De belemmeringen voor een interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening

187

Mr. dr. H. van Meerten en mr. B. Starink***

De wijze waarop de EU-lidstaten hun pensioenstelsel hebben ingericht, staat onder zware druk. Omdat pensioenfondsen in toenemende mate Europees gereguleerd worden, dient de problematiek op Europees niveau aangepakt te worden. Om te beginnen zal de interne markt voor instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening beter van de grond moeten komen dan thans het geval is.

1. Inleiding

In de nasleep van een van de grootste financiële crises uit de geschiedenis, mag het onderwerp 'pensioen' zich op een warme belangstelling verheugen. De actualiteit van het onderwerp wordt echter niet ingegeven door een positieve stand van zaken. Integendeel, de wijze waarop Nederland, en vele andere (EU-lid)staten, hun pensioenstelsel hebben ingericht, staat onder zware druk. In de eerste plaats is dit natuurlijk te wijten aan een algemeen probleem: de welbekende 'vergrijzing'. Het aantal pensioengerechtigden neemt naar verhouding meer toe dan het aantal beroepsactieven dat het pensioen moet financieren.[1] In de tweede plaats zijn er allerlei, meer specifieke, lidstaatgerelateerde factoren te duiden. In Nederland kent het *defined-benefit*stelsel (zie voor een uitleg, hieronder) in de huidige vorm enkele problemen.[2] Maar ook landen als Ierland, met traditionele *defined-contribution*regelingen, zien zich linksom of rechtsom genoodzaakt veranderingen door te voeren.

De uitdaging waartoe de lidstaten van de EU zich gesteld zien, noopt tot een – in sommige gevallen zelfs fundamentele – herziening van het pensioenstelsel.[3] Deze herziening kan niet louter nationaal worden doorgevoerd. Immers, de invloed van de Europese Unie doet zich inmiddels in praktisch alle facetten van het pensioenbeleid gelden, hetgeen (uiteraard) voortvloeit uit de (incrementele reikwijdte van de) 'vier vrijheden'. Om wat voorbeelden te noemen. Pensioenfondsen zijn door het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) aangemerkt als ondernemingen in de zin van het VWEU-Verdrag,[4] al zijn zij belast met het uitvoeren van diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU. Meer recent oordeelde het Hof dat bepaalde Duitse gemeenten bij de sluiting van raamovereenkomsten inzake de bedrijfspensioenvoorziening de aanbestedingsrichtlijnen in acht moeten nemen.[5] Ook wat fiscaliteit betreft heeft het Hof meermaals bepaald dat de vestigingsplaats van de pensioeninstelling niet van invloed mag zijn op de fiscale aftrekbaarheid van de pensioenpremie.[6] Als laatste voorbeeld kan – niet onbelangrijk – de komst van de 'pensioenrichtlijn' in 2003 genoemd worden.[7] Deze richtlijn vormde een eerste stap op weg naar een op Europese schaal georganiseerde interne markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen. Inmiddels kunnen wij anno 2010 echter vaststellen dat deze interne markt nog maar nauwelijks van de grond is gekomen, waarover hieronder meer.

De aanpak van de pensioenproblematiek staat inmiddels hoog op de agenda van Europese Commissie. In 2010 bracht zij een Groenboek uit dat als titel draagt: 'Naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels'

* Mr. dr. H. van Meerten werkt voor Holland Financial Centre. De auteur schrijft op persoonlijke titel en de hier weergegeven opvattingen komen slechts voor zijn rekening.

** Mr. B. Starink is werkzaam bij Pensions, Actuarial & Insurance Services van PricewaterhouseCoopers en als promovendus verbonden aan het Competence Centre for Pension Research van de Universiteit van Tilburg.

1 Zie voor een bespreking Mededeling van de Commissie van 29 april 2009 over de vergrijzing: 'Opvangen van de gevolgen van de vergrijzing in de EU', COM/2009/180 def.

2 Zie voor een bespreking J.G.E. van Leeuwen, 'Een sterke tweede pijler. Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen,' *Onderneming & Financiering* 2010, 2, p. 137-157.

