Collectieve waardeoverdracht: over de grens?

Mr. dr. R.M.J.M. de Greef en mr. M. Grashoff, datum 20-02-2019

Datum
20-02-2019

Auteur
Mr. dr. R.M.J.M. de Greef en mr. M. Grashoff[1]

Folio weergave
Download gedrukte versie (PDF)

JCDI
JCDI:ADS14254:1

Vakgebied(en)
Pensioenen (V)

Dit artikel beoogt een kritische noot te plaatsen bij de implementatie van de IORP II-richtlijn in de Nederlandse wetgeving, voor wat betreft het onderdeel dat betrekking heeft op de grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht ('cwo') vanuit Nederland naar een andere EU-lidstaat en met name de wijze waarop het instemmingsrecht van (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden is geregeld bij zo'n grensoverschrijdende cwo. Deze implementatiewetgeving schiet op dat punt haar doel voorbij en zorgt juist voor verhoging van de drempels en bovendien voor een verslechtering van de positie van deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Het vrije verkeer van vestiging en kapitaal is hier in het geding en mogelijk is zelfs sprake van discriminatie naar nationaliteit.

1. Inleiding

De in 2003 geïntroduceerde Europese richtlijn betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen, de zogenaamde IORP-richtlijn ('IORP I-richtlijn'), [2] is herzien per 2017 ('IORP II-richtlijn') [3] en is met ingang van 13 januari 2019 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving.[4] Het doel van de IORP II-richtlijn 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.
De IORP II-richtlijn is, net als de voorgaande IORP I-richtlijn, van toepassing op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen (IBPV) ofwel Institutions for Occupational Retirement Provisions (IORP). In Nederland betreft dat pensioenfondsen[5] en PPI's, in beginsel geen verzekeraars.[6] In deze bijdrage zullen wij ons beperken tot de pensioenfondsen. Voor PPI's gelden in grote lijnen dezelfde eisen en voorwaarden.
De IORP I-richtlijn voorzag niet in een regeling voor grensoverschrijdende cwo. Art. 12 IORP II-richtlijn voorziet daar wel in. Het voordeel van een dergelijke regeling is dat de daarin opgenomen spelregels door alle lidstaten moeten worden geïmplementeerd, hetgeen leidt tot een gelijker speelveld en meer duidelijkheid en bescherming voor de bij de grensoverschrijdende cwo betrokken belanghebbenden in alle lidstaten.
Belangrijke voorwaarde daarbij betreft het bepaalde in art. 12 lid 3 IORP II-richtlijn:

"3.

De overdracht moet *van tevoren worden goedgekeurd* door

a) *een meerderheid van de betrokken deelnemers en een meerderheid van de betrokken pensioengerechtigden of,* in voorkomend geval, door *een meerderheid van hun vertegenwoordigers. De meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht.* Alvorens de in lid 4 bedoelde aanvraag wordt ingediend, stelt de overdragende IBPV de informatie over de aan de overdracht verbonden voorwaarden tijdig ter beschikking van de betrokken deelnemers en pensioengerechtigden en, in voorkomend geval, hun vertegenwoordigers, en

b) in voorkomend geval, de bijdragende onderneming."
(cursivering door auteurs)

De Nederlandse regering heeft ervoor gekozen om in de implementatiewet een vergaande vorm van instemming voor grensoverschrijdende cwo op te nemen, bovenop het bezwaarrecht van belanghebbenden dat reeds onderdeel uitmaakt van het Nederlandse pensioenrecht. Tijdens de parlementaire behandeling van de implementatiewet[7] is onder meer veelvuldig gesproken over de vraag of de wijze van implementatie van art. 12 lid 3 IORP II-richtlijn in het Nederlandse

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

nationale recht niet leidt tot een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer op grond van de vrijverkeersbepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen: EG-verdrag; hierna: '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.[8]
In dit artikel zullen wij de Nederlandse implementatiewet bespreken ten aanzien van de wijze waarop instemming bij een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht is vormgegeven. Daarbij zullen wij eerst het Nederlandse recht bespreken voor wat betreft de cwo, zoals dat gold vóór 13 januari 2019, gevolgd door de cwo onder het inmiddels ingevoerde recht. Vervolgens zullen wij de standpunten van de regering en van de RvS dienaangaande bespreken. Wij sluiten af met een beschouwing, conclusies en een aanbeveling.

