



Vragen over implementatie IORP Richtlijn: grensoverschrijdende uitvoering in discussie

Betref wetsvoorstel onder kamerstuk nr. 34934

Prof. dr. Erik Lutjens – hoogleraar Pensioenrecht VU Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht

Iorp en grensoverschrijdende uitvoering

Het wetsvoorstel tot implementatie van de IORP II richtlijn (richtlijn 2016/2341/EU) is in behandeling bij de Tweede Kamer (wetsvoorstel **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)**, kamerstuk 34934).

Er is een aantal voorstellen tot beperking van de mogelijkheden van grensoverschrijdende uitvoering.

- Een voorstel is om bij grensoverschrijdende waardeoverdracht de NL zekerheidsmaatstaf uit de Pensioenwet (97,5%) voor te (blijven) schrijven (amendement nr. 13, Omtzigt).
- Een ander voorstel ligt besloten in de tweede nota van wijziging en houdt in dat een tweederdemeerderheid van de deelnemers en gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden die hebben gereageerd op een daartoe strekkend schriftelijk verzoek het voorgenomen besluit met betrekking tot de collectieve waardeoverdracht hebben goedgekeurd (nr. 11).

Vraag

De volgende vraag is hierbij gerezen:

zijn deze beperkingen op de grensoverschrijdende waardeoverdracht toegestaan volgens de IORP II richtlijn en de in het VWEU (Verdrag Werking EU) geborgde vrije dienstverrichting?

Ook de minister is hier in zijn brief van 8 oktober 2018 op ingegaan (kamerstuk 34934, nr. 16).

Uit de richtlijn blijkt:

- **De richtlijn kent twee belangrijke uitgangspunten (overweging 3):**

Deze richtlijn beoogt minimale harmonisatie en mag de lidstaten daarom niet beletten verdere voorschriften ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen in te voeren, mits deze voorschriften in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke verplichtingen van de lidstaten. Deze richtlijn is niet van toepassing op kwesties in verband met nationaal sociaal, arbeids-, belasting- of contractenrecht of de toereikendheid van de pensioenvoorziening in de lidstaten.

- **Ook geldt dat een doel is (overweging 11):**

het faciliteren van grensoverschrijdende activiteiten van IBPV's en de grensoverschrijdende overdracht van pensioenregelingen.

- **Waar toe de richtlijn er op is gericht op (overweging 12):**
het wegnemen van onnodige belemmeringen (voor grensoverschrijdende uitvoering)
- **Wat betreft de overdracht geldt ook (overweging 36):**

Het recht van een in een bepaalde lidstaat gevestigde IBPV om een in een andere lidstaat overeengekomen bedrijfspensioenregeling uit te voeren, moet worden uitgeoefend met volledige inachtneming van de sociaal- en arbeidsrechtelijke bepalingen die in de lidstaat van ontvangst van kracht zijn, voor zover deze voor bedrijfspensioenregelingen relevant zijn, bijvoorbeeld de definitie en de betaling van pensioenuitkeringen en de voorwaarden voor de overdraagbaarheid van pensioenrechten. Het toepassingsgebied van de prudentiële regels moet worden verduidelijkt om de rechtszekerheid van de grensoverschrijdende activiteiten van IBPV's te garanderen.

- **Artikel 12 richtlijn geeft regels voor “grensoverschrijdende overdrachten”. Artikel 12 lid 3 formuleert een goedkeuringsvereiste:**

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.

- **Over het stellen van aanvullende eisen aan een ontvangende IOPR is opgemerkt (overwegingen 40-43)**

(40) Een prudente berekening van de technische voorzieningen is van wezenlijk belang om ervoor te zorgen dat zowel op korte als op lange termijn aan de pensioenverplichtingen kan worden voldaan. De technische voorzieningen moeten derhalve worden berekend op basis van erkende actuariële methoden en door een actuaaris of door een andere deskundige op dat gebied worden gewaarmerkt. De maximale rentevoeten moeten prudent worden gekozen overeenkomstig relevante nationale voorschriften. Het minimumbedrag van de technische voorzieningen moet toereikend zijn om de uitbetaling van de reeds verschuldigde uitkeringen aan pensioengerechtigden te kunnen voortzetten en de verplichtingen weergeven die uit de opgebouwde pensioenrechten van de deelnemers voortvloeien. De actuariële functie moet worden uitgeoefend door personen met een kennis van actuariële en financiële wiskunde die in verhouding staat tot de omvang, aard, schaal en complexiteit van de risico's die aan de werkzaamheden van de IBPV verbonden zijn, en die kunnen aantonen over relevante ervaring met de toepasselijke beroepskwalificaties of andere normen te beschikken.

(41) De door IBPV's gedekte risico's lopen van lidstaat tot lidstaat sterk uiteen. De

lidstaten van herkomst dienen derhalve de mogelijkheid te hebben de berekening van de technische voorzieningen te onderwerpen aan aanvullende en uitvoerigere regels dan die welke in deze richtlijn zijn vastgesteld.

