

No.W12.15.0221/III/Vo

's-Gravenhage, 17 september 2015

Bij brief van 29 juni 2015 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen over het aangenomen amendement Lodders/Vermeij (34 117, nr. 17) op het voorstel van wet tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (wet algemeen pensioenfonds)

Op 18 juni 2015 heeft de Tweede Kamer het voorstel van wet tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (wetsvoorstel algemeen pensioenfonds)¹ aangenomen, evenals het op dit wetsvoorstel ingediende amendement van de leden Lodders en Vermeij (amendement).²

Het amendement strekt ertoe dat bij een fusie van bedrijfstakpensioenfondsen de mogelijkheid wordt geopend dat deze gescheiden vermogens aanhouden (ringfencing). Tot nog toe is ringfencing bij bedrijfstakpensioenfondsen verboden en vormen, ingevolge artikel 123, eerste lid, Pensioenwet (Pw), de verschillende pensioenregelingen die door een pensioenfonds worden uitgevoerd financieel één geheel.

Het amendement is er op gericht een oplossing te bieden voor de problemen waarmee vooral kleinere bedrijfstakpensioenfondsen worden geconfronteerd. De steeds hogere eisen die aan het bestuur van pensioenfondsen worden gesteld, zijn in toenemende mate lastig na te leven en brengen hoge kosten mee. Samenvoeging van pensioenregelingen zonder ringfencing stuit volgens de indieners van het amendement op problemen omdat de regelingen meestal onvoldoende gelijksoortig zijn (qua samenstelling van de groep deelnemers, risicoprofielen, dekingsgraad).

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid signaleert dat er juridische risico's aan het amendement kleven. Deze risico's hebben betrekking op de concurrentieverhoudingen tussen (verplichtgestelde) bedrijfstakpensioenfondsen en andere uitvoerders van pensioenproducten, de gevolgen van het amendement voor de houdbaarheid van de verplichtstelling in het licht van het Europese mededingingsrecht en de vraag of goed functioneren van het stelsel nog is verzekerd indien ringfencing mogelijk is.³ In verband daarmee heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Afdeling advisering van de Raad van State, op grond van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State, bij brief van 29 juni 2015 verzocht over het amendement voorlichting te geven.

Beantwoording van de voorlichtingsvraag

Het toestaan van ringfencing biedt bedrijfstakpensioenfondsen nieuwe mogelijkheden om hun activiteiten vorm te geven. Doordat afgescheiden vermogens kunnen worden aangehouden en financiële risico's kunnen worden

¹ Kamerstukken II 2014/15, 34 117.

² Kamerstukken II 2014/15, 34 117, nr. 17.

³ Kamerstukken II 2014/15, 34 117, nr. 35.

geïsoleerd, wordt het aantrekkelijker voor deze fondsen om zich te begeven op de pensioenmarkt. Daarmee kan het evenwicht in de concurrentieverhoudingen tussen verzekeraars en bedrijfstakpensioenfondsen gemakkelijker dan nu verstoord worden. Daarnaast bewerkstelligt het amendement dat de solidariteitskenmerken voortaan op het niveau van de in het fonds afgescheiden kring die een financieel geheel vormt (collectiviteitskring) worden vormgegeven, terwijl de verplichtstelling – en de daarbij behorende voordelen – op fondsniveau blijven geregeld. Op die manier wordt het onder meer mogelijk om de ‘goede risico’s’ en de ‘slechte risico’s’ binnen een (bestaand) bedrijfstakpensioenfonds te scheiden. Op zichzelf lijkt een stelsel waarin de (financiële) solidariteit op het niveau van een collectiviteitskring is geregeld goed mogelijk, maar dat vergt een doordenking van de verschillende waarborgen die nodig zijn om die solidariteit op het niveau van de collectiviteitskring op verantwoorde, niet concurrentieverstorende wijze gestalte te geven. Daarin is vooralsnog niet voorzien. In verband hiermee is de verplichtstelling op fondsniveau in het licht van de Europese mededingingsregels en jurisprudentie niet zonder meer houdbaar wanneer de solidariteit op niveau van de collectiviteitskring wordt georganiseerd.

Ten slotte voorziet het amendement niet in praktische waarborgen en flankerende maatregelen die passend en noodzakelijk zijn om ringfencing op verantwoorde wijze te kunnen laten plaatsvinden.

