

Een Nederlands of een Belgisch fonds?

De Europese markt voor pensioenen is inmiddels open. De verschillende Europese koopmannen zijn hun waar aan het aanprijzen. De luide stem van de Belgische koopman Verhofstadt is goed te horen. Het Nederlandse pensioenstelsel is degelijk, maar mede daardoor ook duur. Kan het Nederlandse pensioen concurreren met het Belgische pensioen? Hoe zit het eigenlijk in het algemeen met de concurrentiekracht van het Nederlandse pensioen? En gaan de Nederlandse werknemers wellicht lijden onder de Europese concurrentieslag?



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

Op grond van de Pensioenfondsenrichtlijn moet er een grote mate van zekerheid zijn dat de deelnemers ook daadwerkelijk van hun pensioen kunnen genieten

De Pensioenfondsenrichtlijn (Richtlijn 2003/41) is inmiddels in de meeste landen van de Europese Unie geïmplementeerd. Op grond van deze richtlijn kan vanuit één lidstaat, een pensioenfonds een pensioenregeling voor meerdere lidstaten uitvoeren. In de Pensioenfondsenrichtlijn zijn geen fiscale bepalingen opgenomen. Politiek was het namelijk niet mogelijk om een oplossing te vinden voor de fiscale knelpunten. Het belangrijkste knelpunt was, kort gezegd, dat de pensioenpremie, die bijvoorbeeld door een Nederlandse werkgever aan een Belgisch pensioenfonds wordt betaald, in Nederland van de belasting aftrekbaar moet zijn. In het vorige nummer van Pensioen Magazine heeft Peter Schonewille aangegeven dat het Europese Hof van Justitie op 30 januari 2007 in feite een einde heeft gemaakt aan dit fiscale obstakel. En ook Theo Ostermann stelde in datzelfde nummer dat er vanuit Nederland in principe geen fiscale obstakels meer zijn voor Europese pensioenfonds. Daarmee mogen we vaststellen dat de Europese markt voor pensioenen ook fiscaal gezien is geopend.

■ SYSTEMATIEK VAN DE PENSIOENFONDSEN- RICHTLIJN

Op grond van de Pensioenfondsenrichtlijn moet er een grote mate van zekerheid zijn dat de deelnemers ook daadwerkelijk van hun pensioen kunnen genieten. Daarom moet er sprake zijn van een volledige dekking van de pensioenverplichtingen. Ook moet de pensioeninstelling onafhankelijk zijn van de werkgever.

Home country control

De Pensioenfondsenrichtlijn is gebaseerd op het principe van *home country control*. Dit betekent dat de toezichtwetgeving van toepassing is van het land waar het pensioenfonds is gevestigd. Hierna noem ik dat de *toezichtwetgeving*. Dit betekent ook dat de toezichthouder van die lidstaat toezicht moet houden. Tegelijk is ook de sociale en arbeidswetgeving van de lidstaat waar de werknemers werkzaam zijn, van toepassing (art. 20 Richtlijn). Dat noem ik hierna de *sociale wetgeving*. Als bijvoorbeeld een Belgisch pensioenfonds een pensioenregeling uitvoert voor een Nederlandse onderneming, is de Belgische toezichtwetgeving van toepassing en heeft dus de Belgische toezichthouder en niet De Nederlandsche Bank (DNB) een taak. Wel zal de Nederlandse sociale wetgeving in acht moeten worden genomen.

Rol toezichthouder

Als een Nederlands pensioenfonds een regeling wil uitvoeren voor een Engelse onderneming, moet het eerst DNB hierover informeren (art. 194 PW). Die informeert op haar beurt de toezichthoudende autoriteit in Engeland over de voorgenomen activiteit (art. 195, lid 1 PW). Van deze autoriteit krijgt DNB vervolgens te horen welke Engelse sociale wetgeving in acht moet worden genomen, waarna ze dit weer ter kennis brengt van het desbetreffende pensioenfonds (art. 195, lid 3 PW). Daarmee is voor dat fonds de weg vrij om de regeling voor de Engelse onderneming uit te voeren. Daarbij dient het wel de sociale wetgeving van Engeland te respecteren; de Nederlandse sociale wetgeving is niet van toepassing op de Engelse regeling (art. 196, lid 2, laatste zin PW). Als volgens de Engelse sociale wetgeving geen afkoopverbod hoeft te worden opgenomen, mag ze dus worden weggelaten, ook al wordt de regeling door een Nederlands pensioenfonds uitgevoerd.

