

De territoriale werking van de nieuwe Pensioenwet

Mr. P.F. Doornik

Mr. H.W.L.A. de Lange

Mr. Th. Ostermann

Mr. J.M. Riemsdijk *apl*

Mr. R.J.G. Veugelers

In deze bijdrage wordt ingegaan op de bepalingen van de (komende) Pensioenwet (hierna: Pw) inzake de territoriale werkingsfeer, voorzover de ze nu bekend zijn vanuit de ambtelijke conceptteksten.

Het is van belang dat de bepalingen, die regelen wat rechtens is in situaties met een internationaal aspect, voldoende robuust zijn voor een toekomst die zeker een toenemende internationalisering zal kennen, zowel Europees als mondiaal. De Pw dient naar ons oordeel de internationalisering te faciliteren en niet te belemmeren. Daarbij dient te worden bedacht dat op dit moment al sprake is van verschillen over de toepasselijkheid van het recht in dergelijke internationale situaties; verschillen die niet zelden leiden tot langdurige en kostbare procedures. Daarom is deze bijdrage ook een pleidooi voor zoveel mogelijk duidelijkheid met betrekking tot de territoriale werking in de Pw.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een korte algemene introductie. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de bepalingen die thans, onder de Pensioen- en spaarfondsenwet, gelden inzake de territoriale werkingsfeer. De voorgestelde bepalingen met betrekking tot de territoriale werkingsfeer in de Pw zijn opgenomen en besproken in paragraaf 4. De fiscale dimensie komt aan de orde in paragraaf 5. Paragraaf 6 geeft kort de knelpunten weer. In paragraaf 7 ten slotte zijn enige aanbevelingen uitgewerkt.

2 ALGEMEEN

In de pensioenpraktijk doen zich allerlei situaties voor waarin sprake is van internationale aspecten (ook wel: grensoverschrijdende situaties). Te denken valt aan de uitzending van een werknemer naar een vestiging van de werkgever in het buitenland (al dan niet binnen de Europese Unie), de indiensttreding van een werknemer bij een vestiging van een buitenlandse werkgever in Nederland, de indiensttreding van een werknemer die in Nederland woont bij de buitenlandse vestiging van een in het buitenland gevestigde werkgever enzovoort. Er zijn vele varianten op het internationale thema te bedenken. De vraag is telkens of en in welke omvang de Pw van toepassing is op de arbeidsvoorwaarde pensioen in dergelijke arbeidsverhoudingen met een internationale dimensie. Deze vraag wordt met zekerheid in de toekomst van meer belang in het licht van een toenemende internationalisering van arbeidsrelaties.

Hierna volgt eerst een beschrijving van de huidige wet- en regelgeving als kader en perspectief van de op dit moment voorgestelde bepalingen van de Pw. Een uitgebreid en lezenswaardig exposé over de PSW in internationale situaties is overigens gegeven in de Pensioenmonografie 'Pensioen in een internationaal kader'.¹

3 PENSIOEN- EN SPAARFONDSENWET: HUIDIGE SITUATIE

3.1 Algemeen

De Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) kent geen afgeronde set bepalingen over de territoriale werkingsfeer.² Sterker: betoogd kan worden dat de PSW geen enkele concrete afbakening in positieve zin bevat inzake de territoriale werkingsfeer. Wellicht omdat internationale kwesties in de tijd van de totstandkoming van de PSW (1950) minder een issue waren dan nu.

Hetgeen rechtens geldt moet worden geconstrueerd aan de hand van hetgeen wel is geregeld en wel met name uit de bepalingen inzake de pensioentoezegging (Pw: pensioenovereenkomst) en enkele bepalingen die aangeven wanneer de PSW juist niet van toepassing is.

3.2 Pensioentoezegging

In dit verband is in de eerste plaats de pensioentoezegging relevant. De pensioentoezegging is aan de orde in artikel 2, lid 1, PSW. Indien een werkgever aan personen verbonden aan zijn onderneming, toezeggingen omtrent pensioen doet is deze verplicht de uitvoering daarvan aan een bedrijfstakpensioenfonds of ondernemingspensioenfonds over te dragen dan wel een verzekeringsovereenkomst te sluiten (uitvoeringsplicht, in de Pw: onderbrengingsplicht). Op dat moment ook is de PSW van toepassing.³

- 1 I.C.M. van de Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal kader*, Pensioen Monografieën 4, Kluwer 1998.
- 2 Mr. drs. R.M.J. de Groef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW', herziening PSW7, *Pensioenmagazine* 2002/4.
- 3 Mr. P.M. Tuffer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, tweede druk, Kluwer 1997, p. 276.

Het begrip pensioentoezegging wordt gedefinieerd in artikel 1 van het Besluit pensioentoezegging.⁴ De begrippen werkgever en werknemer zijn gedefinieerd in artikel 1, lid 1, onder e en f als respectievelijk:

- het hoofd van een onderneming of, zo deze een rechtspersoon is die rechtspersoon zelf, en
- ieder die in dienst van deze onderneming is.

De pensioentoezegging wordt in het algemeen juridisch geduid als een overeenkomst welke tot stand komt tussen werkgever en werknemer via aanbod (werkgever) en aanvaarding (werknemer).⁵ De werkelijkheid is, als bekend, diffuser onder andere door het fenomeen van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds (waardoor de toezegging in bepaalde sectoren een gegeven is) en het feit dat pensioen als een arbeidsvoorwaarde deel uitmaakt van (verstopt is in) een pakket arbeidsvoorwaarden.

In deze bepalingen zit geen enkele territoriale afbakening van de PSW. Volgens de letterlijke tekst van de PSW is het zo dat als er een arbeidsverhouding is tussen een werkgever en een werknemer waarbij sprake is van een pensioentoezegging (alles in de zin van de PSW) de PSW van toepassing is. Waarschijnlijk is de wetgever er destijds van uitgegaan dat sprake zou zijn van een Nederlandse werkgever of een Nederlandse werknemer of een Nederlandse arbeidsverhouding. Doordat dit niet uitdrukkelijk is opgenomen bestaat er onduidelijkheid over de territoriale reikwijdte van de PSW.

Deze bepalingen missen een internationale dimensie en leiden in theorie derhalve tot een volledige toepasselijkheid van de PSW. De internationale dimensie komt eerst aan de orde bij artikel 2, lid 1 juncto lid 3, onderdeel b, PSW. Deze artikelen luiden als volgt:

1. Een werkgever, die aan personen, verbonden aan zijn onderneming, toezeggingen omtrent pensioen doet of vóór de inwerkingtreding van dit artikel gedaan heeft, is verplicht ter uitvoering daarvan:

4 Besluit van 23 december 1996, *Stb.* 1997, 36, houdende regelen voor de toepassing van de Pensioen- en spaarfondsenwet, artikel 1: Er is een toezegging omtrent pensioen indien een arbeidsverhouding bestaat of heeft bestaan tussen een werkgever en een aan zijn onderneming verbonden persoon en voor zover in deze arbeidsverhouding wordt voorzien in pensioen over de periode waarin de arbeidsverhouding bestaat of over perioden na het einde van de arbeidsverhouding.

5 O.a. prof.dr. E. Luijckens, *De PSW, Wetshistorisch overzicht en commentaar*, Kluwer 1998, p. 27/28 en mr. P.M. Tullfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, tweede druk 1997, Kluwer, p. 87.

