

No.W12.09.0118/III

's-Gravenhage, 3 juli 2009

Bij Kabinetsmissive van 14 april 2009, no.09.001017, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijzigingen van de Pensioenwet in verband met het uitbreiden van de werkingssfeer voor ondernemingspensioenfondsen, met memorie van toelichting.

Het voorstel introduceert de mogelijkheid om ondernemingspensioenfondsen samen te voegen tot een zgn. Multi-opf. Het wetsvoorstel beoogt daarmee een oplossing te geven voor de hoge bestuurslasten waarmee met name kleinere ondernemingspensioenfondsen worden geconfronteerd. Zoals in de brief waarmee om spoedbehandeling is verzocht is vermeld, worden de pensioenfondsen ook met andere grote problemen geconfronteerd ten gevolge van de kredietcrisis. Het wetsvoorstel biedt geen soelaas voor de financiële problemen als zodanig, maar moet in ieder geval uitzicht bieden op een oplossing van de bestuurlijke en organisatorische problematiek door de voorgestelde mogelijkheid van samenvoeging, aldus de brief.

De Raad van State onderkent dat aanpak van de gesignaleerde knelpunten op bestuurlijk en organisatorisch niveau wenselijk is. De Raad meent echter dat dit op eenvoudiger wijze kan worden bereikt met gebruikmaking en zo nodig aanvulling van de huidige wettelijke mogelijkheden.

Alvorens in paragraaf 3 hierop nader in te gaan, maakt de Raad enkele opmerkingen over de aanleiding voor het wetsvoorstel en de inpassing in de vigerende pensioensystematiek.

In paragraaf 4 besteedt de Raad aandacht aan het voorstel tot samengaan van twee of meer ondernemingspensioenfondsen in een Multi-opf. Daarbij wordt de mogelijkheid geboden om de pensioenvermogens van de betrokken ondernemingspensioenfondsen te laten samenvloeien. De belangen van de deelnemers kunnen daardoor in het gedrang komen. Daarnaast ziet de Raad een aantal technische complicaties bij de vorming van een Multi-opf. Het voorstel doorbreekt de systematiek van de bestaande Pensioenwet. De Raad acht het daarom van belang dat in het voorstel een evaluatiebepaling wordt opgenomen.

De Raad van State is van oordeel dat het voorstel nader dient te worden overwogen.

1. Aanleiding voor het wetsvoorstel

In de afgelopen periode zijn verschillende, voornamelijk kleinere ondernemingspensioenfondsen geliquideerd. Voor een deel werd dit veroorzaakt doordat voor met name kleinere ondernemingspensioenfondsen de bestuurslasten te groot zijn in verhouding tot hun omvang. Het gaat daarbij om de eisen waaraan bestuurders moeten voldoen wat betreft deskundigheid, waarborging goed bestuur, informatieverstrekking en dergelijke. Daar komt bij dat ook de overige uitvoeringslasten bij kleinere pensioenfondsen, per deelnemer relatief hoog zijn.¹

Zoals in de toelichting is aangegeven, zijn binnen het bestaande wettelijke kader schaalvoordelen te behalen door samenwerking tussen ondernemingpensioenfondsen. Het betreft onder andere het gezamenlijk beheren van beleggingen en het gezamenlijk

¹ Zie in dit verband Bikker / De Dreu, efficiëntie van pensioenfondsen, ESB 22 september 2006, blz. 459. Hieruit wordt duidelijk dat met name bij de allerkleinste fondsen de kosten zeer hoog zijn. Ook blijkt dat bedrijfstakpensioenfondsen in het algemeen efficiënter (goedkoper) zijn dan ondernemingspensioenfondsen. Zie ook rapport PWC: kosten en baten van ondernemingspensioenfondsen, 8 november 2007, in opdracht van OPF.

organiseren van kennis en deskundigheid, bijvoorbeeld via personele unies op bestuursniveau. Volgens de toelichting zijn deze vormen van samenwerking echter ontoereikend om te voldoen aan de eisen die met betrekking tot het samenhangend geheel van bestuur, medezeggenschap en pension fund governance aan binnenlandse ondernemingspensioenfondsen worden gesteld.² Het samengaan van verschillende ondernemingspensioenfondsen in een Multi-opf wordt dan gezien als oplossing om ondanks deze toename van eisen (en kosten), in staat te blijven de pensioenregeling "voor en door" de werkgever en werknemers uit te blijven voeren. Het voorstel strekt daartoe.