2. Cwo voor implementatie IORP II

Naast het individueel recht op waardeoverdracht bij wisseling van werkgever (art. 71 PW) en andere vormen van waardeoverdracht, kent het Nederlandse pensioenrecht — zoals bekend verondersteld — ook twee vormen van binnenlandse cwo. Het gaat hier om de cwo op grond van art. 83 PW (de cwo op verzoek van de werkgever) en de cwo op grond van art. 84 PW (de cwo bij liquidatie van de pensioenuitvoerder[9]).
Voor een waardeoverdracht op verzoek van de werkgever gelden samengevat de volgende eisen:

- De cwo vindt plaats op verzoek van de werkgever in verband met één van de in art. 83 lid 1 PW genoemde redenen. Deze voorwaarde geldt niet indien art. 84 PW van toepassing is, alhoewel de bij een fonds aangesloten werkgever in de praktijk wel betrokken zal zijn, is het fonds in de lead bij cwo in geval van liquidatie.
- De betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden moeten worden geïnformeerd over de voorgenomen cwo en hebben desgevraagd geen bezwaren geuit (instemmingsrecht). Deze voorwaarde geldt niet indien art. 84 PW van toepassing is; reden hiervoor is dat het niet mogelijk is dat bij een liquidatie van een pensioenfonds aanspraken en rechten achterblijven bij het liquiderende pensioenfonds dat immers ophoudt te bestaan.
- Aan het verlenen van instemming door de belanghebbende op grond van art. 83 PW wordt blijkens de wetsgeschiedenis voldaan als binnen een redelijke termijn geen bezwaar is gemaakt tegen de pensioenoverdracht (de zogenoemde 'negatieve optie'). [10] In geval van bezwaren blijven de pensioenaanspraken c.q. pensioenrechten van de bezwaarmakers achter bij de overdragende uitvoerder. De cwo ten behoeve van degenen die geen bezwaren hebben gemaakt, kan gewoon doorgang vinden.
- De overdrachtswaarde wordt zodanig vastgesteld dat de voor mannen en vrouwen te verwerven pensioenrechten gelijk zijn, waarbij aan het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid wordt voldaan.
- Het voornemen tot cwo is tenminste drie maanden voor de beoogde overdrachtsdatum aan DNB gemeld.
- De RvT en het belanghebbendenorgaan ('BO') hebben goedkeuring verleend (goedkeuringsrecht) dan wel het verantwoordingsorgaan ('VO') is in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen (adviesrecht).
- Door het opstellen van een zelfevaluatie moeten fondsen aantonen dat de belangen van de bij hun pensioenfonds betrokken (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en werkgever(s) op evenwichtige wijze zijn afgewogen.
- De solvabiliteit en de beheerste en integere bedrijfsvoering van de ontvangende pensioenuitvoerder moet in orde zijn, anders kan DNB een verbod tot cwo opleggen.

Voorts dient — voor zover van toepassing — instemming te worden gevraagd aan de ondernemingsraad op grond van art. 27 lid 1 onderdeel a en lid 7 WOR. Ook zullen in de regel de verschillende geledingen waarin de belanghebbenden zijn vertegenwoordigd, gebruikmaken van de diensten van ter zake deskundige adviseurs.
Onzes inziens is voor cwo, gezien de voorgaande opsomming, een aanzienlijke veiligheidsmarge ingebouwd, met name door instemmings- en goedkeuringsrechten (DNB, OR, RvT, BO, deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner en pensioengerechtigden) en adviesrechten (VO).
In grensoverschrijdende[11] situaties gelden dezelfde voorwaarden als gevolg van de verwijzing in art. 90 PW naar art. 83 en 84 PW.

3. Cwo na implementatie IORP II

Ter implementatie van art. 12 IORP II-richtlijn is een nieuw art. 90a in de Pensioenwet opgenomen. Hiermee wordt de procedure voor grensoverschrijdende cwo verduidelijkt. Zo zijn de criteria waaraan DNB toetst limitatief in dit artikel opgenomen. Een pensioenfonds is alleen bevoegd tot grensoverschrijdende cwo wanneer zowel DNB als de toezichthouder van de andere lidstaat instemmen met de grensoverschrijdende cwo. De criteria waaraan DNB toetst zijn opgenomen in art. 90a lid 4 PW en zien erop dat:

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

– de langetermijnbelangen van de eventuele achterblijvende belanghebbenden afdoende worden beschermd;
– de individuele pensioenaanspraken en -rechten van belanghebbenden minstens gelijk blijven na de cwo; en
– er geen sprake is van onderdekking op het moment van overdracht op basis van de waarderingsregels van het Nederlands financieel toetsingskader.

Deze criteria sluiten aan bij de criteria waar DNB voor invoering van de IORP II-richtlijn al aan toetste bij een grensoverschrijdende cwo.
Meest in het oog springend is echter, ter implementatie van art. 12 lid 3 IORP II-richtlijn, het nieuwe instemmingsrecht in art. 90a lid 2 PW, bovenop het reeds in art. 83 PW opgenomen bezwaarrecht. Wij citeren:

"Art. 90a PW (…)

2.

