

Transitie onder het nieuwe pensioencontract: overschrijding van de Europeesrechtelijke grens?

TPV 2020/48

1. Introductie

Aan de Europeesrechtelijke houdbaarheid van grensoverschrijdende (collectieve) waardeoverdrachten zijn inmiddels aardig wat artikelen² gewijd. Ook heeft het de speciale aandacht van de Europese Commissie en het EU Hof van Justitie. Wat is er aan de hand en waarom wordt er zo veel over de Nederlandse regeling gedebatteerd? Deze discussie is zeer relevant voor het nieuwe pensioenakkoord. Immers het 'invaren' van oude pensioenrechten lijkt via hetzelfde artikel van de Pensioenwet te verlopen als de collectieve waardeoverdracht ("cwo").³

2. Grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten onder IORP II en artikel 83 PW

De Europese richtlijn betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen, zoals herzien per 2017 ("IORP II-richtlijn"),⁴ is met ingang van 13 januari 2019 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving.⁵ Het doel van de IORP II-richtlijn⁶ is het bevorderen van de verdere ontwikkeling van tweedepijlerpensioenen in de Europese Unie. Daartoe is onder meer een procedure met betrekking tot grensoverschrijdende cwo opgenomen.

Artikel 12 van de IORP II-richtlijn voorziet in een regeling voor grensoverschrijdende cwo. De daarin opgenomen spelregels moeten leiden tot een gelijk spelveld tussen de aanbieders van pensioenen en meer duidelijkheid en bescherming voor de bij de grensoverschrijdende cwo betrokken belanghebbenden in alle lidstaten.

In het derde lid van artikel 12 IORP II-richtlijn is bepaald dat de overdracht van tevoren moet worden goedgekeurd

door de *meerderheid* van de betrokken deelnemers en pensioengerechtigden, of hun vertegenwoordigers.

De Nederlandse Pensioenwet ("PW") voorziet in twee vormen van binnenlandse cwo. Het gaat hier om de cwo op grond van artikel 83 PW (de cwo op verzoek van de werkgever) en de cwo op grond van artikel 84 PW (de cwo bij liquidatie van de pensioenuitvoerder).⁷ Voor een waardeoverdracht op verzoek van de werkgever geldt onder andere de eis dat de betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden moeten worden geïnformeerd over de voorgenomen cwo en desgevraagd geen bezwaren hebben geuit (instemmingsrecht). Deze voorwaarde geldt niet indien artikel 84 PW van toepassing is, aangezien het niet mogelijk is dat bij een liquidatie van een pensioenfonds aanspraken en rechten achterblijven bij dat pensioenfonds.

In de Nederlandse implementatiewet van IORP II is een vergaande vorm van instemming voor grensoverschrijdende cwo opgenomen, bovenop het bezwaarrecht van belanghebbenden dat reeds deel uitmaakte van het Nederlandse pensioenrecht. Tijdens de parlementaire behandeling van de implementatiewet⁸ is onder meer veelvuldig gesproken over de vraag of de wijze van implementatie van artikel 12 lid 3 IORP II-richtlijn in het Nederlandse nationale recht niet leidt tot een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer op grond van de vrij-verkeersbepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") dan wel tot een ongerechtvaardigd onderscheid naar nationaliteit. Zowel de regering als de Raad van State ("RvS") hebben (herhaaldelijk) te kennen gegeven dat daarvan geen sprake is, niettegenstaande de kritiek van diverse deskundigen.⁹

Ter implementatie van artikel 12 van de IORP II-richtlijn is een nieuw artikel 90a in de Pensioenwet opgenomen. Hiermee wordt de procedure voor grensoverschrijdende cwo verduidelijkt. Artikel 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn is in artikel 90a lid 2 PW neergelegd en bevat het vereiste van een *tweederdemeerderheid* van de deelnemers en gewezen deelnemers en een *tweederdemeerderheid* van de pensioengerechtigden die hebben gereageerd op een daartoe strekkend schriftelijk verzoek tot het voorgenomen besluit.