De toelichting vermeldt ook dat het wetsvoorstel onderdeel is van de gefaseerde aanpak voor de introductie van de Algemene Pensioeninstelling. In het midden blijft echter welk verband er is tussen de introductie van de Algemene Pensioeninstelling en de vorming van een Multi-opf, die met het voorstel mogelijk wordt gemaakt.

Voorts wijst de Raad op een brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal³, die is verschenen nadat het voorstel van wet aan de Raad voor advies was voorgelegd. Daarin vermeldt de minister dat hij voornemens is te komen tot een stroomlijning van de huidige structuur ten aanzien van het bestuur en de medezeggenschap van pensioenfondsen. Een en ander zal na de zomer nader worden uitgewerkt. In dezelfde brief⁴ wordt ingegaan op enkele mogelijk nadelige aspecten die zijn verbonden aan toenemende uitbesteding van activiteiten door pensioenfondsen. Dit roept volgens de minister de vraag op of de fondsbesturen voldoende zicht hebben op de risico's die zij lopen en of zij in staat zijn hun verantwoordelijkheid voor het beleid waar te maken, alsmede of zij in staat zijn voldoende effectief toezicht te houden. Ook dit aspect wordt volgens de brief in de komende periode nader bezien.

De Raad acht het niet onaannemelijk dat de voorgenomen stroomlijning van de structuur tegemoetkomt aan de problematiek van (de kleinere) ondernemingspensioenfondsen. Daarmee dringt zich de vraag op hoe het voorstel zich verhoudt tot de voornemens in de genoemde brief.

De Raad adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan.

2. Uitgangspunten pensioenwetgeving

Aan pensioenfondsen (ondernemings- en bedrijfstakpensioenfondsen) stelt de Pensioenwet (Pw) bijzondere wettelijke eisen, naast de algemene regels die ingevolge de Pw gelden voor pensioenuitvoerders (pensioenfondsen en pensioenverzekeraars). Hiervan zijn het verbod op ringfencing⁵, paritair bestuur, de taakafbakening en het bijzondere financiële toetsingskader de belangrijkste. Dit hangt samen met het veelal verplichte karakter van deelneming en aansluiting als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Het gaat om het verzorgen van de oudedagsvoorziening van de deelnemers door werkgever en werknemers gezamenlijk. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de wijze van benoeming van bestuurders van een

² Afgaande op de toelichting betreft het hier voornamelijk de voorwaarden en beperkingen die gelden ingevolge artikel 34 Pw, waar het gaat om het uitbesteden van activiteiten door een pensioenuitvoerder, en met name de eisen die ingevolge artikel 105 Pw ten aanzien van beleid, deskundigheid en betrouwbaarheid van bestuurders van pensioenfondsen worden gesteld, alsmede de waarborging van goed bestuur ingevolge artikel 33 Pw.

³ Brief van 25 mei 2009, Kamerstukken 2008/09, 30 413, nr. 127.

⁴ Kamerstukken 2008/09, 30 413, nr. 127, blz. 6.

⁵ Onder ringfencing wordt in dit verband verstaan het binnen het Multi-opf gescheiden houden van de pensioenvermogens voor elk van de desbetreffende pensioenregelingen.

ondernemingspensioenfondsen (werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers). Kenmerkend voor het ondernemingspensioenfondsen is de directe band tussen het fonds en de onderneming alsook de zeggenschap van de rechtstreeks bij het ondernemingspensioenfondsen betrokken partijen. Bij bedrijfstakpensioenfondsen is de afstand tot de individuele ondernemingen en werknemers groter, zoals te zien is aan de benoemingsvoorwaarden (uit de werknemers- en werkgeversverenigingen).

Het voorgestelde Multi-opf vertoont op dit punt kenmerken van een bedrijfstakpensioenfondsen, nu zowel de onderneming als de deelnemers op afstand worden geplaatst. Er is nog wel sprake van rechtstreekse vertegenwoordiging vanuit de onderneming in het bestuur van het Multi-opf, maar het gaat slechts om een gedeelde beslissingsbevoegdheid, omdat er meer dan één onderneming is betrokken. Tegen deze achtergrond rijst de vraag waarom voor het Multi-opf andere voorwaarden zouden moeten gelden dan voor bedrijfstakpensioenfondsen.⁶

