

Wtp en gevolgen voor uitbestedingsovereenkomsten van pensioenfondsen

Bijna alle pensioenfondsen maken gebruik van verschillende dienstverleners voor de uitvoering van de pensioenadministratie en het (fiduciair) beheer. Met de komst van de Wet toekomst pensioenen is de verwachting dat de pensioenfondsen en hun verschillende dienstverleners intensiever met elkaar gaan samenwerken. Dit betekent dat de dienstverlening van uitbestedingspartijen – meer dan ooit – op elkaar moet worden afgestemd. Hiertoe moeten de rollen en verantwoordelijkheden van de betrokken uitbestedingspartijen, bij voorkeur op een geïntegreerde wijze, tegen het licht worden gehouden. Met als doel om in kaart te brengen op welke wijze de opdracht aan deze uitbestedingspartijen moet worden aangepast om klaar te zijn voor het nieuwe stelsel.

■ UITBESTEDING ONDER DE WTP

De Wet toekomst pensioenen (“Wtp”) gaat over veel, maar niet specifiek over uitbesteding. Er is één uitzondering. Een belangrijk aandachtspunt onder de Wtp voor pensioenfondsen is de btw-vrijstelling. Die vrijstelling krijgt terecht de nodige aandacht. De wetgever merkt alle drie de nieuwe pensioencontracten in de opbouwfase aan als zuivere premiereregeling. Beheer – vermogensbeheer inclusief pensioenadministratie – in opdracht van pensioenfondsen en ten behoeve van de uitvoering van de opbouwfase van de nieuwe pensioencontracten, en ten aanzien van de uitkeringsfase waarbij er geen sprake is van een vaste toezegging, is volgens de wetgever daarom vrijgesteld van btw.¹ Bij vaste uitkeringen is dat anders, beheer daarvan is volgens de wetgever belast met btw.



Sijbren Kuiper en Daan Horsthuis

Mr. S.H. Kuiper (pensioenrecht) en mr. D.C. Horsthuis (investment management) zijn beide advocaat bij Van Doorne. Deze bijdrage is afgesloten medio juli 2022.

Dat de Wtp niet specifiek uitbesteding adresseert met nieuw voorgestelde wetteksten mag geen aanleiding zijn voor de conclusie dat het thema van ondergeschikt belang is; integendeel. Dat vinden wij niet alleen, maar blijkt ook uit de brief van DNB van 10 september 2021 (toezichttoets op het wetsvoorstel voor de Wet toekomst pensioenen). Deze brief is onderdeel van de Kamerbehandeling van de Wtp.² DNB schrijft:

“De overgang op persoonlijke vermogens heeft daarnaast materiële operationele gevolgen voor de beleggings- en pensioenadministraties van pensioenfondsen, met gevolgen voor de op dit vlak uitbestede werkzaamheden. De leeftijds- en persoonsgebonden elementen in de nieuwe pensioencontracten en de directere koppeling tussen pensioenen en beleggingen kunnen bijdragen aan administratieve complexiteit. Het nieuwe stelsel vraagt daarom om een andere invulling van het toezicht op een beheerste en integere bedrijfsvoering.”

Dit citaat gaat nadrukkelijk niet uitsluitend over de transitie en het nauwelijks te onderschatten belang van datakwaliteit en de rol die pensioenuitvoerders daarbij hebben; een aspect van uitbesteding dat de minister wel centraal stelt in haar brief van 30 maart 2022.³ Het gaat in dit bericht van DNB echter over de samenhang van beleggings- en pensioenadministraties, de directere koppeling van pensioenen en beleggingen onder de Wtp en de uitbesteding die daarbij hoort.

