

Van PPI en Multi-opf: recente ontwikkelingen op pensioenrechtelijk gebied

*Mr. C.P.R.M. Dekker**

Inleiding

In Nederland blijven de ontwikkelingen op pensioengebied elkaar – relatief snel – opvolgen. Op dit moment liggen er bij de Tweede Kamer twee wetsvoorstellen waarmee invulling wordt gegeven aan fase 1 en fase 2 van het wetgevingstraject dat moet leiden tot de invoering van de algemene pensioeninstelling (API). Het eerste wetsvoorstel¹ betreft het wetsvoorstel tot introductie van de premie pensioeninstelling (PPI) en het tweede wetsvoorstel² betreft een uitbreiding van de werkkingsfeer voor ondernemingspensioenfondsen (Multi-opf).

Recentelijk zijn in beide voorstellen enkele nieuwe Kamerstukken gepubliceerd. Reden om in deze bijdrage beide wetsvoorstellen nader te bespreken.

Achtergrond

Op 3 juni 2003 trad de Europees Pensioenfondsenrichtlijn (hierna: Richtlijn)³ in werking. Op grond van deze Richtlijn werd het voor pensioenfondsen mogelijk om met een vergunning van de lokale toezichthouder, in Nederland is dat De Nederlandsche Bank (DNB), pensioenregelingen voor werkgevers uit andere EU-lidstaten uit te kunnen voeren. Deze vergunning werkt als een Europees paspoort, waardoor pensioenfondsen zich niet in iedere lidstaat hoeven te registreren alvorens pensioenregelingen uit te kunnen voeren.

Op grond van de Richtlijn geldt dat een (pan-Europees) pensioenfonds is onderworpen aan de toezichtwetgeving van de lidstaat waar het pensioenfonds is gevestigd, maar dat het de arbeids- en sociale wetgeving van het land van vestiging van de werkgever, en wiens pensioenregeling wordt uitgevoerd, dient na te leven. Toegepast op Nederland geldt dat een (pan-Europees) pensioenfonds dat zich in Nederland wil vestigen, verplicht is onderworpen aan de bepalingen van het Financieel

Toetsingskader (FTK), zoals dat sinds 1 januari 2007 in de Pensioenwet (PW) is opgenomen.

Door optimaal gebruik te maken van de bepalingen van de Richtlijn profileerden lidstaten als Luxemburg en België zich als landen die bij uitstek geschikt zouden zijn om een pan-Europees pensioenfonds te vestigen. Hoewel Nederlandse pensioenfondsen bij DNB een Europees paspoort konden aanvragen, bleek dat de PW enkele belangrijke hindernissen kent die het Nederlandse pensioenfondsen feitelijk onmogelijk maakten om pan-Europees te gaan werken.

De eerste hindernis betreft het verbod op *ringfencing*, zoals bedoeld in artikel 123 PW. Uit dit artikel volgt dat als een pensioenfonds meerdere pensioenregelingen uitvoert, deze geacht worden financieel één te zijn; het is dus niet toegestaan om schotten tussen de vermogens van de verschillende pensioenregelingen aan te brengen om vermenging van de vermogens te voorkomen. Als tweede hindernis wordt algemeen het FTK gezien. Op grond van het FTK is ieder pensioenfonds verplicht om een vermogen aan te houden dat voldoende is om de verplichtingen uit hoofde van de pensioenregeling te dekken. Hoewel de hoogte van dit vermogen per pensioenfonds verschilt, geldt over het algemeen dat het vermogen van een pensioenfonds tussen de 125 en 130% van de waarde van de verplichtingen moet zijn, met een minimum van 105%.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel PW is in de Tweede Kamer een motie aangenomen om te onderzoeken of het Nederlandse uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen nog toekomstbestendig was. In dat kader zijn twee adviezen uitgebracht, die beide zien op (aspecten van) de modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen.⁴ In beide adviezen wordt de introductie van een API als mogelijk alternatief voor de uitvoering van de pensioenregeling voorgesteld, wat voor het kabinet voldoende reden is het API-dossier ter hand te nemen.