Er zijn ook overigens verschillen tussen het Multi-opf en een bedrijfstakpensioenfondsen. Een bedrijfstakpensioenfondsen is in beginsel gebonden aan de bedrijfstak (in ieder geval is de mogelijkheid van verplichtstelling beperkt tot een bepaalde bedrijfstak), terwijl voor het Multi-opf deze beperking niet geldt: ondernemingen van verschillende disciplines kunnen samengaan in een Multi-opf. Voor alle bedrijfstakpensioenfondsen geldt momenteel een wettelijk verbod op ringfencing. Bij een Multi-opf kunnen partijen zelf op basis van een overeenkomst bepalen of de vermogens van de ondernemingspensioenfondsen die samengaan in een Multi-opf, afzonderlijk beheerd worden (ringfencing), of dat die vermogens samengaan in één vermogen. De toelichting schiet naar het oordeel van de Raad tekort in een toereikende motivering voor de voorgestelde afwijkingen van de uitgangspunten van de pensioenwetgeving, alsmede voor de verschillen tussen de regels die gelden voor bedrijfstakpensioenfondsen en het Multi-opf.

Gelet op het vorenstaande acht de Raad verduidelijking van de plaats van het Multi-opf ten opzichte van enerzijds het ondernemingspensioenfondsen en anderzijds het bedrijfstakpensioenfondsen nodig. De Raad adviseert hierin in de toelichting alsnog te voorzien, en het voorstel zo nodig aan te passen.

3. Samenwerking

Blijkens de toelichting is het oogmerk van het voorstel vooral gelegen in de wens om tot schaalvergroting te komen, om zo te kunnen voldoen aan de eisen die aan het bestuur worden gesteld en daardoor de (bestuurlijke) lasten te verminderen, en niet zozeer om te komen tot integratie van pensioenvermogens van verschillende ondernemingspensioenfondsen. Dan ligt het volgens de Raad allereerst in de rede om te onderzoeken hoe de thans al bestaande wettelijke mogelijkheden tot samenwerking en eventueel integratie van de besturen en de uitvoeringsorganisaties van de afzonderlijke ondernemingspensioenfondsen optimaal kunnen worden benut, en om zo nodig te bezien hoe deze verder kunnen worden verruimd.

In de toelichting wordt geconstateerd dat samenwerking tussen ondernemingspensioenfondsen tekortschiet voor de oplossing van de gesignaleerde knelpunten. Die stelling wordt echter niet onderbouwd. Er wordt verder geen aandacht besteed aan de vraag waarom verruiming van de bestaande wettelijke mogelijkheden tot samenwerking (en uitbesteding) ontoereikend is, zodat moet worden gegrepen naar het zwaardere middel van het samengaan van ondernemingspensioenfondsen. De

⁶ Voor beide vormen van pensioenfondsen geldt dat sprake is van zeggenschap op afstand, maar de wijze waarop daaraan vorm is gegeven, verschilt aanzienlijk.

Raad wijst in dit verband nog op de reeds genoemde brief, waarin wordt aangekondigd dat onderzoek wordt gedaan naar de stroomlijning van de huidige structuur van het bestuur en de medezeggenschap van pensioenfondsen, alsmede naar aspecten van uitbesteding.⁷

De Raad adviseert in de toelichting nader in te gaan op de mogelijkheden tot samenwerking en op eventuele verruiming van die mogelijkheden, en daarbij tevens de onlangs aangekondigde initiatieven met betrekking tot de regels inzake het bestuur van pensioenfondsen te betrekken, en zo nodig het voorstel in dit perspectief nader te overwegen.

4. Samengaan

Met het wetsvoorstel wordt gekozen voor een oplossing die verder gaat dan samenwerking of verruiming van de mogelijkheden daartoe, namelijk samengaan. Op dat voorstel gaat de Raad hierna in.

Het voorstel maakt verschillende varianten bij de vorming van een Multi-opf mogelijk: het samengaan van de vermogens van de verschillende betrokken pensioenvermogens tot één gezamenlijk pensioenvermogen met één pensioenregeling, het samengaan in één gezamenlijk pensioenvermogen met behoud van de verschillende pensioenregelingen, en het binnen het Multi-opf gescheiden houden van de afzonderlijke pensioenvermogens (ringfencing) en behoud van de bestaande pensioenregelingen.

De Raad wijst in dit verband op het volgende.

a. *Bestuur*

Omvang bestuur

De knelpunten waarvoor het wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden, zijn het grootst bij de kleinere ondernemingspensioenfondsen. De mogelijkheid om samen te gaan in een Multi-opf moet daarom vooral voor deze ondernemingspensioenfondsen uitkomst bieden. De schaalvoordelen lijken eerst te kunnen worden gerealiseerd indien verschillende kleinere ondernemingspensioenfondsen samengaan. Voor het samengaan van een groter aantal ondernemingspensioenfondsen lijkt het voorstel echter minder geschikt. Het voorstel schrijft voor dat in het bestuur van het Multi-opf uit elke deelnemende onderneming ten minste één werkgeversvertegenwoordiger en één werknemersvertegenwoordiger moeten worden benoemd (artikel 99, vierde lid, Pw). Bij een groter aantal deelnemende fondsen betekent dit voorschrift, dat een nagenoeg onwerkbaar situatie kan ontstaan. Daar komt bij dat in zo'n geval voor de betrokken ondernemingen en deelnemers sterke verwatering van hun zeggenschap in het Multi-opf (en over hun aandeel daarin) het gevolg zal zijn. De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en waar nodig het voorstel aan te passen.