- a. hetzij toe te treden tot een bedrijfstakpensioenfonds;
- b. hetzij aan de onderneming een ondernemingspensioenfonds te verbinden;
- c. hetzij voorzieningen te treffen overeenkomstig het bepaalde in het vierde lid; een en ander met inachtneming van de bepalingen van deze wet.

3. Het bepaalde in het eerste lid is niet van toepassing op een toezegging welke een werkgever doet aan zijn 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.

Het artikel bevat derhalve een uitzondering in internationale situaties op de werking van de PSW in geval van een pensioentoezegging. Uit de bepaling kan worden afgeleid dat de PSW (althans in ieder geval artikel 2, lid 1, PSW) niet van toepassing is zodra sprake is van:

- een Nederlandse of buitenlandse werkgever;
- die een pensioentoezegging doet aan een werknemer;
- die in het buitenland werkt of gaat werken, en
- die niet in Nederland woont.

Anders gezegd: indien sprake is van een pensioentoezegging van een werkgever aan een werknemer in een volledig internationale situatie is mogelijk voldoende voor de toepasselijkheid van de PSW dat de werknemer in Nederland woont.⁶ Dit leidt tot de absurde situatie dat de PSW zelfs van toepassing is als de enige band met Nederland wordt gevormd door het woonachtig zijn in Nederland. Tot deze conclusie moet een grammaticale interpretatie leiden. Vanzelfsprekend laat dit onverlet dat buitenlandse rechtsstelsels ook bepalingen kunnen bevatten inzake de toepasselijkheid van rechtsstelsels.

Deze ruime uitleg past binnen de waarborgfunctie van de PSW, te weten een sterke bescherming van de pensioenaanspraken van de werknemer. Echter, deze grammaticale uitleg van artikel 2, lid 3, onderdeel b en daarmee nog ruime uitleg van de PSW voor wat betreft de territoriale werking is omstreden. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat er meer

6 Mr.dr. R.M.J. de Greef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW: herziening PSW', *Pensioentijdschrift* 2002/4, p. 19 en I.C.M. van de Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal karakter*, Pensioenen Monografieën 4, Kluwer 1998, p. 20.

nodig is om de PSW van toepassing te laten zijn dan de enkele woonplaats van de werknemer. Met andere woorden, dat er meer voor nodig is dan een pensioentoezegging aan een in Nederland woonachtige werknemer om de PSW van toepassing te laten zijn.

In het algemeen wordt aangenomen dat dit meerdere in elk geval is het verichten van werkzaamheden door een werknemer voor een werkgever bij een onderdeel van de onderneming in Nederland. Ongeacht waar de desbetreffende werkgever formeel zijn zetel heeft.

Voorts wordt aangenomen dat het meerdere tevens kan zitten in de vestigingsplaats van de werkgever: de werkgever dient ondernemingsactiviteiten te hebben in Nederland van waaruit de werknemer in het buitenland arbeid verricht. Dit is een verdergaande beperking van de toepasselijkheid van de PSW.⁷

Samenvattend

Gesteld kan worden dat de enige beperkende bepaling met betrekking tot de territoriale werkingsfeer de internationale situatie is waarin de werknemer zowel woont als werkt in het buitenland. Daarbij is de vestigingsplaats van de werkgever niet relevant.

In de literatuur wordt echter aangenomen dat de territoriale werkingsfeer van de PSW verder beperkt is in die zin dat het werk verbonden moet zijn met Nederland. Dit spreekt voor zich ingeval de werknemer werkt in Nederland. In beginsel geldt dan niet de uitzondering uit artikel 2, lid 3, onderdeel b, PSW zodat de PSW van toepassing is.

Ingeval wel sprake is van de uitzondering op dit artikel (dus: de werknemer werkt in het buitenland) dan wordt aangenomen dat er naast de woonplaats van de werknemer in Nederland ook sprake moet zijn van een vestiging van de werkgever in Nederland. Dan is de vestigingsplaats van de werkgever dus wel relevant.

Naar ons oordeel is deze benadering vanuit de waarborgfunctie van de PSW minder krachtig, maar wel logisch gelet op het feit dat de arbeidsvoorwaarde pensioen zo in elk geval op enige wijze gekoppeld blijft aan de Nederlandse arbeidsmarkt.

7 I.C.M. van de Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal kader*, Pensioen Monitor 4, Kluwer 1998, p. 19-22; prof.dr. E. Luijckens, *De PSW: Wetenschappelijk overzicht en commentaar*, Kluwer 1998, p. 45 en mr.dr.s. R.M.J. de Greef, *Voortgezette pensioenuitbouw en territoriale werking van de PSW: herziening PSW?*, *Pensioenmagazine* 2002/4, p. 18/19.

Bij het bovenstaande gelden nog de volgende kanttekeningen.

3.3 Detachering en voortzetting van de pensioenregeling

In de eerste plaats is de PSW met ingang van 6 juli 2001 aangevuld met enige bepalingen inzake voortzetting van de pensioenregeling bij detachering binnen de Europese Unie (EU).⁸ Toegevoegd zijn na artikel 32c de artikelen 32d tot en met 32h PSW waarvan in deze relevant zijn de artikelen 32g juncto artikel 32d.

In artikel 32g PSW is bepaald:

Artikel 32g

1. Een gedetacheerd werknemer kan tijdens de detachering blijven deelnemen aan de pensioenregeling.
2. Indien tijdens de detachering in Nederland de betaling van bijdragen in een andere lidstaat wordt voortgezet, worden de in Nederland gedetacheerde werknemer en diens werkgever vrijgesteld van de verplichting tot het betalen van bijdragen in Nederland.

Artikel 32d definieert het begrip 'gedetacheerd werknemer' in onderdeel e 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 sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen die zich binnen de gemeenschap verplaatsen (PbEG L 149), onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong.

Deze regelgeving betreft dus de detachering van werknemers binnen de EU. Doelstelling van de richtlijn en daarmee van de wijzigingen in de PSW is het zoveel mogelijk wegnemen van de belemmeringen voor de mobiliteit van de werknemers binnen de EU, zodat het recht op vrij verkeer daadwerkelijk kan worden uitgeoefend met betrekking tot het behoud van verworven aanspraken.⁹

8 Wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 98/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PbEG L 209), *Stb.* 2001, 301.

9 TK 27 649, nr. 3, p. 1.

Effect van deze bepalingen is dat de Nederlandse werknemer die tijdelijk in een lidstaat werkt de deelneming in een pensioenregeling in het land van oorsprong kan voortzetten. Tevens geldt dat deze werknemer niet gedwongen kan worden om tegelijkertijd deel te nemen in de pensioenregeling in de andere lidstaat.