3 In Nederland heeft de Stichting van de Arbeid op 4 juni 2010 het 'Pensioenakkoord voorjaar 2010' gepresenteerd. Hierin worden voorstellen gedaan voor een fundamentele wijziging van de arbeidspensioenen in de tweede pijler.

4 Zaak C-67/96 (*Albany International*), *Jur.* 1999, p. I-5751, zaken C-115/97-117/97 (*Brentjens*), *Jur.* 1999, p. I-6025 en zaak C-219/97 (*Maatschappij Drijvende Bokken*), *Jur.* 1999, p. I-61.

5 Zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), n.n.g. Dat zou nog tot problemen in Duitsland kunnen leiden. Wij begrijpen de Duitse wetgeving zo dat deze buitenlandse IORPs niet toelaat als aanbieder van *Duitse* pensioenregelingen. Buitenlandse uitvoerders moeten daartoe eerst een Duitse 'Durchführungsweg im Sinne des § 1b Abs. 2 bis 4 des Betriebsrentengesetzes' kiezen, aldus § 118e (3) van het 'Versicherungsaufsichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.Dezember 1992' (BGBl. 1993 I S. 2). Zie ook H. van Meerten, 'Pensions Reform in the European Union: Recent Developments after the Implementation of the IORP Directive', *Pensions: An International Journal* 2009, nr. 4, p. 259-272.

6 Zie bijvoorbeeld zaak C-150/04 (*Commissie/Denemarken*), *Jur.* 2007, p. I-01163.

7 Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *PbEG* 2003, L 235, p. 10-21.

(hierna: Groenboek).[8] Eerder verklaarde de Commissie in het wetgevingsprogramma 2010 de toekomst van de pensioenen reeds als een belangrijk langetermijnspeerpunt.[9] In het Groenboek wordt een aantal uitdagingen geïdentificeerd waar de lidstaten van de EU de komende jaren mee te kampen krijgen. Dat betreft, naast de al eerdergenoemde vergrijzing (en de daaraan direct gerelateerde problemen),[10] veranderingen in de pensioenstelsels,[11] de gevolgen van de financiële en economische crisis[12] en het wegnemen van belemmeringen voor mobiliteit in de EU. De Commissie treedt hierbij voorzichtig op. Nadrukkelijk stelt zij dat de lidstaten verantwoordelijk zijn voor de pensioenvoorziening en dat het Groenboek geen vraagtekens zet bij de prerogatieven van de lidstaten op pensioengebied of bij de rol van de sociale partners.[13] Door middel van een openbare consultatie worden alle belanghebbende partijen gevraagd naar bovengenoemde uitdagingen.[14]

Wij concentreren ons in dit artikel op enkele belemmeringen die een interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening in de weg staan. Pensioenfondsen zijn een integrerend deel van de financiële markten en de opzet ervan kan het vrije verkeer van arbeid of kapitaal bevorderen of belemmeren.[15] In een goed functionerende interne markt bestaan geen ongerechtvaardigde nationale obstakels die het vrij verkeer van pensioeninstellingen verhinderen en waarbij het *level playing field* tussen enerzijds de lidstaten van de EU en anderzijds de financiële instellingen (banken, verzekeraars en pensioenfondsen) gewaarborgd is. Wij zullen in deze bijdrage de obstakels behandelen die in onze optiek, en op grond van onze ervaring een grote rol spelen in het moeizaam van de grond komen van de interne markt,[16] te weten:

- onduidelijkheid wat betreft het begrip 'grensoverschrijdende activiteit' (par. 3.1);
- verschillen in materieel en institutioneel Europees en nationaal toezicht (par. 3.2);
- fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende pensioeninstellingen, pensioenregelingen en werknemers (par. 3.3).

Voor een goed begrip van de materie is het allereerst van belang wat achtergrond te schetsen.