Medezeggenschap

Voorts merkt de Raad op dat het voorstel geen regels bevat voor de wijze waarop in een Multi-opf de medezeggenschap en de vertegenwoordiging van pensioengerechtigden in het bestuur worden georganiseerd. De desbetreffende bepalingen in de Pw zijn niet zonder meer toepasbaar op het Multi-opf. Zo is het de vraag of deze bepalingen per deelnemende onderneming moeten worden toegepast of juist voor het gehele Multi-opf. Het eerste ligt in het bijzonder voor de hand indien sprake is van

⁷ Brief van 25 mei 2009, Kamerstukken 2008/09, 30 413, nr. 127.

ringfencing van de onderscheiden pensioenvermogens. Het voorstel is hierin niet duidelijk. Met het oog op de positie van de deelnemers acht de Raad het nodig dat de wet die duidelijkheid verschaft.

Rol bestuurders

Indien gebruik wordt gemaakt van de optie om over te gaan tot ringfencing van de verschillende pensioenvermogens, merkt de Raad op dat op bestuurlijk niveau geen ringfencing plaatsvindt: het gehele bestuur is verantwoordelijk voor het Multi-opf en voor de daarin afgezonderde pensioenvermogens. De werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers van elk van de deelnemende ondernemingen raken daardoor in belangrijke mate hun zeggenschap over hun eigen afgeschermd pensioenvermogen kwijt. Daarvoor in de plaats delen zij wel in de zeggenschap over andere (afgeschermd) pensioenvermogens, maar hun belang daarbij is minimaal: zij hebben daarmee immers geen andere betrokkenheid dan dat ook deze andere pensioenvermogens zijn ondergebracht in hetzelfde Multi-opf.

Indien daarentegen ringfencing achterwege wordt gelaten, kan dit tot spanning leiden, bijvoorbeeld bij bestuurders. Bij het Multi-opf is het bijzondere dat bestuurders niet alle betrokken werkgevers of werknemers vertegenwoordigen, maar slechts die van de oorspronkelijke ondernemingspensioenfondsen (elk gerelateerd aan een bepaalde onderneming) die zijn samengegaan in het Multi-opf. Dat kan leiden tot belangenconflicten, bijvoorbeeld wanneer een herstelplan moet worden opgesteld bij een Multi-opf waarin "grijze" en "groene" ondernemingen zijn samengegaan. Het voorstel biedt geen houvast hoe het bestuur dient te handelen bij dergelijke belangenconflicten. Ook biedt artikel 105, tweede lid, Pw voor dergelijke belangenconflicten weinig houvast.

b. *Pensioenvermogen*

Artikel 123 Pw bepaalt thans dat indien een pensioenfonds meerdere pensioenregelingen uitvoert, deze pensioenregelingen financieel één geheel vormen. Het aanhouden van afgescheiden pensioenvermogens voor verschillende pensioenregelingen (ringfencing) is daardoor niet toegestaan. Dat dit kan leiden tot kruis-subsidies, is bij de totstandkoming van die bepaling onderkend.⁸

In het voorstel wordt van deze bepaling afgeweken doordat zowel ringfencing als het achterwege laten daarvan worden toegelaten en het aan partijen zelf wordt overgelaten dienaangaande een keuze te maken.

In de toelichting (paragraaf 1, laatste alinea) is aangegeven dat de wens om ondernemingspensioenfondsen samen te voegen niet zozeer is ingegeven door de behoefte om financiële risico's te delen en dat dit betekent dat men doorgaans niet de regelingen zal willen laten samengaan. Daarbij wijst de toelichting op het arbeidsvoorwaardelijke karakter van tweede pijler (aanvullende) pensioenen: werkgever en werknemers bepalen de collectiviteit waarvoor de regeling geldt en de mate van solidariteit binnen die collectiviteit. Vanuit die optiek ligt het niet voor de hand dat in de praktijk verschillende ondernemingen met hun eigen regelingen onderling solidair zijn. Uitgangspunt in de toelichting lijkt derhalve te zijn dat er (vrijwel) altijd sprake zal zijn van ringfencing. Dit in tegenstelling tot de voorgestelde wettekst, die ringfencing als optie mogelijk maakt.

