
Van : VBC Notarissen - mr. L.W. Kelterman/ mw. mr. N. Ter Braak-Bijlholt
Datum : 18 februari 2014
Betreft : Reactie op internetconsultatie voorontwerp Wet algemeen
pensioenfonds

I. Inleiding

1. Op 23 januari 2014 jl. heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) de internetconsultatie geopend met betrekking tot het voorontwerp van de Wet algemeen pensioenfonds ("Wetsvoorstel"), alsmede de Memorie van Toelichting ("MvT") daarbij. Enkele wijzigingen die met het Wetsvoorstel beoogd zijn hebben een sterk ondernemingsrechtelijk en/ of goederenrechtelijk karakter. Wij maken, namens VBC Notarissen, graag van de gelegenheid gebruik op de ter consultatie voorgelegde stukken te reageren.
2. Hieronder volgt eerst een algemene bevinding/ aanbeveling. Vervolgens behandelen we enkele algemene vragen en opmerkingen naar aanleiding van de MvT. Daarna behandelen we enkele onderdelen van het Wetsvoorstel artikelsgewijs en sluiten we af met enkele tekstuele aanpassingen/ suggesties.

II. Algemene aanbeveling

3. Het Wetsvoorstel lijkt een logisch vervolg op het idee waarmee enige tijd geleden ook het multi-ondernemingspensioenfonds ("multi-opf") is geïntroduceerd: verdergaande lastenverlichting voor pensioenfondsen in tijden waarin deze hun bestaansrecht met regelmaat tegen het licht houden. Het Wetsvoorstel komt daarbij tegemoet aan veel bezwaren die in de praktijk t.a.v. het multi-opf zijn gerezen: te veel beperkingen in het opzetten en besturen ervan en slechts intern werkende ringfencing. Nu dreigt echter de balans naar de andere kant door te slaan. Althans, door een goederenrechtelijke en ondernemingsrechtelijke bril bekeken. Het Wetsvoorstel introduceert zonder veel omhaal een nieuw goederenrechtelijk systeem. Op zich zelf is het uiteraard niet verkeerd dat de wetgever 'out of the box' denkt. Wel dienen de gevolgen van zo een nieuw systeem zo veel mogelijk en in de breedste zin, ook buiten de Pensioenwet, goed te worden onderzocht en (waar nodig) te worden ondervangen.

III. Algemeen MvT



4. Ons valt op dat nog veel zaken nader zullen worden uitgewerkt in regelgeving. Ook de fiscale consequenties/ behandeling is nog onduidelijk. Deze punten zijn uiteraard van groot belang bij de beoordeling van het totale Wetsvoorstel.
5. De regeling als opgenomen in het Wetsvoorstel staat niet open voor de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Ons is niet duidelijk waarom deze beperking is aangebracht. Als we het goed lezen wordt het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds uitgesloten van de nieuwe regeling, omdat de verplichting ziet op een bepaald fonds en niet op een regeling. Naar ons idee is het raadzaam te bekijken of de nieuwe regeling niet toch ook op het verplichte bedrijfstakpensioenfonds kan worden toegepast.
6. Wij lezen in de MvT (p. 5) dat een pensioenfonds er zelf voor kan kiezen een APF te zijn. Ook indien slechts één pensioenregeling is ondergebracht. Is in zo een geval ook de nieuwe regeling al van toepassing, m.a.w.: kan dan een afgescheiden vermogen worden gecreëerd voor de pensioenregeling, zodat crediteuren van de bedrijfsvoering zich niet kunnen verhalen op het compartiment van de pensioenregeling, terwijl bij een 'gewoon' pensioenfonds die beperking niet bestaat?
7. Het meest in het oog springende kenmerk van een APF is de goederenrechtelijke scheiding tussen de vermogens die het APF aanhoudt. Bij de invoering van het multi-opf werd tevens de 'ringfencing' van vermogen in de Pensioenwet geïntroduceerd. Daarvan was echter slechts intern sprake. Externe ringfencing kon slechts worden bereikt door contracten open te breken, of nieuwe te sluiten, waarin bepaald werd dat de wederpartij van een multi-opf zich slechts op een in de betreffende overeenkomst bepaald gedeelte van het vermogen van het fonds zou verhalen. De ringfencing had dus slechts obligatoire, geen goederenrechtelijke werking. In het thans voorliggende Wetsvoorstel is de ringfencing vervangen door de 'compartimentering': de aanspraken van crediteuren zijn goederenrechtelijk beperkt tot het afgescheiden vermogen, het compartiment, dat in de uitvoeringsovereenkomst daartoe is aangewezen.

Dit systeem is voor het Nederlandse rechtssysteem uniek en brengt een aantal vragen van goederenrechtelijke en ondernemingsrechtelijke aard met zich.