2. Achtergrond

In 2003 vaardigde de Europese wetgever een richtlijn uit betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening.[17] Een dergelijke pensioeninstelling – bekender onder de Engelse afkorting IORP[18] – is volgens de definitie van de richtlijn 'een op basis van kapitalisatie gefinancierde instelling, ongeacht de rechtsvorm, die onafhankelijk van enige bijdragende onderneming of bedrijfstak is opgericht met als doel het verstrekken van arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen'.[19] Dit maakt dat IORPs pensioeninstellingen zijn met een Europees paspoort, die zich toeleggen op het uitvoeren van kapitaalgedekte tweede-pijlerpensioenregelingen en die in beginsel vrijuit hun diensten moeten kunnen aanbieden in de EU/EER.

Enkele artikelen uit de richtlijn worden in par. 3 nader besproken.

Achterliggende gedachte van de Europese Commissie was om met deze richtlijn de 'vergrijzingsproblematiek' het hoofd te bieden. Veel EU-lidstaten hebben hun pensioenstelsel nog ingericht op basis van zogeheten omslagstelsels. Daarbij worden uit de lopende premies de pensioenverplichtingen voldaan. Veelal zijn de inkomsten vanwege de vergrijzing niet toereikend om aan deze verplichtingen te voldoen en zullen de overheidsfinanciën de tekorten moeten aanvullen. Gezien het feit dat veel overheidsfinanciën onder druk staan, is het geen gewaagde stelling dat kapitaalgedekte pensioenstelsels de toekomst zullen moeten hebben (zie par. 3).

De wijze waarop een pensioenregeling kan worden vormgegeven kan *grosso modo* op twee manieren plaatsvinden, door middel van *defined contribution* (DC) en door middel van *defined benefit* (DB).[20] Nederland en het Verenigd Koninkrijk zijn de voornaamste DB-landen in de EU. Veel nieuwe EU-lidstaten zijn vooral op DC-regelingen gericht. Het voornaamste verschil tussen beide pensioenregelingen is dat het investeringsrisico bij een DB-regeling bij de sponsor (meestal de werkgever) ligt, terwijl het risico bij DC ligt bij de deelnemer (meestal de werknemer). Anders

8 COM/2010/365 def.
9 COM/2010/135 def.
10 Bijvoorbeeld: vrouwen leven langer dan mannen. Dienen zij desalniettemin gelijk behandeld te worden?
11 Daaronder valt de verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd, het eventueel belonen van latere pensionering en het ontmoedigen van vroegere pensionering.
12 De Europese Commissie: 'De crisis heeft de onderlinge afhankelijkheid van de verschillende regelingen en de zwakke plekken in de opzet van sommige regelingen aan het licht gebracht, en daardoor alle pensioenstelsels wakker geschud, zowel de omslagstelsels en als de kapitaalgedekte regelingen: door de toegenomen werkloosheid, minder groei, hogere nationale schulden en de volatiliteit van de financiële markten is het voor alle stelsels moeilijker geworden om de toegezegde pensioenen uit te betalen,' Groenboek, *a.w.*
13 Waar die prerogatieven precies beginnen en ophouden is niet eenduidig. Zoals gezegd raakt het EU-beleid praktisch alle facetten van het 'pensioenbeleid'.
14 Hiervoor is een speciale website gelanceerd: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=839&furtherNews=yes>.
15 Groenboek, *a.w.*
16 De mogelijke belemmeringen zijn legio en welhaast onoverzienbaar. Op vele terreinen bestaat nauwelijks harmonisatie. Wij moeten dus een selectie maken. Schouten besprak reeds enkele obstakels met betrekking tot de grensoverschrijdende uitvoering van pensioenen door verzekeraars. Hij noemt als belangrijkste reden waarom pensioenverzekeraars nauwelijks grensoverschrijdend actief zijn: verschillen in toepasselijk recht, de bepalingen van algemeen belang, uiteenlopende fiscale regelgeving, en markttechnische verschillen. Zie E. Schouten, 'Grensoverschrijdende pensioenen bij verzekeraars: grote verschillen tussen theorie en praktijk', *Pensioen & Praktijk* 2009, 7/8, p. 6-13.
17 Richtlijn 2003/41/EG, *a.w.*
18 Institution for Occupational Retirement Provision. In dit artikel hanteren wij deze afkorting.
19 Artikel 6 IORP-richtlijn.
20 Er zijn allerlei tussenvormen mogelijk, zoals 'hybride'-regelingen.