Op grond hiervan constateert de Afdeling dat het toestaan van ringfencing voor bedrijfstakpensioenfondsen grote gevolgen heeft voor het Nederlandse pensioenstelsel. In het licht daarvan is het passend om de vraag of ringfencing voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen toegestaan zou moeten worden, te bezien in samenhang met de mogelijke wijzigingen in het pensioenstelsel naar aanleiding van de bredere pensioendiscussie.

Hierna zal eerst worden ingegaan op (de achtergrond van) het verbod op ringfencing in artikel 123 Pw, dat, zo zal worden uiteengezet, in belangrijke mate is gelegen in de concurrentieverhoudingen in het pensioenstelsel. Daarbij zal eerst worden ingegaan op de (mogelijke) gevolgen van het amendement voor de concurrentieverhoudingen. Vervolgens zal worden ingegaan op de Europeesrechtelijke mededingingsaspecten van het amendement en de inbedding van de introductie van de mogelijkheid van ringfencing in het (wettelijke) stelsel.

1. Het verbod op “ringfencing” in het pensioenstelsel

a. *Redengeving voor het verbod op ringfencing*

Het verbod op ringfencing is geïntroduceerd bij de inwerkingtreding van de Pw in 2007. Het verbod is opgenomen als één van de criteria die, volgens de regering, “waarborgen dat de traditionele wezenskenmerken van pensioenfondsen, collectiviteit en solidariteit, tot uiting komen in alle producten die pensioenfondsen aanbieden”.⁴ In de memorie van toelichting komt naar voren dat wanneer een pensioenfonds diverse pensioenregelingen uitvoert, een eventueel tekort bij de ene regeling wordt aangevuld vanuit de totale reserves van het pensioenfonds; afgescheiden vermogens zijn niet toegestaan.⁵ Het verbod op ringfencing hangt nauw samen met de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars. Bedrijfstakpensioenfondsen hebben door hun verplichte karakter een bevoorrechte positie ten aanzien van pensioenregelingen aangeboden door andere marktpartijen. Die positie wordt gerechtvaardigd door de

⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, blz. 71.

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, blz. 71.

doelstelling van solidariteit die deze pensioenregelingen kenmerkt. Dit kan slechts worden gerechtvaardigd, zolang dit niet leidt tot concurrentievoordelen op andere terreinen buiten dat van het verplichte bedrijfstakpensioen. Om die redenen dienen de taken van de bedrijfstakpensioenfondsen duidelijk te worden onderscheiden van die van verzekeraars. Bij de totstandkoming van de Pw is het belang van voornoemde taakafbakening door de regering benadrukt. De memorie van toelichting stelt: “[i]n het geval pensioenfondsen onbelemmerd op de markt optreden, is de kans op oneerlijke concurrentie en misbruik van de machtspositie die diverse pensioenfondsen (dankzij de verplichtstelling) hebben reëel. Als dat gebeurt, zal de bijzondere positie van pensioenfondsen en ook de verplichtstelling gevaar lopen.”⁶

Tussen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en andere uitvoerders van pensioenregelingen (vooral verzekeraars) bestaat in het huidige stelsel in beginsel geen concurrentie: de reikwijdte van de bedrijfstakpensioenregeling wordt bepaald door hetgeen in het cao-overleg tussen werkgevers en werknemers is bepaald. De activiteiten van een bedrijfstakpensioenfonds zijn daartoe beperkt. Andere pensioenuitvoerders kunnen aanvullende regelingen aanbieden binnen dezelfde bedrijfstak, alsmede regelingen in bedrijfstakken waar geen verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds bestaat. In het navolgende zal evenwel aan de orde komen dat bedrijfstakpensioenfondsen hun werkterrein kunnen uitbreiden. Omdat de pensioenverzekeraars optreden op de gehele markt die niet wordt afgedekt door verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, kunnen verzekeraars en pensioenfondsen bij uitbreiding van het werkterrein van bedrijfstakpensioenfondsen in de praktijk in concurrentie treden terzake van dezelfde uitvoering van pensioenregelingen.