1 Kamerstukken II, 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 253-255.

2 Bijlage bij Kamerstukken II, 2021-2022, 36 067, nr. 5.

3 Kamerstukken II, 2021-2022, 36 067, nr. 5.

Ook de praktijk vraagt aandacht voor deze samenhang. Het overheids- en sectorinitiatief www.werkenaanonspensioen.nl bevat stappenplannen met daarin teksten als “*Het projectplan raakt zowel de invulling van de te kiezen gewijzigde pensioenregeling als het beleid, de uitvoering en de uitbesteding.*” Ook in onze advisering merken wij een toenemende aandacht. Die varieert niet alleen van het heronderhandelen van dienstverleningsovereenkomsten met pensioenadministrateurs, fiduciair beheerders en *custodians*, maar gaat ook over contracten voor aanvullende diensten die erop gericht zijn een brug te slaan – al dan niet via IT-tools – tussen de administratie van de beleggingen en die van de pensioenen en de communicatie daarover.

■ WETTELIJK KADER

DNB refereert in eerder genoemde brief aan het vereiste dat een pensioenfonds zijn organisatie zodanig inricht dat deze een beheerste en integere bedrijfsvoering waarborgt (artikel 143, eerste lid, Pensioenwet). Dat vereiste wordt ingevuld door de specifieke regulering van uitbesteding (artikel 34 Pensioenwet, inclusief de nadere regels in hoofdstuk 4 van het Besluit uitvoering Pensioenwet) en het toezicht daarop. De hoofdlijnen van die normering zijn de volgende.

Niet alles mag worden uitbesteed.

Voor alle pensioenuitvoerders geldt dat wanneer zij werkzaamheden uitbesteden, zij er zorg voor moeten dragen dat deze partij de bij of krachtens de Pensioenwet gestelde regels naleven die van toepassing zijn op de uitbestedende pensioenuitvoerder.⁴ Niet alles mag worden uitbesteed. Dageijkse beleidsbepaling is aan het pensioenfonds, evenals bepaalde delen van het strategisch beleid ten aanzien van vermogensbeheer. Leidt uitbesteding tot ondermijning van het toezicht of de organisatie en beheersing van bedrijfsprocessen, dan is uitbesteding ook verboden. Deze regels hebben als doel de risico's van uitbesteding te beheersen.

Een belangrijk uitgangspunt is dat het bestuur verantwoordelijk is en blijft voor de werkzaamheden van het pensioenfonds en daarmee ook voor de uitbesteede activiteiten. Het is daarom van belang dat het pensioenfonds zorgdraagt voor een beheerste uitbestedingsrelatie tussen het pensioenfonds en de (keten van) uitbestedingspartijen waarbij het pensioenfonds aantoonbaar ‘in control’ is. En die laatste stap – in control zijn – brengt ons bij het vereiste van het waarborgen van een beheerste en integere bedrijfsvoering en de daarbij behorende proportionele toepassing. Voor pensioenfonds volgt dit uit het eerder genoemde artikel 134, eerste lid, Pensioenwet.

Er kan de nodige discussie zijn over of iets nu wél of geen vorm van uitbesteding is. Pensioenadministratie en fiduciair beheer behoren tot de absolute kernactiviteiten van het pensioenfonds en hebben als zodanig te gelden als uitbestedingen in de zin van de Pensioenwet, indien deze voor het pensioenfonds worden uitgevoerd door een derde. De beoordelingsmaatstaf of sprake is van uitbesteding als bedoeld in de Pensioenwet is het – niet altijd even duidelijke – begrip “uitbesteding” in het Besluit uitvoering Pensioenwet. Wij noemen dat kort, omdat wij denken dat lezing daarvan kan helpen bij het in kaart brengen van wat nu wél en niet in het bijzonder de aandacht gaat krijgen bij een discussie over de Wtp en uitbesteding. Het Besluit uitvoering Pensioenwet definieert “uitbesteding” als volgt:

“uitbesteding door een uitvoerder: het door een uitvoerder verlenen van een opdracht aan een derde tot het ten behoeve van die uitvoerder verrichten van werkzaamheden die deel uitmaken van: 1°.of voortvloeiën uit het uitoefenen van het bedrijf; of 2°.de wezenlijke bedrijfsprocessen ter ondersteuning daarvan;”