Ten behoeve van een aanvraag tot goedkeuring van een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in het eerste lid: (…)
b. is vereist dat:
1° een *tweederdemeerderheid van de deelnemers en gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden die hebben gereageerdop een daartoe strekkend schriftelijk verzoek* het voorgenomen besluit (…) hebben goedgekeurd; en
2° indien van toepassing, de werkgever het voorgenomen besluit met betrekking tot de collectieve waardeoverdracht heeft goedgekeurd. (…)"

4. Vraagstelling

Met de implementatie van het nieuwe instemmingsrecht in art. 90a lid 2 PW staat vast datsprake is van onderscheid in de voorwaarden voor binnenlandse en grensoverschrijdende cwo: art. 90a PW wijkt op dit punt immers af van art. 83 en 84 PW. Ter discussie staat of dit is toegestaan, of de IORP II-richtlijn die ruimte wel biedt en of de IORP II-richtlijn zelf op dit gebied wel in overeenstemming is met EU-grondrechten.
Meer concreet zijn de vragen die hierbij spelen:
1. Hoe ver reikt de vrijheid van lidstaten bij het definiëren van 'meerderheid' (art. 12 lid 3 onderdeel a IORP II-richtlijn)?
2. Is de verhoogde drempel van tweederdemeerderheid een gerechtvaardigde beperking op de grensoverschrijdende cwo?
3. Zijn er nog andere bezwaren tegen de voorgestelde systematiek?

Wij zullen deze vragen waar mogelijk bespreken aan de hand van de standpunten van de regering, RvS en deskundigen.

5. Standpunt regering

Art. 12 lid 3 IORP II-richtlijn schrijft voor dat goedkeuring is vereist door een meerderheid van de (gewezen) deelnemers en een meerderheid van de pensioengerechtigden *of*, in voorkomend geval, door *een meerderheid van hun vertegenwoordigers*. Aanvankelijk had de regering de eis van de 'tweederdemeerderheid' helemaal niet opgenomen in het voorgestelde art. 90a PW. In het wetsvoorstel was er namelijk voor gekozen om de instemming via een meerderheid van de vertegenwoordigers te regelen, zijnde het VO of het BO. Dit werd door de regering gemotiveerd vanuit de beleidsruimte van de richtlijn zelf en sluit aan op reeds bestaande vertegenwoordigingsorganen zoals verankerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Hierdoor blijven de administratieve lasten beperkt, aldus de regering.[12] Een wat ons betreft logische keuze die in lijn is met IORP II-richtlijn en ook in lijn is met de governance systematiek die wij in Nederland kennen bij pensioenfondsen.[13]
Met de tweede nota van wijziging[14] werd, voor ons onverwacht, een andere invulling gegeven aan het instemmingsvereiste door te eisen dat een tweederdemeerderheid van de (gewezen)[15] deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden, die reageren op een daartoe strekkend verzoek, de cwo moeten goedkeuren. Als motivering gaf de regering te kennen dat gekozen is voor deze gewijzigde invulling, om nadrukkelijker te borgen dat er vanuit de verschillende geledingen voldoende steun is voor de cwo. Een wat vreemd en niet goed onderbouwd argument, gezien de eerder beschreven betrokkenheid van de diverse geledingen waarin de belanghebbenden zijn vertegenwoordigd bij het besluitvormingsproces.
Voor de goede orde vermelden wij dat art. 90a PW niet ziet op binnenlandse cwo's. Daarvoor blijven uitsluitend art. 83 en 84 PW gelden.
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 art. 12 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

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

en dus zijn de vrijverkeerbepalingen niet relevant. De richtlijn maakt met het stellen van eisen aan uitsluitend het 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 aanspraakgerechtigden 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.[16]