* Mr. C.P.R.M.Dekker is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.

1. Kamerstukken II 2008/09, 31 891 (Wet introductie premiepensioeninstelling).
2. Kamerstukken II 2009/10, 31 141 (Wijziging Pensioenwet in verband met het uitbreiden van de werkkingsfeer voor ondernemingspensioenfondsen).
3. Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen.

4. A.W.A. Boot, Advies inzake modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen, Amsterdam, 19 maart 2007, en B.J. Drijber, Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen; grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, Den Haag, 22 maart 2007.

Dit volgt uit de brief van de minister van Sociale Zaken van 29 mei 2007.⁵

Het kabinet kiest daarbij voor een gefaseerde aanpak, waarbij de eerste fase ziet op de introductie van de PPI en de tweede fase op een verruiming van de PW, waardoor ondernemingspensioenfondsen nauwer kunnen samenwerken. De derde fase is de invoering van de API.

Fase 1: invoering PPI

Bij koninklijke boodschap van 20 maart 2009 is het wetsvoorstel PPI bij de Tweede Kamer ingediend, waarmee de eerste stap op weg naar de API is gezet.

Volgens het wetsvoorstel PPI wordt, in artikel 1:1 Wft, de PPI gedefinieerd als:

‘(...) de onderneming die is opgericht met als doel om premieregelingen en andere regelingen waarbij de premie pensioeninstelling geen verzekeringstechnisch risico draagt uit te voeren welke op grond van de toepasselijke wetgeving zijn aangemerkt als arbeidsgerelateerde pensioenregelingen’.

Uit deze definitie volgt een tweetal belangrijke kenmerken van de PPI:

1. De PPI mag geen verzekeringstechnisch risico lopen.
2. De PPI mag alleen premieregelingen uitvoeren, mits dergelijke regelingen worden aangemerkt als arbeidsgerelateerde pensioenregelingen.

Als een PPI verzekeringstechnisch risico zou mogen lopen, dan zou het verplicht zijn om voldoende vermogen aan te houden om de risico's te dekken. Feitelijk zou de PPI dan een verzekeraar zijn, waardoor op Europees niveau de Solvency II-richtlijn van toepassing zou worden. Door de PPI te verbieden om verzekeringstechnisch risico te lopen, hoeft de PPI geen vermogen aan te houden om deze risico's te dekken, waardoor de uitvoering van een premieregeling via een PPI eenvoudig blijft. Het begrip ‘verzekeringstechnisch’ risico moet ruim worden uitgelegd. Het omvat niet alleen de traditionele risico's als overlijden en arbeidsongeschiktheid, maar ook een verbod voor de PPI om een rendementsgarantie af te geven. Het verbod geldt niet als de PPI namens derden een garantie biedt of het risico aan derden (bijvoorbeeld een verzekeraar) overdraagt.

Volgens het wetsvoorstel PPI wordt het begrip ‘premieregeling’ in artikel 1:1 Wft gedefinieerd als:

‘de pensioenregeling inzake een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering en waarbij de betaalde premie wordt belegd tot aan de datum van omzetting in een pensioenuitkering’.

Volgens het wetsvoorstel PPI wordt het begrip ‘pensioenuitkering’ in artikel 1:1 Wft gedefinieerd als:

‘een uitkering die wordt uitbetaald bij het bereiken of naar verwachting bereiken van de pensioendatum, of, wanneer deze een aanvulling op die uitkering vormen en op bijkomende wijze worden verstrekt, in de vorm van betalingen bij overlijden, arbeidsongeschiktheid of beëindiging van de werkzaamheid, dan wel in de vorm van ondersteunende betalingen of diensten in geval van ziekte, behoefte of overlijden’.