De Raad onderschrijft de in de toelichting gegeven motivering dat ringfencing uitgangspunt dient te zijn bij de samenvoeging van ondernemingspensioenfondsen in

⁸ Zie de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Pw (Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, blz. 252).

een Multi-opf. Aan de vorming van een Multi-opf zonder ringfencing zijn naar het oordeel van de Raad risico's verbonden voor de deelnemers, als gevolg van verschillen in uitgangspositie van de ondernemingspensioenfondsen bij de inbreng in het Multi-opf, bijvoorbeeld door verschillen in vermogensposities of verschillen in deelnemersbestand ("groen" (d.w.z. met relatief veel jongere deelnemers) of "grijs" (met relatief veel oudere deelnemers)).⁹ De onderlinge solidariteit van de deelnemers wordt in het Multi-opf daardoor van een andere aard dan in een afzonderlijk ondernemingspensioenfonds. Ook kan de financiële positie van de betreffende ondernemingspensioenfondsen aanleiding zijn om bij de vorming van het Multi-opf de nieuwe gezamenlijke pensioenregeling daarop af te stemmen. De door de financiële crisis ontstane slechte situatie van veel pensioenfondsen kan daartoe aanleiding vormen. Gelet op het vorenstaande is het de Raad niet duidelijk waarom het voorstel aan de werkgevers de keuze laat in de overeenkomst te bepalen of er sprake zal zijn van ringfencing of niet. Mede gelet op de hiervoor weergegeven consequenties van die keuze adviseert de Raad het voorstel in overeenstemming te brengen met de uitgangspunten in de toelichting en derhalve ook voor het Multi-opf ringfencing wettelijk tot uitgangspunt te nemen.

c. *Toe- en uittrekking*

Uit de toelichting wordt niet duidelijk welke stappen gezet zullen moeten worden om te komen tot samenvoeging van verschillende ondernemingspensioenfondsen in één Multi-opf. De beantwoording van deze vraag is in het bijzonder afhankelijk van de (juridische) vormgeving van de bestaande ondernemingspensioenfondsen, het te vormen Multi-opf, de inhoud en vormgeving van de desbetreffende uitvoeringsovereenkomsten en pensioenovereenkomsten, alsmede van de keuzes die ten aanzien van de pensioenregelingen en ringfencing worden gemaakt. Dit betekent ook dat de rol en de positie van de verschillende betrokkenen in het proces om te komen tot een Multi-opf van geval tot geval zullen verschillen. De Raad acht dit niet wenselijk, in het bijzonder gelet op de aanmerkelijke gevolgen die de vorming van een Multi-opf kan hebben voor de deelnemers. De Raad adviseert daarom te voorzien in een uniforme procedure, die voor de verschillende betrokken partijen met voldoende waarborgen is omkleed.

In het verlengde hiervan merkt de Raad op dat niet duidelijk is welke procedures moeten worden gevolgd indien de betrokkenen bij een specifieke onderneming besluiten om uit een Multi-opf te treden en hetzij met een eigen ondernemingspensioenfonds verder te gaan, hetzij de pensioenregeling onder te brengen bij een bedrijfstakpensioenfonds of een pensioenverzekeraar.

De Raad adviseert het voorstel ook op dit punt aan te vullen.

5. Evaluatie

In het advies van de Stichting van de Arbeid is gepleit om na een periode van 5 jaar de regelgeving inzake het Multi-opf te evalueren op basis van de opgedane ervaringen. In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat ook de regering het zinvol en wenselijk acht om na een periode van circa 5 jaar de wet te evalueren. Het voorstel

⁹ Een vraag die in dit verband nog opkomt (ook DNB wijst hierop) is hoe in een Multi-opf waarin is gekozen voor ringfencing, voorkomen kan worden dat naderhand wordt besloten tot opheffing van de ringfencing. Dit kan aanzienlijke gevolgen hebben voor de individuele deelnemers, terwijl hun invloed door de deelname aan het Multi-opf is verwaterd. M.a.w. door de keuze voor deelname aan een Multi-opf kan een gunstige uitgangspositie van een ondernemingspensioenfonds door verwatering van invloed en samenvoeging met ondernemingspensioenfondsen met een minder gunstige positie, worden uitgehouden.

bevat echter geen evaluatiebepaling. De Raad adviseert in het voorstel een bepaling op te nemen over evaluatie en de termijn waarbinnen deze zal plaatsvinden.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State,