6. Standpunt RvS

Bij haar initiële toetsing van het wetsvoorstel heeft de RvS geen opmerkingen gemaakt over het al dan niet discriminatoire karakter van art. 90a lid 2 PW. Op dat moment was er echter nog geen sprake van de ‘tweederdemeerderheidseis’, maar was ervoor gekozen om de instemming vorm te geven via het VO en het BO. Pas in een later stadium, bij de parlementaire behandeling van de implementatiewet in de Eerste Kamer, is de RvS na veel aandringen van enkele parlementariërs in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of de ‘tweederdemeerderheidseis’ juridisch houdbaar is en of er strijdigheid is met Europees recht.[17] De RvS concludeert dat zij geen aanleiding ziet te veronderstellen dat de met de tweede nota van wijziging voorgestelde goedkeuringsprocedure voor grensoverschrijdende cwo in strijd is met art. 12 lid 3 IOPR II-richtlijn of anderszins in strijd is met EU-recht. Volgens de RvS is er weliswaar sprake van ongelijke behandeling tussen binnenlandse cwo's en grensoverschrijdende cwo's, maar volgens de RvS gaat het om ongelijke gevallen die om die reden ongelijk worden behandeld. Bij een grensoverschrijdende cwo kunnen de gevolgen voor belanghebbenden groot zijn als gevolg van verschillen in prudentiële kaders van de EU-lidstaten. Bij binnenlandse cwo is daar geen sprake van; in dat geval blijven dezelfde regels gelden.
De RvS beschrijft als motivatie van het invoeren van de tweederdemeerderheidseis dat er in de parlementaire behandeling zorgen zijn gerezen over een mogelijke verplaatsing van Nederlands pensioenvermogen naar een andere lidstaat in verband met toezichtsarbitrage. Gelet op de grote belangen en risico's die spelen bij een grensoverschrijdende cwo acht de RvS de keuze voor de tweederdemeerderheidseis opportuun. Weliswaar mag geen afbreuk worden gedaan bij het invullen van het begrip ‘meerderheid’ aan het bereiken van de doelen die met de IORP II-richtlijn worden beoogd, doch de RvS ziet hier geen problemen. De RvS geeft ook aan dat de richtlijn minimumeisen stelt en dat het de lidstaten is toegestaan om verderstrekkende bepalingen op te nemen ter bescherming van belanghebbenden. Wel dienen deze maatregelen in het kader van het EU-recht en met name de regels inzake het vrije verkeer van diensten gerechtvaardigd te zijn en verder zullen deze maatregelen proportioneel moeten zijn in het licht van het daarmee te bereiken doel. De RvS ziet geen aanleiding om te veronderstellen dat hier een probleem speelt. De RvS merkt in dat kader op dat het niet vereist is dat een meerderheid van alle (gewezen) deelnemers en een meerderheid van alle pensioengerechtigden instemt, maar dat de tweederdemeerderheidseis van toepassing is op slechts diegenen die hebben gereageerd, hetgeen juist een relatief lage drempel tot gevolg kan hebben voor goedkeuring van het voornemen tot grensoverschrijdende cwo. Opvallend is overigens dat de RvS niet ingaat op kritische notities van de (gezaghebbende) hoogleraren prof. Lutjens en prof. Van Meerten die in het wetgevingstraject zijn ingebracht. Beiden hebben bedenkingen bij de juridische houdbaarheid c.q. verenigbaarheid met het EU-recht van de ‘tweederdemeerderheidseis’. [18]
Van Meerten bekritiseert onder meer de tweederdemeerderheidseis en vraagt zich af of die eis wel een juiste vertaling is van de richtlijn zelf die immers spreekt over ‘een meerderheid’. Hij wijst daarnaast op het feit dat de regering geheel voorbijgaat aan de omstandigheid dat de IORP II-richtlijn zelf strijdig kan zijn met Europees recht en dat er tal van voorbeelden zijn van richtlijnen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) vernietigd zijn. De gevolgen kunnen verstrekkend zijn en de regels voor binnenlandse en grensoverschrijdende cwo's zouden niet moeten verschillen. Van Meerten wijst daarbij ook op HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15, ECLI:EU:C:2018:44, waarin het HvJ EU concludeert dat in het geval van toepassing van de Dienstenrichtlijn, zelfs geen grensoverschrijdende activiteit noodzakelijk is om een beroep op de vrijverkeerbepalingen in het EU-Verdrag te kunnen doen. Nu de extra drempel niet voor nationale cwo's geldt, leidt dat tot onderscheid op grond van nationaliteit en is daarmee niet in overeenstemming met fundamentele grondrechten in het EU-Verdrag en het EU-Handvest.
Ook Lutjens bekritiseert de tweederdemeerderheidseis en constateert dat het opwerpen van een drempel voor grensoverschrijdende cwo's, die niet geldt voor binnenlandse cwo's, het uitvoeren van grensoverschrijdende activiteiten door IORP's bemoeilijkt en dat daarom sprake is van een verboden onderscheid naar vestigingsplaats. Het maakt voor een IORP immers uit of het in Nederland is gevestigd of in een andere lidstaat.

7. Beschouwing

Verwijzend naar de in par. 4 geformuleerde drie vragen, gaan wij hierna achtereenvolgens nader op deze vragen in.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Vraag 1 - Hoe ver reikt de vrijheid van lidstaten bij het definiëren van ‘meerderheid’?

In art. 12 lid 3 onderdeel a IORP II-richtlijn is opgenomen:

“De meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht.”

Dat laat dus ruimte voor de lidstaten; de IORP II-richtlijn beoogt immers minimumharmonisatie. Het is echter de vraag of gekozen invulling van het ‘tweederdemeerderheidsvereiste’ toch niet in strijd is met de bedoelingen van de IORP II-richtlijn, en tevens is het de vraag of het ‘tweederdemeerderheidsvereiste’ wel conform nationaal recht is.

