

AAN Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid DATUM februari 2014

KOPIE AAN DOSSIER

VAN Pascal Borsjé en Robert Smits DOORKIESNUMMER
(Clifford Chance LLP, Amsterdam)

Consultatie voorontwerp van wet algemeen pensioenfonds

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij maken wij van de gelegenheid gebruik te reageren op het consultatiedocument met betrekking tot het voorontwerp van wet voor de introductie van het algemeen pensioenfonds ("**APF**").

Wij juichen de ontwikkeling van nieuwe Nederlandse pensioentiteiten ten behoeve van een verbetering van de Nederlandse (en Europese) pensioensector toe. De komst van de premiepensioeninstelling ("**PPI**") heeft de afgelopen jaren voor de pensioensector nieuwe mogelijkheden geboden, met name op het gebied van de premieregelingen. De introductie van een APF zou daar verdere alternatieven aan toe kunnen voegen, ook op het gebied van de uitkeringsregelingen.

Ten aanzien van het voorontwerp zouden wij enkele algemene observaties willen delen:

1. Internationale aspecten

In de concept Memorie van Toelichting ("**MvT**") wordt in de paragraaf "*Waarom (nu) een algemeen pensioenfonds*" ingegaan op de doelstellingen van het APF en wordt gewezen op de consolidatie die momenteel gaande is binnen de Nederlandse pensioensector. Het APF wordt daarbij gepresenteerd als een verbetering voor het huidige Multi-opf, dat volgens de MvT onvoldoende is toegerust om bij de consolidatie van pensioenfondsen binnen de Nederlandse pensioensector als alternatieve pensioentiteit een grote rol te vervullen. Met de komst van het APF zou (op termijn) de bestaande Multi-opf-en omgevormd dienen te worden tot APF.

102069-1-76-v1.0

901262

CLIFFORD CHANCE LLP IS EEN LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP GEREgistREERD IN ENGELAND & WALES ONDER NUMMER OC323571. REGISTERED OFFICE EN HOOFDVESTIGING ZIJN 10 UPPER BANK STREET, LONDEN E14 5JJ, ENGELAND. EEN LIJST MET DE NAMEN VAN DE "MEMBERS" IS ALDAAR TER INZAGE. HET WOORD "PARTNER" WORDT GEBRUIKT OM EEN "MEMBER" VAN CLIFFORD CHANCE LLP OF EEN WERKNEMER OF CONSULTANT MET OVEREENKOMSTIGE POSITIE EN STATUS AAN TE DUIDEN. CLIFFORD CHANCE LLP IS IN NEDERLAND INGEGESCHREVEN IN HET HANDELSREGISTER VAN DE KAMERS VAN KOOPHANDEL ONDER NUMMER 34360401.

DE (NOTARIËLE) DERDENGELDENREKENINGEN ZIJN VERMELD OP
WWW.CLIFFORDCHANCE.COM/LOCATIONS/NETHERLANDS/NETHERLANDS_REGULATORY.HTML

De focus van het voorstel ligt dus geheel op het zoeken naar een beter alternatief voor het Multi-opf. Ons inziens besteedt de MvT onvoldoend aandacht aan de internationale dimensie van de pensioensector. Wij vragen ons af waarom op geen enkele wijze wordt gerefereerd –of direct wordt voortgebouwd– op de bestaande plannen voor de invoering van een Algemene Pensioeninstelling ("API") en de consultatie die dienaangaande vorig jaar heeft plaatsgevonden. De voorstellen ten aanzien van de API konden zowel de consolidatie van de Nederlandse pensioenmarkt faciliteren en beoogde tegelijk ook een internationaal "concurrerende" pensioenentiteit te ontwikkelen. De MvT stelt echter (pagina 14, paragraaf 4, "Impact op de pensioensector"):

"De vormgeving van het algemeen pensioenfonds is thans toegeschreven op het onderbrengen van Nederlandse pensioenregelingen. Buitenlandse partijen kunnen hun pensioenregelingen laten uitvoeren door een algemeen pensioenfonds indien zij daarbij conformeren aan het Nederlandse financieel toetsingskader".

