

De grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht: overschrijding van de Europeesrechtelijke grens?

Introductie

Aan de Europeesrechtelijke houdbaarheid van grensoverschrijdende (collectieve) waardeoverdrachten zijn inmiddels aardig wat artikelen gewijd en heeft de speciale aandacht van de Europese Commissie en het EU Hof. 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 (art. 83 Pw) als de collectieve waardeoverdracht.

Grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten

Voor een goed begrip van de lezer is het van belang om eerst in te gaan op enkele aspecten van het pensioenrecht: namelijk de collectieve waardeoverdracht en het grensoverschrijdende element ervan.

Een waardeoverdracht houdt volgens de definitie van de Pensioenwet in dat het opgebouwde pensioenvermogen binnen een fonds ofwel wordt overgedragen naar een andere regeling, ofwel naar een andere pensioenuitvoerder. Een dergelijke waardeoverdracht kan enerzijds plaatsvinden op individuele basis, maar ook als collectief zoals bijvoorbeeld op verzoek van de werkgever.

Omdat het overdragen van pensioenvermogen naar een andere uitvoerder consequenties heeft voor de pensioenconsument, geldt dat er pas tot collectieve waardeoverdracht mag worden overgegaan als er geen bezwaren zijn geuit door de (gewezen) deelnemers en partners of de pensioengerechtigden. De situaties waarin deze waardeoverdracht wettelijk mag plaatsvinden laten wij in het kader van deze blog buiten beschouwing.

Ook waardeoverdrachten naar buitenlandse pensioenuitvoerders is mogelijk, waarbij bijvoorbeeld aan de 'België-route' gedacht kan worden. Deze mogelijkheid is geregeld in de IORP II-richtlijn, waar in artikel 12 een aantal voorwaarden wordt gesteld. Aan een internationale waardeoverdracht zijn extra eisen verbonden, zoals de goedkeuring van de toezichthouders van de lidstaten. Echter, er geldt ook een andere extra zware Nederlandse eis en het is daar waar de schoen van het Europees recht wringt.

Bij een waardeoverdracht vanuit Nederland naar een andere lidstaat geldt op grond van het nieuwe artikel 90a Pensioenwet dat de pensioenuitvoerder een schriftelijk verzoek moet doen ter goedkeuring van de waardeoverdracht en dat een tweederdemeerderheid van de deelnemers, een tweederdemeerderheid van de gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden die hebben gereageerd daarmee moeten instemmen (het meerderheidsvereiste).

Europees recht

Het proces van een *grensoverschrijdende* collectieve waardeoverdracht is dus wezenlijk anders en bovendien de toets zwaarder voor een grensoverschrijdende waardeoverdracht, dan voor een nationale 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 als het gaat om de heffing van loonbelasting, dan in de binnenlandse situatie.

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 (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 gewezen als een verdragsbepaling dat toestaat. Het Handvest kan onder omstandigheden direct door een burger tegen bijvoorbeeld een pensioenfonds worden ingeroepen, en verschilt (mede) 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 voorts overgelaten aan de lidstaten. Dit betekent in concreto dat een lidstaat in principe mag beslissen dat voor waardeoverdrachten een tweederdemeerderheid wordt vereist. Dit betekent echter niet dat er 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.

Naast het algemene non-discriminatiebeginsel uit het Handvest, is ook met name het vrij verkeer van diensten, vestiging en kapitaal van belang; hoekstenen van de interne markt. Verder zijn ook 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 vrije verkeersbepalingen geldt dat er uitzonderingen mogelijk zijn, maar nu juist zeer moeilijk bij directe discriminatie, zoals in dit geval. Hiervoor gelden zeer strikte uitzonderingsgronden onder EU recht, zoals 'openbare orde'. Uitzonderingsgronden als 'een ander prudentieel kader' of 'eenheid van het belastingstelsel' voldoen niet en/of zijn door het EU Hof reeds lang geleden afgeschoten.

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.

Opvattingen van de regering en gezichtspunten in de literatuur

De reden om de verzwaarde eis in de wet op te nemen was om te garanderen dat er voldoende steun voor de collectieve waardeoverdracht zou bestaan onder de belanghebbenden. Tevens ontkende de regering dat er sprake was van onderscheid naar nationaliteit omdat dit uit de IORP II-richtlijn zelf zou voortvloeien. 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; puur binnenlandse situaties kunnen hier

HOUTHOFF

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 (onder andere door ons en door prof. Lutjens) over de houdbaarheid van de verzwaarde bepaling bij grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht gediscussieerd. Recentelijk is een artikel van de hand van prof. dr. Lutjens en dr. Dieleman uitgekomen in Arbeidsrecht in Context: 'Grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioen: zijn Nederlandse regels in strijd met EU-recht?'. Hierin worden ook vraagtekens gezet bij de houdbaarheid van verzwaarde eisen van internationale waardeoverdrachten en bovendien bij de houdbaarheid van de richtlijn zelf. Dat van de verzwaarde eis een beperking uitgaat is duidelijk, zoals ook door Lutjens en Dieleman wordt aangegeven. Echter, gezien het feit dat het onderscheid gebaseerd is op artikel 12 van de IORP II-richtlijn en dat de invulling van de meerderheidseis 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 is dat lidstaten zelf mogen beslissen over de vormgeving van het meerderheidsvereiste, delen wij in beginsel niet de constatering dat er onderscheid mag zitten tussen nationale en internationale collectieve waardeoverdrachten, althans niet binnen de EU. Daarvoor is in casu geen goede rechtvaardigingsgrond aan te wijzen. Dit zou ook indruisen tegen de doelstelling van de richtlijn: het bevorderen van grensoverschrijdend verkeer. Het argument dat er aanvullende technische voorzieningen zijn toegestaan en 'de richtlijn dus toestaat dat erop zich strengere eisen worden gesteld' – zoals Lutjens en Dieleman schrijven - kunnen wij in deze context dan ook niet onderschrijven

De Europese Commissie heeft inmiddels een klacht in behandeling over de regeling van collectieve waardeoverdrachten. Wij verwachten dat het resultaat zal zijn dat de Nederlandse regeling van in de context van het 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.

Mr. dr. R.M.J.M. de Greef (advocaat bij Houthoff), Prof. mr. H. van Meerten (UU), Mr. J.J. van Zanden (UU) (dit blog is een 'working paper' en is onderhevig aan een artikel dat binnenkort zal verschijnen)