De term “uitvoerder” in deze definitie verwijst naar een ondernemingspensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds, een algemeen pensioenfonds, een beroepspensioenfonds, of een premiepensioeninstelling of verzekeraar die zetel heeft in Nederland. Het begrip “uitbesteding” is niet haarscherp. Laaper wijst in zijn proefschrift – het standaardwerk in dit domein – er bijvoorbeeld terecht op dat geen overeenkomst van opdracht is vereist.⁵ De werkzaamheden waarom het gaat, moeten deel uitmaken van of voortvloeiën uit het uitoefenen van het bedrijf van pensioenuitvoerder of van wezenlijke bedrijfsprocessen ter ondersteuning daarvan. Dit vergt dat het gaat om werkzaamheden die normaal worden verricht door een pensioenuitvoerder (diens eigen werkzaamheden), en die nu door derden worden verricht. Is daarvan geen sprake, dan kan ook geen sprake zijn van uitbesteding. Binnen dit domein, zijn er wél en niet meldingsplichtige uitbestedingen. Een pensioenfonds moet – buiten de situaties waarin het gaat om uitbesteding van het houderschap van een sleutelfunctie – bij DNB uitbesteding van het “beheer van het pensioenfonds” melden.⁶ Daaronder verstaat DNB “belangrijke of kritieke werkzaamheden op het terrein van de administratie (rechtenbeheer) en op het terrein van vermogensbeheer”.⁷ Maar ook hier weer: als iets “belangrijk of kritiek” is, maar in de eerste plaats niet behoorde tot de eigen werkzaamheden van het pensioenfonds – en dus buiten de uitbestedingsnormering valt – geldt de meldingsplicht niet.

■ CONTRACTUEEL KADER

Het wél of juist niet kwalificeren van een activiteit als uitbesteding is van belang voor de overeenkomsten die een pensioenfonds aangaat. Een

uitbestedingsovereenkomst moet namelijk bepaalde elementen bevatten. Vanuit het pensioenfondsperspectief wordt wel – ten aanzien van in ieder geval een deel van de diensten – het volgende bedoeld om te voldoen aan de uitbestedingsregels, waaronder artikel 13, tweede lid, Besluit uitvoering Pensioenwet:

- de opdrachtnemer zal de bij of krachtens de Pensioenwet gestelde regels en de door de toezichthouders uitgevaardigde beleidsregels die van toepassing zijn op het pensioenfonds naleven;
- de opdrachtnemer zal het pensioenfonds assisteren bij en in staat stellen om aan zijn verplichting om aan de voor het pensioenfonds geldende uitbestedingsregels te voldoen;
- het pensioenfonds kan wijzigingen aanbrengen in de wijze waarop de uitvoering van de overeenkomst geschiedt;
- op verzoek zal de opdrachtnemer aan de toezichthouders de informatie verstrekken waarom de toezichthouders ter uitvoering van hun wettelijke taken verzoeken met betrekking tot het pensioenfonds of diens goederen;
- indien verzocht, zal de opdrachtnemer de toezichthouders in staat stellen onderzoek ter plaatse te (laten) doen voor zover dat betrekking heeft op het pensioenfonds of diens goederen;
- de opdrachtnemer zal het pensioenfonds zo spoedig mogelijk in kennis stellen en het pensioenfonds informatie als verstrekt aan, of verzocht door, de toezichthouders met betrekking tot het pensioenfonds of diens vermogen verstrekken;
- de opdrachtnemer staat ervoor in dat indien derden partij worden bij de uitbestedingsovereenkomst of indien de opdrachtnemer op andere wijze uitbestedt aan derden bij de uitvoering van die overeenkomst, hij daarbij bedingt dat die derden onderworpen zullen zijn aan de voor het pensioenfonds geldende uitbestedingsregels en dat het pensioenfonds nakoming daarvan kan vorderen;
- de opdrachtnemer verklaart dat gegevens en bestanden betreffende het pensioenfonds en het vermogen zijn afgezonderd van gegevens en bestanden betreffende andere cliënten van de opdrachtnemer en op logisch gescheiden wijze worden bewaard, waarbij de privacy aspecten zijn gewaarborgd en dat de verschaffing van de gescheiden bewaarde informatie aan zijn verschillende cliënten op adequate wijze is gewaarborgd;
- de opdrachtnemer verklaart dat zijn bedrijfsvoering op gecontroleerde en integere wijze plaatsvindt en dat maatregelen zijn genomen en zullen worden genomen met als doel het voorkomen van fraude;
- de opdrachtnemer verklaart dat hij procedures heeft ingesteld met betrekking tot back-up van gegevens en herstel bij calamiteiten die overeenkomen met de vereiste kundigheid, zorgvul-