Als wordt geconstateerd dat het Nederlandse pensioenfonds in strijd handelt met de Engelse sociale wetgeving, zal DNB in overleg met de Engelse autoriteit maatregelen nemen om hier een einde aan te maken (art. 198 PW).

Naar mijn mening interpreteert minister Donner het begrip sociale wetgeving wel erg ruim

■ BESCHERMING NEDERLANDSE WERKNEMERS

De Pensioenfondsenrichtlijn beschermt de rechten van de werknemers. De sociale wetgeving zoals die op werknemers in een bepaald land van toepassing is, moet ook door een buitenlands pensioenfonds worden gerespecteerd. In mijn artikel in dit blad van mei vorig jaar heb ik bepleit dat concreet zou moeten worden aangegeven welke artikelen nu als bepa-

ling van Nederlandse sociale wetgeving moeten worden aangemerkt.¹ Welnu, in het kader van de recente discussie over de Belgische pensioenfondsen heeft minister Donner stevig uitgepakt. In een brief aan de Tweede Kamer heeft hij concreet aangegeven welke artikelen als bepaling van Nederlandse sociale wetgeving moeten worden beschouwd.² Het komt erop neer dat de gehele Pensioenwet, met uitzondering van hoofdstuk 5 (algemene bepalingen met betrekking tot pensioenfondsen), hoofdstuk 6 (financieel toetsingskader) en hoofdstuk 7 (toetsing en handhaving), als zodanig hebben te gelden.

Naar mijn mening interpreteert minister Donner het begrip sociale wetgeving hiermee wel erg ruim. Onder andere art. 25 PW wordt beschouwd als een bepaling van sociale wetgeving. In dit artikel is bepaald welke eisen worden gesteld aan de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst. Hierin moet worden opgenomen wat de verplichtingen van de werkgever en de pensioenuitvoerder zijn. Ik zou een dergelijke bepaling niet willen aanmerken als een bepaling van sociale wetgeving. Ik acht de kans dan ook aanwezig dat het Europese Hof van mening is dat dergelijke bepalingen niet als zodanig kunnen worden beschouwd en dus niet van toepassing zijn op een pensioenfonds dat vanuit het buitenland de pensioenregeling voor Nederlandse werknemers uitvoert.

Er kan dus discussie ontstaan over de vraag of een bepaling valt onder de sociale wetgeving of onder de toezichtwetgeving. Op grond van de Pensioenfondsenrichtlijn is de sociale wetgeving van het land van de werknemer en de toezichtwetgeving van het land waar het pensioenfonds is gevestigd, van toepassing. De toezichtwetgeving – waaronder ook regels vallen over de organisatie van pensioenfondsen – heeft echter ook invloed op het pensioen dat de werknemer uiteindelijk ontvangt. Hoofdstuk 5 PW bevat namelijk de regeling voor de deelnemersraad en de regeling voor een paritair bestuur voor een pensioenfonds. Deze bepalingen hebben wel een impact op de werknemers, maar vallen volgens Donner niet onder de sociale wetgeving. Hetzelfde geldt voor het financieel toetsingskader; het Nederlandse FTK biedt voor werknemers een grote zekerheid dat de pensioenen daadwerkelijk kunnen worden uitgekeerd.