De voorwaarden waaronder pensioenfondsen en pensioenverzekeraars op de markt voor dergelijke financiële producten optreden zijn evenwel verschillend. Voor een pensioenfonds gelden andere eisen met betrekking tot de solvabiliteit (het financieel toetsingskader uit de Pw) dan voor pensioenverzekeraars: voor pensioenverzekeraars gelden de solvabiliteitseisen uit de Wft die strenger zijn dan het financieel toetsingskader uit de Pw. Daardoor kan een pensioenfonds mogelijk een gunstiger aanbod doen dan een verzekeraar. Daarnaast bestaan grote verschillen in de fiscale behandeling tussen pensioenovereenkomsten afgesloten met pensioenfondsen respectievelijk pensioenverzekeraars. Ten slotte zorgt de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen ervoor dat deze pensioenfondsen een bepaalde schaalgrootte (de hele bedrijfstak sluit zich verplicht bij het pensioenfonds aan) met de daaruit voortvloeiende voordelen kunnen hebben.⁷ Het hangt vervolgens van de omvang van de bedrijfstak af of de schaalgroottevoordelen ook gerealiseerd kunnen worden. De schaalgrootte kan bijvoorbeeld zorgen voor volumevoordelen bij beleggingen, maar ook bijdragen aan relatief lage uitvoeringslasten.

b. *Begrenzing werkterrein pensioenfondsen in de Pw*

Gelet op de voordelen die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen genieten, wordt de vrijheid van die pensioenfondsen op de vrije markt beperkt. De huidige Pw kent daartoe een tweetal belangrijke mechanismen, die nauw met elkaar

⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, blz. 69.

⁷ Dat bedrijfstakpensioenfondsen door verplichtstelling een bepaalde schaalgrootte verkrijgen, sluit overigens niet uit dat deze fondsen tot verdere schaalvergroting willen komen, bijvoorbeeld om hun governancekosten te mitigeren.

samenhangen. Dit zijn de taakafbakening (i) en het verbod op ringfencing (ii).

i. Taakafbakening

De belangrijkste regels met betrekking tot de taakafbakening zijn neergelegd in de artikelen 116-125 Pw, met uitzondering van de verplichte doorsneepremie, die in artikel 8, eerste lid, Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 is vastgelegd. De taakafbakening van bedrijfstakpensioenfondsen bestaat in feite uit twee onderdelen: zowel de productafbakening (welke producten mag een pensioenfonds voeren?) als het domein zijn begrensd (wat is de klantenkring van een pensioenfonds?).

De *productafbakening* ziet erop dat (bedrijfstak)pensioenfondsen zich in beginsel uitsluitend bezig houden met activiteiten die direct zijn gerelateerd aan de pensioenovereenkomst; daarbij dient het te gaan om het aanbieden van een product dat voortvloeit uit de arbeidsrelatie. In dit verband is van belang dat er een verbod op nevenactiviteiten bestaat: '[e]en pensioenfonds verricht slechts activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden' (artikel 116 Pw).

Het *domein* van bedrijfstakpensioenfondsen is eveneens afgebakend in de Pw, dat blijkt in de definitiebepaling van "bedrijfstakpensioenfonds" in artikel 1 van die wet. Uit de definitiebepaling blijkt dat de klantenkring van een bedrijfstakpensioenfonds beperkt is. Een bedrijfstakpensioenfonds mag alleen werken ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak.⁸ De kring van werkgevers die zich bij een bedrijfstakpensioenfonds kunnen aansluiten, wordt daarmee begrensd. De domeinafbakening kan voorkomen dat de door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds genoten voordelen worden gebruikt om te concurreren met andere pensioenuitvoerders, zoals verzekeraars die de met een verplichtstelling samenhangende voordelen niet hebben. De kring van werkgevers die zich bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kan aansluiten, wordt immers bepaald door de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds, die in de statuten van het fonds is vastgelegd (artikel 111 Pw). In dat kader is eveneens artikel 121 Pw van belang. Dat artikel beoogt te verzekeren dat er een duidelijke binding is of ontstaat tussen de vrijwillig aangesloten werkgever en de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling geldt. Het artikel bepaalt dat een bedrijfstakpensioenfonds alleen onder specifieke voorwaarden een uitvoeringsovereenkomst kan sluiten met een werkgever die niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, maar die zich vrijwillig aansluit.⁹

In principe wordt het werkkerrein van een bedrijfstakpensioenfonds begrensd door de voorwaarden uit de Pw. Een verruiming van het werkkerrein, of het omzeilen van de afbakening is evenwel mogelijk. Het werkkerrein van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kan op verschillende manieren worden verruimd,

⁸ Overigens gaat voor het Apf de domeinafbakening niet gelden, het Apf werkt dus niet voor een gesloten 'klantenkring'.

