



Advies Raad van State inzake 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)

Nader Rapport

29 september 2017

Nader rapport inzake 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)

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.

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 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.

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.*



Advies Raad van State

No.W12.17.0231/III
's-Gravenhage, 14 september 2017

Aan de Koning

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

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.¹ 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.² 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.³

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.⁴ Gelet op de juridische risico's die volgens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan dit amendement kleefden,⁵ 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

¹ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2. en 1.3.

² Artikel 123, eerste lid, Pensioenwet.

³ Artikel 15a Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

⁴ Het amendement Ladders-Vermeij (Kamerstukken II 2015/16, 34 117, nr. 17).

⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34 117, nr. 35.



wordt vorm gegeven, maar op dat van de afgescheiden collectiviteitskring. Indien verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen fuseren, verandert de solidariteit op het niveau van de regeling in beginsel niet.⁶ 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.⁷ 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.⁸

b. Inhoud voorstel

De toelichting vermeldt dat het voorliggende voorstel de intentie van het amendement Ladders-Vermeij tot uitgangspunt heeft genomen. Het wordt van belang geacht dat verschillen in dekkinggraden geen belemmering vormen voor bedrijfstakpensioenfondsen om te fuseren.⁹ 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 verplichtgestelde 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.

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.¹⁰ 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

⁶ 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.

⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 117, nr. 38.

⁸ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.5.

⁹ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.1.

¹⁰ Verschillen in dekkinggraad vergen vaak pijnlijke maatregelen. Verschillen in samenstelling zijn nog lastiger te overbruggen.



een fusie te treffen en niet te veel risico zal nemen dat die maatregelen later niet succesvol zullen kunnen worden doorgevoerd.¹¹

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.¹² 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.¹³

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

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 vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.*

¹¹ Daarbij kan in voorkomend geval gebruik worden gemaakt van de onlangs geïntroduceerde mogelijkheid om bij een fusie een toeslagendepot in te stellen.

¹² Het betreft een klein aantal pensioenfondsen (Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.2).

¹³ Zie in dit verband ook SEO, Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds, december 2015.



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: 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)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is te regelen dat fuserende verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen tijdelijk afgescheiden vermogens kunnen aanhouden en dat pensioenfondsen de instemming van de toezichthouder nodig hebben voor fusie of splitsing;

Zo is het dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Pensioenwet wordt als volgt gewijzigd:

A

In paragraaf 5.1 wordt na artikel 114 een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 114a. Fusie of splitsing

1. Een pensioenfonds dat over wil gaan tot fusie of splitsing, behoeft daarvoor de voorafgaande instemming van de toezichthouder. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die voornemens zijn te fuseren en die na de fusie als verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds tijdelijk afgescheiden vermogens willen aanhouden als bedoeld in artikel 123a, behoeven daarvoor de voorafgaande instemming van de toezichthouder.
2. Aan de instemming kunnen voorschriften worden verbonden met het oog op de belangen die deze wet beoogt te beschermen.
3. De aanvraag van instemming, bedoeld in het eerste lid, geschiedt onder opgave van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens.
4. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen als bedoeld in het eerste lid, tweede zin, dienen naast de gegevens, bedoeld in het derde lid, bij de toezichthouder een fusieplan in dat is vastgesteld in overeenstemming met het georganiseerde bedrijfsleven dat de verplichtstellingen voor de bedrijfstakpensioenfondsen die willen fuseren heeft aangevraagd.
5. In het fusieplan, bedoeld in het vierde lid, staat in ieder geval een:
 - a. motivering voor het aangaan van de fusie en de noodzaak tot het tijdelijk aanhouden van afgescheiden vermogens;
 - b. onderbouwing van de samenhang tussen de bedrijfstakken van de fuserende verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen;
 - c. toelichting op en onderbouwing van de wijze waarop in maximaal vijf jaar wordt overgegaan tot een financieel geheel; en
 - d. beschrijving van de bedrijfsvoering van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds na de fusie en beschrijving van de wijze waarop wordt gesplitst in maximaal twee jaar indien overgang naar een financieel geheel niet slaagt.
6. Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat tijdelijk afgescheiden vermogens aanhoudt als bedoeld in artikel 123a, heeft na de fusie een verplichtgestelde werkingssfeer en, indien van toepassing, een vrijwillige werkingssfeer die gelijk zijn aan de verplichtgestelde werkingssferen en de vrijwillige werkingssferen van de gefuseerde bedrijfstakpensioenfondsen.
7. De toezichthouder stemt in, tenzij het pensioenfonds niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald of de toezichthouder van oordeel is dat de belangen van de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden of pensioengerechtigden onvoldoende zijn gewaarborgd.



8. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over dit artikel over onder meer de procedure en het fusieplan.

B

Na artikel 123 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 123a. Fusie verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

1. In afwijking van artikel 123, eerste lid, kan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, dat is ontstaan door fusie van maximaal vijf verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met ieder een beheerd vermogen van niet meer dan € 25 miljard en met samenhangende bedrijfstakken, tijdelijk, voor een periode van maximaal vijf jaar, een afgescheiden vermogen aanhouden voor iedere vermogenskring indien dit noodzakelijk is ter overbrugging van verschillen in dekkingsgraad.
2. De werkingssfeer van een vermogenskring als bedoeld in het eerste lid, betreft de pensioenregelingen die voor de fusie waren ondergebracht bij een of bij een aantal van de maximaal vijf bij de fusie betrokken, verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.
3. De toezichthouder kan op aanvraag van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, gedaan in overeenstemming met het georganiseerde bedrijfsleven dat de verplichtstelling voor het bedrijfstakpensioenfonds heeft aangevraagd, de periode van vijf jaar, bedoeld in het eerste lid, eenmaal verlengen indien het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds aantoonbaar is in de periode van vijf jaar niet op verantwoorde wijze tot een financieel geheel te kunnen komen. De verlenging kan worden verleend voor maximaal:
 - a. een jaar, indien het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds aantoonbaar is in dit jaar alsnog op verantwoorde wijze tot een financieel geheel te komen; of
 - b. twee jaar, indien dit nodig is om het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds te splitsen.
4. Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat afgescheiden vermogens aanhoudt beschikt over voldoende fusievermogen.
5. Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat afgescheiden vermogens aanhoudt kan alleen een uitvoeringsovereenkomst sluiten met een werkgever die onder de niet verplichtgestelde werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, indien ten aanzien van deze werkgever wordt voldaan aan de criteria, bedoeld in artikel 121, onderdeel a, b of c.
6. Zolang een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds afgescheiden vermogens aanhoudt is hetgeen is bepaald bij of krachtens:
 - a. de artikelen 25, eerste lid, onderdeel j en k, 28, derde lid, en 125a, van overeenkomstige toepassing op ieder afgescheiden vermogen;
 - b. de artikelen 63b, vijfde lid, laatste zin, 80, tweede lid, laatste zin, 115, eerste, tweede, derde, zesde, achtste en negende lid, 115b, eerste, tweede en derde lid, 123, tweede, derde, vierde en vijfde lid, van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat voor collectiviteitskring vermogenskring wordt gelezen; en
 - c. artikel 146, tweede lid, van overeenkomstige toepassing.
7. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over dit artikel die onder meer betrekking hebben op de aanvraag voor de verlenging en het fusievermogen.

C

Artikel 125a wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding '1.' geplaatst.
2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
 2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot dit artikel.

D

In artikel 176, eerste lid, wordt '113, 115' vervangen door '113, 114a, 115' en wordt '120, eerste tot en met derde lid, 125' vervangen door '120, eerste tot en met derde lid, 123a, 125.



ARTIKEL II

De Wet verplichte beroepspensioenregeling wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 4a, negende lid, wordt 'met betrekking tot de kosten' vervangen door: met betrekking tot dit artikel over onder meer de kosten.

B

Na artikel 113a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 113b. Fusie of splitsing

1. Een beroepspensioenfonds dat over wil gaan tot fusie of splitsing, heeft daarvoor de voorafgaande instemming van de toezichthouder.
2. Aan de instemming kunnen voorschriften worden verbonden met het oog op de belangen die deze wet beoogt te beschermen.
3. De aanvraag van instemming, bedoeld in het eerste lid, geschiedt onder opgave van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens.
4. De toezichthouder stemt in, tenzij het beroepspensioenfonds niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald of de toezichthouder van oordeel is dat de belangen van de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden of pensioengerechtigden onvoldoende zijn gewaarborgd.
5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over dit artikel over onder meer de procedure.

C

In artikel 171, eerste lid, wordt '113, 114' vervangen door: 113, 113b, 114.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking met ingang van een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet fuserende bedrijfstakpensioenfondsen.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,