Voor iemand die vanuit het buitenland in Nederland gedetacheerd is geldt dat, wanneer hij deelnemer blijft in de regeling van het land van oorsprong, hij niet verplicht kan worden om deel te nemen in de Nederlandse pensioenregeling waarbij de werkgever bij wie hij gedetacheerd is aangesloten is.¹⁰

In hoeverre grijpt deze regelgeving in op de territoriale werkingsfeer van de PSW? Daarover merkt de memorie van toelichting het volgende op:

'Wanneer de deelneming in de Nederlandse pensioenregeling wordt voortgezet en het betreft een pensioenregeling waarop de PSW van toepassing is, dan blijft ook tijdens de detachering de PSW van toepassing. In dat geval gaat het immers om de voortzetting van een bestaand deelnemerschap, gebaseerd op een bestaande pensioentoezegging. Artikel 2, derde lid, onderdeel b, van de PSW is niet van toepassing. Dat artikel bepaalt dat de verplichting om een pensioentoezegging uit te laten voeren door een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar niet geldt, wanneer er sprake is van 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 hebben, onderscheidenlijk behouden.'¹¹

Voor een werknemer die naar Nederland wordt gedetacheerd geldt in principe de PSW (werk in Nederland voor een werkgever met een vestiging in Nederland). Indien echter wordt deelgenomen aan een pensioenregeling in het land van detachering en betrokkene geeft te kennen aan die pensioenregeling te willen deelnemen, dan zou de PSW niet van toepassing moeten zijn. Helaas blijft de wetgever hierover in het vage. Uit de toelichting kan worden afgeleid dat dit inderdaad de bedoeling is.¹² Dit

10 TK 27 649, nr. 3, p. 7.

11 TK 27 649, nr. 3, p. 7.

12 TK 27 649, nr. 5, p. 8.

ligt in de rede gelet op de doelstelling van de wetgeving; te weten het verwijderen van onnodige belemmeringen voor arbeidsmobiliteit. In die zin heeft artikel 32g PSW een beperkende werking op de territoriale werkingsfeer van de PSW.

Als de uit Nederland gedetacheerde werknemer te kennen geeft niet onder de geldende pensioenregeling te willen blijven vallen, maar onder een pensioenregeling in het werkland (en dit gebeurt ook daadwerkelijk) kan verdedigd worden dat de PSW toch van toepassing blijft. Immers, omdat sprake is van detachering mag worden aangenomen dat betrokkene blijft wonen in Nederland en de werkgever heeft een vestiging in Nederland; er is voldaan aan de noodzakelijke vereisten voor: toepasselijkheid PSW.

Als de vanuit het buitenland gedetacheerde werknemer te kennen geeft deel te willen nemen aan de pensioenregeling in Nederland, dan moet de PSW ook geacht worden op hem van toepassing te zijn.

Bovenstaande structuur laat zich weergeven in een matrix:

	Werknemer kiest pensioenregeling land van oorsprong	Werknemer kiest pensioenregeling land van detachering
Van Nederland naar lidstaat	PSW van toepassing	PSW niet van toepassing
Van lidstaat naar Nederland	PSW niet van toepassing	PSW van toepassing

Samenvattend

Het bepaalde in de artikelen 32d en 32g grijpt in op de territoriale werkingsfeer van de PSW. Dit is het geval in de situatie dat een gedetacheerde werknemer uit een andere lidstaat in Nederland komt werken, maar ervoor kiest de eigen pensioenregeling voort te zetten. In dat geval wordt de territoriale werkingsfeer van de PSW beperkt.

Voorts is dit het geval indien de Nederlandse werknemer bij detachering in een andere lidstaat kiest voor een pensioenregeling in die lidstaat, erin van uitgaande dat deze werknemer geacht kan worden in Nederland te zijn blijven wonen.

Overigens lijkt de toepassing van deze artikelen binnen de normale toepassing van de regels te blijven. In de wetgeschiedenis noch in de literatuur is veel aandacht aan deze bepalingen besteed. Kennelijk heeft de wat

onduidelijke samenhang tussen de recent ingevoegde artikelen en de bestaande structuur van de territoriale werking in de praktijk nog niet voor problemen gezorgd.

Ten slotte zijn in het kader van het bepalen van de territoriale werkingssfeer van de PSW nog relevant de Beleidsregels ontheffingen PSW van de PVK.¹³

3.4 Beleidsregels ontheffingen PSW

Artikel 29 PSW luidt:

Artikel 29

1. De Pensioen- & Verzekeringkamer kan desgevraagd in bijzondere gevallen van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 2, 3, 3a, 5, eerste lid, 6, 6a, 8, eerste tot en met vierde, achtste en negende lid, 8b, 9b, tweede lid, 10b, eerste tot en met derde lid, 32a, onderdeel c en artikel 32ba, eerste lid, onderdeel f, ontheffing verlenen, indien die kamer van oordeel is, dat de belangen van personen die betrokken zijn bij een pensioen- of spaarregeling voldoende gewaarborgd zijn. De ontheffing kan geen betrekking hebben op een verzoek om afkoop van pensioen of een aanspraak op pensioen, anders dan met het oog op verwerving van aanspraken op pensioen jegens een in het buitenland gevestigde instelling, en een verzoek om ontheffing van het voorschrift van gelijke behandeling wat betreft het verlenen van toeslagen.
2. De ontheffing kan onder beperkingen worden verleend en daaraan kunnen voorschriften worden verbonden; zij kan voorts worden gewijzigd en ingetrokken.
3. De Pensioen- & Verzekeringkamer stelt beleidsregels vast met betrekking tot het nemen van beslissingen ter zake van ontheffing en publiceert die regels in de Staatscourant.

13 Regeling van 1 juli 1996, *Strt.* 1996, 125, houdende beleidsregels van de Verzekeringkamer tot het nemen van beslissingen ter zake van ontheffing van de in het eerste lid van artikel 29 van de Pensioen- en spaarfondsenwet genoemde bepalingen, zoals deze regeling laatstelijk is gewijzigd bij regeling van 1 december 2000, *Strt.* 2000, 236.

Laatstgenoemde regels zijn gepubliceerd in de Beleidsregels ontheffingen PSW.¹⁴ Van belang daarbij is vooral artikel 2, lid 1, onderdeel e juncto artikel 2, lid 2, onderdelen a en e en artikel 2, lid 4 van de Beleidsregels.

Samengevat is daarin bepaald dat de PVK ontheffing verleent van artikel 2, lid 1, PSW (uitvoering van de pensioentoezegging met inachtneming van de bepalingen van de PSW) aan de werkgever om de pensioenregeling bij een buitenlandse instelling te laten uitvoeren. Deze vrijstelling wordt dan gegeven in de volgende situaties:

- de werkgever doet een toezegging of heeft dat gedaan aan een uit het buitenland afkomstige persoon, die door een in het buitenland gevestigde onderneming tijdelijk bij de Nederlandse werkgever is gedetacheerd;
- de buitenlandse onderneming moet met de Nederlandse werkgever in een groep zijn verbonden (dit kan ook een buitenlands filiaal zijn); en wel onder de navolgende voorwaarden:
 - de werknemer moet hebben ingestemd met het verzoek om ontheffing;
 - de ontheffing geldt voor een periode van vijf jaar, vanaf het moment dat de werknemer in Nederland werkzaam wordt;
 - de pensioenopbouw in de buitenlandse pensioenregeling dient te worden voortgezet door de Nederlandse werkgever;
 - bij de aanvraag dienen de bescheiden te worden overgelegd waaruit ten genoegen van de PVK blijkt dat wordt voldaan aan de voorwaarden voor ontheffing (bijvoorbeeld de tijdelijke arbeidsovereenkomst of een detachingsverklaring).

