

De territoriale werking van de Pensioenwet:

confectie of maatwerk?



Roel Veugelers

Mr. R.J.G. Veugelers is advocaat bij Simmons & Simmons te Rotterdam

Werknemers zijn meer gebaat bij een duidelijk systeem dan bij een systeem waarbij de Nederlandse Pensioenwet zo veel mogelijk van toepassing wordt verklaard

De globalisering slaat toe, ook in pensioenland. Ondernemers beperken zich niet meer tot activiteiten binnen één land en werknemers werken steeds vaker over de grens. Hierdoor wordt een complex onderwerp als pensioen nog complexer. Is het de wetgever nu gelukt om een heldere en eenvoudige regeling voor de territoriale werking van de Pensioenwet op te nemen?

Door de toenemende internationalisering wordt regelmatig gevraagd welke pensioenwetgeving van toepassing is in internationale situaties. Welk recht is van toepassing op Nederlandse werknemers die in het buitenland werkzaam zijn voor een Nederlandse onderneming? Kan bijvoorbeeld een Nederlandse onderneming die deel uitmaakt van een Fins concern, haar pensioenregeling laten uitvoeren door een Luxemburgse verzekeraar?

De Europese wet- en regelgeving biedt de volgende aanknopingspunten om vast te stellen welk recht van toepassing is:

1. *het werklandprincipe*: het recht van het land waar een werknemer gewoonlijk werkt, is van toepassing op die werknemer, zegt art. 6 van het Europees Verdrag over Verbintenissen uit Overeenkomsten (EVO) uit 1980 (80/90 934/EEG);
2. *het home country control principe*: het toezicht vindt plaats door het land waar het pensioenfonds is gevestigd; Richtlijn 2003/41/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 (de Pensioenfondsenrichtlijn);
3. *behoud van sociale rechten*: een werknemer verliest zijn sociale rechten niet als zijn pensioenregeling door een buitenlands pensioenfonds wordt uitgevoerd; art. 20 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

Deze principes moeten dus in de Pensioenwet worden opgenomen. Daarbij is het van groot belang dat het direct duidelijk is of de Pensioenwet – of een gedeelte daarvan – wel of niet van toepassing is. Het is immers niet wenselijk dat zowel de Nederlandse Pensioenwet als bijvoorbeeld de Belgische pensioenwetgeving van toepassing zijn. Werknemers zijn meer gebaat bij een systeem

waarbij duidelijkheid bestaat over de van toepassing zijnde pensioenwetgeving, dan bij een systeem waarbij zo veel mogelijk de Nederlandse Pensioenwet van toepassing wordt verklaard. Dat zou namelijk tot complexe juridische procedures leiden. Uiteraard dienen de sociale rechten van de werknemers te worden gerespecteerd, maar daar voorziet de Pensioenfondsenrichtlijn reeds in.

Verder moeten bij de implementatie van deze principes internationale structuren zo min mogelijk worden belemmerd. Het Nederlandse pensioenstelsel is naar mijn mening een zeer overzichtelijk en solide systeem. Het lijkt mij dan ook een uitstekende gedachte om dit geweldige product te exporteren. Dan is het echter wel noodzakelijk dat internationale verhoudingen zo min mogelijk worden belemmerd door de Pensioenwet.

Hierna zal ik aangeven of de territoriale werking van de Pensioenwet voor de werknemer, de werkgever en de pensioenuitvoerder duidelijk is vastgelegd.

POSITIE VAN DE WERKNEMER

Volgens de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) geldt de verplichting van art. 2, lid 1 – de verplichting tot uitvoering van een pensioentoezegging door een pensioenfonds of pensioenverzekeraar – niet als het gaat om toezeggingen aan werknemers die buiten Nederland werkzaam zijn. Blijkens de memorie van toelichting wordt voor de Pensioenwet hetzelfde criterium gehanteerd. In de PSW is echter opgenomen dat genoemde uitzondering niet geldt als de werknemer in Nederland woont. De PSW is dus van toepassing op werknemers die in het buitenland werken, maar in Nederland wonen. In de literatuur bestond kritiek op deze uitzondering. Als in België het werklandprincipe wordt gehanteerd, is de Belgische pensioenwetgeving van toepassing op werknemers die in België werken. Als die werknemers echter in Nederland wonen, is daarnaast op grond van art. 2, lid 1, onder b, ook de PSW van toepassing. Dat is niet wenselijk. Blijkens de memorie van toelichting bij de Pensioenwet wordt het werklandprincipe uit het EVO gevolgd. Maar in de wet zelf staat dit niet; er zou meer duidelijkheid zijn als dit wel het geval zou zijn. Daarvoor kan eenvoudigweg de volgende bepaling worden opgenomen:

1. Behoudens enige rechtskeuze, is deze pensioenwet van toepassing op de pensioenovereenkomst, die wordt gesloten door een werknemer, die:
 - a. gewoonlijk zijn arbeid verricht in Nederland, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land tewerk is gesteld; of

- b. werkzaam is in meerdere landen en door een in Nederland gevestigde werkgever in dienst is genomen.
2. Indien op basis van de rechtskeuze, genoemd in lid 1, de pensioenwet niet van toepassing is, blijven op de pensioenovereenkomst de bepalingen van de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving en de artikelen 35 tot en met 43 en 47 van de pensioenwet van toepassing.

Op basis van het werklandprincipe is bijvoorbeeld een Belg die in België woont maar in Nederland werkzaam is, gerechtigd tot alle rechten die voortvloeien uit de Pensioenwet. En een Nederlander die in Nederland woont maar in België werkt, is dan gerechtigd tot alle rechten die voortvloeien uit de Belgische pensioenwetgeving. Hij is dan niet gerechtigd tot de rechten die voortvloeien uit de Nederlandse pensioenwetgeving, dus ook niet tot de daarin opgenomen sociale rechten, zoals de rechten uit art. 7 PW, die bescherming bieden bij deeltijdarbeid.

DE NEDERLANDSE WERKGEVER

Op basis van het voorgaande zal een werkgever met zijn werknemers die in Nederland werkzaam zijn, een pensioenovereenkomst moeten sluiten op basis van de Pensioenwet. Daarbij heeft deze werkgever de keuze om de pensioenregeling door een Nederlandse of een buitenlandse pensioenuitvoerder te laten uitvoeren. Als wordt gekozen voor een buitenlandse verzekeraar, moet art. 29 PW worden toegepast. Dit artikel schrijft voor dat in een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar met zetel buiten Nederland, waarin bij de totstandkoming of op een later tijdstip wordt gekozen voor een ander dan Nederlands recht, de volgende clausule wordt opgenomen: 'Ongeacht het gekozen rechtsstelsel is ten aanzien van deze uitvoeringsovereenkomst in ieder geval de pensioenwet van toepassing.' Op grond van de tekst is deze bepaling blijkbaar alleen van toepassing op verzekeraars. Er is geen vergelijkbare bepaling voor het sluiten van uitvoeringsovereenkomsten met een buitenlandse pensioeninstelling. Het is onduidelijk waarom een dergelijke bepaling wel van toepassing moet zijn op buitenlandse verzekeraars en niet op buitenlandse pensioeninstellingen.

Blijkens de memorie van toelichting zijn bij het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met een Europese pensioeninstelling wel de Nederlandse sociale en arbeidsrechtelijke bepalingen van toepassing. Ook moeten buitenlandse pensioeninstellingen bepaalde informatieverplichtingen uit de Pensioenwet in acht nemen. Dit blijkt uit paragraaf 7.4.3, dat gaat over het toezicht op

grensoverschrijdende activiteiten van pensioeninstellingen uit andere lidstaten. Het vreemde is echter dat de Pensioenwet zelf niet zegt dat die bepalingen van toepassing zijn op buitenlandse pensioeninstellingen. Er wordt uitsluitend aangegeven dat aan de buitenlandse toezichthouder wordt doorgegeven welke bepalingen in Nederland van kracht zijn en dat maatregelen kunnen worden genomen als deze bepalingen niet in acht worden genomen.