digheid, voorzichtigheid, zorg en voorzorg als redelijk en gebruikelijk verwacht mag worden van een kundig en ervaren persoon betrokken in eenzelfde soort opdracht onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden; en

- de procedures bevatten noodmaatregelen om de voortgang van de bedrijfsvoering onder deze overeenkomst veilig te stellen in geval van calamiteiten op het terrein van de opdrachtnemer of in zijn bedrijfssystemen.

Het wél of juist niet kwalificeren van een activiteit als uitbesteding is van belang voor de overeenkomsten die een pensioenfonds aangaat.

Het pensioenfonds zal er de voorkeur aan geven doorwerking van toekomstige wijzigingen in dit reguleringskader contractueel te verankeren, door het voorgaande dynamisch vast te leggen.

■ ONDERLINGE AFHANKELIJKHEDEN ADMINISTRATIE EN VERMOGENSBEHEER

Uitgaande van dit kader – en daarbij merken wij op dat de exacte wijze van formuleren in de uitbestedingsovereenkomst niet per se gelijk zal zijn aan wat hiervoor is opgenomen – zijn er onder de Wtp onderlinge afhankelijkheden van administrateur en vermogensbeheerder die aandacht behoeven. Vanzelfsprekend zijn er de vragen over de reikwijdte van de met de individuele uitbestedingspartner overeengekomen opdracht, inclusief de overeenkomst waarin die is vastgelegd, en of die nog passend is onder de Wtp. Het is vrijwel zeker dat deze aanpassing behoeft. Ten eerste omdat de te verlenen diensten vermoedelijk deels anders zullen worden, wat maakt dat zowel de hoofdovereenkomst als de service level agreement, waarin bij voorkeur SMART[®] omschrijvingen van alle verleende diensten zijn verwerkt, daarop moeten worden aangepast.

4 Artikel 34, eerste lid, Pensioenwet.

5 P. Laaper, 'Uitbesteding in de financiële sector; In het bijzonder van vermogensbeheer door pensioenfondsen', dissertatie, handeseditie verschenen als Deel 88 in de Serie Onderneming en Recht, Wolters Kluwer (2015), p. 34-35.

6 Artikel 14.0a Besluit uitvoering Pensioenwet.

7 <https://www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-sectoren/pensioenfondsen/prudentieel-toezicht/uitbesteding-pensioenfondsen/q-a-melding-uitbesteding-van-werkzaamheden-bij-de-nederlandsche-bank-door-pensioenfondsen-en-premie-pensioeninstellingen/>.

8 SMART staat voor *Specific, Measurable, Achievable, Relevant* en *Timely*.

Ten tweede omdat de transitie naar het nieuwe stelsel zeker niet altijd binnen de reikwijdte van de bestaande opdracht zal vallen. Het ligt voor de hand dat voor specifieke activiteiten ook goed wordt bekeken of de daarbij overeengekomen afspraken, onder meer op het gebied van aansprakelijkheid en vrijwaring, passend zijn.

En ten derde omdat onder de Wtp meer onderlinge interactie tussen enerzijds pensioenadministratie en anderzijds vermogensbeheer zal ontstaan. En voor die interactie willen wij in het bijzonder de aandacht vragen aan de hand van twee thema's die wij in de praktijk als rode draad zien terugkomen wanneer het over dit onderwerp gaat.