Daarmee houdt het voorontwerp nadrukkelijk geen rekening met het uitvoeren van buitenlandse regelingen. Daarbij kan bovendien worden opgemerkt dat in het licht van de beoogde vermogensscheiding –waarover hieronder meer– niet helder is waarom een buitenlandse regeling (in alle gevallen) categorisch onder het Nederlandse financieel toetsingskader zouden moeten vallen.

Vanuit de ervaring in de pensioenpraktijk van Clifford Chance signaleren wij een toenemende wens en activiteit om op zoek te gaan naar internationale pensioenoplossingen, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan internationaal opererende bedrijven die een kostenefficiënte internationale pensioenregeling wensen te implementeren. Indien Nederland geen gelijke tred houdt met de ontwikkelingen die op dit gebied in andere Europese jurisdicties zijn ondernomen (denk bijvoorbeeld aan Luxemburg en België) zal de slagkracht voor Nederlandse pensioenentiteiten wel eens onvoldoende kunnen zijn om de concurrentie met buitenlandse pensioenentiteiten aan te kunnen gaan. Daarom overwegen ook nu reeds Nederlandse partijen om hun Nederlandse regelingen onder te brengen bij buitenlandse pensioenentiteiten.¹

Het zou tot aanbeveling strekken indien de internationale ontwikkelingen bij het opstellen van de wetgeving voor het APF integraal worden betrokken. De plannen en de discussie die eerder is gevoerd ten aanzien van de API kan daarbij als uitgangspunt worden genomen.

2. Het APF als alternatief voor de PPI

¹ De MvT (pagina 3, paragraaf 2.3, onder "Huidige mogelijkheden") stelt echter: "Uitvoering door een buitenlandse pensioeninstelling is veelal evenmin een (aantrekkelijk) alternatief". Gegeven onze ervaring zou deze stelling wat ons betreft een nadere toelichting en in ieder geval nuance verdienen.

De MvT stelt (pagina 3, paragraaf 2.3, "*Huidige mogelijkheden*"):

"Premiepensioeninstellingen zijn niet ingericht voor het dragen van verzekeringstechnische risico's en moeten zich voor wat betreft de uitvoering van Nederlandse pensioenregelingen daarom beperken tot de opbouwfase van premieovereenkomsten."

Het APF wordt daarmee in de MvT ook gepresenteerd als een alternatief voor de PPI. De APF zal immers ook verzekeringstechnische risico's kunnen dragen. Echter, de opvatting dat een PPI deze risico's in beginsel niet zou kunnen dragen voor Nederlandse pensioenregelingen zou de regelgever tot een nadere overweging kunnen aanzetten. Er zou immers kunnen worden bevestigd dat ook voor de PPI verzekeringstechnische risico's ten aanzien van Nederlandse regelingen kunnen worden gedragen, in lijn met het gegeven dat hieromtrent ten aanzien van buitenlandse pensioenregelingen geen onduidelijk bestaat (mits de betreffende risico's, kortweg gezegd, worden gedragen of ondergebracht bij een andere partij). Dit zou getuigen van een praktische benadering waar de Nederlandse pensioensector direct mee wordt geholpen.

Overigens neemt bovenstaande niet weg dat wij daarnaast ook ruimte zien voor het APF als entiteit die volledig zelfstandig drager zou kunnen worden van verzekeringstechnische risico's. Anderzijds zou bij het kiezen van een meer creatieve wetswijziging ook een route kunnen worden gekozen waarbij de bestaande regelgeving ten aanzien van de PPI verder wordt "aangekleed" met de mogelijkheden die in het voorliggende voorstel zijn gekoppeld aan het APF.

3. Karakteristieken van het APF

Volgens de MvT (zie pagina 5, paragraaf 3.1, "*Karakteristieken van het algemeen pensioenfonds*") is het APF een pensioenfonds in de zin van artikel 1 van de Pensioenwet, dat naast het bestaande "ondernemingspensioenfonds" en het "bedrijfstakpensioenfonds" als een derde type pensioenfonds in staat is meerdere pensioenregelingen financieel gescheiden uit te voeren. In het licht van de beoogde vermogensscheiding vragen wij ons echter af waarom regelingen die vallen onder de "verplichtstelling" niet door een APF zouden kunnen worden uitgevoerd. Indien een APF een kostenefficiënt alternatief zou kunnen zijn voor de betreffende regelingen lijkt er geen reden om het APF in beginsel niet voor alle soorten pensioenregelingen open te stellen. Dit zou ons inziens ook in lijn kunnen worden geacht met de uitgangspunt in de MvT (zie pagina 9, paragraaf 3.5, "*Inrichting (van de governance) van een algemeen pensioenfonds – bestuur*") dat voor een "evenwichtige belangenafweging" het APF kan kiezen voor een onafhankelijk bestuur. Daarmee zouden in beginsel alle pensioendeelnemers, dus ongeacht hun betreffende regeling, "evenwichtig" bediend moeten kunnen worden in een APF.