Wat ons betreft is het eisen van een tweederdemeerderheid zeer discutabel. Wanneer er binnen een bestuur, ledenvergadering of vergadering van aandeelhouders gestemd wordt, geldt over het algemeen een gewone meerderheid. Ook in de Tweede Kamer worden besluiten bij gewone meerderheid genomen, tenzij de Grondwet een gekwalificeerde meerderheid vereist. Het kan niet zo zijn dat de ruimte die de IORP II-richtlijn biedt op dit gebied een ‘carte blanche’ verstrekt aan lidstaten ter bepaling van het meerderheidscriterium. Dan zou bijvoorbeeld een 99% meerderheid derhalve ook toegestaan zijn, hetgeen de facto betekent dat geen grensoverschrijdende cwo mogelijk is. En dat is naar onze mening 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. 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 de implementatiewet lijkt juist in strijd met deze doelstelling, omdat hierdoor een grensoverschrijdende cwo praktisch gezien zeer moeilijk kan worden uitgevoerd. Het is dan ook de vraag waarom een ‘gewone meerderheid’ (meer dan de helft) voor de regering bij het indienen van de Tweede nota van wijziging niet genoeg was. Saillant detail hierbij is dat een ‘gewone meerderheid’ ten tijde van het initiële wetsvoorstel kennelijk voor wat betreft de grensoverschrijdende cwo vanuit een ppi voor de regering nog voldoende waarborgen bood. Om de administratieve lasten voortvloeiende uit de richtlijn voor ppi's te beperken, was ervoor gekozen om, bij afwezigheid van de ondernemingsraad en instemming van de ondernemingsraad dus onmogelijk is, het voorgenomen besluit tot een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht voor te leggen aan alle (gewezen) deelnemers en, indien van toepassing, pensioengerechtigden, waarbij de meerderheid van de reacties dan de doorslag zou geven.[19]
Voorts vragen wij ons af of de regering art. 12 lid 3 onderdeel a IORP II-richtlijn wel juist interpreteert. Met name de passage ‘gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht’. Zou het juist niet logischer zijn dat er wordt verwezen naar het nationale recht ‘dat geldt bij de binnenlandse cwo’? Ook zou het standpunt ingenomen kunnen worden dat onder ‘het nationale recht’ uitsluitend het recht moet worden begrepen zoals dat geldt vlak voor het moment van implementatie van de richtlijn. Bij die interpretatie is er dan geen strijdigheid met het EU-recht en kunnen de gewone governance regels van de respectievelijke lidstaten worden toegepast.
Verder wordt in de Nederlandse implementatiewet de tweederdemeerderheidseis toegepast op degenen die hebben gereageerd op een daartoe strekkend verzoek. Dit impliceert dat een ‘negatieve optie’ niet mogelijk is, hetgeen in strijd is met art. 83 PW. Dat betekent dat als er slechts één persoon reageert op een bestand van bijvoorbeeld 100 deelnemers en bezwaar heeft tegen de grensoverschrijdende cwo, de cwo geen doorgang kan vinden. Dat is ons inziens niet de bedoeling van de IORP II-richtlijn. De tekst van art. 12 lid 3 IOPR II-richtlijn biedt naar onze mening helemaal niet de mogelijkheid om het meerderheidscriterium toe te passen op degenen die daartoe hebben gereageerd:

“(…) een meerderheid van de betrokken deelnemers en een meerderheid van de betrokken pensioengerechtigden of, in voorkomend geval, door een meerderheid van hun vertegenwoordigers. De meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht. (…)”

De passage ‘die hebben gereageerd op een daartoe strekkend verzoek’ is niet terug te vinden in de richtlijn. De bepaling in de richtlijn laat juist wel ruimte over voor de negatieve optie. Niet is voorgeschreven dat de goedkeuring expliciet c.q. schriftelijk moet worden verleend. Tevens wordt naar onze mening, als we kijken naar het eerder geschetste voorbeeld waar slechts één persoon negatief reageert op een daartoe strekkend verzoek, in strijd gehandeld met de tekst van de richtlijn. Het is immers evident dat hier geen sprake is van een afkeurende meerderheid, omdat 99 personen niet hebben gereageerd.
Conclusie: voor binnenlands cwo geldt weliswaar geen eis van meerderheid, maar het is — inmiddels — ook nationaal recht dat bij grensoverschrijdende cwo een gekwalificeerde meerderheid geldt (cf art. 90a PW). Echter, dit nationale recht in art. 90a PW is onzes inziens in strijd met art. 12 lid 3 onderdeel a IORP II-richtlijn en met art. 83-84 PW.

Vraag 2 - Is de verhoogde drempel van tweederdemeerderheid een gerechtvaardigde beperking op

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

grensoverschrijdende cwo?