Het eerste thema betreft de koppeling tussen de pensioen- en beleggingsadministratie. Zo zullen behaalde rendementen op de beleggingen door de pensioenadministrateur moeten worden toegewezen aan de individuele deelnemers in hun pensioenadministratie. Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen dat de pensioenadministrateurs dit doen omdat de fiduciair beheerder niet beschikt over informatie van de individuele deelnemer. Om dit te kunnen doen, is de pensioenadministrateur echter afhankelijk van diverse informatie uit de beleggingsadministratie die vaak bij de fiduciair beheerder ligt.⁹ Andersom zal de fiduciair beheerder door de pensioenadministrateur moeten worden geïnformeerd over bijvoorbeeld wijzigingen in het deelnemersbestand. Duidelijk is dat de betreffende informatie omvangrijk en gedetailleerd zal zijn en frequent, mogelijk zelfs dagelijks, zal moeten worden uitgewisseld. Hiertoe zal een, al dan niet digitale, koppeling moeten worden ingericht tussen de administraties van de pensioenadministrateur en fiduciair beheerder. Daarbij dienen de exacte rollen en verantwoordelijkheden van de betrokken uitbestedingspartijen ten aanzien van deze processen volledig helder te zijn. Dit is bij veel partijen nog onderwerp van discussie.

Het tweede thema betreft de verschillende uitdagingen op het gebied van deelnemerscommunicatie. Naast de periodieke communicatie via deelnemersportalen en in andere uitingen, is de verwachting dat pensioenfondsen veel vragen van deelnemers zullen krijgen over de aan hen toegewezen rendementen. De informatie die nodig is om dit type vragen te beantwoorden, zal zowel bij de pensioenadministrateur als bij de fiduciair beheerder vandaan moeten komen. Ook in dit kader zullen zijn daarom intensiever met elkaar samen moeten gaan werken.

■ NAAR EEN INTEGRALE BENADERING

Waar wij onder het huidige stelsel zien dat het inrichten van de uitbestedingsrelaties met pensioenadministrateurs en fiduciair beheerders nog grotendeels gescheiden werelden zijn, zullen deze partijen onder de Wtp dus intensiever en meer geïntegreerd moeten gaan samenwerken. Ons inziens zal dit gegeven in veel gevallen leiden tot het open-

breken van de aan deze uitbestedingen ten grondslag liggende contracten. Het initiatief hiervoor zal naar verwachting bij de pensioenfondsen moeten liggen. Zoals eerder opgemerkt, dragen zij immers ook de verantwoordelijkheid voor de uitbestede activiteiten. Maar ook pensioenadministrateur, fiduciair beheerder en andere opdrachtnemers zullen de opdracht die zij op zich hebben genomen, kritisch willen beoordelen.

Bij het opnieuw vastleggen van de afspraken met deze uitbestedingspartijen is het van belang dat het pensioenfonds zorgdraagt voor een beheerste uitbestedingsrelatie tussen het pensioenfonds en de (keten van) uitbestedingspartijen waarbij het pensioenfonds aantoonbaar 'in control' is. Dit betekent onder andere dat de rollen en verantwoordelijkheden van de pensioenadministrateur, de fiduciair beheerder en de *custodian* op een geïntegreerde wijze tegen het licht moeten worden gehouden om zo de afhankelijkheden en de in dat kader benodigde intensievere samenwerking tussen deze partijen in kaart te brengen.

Pensioenadministrateurs en fiduciair beheerders kunnen delen van deze diensten op hun beurt ook weer uitbesteden.

De herziene uitbestedingscontracten dienen een heldere vastlegging van de opdrachten en mandaten te bevatten waarbinnen deze partijen hun dienstverlening voor het pensioenfonds verrichten. Hierbij is onder meer van belang dat een sluitende set afspraken en richtlijnen wordt overeengekomen om de opdrachten aan deze partijen te begrenzen en te voorkomen dat de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het pensioenfonds en de desbetreffende uitbestedingspartijen elkaar overlappen of juist leemtes vertonen. Een in het bijzonder daarbij te adresseren factor is dat pensioenadministrateurs en fiduciair beheerders delen van deze diensten op hun beurt ook weer kunnen uitbesteden.

