

Build that wall? Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende waardeoverdrachten van pensioenregelingen

TRA 2019/16

Eind 2018 werd de Nederlandse implementatiewet van EU pensioenfondsen richtlijn (IORP II) in de Eerste Kamer aangenomen. Januari 2019 treedt deze in werking.

De gevolgen van deze richtlijn zijn voor werknemers die pensioen opbouwen – al of niet verplicht bij bijvoorbeeld het ABP – bijzonder groot.

In dit artikel gaan wij in op een belangrijk aspect van de implementatiewetgeving: de collectieve (grensoverschrijdende) waardeoverdracht van pensioenregelingen van werknemers wanneer de pensioenregeling wordt overgebracht naar een ander pensioenfonds.

Hoe wordt de werknemer hiertegen beschermd? Waarom wordt in de implementatiewet een onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse waardeoverdrachten? Is dat niet in strijd met EU-recht?

1. Inleiding

Een groot deel van de werknemers in Nederland bouwt via de werkgever pensioen op, het tweede pijler pensioen.² De arbeidsvoorwaarde pensioen is een afspraak tussen de werkgever en de werknemer.³ Pensioenafspraken kunnen op individueel niveau tussen werkgever en werknemer worden gemaakt, maar dit kan ook op collectief niveau door werkgevers(organisaties) en vakbonden of beroepsorganisaties. Echter weinig werknemers zullen beseffen dat de invloed van Europa steeds groter wordt op de pensioenen in Nederland. Zo heeft het Europees Parlement begin september 2018 ingestemd met de tekst van de PEPP-verordening.⁴ Het PEPP is een Europees persoonlijk pensioenproduct dat een nieuwe optie biedt om via beleggingen te sparen voor de oude dag. Ook de Algemene Verordening gegevensbescherming (de GDPR) is van toepassing op pensioenfondsen en pensioenuitvoeringsorganisaties, aangezien zij persoonsgegevens van pensioendeelnemers verwerken.⁵

1 H. van Meerten is advocaat en daarnaast hoogleraar EU pensioenrecht bij Universiteit Utrecht. L. Geerling is consultant bij Westerbrink.

2 Uit cijfers van het CBS blijkt dat 856.000 Nederlanders in loondienst geen pensioen opbouwen. Dat is veel hoger dan wordt aangenomen. Prof. Heemskerk noemt dit 'shockerend'. *Trouw*, 14 december 2018.

3 Art. 1 Pensioenwet.

4 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP), Brussel, 29.6.2017.

5 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

Daarnaast, en dat is het onderwerp van deze beschouwing, is in 2003 de Richtlijn betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, ook wel de IORP I-richtlijn, aangenomen.⁶ De IORP I-richtlijn is in 2017 herzien en uiterlijk 13 januari 2019 dient de IORP II-richtlijn te zijn geïmplementeerd door de lidstaten.⁷ Op 18 december 2018 nam de Eerste Kamer de wet aan.

Dit artikel concentreert zich op de rechten van de werknemer (of: 'pensioendeelnemer', of zijn vertegenwoordigers) op grond van de IORP II-richtlijn in het geval van een (grensoverschrijdende) collectieve waardeoverdracht: bijvoorbeeld een overdracht van de pensioenregeling van fonds A naar fonds B. Daarbij zal ook de (voorzien) rol van het orgaan van de pensioeninstelling aan de orde komen dat de (althans in theorie) deelnemers vertegenwoordigt: het verantwoordingsorgaan.⁸

De centrale vraag in dit artikel luidt: is het vanuit EU-recht bezien correct dat de door de regering gekozen vorm van grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht qua instemming van de deelnemer verschilt van een nationale waardeoverdracht?

Allereerst volgt – voor een goede duiding – een schets van enkele begrippen: wat is de IORP II-richtlijn, wat is een waardeoverdracht, en wie vertegenwoordigt *in casu* de werknemer. Vervolgens komt de kwestie aan de orde hoe het 'instemmingsregime' van waardeoverdrachten zich verhoudt met EU-recht.

2. De IORP II-richtlijn

De IORP II-richtlijn heeft betrekking op IORPs (*Institutions for Occupational Retirement Provision*): instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, die arbeidsgereleerde pensioenuitkeringen verstrekken op basis van een overeenkomst die gesloten is met de werkgever en de (vertegenwoordigers van de) werknemers, of met zelfstandigen. Nederlandse pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen (ppi's) worden aangemerkt als een IORP in de zin van de richtlijn.