4. Vermogensscheiding

Ingevolge het eerste lid van artikel 123 van het voorontwerp houdt een APF een afgescheiden vermogen aan voor iedere collectiviteitkring. Het tweede lid van artikel 123 bepaalt vervolgens voor welk type vorderingen het afgescheiden vermogen moet worden aangewend.

Het thema 'afgescheiden vermogen' komt ook bij andere doelvermogens terug zoals het vermogen van een beleggingsfonds en het vermogen van een PPI. Naar onze mening is het van belang om soortgelijke regelingen in vrijwel identieke bewoordingen te benaderen gegeven de bijzonderheid van een goederenrechtelijk afgescheiden vermogen in Nederlandse structuren. Wellicht kan daarom aansluiting gezocht worden bij de bewoordingen in de Wft (art. 4:37(j) voor beleggingsinstellingen, art. 4:45 voor instellingen voor collectieve belegging in effecten en art. 4:71(a) voor een PPI). In de Wft wordt uitdrukkelijk gesteld dat het betreffende vermogen een afgescheiden vermogen "is". Met deze bewoordingen wordt rechtens bepaald dat er sprake is van een afgescheiden vermogen. De verplichting voor een APF om een afgescheiden vermogen "aan te houden" roept de vraag op of het vermogen van een collectiviteitkring daarmee niet van rechtswege afgescheiden is en dat wellicht nog een bepaalde (rechts)handeling verricht moet worden om een afgescheiden vermogen te bewerkstelligen.

Tevens zou (in de MvT) verduidelijkt kunnen worden waaruit blijkt wat de omvang van het afgescheiden vermogen is dat voor een collectiviteitkring wordt gehouden. Is het bijvoorbeeld aan de APF om zelf te documenteren uit welke pensioenregelingen de collectiviteitkring bestaat zodat uit de administratie van het pensioenfonds en door haar ingeschakelde derden blijkt welke vermogensbestanddelen tot het afgescheiden vermogen behoort? Of zijn de statuten (waarnaar de laatste zin van lid 1 verwijst) doorslaggevend? Tevens zou enigszins verduidelijkt kunnen worden (in de MvT) wat de reikwijdte van het begrip 'afgescheiden vermogen' inhoudt. De MvT bij de genoemde Wft artikelen is in dat opzicht ook vrij beperkt. Wellicht kan worden aangegeven dat het afgescheiden vermogen weliswaar juridisch eigendom is van het APF (of een door het APF ingeschakelde pensioenbewaarder indien dat tot de mogelijkheden behoort) maar dat dit vermogen niet verhaalbaar is door persoonlijke crediteuren van het APF. De in het tweede lid genoemde rangregeling geldt immers eerst nadat is vast komen te staan wat het afgescheiden vermogen omvat.

De MvT stelt (zie pagina 9, paragraaf 3.4, "*Ringfencing*") dat door de goederenrechtelijke afscheiding van pensioenvermogens een compartiment met werkkapitaal en verschillende pensioencompartimenten ontstaan. Uit de bewoordingen van art. 123 blijkt echter niet hoe een compartiment met werkkapitaal ontstaat. Art. 123 spreekt uitsluitend over de verplichting voor het APF om een afgescheiden vermogen per collectiviteitkring aan te houden. Echter, indien wij het goed begrijpen kan een collectiviteitkring voorts uit meerdere pensioenregelingen en derhalve uit meerdere pensioenvermogens bestaan.

Op grond van bovenstaande zou ons inziens de juridische inrichting van de beoogde vermogensscheiding voor het APF nadere toelichting verdienen.
