbod".

4.6 Op grond van richtlijn 2003/41/EG, zoals geïmplementeerd in artikel 136 PW, mag een pensioenfonds alleen leningen aangaan (i) om te voldoen aan de vereisten van het (minimaal) vereiste eigen vermogen (artikel 131 en 132 PW) of (ii) voor liquiditeitsdoeleinden. Wanneer het weerstandsvermogen van een APF extern wordt gefinancierd, zijn deze uitzonderingen niet noodzakelijkerwijs aan de orde. Daarnaast volgt uit het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen dat het (minimaal) vereist eigen vermogen slechts voor 50% uit achtergestelde leningen mag bestaan, waarvan de helft slecht een vaste looptijd mag hebben. Anders gezegd: het (minimaal) vereist eigen vermogen mag voor maximaal 25% uit achtergestelde leningen met een vaste looptijd bestaan.

4.7 Wij zien graag dat de wetgever toelicht hoe een APF met betrekking tot het weerstandsvermogen dient om te gaan met het leningenverbod. Meent de wetgever dat de richtlijn ruimte biedt om achtergestelde leningen wel ongelimiteerd toe te staan bij de verkrijging van het weerstandsvermogen of zal een APF de beperkingen van de richtlijn en artikel 136 PW in acht dienen te nemen bij het aangaan van (achtergestelde) leningen ten behoeve van het weerstandsvermogen?

*Afgescheiden vermogen*

4.8 Iedere collectiviteitkring heeft een vermogen dat goederenrechtelijk afgescheiden is van het vermogen van elke andere kring. Onduidelijk is voornamelijk of het een crediteur van een specifieke collectiviteitkring is toegestaan zich te verhalen op activa (het weerstandsvermogen) van het APF. Wij nemen aan dat dit niet de bedoeling is. Een verduidelijking in het wetsvoorstel of het Besluit dat het weerstandsvermogen van het APF eveneens een op zichzelf staand goederenrechtelijk afgescheiden vermogen vormt, dat is afgescheiden van het vermogen van iedere collectiviteitkring, is wenselijk.

*Aanzuiverplicht*

4.9 Wij vragen ons na lezing van het Besluit af of de collectiviteitkringen een (onvoorwaardelijke) plicht hebben tot het (naar rato of anderszins) aanzuiveren van de schulden en operationele verliezen van het APF. In hoeverre moeten collectiviteitkringen steeds zorgen voor extra weerstandsvermogen? Is dit een onvoorwaardelijke en onbeperkte verplichting of kunnen partijen hier andere afspraken over maken (mogelijk dus resulterend in het faillissement van het APF)?

4.10 Het Besluit bepaalt niet welke partijen recht hebben op (het restant van) het weerstandsvermogen indien een APF ophoudt met het uitoefenen van het bedrijf van APF. Het gedeelte van het weerstandsvermogen dat het APF van commerciële partijen of de betrokken werkgevers heeft verkregen, zal waarschijnlijk op basis van de documentatie waarop het geld ter beschikking is gesteld, terugvloeien naar deze partijen. Of dit ook geldt voor het vermogen dat door de collectiviteitkringen beschikbaar is gesteld, is voornamelijk onduidelijk.

4.11 Kortom, het Besluit zou aan kracht winnen indien het meer guidance bevat voor de vormgeving, het behoud en het restant van het weerstandsvermogen.

## **5 Overige opmerkingen**

5.1 Graag maken wij van de gelegenheid gebruik om ook enkele aspecten uit de memorie van toelichting, de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging te bespreken. Hieronder gaan wij in op de volgende onderwerpen:

- omvorming;
- onafhankelijk bestuur bij omvorming;
- vermogensscheiding; en
- aansluiting bij APF door slapend fonds.

### *Omvorming*

5.2 Onder verwijzing naar het interview met mr. Foppes van Van Doorne N.V. in PensioenPro d.d. 10 februari 2015<sup>2</sup> en de Kamervragen van onder meer de 50PLUS-fractie naar aanleiding van dit interview,<sup>3</sup> juichen wij het toe dat de omvorming van een bestaand pensioenfonds tot een APF niet langer wordt beschouwd als een collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 83 lid 1 sub a PW. In plaats daarvan bepaalt artikel 220a PW (nieuw) dat bij omvorming artikel 84 PW van overeenkomstige toepassing is. Dit vinden wij een sterke verbetering. Door deze wijziging is niet langer onduidelijk of één deelnemer de omvorming kan tegenhouden of wat anderszins de gevolgen zouden zijn van een ingediend bezwaar. DNB is bevoegd om een verbod tot omvorming op te leggen, waarmee het proces van omvorming met voldoende waarborgen is omkleed.