1 Roland de Greef is advocaat pensioenrecht en redacteur van TPV, Hans van Meerten is hoogleraar Europees pensioenrecht aan de Universiteit van Utrecht en partner bij Westerbrink, Jorik van Zanden is promovendus aan de Universiteit Utrecht en consultant bij Westerbrink.

2 Zie o.a. R.M.J.M. de Greef en M. Grashoff, "Collectieve waardeoverdracht: over de grens?", TPV 2019/4, p. 19-25; H. van Meerten en L. Geerling, "Build that wall. Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende waardeoverdrachten van pensioenregelingen", TRA 2019/2; W. Rutten, "IORP II: het langverwachte wetsvoorstel voor de implementatie", PM 2018/96; M.K.A. van Slagmaat en H. van Meerten, "Implementatie IORP II roept vragen op", P&P 2017/2; R. Veugelers c.s., "Waardeoverdracht op de schop door Europese richtlijn", PM 2017/119.

3 Zie de antwoorden van de regering op de 211 vragen van de Tweede Kamer, met name op vraag 2 en 3.
<https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-sociale-zaken-en-werkgelegenheid/documenten/kamerstukken/2020/07/10/antwoorden-op-kamervragen-over-pensioenakkoord>.

4 IORP II-richtlijn: Richtlijn (EU) 2016/2341.

5 Stb. 2018, 517.

6 Evenals van zijn voorganger, de IORP I-richtlijn (Richtlijn 2003/41/EG).

7 De Wet verplichte beroepspensioenregeling kent een equivalente bepaling in artikel 92, resp. 91 voor artikel 83 PW.

8 "Wijziging van de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op het financieel toezicht in verband met de implementatie van Richtlijn 2016/2341/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV's) (PbEU 2016, L 354)"; Kamerstukken II 2017/18, 34 934).

9 Met name van de zijde van zowel prof. dr. E. Lutjens als prof. dr. mr. H. van Meerten. Zie de bijlagen bij Kamerstukken I 2018/19, 34 934, B.

De eis van een tweederdemeerderheid volgt niet direct uit artikel 12 lid 3 van IORP II. In de IORP II-richtlijn wordt namelijk gesproken over 'een meerderheid' en niet over een 'tweederdemeerderheid'.

Een tweederdemeerderheid zou kunnen betekenen dat *de facto* geen grensoverschrijdende cwo mogelijk is. En dat is in strijd met het uitgangspunt dat de IORP II-richtlijn juist mede ten doel heeft om grensoverschrijdende cwo's te vergemakkelijken en om belemmeringen daartoe weg te nemen.

Er ontstaat een risico dat deelnemers zich ook voor binnenlandse cwo gaan beroepen op de tweederdemeerderheidseis waar dat nu nog niet geldt, omdat nationale en grensoverschrijdende situaties gelijk behandeld moeten worden. Daarnaast blijft dan de voorwaarde van individuele instemming in artikel 83 PW van kracht.

3. Europees recht

Het proces van een *grensoverschrijdende* collectieve waardeoverdracht is wezenlijk anders en ook is de toets – met name door de introductie van de tweederdemeerderheid – zwaarder voor een grensoverschrijdende waardeoverdracht dan voor een nationale – binnenlandse – waardeoverdracht. Bovendien is het zo dat in het geval van grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten ook strengere voorwaarden worden gesteld in het Nederlandse fiscale recht (met name de loonbelasting) dan in de binnenlandse situatie.¹⁰

Bij dit onderscheid kunnen vraagtekens gezet worden. Immers, het non-discriminatiebeginsel, zoals ook is vastgelegd in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: het Handvest), is één van de kernbeginselen van de Europese Unie. Hierbij wordt expliciet het onderscheid op basis van nationaliteit genoemd, waar enkel van af mag worden geweken als een verdragsbepaling dat toestaat. Het Handvest kan onder omstandigheden direct door een burger tegen bijvoorbeeld een pensioenfonds worden ingeroepen, en verschilt daarin van het EVRM.