gezegd: bij een DB-regeling krijgt de pensioendeelnemer 'gegarandeerd' een bepaald pensioen. Bij een DC-regeling betaalt de werknemer een vast bedrag, en moet hij afwachten wat hij ervoor terugkrijgt. DB-regelingen zijn meestal complexer dan DC-regelingen. Een DB-toezegging, waarbij een pensioenuitkering wordt gegarandeerd, vertoont overeenkomsten met een verzekeringsproduct; namelijk een levensverzekering. Een DC-regeling vertoont gelijkenissen met de toezeggingen die een beleggingsinstelling kan doen. Een harde garantie op een beleggingsrendement kan doorgaans niet gegeven worden.
Het onderscheid tussen DB en DC heeft consequenties voor de manier waarop het toezicht wordt vormgegeven Zo kan het financiële toezicht op DC-regelingen eenvoudiger worden vormgegeven aangezien er geen 'buffers' moeten worden aangehouden: er worden bij pure DC-regelingen immers geen toezeggingen richting de werknemers worden gedaan: het risico ligt bij de deelnemers/werknemers.
Inmiddels hebben anno 2010 verschillende lidstaten een nieuwe IORP[21] in het leven geroepen. België kent het Organisme voor de Financiering van Pensioenen (OFP), Luxemburg het zogeheten Pension Savings Company with Variable Capital (SEPCAV), en Ierland heeft een Private Pension Fundhet levenslicht doen zien. Ook Nederland ontwikkelt initiatieven. De Ministeries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Financiën hebben in 2008/2009 een wet geschreven die een financiële pensioeninstelling introduceert, de zogeheten 'premiepensioeninstelling' (de PPI).[22] De PPI is een IORP en legt zich toe op het uitvoeren van DC-regelingen.[23] De PPI wordt een nieuwe pensioenuitvoerder tussen de reeds bestaande financiële instellingen en pensioenfondsen. De PPI is een soort mengvorm van verschillende instellingen; hij heeft bijvoorbeeld kenmerken van een verzekeraar (meer specifiek de vijfde branche spaarkas), van een 'normaal' Nederlands pensioenfonds én van een beleggingsinstelling. Het wettelijk kader van de PPI is dan ook tweeledig: de PPI wordt gereguleerd door de Wet op het Financieel Toezicht (Wft) en de Pensioenwet. Met deze nieuwe vehikels trachten de lidstaten zichzelf te positioneren als aantrekkelijke vestigingsplaats voor IORPs. De verwachting is dat het zogeheten 'pension pooling' – waarbij bijvoorbeeld een multinational alle verschillende pensioenregelingen van zijn wereldwijde personeel door één pensioenuitvoerder laat uitvoeren – een grote vlucht gaat nemen (zie hierover nader in par. 3).[24]
Het Europese comité van toezichthouders CEIOPS heeft berekend dat momenteel circa tachtig IORPs actief zijn. Daarmee begint de markt voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenvoorziening vooralsnog slechts moeizaam van de grond te komen.[25]

3. Belemmeringen voor een goed functionerende interne markt

3.1. Grensoverschrijdende activiteit

Er bestaat onduidelijkheid over de vraag wanneer IORPs grensoverschrijdend actief zijn.[26] Daarmee ontstaat eveneens verwarring welk rechtsstelsel op welke activiteit van de IORP van toepassing is. Hoe luiden de bepalingen uit de IORP-richtlijn die relevant zijn voor de vraag wanneer er sprake is van grensoverschrijdende activiteit? Ten eerste is het van belang te wijzen op een kernbepaling uit de richtlijn, te weten artikel 20 lid 1. Dit artikellid luidt:

'Onverminderd de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, daaronder begrepen verplichte deelneming en het resultaat van collectieve arbeidsovereenkomsten, staan de lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen toe bij te dragen aan instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening waaraan in andere lidstaten vergunning is verleend. Tevens staan zij de op hun grondgebied vergunninghoudende instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening toe bijdragen te aanvaarden van ondernemingen die op het grondgebied van andere lidstaten zijn gevestigd.'