Het gaat om de situatie dat een werknemer door een buitenlandse groepsmaatschappij tijdelijk in Nederland is gedetacheerd en op grond van de Nederlandse arbeidsvoorwaarden recht heeft op pensioen. Bedoeling van de ontheffing is dat voor wat betreft de pensioenopbouw de bestaande situatie kan voortduren. De Nederlandse werkgever betaalt dus bij wijze van uitvoering van zijn pensioentoezegging de premies aan de pensioenvervoerder van de uitzendende buitenlandse werkgever.

14 Regeling van 1 juli 1996, *Strt.* 1996, 125, houdende beleidsregels van de Verzekeringkamer tot het nemen van beslissingen ter zake van ontheffing van de in het eerste lid van artikel 29 van de Pensioen- en spaarfondsenwet genoemde bepalingen, zoals deze regeling laatstelijk is gewijzigd bij regeling van 1 december 2000, *Strt.* 2000, 236.

Belangrijke beperkingen zijn dat de ontheffing alleen geldt in het geval van detachering binnen (internationaal) concernverband en dat ze tot vijf jaar is gemaximeerd.

In de literatuur wordt betwijfeld of de uitzending binnen concernverband dient plaats te vinden.¹⁵ Hoe dat ook zij: de Beleidsregels ontheffingen beperken de territoriale werkingsfeer van de PSW. Aangenomen mag worden dat nu de bestaande pensioenregeling van betrokkene wordt voortgezet en specifiek een bepaling inzake premiebetaling geldt, de genoemde bepalingen van de PSW niet gelden.

Samenvattend

De Beleidsregels ontheffingen bevatten een beperking van de territoriale werking van de PSW in die zin dat in geval van detachering van een werknemer naar Nederland (in principe in concernverband), waarbij geen sprake is van een EU-detachering, de PVK ontheffing kan verlenen van een aantal bepalingen van de PSW.

Na een beschrijving van de huidige structuur is de vraag op welke wijze het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bepalingen inzake de territoriale werkingsfeer denkt te gaan vorm te geven.

4 PENSIOENWET

4.1 Algemeen

Vooropgesteld wordt dat de conceptteksten met betrekking tot de Pw doortrokken zijn van de gedachte dat in het kader van aanvullende pensioenen sprake is van een driehoeksverhouding. In deze driehoeksverhouding is sprake van een relatie tussen werkgever en werknemer die beheert wordt door de arbeidsovereenkomst en de pensioenovereenkomst die daarvan deel uitmaakt. Het begrip pensioentoezegging is daarmee vervangen door het begrip pensioenovereenkomst.¹⁶ De relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder wordt beheerst door de zogenoemde uitvoeringsovereenkomst.¹⁷ De relatie tussen pensioenuitvoerder en

¹⁵ Ook: mr.drs. R.M.J. de Greef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW: herziening PSW?', *Pensioenuitgeverij* 2002/4, p. 21.

¹⁶ In artikel 1:3, lid 1, onder a, Pw gedefinieerd als: hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen.

¹⁷ In artikel 1:3, lid 1, onder b, Pw gedefinieerd als: de overeenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder over de uitvoering van een of meer pensioenovereenkomsten.

werknemer ten slotte wordt bepaald door het pensioenreglement. Dit concept komt terug in de bepalingen over de territoriale werking. Verder is hier van belang de pensioenovereenkomst en de rechtskeuze.

4.2 Territoriale werking Pensioenwet bij pensioenovereenkomsten

In de Pw is naar ons oordeel (nog steeds) geen sprake van een algemene regeling voor de territoriale werking van de Pw, er is alleen sprake van specifieke bepalingen voor de situatie van detachering.

De relevante bepaling in deze is als artikel 2:4 opgenomen in Hoofdstuk 2 (het zogenoemde toepassingsgebied van de Pw), paragraaf 2.1 (Toepasselijkheid van de wet).

In artikel 2:4 is het volgende bepaald:

Artikel 2:4. Voortzetting toepasselijkheid bij detachering

Deze wet blijft bij het ontbreken van een rechtskeuze van toepassing ten aanzien van een werknemer die buiten Nederland wordt gedetacheerd, mits er sprake is van detachering voor de tijdsduur als omschreven in titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van de Europese gemeenschappen van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de gemeenschap verplaatsen.

Ook relevant is de daaropvolgende bepaling 2:5 (opgenomen in paragraaf 2.2):

Artikel 2:5. Uitsluiting van de toepasselijkheid van de wet

1. Deze wet is niet van toepassing op pensioenovereenkomsten waarvoor op grond van een andere wet of daarop berustende bepalingen regels zijn gesteld.
2. Deze wet wordt bij het ontbreken van een rechtskeuze niet van toepassing ten aanzien van een werknemer die vanuit het buitenland in Nederland wordt gedetacheerd voor de tijdsduur als omschreven in titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van de Europese gemeenschappen van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de gemeenschap verplaatsen.

Uit de ambtelijke conceptteksten van de Pw blijkt dat men feitelijk de bestaande artikelen van de PSW met betrekking tot de toepasselijkheid van de wet heeft willen doorvertalen naar de Pw. Evenals in de huidige PSW staat dit niet met zoveel woorden in tekst of toelichting van de wet, maar vloeit voort uit de samenhang met artikel 4:1 van de Pw. Daarin is de onderbrengings- (voorheen: uitvoerings-)plicht van de werkgever geformuleerd: *de werkgever draagt zorg voor de onderbrenging van de pensioenuitvoeringsvereenkomst door het sluiten en in stand houden van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder.*

In aanvulling op deze aan de pensioenuitvoeringsvereenkomst gekoppelde basisregeling geldt het fenomeen van de rechtskeuze.

4.3 Territoriale werking Pensioenwet bij pensioenuitvoeringsvereenkomsten: rechtskeuze

Afgezien van de basisregeling met als kapstok de pensioenuitvoeringsvereenkomst is gekozen voor een andere systematiek dan in de huidige PSW. Noch de uitzondering van artikel 2, lid 3, onderdeel b noch de voorwaarden ingevolge artikel 2, lid 1, onderdeel e, Beleidsregels ontheffingen PVK zullen nog worden gehanteerd. In plaats daarvan wordt in de ambtelijke conceptteksten aansluiting gezocht bij het op 19 juni 1980 in Rome gesloten Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Europees Overeenkomsten Verdrag, hierna: EVO).

Op grond van artikel 3 EVO geldt het beginsel van de vrijheid van rechtskeuze wanneer de (arbeids)overeenkomst buitenlandse aanknopingspunten heeft. Bij gebreke van een rechtskeuze geldt artikel 6, lid 2, EVO. Daar staat welk recht de arbeidsovereenkomst beheerst, te weten:

- a. het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land is tewerkgesteld, of
- b. het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze werknemer niet in één- en dezelfde land zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst verbonden is met een ander land, in welk geval het recht van het andere land van toepassing is.

In artikel 6, lid 1, EVO is tevens bepaald dat de rechtskeuze er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die op grond van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat ingevolge het tweede lid

van artikel 6 bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn.