Binnen de IORP II-richtlijn wordt in artikel 12 bepaald dat voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten toestemming is vereist van een meerderheid van de deelnemers. Hoe deze meerderheid bepaald wordt, wordt overgelaten aan de lidstaten. Een lidstaat mag dus beslissen dat voor waardeoverdrachten een tweederdemeerderheid wordt vereist. Dit laat onverlet dat er geen onderscheid gemaakt mag worden op grond van nationaliteit. Daarbij is ook van belang dat de doelstelling van de IORP-richtlijn nu juist was om grensoverschrijdende pensioenvoorziening, inclusief waardeoverdrachten, te vergemakkelijken. De eis van een tweederdemeerderheid is naar onze mening daarmee

in strijd. Zie daartoe overweging 12 van de IORP II-richtlijn:

"(12) Met name het *vergemakkelijken* van de grensoverschrijdende activiteiten van IBPV's en de grensoverschrijdende overdracht van pensioenregelingen door het verduidelijken van de betreffende procedures en het *wegnemen van onnodige belemmeringen*, kan positieve gevolgen hebben voor de betrokken ondernemingen en hun werknemers, in welke lidstaat zij ook werken, door het centraliseren van het beheer van de pensioendienstverlening." (cursivering: auteurs)

De tweederdemeerderheidseis als opgenomen in artikel 90a in de Pensioenwet lijkt juist in strijd met deze doelstelling, omdat hierdoor een grensoverschrijdende cwo praktisch gezien zeer moeilijk kan worden uitgevoerd.

Naast het algemene non-discriminatiebeginsel uit het Handvest, zijn ook met name het vrij verkeer van diensten, vestiging en kapitaal alsmede de algemene bepalingen van de interne markt van belang. Het stellen van strengere eisen aan grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten dan aan de binnenlandse variant daarvan, kan leiden tot een verhindering van kapitaalstromen naar andere lidstaten, alsmede de onmogelijkheid van dienstverleners om Nederlandse regelingen uit te voeren. Ook bij de vrij-verkeersbepalingen geldt dat er uitzonderingen mogelijk zijn. Hiervoor gelden zeer strikte uitzonderingsgronden onder EU-recht, zoals 'openbare orde'.¹¹

Het bemoeilijken van kapitaalstromen naar andere lidstaten kan overigens ook gevolgen hebben voor het vrij verkeer van werknemers als zij kiezen voor een baan in een andere lidstaat.

Goedkeuringseisen die gelden voor grensoverschrijdende cwo's, maar niet voor binnenlandse cwo's, kunnen een belemmering vormen voor het vrije verkeer. Met name het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal kunnen hier in het geding zijn. Het argument dat de regering ter rechtvaardiging aanvoert voor deze belemmering luidt dat het onderscheid erin is gelegen dat na een grensoverschrijdende cwo een ander prudentieel kader gaat gelden. Dit zou een belangrijke wijziging zijn, die (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden direct kan raken, terwijl bij binnenlandse cwo hetzelfde prudentieel kader van toepassing blijft. Deze argumentatie is naar onze mening niet valide. Immers, ook na de cwo behouden de (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en andere aanspraakgerechtigden dezelfde pensioenaanspraken en -rechten én gelden binnen de EU voor alle lidstaten prudentiële minimumeisen. Daarnaast kan ook bij een binnenlandse cwo het prudentieel kader veranderen, bijvoorbeeld bij een

¹⁰ Hierover is recentelijk een infractieprocedure gestart door de Europese Commissie. Zie het bericht van 14 mei 2020, INF/20/859. Inmiddels heeft de Europese Commissie op 30 oktober 2020 besloten Nederland voor het HvJ te dagen (IP/20/1678). Het fiscale recht maakt daarbij overigens geen onderscheid tussen collectieve of individuele waardeoverdracht.