- (i) In de MvT (p.17) lezen we dat deze goederenrechtelijke scheiding kan betekenen, dat schuldeisers van het APF geen volledig verhaal kunnen vinden, terwijl het fonds wel voldoende vermogen heeft, alleen dit vermogen uit andere hoofde aanhoudt. Kunnen deze schuldeisers dan het faillissement van het APF aanvragen? Dat lijkt ons niet wenselijk. Maar anderzijds is het evenmin wenselijk dat het APF een te complexe



rechtsfiguur wordt waarop veel bestaande regelingen niet van toepassing (kunnen) zijn.

- (ii) Hoe worden rechtshandelingen die de overgang van vermogen betreffen, zoals fusie, splitsing en omzetting, toegepast?

Bij fusie met of (af)splitsing naar een APF gaat vermogen van de verdwijnende of splitsende rechtspersoon onder algemene titel over naar het APF. Hoe wordt in zo een geval vastgesteld naar welk compartiment die overgang van vermogen plaatsvindt? Vereist dat een aanpassing van het BW, bijv. de artikelen 312 en 334f BW (inzake het voorstel tot fusie resp. splitsing), zodat uit het voorstel duidelijk blijkt waar het te ontvangen vermogen zal worden verkregen? En kan dan ook vermogen worden verkregen in een 'nieuw' (leeg) compartiment?

Dezelfde vragen gelden bij de omzetting van rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:18 BW.

Daarbij komt tevens de vraag op hoe om te gaan met bestaande crediteuren van de verdwijnende, (af)splitsende of omgezette rechtspersoon. Hoe wordt bewerkstelligd dat deze slechts aanspraak krijgt op het betreffende compartiment? De huidige wetgeving voorziet immers in aanspraken op en aansprakelijkheid van de betrokken rechtspersonen, niet op (gedeelten van) vermogen.

- (iii) Hoe wordt vermogen binnen een APF, van het ene compartiment aan het andere, overgedragen?
- (iv) Begrijpen wij goed dat de mogelijkheden en de omvang van verhaal op de compartimenten wordt vastgelegd in (en dus eenvoudig kan worden gewijzigd bij) de uitvoeringsovereenkomst? Het heeft onze voorkeur een statutaire basis voor te schrijven, zoals ook geldt voor de omvang en werking van de compartimenten zelf.
- (v) Naar ons idee is het verwarrend dat in het Wetsvoorstel en de MvT gesproken wordt van "afgescheiden vermogen", "collectiviteitkring" en "compartiment", waarmee o.i. steeds hetzelfde vermogen bedoeld wordt.

8. Op pagina 10 van de MvT lezen wij dat een APF een onafhankelijk of een onafhankelijk gemengd bestuursmodel kan hebben. Een van de redenen daarvoor is de omvang van het bestuur. Als de adviseur van een van de weinige multi-opf'n die ons land rijk is, beamen we dat grote nadeel van de huidige regeling t.a.v. het multi-opf. Maar het paritair systeem heeft ook voordelen. Kan een APF niet beter zelf kiezen welk bestuursstelsel zij opvoert, eventueel met een aanpassing bij het paritaire systeem waarmee de omvang van het bestuur beperkt wordt?



9. In de MvT (p. 8) lezen wij dat ieder compartiment zijn eigen belanghebbendenorgaan heeft. Die belanghebbendenorganen hebben ieder goedkeurings-/ vetorechten t.a.v. bepaalde besluiten die betrekking hebben op hun eigen compartiment. Het zijn derhalve alle organen van het APF, zoals bedoeld in Boek 2 BW. De belangen van deze belanghebbendenorganen kunnen uiteen lopen. Naar ons idee is op de verhouding tussen deze organen het bepaalde in artikel 2:8 BW van toepassing, evenals andere bepalingen van Boek 2 BW omtrent rechten en verplichtingen van organen van een rechtspersoon (zie ook hierna).

IV. Artikelsgewijs MvT en Wetsvoorstel

10. Artikel I, onderdeel A:

- (i) Aangezien een APF ook kan worden opgericht zonder dat direct een pensioenregeling wordt ondergebracht (MvT, p. 13), zal uit de definitie van "algemeen pensioenfonds" duidelijker moeten blijken dat dit ook betreft de pensioenfonds die voornemens zijn, of beogen, een of meerdere pensioenregelingen uit te voeren en daarvoor gescheiden vermogens aan te houden.
- (ii) Teneinde te voorkomen dat een APF zonder pensioenregeling niet als 'pensioenfonds' kwalificeert (en dus ook niet als APF...), dient tevens de definitie van "pensioenfonds" in dezelfde zin als onder (i) bedoeld moeten worden aangepast.

11. Artikel I, onderdeel C:

Omwille van de duidelijkheid verdient het aanbeveling de woorden "de kosten" te vervangen door "de betaling en de bepaling van de omvang van de kosten".

12. Artikel I, onderdeel D:

- (i) Wat heeft dit in de praktijk als gevolg? Wat gebeurt er indien een APF m.b.t. één van de compartimenten zo een melding doet?
- (ii) En in het verlengde daarvan: wat gebeurt er indien een APF ten aanzien van één van de door haar aangehouden vermogens onder de dekkingsgraad zakt? Gelden de extra verplichtingen dan voor het fonds als geheel, of alleen voor het betreffende onderdeel?