Volgens de opstellers van de ambtelijke conceptteksten ligt het voor de hand om ook in het kader van de pensioenuitvoeringsvereenkomst aansluiting te zoeken bij het EVO en wel omdat de arbeidsovereenkomst uitgangspunt is voor de pensioenuitvoeringsvereenkomst. Dit betekent concreet dat bij internationale situaties een rechtskeuze mogelijk is waarbij de Pw eventueel niet meer van toepassing zal zijn.

Deze aansluiting ligt, in tegenstelling tot wat in de ambtelijke conceptteksten wordt gesteld, evenwel niet zo voor de hand, zeker niet met de invoering van het begrip 'pensioenuitvoeringsvereenkomst'. De tekst van artikel 6 EVO spreekt immers uitdrukkelijk over een 'arbeidsovereenkomst' en het komt voor dat één der partijen bij het EVO niet zomaar dit begrip kan 'oprekken' naar dat van een 'pensioenuitvoeringsvereenkomst', ook niet indien al te verdedigen is dat het huidige begrip 'pensioentoezegging' onderdeel zou uitmaken van de arbeidsovereenkomst en daarmee onder het bepaalde in artikel 6 EVO valt.

In dit kader wordt overigens opgemerkt dat contractspartijen op basis van artikel 3, lid 1, EVO een rechtskeuze kunnen overeenkomen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan¹⁸ en derhalve verschillende delen van de arbeidsovereenkomst onderwerpen aan verschillende rechtsstelsels. Uit literatuur lijkt te volgen dat dit niet tot 'een versplintering' van de overeenkomst zou mogen leiden, met andere woorden, het gedeelte van de overeenkomst dat wordt afgesplitst moet een logisch geheel vormen. Dit laatste lijkt ten aanzien van de pensioenuitvoeringsvereenkomst c.q. de pensioentoezegging in de arbeidsovereenkomst nog wel verdedigbaar omdat het een arbeidsvoorwaarde is dat een geheel eigen en uitgebreid stelsel van wet- en regelgeving kent. Is derhalve onderkend dat het daarmee mogelijk is dat partijen overeenkomen dat op de arbeidsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is en op de pensioenuitvoeringsvereenkomst dan wel de pensioentoezegging die onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst het recht van een ander land?

18 Met een fraai woord ook wel aangeduid als 'subjectieve dépeçage'.

4.4 Rechtskeuze: dwingende bepalingen en bepalingen van dwingend recht

In de toelichting wordt opgemerkt wat rechtens is bij een rechtskeuze voor een ander recht dan het Nederlandse.

Ingevolge artikel 6, lid 2, EVO¹⁹ kan de werknemer niet de bescherming verliezen welke hij geniet op grond van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat ingevolge artikel 6, lid 2, EVO van toepassing zou zijn bij gebreke van een rechtskeuze. Dit betekent dat de dwingendrechtelijke bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van de Pw – ook bij rechtskeuze voor een ander recht dan het Nederlandse – van toepassing blijven.

Dwingende bepalingen, ook wel regels van openbare orde genoemd, zijn bepalingen waarvan partijen niet bij overeenkomst mogen afwijken, met name regels ter bescherming van een zwakke partij.

Naast de in artikel 6 van het EVO genoemde 'dwingende bepalingen' zijn er ook nog 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' genoemd in artikel 7 van het EVO. Het gaat om normen waaraan een land zoveel belang hecht dat deze worden toegepast zodra het geval enige band met zijn grondgebied heeft, ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst. In artikel 7 worden de bepalingen van bijzonder dwingend recht niet opgesomd, iedere rechter moet zelf bepalen of daarvan in een bepaald geval sprake is.

Deze keuze om niet aan te geven welke bepalingen van de Pw dwingendrechtelijk van aard zijn, is in onze optiek onwenselijk en creëert bovendien rechtsonzekerheid.

Daarboven wordt in de conceptteksten opgemerkt dat indien partijen een rechtskeuze maken – en daarbij overeenkomen dat Nederlands recht van toepassing is op de pensioenovereenkomst – zij tevens kunnen afspreken dat er een detachering voor een langere periode zal plaatsvinden. Indien een dergelijke afspraak wordt gemaakt (dit valt binnen de contractvrijheid van partijen) dan ontstaat de mogelijkheid dat lokaal recht van toepassing wordt. In geval van een conflict kan een buitenlandse rechter van oordeel zijn dat er buitenlands recht van toepassing is. Ook hierover wordt rechtsonzekerheid gecreëerd.

19 Indien al rechtstreeks van toepassing. Zie paragraaf 4.3.

4.5 Pw en ontbreken rechtskeuze

Bij het ontbreken van een rechtskeuze blijft de Pw van toepassing wanneer de werknemer de arbeid tijdelijk in het buitenland verricht.

Het EVO-verdrag laat invulling van het begrip tijdelijk over aan de rechter. In de Pw is ervoor gekozen aan te sluiten bij het begrip gedetacheerd werknemer dat nu al in de PSW (artikel 32d) is opgenomen ter implementatie van Richtlijn 98/49/EG. Voor de definitie van het begrip gedetacheerd werknemer is in de richtlijn weer aangesloten bij titel II van de Verordening 1408/71. Met andere woorden: bij het ontbreken van een rechtskeuze is de Pw van toepassing wanneer de werknemer zijn arbeid gewoonlijk in Nederland verricht of wanneer hij die arbeid slechts tijdelijk in het buitenland verricht. Het begrip tijdelijk is ingevuld via een verwijzing naar het detachingsbegrip op grond van Verordening 1408/71. Ingevolge de verordening is er sprake van tijdelijk indien de uitzending maximaal twaalf maanden duurt, met de mogelijkheid van verlenging van deze termijn met twaalf maanden indien de lidstaat op wiens grondgebied de gedetacheerde werknemer werkzaam is hiervoor toestemming geeft.

4.6 Detachering in Nederland zonder rechtskeuze

Artikel 2:5 beperkt de werkingssfeer van de Pw verder.

In de situatie dat een werknemer vanuit het buitenland tijdelijk in Nederland werkt op detachingsbasis is de Pw, bij het ontbreken van een rechtskeuze, niet van toepassing. Indien een werknemer in Nederland gedetacheerd is voor een periode die langer is dan twaalf maanden, maar maximaal 24 maanden, is daarvoor toestemming van het toezichhoudend orgaan nodig.

Indien detachering voor een langere periode dan 24 maanden wordt overeengekomen, kunnen de bevoegde autoriteiten van beide landen een afwijkende regeling overeengekomen.

Kennelijk wordt hier voorzien in een taak van de PVK om ontheffing van de Pw te verlenen in geval van werken in Nederland voor een periode langer dan 24 maanden in het geval geen rechtskeuze is gemaakt voor het Nederlands recht, dus de Pw.

Het vertrekpunt in de Pw is identiek aan de PSW: zodra een pensioenovereenkomst bestaat in de zin van de Pw bestaat er een onderbrengingsplicht en is de Pw van toepassing.

Hierna lopen Pw en PSW uiteen omdat niet langer sprake is van een wettelijk bepaalde uitzondering op de toepasselijkheid. Impliciet uitgangspunt is kennelijk de plaats waar de werknemer zijn werk gewoonlijk verricht; niet langer wordt gerefereerd aan het woonplaatsbegrip.