De Pensioenwet moet niet
integraal op buitenlandse
pensioenverzekeraars en
pensioeninstellingen van
toepassing worden verklaard

In de Pensioenwet wordt ook niet concreet aangegeven welke bepalingen nu als Nederlandse bepalingen van sociaal en arbeidsrecht moeten worden beschouwd. In de memorie van toelichting bij de Wet voor de implementatie van de Pensioenfondsrichtlijn is echter wel aangegeven welke bepalingen als zodanig moeten worden beschouwd. Het lijkt mij veel duidelijker als concreet naar deze bepalingen wordt verwezen. Dit voorkomt dat er veel geld aan juridisch advies moet worden uitgegeven en dat langdurige juridische procedures moeten worden doorlopen om precies vast te stellen welke bepalingen nu moeten worden aangemerkt als bepalingen van Nederlands sociaal en arbeidsrecht.

Geen reden

Naar mijn mening is er geen reden om buitenlandse *pensioenverzekeraars* anders te behandelen dan buitenlandse *pensioeninstellingen*. Bovendien moet de Pensioenwet niet integraal op buitenlandse pensioenverzekeraars en pensioeninstellingen van toepassing worden verklaard. Die moeten dan immers zowel hun eigen pensioenwetgeving als die van Nederland in acht nemen, waardoor onnodig onduidelijkheid wordt gecreëerd en internationale ontwikkelingen onnodig worden belemmerd. Buitenlandse verzekeraars en pensioeninstellingen zullen er dan immers algauw van afzien om voor Nederlandse werkgevers pensioenregelingen uit te voeren. Natuurlijk hebben ze wel de Nederlandse sociale en arbeidsrechtwetgeving te respecteren en de informatieverplichtingen uit de Pensioenwet na te komen. Daarom kan bijvoorbeeld in hoofdstuk 4 – algemene bepalingen met betrekking tot de

pensioenuitvoerder – de volgende bepaling worden opgenomen:

Artikel 89a Verplichtingen van buitenlandse verzekeraars en pensioeninstellingen

Verzekeraars en pensioeninstellingen die niet in Nederland zijn gevestigd en die pensioenregelingen uitvoeren waarop de pensioenwet van toepassing is, passen de bepalingen van de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving en de artikelen 35 tot en met 43 en 47 van de pensioenwet toe.

Eerdergenoemd art. 29 PW is gezien het bovenstaande overbodig. Ik ben echter wel van mening dat de werkgever ook een taak heeft als een pensioenregeling bij een buitenlandse verzekeraar of pensioeninstelling wordt ondergebracht. In dat kader kan art. 29 PW worden vervangen door de volgende bepaling:

Artikel 89b Zorgplicht van de werkgever bij het uitvoeren van pensioenregelingen door buitenlandse verzekeraars of pensioeninstellingen

De werkgever draagt er zorg voor dat de buitenlandse verzekeraar of de buitenlandse pensioeninstelling die de pensioenregeling uitvoert, de Nederlandse sociale en arbeidswetgeving en de artikelen 35 tot en met 43 en 47 van de pensioenwet naleeft.

Het voordeel van een dergelijke bepaling is dat een werknemer ook bij zijn eigen werkgever nakoming van genoemde verplichtingen kan vorderen. Op grond van een dergelijke bepaling zal de werkgever er waarschijnlijk wel voor zorgen dat de buitenlandse verzekeraar of pensioeninstelling deze verplichtingen zal nakomen, bijvoorbeeld door ze in de uitvoeringsovereenkomst op te nemen, eventueel met een boetebeding. Voor een werknemer is het in de praktijk waarschijnlijk bijna onmogelijk om nakoming van genoemde verplichtingen af te dwingen van een buitenlandse verzekeraar of pensioeninstelling. Op basis van het zogenoemde EG Executieverdrag moet een vordering van een werknemer/gepensioneerde immers in principe aanhangig worden gemaakt voor de rechter van het land waar deze verzekeraar of pensioeninstelling is gevestigd.¹ Maar nu volgt uit art. 5, lid 1 van dat verdrag dat ook de rechter van de plaats waar de werknemer