Indexatie

In Nederland zijn de meeste pensioenregelingen voorwaardelijk geïndexeerd. Dit betekent dat de indexatie afhankelijk is van hoe het pensioenfonds er financieel voor staat. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in zijn brief van 4 april 2007 terecht gesteld dat art. 95 PW moet worden beschouwd als een bepaling van Nederlandse sociale wetgeving. Dat artikel bepaalt dat er bij een voorwaardelijke indexatie een consistent geheel

1. R.J.G. Veugelers. De territoriale werking van de Pensioenwet: confectie of maatwerk?. PM 2006, nr. 5.
2. Brief van 4 april 2007, nr. AV/PB/07/13008.

dient te zijn tussen de gewekte verwachtingen, de financiering en het realiseren van voorwaardelijke indexatie. Daarbij is onder andere de indexatiematrix van belang.

Als in België sprake is van een minder solide financiering van de pensioenen, is de kans ook kleiner dat er kan worden geïndexeerd. Op grond van art. 95 PW en de indexatiematrix zullen de gepensioneerden en werknemers daarover moeten worden geïnformeerd. Als een onderneming dus overweegt om de pensioenregeling door een Belgisch pensioenfonds te laten uitvoeren, zullen de vakbonden daar waarschijnlijk bezwaar tegen maken, omdat dit direct leidt tot een beperktere kans op indexatie.

Onderdekking

Op grond van het Nederlandse financiële toetsingskader moet worden gestreefd naar een dekkingsgraad van 130% (zie hierna), terwijl in het buitenland waarschijnlijk een lagere dekkingsgraad geldt. Bij een minder solide financiering bestaat eerder de kans dat de dekkingsgraad beneden de 100% daalt. Op grond van art. 16, lid 3 Pensioenfondsenrichtlijn mag een pensioenfonds dan geen grensoverschrijdende regeling meer uitvoeren. De toezichthoudende autoriteiten dienen dan in te grijpen. Daarmee wordt enige zekerheid gegeven.

Voor de werknemers ontstaat een risico als de onderneming waar zij werken de pensioenpremies niet meer kan voldoen. Als er dan sprake is van onderdekking, zal de onderneming geen extra bijdrage meer kunnen betalen om het pensioenfonds weer gezond te maken. Voor die situatie bestaat echter ook een regeling. Op grond van art. 28 PW moet het pensioenfonds de deelnemersraad – of, als die niet bestaat, de deelnemers en gepensioneerden – informeren wanneer er sprake is van een premieachterstand van meer dan 5% en tevens niet wordt voldaan aan de eis van art. 131 PW met betrekking tot een minimaal vereist eigen vermogen. Door deze regeling moeten werknemers en gepensioneerden tijdig worden geïnformeerd als er een premieachterstand is en er sprake is van onderdekking. Daar zou nog enige discussie over kunnen ontstaan, omdat art. 28 PW wel moet worden aangemerkt als een bepaling van sociale wetgeving, maar art. 131 PW niet. Dit kan eenvoudig worden gerepareerd door in art. 28 PW op te nemen dat, wanneer art. 131 PW niet van toepassing is, het minimaal vereiste vermogen gelijk is aan de pensioenverplichtingen. Met andere woorden, er moet dan dus minimaal een dekkingsgraad van 100% zijn. Dit is ook in overeenstemming met art. 16, lid 3 Pensioenfondsenrichtlijn.

De minister geeft in eerdergenoemde brief van 4 april aan dat in België de werkgever verplicht is om tekorten op verworven rechten aan te vullen. Dit is blijkbaar een regel van Belgisch sociale wetgeving. Als een Belgisch pensioenfonds een regeling van een Nederlandse werkgever uitvoert, is deze regeling niet van toepassing, omdat dan de Nederlandse sociale wetgeving van toepassing is. En daarin is geen bijstortingsplicht opgenomen. Dat hoeft ook

Ook voor een individuele werknemer zal het niet eenvoudig zijn om van een op Cyprus gevestigd pensioenfonds nakoming van de sociale wetgeving af te dwingen

niet, omdat de financiering van pensioenfonds in Nederland zeer solide is, waardoor de kans op onderdekking kleiner is.