Wij zien hier strijd met het EU-recht. 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. En dit onderscheid is volgens ons ongerechtvaardigd. 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 hetgeen een belangrijke wijziging is, die (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigen 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 binnen de EU gelden voor alle lidstaten dezelfde prudentiële minimumeisen. Er is dus geen sprake van dat pensioenkapitaal van deelnemers te grabbel wordt gegooid. Daarvoor is de IORP I-richtlijn destijds nu juist ingevoerd. Daarnaast kan ook bij een binnenlandse cwo het prudentieel kader wijzigen, bijvoorbeeld bij een cwo van een verzekeraar naar een pensioenfonds of andersom. Bovendien achten wij de maatregel waarbij een extra drempel voor cwo wordt opgeworpen disproportioneel. Daarvoor zijn diverse redenen te onderkennen:

1. De tweederdemeerderheid komt — kennelijk — bovenop de reeds bestaande uitgebreide set aan instemmingsrechten van de diverse geledingen.
2. DNB heeft extra bevoegdheden gekregen om de pensioenaanspraken en -rechten te beschermen bij een cwo.
3. 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
4. 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.[20]
Wij wijzen erop dat een onderscheid op grond van nationaliteit zich niet snel laat rechtvaardigen.
Uit art. 21 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie volgt dat binnen de werkingssfeer van unierechtelijke verdragen iedere vorm van discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Dit grondrecht wordt als een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie beschouwd en heeft een zogenoemde horizontale werking. Art. 12 IORP II-richtlijn maakt een onderscheid op grond van nationaliteit. De vraag is of dit gerechtvaardigd kan worden. Voor beantwoording van deze vraag toetst het HvJ EU in algemene zin aan gerechtvaardigde beperkingen voortvloeiend uit EU-Verdragen, of aan ‘dwingende redenen van algemeen belang’. Deze redenen dienen voorts doeltreffend te zijn en mogen niet verdergaan dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te verwezenlijken. Een rechtvaardigingsgrond voor het maken van onderscheid op basis van nationaliteit kan bestaan, maar is in de regel zeer moeilijk aantoonbaar en behoeft scherpe beargumentering. En daar zit wat ons betreft een probleem. Een rechtvaardiging zien wij namelijk niet, omdat enerzijds volgens de richtlijn de lidstaten elkaars prudentiële kaders dienen te respecteren en omdat anderzijds het sociale en arbeidsrecht van het woonland van toepassing blijft.

Wat zou een gevolg kunnen zijn nu door de implementatie van dit wetsvoorstel het onderscheid in nationaliteit een feit is in onze nationale wetgeving?
Uit HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), blijkt dat nationaal recht in overeenstemming met Europees recht dient te worden uitgelegd. De rechter dient dan de nationale bepaling buiten toepassing te laten. Dit zou impliceren dat de goedkeuringsrechten als voorgesteld ook van toepassing worden op binnenlandse cwo. In *Dansk Industri* werd overwogen:

“Aan deze verplichting kan niet worden afgedaan door het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en evenmin door het feit dat de particulier die meent schade te hebben geleden door de toepassing van een met het Unierecht strijdige nationale bepaling, de mogelijkheid heeft om de betrokken lidstaat aansprakelijk te stellen wegens schending van het Unierecht.” (HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, punt 43).

Wij verwijzen verder naar de uitspraken (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*)).Van recentere datum is het reeds genoemde HvJ EU 30 januari 2018 C-360/15, ECLI:EU:C:2018:44, o.v. 110:

“Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, aldus moeten worden uitgelegd dat zij mede van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.”

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Bij deze laatste zaak ging het om de toepassing van de Dienstenrichtlijn[21] die weliswaar niet ziet op 'bedrijfspensioenen',[22] maar er is ook oudere jurisprudentie van het HvJ EU waaruit afgeleid kan worden dat het uitgangspunt dat voor een beroep op de vrijverkeersbepalingen in het VwEU geen grensoverschrijdende economische activiteit is vereist, breder wordt toegepast.[23] Wat ons betreft is de regering en ook de RvS hier te kort door de bocht gegaan. Een en ander 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.

Vraag 3 – zijn er nog andere bezwaren tegen de voorgestelde systematiek?