1. Verdrag van 27 september 1968, Tbv 1969, 101, laatstelijk gewijzigd 2 mei 1999, Tbv 2001, 52.

gewoonlijk zijn arbeid verricht, bevoegd is. In verband daarmee kan de volgende bepaling worden opgenomen:

Artikel 202a Burgerrechtelijke geschillen met buitenlandse pensioenverzekeraars en pensioeninstellingen

De kantonrechter van de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn werk verricht, of indien de werknemer gepensioneerd is, de plaats waar de werknemer zijn werk gewoonlijk heeft verricht, is bevoegd terzake van vorderingen die worden ingesteld jegens buitenlandse pensioenverzekeraars of buitenlandse pensioeninstellingen en die zijn gebaseerd op artikel [89a].

NEDERLANDSE PENSIOENFONDSEN OVER DE GRENS

Op basis van de Pensioenfondsenrichtlijn mogen Nederlandse pensioenfondsen ook pensioenregelingen voor buitenlandse ondernemingen uitvoeren. Daarvoor is een complex mechanisme ingevoerd, waarbij het Nederlandse pensioenfonds eerst De Nederlandsche Bank (DNB) moet informeren. Die neemt vervolgens contact op met de lokale toezichthouder met de vraag welke sociale wetgeving in acht moet worden genomen. Waarna DNB het Nederlandse pensioenfonds meedeelt welke sociale wetgeving moet worden gerespecteerd. Nadat het Nederlandse pensioenfonds deze procedure achter de rug heeft, kan het de pensioenregeling van de buitenlandse onderneming uitvoeren. Het staat dan onder toezicht van DNB, en trouwens ook van de Autoriteit Financiële Markten; zie tevens het artikel van Jan Meijer elders in dit nummer. Welke bepalingen zijn dan van toepassing op een dergelijk pensioenfonds? In ieder geval de bepalingen van hoofdstuk 7. Dat gaat immers over toezicht op pensioenfondsen. Ook hoofdstuk 6 (financieel toetsingskader) is redelijkerwijs van toepassing.

Paritaire samenstelling en deelnemersraad

In hoofdstuk 5 zijn algemene bepalingen met betrekking tot pensioenfondsen opgenomen. Zo zegt art. 90 PW dat het bestuur paritair moet zijn samengesteld, terwijl art. 99 PW de mogelijkheid van het instellen van een deelnemersraad opent. En in art. 100 PW en verder zijn de rechten van de deelnemersraad opgenomen. Het paritair samengestelde bestuur en de deelnemersraad zijn toch typisch Nederlandse instituten. Ik denk dat het verplicht stellen van een paritair samengesteld bestuur en de mogelijkheid van het instellen van een deelnemersraad veel buitenlandse ondernemingen zal afschrikken om te kiezen voor een Nederlands pensioenfonds. Dat is jammer; het Nederlandse pensioenstelsel is naar mijn mening een goed pensioenstelsel, dat ook in het buiten-

Moet een Engelse werknemer in Engeland ontslagbescherming genieten omdat hij in Nederland bestuurder is van een pensioenfonds?

land moet worden gepromoot. Het lijkt mij daarbij niet nodig dat bijvoorbeeld een Engelse onderneming die ten behoeve van haar Engelse werknemers de pensioenregeling wil laten uitvoeren door een Nederlands pensioenfonds, daadwerkelijk met een paritair bestuur en een deelnemersraad moet werken.

Op grond van art. 2, lid 11 PSW krijgt de ondernemingsraad een adviesrecht als een Nederlandse werkgever de pensioenregeling door een buitenlandse pensioeninstelling laat uitvoeren. Ik heb naarstig gezocht naar het corresponderende artikel in de Pensioenwet, maar kon het nergens vinden; ik ga er echter vanuit dat dit artikel alsnog wordt opgenomen. Hoe dan ook, het is heel goed mogelijk dat andere landen een vergelijkbare regeling zullen treffen. Stel dat in de Belgische pensioenwet wordt opgenomen dat bij uitvoering door een buitenlands fonds inderdaad de Belgische ondernemingsraad adviesrecht heeft. In die situatie is het niet nodig dat het bestuur van het Nederlandse pensioenfonds ook nog paritair moet worden samengesteld en dat de mogelijkheid bestaat dat een deelnemersraad met adviesrecht wordt ingesteld. De ontslagbescherming die art. 93 PW biedt, lijkt mij ook niet geheel passend: moet een Engelse werknemer in Engeland ontslagbescherming genieten omdat hij in Nederland bestuurder is van een pensioenfonds?