Indien zich een internationale situatie voordoet is er een rechtskeuze mogelijk voor het toepasselijke recht. Geopteerd kan worden voor de Pw, maar de Pw kan ook worden uitgesloten, dus de territoriale werkingsfeer kan worden beperkt met uitzondering van de dwingendrechtelijke bepalingen die dienen ter bescherming van de werknemer.

Bij het ontbreken van een rechtskeuze geldt dat de Pw van toepassing blijft in geval van tijdelijk werken in het buitenland waarbij dit begrip is ingevuld via de termijn die geldt voor de gedetacheerd werknemer in de zin van Verordening 1408/71 (12 of 24 maanden). In het geval dat een buitlands werknemer in Nederland komt werken geldt een beperking van de Pw langs dezelfde lijn. Dus: bij een rechtskeuze voor een ander stelsel dan de Pw geldt de Pw niet (behalve de dwingendrechtelijke bepalingen) en bij het ontbreken van een rechtskeuze zal het recht van het land van herkomst in ieder geval gedurende de eerste 12 of 24 maanden gelden met (waarschijnlijk) een ontheffingsmogelijkheid door de PVK. Welke bepalingen als dwingendrechtelijk moeten worden aangemerkt, wordt in de concepttekst van de Pw niet aangegeven.

In het kader van het vraagstuk van de territoriale werking van de Pw wordt door de wetgever ook nog aandacht besteed aan de toepasselijkheid van de Pw op de uitvoeringsovereenkomst (uitvoeringsreglement bij bedrijfstakpensioenfondsen) en het pensioenreglement.

4.7 Territoriale werking uitvoeringsovereenkomst

De uitvoeringsovereenkomst geldt; blijkens de conceptteksten in de verhouding tussen werkgever en pensioenuitvoerder. Relevante bepaling in deze is artikel 4:9 Pw:

Artikel 4:9. Toepasselijk recht

In de uitvoeringsovereenkomst waarin bij de totstandkoming of op een later tijdstip wordt gekozen voor ander dan Nederlands recht, wordt de volgende clause opgenomen: ongeacht het gekozen rechtstelsel is ten aanzien van deze uitvoeringsovereenkomst in ieder geval de Pensioenwet van toepassing.

Tevens is voorzien in aanvullende bepalingen inzake de uitvoeringsovereenkomsten met een pensioenuitvoerder/pensioenfonds uit een andere lidstaat (paragraaf 4.3). De artikelen 4:10 en 4:11 staan in dat verband pro memorie.

Artikel 4:9 is gebaseerd op artikel 2a van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW. Blijkens de toelichting op deze regelen strekt artikel 2a er toe te waarborgen dat, ongeacht het op de verzekeringsovereenkomst (in EG-verband) toepasselijke recht, de situatie tevens wordt beheerst door de bepalingen van de PSW. Doelstelling van het opnemen van een soortgelijke bepaling in de Pw is zekerheid verkrijgen dat in internationale situaties waarin gekozen wordt voor de toepasselijkheid van een ander rechtstelsel dan het Nederlandse, toch de Pw van toepassing is op de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder. De bedoeling is dat de Pw daarmee in elk geval territoriale werking heeft bij internationale uitvoeringsovereenkomsten (in nationale situaties is dat vanzelfsprekend).

4.8 Territoriale werking in verhouding werknemer/pensioenuitvoerder

In de toelichting wordt opgemerkt dat de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst en dat er geen aparte overeenkomst is tussen partijen. Tevens wordt opgemerkt dat het belangrijk is dat de in Nederland geldende wetgeving op pensioenterrein, die tot doel heeft de werknemer te beschermen, ook van toepassing is wanneer sprake is van een buitenlandse pensioenuitvoerder. De clause over de toepasselijkheid van de Pw die in de uitvoeringsovereenkomst moet worden opgenomen werkt door in de verhouding tussen deelnemer en pensioenuitvoerder.

Deze redenering doet merkwaardig aan. Het lijkt eerder in de rede te liggen dat indien op de pensioenovereenkomst de Pw van toepassing is deze ook van toepassing is op de relatie tussen pensioenuitvoerder en werkne-

mer. De pensioenuitvoerder doet in beginsel immers niets anders dan het uitvoeren van hetgeen tussen werknemer en werkgever is overeengekomen en dat lijkt ook te impliceren het toepassen van de Pw-bepalingen indien van toepassing.

Voordat wij komen tot enige overwegingen en aanbevelingen met betrekking tot de voorliggende Pw-teksten willen wij nog aandacht besteden aan de fiscale dimensie, niet in het minst omdat het van belang is dat de civiele bepalingen over de toepasselijkheid van de Pw zich zo goed mogelijk verhouden met de fiscale wet- en regelgeving in internationale situaties.

5 FISCALE ASPECTEN

5.1 Wisselwerking civiele en fiscale bepalingen pensioenen

De territoriale werking zoals deze blijkt uit de huidige PSW en zoals deze in de ambtelijke conceptteksten van de Pw is voorgesteld, heeft een wisselwerking met de fiscaliteit. De fiscale normen die in de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) zijn neergelegd²⁰ geven de normen aan waarbinnen pensioenregelingen moeten blijven teneinde de belangrijke fiscaal gewenste gevolgen te bereiken. Voorzover deze fiscale normen stringenter zijn dan de civiele, moet men dus oppassen. Indien met gebruikmaking van de civiele regelgeving de fiscale normen worden overschreden, leidt dit tot (zware) fiscale sancties. De fiscaal gewenste gevolgen kunnen kort omschreven worden door de zogenoemde omkeerteel.

De omkeerteel houdt in, dat als de aanspraak op pensioen voldoet aan de normen van de Wet LB 1964, de waarde van de aanspraak onbelast blijft voor de heffing van loonbelasting. Daar staat tegenover, dat de toekomstige uitkeringen uit de aanspraak zijn onderworpen aan de heffing van loonbelasting. Gevolg hiervan is, dat de werkgeversbijdrage in een dergelijke pensioenregeling onbelast is. Bovendien is de werknemersbijdrage aftrekbaar voor de bepaling van het fiscale loon. De uitkeringen die in de toekomst aan de werknemer of diens nabestaanden toekomen zijn onderworpen aan heffing van loonbelasting. Hier schuilt met name in internationale verhoudingen het belang van de Nederlandse overheid.

Indien belastingvrijstelling wordt verleend voor de bijdragen tijdens de actieve periode van de werknemer, is het gewenst en in zekere zin logisch om belasting over de toekomstige uitkeringen te kunnen heffen. In beginsel wordt in Nederland slechts belasting geheven over pensioenuitkeringen van inwoners van Nederland. In de meeste gevallen is op grond van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting met andere landen het heffingsrecht over dergelijke pensioeninkomsten gegeven aan het land waar de werknemer woont. In zoverre valt de 'logica' van heffing over de uitkeringen dus weg.