⁹ Artikel 121 Pw bepaalt dat vrijwillige aansluiting kan plaatsvinden in een drietal situaties: wanneer ofwel (1) de loonontwikkeling bij de werkgever die zich wil aansluiten ten minste gelijk is aan die in een bedrijfstak waarin het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is en de werkgever deelneemt in de sociale fondsen van die bedrijfstak, dan wel (2) wanneer sprake is van een groepsverhouding tussen de werkgever die zich wil aansluiten en een werkgever die al onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt of (3) de aansluiting plaatsvindt aansluitend aan een periode waarin de werkgever onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel.

bijvoorbeeld in het geval dat de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds aangepast wordt door een statutenwijziging in verband met een fusie. Ook kan de werkingssfeer van een nieuw pensioenfonds zodanig ruim wordt geformuleerd in de statuten, dat van een scherpe domeinafbakening geen sprake is en de domeinafbakening aldus geen belemmering vormt voor aansluiting van ondernemingen of pensioenfondsen die feitelijk werkzaam zijn in een andere bedrijfstak. De regering heeft duidelijk gemaakt vanuit het oogpunt van eerlijke concurrentie bedenkingen te hebben bij de ontwikkeling waarbij, via de verruiming van de statutaire werkingssfeer, aansluiting plaatsvindt bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen door ondernemingspensioenfondsen of ondernemingen die op het eerste gezicht niet werkzaam zijn in de bedrijfstak van het bedrijfstakpensioenfonds waarbij wordt aangesloten.¹⁰ Daarom stelt de regering in het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds in voorgesteld artikel 121a Pw nadere voorwaarden aan het aansluitingsbeleid van bedrijfstakpensioenfondsen via de uitbreiding van de statutaire werkingssfeer.¹¹ Dat artikel staat evenwel niet in de weg aan aansluitingen bij bedrijfstakpensioenfondsen die reeds een ruime werkingssfeer kennen en evenmin aan een fusie tussen een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en een ander pensioenfonds.

Kortom: de afbakening binnen de sfeer van collectieve pensioenen tussen het (concurrentieloze) domein van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de vrije markt voor pensioenverzekeraars is niet volledig scherp en biedt geen volledige waarborg tegen het bedoelde ongewenste gebruik.

ii. Verbod op ringfencing

Hierboven is reeds aan de orde gekomen dat het verbod op ringfencing bij de introductie daarvan in het kader geplaatst werd van de (financiële) solidariteit. Als een pensioenfonds verschillende pensioenregelingen uitvoert, is het verbod op het hanteren van gescheiden vermogens (verplichte risicodeling) een uiting van solidariteit binnen het domein waarvoor het pensioenfonds regelingen uitvoert. Wanneer zich binnen de ene regeling tekorten voordoen, dienen die te worden verrekend met eventueel aanwezige overschotten in een andere regeling (kruissubsidiëring).

Het verbod op ringfencing zorgt er op die manier eveneens voor dat er een rem bestaat op aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen. De financiële solidariteit waartoe het verbod op ringfencing dwingt, zorgt dat er voor bedrijfstakpensioenfondsen een feitelijke drempel bestaat om andere fondsen aan te laten sluiten en andere regelingen te gaan uitvoeren, om zo bijvoorbeeld schaalvoordelen te behalen. Het verbod op ringfencing is derhalve een belangrijk onderdeel van de in de Pw vervatte systematiek om oneerlijke concurrentie en misbruik van de machtspositie door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen te voorkomen. Het verbod op ringfencing hangt nauw samen met de domein en-productafbakening en vormt, gezien vanuit het oogpunt van het aanbrengen van een scheiding tussen pensioenfondsen en verzekeraars, daarop een nuttige aanvulling. Daarbij is deze waarborg zelfstandig van belang, omdat de domeinafbakening, zoals hiervoor is gebleken, niet altijd zorgt voor een scherpe scheiding tussen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 32 043, nr. 237.

¹¹ Kamerstukken II 2014/15, 34 117, nr. 3, blz. 17.

2. Het toestaan van ringfencing; concurrentiegevolgen

Het amendement op het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds maakt het aanhouden van afgescheiden vermogens binnen een bedrijfstakpensioenfonds mogelijk. Het toestaan van ringfencing zorgt ervoor dat ongewenste financiële solidariteit voor bedrijfstakpensioenfondsen geen belemmering meer zal vormen om meerdere regelingen uit te voeren. Na het vervallen van het verbod op ringfencing kan immers gebruik worden gemaakt van de voordelen van schaalvergroting, zonder dat risicodeling op fondsniveau behoeft plaats te vinden. De eis van de domeinafbakening blijft gelden, maar zoals hiervoor uiteengezet, behoeft die eis geen onoverkomelijke belemmering te vormen voor aansluiting van andere pensioenregelingen bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.¹²

