

Vergaderjaar 2017–2018

34 801

Wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling vanwege het tijdelijk aanhouden van afgescheiden vermogens door fuserende bedrijfstakpensioenfondsen en regels voor fusie en splitsing (Wet fuserende bedrijfstakpensioenfondsen)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 14 september 2017 en het nader rapport d.d. 29 september 2017, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 17 juli 2017, no. 2017001223, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling vanwege het tijdelijk aanhouden van afgescheiden vermogens door fuserende bedrijfstakpensioenfondsen en regels voor fusie en splitsing (Wet fuserende bedrijfstakpensioenfondsen), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot wijziging van de Pensioenwet (Pw) om mogelijk te maken dat kleine en middelgrote bedrijfstakpensioenfondsen bij een fusie onder voorwaarden tijdelijk gescheiden vermogens aan kunnen houden (ringfencing). Dit wordt wenselijk geacht omdat verschillen in dekkingsgraden tussen bedrijfstakpensioenfondsen een fusie kunnen belemmeren.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat de voorwaarden die het wetsvoorstel verbindt aan het aanhouden van gescheiden vermogens door fuserende bedrijfstakpensioenfondsen terecht en noodzakelijk zijn. Gelet op de gestelde voorwaarden heeft de Afdeling begrip voor het toestaan van ringfencing bij fusie van bedrijfstakpensioenfondsen. Zij adviseert dan ook het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar merkt op dat de gestelde voorwaarden met zich brengen dat dergelijke fusies een voorwaardelijk karakter krijgen. Gelet op de problemen waar kleine en middelgrote pensioenfondsen mee kampen

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

roept dit de vraag op welke betekenis het voorstel voor de praktijk zal hebben.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 17 juli 2017, no. 2017001223, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 14 september 2017, nr. W12.17.0231/III, bied ik U hierbij aan.

1. Inleiding

a. Aanleiding

Bij kleinere pensioenfondsen bestaat vaak behoefte aan fusie met andere pensioenfondsen vanwege de steeds hogere eisen die aan het pensioenbestuur worden gesteld en eveneens om schaalvoordelen te behalen.² Door het verbod om afgescheiden vermogens aan te houden vormen verschillen in dekkingsgraad evenwel een belemmering voor fusies. Vanaf 2016 is het mogelijk dat ondernemingspensioenfondsen een Algemeen pensioenfonds oprichten. Daarbinnen is het wél toegestaan gescheiden vermogens aan te houden per collectiviteitskring.³ Voor bedrijfstakpensioenfondsen is die mogelijkheid niet geboden in verband met het bijzondere aspect dat bedrijfstakpensioenfondsen verplicht gesteld kunnen worden voor de gehele bedrijfstak. Wel wordt inmiddels de mogelijkheid geboden tot het instellen van een toeslagendepot die een tijdelijke afscherming van vermogens mogelijk maken waardoor fusies van bedrijfstakpensioenfondsen kunnen worden gefaciliteerd.⁴

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds is aanvankelijk een amendement aanvaard, dat ertoe strekte om het bij een fusie van bedrijfstakpensioenfondsen mogelijk te maken gescheiden vermogens aan te houden.⁵ Gelet op de juridische risico's die volgens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan dit amendement kleefden,⁶ is de Afdeling advisering van de Raad van State verzocht om voorlichting over het amendement.

De Afdeling heeft in haar voorlichting gewezen op de achtergrond van het verbod op ringfencing en het belang van de sociale functie van bedrijfstakpensioenfondsen in het licht van de rechtvaardiging van de concurrentievervalsing die de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen met zich brengt. Voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) vormt de sociale functie («goede» en «slechte» risico's worden door deelnemers en werkgevers gedeeld) immers de rechtvaardiging voor het doorkruisen van het Europese mededingingsrecht.

