

Vergaderjaar 2018–2019

**34 934**

**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)**

**E**

**BRIEF VAN DE VICEPRESIDENT VAN DE RAAD VAN STATE**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 november 2018

Bij brief van 20 november 2018 heeft de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen betreffende enkele vragen die zijn opgekomen bij de behandeling van het wetsvoorstel tot 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).

Met de tweede nota van wijziging<sup>1</sup> is in artikel I, onderdeel M, artikel 90a, eerste lid, onder b, van de Pensioenwet (Pw) voorgeschreven 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.

In de brief wordt de Afdeling advisering van de Raad van State verzocht de Eerste Kamer overwegingen mee te geven ten aanzien van het bij nota van wijziging geïntroduceerde vereiste van tweederdemeerderheid. Tevens wordt gevraagd of deze verhoogde drempel een toegestane beperking vormt op de grensoverschrijdende waardeoverdracht volgens de richtlijn, met inachtneming van de fundamentele vrijheden en rechtsbeginselen van de Europese Unie, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie naar nationaliteit, en in hoeverre sprake is van een te rechtvaardigen onderscheid. Ten slotte wordt de

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2018/19, 34 934, nr. 11.

vraag gesteld hoe ver de vrijheid van de lidstaten reikt bij het definiëren overeenkomstig het nationale recht van de meerderheid, zoals artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn de lidstaten toestaat.

De Afdeling komt in deze voorlichting tot de conclusie dat zij geen aanleiding ziet om te veronderstellen dat de met de tweede nota van wijziging voorgestelde goedkeuringsprocedure voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten in strijd is met artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn of anderszins in strijd zou komen met het Unierecht.

Dat er niet voor is gekozen om eenzelfde procedure voor binnenlandse collectieve waardeoverdrachten in te voeren als voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten leidt weliswaar tot een ongelijke behandeling, maar de gevallen verschillen zozeer van elkaar dat de conclusie dat de ingevolge de richtlijn voorgestelde goedkeuringsprocedure voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten in strijd zou zijn met het Unierecht, niet kan worden getrokken. Het gaat om ongelijke gevallen die om die reden ongelijk worden behandeld.

Hieronder gaat de Afdeling eerst in op de betekenis van de richtlijn, in het bijzonder artikel 12, derde lid, onder a. Vervolgens wordt ingegaan op de voorgestelde, bij de tweede nota van wijziging aangepaste, eis van instemming van deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden met een voorgenomen besluit tot grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht. Dan volgt een beoordeling van het voorstel in het licht van de gestelde vragen.

## **1. Artikel 12 van de richtlijn**

De richtlijn beoogt minimumharmonisatie van bedrijfspensioenregelingen.<sup>2</sup> Daarbij gaat het om zowel het bevorderen van de mogelijkheden voor pensioeninstellingen om in andere lidstaten te opereren, als om het harmoniseren van minimumwaarborgen voor de bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden.<sup>3</sup>

Artikel 12 van de richtlijn voorziet in een procedure voor gehele of gedeeltelijke overdracht van de passiva of technische voorzieningen van een pensioenregeling, andere verplichtingen en rechten, en de overeenkomstige activa of de geldwaarde daarvan, naar een andere lidstaat (grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht).<sup>4</sup> Voor zo'n overdracht is de toestemming («goedkeuring») vereist van de toezichthouder in zowel de lidstaat van vertrek als de lidstaat van ontvangst (artikel 12, vierde lid, van de richtlijn).

Ingevolge artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn moet de overdracht van tevoren worden goedgekeurd door een meerderheid van de betrokken deelnemers en een meerderheid van de betrokken pensioengerechtigden of, in voorkomend geval, door een meerderheid van hun vertegenwoordigers. In het derde lid is voorts expliciet bepaald dat de meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht.

Artikel 12 van de richtlijn ziet slechts op grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten. De richtlijn voorziet niet in vergelijkbare regels voor binnenlandse collectieve waardeoverdrachten. Dat in de richtlijn uitsluitend een regeling is getroffen voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten, begrijpt de Afdeling tegen de achtergrond van de opzet van de richtlijn zelf. De richtlijn geeft geen alomvattend toetsings-

<sup>2</sup> Zie o.a. considerans, overweging 3.

<sup>3</sup> Considerans, overweging 2.

<sup>4</sup> Grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten moeten worden onderscheiden van grensoverschrijdende activiteiten (zie artikel 11 van de richtlijn en considerans, overweging 13).

kader voor aanvullende pensioenen, maar voorziet in minimumharmonisatie op een aantal punten.<sup>5</sup> De verschillen tussen de stelsels voor aanvullende pensioenen van de lidstaten van de Europese Unie zijn groot.<sup>6</sup> Bij een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht kunnen de gevolgen voor deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden dan ook aanzienlijk zijn als gevolg van de verschillen tussen toepasselijke pensioenstelsels. Bij binnenlandse collectieve waardeoverdracht is van zulke ingrijpende gevolgen geen sprake. In dat geval blijven dezelfde regels gelden.

## 2. Het voorstel

In het oorspronkelijke voorstel was in artikel 90a, tweede lid, onder b, van de Pensioenwet bepaald dat – kort gezegd – een meerderheid binnen het verantwoordingsorgaan, respectievelijk een meerderheid van de vertegenwoordigers in het belanghebbendenorgaan, het voorgenomen besluit tot collectieve waardeoverdracht naar een pensioeninstelling in een andere lidstaat moet goedkeuren.<sup>7</sup>

Bij de tweede nota van wijziging is deze bepaling aangepast.<sup>8</sup> Voor een dergelijke waardeoverdracht wordt nu vereist dat een tweederdemeerderheid van de deelnemers, gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de gepensioneerden, die hebben gereageerd op een daartoe strekkende schriftelijk verzoek,<sup>9</sup> het voorgenomen besluit met betrekking tot collectieve waardeoverdracht naar een pensioeninstelling in een andere lidstaat hebben goedgekeurd. Volgens de toelichting bij de nota van wijziging wordt op deze manier nadrukkelijker verzekerd dat er vanuit de verschillende geledingen voldoende steun is voor de grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht.<sup>10</sup>

Uit de mondelinge behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer wordt de achtergrond van deze aanscherping duidelijk. Er zijn zorgen over een mogelijke verplaatsing van Nederlands pensioenvermogen naar een andere lidstaat in verband met toezichtarbitrage.<sup>11</sup> De achtergrond daarvan is dat het Nederlandse pensioenstelsel in vergelijking met dat van andere lidstaten ver is ontwikkeld en dat in dit stelsel relatief veel vermogen is opgebouwd.<sup>12</sup> Tot nu toe is beperkt gebruik gemaakt van de bestaande mogelijkheden tot grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht, bijvoorbeeld bij pensioenregelingen van multinationals met een eigen ondernemingspensioenfonds.<sup>13</sup> Tijdens de behandeling van het voorstel is gesproken over het risico dat grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten zijn ingegeven door soepeler regels in andere lidstaten (toezichtarbitrage), in het bijzonder in verband met de rekenrente.<sup>14</sup>

<sup>5</sup> Zie considerans, overweging 3.

<sup>6</sup> Zie onder andere considerans, overweging 31.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2017/18, 34 934, nr. 2.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2018/19, 34 934, nr. 11.

<sup>9</sup> Uit de tekst en de toelichting van de nota van wijziging (Kamerstukken II 2018/19, 34 934, nr. 11) blijkt niet geheel duidelijk, of het zinsdeel «die hebben gereageerd op een daartoe strekkend verzoek» alleen slaat op gepensioneerden, of ook op deelnemers en gewezen deelnemers. Uit de brief van 8 oktober 2018 maakt de Afdeling echter op, dat het laatste is bedoeld (Kamerstukken II 2018/19, 34 934, nr. 16, blz. 3).

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2018/19, 34 934, nr. 11, p. 3.

<sup>11</sup> Handelingen II 2018/19, nr. 5, item 10, en Handelingen II 2018/19, nr. 12, item 4.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2017/18, 34 934, nr. 9, p. 2.

<sup>13</sup> Handelingen II 2018/19, nr. 5, item 10, p. 15.

<sup>14</sup> Handelingen II 2018/19, nr. 5, item 10.

### 3. Toetsing

#### *a. Goedkeuring deelnemers en gepensioneerden*

Artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn schrijft voor dat een meerderheid van de deelnemers en een meerderheid van de pensioengerechtigden de voorgenoemde overdracht moet goedkeuren. De meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht.

#### *Goedkeuring door deelnemers en gepensioneerden*

Gelet op de grote belangen die betrokken zijn bij een collectieve vermogensoverdracht vanuit Nederland naar een andere lidstaat, en op de risico's die daaraan zijn verbonden, begrijpt de Afdeling dat er in de tweede nota van wijziging voor is gekozen om de goedkeuring niet over te laten aan het verantwoordingsorgaan, onderscheidenlijk het belanghebbendenorgaan, maar het voorgenoemde besluit ter goedkeuring aan alle deelnemers en gepensioneerden zelf voor te leggen.<sup>15</sup> Deze keuze past op zichzelf binnen de kaders van artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn.

#### *Meerderheid*

Bij de invulling van de definitie van «meerderheid» mag geen afbreuk worden gedaan aan het bereiken van de doelen die met de richtlijn worden beoogd. In het onderhavige geval brengt dit mee dat de invulling van de omvang van de vereiste meerderheid geen onnodige belemmering voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht mag meebrengen. Er zal dan ook een balans gevonden moeten worden tussen het belang van voldoende draagvlak bij de deelnemers en gepensioneerden voor de voorgenoemde grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht en het belang dat een dergelijke collectieve waardeoverdracht niet onnodig wordt bemoeilijkt.

Tevens is van belang, dat de richtlijn minimumeisen stelt en dat het de lidstaten is toegestaan verderstreckende bepalingen ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden in te voeren, mits deze in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke verplichtingen van de lidstaten.<sup>16</sup> De richtlijn laat dus toe om met het oog op de (bescherming van) deelnemers en pensioengerechtigden verdergaande maatregelen te treffen. Het doel van dergelijke verdergaande maatregelen zal echter in het licht van het Unierecht, in casu in het bijzonder de regels inzake het vrije verkeer van diensten, gerechtvaardigd moeten zijn en verder zullen deze maatregelen proportioneel moeten zijn in het licht van het daarmee te bereiken doel.

De keuze voor goedkeuring door een tweederdemeerderheid van de betrokken deelnemers en een tweederdemeerderheid van de betrokken pensioengerechtigden, die hebben gereageerd op het verzoek vormt enerzijds een relatief hoge drempel om tot goedkeuring te komen, door de eis van een tweederdemeerderheid. Anderzijds is niet vereist dat een meerderheid van alle deelnemers en een meerderheid van alle pensioengerechtigden instemt, maar slechts van diegenen die hebben gereageerd, hetgeen een relatief lage drempel tot gevolg kan hebben. Daarbij geldt

<sup>15</sup> Hierbij speelt ook een rol dat het bij grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht veelal om collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van de Nederlandse pensioenuitvoerder zal gaan (artikel 84 Pw). In dat geval heeft de individuele deelnemer, anders dan bij collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever (artikel 83 Pw) het geval is, geen individueel bezwaarrecht. Bij liquidatie van de pensioenuitvoerder bestaat immers niet de mogelijkheid om achter te blijven bij de oude pensioenuitvoerder.

<sup>16</sup> Considerans, overweging 3, bij de richtlijn.

bovendien geen minimale respons; het maakt niet uit hoeveel deelnemers en gepensioneerden hebben gereageerd.<sup>17</sup>

De Afdeling begrijpt de keuze om in de regeling tot uitdrukking te laten komen dat vanuit de verschillende geledingen voldoende steun is voor de grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht. Dit ter bescherming van de belangen van de deelnemers en pensioengerechtigden vanwege de potentieel aanzienlijke gevolgen die de voorgenomen grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht voor hen kan hebben als gevolg van de verschillen tussen toepasselijke pensioenstelsels. Het voorschrift dat slechts de stemmen tellen van diegenen die hebben gereageerd, en niet vereist is dat een gekwalificeerde meerderheid van alle deelnemers en gepensioneerden positief heeft gereageerd, kan daarbij in de praktijk een verlaging betekenen van de drempel voor goedkeuring van het voornemen tot grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht. De Afdeling ziet dan ook, gelet op het vorenstaande, geen aanleiding om te veronderstellen dat met de in de tweede nota van wijziging gevolgde aanpak geen verdedigbare balans zou zijn getroffen tussen het belang van voldoende draagvlak bij de deelnemers en gepensioneerden voor de collectieve waardeoverdracht en het belang dat dergelijke collectieve waardeoverdrachten niet onnodig worden bemoeilijkt. Zij ziet dan ook geen aanleiding om te veronderstellen dat sprake is van strijd met artikel 12 van de richtlijn, onderscheidenlijk het Unierecht.

### *Conclusie*

De Afdeling concludeert dat zij geen aanleiding ziet om te veronderstellen dat de met de tweede nota van wijziging voorgestelde goedkeuringsprocedure in strijd is met artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn of anderszins in strijd zou komen met het Unierecht.

### *b. Ongelijke behandeling*

Het gevolg van de in het wetsvoorstel gekozen aanpak is dat binnenlandse collectieve waardeoverdrachten anders worden behandeld dan grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten. Dit onderscheid<sup>18</sup> ligt besloten in de richtlijn zelf, die alleen minimumeisen stelt voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten, en die dan ook op zichzelf niet noopt tot aanpassing van de regels die gelden voor binnenlandse collectieve waardeoverdrachten. Het gemaakte onderscheid is als zodanig dan ook het gevolg van de richtlijn zelf.<sup>19</sup>

Dat neemt niet weg dat een lidstaat er voor kan kiezen om binnenlandse collectieve waardeoverdrachten op dezelfde wijze te behandelen als grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten, indien de lidstaat van oordeel is dat deze beide situaties in voldoende mate overeenstemmen om tot gelijke behandeling te concluderen. Indien een lidstaat daar niet voor kiest, betekent dit niet dat de regeling voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten, gelet op gestelde zwaardere eisen,

<sup>17</sup> Zie in dit verband ook Kamerstukken II 2018/19, 34 934, nr. 16, p. 3.

<sup>18</sup> Onderscheid naar nationaliteit is in dit kader niet relevant, omdat de rechtsvorm van de betrokken instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening bij grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht geen rol speelt.

<sup>19</sup> Overigens zij opgemerkt dat eventuele twijfels over de verenigbaarheid van de richtlijn met het VWEU niet kunnen afdoen aan de ingevolge de richtlijn geldende verplichting tot tijdige implementatie van de daarin opgenomen bepalingen (Zie o.a. HvJEU 6 oktober 2015, Schrems, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, punt 52 met verwijzing naar HvJEU 5 oktober 2004, Commissie/Griekenland, C-475/01, ECLI:EU:C:2004:585, punt 18. Van een juridisch non-existente handeling als bedoeld in laatstgenoemd arrest, is in onderhavige geval geen sprake).

daarom als een ongeoorloofde belemmering van het vrije verkeer van diensten moet worden aangemerkt.

De Afdeling wijst erop 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. In dat geval blijven dezelfde regels van een lidstaat gelden. De situaties verschillen dan ook aanmerkelijk. Dit rechtvaardigt dat voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten wordt verzekerd dat er vanuit de verschillende geledingen voldoende steun is voor een dergelijke waardeoverdracht.

Het vorenstaande sluit aan bij het uitgangspunt van de richtlijn van minimumharmonisatie en de expliciet geboden mogelijkheid om met het oog op de bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden verdergaande maatregelen te treffen, die in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke verplichtingen van de lidstaten. Zoals hiervoor onder a al is opgemerkt, ziet de Afdeling geen aanleiding voor twijfel in dit opzicht.

De Afdeling concludeert dan ook 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.

#### *c. Conclusie*

De Afdeling concludeert dat zij geen aanleiding ziet om te veronderstellen dat de met de tweede nota van wijziging voorgestelde goedkeuringsprocedure voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten in strijd is met artikel 12, derde lid, onder a, van de richtlijn of anderszins in strijd zou komen met het Unierecht

Dat er niet voor is gekozen om eenzelfde procedure voor binnenlandse collectieve waardeoverdrachten in te voeren leidt weliswaar tot een ongelijke behandeling, maar de gevallen verschillen zozeer van elkaar dat de conclusie dat de ingevolge de richtlijn voorgestelde goedkeuringsprocedure in strijd zou zijn met het Unierecht, niet kan worden getrokken.

De vice-president van de Raad van State,  
Th.C. de Graaf