Informatieverstrekking

De artikelen over informatieverstrekking, die zijn opgenomen in hoofdstuk 4, kunnen eenvoudigweg van toepassing zijn. Ik vraag mij echter af of de bepalingen over scheiding (art. 52 PW), gelijke behandeling bij toelagen, keuzerecht en afkoop ook verplicht van toepassing moeten zijn op Nederlands pensioenfondsen die regelingen van buitenlandse ondernemingen uitvoeren. Als wij Nederland als pensioenland aantrekkelijk willen maken, moeten we zulke bepalingen niet verplicht stellen.

Hoofdstuk 3 gaat over de uitvoeringsovereenkomst. Hierin zijn zeer gedetailleerde bepalingen over de uitvoeringsovereenkomst opgenomen. Ook hiervan vraag ik mij af of die in deze situatie van toepassing moeten zijn. Dat geldt al helemaal voor hoofdstuk 2, dat gaat over de pensioenovereenkomst. Hierin zijn verplichtingen opgenomen voor de werkgever ten opzichte van de werk-

nemer, die in deze situatie worden geregeerd door het land van de werkgever. Het is wenselijk om expliciet op te nemen dat deze bepalingen niet van toepassing zijn, omdat het Nederlandse pensioenfonds anders het verwijt kan worden gemaakt dat uitvoering wordt gegeven aan een pensioenregeling die niet tot stand is gekomen overeenkomstig de eisen die hoofdstuk 2 daaraan stelt.

Met een paar eenvoudige wijzigingen kan van de regeling voor de territoriale werking een maatpak worden gemaakt, dat met trots in de Europese etalage kan worden gehangen

Als we ons pensioenstelsel nu echt internationaal willen promoten, moeten we ervoor zorgen dat er geen onnodige belemmeringen bestaan voor internationale relaties. Daartoe kan de volgende bepaling in de Pensioenwet worden opgenomen:

Artikel 184a Verplichtingen van pensioenfondsen die buitenlandse pensioenregelingen uitvoeren

Indien een pensioenfonds uitsluitend de pensioenregeling uitvoert van werknemers die gewoonlijk buiten Nederland werkzaam zijn, zijn de hoofdstukken 2, 3 en de artikelen 51, 52, 54 tot en met 59, 90, 93 en 99 tot en met 103 niet van toepassing.

CONCLUSIE

De bepalingen over de territoriale werking zijn op verschillende plaatsen in de Pensioenwet opgenomen. Dit komt de helderheid van de territoriale werking niet ten goede. Verder klinkt in de verschillende regelingen nog te veel een Oranjeboven-gevoel door. Werkgevers, pensioenfondsen en verzekeraars zijn er niet bij gebaat als ze bijvoorbeeld naast de Engelse pensioenwetgeving ook de Pensioenwet moeten naleven. Er moet worden gestreefd naar een duidelijk systeem, op basis waarvan eenvoudig kan worden vastgesteld of de Pensioenwet wel of niet (geheel of gedeeltelijk) van toepassing is. De regeling voor de territoriale werking zoals die nu in de Pensioenwet is opgenomen, is naar mijn mening nog te veel een confectiepak. Met een paar eenvoudige wijzigingen kan er een maatpak van worden gemaakt, dat met trots in de Europese etalage kan worden gehangen, zodat niet alleen de Nederlanders,

maar ook de andere Europeanen gebruik kunnen maken van dit geweldige pensioenproduct. Dan kan daadwerkelijk worden geprofiteerd van de voordelen van globalisering en hoeven de euro's die met voordelige internationale pensioenregelingen zijn te verdienen, niet te worden uitgegeven aan duur juridisch advies en lange juridische procedures. ●