De Afdeling heeft daarbij opgemerkt dat indien de mogelijkheid bestaat om na een fusie van bedrijfstakpensioenfondsen vóór de bij de fusie betrokken pensioenregelingen afgescheiden vermogens aan te houden, dit tot gevolg heeft dat de solidariteit voor een deel niet meer op het niveau van het fonds wordt vorm gegeven, maar op dat van de afgescheiden collectiviteitskring. Indien verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen fuseren, verandert de solidariteit op het niveau van de

² Toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2. en 1.3.

³ Artikel 123, eerste lid, Pensioenwet.

⁴ Artikel 15a Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

⁵ Het amendement Ladders-Vermeij (Kamerstukken II 2015/16, 34 117, nr. 17).

⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34 117, nr. 35.

regeling in beginsel niet.⁷ De verplaatsing van het niveau waarop solidariteit vorm krijgt, verstoort echter wel de samenhang tussen (het niveau van) verplichtstelling en solidariteit in het huidige stelsel. Dit terwijl de jurisprudentie van het HvJ EU betrekking heeft op solidariteitskenmerken op fondsniveau ter rechtvaardiging van de verplichtstelling.

Indien behoefte bestaat aan een stelsel waarin de (financiële) solidariteit op het niveau van een collectiviteitskring is geregeld vereist dit een hernieuwde doordenking van de waarborgen die daarbij nodig zijn om de solidariteit op verantwoorde wijze gestalte te geven.⁸ Voornoemd alternatief waarbij de solidariteitskenmerken op regelingsniveau worden georganiseerd in plaats van op fondsniveau, kan blijkens de toelichting momenteel evenwel niet op draagvlak rekenen bij de verzamelde vakcentrales.⁹

b. Inhoud voorstel

De toelichting vermeldt dat het voorliggende voorstel de intentie van het amendement Lodders-Vermeij tot uitgangspunt heeft genomen. Het wordt van belang geacht dat verschillen in dekkingsgraden geen belemmering vormen voor bedrijfstakpensioenfondsen om te fuseren.¹⁰ Vanwege de voornoemde gesignaleerde risico's die aan dit amendement kleefden, is in het wetsvoorstel een aantal voorwaarden verbonden aan de mogelijkheid van het aanhouden van afgescheiden vermogens door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Deze mogelijkheid bestaat wanneer:

- het een fusie betreft tussen maximaal vijf verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen waartussen een duidelijke samenhang bestaat;
- er een fusieplan aan De Nederlandsche Bank (DNB) wordt voorgelegd ter goedkeuring;
- de afzonderlijke fondsen afzonderlijk niet meer dan € 25 miljard beheren; en
- het aanhouden van gescheiden vermogens plaatsvindt voor een periode van maximaal vijf jaar, met de mogelijkheid van een verlenging van maximaal 2 jaar.

De mogelijkheid van verlenging is beperkt tot een verlenging met één jaar indien het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds aantoonbaar in dit jaar alsnog op verantwoorde wijze tot een financieel geheel te komen. Een verlenging met twee jaar is slechts mogelijk indien dit nodig is om het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds alsnog te splitsen. Aldus wordt beoogd tegemoet te komen aan de bezwaren tegen het zonder meer toestaan van afgescheiden vermogens bij verplichtgestelde pensioenfondsen.

2. Voorwaarden en betekenis voorstel voor de praktijk

Tegen de achtergrond van hetgeen in punt 1 aan de orde is gekomen, heeft de Afdeling begrip voor het voorstel om ringfencing bij fusie van bedrijfstakpensioenfondsen onder de genoemde strenge voorwaarden toe te staan.

⁷ Het aanhouden van afgescheiden vermogens binnen een bedrijfstakpensioenfonds maakt het daarnaast, door de mogelijkheid van splitsing en fusie, mogelijk om de «goede risico's» en de «slechte risico's» binnen een (bestaand) bedrijfstakpensioenfonds te scheiden waardoor het solidariteitsgehalte af kan nemen.

⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 117, nr. 38.

⁹ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.5.