Als een Belgisch pensioenfonds de regeling voor een Nederlandse werkgever uitvoert, kunnen de werknemers echter tussen wal en schip vallen. Zij worden dan immers niet beschermd door de solide financiering die in Nederland van toepassing is, terwijl de werkgever ook niet verplicht is om tekorten op verworven rechten aan te vullen. Dit gat kan bijvoorbeeld worden gevuld door in de Nederlandse sociale wetgeving op te nemen dat de werkgever verplicht is om tekorten op verworven rechten aan te vullen als het Nederlandse FTK niet van toepassing is, noch een ander financieel toetsingskader dat een vergelijkbare zekerheid geeft.

Forumkeuze

Op grond van art. 198 PW moet de toezichthouder van het land van het pensioenfonds, in overleg met de toezichthouder van het land waarvan de sociale wetgeving moet worden toegepast, maatregelen nemen als er sprake is van een inbreuk op de sociale wetgeving. Het is de vraag of dit op een adequate manier gebeurt als het pensioenfonds bijvoorbeeld in Letland of op Cyprus is gevestigd. Ook voor een individuele werknemer zal het niet eenvoudig zijn om van een dergelijk pensioenfonds nakoming van de sociale wetgeving af te dwingen. Hij zal dan in principe een procedure in Letland of Cyprus moeten starten. Dit kan echter op eenvoudige wijze worden opgelost door in hoofdstuk 8 PW op te nemen dat bij dergelijke geschillen de Nederlandse kantonrechter bevoegd is. Een dergelijke bepaling kan ons volgt luiden: '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 de nakoming van Nederlandse sociale en arbeidswetgeving, zoals genoemd in artikel 198 PW.'

■ BIEDT NEDERLAND EEN AANTREKKELIJK KLIMAAT VOOR PENSIOENFONDSEN?

Om vast te stellen of Nederland voor pensioenfonds een aantrekkelijk klimaat biedt, moet worden

gekeken aan welke wettelijke bepalingen ze hier moeten voldoen. Daarbij gaat het dan met name om bepalingen met betrekking tot de organisatie van een pensioenfonds. Deze zijn in ieder geval opgenomen in de hoofdstukken 5 en 6 van de Pensioenwet. In hoofdstuk 5 is geregeld dat het bestuur van een pensioenfonds paritair moet worden samengesteld; het aantal werknemersvertegenwoordigers dient gelijk te zijn aan het aantal werkgeversvertegenwoordigers (art. 99, lid 3 PW). Verder moet in een aantal gevallen een deelnemersraad worden ingesteld (art. 110 PW) en moeten soms ook gepensioneerden in het bestuur van een pensioenfonds zijn vertegenwoordigd (art. 100 PW). En op grond van art. 11 Besluit uitvoering pensioenwet en wet verplichte beroepspensioenregeling juncto art. 33 PW moeten de principes voor goed pensioenfondsbestuur worden nageleefd.

Het financieel toetsingskader van hoofdstuk 6 PW bepaalt dat er een zekerheid van 97,5% moet zijn dat het pensioenfonds niet binnen een periode van één jaar een onderdekking heeft. Dit betekent dat een gemiddeld pensioenfonds een dekkingsgraad moet hebben van 125 tot 130%.

Al deze eisen maken Nederland niet bepaald aantrekkelijk als vestigingsland voor pensioenfondsen: de medezeggenschap van de werknemers wordt te groot geacht en de financiële eisen te stringent.

Nederland is niet aantrekkelijk als vestigingsland voor pensioenfondsen. De medezeggenschap van de werknemers is te groot en de financiële eisen zijn te stringent