Doordat het amendement toestaat dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen afgescheiden vermogens aanhouden, krijgen deze pensioenfondsen nieuwe mogelijkheden om hun activiteiten vorm te geven en wordt het ook aantrekkelijker om nieuwe activiteiten te ontplooien. Bedrijfstakpensioenfondsen kunnen zich, zonder het verbod op ringfencing, gemakkelijker dan nu begeven op de pensioenmarkt. Reeds nu komt het voor dat (ondernemings)pensioenfondsen die op het eerste gezicht niet werkzaam zijn in de bedrijfstak van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, zich aansluiten bij een dergelijk fonds. Het amendement zorgt ervoor dat de eventuele (inhoudelijke) drempel van financiële solidariteit tussen de verschillende door een bedrijfstakpensioenfonds uit te voeren regelingen verdwijnt. Daarmee verdwijnt voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen een prikkel tot terughoudendheid met het uitvoeren van zoveel mogelijk pensioenregelingen.

Naast het aantrekkelijker maken van een vrijwillig aansluitingsbeleid, maakt het amendement het eveneens mogelijk dat bedrijfstakpensioenfondsen door een fusie andere, mogelijk risicovollere producten (pensioenregelingen), gaan aanbieden, terwijl ringfencing de mogelijkheid biedt om de financiële risico's te isoleren. Deze pensioenfondsen kunnen in Nederland en in het buitenland op die manier concurreren met verzekeraars in de sfeer van collectieve pensioenen. Eveneens biedt ringfencing de mogelijkheid dat bestaande verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich opsplitsen in verschillende collectiviteitskringen en voor die kringen afgescheiden vermogens aanhouden en verschillen in premiestelling introduceren. Op die manier wordt het mogelijk om de 'goede risico's' en de 'slechte risico's' binnen een fonds te scheiden. Dit ondergraaft, op fondsniveau, de collectiviteit en de solidariteit, terwijl de binnen een fonds gedeelde solidariteit juist de rechtvaardiging vormt voor de verplichtstelling op dat niveau.

Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen derhalve gemakkelijker dan voorheen concurreren met verzekeraars op de markt van de uitvoering van pensioenregelingen. Dat kan de positie van verzekeraars nadelig beïnvloeden. Bedrijfstakpensioenfondsen hebben immers een concurrentievoordeel omdat zij als gevolg van de verplichtstelling profiteren van voordelen van schaalgrootte en eveneens

¹² Daarbij merkt de Afdeling op dat ook de productafbakening blijft gelden. Het verbod op nevenactiviteiten blijft belemmeren dat pensioenfondsen een individueel aanvullend product in de derde pijler aanbieden.

niet behoeven te voldoen aan de voor verzekeraars geldende strengere solvabiliteitseisen.

De Afdeling wijst erop dat het evenwicht in de concurrentieverhoudingen met het toestaan van ringfencing sneller dan voorheen verstoord kan worden. Wanneer verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen meer mogelijkheden en meer vrijheid genieten op de markt, zullen de grote voordelen die de verplichtstelling met zich brengt eventuele concurrenten (verzekeraars) gemakkelijk in een nadelige positie brengen. Dit terwijl met de eis van taakafbakening en het verbod op ringfencing juist werd beoogd de evenwichtige concurrentieverhoudingen tussen pensioenfondsen en verzekeraars te waarborgen.

3. Mededingingsrechtelijke aspecten verplichtstelling; vormgeving

In het vorenstaande is reeds aan de orde geweest dat bij de totstandkoming van de Pw het belang van de solidariteit en collectiviteit voor de verplichtstelling is benadrukt. De binnen een pensioenfonds georganiseerde solidariteit is ook van belang voor de houdbaarheid van de verplichtstelling van (bedrijfstak)pensioenfondsen in het licht van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Het HvJ EU heeft in een reeks arresten¹³ de verhouding tussen verplichtgestelde pensioenregelingen en de relevante Europese mededingingsregels - de artikelen 101 en 102 jo. 106, tweede lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie - verduidelijkt. Het HvJ EU heeft duidelijk gemaakt dat pensioenfondsen moeten worden beschouwd als ondernemingen die worden belast met een bijzondere taak van sociale aard. Die sociale taak bestaat er met name in dat via de verplichtstelling pensioenfondsen in staat worden gesteld tegen aanvaardbare kosten een pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstak uit te voeren. Zonder de verplichtstelling zouden de "goede risico's" en de "slechte risico's" namelijk naar alle waarschijnlijkheid niet in één fonds blijven.¹⁴ Die sociale taak van het fonds kan de inbreuk op het mededingingsrecht (de verplichtstelling van het fonds houdt tevens in dat het fonds het uitsluitend recht krijgt de pensioenregeling voor de betreffende bedrijfstak uit te voeren en te beheren) rechtvaardigen, mits de inbreuk niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van die sociale doelstelling.¹⁵ Uit de voornoemde arresten blijkt dat het voor een rechtvaardiging van een inbreuk op het mededingingsrecht¹⁶ in dit verband van belang is dat de pensioenregeling