6 Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IORP I-richtlijn).

7 Richtlijn 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IORP II-richtlijn).

8 Dit is de meest voorkomende figuur. Het kan ook voorkomen dat de deelnemer wordt vertegenwoordigd door de Ondernemingsraad. Daar gaan wij niet op in.

De IORP II-richtlijn heeft als doel het bevorderen van de verdere ontwikkeling van het tweede pijler pensioen in de Europese Unie. IORPs moeten de mogelijkheid hebben om in andere lidstaten op te treden en dienen daarbij deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen een hoog niveau van bescherming en veiligheid te bieden.⁹ De richtlijn beoogt minimale harmonisatie en mag de lidstaten daarom niet beletten verdere voorschriften ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen in te voeren.¹⁰ Daarnaast beoogt de richtlijn goede governance, informatieverstrekking aan deelnemers en een transparante en veilige bedrijfspensioenvoorziening te garanderen.¹¹ De IORP II-richtlijn beoogt de grensoverschrijdende activiteiten van IORPs en de grensoverschrijdende overdracht van pensioenregelingen te vergemakkelijken door procedures, zoals waardeoverdracht, te verduidelijken en onnodige belemmeringen weg te nemen.¹²

3. Grensoverschrijdende waardeoverdracht

Voor de definitie van 'waardeoverdracht' is art. 1 van de Nederlandse Pensioenwet relevant. Op grond van art. 1 van de Pensioenwet wordt onder waardeoverdracht verstaan 'iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van: 1. andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder, of 2. dezelfde aanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder'. Bij een collectieve waardeoverdracht wordt de waarde van de pensioenaanspraken en pensioenrechten van alle of een deel van deelnemers overgedragen.¹³ Op grond van art. 83 Pensioenwet kan een collectieve waardeoverdracht plaatsvinden op verzoek van de werkgever bij einde van de uitvoeringsovereenkomst, bij overgang van onderneming, bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst of in geval van een overdracht naar een andere collectiviteitskring in hetzelfde algemeen pensioenfonds. Het pensioenfonds stelt het verantwoordingsorgaan in de gelegenheid om advies over de waardeoverdracht uit te brengen.¹⁴ Voorwaarde voor het verwezenlijken van een collectieve waardeoverdracht is dat de (gewezen) deelnemers, gewezen partners of pensioengerechtigden geen bezwaren tegen de waardeoverdracht kenbaar hebben gemaakt jegens de pensioenuitvoerder nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd.¹⁵ Een collectieve waardeoverdracht van pensioenafspraken is op grond van art. 83 Pensioenwet dus niet mogelijk voor de deelnemers die tegen deze overdracht bezwaar hebben gemaakt.¹⁶ Indien een pensioenfonds liquideert en 'opgaat' in een ander

Nederlands pensioenfonds, is het pensioenfonds verplicht op grond van art. 84 Pensioenwet tot collectieve waardeoverdracht. Hierbij hebben begunstigden geen bezwaarmogelijkheid.

In art. 12 van de IORP II-richtlijn is een regeling neergelegd voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Een grensoverschrijdende overdracht betreft de situatie waarin een pensioenuitvoerder passiva of technische voorzieningen van een pensioenregeling, andere verplichtingen en rechten, en de overeenkomstige activa of de geldwaarde daarvan, geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een pensioenuitvoerder in een andere lidstaat.¹⁷ Op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn moet de grensoverschrijdende waardeoverdracht van tevoren worden goedgekeurd door de meerderheid van de betrokken deelnemers en een meerderheid van de betrokken pensioengerechtigden of, in voorkomend geval, door een meerderheid van hun vertegenwoordigers. Deze meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht. De vraag die hieronder aan de orde komt is wie deze vertegenwoordigers van de deelnemers en pensioengerechtigden in Nederland kunnen zijn die op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn de grensoverschrijdende waardeoverdracht moeten goedkeuren.