De algemene pensioeninstelling

Tijdens de behandeling van de Pensioenwet in de Tweede Kamer is een motie aangenomen waarin wordt verzocht te onderzoeken of de bestuursstructuur van pensioenfondsen toekomstbestendig is. Naar aanleiding daarvan heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een notitie laten opstellen waarin de algemene pensioeninstelling (API) is geïntroduceerd. Een dergelijke instelling zou een aantrekkelijk alternatief moeten vormen. Een API hoeft namelijk niet aan de hiervoor genoemde eisen te voldoen; er zou bovendien een apart financieel toetsingskader voor moeten komen. Met de API zou Nederland dus voor pensioeninstellingen een aantrekkelijk land worden om zich in te vestigen. Het betekent echter ook dat willekeurige Nederlandse ondernemingen zich kunnen bedienen van de (rechts)figuur van een API. Een deelnemersraad is daarvoor niet vereist, de principes voor goed pensioenfondsbestuur zijn niet van toepassing en

de API hoeft ook geen paritair bestuur te benoemen. Daarnaast kan worden geprofiteerd van een mogelijk stukken soepeler financieel toetsingskader. De vraag daarbij is dan wel of de API daarmee een bedreiging voor ons degelijke Nederlandse pensioenstelsel vormt.

Medezeggenschap van de werknemers

De medezeggenschap van de werknemers is bij een API aanzienlijk beperkter dan bij een pensioenfonds. Een API kent immers, zoals gezegd, geen paritair bestuur en geen deelnemersraad, terwijl ook de principes voor goed pensioenfondsbestuur niet van toepassing zijn. De medezeggenschap is echter nog wel vergelijkbaar met die bij een verzekerde regeling. Daarbij heeft de ondernemingsraad op grond van art. 27 Wet op de Ondernemingsraden (WOR) een instemmingsrecht met betrekking tot het vaststellen, wijzigen of intrekken van een pensioenverzekering. Op grond hiervan acht ik het aanvaardbaar dat bij een API de werknemers dezelfde medezeggenschapsrechten hebben als bij een verzekerde regeling; meer dan dat acht ik niet noodzakelijk.

De regeling van art. 27 WOR is summier omschreven. Dit artikel wordt evenwel almaar belangrijker, omdat het ook van toepassing zal zijn als een buitenlands pensioenfonds de regeling voor een Nederlandse werknemer uitvoert (art. 23, lid 4 PW) én als een API dat doet. Daarom is het wenselijk om meer invulling te geven aan dit recht. Daarbij valt te overwegen om de ondernemingsraad een adviesrecht te geven dat vergelijkbaar is met dat van de deelnemersraad. Dat adviesrecht omvat het vaststellen en wijzigen van het toeslagbeleid (zie art. 111, lid 2, onder e PW), het wijzigen van het pensioenreglement (art. 111, lid 2, onder b PW) en het verminderen van verworven pensioenaanspraken (art. 111, lid 2, onder d PW).

Financieel toetsingskader

In art. 16 Pensioenfondsenrichtlijn is opgenomen dat er altijd sprake moet zijn van een volledige dekking van de verplichtingen. Er dient dus sprake te zijn van een dekking van 100%. In het FTK is opgenomen dat een pensioenfonds het vereiste vermogen zodanig moet vaststellen dat met een zekerheid van 97,5% wordt voorkomen dat een pensioenfonds binnen een periode van één jaar over minder waarde beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen (art. 132, lid 2 PW). In deze bepaling wordt een invulling gegeven aan artikel 16, lid 1 Pensioenfondsenrichtlijn. Dit is echter wel een zeer solide invulling. In de praktijk zal deze norm ertoe leiden dat de meeste pensioenfondsen een dekkingsgraad van ongeveer 130% moeten hebben. Daardoor zullen de pensioenpremies in Nederland relatief hoog zijn. Het is goed mogelijk dat in het buitenland een minder solide invulling wordt gegeven aan de eisen dienaangaande van de Pensioenfondsenrichtlijn. Met als gevolg een lagere dekkingsgraad en waarschijnlijk ook een lagere premie.

Vanwege de stringente eisen van het FTK is het dan

ook wenselijk dat op de API een apart financieel toetsingskader van toepassing zal zijn. Dit vergroot echter wel de kans dat Nederlandse ondernemingen vaker zullen kiezen voor een API dan voor een 'gewoon' pensioenfonds.

