

Old boys network binnen fondsen tegengegaan

Wet beperkt aantal nevenfuncties

De Wet bestuur en toezicht treedt waarschijnlijk per 1 januari 2012 in werking. Vanaf dat moment wordt paal en perk gesteld aan het aantal nevenfuncties dat een bestuurder of iemand in een toezichthoudend orgaan van een groot pensioenfonds mag bekleden.

Teun Huijg

Pensioenrechtadvocaat bij Stibbe te Amsterdam

De reden dat het aantal functies wordt beperkt is drieledig. Met de beperking wordt getracht de kwaliteit van het bestuur te verbeteren, belangenverstrengeling te voorkomen en een bijdrage te leveren aan het doorbreken van het old boys network. Deze wet heeft ook gevolgen voor (kandidaat-)bestuurders en interne toezichthouders van grote pensioenfondsen. Vanaf 2012 kan een nieuwe bestuurder van een groot pensioenfonds naast zijn bestuurderschap nog maximaal twee commissariaten (of gelijkgestelde toezichthoudende functies) aanhouden bij andere grote rechtspersonen. Is de persoon in kwestie al voorzitter van een raad van commissarissen en/of voorzitter van een one tier board van een andere grote rechtspersoon, dan kan hij – zolang zijn lidmaatschap duurt – geen bestuurder van een groot pensioenfonds worden.

Maar niet alleen voor toekomstige bestuurders van grote pensioenfondsen is het opletten geblazen. Ook nieuwe interne toezichthouders van grote fondsen moeten op hun qui-vive zijn. Willen zij vanaf 1 januari 2012 treden tot een toezichthoudend orgaan van een groot fonds, dan mogen zij op dat moment niet meer dan vier andere toezichthoudende functies bekleden bij andere grote rechtspersonen.

Omgekeerd geldt dat ook. Een interne toezichthouder van een groot pensioenfonds kan per 1 januari 2012 bijvoorbeeld niet ook bestuurder worden van een andere grote rechtspersoon indien hij – naast zijn lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan bij het fonds – ook nog intern toezichthouder is bij twee (of meer) andere grote rechtspersonen. De gevolgen van het overschrijden van deze wettelijke maxima kunnen groot zijn. De benoe-

ming van een bestuurder of toezichthouder die daarvoor de wettelijke maxima overschrijdt, is nietig. Bovendien kunnen besluiten die zijn genomen door het desbetreffende orgaan ook ter discussie worden gesteld indien komt vast te staan dat die mede is genomen door een persoon die eigenlijk geen lid bleek te zijn. Deze gevolgen hebben tot de nodige kritiek geleid. In deze bijdrage wordt eerst ingegaan op welke pensioenfondsen de wettelijke maxima van toepassing zijn. Vervolgens wordt de vraag beantwoord welke organen van het fonds meetellen voor die maxima.

Maxima alleen voor 'grote' fondsen

De nieuwe regelgeving zal alleen gaan gelden voor grote pensioenfondsen. In de oorspronkelijke Wet bestuur en toezicht was niet duidelijk dat de beperkingen alleen gelden voor grote rechtspersonen. Daarom vindt thans reparatiewetgeving plaats. Het is de verwachting dat die wetgeving vóór 1 januari 2012 zal zijn afgerond.

Een pensioenfonds is groot in de zin van de (nog aan te passen) Wet bestuur en toezicht indien het fonds wettelijk verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening die NV's en BV's jaarlijks moeten opstellen op basis van het Burgerlijk Wetboek. Elk pensioenfonds voldoet daaraan. Immers de Pensioenwet verplicht ieder fonds zo'n jaarrekening op te stellen. Gelukkig is dat niet het enige criterium voor het zijn van 'groot' in de zin van de Wet bestuur en toezicht. Zou dat wel zo zijn, dan zou het bestuurslidmaatschap van een klein pensioenfonds al meetellen voor de gestelde maxima. Dat zou niet in verhouding staan tot voornoemde doelen die de wettelijke maxima dienen.