4. Het verantwoordingsorgaan

De meest voorkomende figuur – naast het bestuur en de raad van toezicht – bij Nederlandse pensioenfonds is het verantwoordingsorgaan.¹⁸ In Nederland zijn de deelnemers en pensioengerechtigden evenredig op basis van onderlinge getalsverhoudingen vertegenwoordigd in het verantwoordingsorgaan van het pensioenfonds.¹⁹ De leden van het verantwoordingsorgaan vormen een zo evenwichtig mogelijke afspiegeling van de betreffende geleding.²⁰ De werkgever kan ook vertegenwoordigd zijn in het verantwoordingsorgaan, indien de werkgever of de deelnemers en pensioengerechtigden dit wensen.²¹ Het verantwoordingsorgaan heeft de taak om een oordeel te geven over het handelen van het bestuur van het pensioenfonds aan de hand van het bestuursverslag, de jaarrekening en andere informatie.²² Het bestuur dient verantwoording af te leggen aan het verantwoordingsorgaan over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd.²³ Het verantwoordingsorgaan heeft ook het recht om advies uit te brengen over de in art. 115a lid 3 genoemde zaken, bijvoorbeeld in geval van gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds.²⁴

9 Preambule 2 Richtlijn 2016/2341.

10 Preambule 3 Richtlijn 2016/2341.

11 Preambule 4 Richtlijn 2016/2341.

12 Preambule 12 Richtlijn 2016/2341.

13 Definitie volgens DNB. Zie de website van DNB, te bereiken via: www.toezicht.dnb.nl/2/6/50-236754.jsp.

14 Art. 115a lid 3 onder f Pensioenwet.

15 Art. 83 lid 2 Pensioenwet.

16 Voor de deelnemers die geen bezwaar hebben gemaakt gaat de waardeoverdracht wel door. Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, 3, p. 236.

17 Art. 12 lid 1 IORP II-richtlijn.

18 www.statistiek.dnb.nl.

19 Art. 115 lid 2 Pensioenwet.

20 Art. 115 lid 2 Pensioenwet.

21 Art. 115 lid 2 Pensioenwet.

22 Art. 115a lid 2 Pensioenwet.

23 Art. 115a lid 1 Pensioenwet.

24 Art. 115a lid 3 onder f Pensioenwet.

Uit de zaak 'Pensioenfonds Tandtechniek', die in 2017 speelde voor de Ondernemingskamer, blijkt echter dat het verantwoordingsorgaan slechts zeer beperkte bevoegdheden heeft.²⁵ Het bestuur en het verantwoordingsorgaan van het bedrijfstakpensioenfonds Tandtechniek waren al enkele jaren met elkaar in conflict. Zo had het verantwoordingsorgaan een negatief advies uitgebracht over het samengaan met Pensioenfonds Zorg en Welzijn, maar het bestuur heeft dit toch doorgezet. Op 22 augustus 2017 heeft het verantwoordingsorgaan bij de Ondernemingskamer een beroep gedaan op zijn recht van enquête en was daarmee het eerste verantwoordingsorgaan dat van dit recht gebruikmaakte. Op grond van art. 219 Pensioenwet heeft het verantwoordingsorgaan de bevoegdheid om een verzoek in het kader van het recht van enquête, als bedoeld in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, in te dienen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Het verantwoordingsorgaan van Tandtechniek maakte gebruik van zijn recht van enquête en verzocht de Ondernemingskamer op grond van art. 2:345 Burgerlijk Wetboek (BW) om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de stichting Pensioenfonds Tandtechniek over de periode vanaf 1 januari 2014.²⁶

De Ondernemingskamer was van oordeel dat het verzoek moest worden afgewezen, aangezien het de bedoeling van de wetgever zou zijn dat het verantwoordingsorgaan (mede)zeggenschap heeft en niet de rol van (mede)beleidsbepaler.²⁷ Dit zou meebrengen dat het verantwoordingsorgaan derhalve in essentie een medezeggenschapsorgaan is. De Ondernemingskamer was van oordeel dat het onderhavige verantwoordingsorgaan zijn rol ten opzichte van het bestuur en de raad van toezicht miskende en zijn taken en bevoegdheden op grond van de wet, de statuten en het reglement van het verantwoordingsorgaan te ruim had opvat.²⁸

5. Grensoverschrijdende waardeoverdracht

Zoals gezegd dient op grond van art. 12 lid 3 IORP II-richtlijn een meerderheid (curs. HvM, LG) van de (vertegenwoordigers van) (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden akkoord te gaan met een grensoverschrijdende waardeoverdracht. De regering stelde in de kamerbrief van 13 april 2017²⁹ met betrekking tot de implementatie van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn het volgende voor:

“Voor pensioenfondsen wil ik hierbij uitgaan van goedkeuring door een meerderheid van het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan exclusief de vertegenwoordiging van de werkgever. Voor premiepensioeninstellingen (ppi's) willen we uitgaan van instemming van de ondernemingsraad of, wanneer dit

niet mogelijk is, door middel van het voorleggen aan alle (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden waarbij een meerderheid van de reacties de doorslag zal geven.”³⁰

Dit zou betekenen dat het verantwoordingsorgaan op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn een goedkeuringsrecht zou krijgen ten aanzien van grensoverschrijdende overdrachten.³¹ Daarbij verdient aandacht dat de implementatie van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn voor het verantwoordingsorgaan niet wordt verwezenlijkt door het van toepassing verklaren van het adviesrecht als bedoeld in art. 115a lid 3 onder f Pensioenwet. Het recht om goedkeuring te geven is namelijk 'sterker' dan het recht om advies te geven. Voor de implementatie van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn moet aan het verantwoordingsorgaan een goedkeuringsrecht ten aanzien van grensoverschrijdende overdracht worden toegekend, vergelijkbaar met art. 115c lid 9 onder a Pensioenwet voor het belanghebbendenorgaan. Daarmee zouden de rechten van het verantwoordingsorgaan worden uitgebreid ten opzichte van de rechten dat het had op grond van de Nederlandse wet, waar het namelijk alleen een adviesrecht had op grond van art. 115a lid 3 Pensioenwet. Het goedkeuringsrecht van het verantwoordingsorgaan op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn vormt daarmee een sterke aanwijzing om het verantwoordingsorgaan aan te merken als medebeleidsbepaler in plaats van medezeggenschapsorgaan. Dit zou een strengere toets door DNB tot gevolg hebben bij de benoeming van een persoon in het verantwoordingsorgaan.

Op 26 september 2018 heeft Minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) een nota van wijziging ingediend bij het wetsvoorstel dat de implementatie regelt van de IORP II-richtlijn met betrekking tot art. 12 lid 3 van deze richtlijn.³² Voorgesteld werd het goedkeuringsrecht van het verantwoordingsorgaan c.q. het belanghebbendenorgaan van een pensioenfonds voor een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht te vervangen door de eis dat goedkeuring vereist is van een tweederdemeerderheid van de deelnemers en gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden die hebben gereageerd op een daartoe strekkend schriftelijk verzoek (hierna: 2/3 meerderheids-eis). Op deze manier zou nadrukkelijker worden geborgd dat er vanuit de verschillende geledingen voldoende steun is voor de grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht. Onduidelijk is waarom minister Koolmees kiest voor de 2/3 meerderheids-eis aangezien de IORP II-richtlijn een gewone meerderheid in art. 12 voorschrijft. De keuze voor goedkeuring door een tweederdemeerderheid van de betrokken deelnemers en een tweederdemeerderheid van de betrokken pensioengerechtigden, die hebben gereageerd op het verzoek

25 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378.

26 Art. 219 Pensioenwet en art. 2:2345 lid 1 BW.

27 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378, r.o. 3.5.

28 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378, r.o. 3.7.

29 Kamerstukken II 2016/17, 33931, 20.

30 Kamerstukken II 2016/17, 33931, 20, p. 2.

31 H. van Meerten & O. de Baan, 'Het verantwoordingsorgaan: een serieuze zaak', *PensioenMagazine* 2017/101, afl. 8/9.

32 Kamerstukken II 2018/19, 34934, 11.

vormt zeer waarschijnlijk³³ een relatief hoge drempel om tot goedkeuring te komen. Daarnaast is niet vereist dat een meerderheid van alle deelnemers en een meerderheid van alle pensioengerechtigden instemt, maar slechts diegenen die hebben gereageerd. Het is dus irrelevant hoeveel deelnemers en gepensioneerden hebben gereageerd. Indien drie deelnemers zouden reageren waarvan twee instemmen zou een waardeoverdracht al verwezenlijkt kunnen worden. Tegenovergesteld kan een waardeoverdracht tegengehouden worden indien drie deelnemers reageren waarvan er twee tegenstemmen. De vraag is hoe representatief deze 2/3 meerderheids-eis is nu er geen minimale respons is vereist.

De 2/3 meerderheids-eis geldt daarentegen niet voor een binnenlandse collectieve waardeoverdracht. Indien 2/3 tegenstemt gaat – in tegenstelling tot wat art. 83 Pensioenwet inhoudt – de gehele waardeoverdracht niet door.³⁴

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is de vraag gesteld of het is toegestaan om onderscheid te maken tussen de voorwaarden die gelden voor een grensoverschrijdende en een binnenlandse collectieve waardeoverdracht.³⁵

6. Strijd met EU-recht

Art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn – en daarmee ook de implementatiewet – maakt met de invoering van de 2/3 meerderheids-eis een onderscheid tussen de grensoverschrijdende en de nationale waardeoverdracht, nu er een drempel wordt opgeworpen voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten die niet geldt voor nationale waardeoverdrachten.³⁶ De goedkeuringseisen die gelden voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten, maar niet voor binnenlandse waardeoverdrachten kunnen een belemmering vormen voor het vrije verkeer. Dit onderscheid kan op grond van EU-recht worden aangemerkt als een onderscheid op grond van 'nationaliteit' (van de pensioenregeling).³⁷ Dit beginsel is ook vervat in art. 21 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar dit artikel bevat geen uitzonderingsgronden. Art. 21 lid 2 Handvest bepaalt dat 'binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden is'.³⁸ Dit grondrecht wordt als een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie beschouwd en heeft zogenoemde horizontale werking. Uit de zaak T-618/15 van 20 november 2017 blijkt dat 'artikel 21 van het Handvest een bijzondere uitdrukking van het be-

ginsel van gelijke behandeling vormt en dat dit beginsel en het verbod van iedere discriminatie twee benamingen zijn van eenzelfde algemeen rechtsbeginsel, dat enerzijds verbiedt om vergelijkbare situaties verschillend te behandelen en anderzijds om verschillende situaties op gelijke wijze te behandelen, tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen'.³⁹ Wanneer we dit arrest op het onderhavige geval toepassen dienen vergelijkbare situaties, te weten een grensoverschrijdende en een nationale waardeoverdracht, op gelijke wijze te worden behandeld tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen. De vraag is of het onderscheid op grond van nationaliteit dat art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn maakt gerechtvaardigd kan worden. Voor de beantwoording van deze vraag toetst het Hof van Justitie 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 verder gaan dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te verwezenlijken. De bepalingen omtrent nationale en grensoverschrijdende waardeoverdrachten zouden ons inziens gelijk moeten worden getrokken, om een mogelijke schending van het EU-recht te voorkomen.

Richtlijnen en verordeningen (secundair EU-recht) moeten in overeenstemming zijn met fundamentele grondrechten zoals vastgelegd in het EU-Verdrag en het EU Handvest. Meerdere secundaire wetgeving die hierop inbreuk maakte, is door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) vernietigd. Vandamme geeft in zijn proefschrift een groot aantal voorbeelden van (door het Hof) vernietigde richtlijnen.⁴⁰ Niet alleen kan de EU-rechter een deel van de IORP II-richtlijn ongeldig verklaren wegens verboden onderscheid, maar ook nationale implementatiewetgeving kan dan buiten toepassing worden verklaard. Het zou *in casu* kunnen betekenen dat alle bestaande (nationale en internationale) waardeoverdrachten niet kunnen worden uitgevoerd.

In het Kamerdebat van 11 oktober 2018 betreffende de invoering van de gewijzigde IORP II-richtlijn vroegen D66, VVD en 50Plus om nadere uitleg over het onderscheid tussen collectieve waardeoverdrachten binnen en buiten Nederland. Minister Koolmees stelde dat het onderscheid bij waardeoverdrachten binnen en buiten Nederland in de IORP II-richtlijn zit en daarom zou het niet in strijd zijn met Europees recht als Nederland zwaardere eisen stelt aan grensoverschrijdende waardeoverdrachten.⁴¹

Op verzoek van de Eerste Kamer werd de kwestie nogmaals aan de Raad van State voorgelegd.⁴² Op 28 november 2018 heeft de Raad van State antwoord gegeven op de vraag of

33 Het goedkeuringrecht voor de gehele grensoverschrijdende waardeoverdracht geldt niet voor binnenlandse waardeoverdrachten. Maar in theorie kan het voorkomen dat 99.9% van de deelnemers bezwaar maakt op grond van art. 83 Pensioenwet.

34 Dat kan geconcludeerd worden uit de IORP II-richtlijn.

35 Kamerstukken II 2018/19, 34934, 16.

36 H. Van Meerden & M. Van Slagmaat, 'Implementatie IORP II roept vragen op', *Pensioen & Praktijk* 2017/2.

37 Hoe deze wordt bepaald is te lezen in: H. Van Meerden, 'Pensionreform in the EU: recent developments after the implementation of the IORP Directive', *Pensions: An International Journal*, 14, 4, 2009.

38 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2012/C 326/02.

39 T-618/15, ECLI:EU:T:2017:821.

40 T.A.J.A. Vandamme, *The invalid directive: the legal authority of a union act requiring domestic law making*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

41 Zie ook 'Koolmees: onderscheid waardeoverdracht binnen en buiten Nederland zit in richtlijn', *PensioenPro*, 12 oktober 2018.

42 Kamerstukken I 2018/19, 34934, B.

het onderscheid bij waardeoverdrachten binnen en buiten Nederland in strijd zou zijn met het Europees recht.⁴³ De Raad van State concludeert dat zij geen aanleiding ziet om te veronderstellen dat de voorgestelde 2/3 meerderheids-eis voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten in strijd zou komen met het Europees recht. De Raad van State stelt dat 'bij een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht de gevolgen voor deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden aanzienlijk kunnen zijn als gevolg van de verschillen tussen toepasselijke pensioenstelsels. Bij binnenlandse collectieve waardeoverdrachten is van zulke gevolgen geen sprake'.⁴⁴ De Raad van State concludeert 'dat weliswaar sprake is van ongelijke behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten, maar dat de gevallen zozeer van elkaar verschillen dat deze terecht verschillend worden behandeld. Er kan dan ook niet geconcludeerd worden dat deze in strijd zou zijn met het Unierecht'.⁴⁵

Gesteld kan worden dat de gevolgen voor een binnenlandse waardeoverdracht net zo groot kunnen zijn voor (gewezen) deelnemers en gepensioneerden als bij een grensoverschrijdende waardeoverdracht. Te denken valt aan een situatie als hierboven geschetst, waarbij een deelnemer fors gekort wordt – bij het Pensioenfonds Tandtechniek wel 9,3%⁴⁶ – op de pensioenafspraken indien het Nederlands pensioenfonds opgaat in een ander Nederlands pensioenfonds. Deze flinke korting heeft wel degelijk aanzienlijke gevolgen voor (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden. In tegenstelling tot hetgeen de Raad van State concludeert, lijkt er sprake te zijn van onderscheid op grond van nationaliteit van de pensioenregeling, nu er een drempel wordt opgeworpen voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten die niet geldt voor nationale waardeoverdrachten.⁴⁷

Voor minister Koolmees (en de Raad van State) is een belangrijk argument om het onderscheid in waardeoverdrachten te rechtvaardigen dat het een essentieel verschil is dat bij een grensoverschrijdende waardeoverdracht één of meerdere landen betrokken zijn. Echter, op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) lijkt het niet ter zake te doen of er sprake is van een overdracht waarbij meerdere landen betrokken zijn. Zo overweegt het HvJ EU in het arrest *ING Pensii* het volgende:

"In casu blijkt uit het dossier dat aan het Hof is overgelegd dat de litigieuze diensten grensoverschrijdend konden worden verstrekt, daar de personen die verplicht waren zich bij een van de erkende fondsen aan te sluiten en hun werkgevers in andere lidstaten gevestigd konden zijn en de in Roemenië opgerichte pensioenfondsen kon-

den toebehoren aan vennootschappen gevestigd in andere lidstaten."⁴⁸

Gevestigd 'konden zijn' aldus het HvJ EU. Dat doet sterk denken aan de zogeheten 'Dassonville-uitspraak', die een potentiële handelsbelemmering tussen lidstaten van de EU verbiedt.⁴⁹

Derhalve, het HvJ EU legt 'grensoverschrijdende activiteit' zeer ruim uit en het kan dus ook situaties betreffen binnen een lidstaat.

Voorts, tot slot, vroeg CDA-senator Oomen-Ruijten nog het volgende:

"Bij het stellen van extra eisen aan een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht hanteert de regering het argument dat het prudentieel kader in een andere lidstaat zou verschillen van het Nederlandse prudentieel kader, waardoor extra voorwaarden aan een buitenlandse collectieve waardeoverdracht noodzakelijk zijn, zo lezen de leden van de CDA-fractie in de memorie van antwoord. Zien deze leden het goed, dan zijn er toch ook in Nederland verschillen in het prudentieel kader, afhankelijk van het type pensioenregeling? Zo gelden toch voor een bedrijfspensioenfonds andere regels dan voor een verzekeraar of premiepensioeninstelling."⁵⁰

Het antwoord van de regering was dat dit 'juist is' maar 'de pensioenregeling valt dan dus voor een groot deel niet meer onder de Nederlandse invloedssfeer'.⁵¹

Los van de omstandigheid dat ook dit niet geheel juist is,⁵² is grensoverschrijdend verkeer vergemakkelijken de kern van EU-recht en de bedoeling van de IORP II richtlijn. De minister en de Raad van State lijken aldus voorbij te gaan aan de omstandigheid dat de IORP II-richtlijn zelf strijdig kan zijn met Europees recht? Deze cruciale vraag bleef in het Raad van State advies onbeantwoord.

7. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de instemming van de werknemer (of: pensioendeelnemers) in geval van een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn leek te zijn uitgebreid voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Het verantwoordingsorgaan, als (theoretisch?) vertegenwoordiger van de pensioengerechtigden en pensioendeelnemers, zou op grond van de oorspronkelijke implementatie een goedkeuringsrecht

43 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, E.*

44 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, E, p. 6.*

45 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, E, p. 6.*

46 PensioenPro, 5 september 2018, 'Tandtechniek kort maximaal 9,3% bij overgang naar PFZW'.

47 H. Van Meerten & M. Van Slagmaat, 'Implementatie IORP II roept vragen op', *Pensioen & Praktijk* 2017/2.

48 HvJ EU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:484 (*ING Pensii*).

49 *Kamerstukken I 2018/19, bijlage bij Kamerstuk 34934, nr. B* ('Technische informatie over de publicatie Waarom artikel 12 IORP II in strijd is met het EU Verdragsrecht' (Prof. dr. mr. H. Van Meerten, hoogleraar EU Pensioenrecht)).

50 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, G.*

51 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, H.*

52 De IORP II-richtlijn bevat tal van mechanismen die de Nederlandse toezichthouder heeft om de regeling die wordt uitgevoerd door een IORP uit een andere lidstaat te kunnen 'bijsturen' indien noodzakelijk.

krijgen in geval van een collectieve grensoverschrijdende waardeoverdracht. Dit zou betekenen dat er sterke aanwijzingen zouden bestaan dat de rol van het verantwoordingsorgaan in deze context met de komst van de IORP II-richtlijn is verschoven van medezeggenschapsorgaan naar medebeleidsbepaler.

Later paste de Minister van SZW dit aan en verving dit door een 2/3 meerderheids-eis van de deelnemers in geval van grensoverschrijdende waardeoverdrachten. De 2/3 meerderheids-eis geldt daarentegen niet voor een binnenlandse collectieve waardeoverdracht en de vraag was of daarmee deze eis in strijd was met het EU-recht. De minister vond van niet en lijkt hiermee voorbij te gaan aan de omstandigheid dat de IORP II-richtlijn *zelf* strijdig kan zijn met Europees recht. Op 18 december 2018 werd de implementatiewet in de Eerste Kamer aangenomen.

In dit artikel hebben wij aangetoond dat een deelnemer die (fors) wordt gekort op zijn pensioenafspraken zich terecht kan afvragen – indien zijn Nederlands pensioenfonds bijvoorbeeld opgaat in een ander Nederlands pensioenfonds – waarom grensoverschrijdende waardeoverdrachten andere – zeer waarschijnlijk ‘zwaardere’ – instemming van de deelnemer behoeft dan nationale waardeoverdrachten. Dit geldt *a fortiori* daar het HvJ EU ‘grensoverschrijdende activiteit’ zeer ruim uitlegt en het ook situaties kan betreffen binnen een lidstaat.