- (42) Er moeten toereikende en passende activa ter dekking van de technische voorzieningen worden vereist om de belangen te beschermen van de deelnemers aan en pensioengerechtigden van de pensioenregeling wanneer de bijdragende onderneming insolvent wordt.
- (43) Om een gelijk speelveld tussen binnenlandse en grensoverschrijdende IBPV's te bevorderen, moeten de lidstaten rekening houden met de financieringsvereisten voor zowel binnenlandse als grensoverschrijdende IBPV's.

- **Art. 13, 14 en 15 richtlijn bepalen:**

De lidstaat van herkomst zorgt voor dat de IORP beschikt over voldoende technische voorzieningen, een voldoende financiering en een voorgeschreven eigen vermogen. De lidstaat van herkomst (dus van vestiging van de IORP) kan ten aanzien van de berekening van de technische voorzieningen aanvullende en meer uitvoerige voorwaarden opleggen met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden.

Wat volgt hier uit

1. de IORP heeft te voldoen aan de minimum eisen van de richtlijn, waarbij echter de invulling van het financiële kader is overgelaten aan de lidstaat van herkomst (vestiging van de IORP). Het financiële toezicht recht is het recht van de lidstaat van herkomst. De lidstaat van herkomst is wel bevoegd aanvullende eisen te stellen;
2. voor grensoverschrijdende overdracht is instemming van de meerderheid nodig van deelnemers en pensioengerechtigden: het nationale recht bepaalt wat onder meerderheid wordt verstaan

Conclusie in relatie tot de twee voorstellen

- **Nederlands prudentieel kader, zekerheidsmaatstaf**

Het eisen van Nederlands prudentieel kader wat betreft de zekerheidsmaatstaf ook na een grensoverschrijdende waardeoverdracht, moet als strijdig met de regel dat het nationale toezichtrecht van toepassing is en dus als strijdig met de richtlijn worden aangemerkt. De rol van de toezichthouder van de lidstaat van herkomst ligt in het toezien op toezien op/eisen dat de pensioenovereenkomst (waarop het Nederlandse sociaal en arbeidsrecht van toepassing is) voldoende veilig is gesteld, maar dat loopt in beginsel volgens de normen van het lokale toezichtrecht dat van toepassing is op het karakter van de (Nederlandse) pensioenovereenkomst;

- **De goedkeuring bij grensoverschrijdende overdrachten**

- De richtlijn kent een eis specifiek voor grensoverschrijdende overdrachten. Om daar invulling aan te geven is in overeenstemming met de richtlijn. In de tweede nota van wijziging wordt een tweederde meerderheid vereist. Weliswaar bepaalt de richtlijn dat de meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht, maar de vraag is of een tweederde meerderheid niet een zo vergaande extra drempel is dat hier een te ruime oprekking van het begrip meerderheid plaats vindt.

- De eis van een gekwalificeerde meerderheid impliceert een extra drempel voor grensoverschrijdende (buitenlandse) aanbieders voor de dienstverrichting. De vraag is of hiermee niet een niet te rechtvaardiging extra belemmering voor het vrije dienstenverkeer wordt opgelegd, strijdig met het VWEU.
- En meer algemeen kan de vraag worden gesteld of het stellen van een goedkeuringsvereiste van de meerderheid alleen voor grensoverschrijdende overdrachten en niet voor binnenlandse overdrachten niet ook een niet te rechtvaardigen inbreuk op de vrije dienstverrichting is. Er is door dit goedkeuringsvereiste immers een extra drempel voor grensoverschrijdende dienstverrichting die niet geldt voor binnenlandse overdrachten. Weliswaar bevat de richtlijn zelf een expliciete bepaling voor over alleen grensoverschrijdende overdrachten en is aldus niet de situatie aan de orde als in het arrest van het HvJ EU van 30 januari 2018¹ waarin het Hof op grond van de tekst en bedoeling van de richtlijn 2006/123 inzake dienstverrichting oordeelde dat “ook in zuiver interne situaties van toepassing zijn”. Die richtlijn 2006/123 regelt wel het vrij verrichten van diensten maar bepaalt in art. 2 lid 2 onder b met zoveel woorden dat diensten betreffende ‘bedrijfspensioenen’ zijn uitgesloten van die richtlijn. De regel dat de IORP richtlijn wat betreft overdrachten ook voor zuiver binnenlandse situaties gaat gelet op de tekst van die richtlijn ook niet op, want het goedkeuringsvereiste voor grensoverschrijdende overdrachten is juist expliciet niet geschreven voor zuiver interne situaties.
-
- Dat neemt niet weg dat het opwerpen van een drempel voor grensoverschrijdende overdrachten die niet geldt voor binnenlandse overdrachten, juist de buitenlandse IORPS het moeilijker maakt grensoverschrijdende pensioenregelingen uit te voeren en daarom als een verboden onderscheid op grond van vestigingsplaats worden aangemerkt.

E. Lutjens – 9 oktober 2018.

¹ Arrest in zaak C-360/15, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0360>.