Afhankelijk van de geldende wetgeving kan een pensioenuitkering een eenmalig karakter hebben, dan wel tijdelijk of levenslang worden uitgekeerd. Naar Nederlands recht geldt echter de verplichting op grond van artikel 15 lid 1 PW dat een ouderdomspensioen alleen levenslang mag worden uitgekeerd. Omdat bij een levenslang ouderdomspensioen altijd een verzekeringstechnisch risico wordt gelopen, zal de PPI dus geen levenslang ouderdomspensioen mogen uitkeren. Anders is het met een tijdelijk ouderdomspensioen. Zolang duidelijk is dat bij een tijdelijk ouderdomspensioen geen verzekeringstechnisch risico wordt gelopen, mag, aldus de memorie van toelichting, de PPI zelf de uitkeringen verzorgen.⁶

Kenmerk van een premieregeling is het beleggingskarakter van de regeling, waarbij de deelnemer het beleggingsrisico loopt. Op grond van het nieuwe artikel 3:267a zal de PPI per premieregeling een verklaring van beleggingsbeginselen moeten opstellen en deze ten minste één keer per drie jaar moeten actualiseren.

Voor de PPI geldt het verbod op *ringfencing* niet; de PPI mag dus schotten plaatsen tussen de vermogens van de verschillende pensioenregelingen. Om te voorkomen dat de deelnemers in een premieregeling hun vorderingen kunnen verhalen op het vermogen van een andere premieregeling, schrijft het nieuwe artikel 4:71a Wft een verplichte rangregeling voor, waarbij als eerste worden voldaan de vorderingen die verband houden met het beheer van de premieregeling en het bewaren van het pensioenvermogen, gevolgd door de vorderingen van de deelnemers aan de premieregeling en de gepensioneerden. Pas als deze vorderingen zijn voldaan en duidelijk wordt dat dergelijke vorderingen ook niet meer zullen ontstaan, kunnen andere vorderingen ten laste van het vermogen van de premieregeling worden voldaan.

Het wetsvoorstel PPI voorziet in de oprichting van een pensioenbewaarder die wordt omschreven als: ‘de rechtspersoon die belast is met de bewaring van het vermogen van een PPI voor zover dat voortvloeit uit de uitvoering van de premieregeling’.

Hoewel in de oorspronkelijke consultatievoorstellen was opgenomen dat de PPI per premieregeling het vermogen moest overdragen aan een pensioenbewaarder, is deze eis afgezwakt. Vol-

5. Kamerstukken II 2006/07, 30 413, nr. 97, p. 2.

6. Kamerstukken II 2008/09, 31 891, nr. 3, p. 4.

gens het huidige wetsvoorstel is de PPI, op grond van artikel 4:71b Wft, alleen verplicht om het vermogen van een premieregeling over te dragen aan een pensioenbewaarder als de kans reëel is dat door het gekozen beleggingsbeleid het vermogen van de premieregeling en het eigen vermogen van de PPI onvoldoende zullen zijn om de vorderingen zoals bedoeld in artikel 4:71a Wft na te komen. De verplichting om het vermogen over te dragen aan een pensioenbewaarder kan dus worden beperkt door een beleggingsbeleid te kiezen dat de kans op besmetting neutraliseert.

Naast deze wettelijke verplichting kan de overdracht van het pensioenvermogen aan een pensioenbewaarder ook volgen uit de contractuele afspraken die een werkgever met de PPI moet maken, wil de PPI de premieregeling van de werkgever uit kunnen voeren.

Fase 2: het wetsvoorstel Multi-opf

De laatste jaren laten een gestage afname van het aantal ondernemingspensioenfondsen (opf'en) zien. Oorzaken die in dat kader worden genoemd, zijn het samengaan van ondernemingen waar de opf'en aan waren verbonden, alsook – en dat is wellicht belangrijker – de strengere FTK-eisen en de strengere eisen inzake goed pensioenfondsbestuur. Vooral voor de kleine(re) opf'en wordt het moeilijker om aan deze zwaardere eisen te voldoen. Bij deze kleine(re) opf'en leeft de wens om meer met elkaar te kunnen samenwerken.