¹¹ Uitzonderingsgronden als 'een ander prudentieel kader' of 'eenheid van het belastingstelsel' voldoen niet en/of zijn door het EU Hof reeds lang geleden afgewezen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83, HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07. Zie ook M.K.A. van Slagmaat en H. van Meerten, "Implementatie IORP II roept vragen op", *P&P* 2017/2, p. 7.

cwo van een verzekeraar naar een pensioenfonds of andersom. Ook kan een extra drempel voor cwo disproportioneel zijn. Daarvoor zijn diverse redenen te onderkennen: (i) de tweederdemeerderheid komt bovenop de reeds bestaande instemmingsrechten, (ii) DNB heeft als gevolg van de implementatiewet van IORP II extra bevoegdheden gekregen om de pensioenaanspraken en -rechten te beschermen bij een cwo, (iii) er ontstaat een risico dat deelnemers zich ook voor binnenlandse cwo gaan beroepen op de tweederdemeerderheidseis waar dat nu nog niet geldt, omdat nationale en grensoverschrijdende situaties gelijk behandeld moeten worden en (iv) het vestigingsklimaat kan onder deze maatregel verslechteren omdat werkgevers minder vrij zijn in hun keuze in welke lidstaat ze hun pensioenregeling willen laten uitvoeren.

Voorts vormt het onderscheid dat wordt gemaakt tussen grensoverschrijdende en binnenlandse cwo een in beginsel niet toegestaan onderscheid op grond van nationaliteit. Richtlijnen en verordeningen (secundair EU-recht) moeten in overeenstemming zijn met fundamentele grondrechten zoals vastgelegd in het EU-Verdrag. Meerdere secundaire wetgeving die hierop inbreuk maakte, is door het HvJ EU vernietigd.¹²

Uit artikel 21 lid 2 Handvest volgt dat binnen de werkingsfeer van unierechtelijke verdragen iedere vorm van discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Dit grondrecht heeft zogenoemde horizontale werking, waardoor er een direct beroep op gedaan kan worden. Door middel van de implementatie van artikel 12 van de IORP II-richtlijn maakt de Nederlandse regering zoals eerder aangegeven een onderscheid op grond van nationaliteit. Wij zien daarvoor geen rechtvaardiging omdat enerzijds volgens de richtlijn de lidstaten elkaars prudentiële kaders dienen te respecteren en anderzijds het sociale en arbeidsrecht van het woonland van toepassing blijven.

Uit rechtspraak van het HvJ EU, de zaak *Dansk Industri* (HvJ EU 19 april 2016, C-441/14), blijkt dat nationaal recht in overeenstemming met Europees recht dient te worden uitgelegd. De rechter dient dan de nationale bepaling buiten toepassing te laten als die daarmee in strijd is. Dit zou impliceren dat de goedkeuringsrechten als voorgesteld ook van toepassing worden op binnenlandse cwo.¹³ Dat zou bijvoorbeeld tot claims van belanghebbenden kunnen leiden ingeval zij bij liquidatie van hun pensioenfonds niet in de gelegenheid zijn gesteld om in te stemmen met collectieve waardeoverdracht aan een ander Nederlands pensioenfonds.

12 Zie o.a. M.K.A. van Slagmaat en H. van Meerten, "Implementatie IORP II roept vragen op", *P&P* 2017/2, p. 7.

13 Wij verwijzen verder naar de uitspraken HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*), HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci*), HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, zoals hierna behandeld.