Werknemers die in een ander land gaan werken, en werknemers die in Nederland komen werken, al dan niet tijdelijk, besteden veel aandacht aan de vragen die dan opkomen omtrent hun pensioenrechten. Hoe zorgt ieder voor een ongestoorde pensioenopbouw? Bij de Belastingdienst leeft echter veelal de gedachte dat misbruik in internationaal verband moet worden voorkomen. Daar is de regelgeving dan ook op gericht. Natuurlijk is in een aantal gevallen grensverkendend gehandeld door belastingplichtigen door gebruik te maken van de internationale regels. Werknemers gingen voor korte duur 'in het buitenland wonen' en kochten hun pensioen vervolgens af. Ook probeerden werknemers hun pensioenkapitaal door de Nederlandse pensioenuitvoerder over te laten dragen naar een buitenlandse pensioenuitvoerder, waarna het zicht van de Nederlandse Belastingdienst op dit pensioenkapitaal aanzienlijk slechter werd. Vervolgens kon de Belastingdienst moeilijk controleren wat er met dit pensioenkapitaal gebeurde. We hebben het dan echter over een minderheid van de internationale situaties.

Zolang een pensioenregeling op de normale wijze ten uitvoer wordt gelegd, zou de Nederlandse Belastingdienst zich hier niet druk over moeten maken. Immers, het heffingsrecht is dan veelal weggegeven aan het land waar de werknemer woont. Als er echter constructies werden bedacht om het pensioenrecht op de een of andere wijze direct tot uitkering te laten komen aan de gerechtigden, dan maakt de Belastingdienst zich daar natuurlijk wel druk om. Dit is immers niet de bedoeling van het verstrekken van de faciliteit van de eerder beschreven omkeerteel. Het doel hiervan is namelijk het vergemakkelijken van het vormen van een inkomensvoorziening voor de oude dag.

20 In Hoofdstuk III, artikelen 18 t/m 19f.

5.2 Fiscale regels inzake territorialiteit

Het Nederlandse fiscale stelsel heeft een vrij duidelijk afgebakend gebied waarop dit stelsel van toepassing is. Deze regelgeving is geheel verschillend van de territorialiteitsomschrijving in de PSW respectievelijk de Pw.

De fiscale afbakening berust niet alleen op de nationale fiscale wetgeving, maar ook op de vele verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en Europeesrechtelijke regelgeving. Er zijn echter wel enkele verwijzingen in de fiscale wetgeving naar de PSW. Deze betreffen onder meer de mogelijkheden die binnen de PSW bestaan tot het overdragen van pensioenkapitaal van een in Nederland gevestigde uitvoerder naar een in het buitenland gevestigde uitvoerder²¹ en het mogen continueren van een buitenlandse pensioenregeling door een werknemer die (tijdelijk) in Nederland komt werken.²² In al deze gevallen worden in de fiscale regelgeving nog extra eisen aan deze situaties gesteld om uiteindelijk de begunstigde fiscale gevolgen te kunnen genieten. Ik noem er enkele, te weten:

- Met betrekking tot het mogen continueren van een buitenlandse pensioenregeling met fiscale begunstiging in Nederland: de werknemer is voordat hij in Nederland werkzaam wordt, reeds deelnemer aan de buitenlandse pensioenregeling en zet de deelneming voort. Voorts moet het resultaat van de buitenlandse opbouw vergelijkbaar zijn met het resultaat waartoe een opbouw volgens de bepalingen van de Wet LB 1964 zou leiden. Er moet bovendien sprake zijn van een in het buitenland gebruikelijke regeling, die volgens de belastingwetten van dat land, welke naar aard en strekking overeenstemmen met de Nederlandse loonbelasting en inkomstenbelasting, als een pensioenregeling wordt beschouwd. Daarnaast wordt vereist dat de Nederlandse inhoudingsplichtige een pensioentoezegging doet ingevolge de buitenlandse pensioenregeling.²³

- Ten aanzien van de mogelijkheid om pensioenkapitaal naar een buitenlandse uitvoerder te laten overdragen: de werknemer dient een substantiële dienstbetrekking in het buitenland te aanvaarden, waarbij het overdragen van pensioenkapitaal naar de buitenlandse uitvoerder van de aldaar toegezegde pensioenregeling dient ter reparatie van een op te lopen pensioenbreuk. Bovendien moet over de pensioenuitkeringen te zijner tijd in het buitenland belasting worden geheven, er moet sprake zijn van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met

21 Zie artikel 18, lid 1, sub b, Wet LB 1964.

22 Zie besluit van 24 september 2002, nr. CPP2002/1640M, voorwaarde 2.3.

23 Zie het besluit als vermeld in noot 21.

het andere land en de bevoegde inspecteur moet akkoord zijn met de hoogte van het over te dragen kapitaal.²⁴

Civielrechtelijk bestaande mogelijkheden kunnen dus niet altijd zonder fiscale sancties worden benut. De vraag is, of het acceptabel is dat in het kader van de fiscale wetgeving dergelijke zwaardere eisen worden gesteld dan de eisen die voortvloeien uit de PSW en in de toekomst uit de Pw.

Indien de PSW c.q. de Pw voldoende waarborgen kent, die ertoe leiden dat het pensioen uiteindelijk zal worden uitgevoerd zoals dit oorspronkelijk is bedoeld tijdens de opbouwfase, dan zouden nadere fiscale eisen niet nodig moeten zijn. Het feit dat er bijvoorbeeld geen belastingverdrag met het land zou zijn gesloten, waar de werknemer naar toe gaat, zou geen beletsel moeten zijn voor een waardeoverdracht. Immers, de landen waar wel een dergelijk verdrag mee is gesloten zullen in het algemeen het hefzingsrecht over een dergelijk pensioenrecht hebben gekregen.

Bovendien heeft Nederland met zoveel landen verdragen gesloten, dat men zich kan afvragen of het ontbreken van een land op deze lijst tot nadelen voor een werknemer moet gaan leiden. Anderzijds moet er wel een gerechtvaardigd belang van de werknemer zijn om tot de waardeoverdracht over te gaan. Dit gerechtvaardigde belang zou dan reeds bij de uitvoering van de PSW c.q. de Pw (in de zin van toestemming c.q. ontheffing) moeten worden getoetst.

Het voorgaande komt er dus op neer, dat bij een diepgaander beoordeling van een overdracht van pensioenkapitaal naar het buitenland voor toepassing van de PSW c.q. de Pw, fiscaal geen verdere beperkingen of toetsingen behoeven te worden aangebracht. Daar komt nog bij, dat de voortgeschrijdende ontwikkelingen binnen het Europese recht dwingen tot een steeds verdergaande vrijlating van het kapitaalverkeer ten aanzien van pensioenkapitalen. De meest recente ontwikkeling op dit gebied is het Skandia-arrest van 26 juni 2003. Hierin besliste het Europese hof, dat het Zweden niet vrijstond om een fiscale faciliteit te onthouden aan een pensioenregeling die werd uitgevoerd door een buitenlandse uitvoerder, welke regeling verder exact gelijk was aan pensioenregelingen die bij in Zweden gevestigde uitvoerders werden ondergebracht en die deze fiscale faciliteit wel genoten.

24 Zie het Besluit van 16 juli 2002, nr. CPP2002/192M.

Ook ten aanzien van de mogelijkheden om een uit het buitenland komende werknemer de deelname aan de buitenlandse pensioenregeling te laten continueren c.q. de uit Nederland uitgezonden werknemer de deelname aan de Nederlandse pensioenregeling te laten beëindigen om in het buitenland een regeling te kunnen accepteren, zou een nadere fiscale toets niet nodig zijn als de regelgeving binnen de PSW c.q. de Pw meer doordacht zou zijn. Het is dan ook wenselijk voor de verdere ontwikkeling van de Pw om in samenspraak met het Ministerie van Financiën te komen tot een zodanige formulering, dat geen nadere fiscale regelgeving meer benodigd is.