Dit betekent dat een IORP die grensoverschrijdende activiteiten wenst uit te voeren, de bepalingen van de sociale- en arbeidswetgeving (hierna: S- en A-recht) van de lidstaat van herkomst van de pensioenregeling in acht zal moeten nemen. In Nederland zijn deze bepalingen grotendeels in de Pensioenwet neergelegd.[27] De inachtneming van het 'buitenlandse' S- en A-recht levert bij het grensoverschrijdend actief zijn moeilijkheden op. Iedere lidstaat is vrij hieraan invulling te geven en daardoor verschilt deze wetgeving per land aanzienlijk. Soms maken zelfs prudentiële toezichtregels deel uit van het S- en A-recht. Ten tweede is het noodzakelijk artikel 20 lid 2 van de IORP-richtlijn aan te halen:

'Indien een instelling bijdragen wenst te aanvaarden van een bijdragende onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd, dan is hiervoor voorafgaande goedkeuring door de bevoegde autoriteiten

21 Reeds voor de richtlijn daterende pensioeninstellingen zijn ook als IORPs aan te merken.
22 Voluit: Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de introductie van en het toezicht op premiepensioeninstellingen (Wet introductie premiepensioeninstellingen), *Kamerstukken II* 2008/09, 31 891, nr. 2 (de wet) en nr. 3 (memorie van toelichting).
23 Zie voor een goede beschrijving van het vehikel R. van de Greef, 'De PPI: een wassen of een lange neus?', *Tijdschrift voor pensioenvraagstukken* 2009, 3, p. 82-86.
24 Ook de Nederlandse regering is deze mening toegedaan. Zie de memorie van toelichting, *a.w.*
25 CEIOPS 56/10, 24 June 2010, 2010 Report on Market Developments.
26 Zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze problematiek H. van Meerten, 'De Premiepensioeninstelling: van, maar ook op alle markten thuis?', *NTER* 2008, 12, p. 347-355.
27 Zie voor een overzicht *Kamerstukken II* 2006/07, 1182, aanhangsel.

van de lidstaat van herkomst vereist, zoals bedoeld in artikel 9, lid 5. Zij stelt de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst waar haar vergunning is verleend, in kennis van haar voornemen om bijdragen te aanvaarden van een bijdragende onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd.'