¹³ Arresten van het HvJ EU van 21 september 1999, C-67/96, Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen; en C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoeren Havenbedrijven en het arrest van het HvJ EU van 3 maart 2011, C-437/09, AG2R Prévoyance.

¹⁴ Zie onder meer: arrest van het HvJ EU van 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, rechtsoverweging 108.

¹⁵ Voor de rechtvaardiging van de inbreuk is vereist dat de onderneming zonder de verplichtstelling de bijzondere taak van sociale aard niet kan vervullen of dat de handhaving van de bijzondere rechten noodzakelijk is om de onderneming in staat te stellen de opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen, arrest van het HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, rechtsoverweging 107.

¹⁶ De Mededingingswet (Mw) kent een regime dat nauw aansluit bij de Europese mededingingsregels en waarvan de bepalingen zijn georiënteerd op de voornoemde artikelen uit het VWEU. Indien de inbreuk buiten het toepassingsbereik van het VWEU valt (omdat er geen sprake is van een beïnvloeding van de

daadwerkelijk een sociaal karakter heeft. Het bepalen van het sociale karakter van een regeling vergt telkens een individuele beoordeling van de doelen en kenmerken van de desbetreffende regeling. De solidariteit die aan de regeling ten grondslag ligt, speelt daarbij een belangrijke rol.

De Afdeling merkt op dat er in het stelsel voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen verschillende solidariteitskenmerken bestaan zoals:

- aan de deelneming liggen afspraken in het sociaal overleg tussen werkgevers en werknemers ten grondslag;
- er is geen risicoselectie en bij verplichtstelling is solidariteit binnen de gehele relevante groep verzekerd;
- er is een zekere samenhang tussen het sociaal overleg tussen werkgever en werknemers in een bedrijfstak, de kring van werkgevers en werknemers die onder de regeling vallen en het bestuur van het fonds (waarin die werknemers en werkgevers zijn vertegenwoordigd);
- de uitvoering van pensioenregelingen wordt gezien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers;
- er is risicodeling (solidariteit) door het verbod op ringfencing en door de doorsneepremie; en
- de domein- en productafbakening zorgen dat bedrijfstakpensioenfondsen in principe geen andere activiteiten mogen verrichten dan de uitvoering van (verplichtgestelde) pensioenregelingen in een (deel van een) bedrijfstak.

Vanwege deze solidariteitskenmerken wordt vooralsnog algemeen aanvaard dat de verplichtstelling in het licht van het mededingingsrecht thans geen risico's oplevert. Ook wanneer het verbod op ringfencing niet langer zou gelden en de solidariteit op fondsniveau zou verdwijnen en louter op het niveau van de collectiviteitskring zou bestaan, blijft er een behoorlijk aantal solidariteitskenmerken over ter rechtvaardiging van de inbreuk op het mededingingsrecht. Omdat het bepalen van het sociale karakter van een regeling telkens een individuele beoordeling vergt van de doelen en kenmerken van die regeling, kan niet op voorhand in zijn algemeenheid worden gesteld dat het toestaan van ringfencing door bedrijfstakpensioenfondsen ertoe zal leiden dat de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen Europeesrechtelijk niet langer gerechtvaardigd zal kunnen worden.¹⁷

De verplaatsing van het niveau waarop de solidariteitskenmerken zich concentreren, verstoort evenwel de koppeling tussen verplichtstelling en solidariteit zoals die thans in het pensioenstelsel bestaat. De verplichtstelling en de solidariteit hangen daarin zeer nauw met elkaar samen en zijn op het niveau van het pensioenfonds georganiseerd. Het toestaan van ringfencing zorgt ervoor dat de solidariteit versmalt en zich verplaatst naar het niveau van de regeling (collectiviteitskring). Dit terwijl de solidariteitskenmerken van het fonds in de jurisprudentie van het HvJ EU de

handel tussen de lidstaten van de EU), zijn de artikelen 6 en 24 jo. 25 de Mededingingswet van toepassing. Deze bepalingen zijn georiënteerd op de voornoemde artikelen uit het VWEU. Uitgangspunt is dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler is dan de Europese mededingingsregels. De Autoriteit Consument & Markt heeft zich tot dusverre, voor zover bekend, niet uitgesproken over de in deze voorlichting aan de orde zijnde rechtsvragen.