De initieel in het wetsvoorstel opgenomen goedkeuringsrechten voor het VO en het BO bij een grensoverschrijdende cwo waren onder meer ingegeven door de beperkte administratieve lasten die dit voor fondsen met zich brengt. Daaraan wordt geheel voorbijgegaan bij de invoering van de 'tweederdemeerderheidseis'. Het is evident dat dit een lastenverzwaring inhoudt voor pensioenfondsen. Tevens is het volstrekt onduidelijk wat nu nog de rol is van het in art. 83 PW opgenomen bezwaarrecht. Dit blijft onverkort gelden. Is het dan de bedoeling dat er eerst een ronde komt waarin de betrokkenen om goedkeuring wordt gevraagd en dat er later, nadat vastgesteld is dat er goedkeuring wordt gegeven, nog een ronde komt waarin belanghebbenden alsnog bezwaar kunnen maken?[24] De logica hiervoor ontbreekt. Daarnaast is het wetstechnisch vreemd dat het nieuwe art. 90a PW blijkens art. 2 lid 11 PW behoort tot het Nederlandse sociale en arbeidsrecht, terwijl art. 90a PW juist niet ziet op binnenlandse cwo.
Verder wijzen wij erop dat er nog steeds misvattingen zijn over de wijze waarop prudentiële kaders in andere EU-staten zijn ingericht. In de praktijk gaat het dan vaak over België. De 'tweederdemeerderheidseis' zou gerechtvaardigd zijn, omdat het Nederlandse prudentiële kader meer zekerheden en minder risico's zou bevatten ten opzichte van bijvoorbeeld het Belgische kader. Diverse Kamerleden van verschillende partijen hebben in het wetgevingsproces, soms zeer expliciet, laten weten dat het een slechte zaak is als pensioenvermogen in het buitenland wordt ondergebracht. Echter, hiermee lijkt impliciet het bestaan van de IORP II-richtlijn, althans voor zover het gaat om grensoverschrijdende activiteiten en grensoverschrijdende cwo, te worden miskend, maar wordt bovendien voorbijgegaan aan de motieven van werkgevers die hun besluit om hun pensioenregeling in België onder te brengen, hebben gebaseerd, zo blijkt uit onze ervaring, op gedegen analyses, waarbij de medezeggenschapsrechten zijn gerespecteerd en waarbij ook de toezichthouders betrokken zijn geweest. Ook komt de term 'toezichtsarbitrage' bij politici nogal eens om de hoek kijken, hetgeen de suggestie wekt dat toezicht in andere EU-landen zwakker of slechter zou zijn dan in Nederland. Ook dit berust op misvattingen naar onze mening. Wij wijzen erop dat de IORP II-richtlijn, net als de voorgaande IORP I-richtlijn, het mogelijk maakt dat IORP's grensoverschrijdende pensioenregelingen mogen uitvoeren, en dat daarbij altijd voldaan moet worden aan de minimum prudentiële eisen die de IORP II-richtlijn stelt. Zowel het Belgische prudentiële kader als het Nederlandse financiële toetsingskader is dus onderworpen aan dezelfde IORP II-richtlijn. Waar in Nederland is gekozen voor een zogeheten 'rule based'-kader waarin de eisen vanuit de genoemde richtlijn zijn vertaald in expliciete regels en voorwaarden, is in België een prudentiëel kader ingevoerd dat 'principle based' is en dichterbij de richtlijn blijft. Als gevolg hiervan is er binnen het Belgische prudentiële kader veel ruimte voor eigen invulling door de pensioenuitvoerder en de werkgever. Er dient wel altijd sprake te zijn van een consistent geheel tussen toezegging, financiering en beleggingsbeleid. Daarbij wordt de solvabiliteit van de werkgever die de pensioentoezegging doet, getoetst. In een uitgebreide studie richting de Belgische toezichthouder dient deze consistentie te worden aangetoond. Daarnaast worden er buffers bepaald zodanig dat de toezegging met voldoende mate van zekerheid waargemaakt kan worden.
Tot slot achten wij het principieel onjuist om nieuwe individuele zeggenschapsmogelijkheden te creëren voor pensioenfondsen die in liquidatie zijn. Een fonds in liquidatie heeft een heel andere positie dan een fonds dat niet in liquidatie verkeert. Het fonds in liquidatie stopt er immers mee en er kan geen vermogen achterblijven. Dat is ook de reden dat er in de huidige Pensioenwet (art. 84) geen bezwaarmogelijkheden zijn opgenomen voor belanghebbenden in geval van collectieve waardeoverdrachten in verband met liquidatie. Dit wordt geheel doorkruist door de 'tweederdemeerderheidseis'.

8. Conclusie en aanbeveling

De implementatie in Nederland van de IORP II-richtlijn maakt het grensoverschrijdend verkeer moeilijker in plaats van gemakkelijker en kan er juist toe leiden dat (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en andere rechthebbenden minder beschermd worden.
Is dit het effect dat de wetgever heeft beoogd? Wij denken dat dat niet het geval kan zijn. Waarom zou Nederland haar uitgebalanceerde systeem van nationale en grensoverschrijdende cwo aanpassen aan de IORP II-richtlijn, waar dat in het geheel niet nodig is en waar dit misschien zelfs tot een verslechtering leidt van ons uitgebalanceerde stelsel van cwo omdat 1. bij de binnenlandse cwo, met name bij liquidatie van het pensioenfonds op grond van art. 84 PW nu ineens instemming nodig is waar dat voorheen — met goede redenen — niet gold en 2. ook de systematiek van cwo op verzoek van de werkgever op grond van art. 83 PW averij oploopt omdat de individuele instemming nu waarschijnlijk (ongewild) is