Naast het opstellen van een gelijkwaardige jaarrekening, moet een fonds daarom ook voldoen aan in ieder geval twee van de volgende drie vereisten:

1. De waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt – kort gezegd – meer dan € 17.500.000,-.
2. Het totaal van de baten over het boekjaar bedraagt meer dan € 35.000.000,-.
3. Het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt meer dan 250.

Een pensioenfonds heeft doorgaans geen – of vrijwel geen – werknemers in dienst. De eerste twee criteria zullen daarom voornamelijk van belang zijn voor de vraag of een fonds als 'groot' wordt gekwalificeerd. Fondsen zullen al snel meer dan € 17,5 miljoen aan activa op hun balans hebben staan. Het tweede criterium – meer dan € 35 miljoen aan baten – zal dan ook bij fondsen doorslaggevend zijn voor hun kwalificatie van 'groot'.

Onder baten vallen de door het fonds ontvangen reguliere premiebijdragen (werkgevers en werknemers), herstellpremies en beleggingsresultaten. Onduidelijk is of de overdrachtswaarde bij inkomende waardeoverdracht ook hieronder moet worden geschaard.

Wat wel, wat niet?

Voor de nieuwe wettelijke maxima moeten niet alleen de betrokken rechtspersonen (het fonds en de andere rechtspersonen) kwalificeren als 'groot'. Ook moet er sprake zijn van een commissariaat of daarmee gelijkgesteld toezichthoudend orgaan. Lidmaatschap van het bestuur telt ook mee. Aangezien daar geen discussie over bestaat, bespreek ik dat verder niet.

Fondsen hebben geen commissarissen. De vraag is daarom vervolgens of fondsen dan wel een 'toezichthoudend orgaan' hebben in de zin van de Wet bestuur en toezicht. Kwalificeert een verantwoordingsorgaan als dusdanig? En een orgaan dat zich bezighoudt met intern toezicht? Zekerheid omtrent die vragen kan niet gegeven worden. De Pensioenwet en de Wet bestuur geven daarop geen duidelijke antwoorden. Dat is dan ook gelijk wat betreft pensioenfondsen de makke van de Wet bestuur en toezicht. Naar mijn mening kwalificeert alleen het intern toezichtsorgaan als 'toezichthoudend orgaan'. Het verantwoordingsorgaan dus niet. Ik motiveer dat hieronder. Voor de inrichting van het interne toezicht kunnen fondsen kiezen uit een visitatiecom-

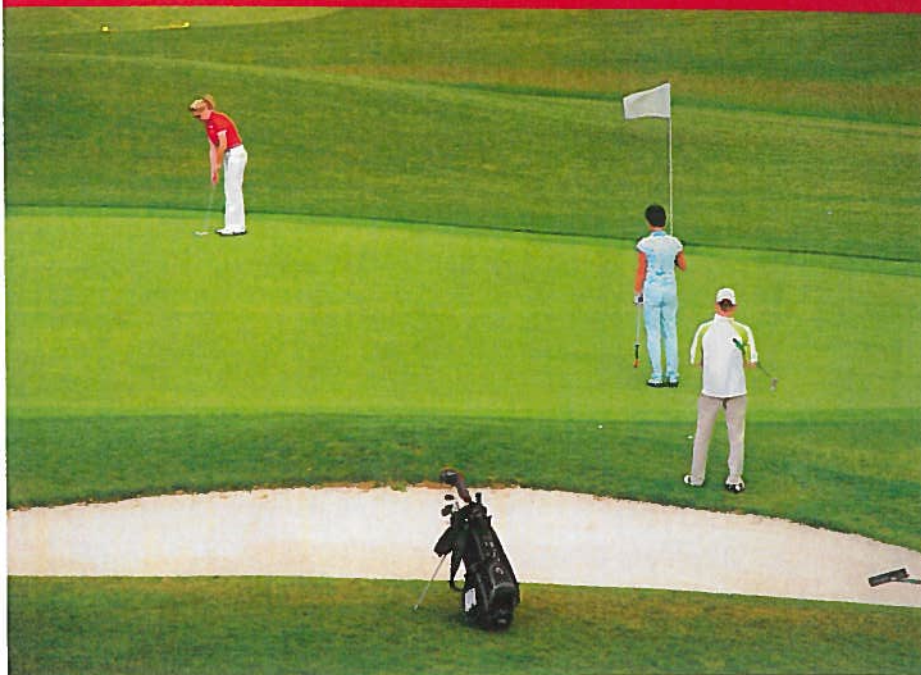
missie, een afzonderlijk orgaan (bijvoorbeeld een raad van toezicht), een one tier board of een auditcommissie.