¹⁷ Zo is de vraag of de verplichtstelling en de solidariteitskenmerken op hetzelfde niveau geregeld dienen te zijn, nog niet in de rechtspraak aan de orde geweest.

rechtvaardiging vormen voor de verplichtstelling van dat fonds.¹⁸ Vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht ligt het niet zonder meer voor de hand dat de solidariteitskenmerken op het niveau van de collectiviteitskring worden georganiseerd, terwijl de verplichtstelling – inclusief de daarbij behorende schaalvoordelen voor pensioenfondsen - op fondsniveau gehandhaafd wordt. Juist de met de verplichtstelling verbonden schaalvoordelen voor bedrijfstakpensioenfondsen werken verstorend op de markt van de uitvoering van pensioenregelingen. Wanneer zowel de verplichtstelling als de solidariteit op het niveau van de collectiviteitskring zouden worden georganiseerd,¹⁹ vormt dat een minder vergaande inbreuk op de vrije mededinging. Immers, per collectiviteitskring zou dan een pensioenuitvoerder kunnen worden gekozen. Dat kan een verzekeraar of andere uitvoerder van een pensioenregeling zijn. Het amendement voorziet evenwel niet in het wijzigen van het niveau van verplichtstelling.

De Afdeling merkt op dat het amendement ertoe leidt dat op korte termijn de vraag beantwoord moet worden of de verplichtstelling op fondsniveau, in het licht van de Europese mededingingsregels, gehandhaafd kan worden. Er blijven na het toestaan van ringfencing nog andere solidariteitskenmerken over in het pensioenstelsel. Toch vormt het handhaven van de verplichtstelling op fondsniveau, terwijl een voor het stelsel belangrijk solidariteitskenmerk op het niveau van collectiviteitskring geregeld is, een knelpunt. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen genieten door het toestaan van ringfencing meer vrijheid op de markt van de uitvoering van pensioenregelingen.²⁰ Gezien de voordelen die bedrijfstakpensioenfondsen hebben, kan dat eventuele concurrenten gemakkelijker dan voorheen in een nadelige positie brengen. Daarbij wijst de Afdeling erop dat ook het feit dat de mate van gedeelde solidariteit binnen het pensioenstelsel in toenemende mate in discussie is,²¹ gevolgen kan hebben voor de houdbaarheid van de verplichtstelling. Bezien in samenhang met voornoemde mogelijkheden en ontwikkelingen, is het amendement niet zonder risico voor de houdbaarheid van de verplichtstelling op fondsniveau in het licht van de Europese mededingingsregels.

4. Waarborgen en flankerende maatregelen

De Afdeling wijst erop dat het amendement ringfencing voor bedrijfstakpensioenfondsen mogelijk maakt, maar niet voorziet in waarborgen en flankerende maatregelen om dat op een verantwoorde wijze te kunnen laten plaatsvinden. Er zijn waarborgen en flankerende maatregelen vereist om de hierboven genoemde mogelijke concurrentiebeperkende gevolgen van ringfencing tegen te gaan. Bij de introductie van het Multi-ondernemingspensioenfonds, alsook bij het voorliggende voorstel voor de introductie van het Apf, is wel voorzien in dergelijke

¹⁸ Zie onder meer: arrest van het HvJ EU van 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, rechtsoverweging 98; Arrest van het HvJ EU van 21 september 1999, zaak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoeren Havenbedrijven, rechtsoverweging 88.

¹⁹ Om dit te bewerkstelligen zou de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 wel ingrijpend moeten worden gewijzigd.

²⁰ Daarnaast roept de verplaatsing van de solidariteitskenmerken naar het niveau van de (verschillende) collectiviteitskring(en) de vraag op welke functie voor het fonds resteert.

²¹ Zie bijvoorbeeld de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juli 2015 inzake de hoofdlijnen van een toekomstbestendig pensioenstelsel, Kamerstukken II 2014/15, 32 043 nr. 263.

maatregelen. In dit verband is er bijvoorbeeld in voorzien dat de financiële eisen per collectiviteitskring worden getoetst en er voor elke collectiviteitskring een verantwoordingsorgaan wordt ingesteld. Dergelijke voorzieningen zijn bij het amendement voor bedrijfstakpensioenfondsen in het geheel niet getroffen.²² Het amendement is daarmee nog onvolledig.