Wij pleiten voor een integrale benadering. Als uitbestedingspartijen onder de Wtp intensiever en meer geïntegreerd gaan samenwerken, is het functioneel de verschillende opdrachtovereenkomsten onderling afgestemd te hebben. Dat geldt zowel voor de basiselementen die vanwege de wet onderdeel zijn van de uitbestedingscontracten, als voor een heldere en onderling goed afgebakende opdracht.

De pensioenfondsen en hun dienstverleners kunnen in dit stadium in ieder geval al het volgende doen: (a) een (juridische) analyse maken van welke contracten een herziening behoeven in het kader van de Wtp;

- (b) de looptijden en onderlinge afhankelijkheden benoemen;
- (c) beoordelen of en in welke mate en onder welke voorwaarden transitiedienstverlening onderdeel is van de opdracht en het specifieke daarvoor geldende regime;
- (d) alert zijn of het functioneel is derde dienstverleners te betrekken voor het maken van de koppeling/verbinding tussen administratie en vermogensbeheer (en de classificatie of dit een directe opdracht moet zijn van het pensioenfonds, of juist meer plaats moet hebben als een vorm van onderuitbesteding door een van de bestaande dienstverleners); en
- (e) bij leemtes tijdig acteren waarbij er in een uitvraag naar aanvullende diensten ook in die fase –

en niet pas achteraf – direct aandacht is voor de relevante contractvoorwaarden. Ondanks dat het wetgevingstraject nog in volle gang is, wachten partijen hier beter niet mee. Om af te sluiten met de woorden van DNB: de overgang op persoonlijke vermogens heeft materiële operationele gevolgen voor de beleggings- en pensioenadministraties van pensioenfondsen, met gevolgen voor de op dit vlak uitbestede werkzaamheden. ●

9 Overigens kan dit ook de *custodian* zijn indien daar de leidende beleggingsadministratie zou worden gevoerd.

FISCAAL MEMO JULI 2022

drs. Tim de Bondt

Met Fiscaal Memo grijp je al meer dan 50 jaar nooit mis naar de laatste feiten en cijfers op het terrein van belastingen, premies, uitkeringen en financiën. Deze editie bevat alle essentiële nieuwe wetgeving, jurisprudentie, normbedragen en kerncijfers per 1 juli 2022, inclusief coronasteunmaatregelen en ontwikkelingen rond de inkomstenbelasting in box 3. Ook beschikbaar in de volledig herziene Fiscaal Memo App. Gratis te downloaden in de appstores.

Door de unieke combinatie van boekje, digitale uitgave en app vormt Fiscaal Memo de meest actuele uitgave van Nederland. Waar je ook bent, je hebt altijd de meest actuele informatie binnen handbereik op papier, computer, tablet of smartphone. Tijdens het jaar verschijnen updates op de speciale updatesite www.fiscaalmemo.nl.

Alle wijzigingen van het afgelopen halfjaar zijn verwerkt, inclusief de normbedragen en percentages per 1 juli 2022. Uiteraard bevat deze editie ook de laatste informatie over de gevolgen van het Kerstarrest van de Hoge Raad over box 3.

Een greep uit de wijzigingen:

- Heffing in box 3 volgens het wettelijk systeem en de forfaitaire spaarvariant van het rechtsherstel
- Onbelaste vergoeding reinigingskosten werkkleding
- Tegemoetkoming kinderopvang derde sluitingsperiode
- NOW en TVL voor eerste kwartaal 2022
- TVL voor starters voor vierde kwartaal 2021 en eerste kwartaal 2022
- Alle nieuwe normbedragen en percentages per 1 juli 2022.

Kortom: wanneer je je beroepsmatig bezighoudt met belastingen, premies, uitkeringen en overige cijfermatige zaken, dan is Fiscaal Memo juli 2022 dé uitgave waar je elke werkdag weer op teruggrijpt.

Wolters Kluwer, Deventer 2022

Omvang: 392 pag.'s

Prijs € 59,95 (incl. btw)

ISBN 9789013168495