13. Artikel I, onder H:

Deze bepaling zou ook moeten zien op het (tussentijds) aanpassen van de overeenkomsten, niet alleen op het aangaan en beëindigen daarvan.

14. Artikel I, onder K:

- (i) Het artikel spreekt in lid 2 van "voldoende werkkapitaal". Deze arbitraire term dient vóór inwerkingtreden van het Wetsvoorstel te zijn ingevuld.
- (ii) Daarbij komt de vraag op, gezien het feit dat dit werkkapitaal een apart compartiment vormt, of doorlopend getoetst wordt of dit werkkapitaal nog voldoende is.



- (iii) Lid 7, sub b, schrijft voor dat melding aan de toezichthouder plaatsvindt indien een *nieuw afgescheiden vermogen wordt aangehouden (onze cursivering)*. *Daaronder valt dus niet het toevoegen van een vermogen aan een reeds bestaand compartiment. Naar ons idee zou dat wel zo moeten zijn.*
 - (iv) Daarnaast valt niet een (substantiële) wijziging van een bestaand afgescheiden vermogen onder deze bepaling. Dat zou naar ons idee wel zo moeten zijn.
15. Artikel I, onder M:
Het nieuwe lid 3 van artikel 115b beperkt de taken en bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan tot uitsluitend die welke "*betrekking hebben op het afgescheiden vermogen waarvoor het belanghebbendenorgaan is ingesteld.*"
- (i) Wij vragen ons ten eerste af of deze bepaling wel duidelijk genoeg is. Wat betekent "betrekking hebben op"? Ziet dat op het hebben van enig gevolg voor dat betreffende vermogen? Of dient de zinsnede enger te worden uitgelegd?
 - (ii) Zijn deze taken en bevoegdheden verder uit te breiden? Bij voorbeeld door in de statuten te bepalen welke aangelegenheden worden geacht betrekking te hebben op het betreffende vermogen? En zijn deze taken en bevoegdheden op dezelfde manier te beperken?
16. Artikel I, onder O:
- (i) Lid 1 spreekt van de "*werkings sfeer van de collectiviteitkring*". *Wat wordt daar precies mee bedoeld? Deze bepaling bevat een unicum in het Nederlandse, goederenrechtelijke (rechts)systeem en verdient derhalve nauwkeurige redactie.*
 - (ii) In lid 3 is een bepaling opgenomen die ziet op een tekort bij vereffening. Wij gaan ervan uit dat er niet een soort van 'deelvereffening', 'deelfaillissement', etc. kan bestaan, maar dat slechts het totale fondsvermogen vereffend kan worden en dat slechts de rechtspersoon APF failliet kan gaan.
 - (iii) T.a.v. het in lid 3 bedoelde "vermogen" dient te worden verduidelijkt dat het steeds gaat om het betreffende afgescheiden vermogen dat onvoldoende verhaal biedt voor de vorderingen die uitsluitend op dat vermogen verhaald kunnen worden. De huidige redactie van de bepaling doet vermoeden dat bij vereffening van het fonds alle crediteuren zich op het totale vermogen kunnen verhalen, ongeacht of het afgescheiden vermogen waarop hun vordering betrekking heeft voldoende soelaas biedt. De in lid 3 opgenomen rangregeling lijkt slechts van toepassing indien het totale vermogen van het APF onvoldoende verhaal biedt voor alle crediteuren van het fonds tezamen.
17. Artikel I, onder S:
- (i) In de eerste overgangsbepaling wordt bepaald dat de oude regels nog blijven gelden voor bestaande multi-opf'n. Het verdient o.i. de voorkeur



meer expliciet te maken dat de nieuwe regels gedurende deze termijn dus ook nog niet gelden.

- (ii) Wat is overigens het gevolg/ de sanctie indien na 5 jaar de bepalingen ook voor deze multi-opf'n gaan gelden, maar deze daaraan nog niet voldoen? Vervalt hun vergunning?

V. Tekstueel

18. Artikel I, onderdeel B:

Toegevoegd dient te worden dat lid 13 wordt vernummerd naar lid 11.

19. Artikel I, onderdeel C:

In het nieuwe lid 3 dient achter "betrekking" het woord "tot" te worden toegevoegd.

20. Artikel I, onder K:

(i) In het tweede lid dient na "99" te worden toegevoegd: "tweede lid".

(ii) In het tweede lid dient na "103" te worden toegevoegd "derde of vierde lid".

21. Artikel I, onder N:

Onderdeel d vervalt, dus de rest wordt verletterd.

VI. Tot slot

- 22. Met het vorenstaande hopen wij een bijdrage te hebben geleverd aan de totstandkoming van het Wetsvoorstel en het APF. Uiteraard zijn wij graag bereid en beschikbaar om hierover nader van gedachten te wisselen.