Bij het opstellen van een nieuw financieel toetsingskader voor API's is het wenselijk om zo veel mogelijk flexibiliteit te creëren

International Accounting Standards (IAS)

Binnen de Europese Unie zijn beursgenoteerde ondernemingen verplicht om een jaarrekening op te stellen overeenkomstig de IAS. In Nederland zijn op niet-beursgenoteerde ondernemingen de richtlijnen voor de jaarverslaggeving van toepassing. Deze bevatten voor pensioenen vergelijkbare bepalingen. Op grond van IAS 19 (RJ 271) is het van belang om vast te stellen of een werkgever naast het betalen van de pensioenpremie nog enig (langlevens- of beleggings)risico loopt. Als dat het geval is, moet daarvoor een voorziening in de jaarrekening van de werkgever worden opgenomen. Werkgevers willen dit graag vermijden. Vanwege het solide karakter van het financieel toetsingskader is het in Nederland mogelijk om een pensioenregeling op te stellen waarbij enerzijds de werkgever geen (langlevens- en/of beleggings)risico loopt en waarbij anderzijds de kans zeer klein is dat de nominale aanspraken van de werknemers worden aangetast; dit laatste vinden werknemers en vakbonden uiteraard van groot belang. De premie is daardoor waarschijnlijk wel hoger, maar zo'n regeling biedt dan wel het voordeel dat de werkgever geen pensioenverplichtingen op zijn balans hoeft op te nemen.

Bij het opstellen van een nieuw financieel toetsingskader voor API's is het wenselijk om zo veel mogelijk flexibiliteit te creëren. Daarbij kan de keuze worden gegeven om hetzij gebruik te maken van het bestaande solide financieel toetsingskader – waarmee IAS-voorzieningen dus worden voorkomen – of toe te staan dat een API slechts een dekkinggraad van 100% (of 105%) hoeft te hebben, mits die dekkinggraad jaarlijks wordt vastgesteld en de werkgever garandeert dat hij bij onderdekking aanvullende stortingen tot het minimumniveau van 100 of 105% doet.

CONCLUSIE

De Nederlandse werknemers hoeven niet te vrezen voor buitenlandse pensioenuitvoerders. De Nederlandse sociale wetgeving biedt daarvoor voldoende bescherming. Het is wel wenselijk om deze bescherming op een aantal punten aan te scherpen. En werknemers en vakbonden dienen natuurlijk wel alert te blijven. Buitenlandse pensioenfondsen kunnen minder solide zijn. Op grond van de Nederlandse sociale wetgeving moeten de werknemers worden geïnformeerd als er kritische grenzen worden overschreden. Dan moeten de Nederlandse werknemers er bij hun Nederlandse werkgever wel op aandringen dat ook daadwerkelijk maatregelen worden genomen; zo nodig zullen ze die in rechte moeten afdwingen. Momenteel heeft Nederland geen aantrekkelijk klimaat voor pensioenfondsen. Daarvoor wordt de medezeggenschap van de werknemers te groot geacht. De API biedt hiervoor een aantrekkelijk alternatief. De kans bestaat wel dat hierdoor ook veel Nederlandse pensioenfondsen in een API worden omgezet.

Het Nederlands financieel toetsingskader wordt als te stringent ervaren. Het solide karakter kan voordeel bieden voor IAS problemen, maar zal vanwege de hoge kosten waarschijnlijk ook buitenlandse ondernemingen afschrikken. In dat kader is wenselijk dat een meer flexibel financieel toetsingskader van toepassing zal zijn op de API.

De Europese pensioenmarkt is inmiddels geopend, ook fiscaal. De Belgische premier Verhofstadt biedt zijn producten al aan. Premier Balkenende moet ze nog klaarmaken. Hij moet overigens wel opschieten. Een pensioenjaar loopt altijd van 1 januari tot 1 januari. Daarom moet hij proberen om vóór 1 januari 2008 de API's in de marktkraam te hebben. Ik denk dat hij met het degelijke Nederlandse pensioensysteem meer API's kan verkopen dan zijn Belgische collega, zeker omdat de Nederlandse pensioendeskundigen op een enorme hoeveelheid kennis en ervaring kunnen bogen en de verse en degelijke API's luidkeels zullen aanprijzen. ●