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

vervangen door een tweederdemeerderheid en de individuele deelnemer die het niet eens is met de cwo, geen keuze meer heeft om niet mee te gaan in de cwo. Anderzijds kan ook een conclusie zijn dat de tweederdemeerderheidseis juist bovenop het individuele instemmingsrecht, de instemming van de OR en het adviesrecht van het VO komt. Daarmee kan het pensioenfondsbestuur de mogelijkheid ontnomen worden om een evenwichtig gemaakte afweging tussen de belangen van alle belanghebbenden te kunnen effectueren. Je kunt je hier niet verschuilen achter het veelgehoorde verwijt richting de Europese instanties: 'het moet van Europa'.
Wij stellen voor om de 'tweederdemeerderheidseis' te laten vervallen door wetswijziging. Wat ons betreft is het opportuun om weer aan te sluiten bij de oorspronkelijke tekst van het wetsvoorstel ter implementatie van IORP II. De goedkeuringsrechten komen dan te liggen bij het VO en het BO met handhaving van het bezwaarrecht van belanghebbenden conform art. 83 PW. Dit past veel beter in het Nederlandse systeem. Je zou de goedkeuringsrechten dan ook kunnen doortrekken naar binnenlandse cwo. De genoemde geledingen vertegenwoordigen de belanghebbenden, zodat ook aan de IORP II-richtlijn wordt voldaan en alle geschetste risico's met betrekking tot mogelijke strijdigheid met EU-recht verleden tijd zijn.

Voetnoten

[1]
Mr. dr. R.M.J.M. de Greef is advocaat bij Houthoff en tevens redacteur van *TPV*. Mr. M. Grashoff is Senior Pension Legal Consultant bij Aon.

[2]
IORP I-richtlijn: 2003/41.

[3]
IORP II-richtlijn: 2016/2341.

[4]
Stb. 2018, 517.

[5]
Waaronder: algemene pensioenfondsen ('apf'). In deze bijdrage gaan wij niet specifiek in op het apf.

[6]
Daar kunnen de lidstaten wel (gedeeltelijk) voor kiezen op grond van art. 4 IORP II-richtlijn. Nederland heeft ervoor gekozen dat verzekeraars vallen onder de Solvency II-richtlijn (2009/138/EG) en niet onder de IORP-richtlijn.

[7]
'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, 34934).

[8]
Zo hebben prof. dr. E. Lutjens, prof. dr. H. van Meerten en beide auteurs van deze bijdrage zich niet onbetuigd gelaten in deze discussie. Overige literatuur, o.a. M.K.A. van Slagmaat & H. van Meerten,'Implementatie IORP II roept vragen op', *P&P* 2017/2; R. Veugelers e.a, 'Waardeoverdracht op de schop door Europese richtlijn', *PM* 2017/119; W. Rutten, 'IORP II: het langverwachte wetsvoorstel voor de implementatie', *PM* 2018/96.

[9]
Wij abstraheren hierbij van de equivalente bepalingen in de Wet verplichte beroepspensioenregeling.

[10]
Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 235 t/m 236.

[11]
Wij beperken ons voor deze bijdrage tot de EU.

[12]
Kamerstukken II 2017/18, 34934, 3, p. 7.

[13]
NB – De oorspronkelijk 'meerderheid' van het VO was ook al een extra eis. De gekwalificeerde meerderheid van tweederde betekent een verzwaring daarvan.

[14]
Kamerstukken II 2018/19, 34934, 11.

[15]
De term 'deelnemer' in de IORP II-richtlijn ziet ook op 'gewezen deelnemers'.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[16]
Zie onder meer *Kamerstukken II* 2018/19, 34934, 16, p. 2 en *Kamerstukken I* 2018/19, 34394, F, p. 4.

[17]
Kamerstukken I 2018/19, 34934, E.

[18]
Zie de bijlagen bij *Kamerstukken I* 2018/19, 34934, B.

[19]
Kamerstukken II 2017/18, 34934, 3, p. 7.

[20]
Zie o.a. M.K.A. van Slagmaat & H. van Meerten, 'Implementatie IORP II roept vragen op', *P&P* 2017/2, p. 7.

[21]
Richtlijn 2006/123.

[22]
Art. 2 lid 2 onderdeel b Richtlijn 2006/123.

[23]
Onder andere HvJ EU 12 mei 1998, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217 (*Martinez Sala*) en HvJ EU 23 november 2000, C-135/99, ECLI:EU:C:2000:647 (*Elsen*).

[24]
In de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2017/18, 34934, 6, p. 8, is op dit punt een toelichting gegeven. Deze toelichting geeft daarover echter geen uitsluitsel.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 08-03-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl