

PROF. DR. E. LUTJENS

Arbeidspensioenen en grensoverschrijdend verkeer van pensioenuitvoerders en van werknemers

O & F

54

Nr. 61 / mei 2004

Pensioenvoorzieningen kennen een landgebonden opzet. De voorzieningen zijn ingebed in de arbeids- en sociale wetgeving en het fiscale recht van de afzonderlijke lidstaten van de EG. De hieruit blijkende nationale opzet van de pensioenstelsels moet wel botsen met de doelstelling van een gemeenschappelijke markt (artikel 2 EG-Verdrag). De nationale opzet is een bron van belemmering van het grensoverschrijdende pensioenverkeer. Er zijn wel diverse maatregelen genomen om de grensoverschrijdende werking van pensioenvoorzieningen te bevorderen. Een Europees pensioenstelsel heeft echter nog een hele weg te gaan. Dit artikel biedt een overzicht van de stand van zaken, waarbij ik slechts inga op de aanvullende pensioenen voor werknemers, derhalve de pensioenregelingen die zijn gebaseerd op de arbeidsverhouding. Aanvullende pensioenregelingen die een andere grondslag hebben (zoals pensioenen voor zelfstandige beroepsbeoefenaars) en de wettelijke sociale zekerheidspensioenen (AOW en Anw) blijven in dit artikel buiten beschouwing.

De indeling is als volgt. Eerst beschrijf ik wanneer de Nederlandse pensioenwetgeving van toepassing is. Wat is daarvoor het bepalende criterium? Daaruit kan vervolgens afgeleid worden hoe de toepasselijkheid is bij grensoverschrijdend werknemersverkeer. Voor ik dat onderwerp behandel (het grensoverschrijdend werknemersverkeer), wordt eerst een

beschrijving gegeven van de uitvoeringsorganen, met inbegrip van de vrije dienstverrichting. Vervolgens komen de pensioengevolgen van grensoverschrijdend werknemersverkeer aan de orde. Daarna wordt de fiscale behandeling van pensioenen in grensoverschrijdende situaties behandeld. Hierbij waarschuw ik ervoor dat de hiervoor besproken mogelijkheden voor grensoverschrijdende uitvoering van of deelneming in een pensioenregeling, enkel werden behandeld op basis van de civiel-juridische mogelijkheden waarbij vooralsnog is geabstraheerd van de fiscale gevolgen. Tot slot wordt de vraag besproken of een gemeenschappelijke pensioenmarkt binnen handbereik is en daarbij komt de idee van een Europees pensioenfonds aan de orde.

De toepasselijkheid van de Nederlandse pensioenwetgeving

Het beginpunt van de beschrijving is het duiden van de toepasselijkheid van de Nederlandse pensioenwetgeving.

De Pensioen- en spaarfondsenwet

De centrale wet op pensioenterrein is de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW).¹ Deze wet scharniert rond het begrip 'toezegging omtrent pensioen'. De PSW is van toepassing indien de werkgever aan 'personen verbonden aan zijn onderneming' een toezegging omtrent pensioen doet. Het Besluit pensioentoezegging² verduidelijkt dat er een toezegging

¹ Wet van 15 mei 1952, *Stb.* 275, nadien vele malen gewijzigd.

² Besluit van 23 december 1996, *Stb.* 1997, 36.

omtrent pensioen is, indien in de arbeidsverhouding tussen werkgever en de 'aan zijn onderneming verbonden persoon' wordt voorzien in pensioen. Hiermee is tot uitdrukking gebracht dat de pensioentoezegging een arbeidsvoorwaarde is. De toezegging van pensioen is vaak bij CAO vastgelegd, maar kan ook in een individuele pensioenovereenkomst of pensioenbrief zijn opgenomen. Steeds echter is het contractuele karakter en de vrijwilligheid (in de zin van het ontbreken van een wettelijke verplichting) het uitgangspunt bij het doen van de pensioentoezegging.

Werkgever is in artikel 1 lid 1, onder e PSW gedefinieerd als: het hoofd van de onderneming of, zo deze een rechtspersoon is, die rechtspersoon zelve. Hiermee is wel tot uitdrukking gebracht dat de PSW-pensioentoezegging zich situeert binnen een onderneming,³ maar niet is de eis gesteld dat de onderneming rechtspersoonlijkheid moet bezitten.

Wanneer een pensioentoezegging onder de PSW valt, is daarmee de PSW-bescherming van toepassing. Het doel van de PSW is het waarborgen dat de voor pensioen bestemde gelden ook tot uitkering komen⁴, waartoe de werkgever wordt verplicht de toezegging uit te voeren door de voor pensioen bestemde gelden extern – dat wil zeggen buiten het ondernemingsvermogen – veilig te stellen (artikel 2, lid 1 PSW). Dit voorschrift is van dwingend recht. Partijen kunnen deze uitvoeringsverplichting niet bij overeenkomst terzijde schuiven. Een uitzondering op de uitvoeringsplicht is alleen mogelijk indien de toezichthouder (de Pensioen- & Verzekeringskamer, hierna: PVK⁵) met toepassing van artikel 29 PSW ontheffing van deze verplichting zou verlenen.

De PSW geeft zelf niet expliciet aan hoe de territoriale werking van de wet afgebakend moet worden. Er zijn verschillende aanknopingspunten denkbaar om de toepasselijkheid van de PSW in grensoverschrijdende situaties te benaderen, zoals de vestigingsplaats van de onderneming, het centrum van de bedrijfsactiviteit van de onderneming, de woonplaats van de werknemer, de gewoonlijke werkplaats van de werknemer of het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht. Het te hanteren criterium om de werkingssfeer van de PSW te bepalen, wordt mijns

inziens ingegeven door het met de PSW beoogde doel. Het gaat bij de PSW om werknemersbescherming. De doelstelling van de PSW is het voorkomen dat werknemers teleurgesteld worden in hun pensioenverwachtingen, doordat de werkgever geen passende uitvoeringsmaatregelen neemt. Aangezien het aldus betreft de aan de arbeidsverhouding gekoppelde werknemersbescherming, is het mijns inziens de meest aannemelijke benadering om aansluiting te zoeken bij de arbeidsprestatie van de werknemer als grondslag voor het van toepassing zijn van de PSW. Het (gewoonlijk) werkzaam zijn in Nederland is dan beslissend en brengt dan mee dat de PSW van toepassing is. De andere mogelijke aanknopingspunten doen naar mijn oordeel niet ter zake.

Het zoeken van aansluiting bij de arbeid van de werknemer, is ook op grond van artikel 7, lid 1 EG-Vo 1612/68 goed te verklaren. Dit artikel waarborgt dat ieder die op het grondgebied van een lidstaat werkzaam is, daar dezelfde sociale en fiscale voordelen geniet. Het maken van onderscheid tussen (in Nederland) werkzame werknemers op grond van hun woonplaats, zou hiermee in strijd zijn. Grensarbeiders – die in Nederland werken, maar in het buitenland wonen – genieten derhalve de PSW-bescherming. De met dit artikel 7 beoogde gelijke behandeling ongeacht woonplaats van de werknemers, verzet zich er ook tegen om bij toepassing van de PSW onderscheid te maken op basis van de vestigingsplaats van de werkgever.

Dat noch de vestigingsplaats van de onderneming, noch het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht relevant is, is vanuit de met de PSW beoogde werknemersbescherming voorts logisch te verklaren. De PSW-bescherming moet niet ontdoken kunnen worden doordat werknemers – die in Nederland werkzaam zijn – in dienst treden bij een in het buitenland gevestigde onderneming of door op de arbeidsverhouding buitenlands recht van toepassing te verklaren. Het dwingende karakter van de PSW verzet zich daartegen. De door de PVK opgestelde Beleidsregels ontheffingen⁶, gaan er ook van uit dat de PSW van toepassing is op toezeggingen door in het buitenland gevestigde ondernemingen aan in Nederland werkzame personen, omdat deze beleidsregels voorzien in

³ In zuivere privé-arbeidsverhoudingen is de PSW niet van toepassing, zoals in geval van de toezegging van pensioen van de privé-persoon aan zijn tuinman of huishoudelijke hulp.

⁴ Zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, zie E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Kluwer, 1989, p. 29 e.v.

⁵ Op 30 januari 2004 is het wetsvoorstel ingediend betreffende de fusie van de PVK met de Nederlandsche Bank, Kamerstuk 29 411.

⁶ Regeling van 1 juli 1996, *Stert.* 1996/125, zoals later gewijzigd.

een ontheffingsmogelijkheid in geval van tijdelijke detachering in Nederland (artikel 2, lid 1, e Beleidsregels ontheffingen). Zie over detachering hierna.

Artikel 2 lid 3, onder b, PSW geeft een woonplaatsbepaling. Het artikel houdt in dat het eerste lid van de PSW (dat over de uitvoeringsplicht, de veiligstelling van pensioen buiten het ondernemingsvermogen gaat) niet van toepassing is op een toezegging 'welke een werkgever doet aan werknemers, die voor de onderneming buiten Nederland werkzaam zijn of bestemd zijn voor dadelijke tewerkstelling buiten Nederland, behalve indien zij hun woonplaats in Nederland hebben, onderscheidenlijk behouden'. Wat wordt hiermee bedoeld? Men zou hieruit de hoofdregel kunnen afleiden dat de PSW niet geldt voor arbeid buiten Nederland. En dat de PSW dus wel geldt bij arbeid in Nederland. Maar wat betekent de woonplaatsregel aan het slot van de tekst? Is de bedoeling om de uitvoeringsplicht niet van toepassing te laten zijn voor werknemers die buiten Nederland wonen? Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de woonplaatsbepaling is opgenomen om de PSW-waarborgen ook van toepassing te laten zijn op werknemers die onder Nederlandse vlag de wereldzeeën gingen bevaren indien zij hun woonplaats ten minste in Nederland hebben en behouden. Voor het duiden van de bedoeling van deze regel in de huidige tijd, moet men zich realiseren dat de woonplaatsbepaling een uitzondering bevat op de uitvoeringsplicht en er dus van uitgaat dat de PSW op zich van toepassing is. Dat is zo bij arbeid in Nederland. De woonplaatsbepaling is geschreven voor het verrichten van arbeid buiten Nederland, maar dat is een situatie waarvoor de PSW niet geldt. Of het werken op een zeeschip varend onder Nederlandse vlag als werken binnen Nederland aangemerkt kan worden, is een vraag die voor mij nadere bestudering zou behoeven waarbij ongetwijfeld ook aspecten van (internationaal) zee-recht een rol spelen. Indien evenwel vastgesteld wordt dat er sprake is van arbeid op Nederlands grondgebied, dan geldt de PSW. Een mogelijke benadering is nog dat men de woonplaatsbepaling zo zou uitleggen dat de PSW-uitvoeringsplicht niet van toepassing wordt geacht indien de werknemer zijn woonplaats in het buitenland heeft, maar dan zou deze een mijns inziens – in ieder geval binnen de EG – niet toegestaan onderscheid naar woonplaats bewerkstelligen. De bedoeling van de woonplaatsbepaling is kortom

niet duidelijk en als deze een onderscheid naar woonland van de werknemer zou impliceren is het gelet op artikel 7 Vo 1612/68 een niet toelaatbare bepaling voorzover het gaat om verhoudingen binnen de EG.

De Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000

De Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf) geeft de minister de bevoegdheid om de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor één of meer groepen van in de bedrijfstak werkzame personen, verplicht te stellen.⁷ De verplichtstelling brengt voor werkgevers de gebondenheid mee om de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven, zulks ten behoeve van hun werknemers (artikel 4 Wet Bpf).

Ook de Wet Bpf bevat geen bijzondere werksfeerbepaling voor grensoverschrijdende situaties. Algemeen wordt evenwel aangenomen dat de verplichtstelling betrekking heeft op de 'Nederlandse' bedrijfstak. Het moet met andere woorden gaan om arbeid in Nederland. Ook hier wordt deze benadering eveneens door artikel 7 Vo 1612/68 ingegeven.

Dit betekent dat ook voor de Wet Bpf de vestigingsplaats van de werkgever niet van belang is.

De Wet privatisering Fonds Voorheffing Pensioenverzekering

In dit overzicht noem ik ook de Wet privatisering Fonds Voorheffing Pensioenverzekering (Wet FVP⁸) en het op deze wet gebaseerde Reglement bijdrage voortzetting pensioenopbouw bij werkloosheid.⁹ Deze wet en dit Reglement voorzien onder bepaalde voorwaarden in een bijdrage (hierna de FVP-bijdrage) voor de voortgezette pensioenopbouw voor werkloze werknemers.

Het Reglement bevat ook een bepaling ten behoeve van de werkloze grensarbeiders die ook voor een FVP-bijdrage in aanmerking kunnen komen.

Aanvankelijk bestond de faciliteit van de FVP-bijdrage uitsluitend voor werknemers met recht op een Nederlandse werkloosheidsuitkering. Aangezien (buiten Nederland wonende) grensarbeiders op grond van EG-Vo 1408/71 in hun woonland een werkloosheidsuitkering krijgen, kwamen grensarbeiders niet in aanmerking voor de FVP-bijdrage, hoewel deze werknemers wat betreft de deelneming in

⁷ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 628, zoals nadien gewijzigd.

⁸ Wet van 2 juli 1998, *Stb.* 1998, 457 zoals nadien gewijzigd.

⁹ Dit Reglement is te vinden op de site van het FVP <http://www.fvp.nl/voorwaarden.htm>.

de pensioenregeling en de rechten op grond van de PSW zich in dezelfde positie bevinden als hun in Nederland wonende collega's. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van Raad 17 februari 1995, NJ 1996, 5, PJ 1995/4, dat de FVP-bijdrage als werkloosheidsuitkering in de zin van Vo 1408/71 moest worden aangemerkt en niet als sociaal voordeel in de zin van Vo 1612/68. Daarom was het onthouden van de Nederlandse FVP-bijdrage aan de grensarbeider in deze optiek geheel in overeenstemming met het EG-recht. Op dit arrest is de nodige kritiek geuit¹⁰ en de Europese Commissie overwoog een inbreukprocedure tegen Nederland, omdat de FVP-bijdrage wel degelijk een sociaal voordeel zou zijn. Voor het zover kwam wees het Hof van Justitie EG het arrest van 24 september 1998, zaak C-35/97 (Commissie/Frankrijk), AB 1999/8, PJ 1999/5, luidende dat grensarbeiders niet mogen worden uitgesloten van de Franse gratis voortgezette pensioenverzekering. Naar aanleiding van deze uitspraak zijn de FVP-regels uitgebreid met de grensarbeiderregeling, thans opgenomen in artikel 1f en 14 Reglement bijdrage voortzetting pensioenopbouw bij werkloosheid.¹¹

Opvallend is wel de omschrijving van werkloze grensarbeider in artikel 1, sub f van het Reglement als de werknemer die 'ter zake de eindiging van een Nederlandse dienstbetrekking voor een in Nederland wonende of gevestigde werkgever, een vastgesteld recht heeft verkregen op een werkloosheidsuitkering [...] en die tijdens de dienstbetrekking in beginsel dagelijks of ten minste eenmaal per week terugkeerde naar zijn woonland'. Hier zijn beperkingen geformuleerd dient mijns inziens niet in overeenstemming zijn met het vrije verkeer van werknemers (artikel 39 EG-Verdrag), noch met Vo 1612/68. Indien is vastgesteld dat Vo 1612/68 het recht geeft op hetzelfde sociale voordeel, in casu de FVP-bijdrage, als in Nederland wonende werknemers, zie ik geen rechtvaardiging voor het opleggen van beperkingen voor de grensarbeiders zoals geformuleerd in de FVP-regels.

Om voor de FVP-bijdrage in aanmerking te komen, geldt de eis van het deelgenomen hebben in een pensioenvoorziening in de zin van de PSW. Dit is tot uitdrukking gebracht in de formulering van het begrip pensioenuitvoerder en pensioenvoorziening

in artikel 1 onder c en onder l van het FVP-Reglement. Hieruit vloeit voort dat degene die als grensarbeider in zijn werkland aan een 'buitenlandse' (niet onder de PSW-vallende) aanvullende pensioenvoorziening heeft deelgenomen en vervolgens een Nederlandse werkloosheidsuitkering ontvangt, niet op grond van het vrije verkeer van werknemers de toekenning van een Nederlandse FVP-bijdrage (voor voortzetting van de buitenlandse pensioenregeling) kan afdwingen.¹²

Grensoverschrijdend verkeer door pensioenuitvoerders

Wanneer sprake is van een pensioentoezegging waarop de PSW van toepassing is, dient deze toezegging uitgevoerd te worden. De voor pensioen bestemde gelden moeten buiten het ondernemingsvermogen worden gebracht. De werkgever heeft daartoe de mogelijkheid van

- a toetreding tot een bedrijfstakpensioenfonds,
- b het aan zijn onderneming verbinden van een ondernemingspensioenfonds of
- c het sluiten dan wel door de werknemer doen sluiten van een overeenkomst met een verzekeraar (artikel 2, lid 1, jo. lid 4 PSW). Hierbij vermeld ik dat de pensioenverzekering die een werkgever zelf – als verzekeringnemer – sluit, B-polis wordt genoemd en indien de werknemer de verzekering sluit, spreekt men van C-polis (de aanduiding B en C-polis verwijzen hierbij naar de onderdelen B resp. C van artikel 2, lid 4 PSW waarin een en ander is geregeld). Deze paragraaf behandelt de vraag in hoeverre het grensoverschrijdend uitvoeren van pensioentoezeggingen mogelijk is. Ik bespreek eerst de verzekeraars, daarna de pensioenfondsen.

Grensoverschrijdende dienstverrichting door verzekeraars

Het is geen discussiepunt dat in beginsel het grensoverschrijdend sluiten van pensioenverzekeringen toegestaan is. De grensoverschrijdende dienstverrichting op het terrein van het levensverzekeringsbedrijf is mogelijk gemaakt met EG-richtlijn 92/96/EEG van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf (Derde levensrichtlijn).¹³ De richtlijn introduceerde het – wat wordt genoemd – Europese paspoort voor

¹⁰ Bijvoorbeeld M.A.B.L. Wienk en F.J.L. Pennings in hun noot bij het arrest van de Hoge Raad in RSV 1996/104.

¹¹ Zie *Nieuwsbrief FVP* december 1998, nr. 6.

¹² Zie ook Rechtbank Amsterdam 13 november 2002, PJ 2003, 17, maar anders in eerste aanleg Kantonrechter Amsterdam 3 januari 2001, PJ 2001/45.

¹³ *Publicatieblad* Nr. L 360 van 09/12/1992.

levensverzekeringsmaatschappijen: vanuit het land van vestiging kunnen over de grenzen heen verzekeringen worden gesloten waarbij de verzekeraar slechts onderworpen is aan het toezicht en het vergunningstelsel van het land van vestiging. Doordat de richtlijn voor alle lidstaten uniform toepasbare toezichtregels introduceerde, met name op het punt van het financiële toezicht (solvabiliteitseisen en eisen ten aanzien van technische voorzieningen), was een voorheen bestaand obstakel voor de vrije dienstverrichting uit de weg geruimd. Een obstakel ingegeven door consumentenbescherming en veroorzaakt door de verscheidenheid van regels en daaruit voortvloeiend verschil in (veronderstelde) soliditeit van verzekeraars.¹⁴ Dankzij de richtlijn kan een verzekeraar thans met een vergunning tot uitoefening van het verzekeringsbedrijf in het land van vestiging, grensoverschrijdende verzekeringen uitvoeren zonder dat er nog een noodzaak is om ook in het land van dienstverrichting de eis van een vergunning te stellen. Voor het toezicht kon het principe van 'home-country-control' toegepast gaan worden. Indien een buitenlandse verzekeraar diensten naar Nederland wil verrichten, is nog slechts een melding (notificatieprocedure) aan de Nederlandse toezichthouder (Pensioen- & Verzekeringkamer) vereist.¹⁵

De grensoverschrijdende uitvoering van een pensioentoezegging via het (door de werknemer) doen sluiten van een verzekeringsovereenkomst, is in artikel 2, lid 4 PSW expliciet geformuleerd, met een verwijzing naar de relevante artikelen uit de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (met name artikel 111 en 112 van deze hierna te noemen Wtv 1993). Een belangrijke voorwaarde voor het grensoverschrijdend (mogen) sluiten van pensioenverzekeringen is dat er sprake moet zijn van 'dienstverrichting naar Nederland', zo luidt artikel 2, lid 4 PSW met zoveel woorden. Deze voorwaarde moet letterlijk worden verstaan: de verzekeraar moet de dienst naar Nederland toe brengen en met andere woorden de dienst in Nederland verrichten.

Van dergelijke dienstverrichting naar Nederland is sprake indien de verzekering in Nederland wordt gesloten. Daarvoor is de woon- of vestigingsplaats van de verzekeringnemer doorslaggevend. Er zijn dan verschillende situaties mogelijk, afhankelijk van de vraag of de werkgever de verzekering sluit (B-polis) of de werknemer (C-polis).

De volgende voorbeelden kunnen dit:

- Voorbeeld 1: een in Duitsland gevestigde onderneming opent in Nederland een vestiging. Aan de werknemers die daar komen te werken doet de onderneming een pensioentoezegging. Er zijn in Nederland wonende nieuw aangetrokken werknemers en enkele werknemers die in Duitsland wonen. Op de toezegging is de PSW van toepassing. Mag de onderneming de pensioentoezegging uitvoeren door het sluiten van een B-polis met een Duitse verzekeraar? Het antwoord is neen, omdat in dat geval sprake zou zijn van dienstverrichting binnen Duitsland en geen dienstverrichting naar Nederland;
- Voorbeeld 2: als voorbeeld 1, maar nu laat de onderneming de werknemers in de vorm van een C-polis de pensioentoezegging verzekeren. Voor de in Nederland wonende werknemers is er dienstverrichting naar Nederland, voor de in Duitsland wonende werknemers is er wederom dienstverrichting binnen Duitsland, zodat voor hen niet is voldaan aan de voorwaarde van dienstverrichting naar Nederland waaronder vrije dienstverrichting is toegestaan. Sterker: er is in dit voorbeeld 2 in het geheel geen grensoverschrijdende dienstverrichting; er is een louter intern Duitse situatie.

De voorwaarde van dienstverrichting naar Nederland is gesteld in verband met het belang van consumentenbescherming en het waarborgen van toepasselijkheid van de PSW, waartoe het aanknopingspunt met Nederland in de vorm van het verzekeringnemerschap is geformuleerd.

Waar vrije dienstverrichting mogelijk is voor verzekeraars, kan aan de hand van de voorbeelden tevens worden vastgesteld dat voor de werknemers die de meeste behoefte hebben aan het uitvoeren van een verzekering door een buiten Nederland gevestigde maatschappij (namelijk de grensarbeiders) de mogelijkheden juist beperkt zijn.

Hiernaast is er een obstakel voor effectivering van de vrije dienstverrichting in verband met het toepasselijke recht. Hoewel op verzekeringsovereenkomsten in beginsel buitenlands recht (dat zal veelal zijn het recht van het land van vestiging van de verzekeraar) van toepassing mag worden verklaard, bepaalt artikel 2a van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (welke Regelen krachtens artikel 2, lid 4 PSW van toepassing zijn op B- en C-polissen): 'Ongeacht het gekozen rechtsstelsel zijn ten aanzien van deze verzekeringsovereenkomsten in ieder geval

¹⁴ Vgl. Hof van Justitie EG 4 december 1986, Jur. 1986, p. 3791.

¹⁵ Zie voor deze procedure artikel 111 en 112 Wtv 1993.

de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet van toepassing'. Een buiten Nederland gevestigde verzekeraar zal in zoverre dus in ieder geval het Nederlandse pensioenrecht moeten toepassen en daarbij de regels over premiebetaling, affinanciering na ontslag, waardeoverdracht e.d. moeten naleven. Dat zal geen sinecure zijn en ongetwijfeld één van de redenen waarom de vrije dienstverrichting door verzekeraars nog niet of nauwelijks wordt ingevuld. Voor de werknemers zal het verzekerd zijn bij een buiten Nederland gevestigde verzekeraar ook niet altijd aantrekkelijk zijn: de afstand kan een bron zijn van communicatiemoeilijkheden, die kunnen worden versterkt indien daar een taalverschil bijkomt, terwijl in geschillen het toch handiger is om een Nederlandse procespartij als wederpartij te hebben. De doelstellingen zijn mooi, de mogelijkheden liggen er, maar de praktische uitvoering van grensoverschrijdend verzekeren is nog niet eenvoudig.

Grensoverschrijdende dienstverrichting door pensioenfondsen

Pensioenfondsen – die PSW-toezeggingen uitvoeren – dienen 'volledige rechtsbevoegdheid' te bezitten, zo bepaalt artikel 4, lid 1 PSW. Hoewel deze formulering buitenlandse rechtspersonen niet uitsluit, is blijkens de wetsgeschiedenis bedoeld dat pensioenfondsen rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht moeten hebben en derhalve een van de in boek 2 BW genoemde rechtspersoonsvormen moeten kiezen.¹⁶ Op die 'bedoelde' manier interpreteert de PVK de PSW ook. Hiermee zijn buitenlandse pensioenfondsen uitgesloten van de uitvoering van PSW-pensioentoezeggingen. Hoewel dat een inbreuk op de vrije dienstverrichting is, kan deze inbreuk naar mijn mening – zeer waarschijnlijk – gerechtvaardigd worden in het kader van het algemeen consumentenbelang. Bij gebreke van Europese coördinatie of harmonisatie van het toezichtstelsel en de eisen die aan het functioneren van pensioenfondsen worden gesteld, is het immers onzeker of een werknemer in geval van uitvoering van de pensioentoezegging door een buiten Nederland gevestigd pensioenfonds wel een overeenkomstige bescherming geniet, als met de PSW wordt beoogd. Hiermee moet opgemerkt worden dat pensioenfondsen niet onder de hiervoor genoemde Derde levensrichtlijn voor verzekeraars vallen.

Maar er is verandering op komst. Op 3 juni 2003 is aangenomen door de Raad van de EG de Richtlijn

2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening.¹⁷ Artikel 20 van de richtlijn maakt grensoverschrijdende activiteiten door pensioenfondsen – de richtlijn spreekt over instellingen van pensioenvoorziening – mogelijk. Artikel 20, lid 1 luidt: 'Onverminderd de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, daaronder begrepen verplichte deelneming en het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten, staan de lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen toe bij te dragen aan instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening waaraan in andere lidstaten vergunning is verleend. Tevens staan zij de op hun grondgebied vergunninghoudende instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening toe bijdragen te aanvaarden van ondernemingen die op het grondgebied van andere lidstaten zijn gevestigd'.¹⁸

De tekst maakt de grensoverschrijdende uitvoering van pensioentoezeggingen door een pensioenfonds dus mogelijk. De implementatie van de richtlijn moet in beginsel op 23 september 2005 voltooid zijn. Het buiten Nederland gevestigde pensioenfonds zal onderworpen zijn aan het toezicht en vergunningstelsel – indien aanwezig – in het land van vestiging. Om grensoverschrijdend bezig te zijn, heeft het pensioenfonds eerst toestemming nodig van de toezichthoudende autoriteiten van het land van vestiging, waarna vervolgens een complex van informatieverstrekking mede in relatie tot de toepasselijkheid van de PSW op gang komt (in de richtlijn is het land waar de toezegging tussen werkgever en werknemer geldt aangeduid als land van ontvangst, waarmee wordt gerefereerd aan de dienst van het buiten Nederland gevestigde pensioenfonds die in Nederland wordt ontvangen).

Tekst van artikel 20 Richtlijn 2003/41 inzake bedrijfspensioenvoorziening

Grensoverschrijdende activiteiten

1 Onverminderd de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, daaronder begrepen verplichte deelneming en het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten, staan de lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen toe bij te dragen aan instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening waaraan in andere lidstaten vergunning is ver-

¹⁶ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, 1989, p. 339 en P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, nr. 784.

¹⁷ *Publicatieblad* Nr. L 235 van 23/09/2003.

¹⁸ Uitgebreid over deze richtlijn R. ten Wolde, M. van 't Zet, *Gemeenschappelijk standpunt Europese pensioenrichtlijn, Pensioen & Praktijk*, 2003/1-2.

leend. Tevens staan zij de op hun grondgebied vergunninghoudende instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening toe bijdragen te aanvaarden van ondernemingen die op het grondgebied van andere lidstaten zijn gevestigd.

2 Indien een instelling bijdragen wenst te aanvaarden van een bijdragende onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd, dan is hiervoor voorafgaande goedkeuring door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst vereist, zoals bedoeld in artikel 9, lid 5. Zij stelt de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst waar haar vergunning is verleend, in kennis van haar voornemen om bijdragen te aanvaarden van een bijdragende onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd.

3 De lidstaten verlangen van op hun grondgebied gevestigde instellingen die voornemens zijn bijdragen te ontvangen van een op het grondgebied van een andere lidstaat gevestigde onderneming dat zij bij een kennisgeving ingevolge lid 2 de volgende gegevens verstrekken:

- a de lidstaat (lidstaten) van ontvangst;
- b de naam van de bijdragende onderneming;
- c de voornaamste kenmerken van de pensioenregeling die voor de bijdragende onderneming uitgevoerd zal worden.

4 Wanneer de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst in kennis worden gesteld overeenkomstig lid 2, doen zij, tenzij ze reden hebben te betwijfelen dat de administratieve structuur of de financiële positie van de instelling, of de goede reputatie en de beroepskwalificaties of beroepservaring van de personen die de instelling besturen met de in de lidstaat van ontvangst voorgenomen activiteiten verenigbaar zijn, binnen drie maanden na ontvangst van de in lid 3 bedoelde gegevens, mededeling van deze gegevens aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst en stellen zij de instelling daarvan dienovereenkomstig in kennis.

5 Voordat de instelling met de uitvoering van een pensioenregeling voor een bijdragende onderneming in een andere lidstaat begint, zullen de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst binnen twee maanden, te rekenen vanaf de ontvangst van de in lid 3 bedoelde gegevens, in voorkomend geval de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst informeren over de op bedrijfspensioenvoorziening toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving die gelden voor de uitvoering van de pensioenregeling waaraan wordt bijgedragen door een onderneming in de lidstaat van ontvangst, als-

mede over voorschriften die krachtens artikel 18, lid 7, en lid 7 van dit artikel moeten worden toegepast. De bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst doen de instelling mededeling van deze gegevens.

6 Zodra de instelling de in lid 5 bedoelde mededeling ontvangt of, wanneer bij het verstrijken van de in lid 5 genoemde periode geen mededeling van de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst is ontvangen, kan de instelling met de uitvoering van de pensioenregeling waaraan wordt bijgedragen door een onderneming in de lidstaat van ontvangst beginnen, met inachtneming van de op bedrijfspensioenvoorziening toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving van de lidstaat van ontvangst en van voorschriften die krachtens artikel 18, lid 7, en lid 7 van dit artikel moeten worden toegepast.

7 Met name zijn de instellingen waaraan wordt bijgedragen door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, wat de desbetreffende deelnemers betreft, tevens onderworpen aan door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst aan in die lidstaat gevestigde instellingen opgelegde voorschriften inzake informatieverstrekking overeenkomstig artikel 11.

8 De bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst stellen de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst in kennis van elke significante wijziging in de op bedrijfspensioenvoorziening toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving van de lidstaat van ontvangst die gevolgen kan hebben voor de kenmerken van de pensioenregeling, voorzover het gaat om de uitvoering van de pensioenregeling waaraan door een onderneming wordt bijgedragen in de lidstaat van ontvangst, alsmede in voorschriften die toegepast moeten worden krachtens artikel 18, lid 7, en lid 7 van dit artikel.

9 De instelling wordt onderworpen aan voortdurend toezicht door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst om na te gaan of haar activiteiten in overeenstemming zijn met de in lid 5 bedoelde op bedrijfspensioenregelingen toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving van de lidstaat van ontvangst, alsook met de in lid 7 bedoelde voorschriften inzake informatieverstrekking. Wanneer bij dit toezicht onregelmatigheden aan het licht komen, stellen de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst hiervan onverwijld in kennis. De bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst nemen in coördinatie met de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst de nodige maat-

regelen om ervoor te zorgen dat de instelling een einde maakt aan de vastgestelde inbreuk op de sociale en arbeidswetgeving.

10 *Indien de instelling, in weerwil van de door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst getroffen maatregelen of omdat de lidstaat van herkomst geen passende maatregelen heeft getroffen, inbreuk blijft maken op de op bedrijfspensioenregelingen toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving van de lidstaat van ontvangst, kunnen de bevoegde autoriteiten van deze laatste, na de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst daarvan in kennis te hebben gesteld, passende maatregelen nemen om verdere onregelmatigheden te voorkomen of te bestraffen en, voorzover zulks volstrekt noodzakelijk is, de instelling te beletten in de lidstaat van ontvangst activiteiten te verrichten voor de bijdragende onderneming.*

De voorschriften van artikel 20 hebben onder meer tot doel te waarborgen dat de bescherming van de werknemer die voortvloeit uit het nationale sociale en arbeidsrecht van toepassing zal blijven. Bovendien kan de lidstaat van ontvangst beleggingsrestricties opleggen aan buitenlandse pensioenfondsen voor hun grensoverschrijdende activiteiten (artikel 20, lid 6 met verwijzing naar artikel 18, lid 7 richtlijn). Aangenomen kan worden dat de PSW behoort tot het in de richtlijn bedoelde sociale en arbeidsrecht, zodat de toepasselijkheid bij grensoverschrijdend verkeer door pensioenfondsen is gewaarborgd. Ook de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds wordt overigens niet aangetast door het in de richtlijn voorziene grensoverschrijdende pensioenfondsverkeer.

Verskil van opvatting is nochtans mogelijk over de vraag of enkel de PSW-voorschriften inzake de opbouw en het behoud van pensioenaanspraken door de buitenlandse – grensoverschrijdend werkende – fondsen moeten worden gerespecteerd, of ook de financiële voorschriften die voor pensioenfondsen gelden. Artikel 20, lid 5 van de richtlijn, spreekt over op de bedrijfspensioenvoorziening ‘toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving die gelden voor de uitvoering van de pensioenregeling’. De financiële eisen die voor pensioenfondsen op grond van de PSW gelden, kan men mijns inzien zonder bezwaar vatten onder ‘de uitvoering’. Lid 7

van artikel 20 noemt specifiek de aan pensioenfondsen opgelegde verplichtingen, waarmee informatieverplichtingen zijn bedoeld. Moet hieruit afgeleid worden dat aan pensioenfondsen opgelegde financiële verplichtingen niet onder de voorschriften voor uitvoering van de pensioenregeling begrepen kunnen worden? Dat zou mijns inzien een te beperkte uitleg zijn, met name ook omdat de wijze van financiering van een pensioenfonds een essentieel onderdeel is van de veiligstelling van de pensioenaanspraken. De adequate financiering van een pensioenfonds is juist een van de centrale punten uit de PSW voor het waarborgen van pensioentoezeggingen. Het zou niet acceptabel zijn, indien de waarborgfunctie van de PSW uitgehold zou worden door grensoverschrijdende werkzaamheden van pensioenfondsen. Dat kan de bedoeling van de richtlijn niet zijn. Hierbij moet overigens wel bedacht worden dat het pensioenfonds tevens gebonden zal zijn aan de toezichtwetgeving en de daaruit voortvloeiende eisen in het land van vestiging.¹⁹

Is dus de richtlijn een stap naar grensoverschrijdende dienstverrichting door pensioenfondsen, de praktische toepassing daarvan zal net als bij verzekeraars belemmerd worden door de noodzaak om de sociale en arbeidswetgeving van het land naar welke diensten verricht worden, toe te passen.

Richtlijn 2003/41 bevat overigens ook belangrijke voorschriften voor de taken en het beheer van de pensioenfondsen. Zo moet een lidstaat de pensioenfondsen verplichten ‘hun werkzaamheden te beperken tot activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en werkzaamheden die daarmee verband houden’ (artikel 7 richtlijn).²⁰ Hierbij kan overigens opgemerkt worden dat artikel 6 een ruime omschrijving geeft van het begrip ‘pensioenuitkeringen’, zodanig dat hier ook andere uitkeringen in verband met beëindiging van de werkzaamheden onder begrepen kunnen worden, mits deze aanvullend op pensioenuitkeringen en van bijkomstige aard zijn. Verder moet er onder meer een juridische scheiding tussen onderneming en pensioenfonds zijn, moet een jaarverslag worden opgesteld, moeten deelnemers en pensioengerechtigden bepaalde inlichtingen krijgen en moet een pensioenfonds volgens de ‘prudent-person’-regel beleggen (artikelen 8, 10, 11 en 18 richtlijn). De in de laatste zin bedoelde voorschriften sluiten aan bij zaken die in Nederland al zijn geregeld

¹⁹ Zie ook R. ten Wolde, M. van 't Zet, a.w.

²⁰ De vraag naar de grens van de bevoegdheden van pensioenfondsen op het aan pensioenuitkeringen aanpalende terrein is in Nederland ook actueel naar aanleiding van het rapport ‘Het pensioenfonds als taakorganisatie’ van de Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen (Commissie-Staatsen), zie hierover ook de brief van de staatssecretaris van SZW van 9 februari 2004, TK 2003-2004, 28 294, nr. 3.

in de PSW of hun beslag krijgen in de komende Pensioenwet, die volgens de planning in 2006 de PSW moet vervangen.

Grensoverschrijdend werknemersverkeer

In de vorige paragraaf kwam de grensoverschrijdende dienstverrichting door pensioenuitvoerders, pensioenfondsen en verzekeraars aan de orde en ging het overigens in hoofdzaak om intern Nederlandse situaties aan de kant van de werknemers. In deze paragraaf bespreek ik de pensioenconsequenties van het grensoverschrijdend werknemersverkeer. Hierbij maak ik onderscheid tussen 1) de grensoverschrijdende verandering van werkgever waarbij de werknemer in Nederland, dan wel in het buitenland te werk wordt gesteld en 2) de detachering vanuit Nederland in het buitenland of omgekeerd. De uitdrukking 'te werk gesteld' gebruik ik als onderscheid ten opzichte van 'detachering'.

Grensoverschrijdende tewerkstelling

Pensioenvoorzieningen kennen een nationale opzet en de Nederlandse pensioenwetgeving focust zich op arbeid in Nederland. De andere kant van deze medaille is dat de Nederlandse wetgeving niet of niet meer van toepassing is, indien de arbeid niet (meer) in Nederland wordt verricht.

Tewerkstelling in Nederland

Het van toepassing zijn van de Nederlandse pensioenwetgeving betekent voor een werknemer die eerst in het buitenland heeft gewerkt en daarna arbeid in Nederland gaat verrichten, dat vanaf dat moment een pensioentoezegging conform de PSW uitgevoerd moet worden of dat de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds van toepassing zal zijn. Met inachtneming van de kaders en beperkingen zoals hiervoor beschreven is uitvoering via een in het buitenland gevestigde verzekeraar of – vanaf september 2005 – in het buitenland gevestigd pensioenfonds mogelijk. Dat biedt wellicht een beperkte mogelijkheid tot het onderbrengen van de pensioentoezegging of verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsenregeling bij dezelfde instelling waar de werknemer een pensioenverzekering had lopen voordat hij in Nederland tewerkgesteld werd. Het gaat om een beperkte mogelijkheid, want de buitenlandse verzekeraar moet wel de Regelen verzekeringsovereenkomst PSW naleven (via artikel 2a van die Regelen) en het buitenlandse pensioenfonds de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving (waaronder

begrepen de PSW). Bovendien zal de inhoud van de Nederlandse pensioenregeling hoogstwaarschijnlijk anders zijn dan de oorspronkelijke. In geval er sprake is van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds zal de regeling zo goed als zeker anders zijn. Hiernaast zijn er communicatieaspecten en aspecten van administratieve aard die de uitvoering van buitenlandse pensioenregelingen verhinderen.

De vraag kan gelet hierop rijzen of het mogelijk is om buiten de Nederlandse pensioenregeling te blijven, in geval een werknemer in Nederland werkzaam wordt. Hierover kan wat betreft pensioentoezeggingen ten eerste worden opgemerkt dat er geen verplichting is om een pensioentoezegging te doen. Ook als binnen een onderneming overigens een collectieve pensioenregeling van toepassing is, kan met een individuele werknemer een afwijking daarvan overeengekomen worden (zie ook artikel 2, lid 2 PSW). Dit zou alleen anders zijn indien er sprake is van een bindende CAO, die geen afwijkingmogelijkheden toelaat. Ten tweede kan worden opgemerkt dat ingeval een werknemer in Nederland tewerk wordt gesteld de PVK op grond van artikel 29 PSW ontheffing kan verlenen van de uitvoeringsplicht van artikel 2, lid 1 PSW. Deze ontheffingsbevoegdheid is zoals blijkt uit de Beleidsregels ontheffingen van de PVK²¹ echter alleen van toepassing op de toezegging van een werkgever 'aan een uit het buitenland afkomstig persoon die, door een in het buitenland gevestigde onderneming die met de werkgever in Nederland in een groep is verbonden dan wel door een buitenlands filiaal van de werkgever in Nederland, tijdelijk in Nederland te werk is gesteld'. Dit zijn belangrijke beperkingen. Er moet sprake zijn van tewerkstelling binnen een groep van ondernemingen en bovendien moet de tewerkstelling tijdelijk zijn. De tewerkstelling kan betreffen werknemers vanuit of buiten de EU. Voor EU-werknemers is naast deze tewerkstellingsregeling de – hierna te bespreken – detachingsregeling ook van belang. In de Beleidsregels ontheffingen van de PVK werd aanvankelijk de term detachering gebruikt, maar bij de wijziging in de Beleidsregels van 26 februari 2004 is deze term vervangen door 'te werk gesteld' om duidelijk te maken dat hier iets anders wordt bedoeld dan de gedetacheerde werknemer in de zin van de detachingsregeling.²²

De mogelijkheden om onder de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds uit te komen zijn beperkter. Er kan ten eerste worden vastgesteld dat de verplichte deelneming geen contractsvrijheid over-

²¹ Beleidsregels van de PVK gebaseerd op artikel 29 PSW van 1 december 2000, zoals gewijzigd 26 februari 2004, *Stert.* 2004/48.

²² Aldus de toelichting op de wijziging in *Stert.* 2004/48.

laat (behoudens te verlenen vrijstelling, zie hierna) en dat dit stelsel niet in strijd is bevonden met het Europese mededingingsrecht. Het Hof van Justitie heeft in zijn arresten van 21 september 1999 in de zaken *Brentjens, Drijvende Bokken en Albany*²³ geoordeeld dat de uit de verplichtstelling voortvloeiende beperking van de vrije mededinging sociaal gerechtvaardigd kan worden. Ten tweede is het zo dat het bedrijfstakpensioenfonds wel vrijstelling van de verplichte deelneming kan geven, maar dit is enkel bedoeld voor collectieve vrijstellingen (artikel 13 Wet Bpf en Vrijstellingsbesluit Wet Bpf). Ten derde is het nochtans zo dat de minister ontheffing van de verplichtstelling kan geven aan een persoon 'die slechts tijdelijk in Nederland werkzaam is' (artikel 15 Wet Bpf). Met dit laatste is een vrijstellingsmogelijkheid geboden voor een werknemer die tijdelijk in Nederland is tewerkgesteld.

Tewerkstelling in het buitenland

Hoe is de situatie in geval van tewerkstelling in het buitenland, vertrekkend vanuit de situatie dat de werknemer in Nederland werkt en in Nederland in de pensioenregeling deelneemt? Voorop kan worden gesteld dat in beginsel de deelneming in de Nederlandse pensioenregeling zal eindigen, zodat de werknemer een zogenaamde premievrije pensioenaanspraak krijgt (dat wil zeggen: een aanspraak op een uitgesteld pensioen, welke aanspraak gebaseerd is op de pensioenopbouw tot het moment van einde van de deelneming in de pensioenregeling, zie artikel 8, lid 1 en 2 PSW en artikel 9, lid 1 en 2 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW). Op grond van artikel 32e PSW mag bij de vaststelling van deze premievrije aanspraak geen onderscheid worden gemaakt tussen werknemers die na beëindiging van de deelneming in Nederland blijven en werknemers die zich naar een andere lidstaat van de EU begeven. Dit voorschrift van 'gelijke behandeling' is toegevoegd op grond van Richtlijn 98/49/EG van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.²⁴ Op grond van deze richtlijn is tevens bepaald dat op verzoek van de rechthebbende pensioenen in het buitenland worden betaald (artikel 32f PSW) en dat werknemers die zich naar het buitenland begeven informatie moeten krijgen over de mogelijkheid die de pensioenregeling hen geeft (artikel 32h PSW).²⁵

Of in geval van tewerkstelling in het buitenland de buitenlandse pensioenregeling kan worden ondergebracht bij dezelfde uitvoerder, waar de Nederlandse pensioenregeling was ondergebracht, is niet zeker. Voor de Nederlandse verzekeraars en pensioenfondsen gelden op zich natuurlijk de mogelijkheden voor grensoverschrijdende dienstverrichting (naar het buitenland) zoals hierboven beschreven. Maar praktische obstakels of ook de verplichte aansluiting bij een pensioenstelsel in het werkland kunnen aan bedoeld onderbrengen in de weg staan.

Voortgezette deelneming

De vraag kan worden gesteld of het naar Nederlands recht toegestaan is om de deelneming in de Nederlandse pensioenregeling voort te zetten in geval van tewerkstelling in het buitenland. Dit betreft dus niet de vraag of de buitenlandse regeling uitgevoerd kan worden door de Nederlandse verzekeraar of het Nederlandse pensioenfonds, maar de vraag of de Nederlandse pensioenregeling als zodanig überhaupt kan worden voortgezet. Voor verzekeraars ligt hier geen obstakel. Voor pensioenfondsen wel. Pensioenfondsen worden wat betreft hun bevoegdheden ingeperkt door de Regeling Taakafbakening Pensioenfondsen (RTP).²⁶ De vrijwillige voortzetting van de deelneming is blijkens artikel 6 van de RTP voor een periode van maximaal drie jaar na beëindiging van de dienstbetrekking mogelijk. Alleen indien de werknemer een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid of uit een afvloeiingsregeling ontvangt, is een langere voortzettingsperiode toelaatbaar. Voor de tewerkstellings situatie zou het echter gedurende maximaal genoemde drie jaar mogelijk zijn de deelneming in het Nederlandse pensioenfonds voort te zetten.

Waardeoverdracht

Vervolgens is de vraag of waardeoverdracht mogelijk is. Het gaat dan om de situatie dat de werknemer heeft deelgenomen in een fonds en premievrije aanspraken op pensioen heeft verkregen tegenover de PSW-verzekeraar of pensioenfonds en vervolgens gaat deelnemen in de pensioenregeling en daarbij horende uitvoerder van de werkgever in het werkland. De PSW-verzekeraar of pensioenfonds kan ook zijn de buiten Nederland gevestigde verzekeraar of – vanaf 2005 – pensioenfonds, die/dat in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting een Neder-

²³ Arresten van 21 september 1999, zaken C-115-117/97, C-219/97 en C-67/96.

²⁴ *Publicatieblad* Nr. L 209 van 25/07/1998. Zie hierover E. Lutjens, Europese richtlijn inzake bescherming van rechten op aanvullend pensioen van werkgevers en zelfstandigen, *Pensioen & Praktijk*, september 1998, p. 26-28.

²⁵ Toevoegingen aan PSW bij wet van 21 juni 2001, *Stb.* 2001/314.

²⁶ Regeling gebaseerd op de Wet toezicht verzekeringsovereenkomst 1993 van 20 december 2000, *Stcrt.* 2000/249.

landse pensioenregeling uitvoert. In wezen komt dit neer op de vraag of internationale waardeoverdracht van pensioenaanspraken mogelijk is.

De aan de PSW ten grondslag liggende hoofdregel is, dat waardeoverdracht is toegestaan naar al die instellingen – verzekeraars en pensioenfondsen – die op grond van artikel 2, lid 1 en 4 PSW bevoegd zijn om pensioentoezeggingen uit te voeren (artikel 32a, 32b en 32ba PSW, artikel 16, 16a en 16b Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW). Hieruit volgt dat overdracht naar een buiten Nederland gevestigde verzekeraar mogelijk is, doch alleen indien de buitenlandse verzekeraar de overdracht accepteert in het kader van dienstverrichting naar Nederland. Dit is dus niet goed toepasbaar op de situatie van tewerkstelling van een werknemer in het buitenland.

De PVK kan evenwel ontheffing verlenen van ‘toegelaten’ uitvoeringsinstellingen teneinde waardeoverdracht naar ‘een in het buitenland gevestigde instelling’ mogelijk te maken, aldus artikel 29 PSW. Hierbij zij aangetekend dat de ontheffing niet gegeven kan worden voor de gevallen dat er sprake is van een voor de werknemer in de PSW vastgelegd wettelijk recht op waardeoverdracht. De waardeoverdracht naar een in het buitenland gevestigde instelling is dus altijd gebaseerd op vrijwilligheid, dat wil zeggen dat instemming van de werknemer en oude en nieuwe pensioenuitvoerder en mogelijk ook de werkgever, vereist is.

In de Beleidsregels ontheffingen heeft de PVK omlinjd onder welke voorwaarden de bedoelde ontheffing kan worden verleend. De Beleidsregels bepalen in artikel 7 dat de PVK ontheffing geeft in de volgende drie gevallen (waarbij ter verduidelijking zij opgemerkt dat waardeoverdracht in het stelsel van de PSW als een toepassing van afkoop van (aanspraken op) pensioen is behandeld):

a wanneer de afkoop geschiedt met het oog op verwerving van aanspraken op pensioen jegens een verzekeraar met zetel buiten Nederland, mits pensioen of aanspraken op pensioen worden verworven jegens een verzekeraar als bedoeld in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 met zetel in een lidstaat, met inachtneming van het Besluit uitvoering overeenkomst betreffende de EER inzake verzekeringstoezicht 1994, die bevoegd is het verzekeringsbedrijf uit te oefenen op grond van een vergunning welke overeenkomt met de in artikel 24, eerste lid, van genoemde wet bedoelde vergunning of jegens een verzekeraar met zetel bui-

ten de Europese Unie die in Nederland een bijkantoor heeft dan wel diensten verricht naar Nederland en aan het daaromtrent bepaalde in genoemde wet heeft voldaan;

- b wanneer de afkoop geschiedt met het oog op verwerving van aanspraken op pensioen jegens een andere instelling met zetel buiten Nederland, mits de afkoop geschiedt ten behoeve van een deelnemer of gewezen deelnemer, die een dienstbetrekking heeft aanvaard bij een buiten Nederland gevestigde werkgever, die met de werkgever in Nederland in een groep is verbonden en in verband daarmee het dienstverband met laatstbedoelde werkgever heeft beëindigd;
- c wanneer de afkoop geschiedt met het oog op verwerving van aanspraken op pensioen jegens een andere instelling met zetel buiten Nederland dan bedoeld onder a en b, mits:
- 1 pensioen of aanspraken op pensioen worden verworven jegens een pensioenuitvoerder die in het land van zijn zetel is onderworpen aan een vorm van overheidstoezicht;
 - 2 sprake is van juridisch gescheiden vermogens tussen de pensioenuitvoerder en de betrokken werkgever, door een aparte juridische entiteit van de pensioenuitvoerder, een speciale referentieregeling ten gunste van de pensioengerechtigden of anderszins.

Geval a betreft de waardeoverdracht naar een buitenlandse verzekeraar. Geval b betreft de waardeoverdracht naar een andere instelling – lees: pensioenfonds – indien er sprake is van tewerkstelling binnen een groep van ondernemingen. Geval c betreft eveneens de overdracht naar een andere instelling (pensioenfonds) bij tewerkstelling buiten een groep. In geval c gelden extra waarborgen die voor zekerheid van het pensioen moeten zorgen in de vorm van overheidstoezicht en een afgescheiden vermogen tussen de instelling en de werkgever. Dit zijn eisen die ook op grond van de PSW gelden. In geval b zijn deze extra waarborgen niet gesteld, omdat de groepsverbondenheid een afdoende controle is bevonden op de veiligstelling van de pensioenaanspraken. Het lijkt mij geen waterdichte controle. De waardeoverdracht buiten groepsverbondenheid tussen de werkgevers zoals thans in geval c is geregeld, is via de rechtspraak afgedwongen.²⁷

Naast de specifieke waarborgen voor geval c bij internationale waardeoverdracht, geldt op grond van

²⁷ Zie College van Beroep voor het bedrijfsleven 1 februari 2000, PJ 2000/50, AB 2000/205.

de Beleidsregels ontheffingen voor alle gevallen van internationale waardeoverdracht dat de pensioenaanspraken worden verworven bij de instelling die reeds de pensioenregeling uitvoert van de onderneming bij welke de werknemer tewerkgesteld is of zal worden. Bovendien dienen ten aanzien van het pensioen afkoopbeperkingen van toepassing te zijn die vergelijkbaar zijn met die welke ingevolge de PSW gelden (zie voor deze beperkingen artikel 32, lid 4 PSW). Bij de aanvraag om ontheffing moeten aan de PVK bescheiden overgelegd worden, waaruit blijkt dat voldaan wordt aan de genoemde voorwaarden voor internationale waardeoverdracht.

Geconcludeerd kan worden dat de PSW redelijk ruime mogelijkheden voor internationale waardeoverdracht kent, zij het dat het noch voor de Nederlandse pensioenuitvoerder verplicht is om waarde over te dragen, noch voor de pensioenuitvoerder van het land van tewerkstelling een plicht is om aan waardeoverdracht mee te werken. De voorwaarden voor waardeoverdracht zijn gesteld om het pensioen zijn bestemming te laten behouden en in zoverre geschreven ter bescherming van de werknemer. In dat licht bezien lijken de voorwaarden mij in het kader van de uitoefening van het vrije werknemersverkeer geen onoverkomelijke obstakels.²⁸

De PSW kent in artikel 32ba de mogelijkheid om op het tijdstip van pensioeningang waardeoverdracht te realiseren. Op het tijdstip van pensioeningang koopt men dan het pensioen in bij een andere pensioenuitvoerder dan de uitvoerder bij welke het pensioen tijdens werken is opgebouwd. Artikel 16b Regelen verzekeringsovereenkomsten geeft een overeenkomstige mogelijkheid. Het gaat hier om de waardeoverdracht die bekend staat als het pensioenshoppen. Ook voor dit pensioenshoppen geldt dat de waardeoverdracht mogelijk is naar de instellingen die op grond van artikel 2, lid 1 en 4 PSW bevoegd zijn pensioentoezeggingen uit te voeren. Maar ook hier is ontheffing door de PVK mogelijk teneinde het shoppen in het kader van internationale waardeoverdracht mogelijk te maken.²⁹ Volgens artikel 8 Beleidsregels ontheffingen is in dat kader waardeoverdracht mogelijk naar a) een verzekeraar als bedoeld in geval a genoemd hiervoor of naar b) een andere instelling (pensioenfonds) indien deze instelling is onderworpen aan overheidstoezicht.

In beide gevallen geldt dat de waardeoverdracht

ertoe moet strekken om een direct ingaand pensioen te verwerven (dat is het kenmerk van het pensioenshoppen) en – ook hier – met de PSW vergelijkbare afkoopbeperkingen van toepassing zullen zijn.

Detachering

Dan de detachering. Dit is een andere situatie omdat voor detachering specifieke voorschriften in de PSW zijn opgenomen, gebaseerd op Richtlijn 98/49/EG, hiervoor reeds aangehaald. Op grond van deze richtlijn zijn de artikelen 32d-g aan de PSW toegevoegd.³⁰ De hiervoor reeds genoemde artikelen 32e, f en h PSW zijn, behalve op tewerkstelling, ook van toepassing op de detachering.

Hiernaast bevat artikel 32g PSW een bepaling die alleen voor detachering geldt. Het artikel is van toepassing op detachering vanaf 25 juli 2001. Voor de invulling van het begrip detachering is aansluiting gezocht bij Vo EEG 1408/71. Gedetacheerd werknemer is omschreven als: ‘een werknemer die in een andere lidstaat wordt gedetacheerd om daar te werken en die krachtens titel II van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van de Europese gemeenschappen van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op loontrekken en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PbEG L 149), onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong’. Er is met andere woorden een koppeling gelegd met de voor gedetacheerde werknemers krachtens Vo 1408/71 toepasselijke sociale zekerheidswetgeving. Voor zo’n gedetacheerde werknemer is het mogelijk gemaakt tevens deel te blijven nemen aan de aanvullende pensioenregeling in het land van herkomst. Artikel 32g, lid 1 PSW bepaalt daartoe: ‘Een gedetacheerd werknemer kan tijdens de detachering blijven deelnemen aan de pensioenregeling.’ In geval van detachering van een werknemer vanuit het buitenland in Nederland geldt volgens artikel 32g, lid 2 PSW, dat de werknemer en diens werkgever vrijgesteld zijn van de betaling van pensioenpremies in Nederland voor de aanvullende pensioenregeling, zolang de betaling van bijdragen aan de pensioenregeling van het land van herkomst wordt voortgezet. De vrijstelling van premiebetaling geldt ook voor premiebetaling op grond van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (zie artikel 15 Wet Bpf). Met deze voorschriften is voor de gedetacheerde werknemer een sluitend geheel ontstaan,

²⁸ Zie ook M. Bunicich en JJ Dijkstra, *Internationale waardeoverdracht en de PSW*, P&P 2002-7/8, p. 21, CEPS rapport, *Cross-Border Portability of Pension Rights*, 2003.

²⁹ Artikel 8 Beleidsregels ontheffingen zoals gewijzigd bij besluit van 26 februari 2004, *Stcrt.* 2004/48.

³⁰ Wet van 21 juni 2001, *Stb.* 2001/314.

waarmee detachering continuering van de pensioenregeling zal (kunnen) meebrengen.

Vanwege de aansluiting bij Vo 1408/71 is de invulling van het begrip detachering krachtens die verordening ook voor toepassing van de detacheringsregeling in de PSW van doorslaggevend belang. Ik ga daar in het kader van dit artikel niet verder op in, maar signaleer hier slechts als bijzonderheid de uitspraak van de Hoge Raad van 11 juli 2003, zaaknr. 37446, waarin hij oordeelde dat het begrip detachering vereist dat de werknemer tijdens detachering zijn woonplaats in Nederland behoudt. De uitspraak heeft ook vanuit de Europese Commissie kritiek ondervonden en wordt voorzover mij bekend in andere situaties door de Nederlandse overheid niet toegepast.

Fiscale behandeling van pensioenen in grensoverschrijdende situaties

De wijze waarop pensioenaanspraken en pensioenen fiscaal behandeld worden is praktisch gezien essentieel voor de aantrekkelijkheid van pensioenregelingen. In Nederland – en in de meeste andere EU-landen – geldt ten aanzien van pensioenregelingen de regel: aanspraken ingevolge een pensioenregeling zijn niet belast, uitkeringen zijn belast (dit staat bekend als de omkeerregel). Dit betekent dat geen loonbelasting is verschuldigd over de pensioenaanspraken en de daarvoor betaalde premies, noch over de beleggingsrendementen die met de premies worden gerealiseerd (artikel 11, lid 1, sub c en j Wet LB). De aanspraken op basis van een pensioenregeling in de zin van de Wet LB behoren hiernaast niet tot de belastbare winst uit onderneming (artikel 3.13, lid 1, sub b Wet IB). Het spreekt voor zich dat de pensioenregelingen aan bepaalde normen moeten voldoen om voor deze begunstigende fiscale behandeling in aanmerking te komen. Dit heeft zijn uitwerking gevonden in een fijnmazig geheel van regels ten aanzien van de inhoud van pensioenregelingen (waarin de maximale fiscaal toegestane omvang van de pensioenaanspraken is omschreven) en ten aanzien van de toegelaten pensioenuitvoerders, alsmede de gevolgen van grensoverschrijdend verkeer. Op de regels ten aanzien van de inhoud van pensioenregelingen ga ik in het kader van dit artikel niet nader in.³¹ De voorwaarden voor fiscale acceptatie van pensioenregelingen zijn vaak wei-

nig vriendelijk voor grensoverschrijdend verkeer. Lidstaten zijn benauwd dat een potentiële claim op pensioenuitkeringen verloren zal gaan indien pensioengeld de grens overgaat. Aangezien de EU niet of nauwelijks mogelijkheden heeft om via Europese wetgeving regelend op te treden ten aanzien van de loon- en inkomstenbelasting, heeft de Europese Commissie bij Mededeling aangegeven dat waar mogelijk via de bepalingen omtrent het vrije verkeer van werknemers of de vrije dienstverrichting beperkende fiscale voorschriften aangepakt zullen gaan worden en hier waar nodig inbreukprocedures bij het Hof van Justitie EG over gevoerd zullen worden.³² Het Hof van Justitie heeft inmiddels een aantal baanbrekende arresten gewezen.

De toegelaten verzekeraars

Artikel 19a Wet LB geeft een limitatieve opsomming van de instellingen die als verzekeraar van pensioenaanspraken mogen optreden. Dit zijn (de nummers verwijzen naar de nummers in artikel 19a Wet LB³³):

- a lichamen die ingevolge artikel 5 Wet op de Vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld van die belasting. Dit betreft de lichamen die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel hebben de verzorging door het uitvoeren van een pensioenregeling. Hieronder vallen de Nederlandse pensioenfondsen;
- b een verzekeraar die op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf bevoegd is het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, indien de verzekeraar de pensioenverplichtingen rekent tot het binnenlandse ondernemingsvermogen. De laatste voorwaarde betekent de facto dat de verzekeraar in Nederland gevestigd moet zijn;
- c een niet in Nederland gevestigd pensioenfonds of verzekeraar, mits het pensioen de voortzetting is van een pensioen dat reeds bij die buitenlandse instelling was verzekerd in de periode dat de werknemer niet in Nederland woonde of werkte;
- f een pensioenfonds of verzekeraar, anders dan hiervoor genoemd, en die door de minister van Financiën als verzekeraar is aangewezen, zulks onder nadere voorwaarden.

³¹ Zie hiervoor de literatuur, bijvoorbeeld L.P. van den Bosch, *Fiscale kijk op pensioenregelingen*, Kluwer, 2003.

³² Zie, Mededeling COM (2001) 214, zie P&P 2001/5, p. 27, inzake Grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen, opheffing fiscale barrières, waarover P.M.C. de Lange, *Opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende 'tweede pijler' pensioenregelingen in Europa, Het Verzekerings-Archief 1-2002*. In het voorstel voor de hiervoor genoemde richtlijn 98/49 was ook een – beperkt – voorschrift inzake de fiscale behandeling van pensioenen opgenomen, maar in de definitieve richtlijn is dit niet opgenomen.

³³ De in artikel 19a Wet LB sub d en e genoemde 'directiepensioenlichamen' en natuurlijke personen laat ik in dit artikel verder buiten beschouwing.

Grensoverschrijdende dienstverrichting

Deze f-categorie omvat de in het buitenland gevestigde pensioenfondsen en verzekeraars. Zoals hiervoor is gebleken zijn de in het buitenland gevestigde verzekeraars met inachtneming van de besproken voorwaarden bevoegd om in het kader van vrije dienstverrichting naar Nederland pensioenverzekeringen uit te voeren. De fiscale mogelijkheid hiertoe is pas ingevoerd met de Wet Inkomstenbelasting 2001. Uit het uitvoeringsbesluit Loonbelasting³⁴ blijkt dat de verzekeraars die in het kader van de vrije dienstverrichting bevoegd zijn pensioenverzekeringen uit te voeren, aangewezen kunnen worden (artikel 10d Uitvoeringsbesluit LB). Pensioenfondsen kunnen worden aangewezen indien zij in het land van vestiging bevoegd zijn pensioenregelingen uit te voeren voor ten minste 100 werknemers.³⁵ Bovendien gelden er strenge nadere voorwaarden alvorens aanwijzing mogelijk is. Artikel 19a Wet LB bepaalt dat het pensioenfonds of de verzekeraar die pensioenregelingen wil uitvoeren, zich tegenover de minister van Financiën moet verplichten:

- 1 te voldoen aan voorwaarden met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen over de uitvoering van de regeling, zie ook artikel 10d, lid 3 Uitvoeringsbesluit LB, en
- 2 zekerheid moet stellen voor de invordering van belasting die is verschuldigd door:
 - a de werknemer een in artikel 19b Wet LB 'verboden' handeling ten aanzien van het pensioenverricht (afkoop of prijsgeven pensioenaanspraken, overtreding inhoudelijke normen ten aanzien van de inhoud van pensioenregelingen), waardoor de pensioenaanspraak in zijn geheel als loon van dienstbetrekking wordt aangemerkt;
 - b de aanspraken op grond van de pensioenregeling niet langer bij een volgens artikel 19a Wet LB toegelaten verzekeraar zijn ondergebracht (artikel 7.2, lid 8 Wet IB);
 - c de werknemer ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn (artikel 3.82 Wet IB), in welk geval aan de belastingplichtige een conserverende aanslag wordt opgelegd op basis van de waarde van de pensioenaanspraken in het economisch verkeer (artikel 2.9 en 3.83 Wet IB).

De verplichting tot zekerheidsstelling door het pensioenfonds of de verzekeraar kan achterwege blij-

ven indien de werknemer zelf zekerheid stelt. Het beëindigen van de zekerheidsstelling door de werknemer is indien dat is gebeurd, eveneens een in artikel 19b Wet LB 'verboden' handeling.

Met inachtneming van dit stelsel van voorwaarden kan een Nederlandse pensioenregeling dus fiscaal gefaciliteerd worden uitgevoerd door een buitenlandse pensioenuitvoerder. De voorwaarden zijn echter behoorlijk beperkend en dat is waarschijnlijk ook de reden waarom tot heden geen aanwijzing heeft plaatsgevonden. De vraag komt dan op of de voorwaarden Europees toelaatbaar zijn.

De conserverende aanslag

De ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Justitie geeft reden om grote vraagtekens te plaatsen bij met name de conserverende aanslag. Hierbij stip ik kort aan dat het Hof van Justitie in de zaak Bachmann, arrest van 28 januari 1992, zaak C-204/90 het niet fiscaal accepteren van premiebetaling aan een in het buitenland gevestigde verzekeraar, weliswaar strijdig achtte met de vrije dienstverrichting, maar niettemin toelaatbaar noemde vanwege de noodzaak van 'coherentie' in het belastingstelsel in de vorm van vrijstelling van de aanspraak en heffing over de uitkering. De heffing over de uitkering zou dan ook zo veel mogelijk gewaarborgd moeten zijn, waartoe de voorwaarde van binnenlandse betaling mocht worden gesteld.

De fiscale beperkingen voor premiebetaling aan in het buitenland gevestigde pensioenuitvoerders is in latere rechtspraak echter afgebroken. In de zaak Danner van 3 oktober 2002, zaak C-136/00 oordeelde het Hof: 'Artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een fiscale regeling van een lidstaat die de mogelijkheid beperkt of uitsluit om premies voor vrijwillige pensioenverzekering die aan in andere lidstaten gevestigde pensioenverstrekkers zijn betaald, voor de toepassing van de inkomstenbelasting af te trekken, terwijl wel de mogelijkheid wordt geboden om dergelijke premies af te trekken wanneer zij aan in eerstgenoemde lidstaat gevestigde instellingen zijn betaald, indien deze regeling niet tegelijkertijd de belastbaarheid van de door deze pensioenverstrekkers betaalde pensioenen uitsluit.'³⁶

In het arrest Skandia van 26 juni 2003, zaak C-422/01 oordeelde het Hof vervolgens: 'Artikel 49 EG

³⁴ Besluit van 17 mei 1965, *Stb.* 1965/202, zoals gewijzigd bij besluit van 13 december 2002, *Stb.* 2002/635.

³⁵ Hierbij merk ik ook op dat op grond van Richtlijn 2003/41 inzake pensioenfondsen lidstaten ervoor kunnen kiezen de richtlijn niet toe te passen op pensioenfondsen waarbij minder dan 100 deelnemers of uitkeringsgerechtigden zijn aangesloten.

³⁶ Zie hierover G.J.B. Dietvorst, Danner, Een wolf in schaapskleren, *WFR* 6507 (2002), H.J. Noordenbos, Nederlandse pensioenregelgeving niet geheel in lijn met Europese jurisprudentie, *Pensioen & Praktijk* 1/2/2003, p. 22. W.L.A. de Lange, Het Danner arrest, het kan leuk worden. *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, febr. 2003, afl. 1, p. 6/8, E.A.P. Schouten, Arrest Danner: de Europese pensioenmarkt voor Nederlandse verzekeraars opengebroukt?, *Het Verzekerings-Archief* 1-2003.

verzet zich ertegen dat een verzekering die bij een in een andere lidstaat gevestigde verzekeraar wordt afgesloten en voldoet aan alle voorwaarden die het nationale recht voor een aanvullende pensioenverzekering stelt, behalve aan de voorwaarde dat zij bij een op het nationale grondgebied gevestigde verzekeraar is afgesloten, uit fiscaal oogpunt anders wordt behandeld, met gevolgen voor de inkomstenbelasting die, naar gelang van de omstandigheden van het geval, ongunstiger kunnen zijn.³⁷

Op basis van deze arresten werden proportioneel te achten beperkingen specifiek voor grensoverschrijdende situaties, zoals de inlichtingenplicht en de conserverende aanslag in de Nederlandse Wet LB, nog overwegend toelaatbaar geacht.³⁷ Het Hof gaf er in zijn arresten in *Danner en Skandia* ook wel blijk van er oog voor te hebben dat de fiscale autoriteiten wel bekend moesten zijn met een belaste uitkering die zich in het buitenland bevindt. De inlichtingenplicht lijkt hiermee toelaatbaar te zijn. Wat betreft de conserverende aanslag noopt het arrest van het Hof van Justitie EG van 11 maart 2004, zaak C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*) er waarschijnlijk toe hierthans anders over te denken. Het arrest betreft een Franse heffing over aandelenbezit in geval van emigratie van de bezitter. Het Hof oordeelt dat de heffing strijdig is met de vrijheid van vestiging: ‘Het beginsel van vrijheid van vestiging van artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) moet aldus worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking, een stelsel zoals dit van artikel 167 bis van de Franse Code général des impôts invoert waarbij nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen worden belast wanneer de belastingplichtige zijn fiscale woonplaats van die lidstaat naar het buitenland overbrengt.’

Vanwege de algemene bewoordingen waarin het arrest is gesteld, lijkt het gerechtvaardigd te veronderstellen dat de uitspraak ook gevolgen heeft voor de conserverende aanslag in Nederland.³⁸ Op 22 maart 2004 heeft het Tweede-Kamerlid Dezentjé Hamring inmiddels Kamervragen gesteld aan de minister over de gevolgen van het arrest voor de Nederlandse conserverende aanslag.³⁹ Het is dus alleszins mogelijk dat de conserverende aanslag binnenkort tot het verleden behoort. Daarmee zal die niet onbelangrijke drempel voor grensoverschrijdende dienstverrichting zijn weggewerkt. Het is significant dat tot heden geen

enkele verzekeraar verzocht heeft om de aanwijzing als bedoeld in artikel 19a Wet LB. Mogelijk kan hier na het vervallen van de conserverende aanslag verandering in komen.

Gevolgen grensoverschrijdend werknemersverkeer

Een van de gevolgen van grensoverschrijdend werknemersverkeer voor de fiscale behandeling van pensioenen, kwam hierboven al aan de orde: indien men ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, wordt op grond van artikel 3.83 Wet IB een conserverende aanslag opgelegd voor de waarde van de pensioenaanspraken in het economisch verkeer. Dat is – ook – een beperking van het vrije verkeer van werknemers, die mocht de conserverende aanslag inderdaad niet overeind te houden zijn, zal wegvallen.

Tewerkstelling in Nederland

Voor de werknemer die in Nederland tewerk wordt gesteld – waaronder ik hier ook detachering reken – is het onder voorwaarden mogelijk de buitenlandse pensioenregeling voort te zetten en fiscaal wordt de buitenlandse uitvoerder geaccepteerd. Daarmee is niet gezegd dat ook de buitenlandse pensioenregeling inhoudelijk fiscaal geaccepteerd wordt. Het is bepaald niet vanzelfsprekend dat de buitenlandse pensioenregeling voldoet aan de op de typisch Nederlandse situatie toegesneden bepalingen in de Wet LB. Het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 24 september 2002, nr. CPP2002/1640M⁴⁰ geeft echter een oplossing voor veel situaties door buitenlandse regelingen van tijdelijk in een Nederlandse dienstbetrekking werkzame werknemers aan te wijzen als zuivere pensioenregeling. De aanwijzing geldt onder de voorwaarde dat de PVK ontheffing heeft verleend voor de tijdelijk in Nederland tewerkgestelde werknemer of er moet sprake zijn van detachering als bedoeld in artikel 32g PSW. Verder zijn ten aanzien van de inhoud van de buitenlandse pensioenregeling de volgende vier voorwaarden geformuleerd in het besluit:

- 1 Buitenlandse pensioenregelingen wijken vaak af van de voorwaarden die hoofdstuk IIB van de Wet LB stelt. Uitgangspunt bij de aanwijzing van de buitenlandse pensioenregeling is dat het resultaat van de opbouw vergelijkbaar moet zijn met het resultaat waartoe een opbouw volgens de bepalingen van hoofdstuk IIB zou leiden. Gezien de diversiteit van buitenlandse pensioenregelingen is

³⁷ Zie ook R.E.C.M. Niessen, Europese rechtspraak over fiscaal pensioenrecht, *Pensioen & Praktijk* 2004/1/2, p. 5 e.v.

³⁸ Zie ook P. Kavelaars, Conserverende aanslag afgeserveerd, *Pensioen & Praktijk* 2004/4.

³⁹ TK 2003–2004, vraag nr. 10920.

⁴⁰ Dit en de andere door mij genoemde fiscale besluiten zijn te vinden op www.minfin.nl onder overige publicaties.

het niet mogelijk om precies aan te geven welke afwijkingen nog acceptabel zijn en welke niet meer. In plaats daarvan heeft het volgende te gelden. De buitenlandse regeling moet in ieder geval voldoen aan het bepaalde in artikel 1.7, tweede lid, onderdeel c, Wet IB 2001. Het moet gaan om een in het buitenland gebruikelijke regeling. De regeling dient te voorzien in een inkomensvoorziening bij ouderdom en/of een inkomensvoorziening voor nabestaanden bij overlijden van de werknemer. Voorts dient het resultaat van de regeling in een redelijke verhouding te staan tot de grenzen en voorwaarden van hoofdstuk IIB van de Wet LB. Zo dient de premie in een redelijke verhouding te staan tot de uitkeringen. De werknemer dient in zijn aanvraag aannemelijk te maken dat de buitenlandse regeling voldoet aan het voorgaande. De beoordeling of hij hierin is geslaagd berust bij de inspecteur. Deze dient bij die beoordeling overschrijdingen van de grenzen en voorwaarden van hoofdstuk IIB aan de ene kant en een onderbenutting van de mogelijkheden van dat hoofdstuk aan de andere kant tegen elkaar af te wegen. Indien voldoende ervaring is opgedaan met de beschreven werkwijze, zal worden overwogen of het zinvol is meer gedetailleerde beleidsregels voor de beoordeling te ontwikkelen en te publiceren.

- 2 Een in het land van herkomst gebruikelijke afkoopmogelijkheid maakt geen deel uit van het in de vorige alinea beschreven afwegingsproces. Een dergelijke afkoopmogelijkheid vormt geen belemmering om de regeling aan te wijzen. Wel dient de werknemer desgevraagd de gebruikelijkheid van de afkoopmogelijkheid in het land van herkomst aannemelijk te maken. Wellicht ten overvloede zij hierbij opgemerkt dat bij een daadwerkelijke afkoop de Nederlandse belastingwetgeving ten volle van kracht is.
- 3 Indien het pensioen wordt opgebouwd in een systeem dat de kenmerken heeft van een spaarproduct, vormt dat op zich geen belemmering voor aanwijzing. Dit feit behoeft dan ook niet te worden meegenomen in het beschreven afwegingsproces. Wel dient de werknemer desgevraagd de gebruikelijkheid van het spaarsysteem in het land van herkomst aannemelijk te maken.
- 4 In alle gevallen dient het buitenlandse pensioen te zijn verzekerd bij een lichaam als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdeel c of f, van de wet LB.

Een andere vraag is of in geval van tewerkstelling in Nederland de in het buitenland doorgebrachte

diensttijd in aanmerking kan komen voor pensioenopbouw in de Nederlandse pensioenregeling. Dit kan volgens artikel 10a, lid 1, sub b Uitvoeringsbesluit LB slechts voorzover de werknemer in dienstbetrekking heeft gestaan tot een met de inhoudingsplichtige verbonden lichaam en hij in het buitenland niet in de pensioenregeling heeft deelgenomen. Tijdens de periode van tewerkstelling in concernverband in het buitenland kan ook de buitenlandse werkgever een pensioentoezegging doen die overeenkomt met de Nederlandse pensioenregeling. Bij Besluit van 24 juli 2002, nr. CPP2002/1073M, heeft de staatssecretaris van Financiën het volgende gesteld inzake de voortzetting van Nederlandse pensioenregeling bij uitzending naar het buitenland in concernverband: 'De Nederlandse pensioenregeling wordt evenwel niet onzuiver indien het buitenlandse lichaam zelf een pensioentoezegging aan de (uitgezonden) werknemer doet die overeenkomt met de pensioenregeling van de Nederlandse inhoudingsplichtige. Deze pensioenaanspraak kan ook verzekerd worden bij de verzekeraar van de Nederlandse pensioenregeling. Bij die Nederlandse pensioenverzekeraar zijn dan zowel de aanspraken ondergebracht die zijn toegezegd door de Nederlandse inhoudingsplichtige als de aanspraken die zijn toegezegd door het met de Nederlandse inhoudingsplichtige verbonden buitenlandse lichaam. Uit de feiten moet blijken dat de aanspraken over de buitenlandse diensttijd daadwerkelijk zijn toegekend door het buitenlandse lichaam. De kosten van de pensioenaanspraak over het buitenlandse salaris moeten ten laste komen van het buitenlandse lichaam. Indien deze kosten in eerste aanleg worden voldaan door de Nederlandse (voormalige) inhoudingsplichtige, dienen ze aan het buitenlandse lichaam te worden doorbelast. Deze kosten moeten de integrale kosten omvatten die de pensioenverzekeraar op basis van de financieringsovereenkomst van de Nederlandse pensioenregeling voor financiering van het pensioen over het buitenlandse salaris in rekening brengt (incl. de kosten van de backservice bij salarisverhogingen). In het geval de werknemer zelf een deel van de kosten voor zijn rekening neemt via inhouding op zijn salaris dient de eigen bijdrage bij een salarysplit naar evenredigheid te worden toegerekend aan het binnenlandse en het buitenlandse salaris. Bij de loonheffing mag slechts de eigen bijdrage die is toe te rekenen aan het salaris uit de Nederlandse dienstbetrekking in mindering worden gebracht op het Nederlandse loon.'

Hiernaast is waardeoverdracht vanuit het buitenland naar Nederland mogelijk. Voorzover nodig is dit tevens opgenomen in het Besluit van de staatssecretaris

ris van Financiën van 17 januari 2002, nr. CPP2001/3181M.

Tewerkstelling buiten Nederland

In geval van tewerkstelling buiten Nederland zal de fiscale behandeling van de pensioenaanspraken op de eerste plaats afhangen van het fiscale recht in het werkland.

Vanuit Nederlands perspectief is van belang of waardeoverdracht naar de buitenlandse pensioenuitvoerder mogelijk is, zonder dat artikel 19b Wet LB toepassing vindt (in welk geval de waardeoverdracht als ‘verboden’ handeling – afkoop – wordt gezien en de hele pensioenaanspraak wordt belast). Dan bedoel ik niet de waardeoverdracht naar de toegelaten instellingen, zoals hiervoor bedoeld, maar ‘echte’ internationale waardeoverdracht zoals hiervoor is beschreven en op grond van de PSW mogelijk is. Bij Besluit van 16 juli 2002, nr. CPP2002/192M, heeft de staatssecretaris van Financiën de voorwaarden gepubliceerd waaronder dit ook fiscaal mogelijk is, zonder dat de pensioenaanspraak wordt belast. De voorwaarden zijn zeer stringent en houden het volgende in:

- 1 De voor belanghebbende bevoegde inspecteur gaat akkoord met de hoogte van het over te dragen kapitaal.
- 2 Het pensioenkapitaal wordt rechtstreeks en in zijn geheel overgedragen aan de buitenlandse verzekeraar ter verwerving van pensioenaanspraken.
- 3 De Pensioen- & Verzekeringskamer heeft voor de overdracht ontheffing verleend indien dit op grond van wet- of regelgeving geboden is. Indien een dergelijke ontheffing niet vereist is, maakt belanghebbende zulks aannemelijk.
- 4 Belanghebbende maakt aannemelijk dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard. Een dienstbetrekking wordt in ieder geval substantieel geacht indien deze voor een termijn van vijf jaar is aangegaan.
- 5 Belanghebbende maakt aannemelijk dat:
 - a de nieuwe pensioenregeling een in het desbetreffende land gebruikelijke pensioenregeling is;
 - b de te zijner tijd te verrichten uitkeringen, in welke vorm dan ook, betrokken zullen worden in een in het desbetreffende land van kracht zijnde heffing naar het inkomen, een en ander met inbegrip van het deel van de uitkeringen dat gerelateerd kan worden aan het bij de toegelaten verzekeraar opgebouwde pensioenkapitaal. Onderdeel b is alleen van toepassing bij (voorgenomen) emigratie.
- 6 Belanghebbende legt een exemplaar over van de nieuwe pensioenregeling.

7 Belanghebbende legt een verklaring over van de buitenlandse verzekeraar waarin wordt aangetoond dat sprake zal zijn van een substantieel pensioentekort voor het geval het pensioenkapitaal niet wordt overgedragen. De overdracht moet geschieden ter voorkoming van pensioenbreuk.

8 Indien sprake is van (voorgenomen) emigratie verstrekt belanghebbende gegevens waaruit de nieuwe woonplaats blijkt.

9 Ter zake van de overdracht wordt geen enkele aftrek op het inkomen van belanghebbende en/of van zijn partner toegepast.

Of al deze voorwaarden noodzakelijk zijn is achten om de hieruit voortvloeiende belemmering van het vrije verkeer van werknemers te rechtvaardigen, acht ik geenszins bij voorbaat zeker.

Een gemeenschappelijke pensioenmarkt?

Ter afsluiting van dit artikel een aantal opmerkingen omtrent de vraag of een gemeenschappelijke pensioenmarkt thans een te verwachten perspectief is.

Een Europees pensioenstelsel?

Op grond van het vorenstaande zal duidelijk zijn dat een gemeenschappelijke pensioenmarkt nog een ver verwijderd perspectief is. Daarbij stel ik voorop dat uniformering van de pensioenstelsels niet nodig is, maar ook praktisch onhaalbaar. Zoals ik in het begin opmerkte zijn pensioenstelsels ingebed in nationale arbeidsvoorwaardenregelingen, socialezekerheidsstelsel en fiscale behandeling, waarbij in de EU grote verschillen voorkomen wat betreft de plaats – in het totale pensioenstelsel – van het aanvullende pensioen. In het kader van de Europese gemeenschappelijke markt is het echter wel gewenst om (onnodige) belemmeringen voor het vrije verkeer van werknemers (zoveel mogelijk) uit de weg te ruimen. Vooral voor internationaal opererende bedrijven zou dat belangrijk zijn. Een werkelijk eenvormig Europees pensioenstelsel lijkt mij evenwel een utopie.

Wederzijdse erkenning

Wat wel een haalbare stap zou kunnen zijn, is de wederzijdse erkenning van de pensioenregelingen in geval van grensoverschrijdende situaties. In die richting gaat de detacheringsbepaling in artikel 32g PSW, gebaseerd op richtlijn 98/49. Het betreft een invulling die ook in andere EU-landen van toepassing is. De richtlijn omgeeft de mogelijkheid tot voortgezette deelneming in de pensioenregeling van het land van herkomst evenwel niet met fiscale facilitering.

Nederland kent de fiscaal gefaciliteerde mogelijkheid van voortzetting van de regeling bij een buitenlandse uitvoerder wel (artikel 19a, lid 1, sub c Wet LB) en heeft – onder voorwaarden – een buitenlandse pensioenregeling ook inhoudelijk geaccepteerd, zie hiervoor. Het is onzeker of dat ook voor andere landen geldt. Krijgt men geen fiscale faciliteiten, dan zal dit het gebruikmaken van de detachingsregeling aanzienlijk belemmeren. Het is mijns inziens niet uitgesloten dat het fiscaal niet accepteren van premiebetaling aan de buitenlandse uitvoeringsinstelling als een niet te rechtvaardigen belemmering van het vrije verkeer van werknemers wordt aangemerkt. Of de alsdan toe te passen fiscale acceptatie vervolgens ook zou moeten gebeuren op basis van de inhoud van de buitenlandse pensioenregeling, acht ik echter kwestieus. Het toepassen van de nationale normen op premiebetaling voor een buitenlandse pensioenregeling, lijkt mij niet strijdig met het vrije werknemersverkeer, maar er zou een belangrijke stap vooruit worden gezet bij het bevorderen van het grensoverschrijdende werknemersverkeer indien de buitenlandse pensioenregeling ook inhoudelijk wordt geaccepteerd, ook al zou dit voor een in tijd beperkte periode van bijvoorbeeld maximaal 5 jaar zijn.

Waardeoverdracht

Een volgend belangrijk aspect zou zijn de civielrechtelijke en fiscale acceptatie van waardeoverdracht in internationaal verband. Hoewel dit niet in alle gevallen een wenselijke of mogelijke oplossing is – bijvoorbeeld in verband met bestaande verschillen in financieringsstelsels (verschil tussen omslagfinanciering en kapitaaldekking bijvoorbeeld) – zou een in principe bestaand recht op waardeoverdracht een belangrijke bijdrage aan pensioenbreuken kunnen zijn en daarmee een stimulans voor grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit. Hoewel beperkingen in verband met de bescherming van de pensioenrechten mij zeker mogelijk lijken, zullen beperkingen kritisch moeten worden gezien in verband met de noodzakelijkheid.⁴¹

Een Europees pensioenfonds?

De European Federation for Retirement Provisions (EFRP) heeft een voorstel gedaan voor de oprichting van een Europees Pensioenfonds, de European Institution for Occupational Retirement

Provision (EIORP). Het zou betreffen een centraal lichaam met name voor internationaal opererende ondernemingen waarbij zij de pensioenregelingen voor al hun – in diverse landen werkende – werknemers zouden kunnen onderbrengen. De EIORP zou slechts een vergunning – tot het uitvoeren van pensioenregelingen – in één land hoeven te hebben. Dat zou het aantrekkelijke aspect moeten zijn van de EIORP. Het is een interessant initiatief, maar de inhoudelijk toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande mogelijkheden is er niet of is in ieder geval verwaarloosbaar.⁴² Hierbij zij aangetekend dat de EIORP enkel als een pooling-instrument wordt gepresenteerd, waarbij voor de pensioenregelingen van de diverse landen aparte secties binnen de EIORP worden gemaakt, die ook de nationale fiscale regels toepassen die bij deze secties horen. De EIORP is dus gewoon een internationaal opererend pensioenfonds dat gebruikmaakt van de mogelijkheid tot vrije dienstverrichting, zoals dat op grond van Richtlijn 2003/41 in 2005 ook zal gelden. In de ontwikkelingsfase naar een echt Europees pensioenfonds kan het communiceren van de EIORP niettemin een zinvol initiatief zijn. Een echt Europees pensioenfonds dat één pensioenregeling uitvoert met inachtneming van één uniforme methode van fiscale behandeling zou een vervolgfase kunnen en wat mij betreft moeten zijn. Vooralsnog zou men moeten denken aan een European Pension Fund – EPF – (het mag overigens ook een verzekeraar zijn die een schaduwpensioenfonds binnen de eigen organisatie opricht) – dat voor aan te wijzen internationaal opererende ondernemingen de bedoelde uniforme pensioenregeling uitvoert voor de werknemers van die ondernemingen. De pensioenaanspraken (en premiebetaling) zullen vrijgesteld zijn van belastingheffing en belastingheffing over de uitkeringen geschiedt centraal door de EPF volgens een specifiek EPF-stelsel. Afdracht van de belastingen aan nationale fiscale autoriteiten geschiedt naar rato van de werktijd van de werknemers in de diverse landen. Een vervolgfase kan zijn een bredere werkingssfeer van de EPF buiten de kring van de aanvankelijk aan te wijzen ondernemingen. Hiermee ontstaat voor pensioenen een overkoepelend pensioenstelsel dat uitstijgt boven de nationale stelsels en Europeesbreed zal gelden.⁴³ Uiteraard zal overeenstemming bereikt moeten worden over de inhoud van de EPF-regeling en over

⁴¹ Zie ook M.A.B.L. Wienk, *Europese coördinatie van aanvullende pensioenen*, Kluwer, 1999.

⁴² Vgl. de kritische beschouwing van R. ten Wolde, *European Institute for Occupational Retirement Provisions, de EIORP of de geboorte van een lelijk kind*, *Pensioen & Praktijk* 2002/4, p. 10-13.

⁴³ Het is in feite een toepassing van de gedachte van het overkoepelende stelsel zoals dat op het terrein van de sociale zekerheid ook wel is voorgesteld, maar vanwege het hangen aan een nationale opzet van de sociale zekerheid niet van de grond is gekomen.

– met name het niveau van – de belastingheffing, maar één Europa zou mijns inziens aan een EPF als door mij bedoeld moeten werken.

Prof. dr. E. Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat te Amsterdam, kantoor Lutjens Advocatuur.