5. Conclusie

Door het toestaan van ringfencing bewerkstelligt het amendement dat het voor bedrijfstakpensioenfondsen aantrekkelijker dan voorheen wordt om (niet verplicht gestelde) pensioenregelingen uit te voeren. Deze pensioenfondsen krijgen nieuwe mogelijkheden om hun activiteiten vorm te geven en het wordt aantrekkelijker om nieuwe activiteiten te ontplooiën, waarvan de eventuele risico's geïsoleerd kunnen worden. Het wordt door het amendement derhalve aantrekkelijker voor bedrijfstakpensioenfondsen om zich te begeven op de pensioenmarkt. Daardoor kan gemakkelijker dan nu het evenwicht in de concurrentieverhoudingen tussen verzekeraars en bedrijfstakpensioenfondsen worden verstoord. Gezien de grote voordelen die de verplichtstelling met zich brengt, worden eventuele concurrenten (verzekeraars) gemakkelijk in een nadelige positie gebracht.

Daarnaast lijkt de verplichtstelling op fondsniveau in het licht van de Europese mededingingsregels en jurisprudentie niet zonder meer houdbaar wanneer de solidariteit op het niveau van de pensioenregeling (collectiviteitskring) wordt georganiseerd. Omdat het bepalen van het sociale karakter van een pensioenregeling telkens een individuele beoordeling vergt, kan niet op voorhand in zijn algemeenheid worden gesteld dat het toestaan van ringfencing ertoe leidt dat de verplichtstelling op fondsniveau vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt onhoudbaar zal zijn. Het verbod op ringfencing speelt evenwel een belangrijke rol in het pensioenstelsel en kan niet zomaar losgekoppeld worden van onder andere de domeinafbakening, zonder oog te hebben voor de mededingingsrechtelijke risico's en concurrentieverstorende effecten die kunnen optreden door het toestaan van ringfencing. Het amendement zorgt er daarnaast voor dat de solidariteitskenmerken op het niveau van de collectiviteitskring worden vormgegeven, terwijl de verplichtstelling – en de daarbij behorende voordelen – op fondsniveau blijven vastgesteld. Het amendement voorziet niet in wijzigingen van het niveau van verplichtstelling.

Het toestaan van ringfencing voor bedrijfstakpensioenfondsen lijkt daardoor risico's mee te brengen, niet zozeer afzonderlijk als wel gezien in samenhang met de voornoemde ontwikkelingen en mogelijkheden. Dat betreft met name de houdbaarheid van de verplichtstelling op fondsniveau van deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen in het licht van de Europese mededingingsregels. Een stelsel dat in mindere mate uitgaat van solidariteit georganiseerd op fondsniveau en zich ontwikkelt tot een stelsel waarin de solidariteit meer is georganiseerd rond een collectiviteitskring, kan als zodanig nog steeds voldoen aan de beoogde solidariteitskenmerken. Op zichzelf lijkt een stelsel waarin de (financiële) solidariteit niet op fondsniveau, maar op het niveau van een collectiviteitskring is geregeld goed verdedigbaar. Dat vergt echter wel een doordiening van de verschillende waarborgen die nodig zijn om die solidariteit op het niveau van de collectiviteitskring op verantwoorde, niet concurrentieverstorende wijze

²² Zie eveneens de brief van 17 juni 2015 van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II 2014/15, 34 117 nr. 35.

gestalte te geven en op dit moment eventuele ongewenste neveneffecten tegen te gaan.

Gezien de voornoemde bezwaren tegen de wijze waarop het amendement ringfencing voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen introduceert, is het volgens de Afdeling passend om de vraag of ringfencing voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen toegestaan zou moeten worden, te bezien in samenhang met de mogelijke wijzigingen in het pensioenstelsel naar aanleiding van de bredere pensioendiscussie.²³ Dat pleit er voor om de materie die in het amendement wordt voorgesteld niet bij deze gelegenheid, maar op een later moment in samenhang met andere elementen van het pensioenstelsel fundamenteel aan de orde te stellen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen naar aanleiding van de uitkomsten van het onderzoek dat de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid momenteel laat uitvoeren naar de mogelijkheid om het algemeen pensioenfonds open te stellen voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.²⁴

De vice-president van de Raad van State,

²³ Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juli 2015 “Hoofdlijnen van een toekomstbestendig pensioenstelsel” Kamerstukken II 2014/15, 32 043, nr. 263.

²⁴ Brief van 17 juni 2015 van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II 2014/15, 34 117 nr. 35, blz. 3.