### *Onafhankelijk bestuur: ook bij omvorming*

5.3 Uit de nota naar aanleiding van het verslag volgt dat indien een pensioenfonds met een paritair bestuursmodel een APF wil oprichten, de bestuurders van het bestaande pensioenfonds geen *onafhankelijk* bestuurder kunnen worden van de op te richten APF. Zij worden in dat geval niet onafhankelijk geacht. Wij gaan ervan uit dat het voorgaande ook geldt indien een pensioenfonds met een paritair bestuursmodel zich *omvormt* tot een APF met een onafhankelijk bestuursmodel. Graag zien wij dit nog vastgelegd in de nadere parlementaire stukken.

---

<sup>2</sup> M. van Wijk, 'Een deelnemer kan omvorming tot APF frustreren', *PensioenPro* 10 februari 2015.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34117, nr. 6, p. 18-19.

### *Vermogensscheiding*

- 5.4 Op basis van de huidige kamerstukken is niet geheel duidelijk hoe specifiek de omschrijving van de collectiviteitkringen en vermelding van de uitvoeringsovereenkomsten (of uitvoeringsreglementen) in de statuten van het APF moet zijn. Is het toereikend om de collectiviteitkring te beschrijven als de (begunstigden onder de) pensioenregeling voor een bepaalde sector en tegelijkertijd een generieke (sector)uitvoeringsovereenkomst te gebruiken? De sanctie op een niet voldoende duidelijke omschrijving is draconisch, te weten: het ontbreken van een goederenrechtelijk afgescheiden vermogen. Deze ingrijpende sanctie is des te meer reden om meer helderheid te bieden omtrent de vereisten inzake de beschrijving van de collectiviteitkring en uitvoeringsovereenkomsten.

### *Aansluiting bij APF door slapend fonds*

- 5.5 Het oorspronkelijke wetsvoorstel <sup>4</sup> voorzag in het geheel niet in een wijze waarop een slapend fonds (ofwel, een fonds zonder actieve opbouw) de pensioenaanspraken zou kunnen overbrengen naar (een collectiviteitkring van) een APF. Wij doelen daarbij op de situatie waarin niet langer uitvoeringsovereenkomsten zijn gesloten met een werkgever. Het aangepaste wetsvoorstel <sup>5</sup> voorziet nu wel in de mogelijkheid voor deze fondsen om hun pensioenaanspraken onder te brengen bij (een collectiviteitkring van) een APF, maar dan uitsluitend voor de situatie waarin de werkgever is opgehouden te bestaan.
- 5.6 Wanneer de voormalig aangesloten werkgever niet langer bestaat en het dus feitelijk onmogelijk is voor het APF om een uitvoeringsovereenkomst aan te gaan, dient het APF op grond van artikel 23a PW een uitvoeringsreglement op te stellen. Het APF legt in het uitvoeringsreglement de afspraken vast die het heeft gemaakt met het overdragende slapende fonds.
- 5.7 Het wetsvoorstel stelt de mogelijkheid van het toepassen van een uitvoeringsreglement niet open voor een slapend fonds waarbij de voormalig aangesloten werkgever nog wel bestaat, maar waarbij tussen fonds en werkgever geen uitvoeringsovereenkomst meer in stand is. Wij pleiten ervoor om het toepassen van een uitvoeringsreglement ook mogelijk te maken voor een slapend fonds waarbij de werkgever nog wel bestaat. Anders blijft een dergelijk slapend fonds afhankelijk van de medewerking van zijn voormalige aangesloten werkgever(s). Immers, om te bewerkstelligen dat het APF op de voet van artikel 25 PW kosten kan verhalen op het afgescheiden vermogen dat behoort bij een collectiviteitkring, dient het APF bij deze stand van de voorgenomen wetgeving met de voormalige aangesloten werkgever(s) een uitvoeringsovereenkomst te hebben. Terzijde: het overdragend pensioenfonds heeft geen middel in handen om de desbetreffende werkgever(s) te bewegen een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met het APF in kwestie.

---

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34117, nr. 2.*

<sup>5</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34117, nr. 10.*

5.8 Overigens blijft, zoals in paragraaf 2 al gesignaleerd, bij het toepassen van een uitvoeringsreglement een probleem dat het overdragende slapende fonds wel afspraken kan maken met het APF, maar na liquidatie van het overdragende fonds is onduidelijk welke partij het APF dient aan te spreken, wanneer het APF zijn verplichtingen niet nakomt.

\* \* \*

Wij vertrouwen erop u hiermee van dienst te zijn bij de voorbereiding van het Besluit en het wetsvoorstel APF. Indien gewenst zijn wij gaarne beschikbaar voor het geven van een toelichting.

Vriendelijke groet,

namens het Team Pensioen  
**Van Doorne N.V.**

Friso Foppes  
Jorn de Bruin  
Sjibren Kuiper  
Desiree van der Veer