4. HvJ EU 24 september 2020, C-223/19

In de recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 24 september 2020¹⁴ is door het EU Hof onder andere bevestigd dat pensioenaanspraken en indexatierechten – onder omstandigheden – eigendomsrechten zijn met een vermogenswaarde die bescherming genieten onder artikel 17 lid 1 Handvest (r.o. 90-93). Bovendien was het sinds het AMS-arrest¹⁵ onduidelijk of artikel 17 Handvest directe horizontale werking had, hetgeen in de zaak C-223/19 nu bevestigend lijkt te zijn beantwoord.¹⁶

In het kort kwam het in de zaak op het volgende neer. YS is een voormalig werknemer van NK, een beursgenoteerde nv. De deelstaat Neder-Oostenrijk heeft een belang van 51% in NK. Sinds 1992 heeft YS een bedrijfspensioenovereenkomst met NK, op basis van een "directe pensioentoezegging", wat in dit geval inhoudt dat de werkgever voorzieningen aanlegt om deze vervolgens uit te keren aan de werknemer op moment van pensionering. Ook werd een onvoorwaardelijke indexatie vastgelegd. Aangezien deze toezeggingen (zeer) hoog waren, nam de Oostenrijkse wetgever een wet aan waar pensioenen aan banden werden gelegd als de staat een zekere mate van zeggenschap had in het bedrijf. In dit geval was dat 51% en werd het pensioen van YS beperkt. Hierop stapte YS naar de rechter.

De rechter besliste hierop vervolgens dat pensioen een eigendomsrecht is, waar enkel onder strikte omstandigheden inbreuk op gemaakt mag worden. Bovendien stelt het Hof in r.o. 78 dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing kunnen vinden in alle situaties die door het Unierecht worden geregeld, waaronder dus ook artikel 12 van de IORP-richtlijn. Artikel 21 van het Handvest verbiedt vervolgens iedere discriminatie op grond van nationaliteit, onverminderd de bijzondere bepalingen die in het Werkingsverdrag zijn opgenomen. Dat het hier gaat om een stringente toets, mag blijken.

YS geeft definitief een bevestiging dat ook voor pensioenen het Handvest gelding heeft. Of zoals het Hof stelt:

"Bovendien moet volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest elke beperking op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld alsook de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen, en moet zij met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Europese Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."¹⁷

Het EU Hof spreekt dus van 'door de Europese Unie erkende doelstellingen van algemeen belang'. Daar valt het

14 HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753.

15 HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

16 H. van Meerten, 'Putting sand in the Dutch Pension 'Clockwork Orange': the YS case', *EU Law Live*, 30 september 2020.

17 HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753, r.o. 88.

non-discriminatiebeginsel (met betrekking tot de vier vrijheden, zoals vrij dienstenverkeer ex artikel 56 VWEU) ook onder en wijkt alleen al in dit opzicht van het EVRM af, nog los van de horizontale werking van het Handvest.¹⁸

Aangezien artikel 83 jo. 90a PW discrimineert, is dat arrest via de band van non-discriminatie zeer relevant voor onderhavige discussie. Het argument dat invaren alleen een interne waardeoverdracht betreft (dat wil zeggen binnen een pensioenfonds), treft overigens om meerdere redenen geen doel. Een interne waardeoverdracht zal inderdaad vaak binnen een pensioenfonds plaatsvinden, maar kan potentieel ook naar een ander fonds, en dus ook potentieel naar een ander EU-fonds plaatsvinden. Prima facie lijkt een interne waardeoverdracht binnen hetzelfde fonds in beginsel niet geraakt te worden door Europees recht: artikel 83 lid 1 onder c) PW lijkt bij invaren van toepassing. Dit artikelid spreekt van 'dezelfde pensioenuitvoerder'. Toch is het EU-recht, te weten specifiek de discriminatie naar nationaliteit, wel degelijk van belang. Hierbij willen wij, ten eerste, wijzen op de (in het EU-recht klassieke) Dassonville-formule. Een *potentiële* nationale belemmering, die het verkeer bemoeilijkt of minder aantrekkelijk maakt, is mogelijk reeds in strijd met het EU-recht.¹⁹ In potentie kan een 'invaar-waardeoverdracht' dus ook naar een ander fonds aan de orde zijn. Voorts, ten tweede, ook de verplichtstelling aan een bedrijfstakpensioenfonds – waar de interne waardeoverdracht in veel gevallen zal plaatsvinden – vormt een directe discriminatie naar nationaliteit. Immers, de verplichtstelling kan alleen aan een Nederlandse stichting plaatsvinden.²⁰ Ook hier: een goede rechtvaardiging lijkt zeer te moeilijk te vinden.²¹