Dit artikellid vereist een goedkeuring van de bevoegde autoriteiten indien een IORP bijdragen wenst te ontvangen van een onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd dan waar de IORP haar zetel heeft. In dat geval is er volgens de richtlijn sprake van een grensoverschrijdende activiteit. Het lijkt er echter op dat deze invulling van het begrip 'grensoverschrijdende activiteit' op zijn minst onvolledig is. Laten wij ter illustratie eens kijken naar een potentiële Nederlandse situatie. Hierbij nemen wij de nieuwe Nederlandse IORP, de premiepensioeninstelling (PPI) in ogenschouw.
Volgens de memorie van toelichting bij de Wet introductie premiepensioeninstellingen[28] kan een PPI – die haar zetel altijd in Nederland moet hebben[29] – ten eerste, buitenlandse pensioenregelingen in Nederland uitvoeren (zie het aangehaalde artikel 20 lid 2 IORP-richtlijn). Ook kan een PPI, ten tweede, buitenlandse pensioenregelingen in een andere lidstaat uitvoeren door middel van 'het opzetten van een infrastructuur die noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten'.[30] Voorts kan de PPI, ten derde, door middel van een bijkantoor zoals gedefinieerd in de Wet op het Financieel Toezicht (Wft),[31] in een andere lidstaat een buitenlandse pensioenregeling uitvoeren.
In de bovenbeschreven drie gevallen is er sprake van een grensoverschrijdende activiteit die – in de eerste twee gevallen – binnen het EU-Verdragskader van het vrij verkeer van diensten valt (artikel 56 VWEU) en in het derde geval is het vrij verkeer van vestiging van toepassing (artikel 49 VWEU).
Welnu, wat opvalt aan de memorie van toelichting is dat de Nederlandse wetgever aanknoopt bij het begrip 'buitenlandse *regeling*', en dus niet bij 'buitenlandse *onderneming*'. Blijkens de kamerstukken is er sprake van grensoverschrijdende activiteit wanneer een IORP een pensioenregeling uitvoert die wordt beheerst door de sociale- en arbeidswetgeving van een (lid)staat waar de IORP niet haar zetel heeft. Met andere woorden, de 'nationaliteit van de regeling' is het onderscheidende criterium. Welk nationaal sociaal- en arbeidsrecht op de regeling van toepassing is, wordt bepaald door de verwijzingsregels zoals neergelegd in artikel 8 van de Rome I-Verordening.[32]
Voor deze aanpak valt iets te zeggen. Laten wij eens veronderstellen dat de bijdragende onderneming van de PPI is gevestigd in Londen. Het kan dan in concreto gaan om een multinational die zijn pensioenregelingen gecentraliseerd, vanuit een enkele vestigingsplaats wil laten uitvoeren. Vervolgens gaan wij ervan uit dat toepassing van de verwijzingsregels uit de Rome I-Verordening ertoe leiden dat op de pensioenregeling Nederlands S- en A-recht van toepassing is. Dat betekent dat een Nederlandse PPI een Nederlandse pensioenregeling uitvoert, al is de bijdragende onderneming gevestigd in een andere lidstaat dan waar de PPI haar zetel heeft. Het is op zijn minst twijfelachtig of er in deze situatie sprake van een grensoverschrijdende activiteit zou moeten zijn. Maar hierover verschillen de lidstaten van mening. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland wordt een IORP als grensoverschrijdend actief zijnde beschouwd indien één individuele deelnemer in een pensioenregeling in het buitenland is 'gevestigd'.[33] Andere lidstaten hanteren andere maatstaven, bijvoorbeeld de nationaliteit van de *individuele deelnemers*.[34]

3.2. *Europees toezicht op IORPs*

Een andere belangrijke factor die mogelijk verklaart waarom het grensoverschrijdend verkeer tussen IORPs moeizaam van de grond komt is het verschil in toezicht van de verschillende lidstaten op hun pensioeninstellingen. In zowel materieel als institutioneel opzicht bestaan er grote verschillen.
Het institutioneel toezicht op financiële instellingen (en dus ook op IORPs) is tot op heden vooral nationaal georganiseerd. In Nederland is De Nederlandsche Bank (DNB) de toezichthouder die belast is met het prudentieel toezicht (dat wil voornamelijk zeggen het solvabiliteits- en liquiditeitstoezicht) op alle financiële instellingen, terwijl de Autoriteit Financiële Markten zich toelegt op het gedragstoezicht. Dit model wordt wel als 'twin peaks' aangeduid[35] en heeft in een aantal landen navolging gekregen. In België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië, Portugal, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden worden sectorale toezichthouders gefuseerd tot crosssectorale toezichthouders en/of wordt de band tussen centrale bank en (banken)toezichthouder aangehaald.[36] Er bestaan echter ook nog tal van (lid)staten waarbij geen scheiding tussen gedrags- en prudentieel toezicht wordt doorgevoerd en waarbij het toezicht

28 Memorie van toelichting, *a.w.*, p. 36.
29 De IORP-richtlijn hanteert de werkelijke zetelleer en bepaalt dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur in dezelfde lidstaat gelegen moeten zijn (artikel 6 onderdeel i IORP-richtlijn).
30 Deze passage is uiteraard ontleend aan het *Gebhard*-arrest (HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*), *Jur.* 1995, p. I-4165).
31 De hier relevante Wft-definitie van een bijkantoor is: '(...)*duurzaam* in een andere staat dan de staat van de zetel aanwezig onderdeel zonder rechtspersoonlijkheid van een financiële onderneming die geen verzekeraar of beleggingsonderneming is', artikel 1:1 Wft.
32 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177.
33 J. Lommen, *De API is een no-brainer. De positionering van Nederland in de nieuwe Europese pensioenmarkt*. Tilburg: Netspar 2009, nr. 24.
34 Zie voor een overzicht welk land welke benadering volgt 'Initial review of key aspects of the implementation of the IORP Directive', CEIOPS Occupational Pensions Committee (OPC), 31 maart 2008.
35 Zie voor een beschrijving van de verschillende toezichtsmodellen E. Wymeersch, 'The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors', *European Business Organization Law Review* 2007, 2.
36 Zie *Visie DNB toezicht 2010 – 2014*, Amsterdam: De Nederlandsche Bank 2010.