Hoewel opf'en op dit moment al op verschillende manieren kunnen samenwerken (denk aan: gezamenlijke huur van kantoorruimte, asset pooling, gezamenlijke investeringen in IT), lossen deze mogelijkheden niet de knelpunten op die de steeds zwaarder wordende wettelijke eisen aan de pensioenfondsen stellen. Alleen door een volledig samengaan van opf'en zouden deze knelpunten kunnen worden opgelost.

De huidige tekst van de PW maakt het niet mogelijk dat opf'en met elkaar fuseren. Enerzijds vanwege het verbod op ringfencing (een opf met een overschot zal daardoor een opf met een tekort gaan financieren) en anderzijds vanwege de domeinafbakening. Op dit moment kan een opf alleen een pensioenregeling uitvoeren voor meerdere ondernemingen als deze ondernemingen behoren tot één en dezelfde groep als bedoeld in artikel 2:24b BW.

Het wetsvoorstel Multi-opf, dat is gebaseerd op een voorstel van de Stichting voor Ondernemingspensioenfondsen van 15 oktober 2008, beoogt hiervoor een oplossing te bieden. De term Multi-opf wordt gebruikt om aan te geven dat sprake is van de samenvoeging van twee of meer opf'en, die dan twee of meer pensioenregelingen uitvoeren waarvoor het verbod op ringfencing niet geldt.

Om te bereiken dat opf'en van verschillende (groepen van) ondernemingen samengevoegd kunnen worden, wordt het domein voor opf'en uitgebreid; het gaat niet alleen meer om

fondsen die verbonden zijn aan een onderneming of groep, maar ook om fondsen die verbonden zijn aan meerdere ondernemingen of groepen en ontstaan door samenvoeging van de afzonderlijke opf'en.

Opf'en kunnen alleen dan worden samengevoegd als zij ten minste vijf jaar aan een onderneming of groep waren verbonden. De achterliggende reden hiervan is dat op deze manier niet te diep wordt ingegrepen in de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars. Immers, zonder beperkingen zouden opf'en samengevoegd kunnen worden en daarmee direct gaan concurreren met pensioenverzekeraars. De aanpak waarbij de pensioenfondsen ten minste vijf jaar verbonden moeten zijn aan een onderneming/groep, kan rekenen op een breed draagvlak bij zowel de opf'en, alsook de verzekeraars en bedrijfstakpensioenfondsen.⁷

Een samengaan van twee of meerdere opf'en verplicht tot het ringfencen van de vermogens van de verschillende pensioenregelingen. Daarbij geldt dat het FTK geldt per pensioenregeling. Op deze manier wordt voorkomen dat een opf met een overschot aan vermogen een opf met een tekort gaat financieren.

Hoewel het wetsvoorstel niet beschrijft op welke wijze opf'en kunnen worden samengevoegd, gaat de memorie van toelichting⁸ ervan uit dat er slechts twee manieren zijn waarop onafhankelijke opf'en kunnen worden samengevoegd:

1. liquidatie van twee of meer opf'en gevolgd door de oprichting van een nieuwe opf;
2. liquidatie van een opf die zich vervolgens aansluit bij een bestaande Multi-opf.

In de eerste variant is de volgorde niet logisch. De liquidatie van een opf kan pas plaatsvinden nadat alle verplichtingen aan een nieuwe uitvoerder (in casu de Multi-opf) zijn overgedragen. Bovendien worden overige manieren om tot samenvoeging over te gaan (juridische fusie) niet genoemd, wat mij een omissie van de wetgever lijkt te zijn. Immers, niet valt in te zien waarom een juridische fusie niet zou mogen om hetzelfde gewenste resultaat te krijgen, zolang uiteindelijk de vermogens geringfenced worden en ook de bestuursstructuur van de nieuwe Multi-opf voldoet aan de wettelijke eisen.

7. Kamerstukken II 2009/10, 32 141, nr. 3, p. 3.

8. Kamerstukken II 2009/10, 32 141, nr. 3, p. 5.