5. Opvattingen van de regering en gezichtspunten in de literatuur

Volgens de regering is er geen sprake van een verboden onderscheid naar nationaliteit of een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer. Volgens de regering heeft artikel 12 van de IORP II-richtlijn specifiek betrekking op een grensoverschrijdende cwo en niet op binnenlandse cwo's. Er is daarom volgens de regering sprake van ongelijke gevallen en dus zijn de vrij-verkeersbepalingen niet relevant. De richtlijn maakt met het stellen van eisen aan uitsluitend de grensoverschrijdende cwo gebruik van de mogelijkheden die het EU-recht biedt om beperkingen te stellen aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Volgens de regering zijn deze beperkingen gerechtvaardigd. Ze zijn gericht op het waarborgen van de naleving van de prudentiële regels door de betrokken pensioeninstellingen en dienen ter bescherming van de belangen van de betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakge-

rechtigden en pensioengerechtigden. Er is aldus de regering geen sprake van verboden onderscheid naar nationaliteit of een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer. Zo dient er om onder de vrijheid van kapitaalverkeer te vallen sprake te zijn van een grensoverschrijdend element. Interne situaties, zoals een binnenlandse cwo, worden niet door de vrijheden geraakt, aldus de regering.²²

De reden om de verzwaarde eis van tweederdemeerderheid in de wet op te nemen was om te garanderen dat er voldoende steun voor de collectieve waardeoverdracht zou bestaan onder de belanghebbenden.²³ Tevens ontkende de regering dat er sprake was van onderscheid naar nationaliteit omdat dit uit de IORP II-richtlijn zelf zou voortvloeien.²⁴ Dat betwijfelen wij sterk. Als rechtvaardiging voor het onderscheid, noemde de regering dat de bepaling in de IORP II-richtlijn enkel ziet op grensoverschrijdende waardeoverdrachten, waardoor het vrije verkeer niet van toepassing zou zijn op binnenlandse situaties. Onzes inziens is deze redenering onjuist in het licht van de grondbeginselen van de EU en de interne markt. Als de IORP II-richtlijn dit onderscheid naar type waardeoverdracht zou toestaan in artikel 12, dan zou dat hoogstwaarschijnlijk inhouden dat de richtlijn zelf onrechtmatig is omdat deze dan in strijd zou zijn met de verdragsbepalingen en het Handvest. Het argument dat de bepalingen omtrent het vrije verkeer alleen van toepassing zouden zijn bij grensoverschrijdende situaties is in direct conflict met staande jurisprudentie van het HvJ EU;²⁵ puur binnenlandse situaties kunnen hier overigens ook onder vallen, mits er een maar een 'grensoverschrijdend element' te ontwaren valt. Dat is al snel het geval.

Binnen de literatuur is ook over de houdbaarheid van de verzwaarde bepaling bij grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht gediscussieerd.²⁶ Prof. Van Meerten en prof. Lutjens hebben beiden bedenkingen naar voren gebracht bij de juridische houdbaarheid c.q. verenigbaarheid met het EU-recht van de 'tweederdemeerderheidseis'.²⁷

Recentelijk hebben Lutjens en Dieleman vraagtekens gezet bij de houdbaarheid van verzwaarde eisen van internationale waardeoverdrachten en bovendien bij de houdbaarheid van de richtlijn zelf.²⁸ Dat van de verzwaarde eis een beperking uitgaat en het punt dat toezichtarbitrage in beeld komt is duidelijk, zoals ook door Lutjens en Dieleman

18 H. van Meerten, A. Faber, 'Het pensioenakkoord lijkt een feit. Nu het (verplicht) invaren nog', 13 oktober 2020, te raadplegen op: <https://www.uu.nl/opinie/update-het-pensioenakkoord-lijkt-een-feit-nu-het-verplicht-invaren-nog>.