6 KNELPUNTEN

Ontbreken van een hoofdregel

In de conceptteksten voor de Pw wordt uitsluitend aangegeven welk recht van toepassing is bij detachering. De teksten bevatten geen algemene bepaling op basis waarvan kan worden vastgesteld of de Pw al dan niet van toepassing is. Het is daardoor voor een groot aantal grensoverschrijdende situaties niet duidelijk of de Pw straks van toepassing zal zijn. In de volgende situaties bestaat onduidelijkheid of de Nederlandse Pw of de Belgische c.q. Duitse pensioenwetgeving van toepassing is.

1. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de in Nederland woonachtige werknemer, die bij een Belgische onderneming werkt?
2. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de in België wonende werknemer, die in Nederland werkt?
3. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in België woont en in Nederland werkt ten behoeve van een Belgische onderneming?
4. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Nederland woont en in België werkt ten behoeve van een Nederlandse werkgever?
5. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Nederland woont en werkt en waarvan de pensioentoezegging wordt uitgevoerd door een Duits pensioenfonds of een Duitse pensioenverzekeraar?
6. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Duitsland woont en werkt en waarvan de pensioentoezegging wordt uitgevoerd door een Nederlands pensioenfonds of een Nederlandse pensioenverzekeraar?
7. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Nederland woont, in Duitsland werkt en waarvan de pensioentoezeg-

ging wordt uitgevoerd door een Belgisch pensioenfonds of een Belgische pensioenverzekeraar?

8. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Duitsland woont, in België werkt en waarvan de pensioentoezegging wordt uitgevoerd door een Nederlands pensioenfonds of een Nederlandse pensioenverzekeraar?

Gezien de bovenstaande voorbeelden is het van belang dat in de Pw een duidelijke regeling wordt opgenomen, op basis waarvan bepaald kan worden of in de genoemde internationale situaties de Nederlandse Pw al dan niet van toepassing is.

Rechtskeuze en dwingendrechtelijke bepalingen

In de nieuwe detachingsregeling, die is opgenomen in de Pw, is bepaald dat bij een detachering ook een rechtskeuze kan worden gemaakt (artikel 2:4 Pw). In de toelichting bij dit artikel is bepaald, dat de van toepassing zijnde dwingendrechtelijke bepalingen niet opzij kunnen worden gezet door de genoemde rechtskeuze. Het is echter onduidelijk welke bepalingen uit de Pw als dwingendrechtelijk moeten worden aangemerkt. Het is wenselijk om exact aan te geven welke bepalingen dwingendrechtelijk van toepassing zijn, zodat lange procedures hieromtrent vermeden kunnen worden.

7 AANBEVELINGEN

Uitgangspunten

Voor het doen van aanbevelingen is het van belang om de volgende uitgangspunten in acht te nemen.

Duidelijkheid wanneer de Pw wel en wanneer de Pw niet van toepassing is.

- Geen onnodige belemmeringen voor internationale verhoudingen.
- Rechtsbescherming voor de werknemers.

Rechtsbescherming voor de werknemers

Om zoveel mogelijk duidelijkheid te creëren zal bepaald moeten worden welke werknemer beschermd dient te worden:

- De werknemer, die in Nederland woonachtig is?
- De werknemer, die bij een Nederlandse werkgever werkzaam is?
- De werknemer, die in Nederland werkt?

In het kader van de duidelijkheid lijkt het wenselijk om primair de werknemer, die in Nederland werkzaam is, te beschermen. Dit leidt waarschijnlijk tot de minste conflicten met pensioenwetgeving in de omliggende landen.

Algemene bepaling

In de nu bekende teksten ontbreekt een algemene regel op basis waarvan bepaald wordt in welke gevallen de Nederlandse Pw van toepassing is. Om in deze leemte te voorzien kan de volgende bepaling worden opgenomen:

'Behoudens enige rechtskeuze is deze wet van toepassing op in Nederland werkzame werknemers en/of in Nederland gevestigde pensioenuitvoerders.'

Door op te nemen dat partijen een afwijkende rechtskeuze kunnen maken, wordt de nodige flexibiliteit gecreëerd die in internationale verhoudingen wenselijk is.

Bepaling ter bescherming van de werknemers

Op basis van de Europese pensioenrichtlijn (Richtlijn 2003/41/EG) van 3 juni 2003 is bepaald dat pensioenfondsen in een lidstaat, pensioenregelingen van een werkgever in een andere lidstaat moeten kunnen uitvoeren. Daarbij is bepaald dat de sociale en arbeidswetgeving van de lokale lidstaat gerespecteerd moet worden. Verder is in deze richtlijn een aantal minimumeisen opgenomen, waaraan een pensioenfonds dient te voldoen. De Pw dient in overeenstemming te zijn met de pensioenrichtlijn en dient hier ook op aan te sluiten.

In het kader van de rechtsbescherming van de werknemers kan de volgende bepaling in de Pw worden opgenomen:

'Ongeacht enige rechtskeuze, zijn de navolgende bepalingen (...) van toepassing op werknemers, die in Nederland werkzaam zijn.'

Voorzover meer flexibiliteit voor gedetacheerde werknemers wenselijk is, kan worden opgenomen dat de genoemde verplichte rechtsbescherming niet geldt voor gedetacheerde werknemers.

Om vervolgens een duidelijke aansluiting aan de Europese pensioenrichtlijn te creëren zullen in dit artikel de bepalingen moeten worden ge-

noemd, die in de Europese pensioenrichtlijn worden aangeduid met de sociale en arbeidswetgeving. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de non-discriminatiebepalingen.

Bepaling ter bescherming van pensioenuitvoerders

Op grond van de Europese pensioenrichtlijn is het aan een Nederlands pensioenfonds toegestaan om pensioenregelingen van buitenlandse ondernemingen uit te voeren. Om deze mogelijkheid op een zo flexibel mogelijke wijze in de Pw op te nemen, kan de volgende bepaling worden opgenomen:

'Ongeacht enige rechtskeuze zijn de bepalingen (...) van toepassing op ieder pensioenfonds dat in Nederland gevestigd is.'

In deze bepaling kan dan worden verwezen naar de bepalingen waaraan een pensioenfonds moet voldoen op basis van de genoemde Europese pensioenrichtlijn.

Fiscaal

Voor wat betreft de fiscale paragraaf zou een stelsel, waarbij geen nadere voorwaarden in de fiscale regelgeving meer nodig zijn, de voorkeur verdienen. Daarvoor is vereist, dat de wetgever zich in het kader van de opstelling van de Pw rekenschap geeft van de standpunten van de Staatssecretaris van Financiën. Vervolgens moet er een oplossing worden gezocht die in de sfeer van de Pw reeds alle (redelijke) belangen dekt, zodat nadere fiscale voorwaarden achterwege kunnen blijven.

Conclusie

Door het opnemen van de voorgestelde bepalingen zal de Pw meer duidelijkheid bieden, zo min mogelijk belemmeringen opleveren bij grensoverschrijdende situaties en een adequate rechtsbescherming aan de werknemers bieden.