De Wet bestuur en toezicht bepaalt expliciet dat een niet uitvoerende bestuurder meetelt voor de maxima. Wat betreft de overige varianten van intern toezicht geldt mijns inziens om de volgende redenen hetzelfde. Het takenpakket van het intern toezichtsorgaan komt voor een groot deel overeen met het takenpakket van een raad van commissarissen. Bovendien vindt het interne toezicht – net zoals dat het geval is bij een raad van commissarissen – plaats door onafhankelijke deskundigen. Daar komt bij dat de wetgever in het kader van de totstandkoming van de Pensioenwet ook heeft aangegeven dat het intern toezichtsorgaan – in ieder geval wat betreft functie – te vergelijken is met een commissariaat bij een NV of een BV.

Het verantwoordingsorgaan kwalificeert zich naar mijn mening niet als 'toezichhoudend orgaan'. Er wordt door een verantwoordingsorgaan 'verantwoording afgenomen' en niet toezicht gehouden. Dat woordverschil lijkt louter op een woordspel neer te komen, maar de facto is dat wel van belang. De functie (het afnemen van verantwoording) en de wettelijke bevoegdheden (zoals het wettelijk recht een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer te starten) van het verantwoordingsorgaan zijn namelijk te vergelijken met die van de (algemene vergadering van) aandeelhouders bij grote NV's en BV's. Die (algemene vergadering van) aandeelhouders worden onder de Wet bestuur en toezicht ook niet beschouwd als 'toezichhoudend orgaan'. Er is dan ook geen goede reden om te stellen dat het verantwoordingsorgaan dat wel zou zijn.

Overgangsregelingen

De wettelijke maxima gelden alleen voor nieuwe gevallen. Dus voor benoemingen vanaf de datum waarop de Wet bestuur en toezicht in werking treedt. Zoals het er nu uitziet zal dat 1 januari 2012 zijn. Bestaande gevallen worden gerespecteerd. Indien een bestuurder van een groot pensioenfonds op 1 januari 2012 toezichthouder is bij drie of meer andere grote rechtspersonen, dan kan



hij al die functies blijven uitoefenen. Bij herbenoeming gelden de wettelijke maxima wel.

Indien een benoeming na 1 januari 2012 rechtsgeldig heeft plaatsgevonden en de rechtspersoon in de loop van de tijd kwalificeert als 'groot', tast dat benoemingen niet aan indien zij voorafgaand aan die kwalificatie hebben plaatsgevonden, ook niet indien het aantal maximaal te vervullen functies is overschreden. Overigens, het voorontwerp van Wet versterking bestuur pensioenfonds – dat eind dit jaar bij de Tweede Kamer ingediend zal worden – wijzigt de corporate governance van fondsen drastisch. Het gevolg van die wet kan zijn dat deelnemersraden en het nieuwe belanghebbendenorgaan ook (gaan) kwalificeren als 'toezichhoudend orgaan' in de zin van de Wet bestuur en toezicht.

Slotsom

De wettelijke maxima die de Wet bestuur en toezicht introduceert, leiden tot de nodige onzekerheid bij fondsen. Die maxima gelden alleen voor fondsen die 'groot' zijn. Doorslaggevend voor de vraag of een fonds 'groot' is, is of het fonds in het boekjaar meer dan € 35.000.000,- aan premies (regulier en herstel) en positieve beleggingsresultaten genereert. Onduidelijk is of ook de waarde van inkomend waardeoverdracht daarbij een rol moet spelen.

Tot slot: indien een besluit is genomen door iemand die op dat moment de wettelijke maxima heeft overtreden, loopt het fonds het risico dat de door die persoon mede genomen besluiten niet geldig zijn. Met alle gevolgen van dien. ■