19 HvJ EU 11 juli 1974, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

20 H. van Meerten, E.S. Schmidt, 'Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU', *European Journal of Social Security* 2017/1, p. 118-140.

21 Idem.

22 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2018/19, 34 934, nr. 16, p. 2 en *Kamerstukken I* 2018/19, 34 934, F, p. 4.

23 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 934, nr. 11.

24 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2018/19, 34 934, nr. 16, p. 2 en *Kamerstukken I* 2018/19, 34 934, F, p. 4.

25 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 3 december 1974, C-33/74 ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*), HvJ EG 31 januari 1984, C-286/82, ECLI:EU:C:1984:35 (*Luisi and Carbone*), HvJ EG 28 oktober 1999, C-55/98, ECLI:EU:C:1999:533 (*Skatteministeriet*), HvJ EG 29 april 1999, C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212 (*Ciola*).

26 Wij verwijzen naar voetnoot 2.

27 Zie de eerder aangehaalde bijlagen bij *Kamerstukken I* 2018/19, 34 934, B.

28 E. Lutjens en B. Dieleman, 'Grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioen: zijn Nederlandse regels in strijd met EU-recht?', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, nr. 2, juli 2020, p. 65-76.

wordt aangegeven. Echter, omdat het onderscheid gebaseerd is op artikel 12 van de IORP II-richtlijn en dat de invulling van de meerderheids eis is overgelaten aan het nationaal recht, concluderen Lutjens en Dieleman dat er argumenten zijn voor het standpunt dat de Nederlandse regeling van grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht gerechtvaardigd is.

Wij zien de toekomst van deze bepaling duidelijk somberder in. Tenslotte gaat het om een direct onderscheid naar nationaliteit, hetgeen – zoals gezegd – enkel in uitzonderlijke situaties toegestaan is. De eerste vraag is of de bepaling in overeenstemming is met de ruimte binnen de IORP II-richtlijn. Hoewel het in de kern juist lijkt dat lidstaten zelf mogen beslissen over de vormgeving van het meerderheidsvereiste, delen wij in beginsel niet de constatering dat er sprake kan zijn van onderscheid tussen nationale en internationale collectieve waardeoverdrachten, althans niet binnen de EU. Daarvoor lijkt geen goede rechtvaardigingsgrond aan te wijzen. Dit zou ook indruisen tegen de doelstelling van de IORP-richtlijn: het bevorderen van grensoverschrijdend verkeer. Het argument dat er aanvullende technische voorzieningen zijn toegestaan en ‘de richtlijn dus toestaat dat er op zich strengere eisen worden gesteld’ – zoals Lutjens en Dieleman schrijven – kunnen wij dan ook niet onderschrijven. Bovendien opent artikel 13 lid 5 van de IORP II-richtlijn enkel de mogelijkheid om aanvullende eisen te stellen op het gebied van de technische voorzieningen, waar onzes inziens het meerderheidsvereiste niet onder valt. Als onderdeel van het sociaal en arbeidsrecht is het toegestaan om het meerderheidsvereiste zo in te vullen dat er sprake moet zijn van een tweederdemeerderheid, maar enkel als dat voor *alle* waardeoverdrachten zou gelden, niet alleen voor buitenlandse.

De Europese Commissie heeft inmiddels een klacht²⁹ in behandeling over de regeling van collectieve waardeoverdrachten. Wij verwachten dat het resultaat zal zijn dat de Nederlandse regeling inzake het discriminerende meerderheidsvereiste moet worden aangepast in die zin dat er geen onderscheid naar nationaliteit mag worden gemaakt. Minister Koolmees is bij de uitwerking van het nieuwe artikel 83 PW – dat het invaren moet regelen – vast gewaarschuwd.

29 De klacht is geregistreerd als CHAP(2019)03437 en is op het moment van schrijven nog niet publiekelijk toegankelijk.