¹⁰ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.1.

De Afdeling acht het stellen van deze voorwaarden terecht en noodzakelijk. Dit geldt in het bijzonder voor de beperkte tijd waarvoor ringfencing wordt toegestaan. Deze voorwaarden zijn, gegeven hetgeen de Afdeling hierover eerder heeft overwogen, essentieel in het licht van de handhaving van de verplichtstelling van de gefuseerde bedrijfstakpensioenfondsen. Zij acht het dan ook cruciaal dat streng de hand wordt gehouden aan deze voorwaarden, omdat bij gebreke daarvan het stelsel alsnog zou worden ondermijnd.

Wel merkt de Afdeling op dat de terechte eis dat bij toepassing van de voorgestelde regeling de fondsen binnen vijf jaar dusdanig naar elkaar toegroeien dat de ringfencing op verantwoorde wijze kan worden opgeheven, er toe leidt dat de fusie in feite een voorwaardelijk karakter krijgt. Daarbij wijst de Afdeling op de risico's die ontstaan wanneer een fusie plaatsvindt vooruitlopend op de (soms forse) maatregelen die nodig zijn om de betrokken fondsen naar elkaar toe te laten groeien.¹¹ Indien dit niet lukt, zal nadien alsnog moeten worden gesplitst, zodat in dat geval per saldo veel kosten worden gemaakt zonder resultaat. Gelet hierop lijkt het in de rede te liggen dat een pensioenfonds er in de praktijk uit voorzorg voor zal kiezen om de daarvoor benodigde maatregelen voorafgaand aan een fusie te treffen en niet te veel risico zal nemen dat die maatregelen later niet succesvol zullen kunnen worden doorgevoerd.¹²

Dit roept de vraag op of het voorstel voor de praktijk van grote betekenis zal zijn voor het oplossen van de in de toelichting geschetste schaalproblemen waar verschillende pensioenfondsen mee kampen.¹³ In dit licht bezien zou alsnog kunnen worden overwogen nader onderzoek te doen naar de mogelijkheden van het alternatief om de organisatie van de solidariteit op regelingniveau in beeld te brengen.¹⁴

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan.

Het kabinet is de Afdeling advisering van de Raad van State erkentelijk voor haar advies. Ondanks de implicaties rond de betekenis van het voorstel in de praktijk, bevestigt ook de afdeling Advisering het belang van de opgenomen waarborgen en randvoorwaarden voor de taakafbakening en juridische houdbaarheid van de verplichtstelling.

Het kabinet hecht aan zowel de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling als aan de werkbaarheid van het tijdelijk aanhouden van afgescheiden vermogens voor fuserende verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en heeft getracht in het voorliggende wetsvoorstel tot een balans te komen.

Het kabinet is met de Afdeling van mening dat streng de hand moet worden gehouden aan de in het wetsvoorstel opgenomen waarborgen en randvoorwaarden. Naar aanleiding van de onderzoeksrapporten naar vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen concludeert het kabinet dat tevens de domeinafbakening versterkt dient te

¹¹ Verschillen in dekkingsgraad vergen vaak pijnlijke maatregelen. Verschillen in samenstelling zijn nog lastiger te overbruggen.

¹² Daarbij kan in voorkomend geval gebruik worden gemaakt van de onlangs geïntroduceerde mogelijkheid om bij een fusie een toeslagendepot in te stellen.

¹³ Het betreft een klein aantal pensioenfondsen (Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.2).

¹⁴ Zie in dit verband ook SEO, Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds, december 2015.

worden, bijvoorbeeld door een meer systematische toepassing van de eisen omtrent de samenhang.

Het kabinet is het eveneens eens met de door de Afdeling gedane suggestie om – naast het voorliggende wetsvoorstel – sociale partners nog een extra alternatief te bieden door verplichtstelling aan de regeling mogelijk te maken. Het kabinet acht dit een interessante en nuttige optie voor de middellange termijn.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
J. Klijnsma