op bijvoorbeeld het verzekeringswezen bij een aparte toezichthouder is neergelegd.[37]

Welnu, de EU is – tezamen met vele deskundigen – van mening dat deze verschillen in Europees toezicht de gevolgen van de crisis niet bepaald hebben verkleind.[38] De Europese wetgever tracht derhalve het institutioneel toezicht onderwerp van nadere harmonisatie te laten zijn. Volgens de voorstellen die eind september 2009 werden gepresenteerd voor een nieuw toezichtstelsel voor de gehele financiële sector zullen vier nieuwe organen in het leven worden geroepen.[39] Als eerste dient de overkoepelende ESRB (European Systemic Risk Board) te worden genoemd. Verder zullen er drie sectorale toezichthouders (ESAs: European Supervisory Authorities) komen.[40] Voor banken is dat de EBA (European Banking Authority), voor verzekeraars en aanbieders van bedrijfspensioenvoorzieningen de EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority) en voor effecteninstellingen en -markten de ESMA (European Securities and Markets Authority). Deze drie sectorale toezichthouders krijgen, impliciet, de status van een agentschap en zullen de huidige niveau 3-colleges vervangen. Deze drie nieuwe Europese toezichthouders (in het Nederlands: Autoriteiten) zullen de centrale elementen vormen van een netwerk genaamd het Europees Systeem van Financiële Toezichthouders (het ESFS, European System of Financial Supervisors). Dit netwerk bestaat behalve uit de Autoriteiten uit de volgende schakels: alle nationale toezichthouders voor de drie sectoren en het Gemengd Comité van Europese toezichthoudende autoriteiten (JCESA). Het ESRB en het ESFS zullen met elkaar het nieuwe stelsel vormen.[41] De agentschappen zullen naar verwachting vergaande bevoegdheden krijgen. Zo kunnen zij voor de onder toezicht staande instellingen direct bindende besluiten uitvaardigen ('technische standaarden' genoemd). De bevoegdheden van de EIOPA zullen wat betreft de regelgeving voor IORPs naar verwachting beperkt zijn. Nederland heeft namelijk grote twijfels over de mogelijkheid tot het stellen van technische standaarden op het terrein van aanvullend pensioen. Bij het opstellen van deze standaarden 'zullen – vanwege de verwevenheid van aanvullend pensioenregels met nationaal sociaal- en arbeidsrecht – in de regel beleidsmatige en politieke afwegingen moeten worden gemaakt', aldus de Nederlandse regering.[42]

Wat betreft materieel toezicht bestaat er op sommige terreinen reeds vergaande Europese harmonisatie. Voor banken geldt het Basel II-regime[43] en voor verzekeraars het Solvency II-kader.[44] Deze richtlijnen regelen vrij gedetailleerd de eisen inzake de hoogte van het kapitaal, het bestuur, en de openbaarheid. Ook regelen zij de – in sommige gevallen dwingende – samenwerking tussen nationale toezichthouders. Wat betreft de IORP-richtlijn, deze betreft minimum harmonisatie en regelt relatief weinig. Hoewel alle pensioeninstellingen in de EU/EER aan de vereisten van de richtlijn moeten voldoen (zo zijn alle Nederlandse pensioenfondsen als IORPs aan te merken), bestaan er op Europees niveau door de nationale in- en aanvulling van de minimumeisen aanzienlijke verschillen tussen, bijvoorbeeld, de solvabiliteitseisen voor pensioenfondsen. Laten wij dit eens wat nader beschouwen.

Artikel 17 van de IORP-richtlijn eist van de lidstaten van herkomst dat IORPs die pensioenregelingen uitvoeren waarbij zij zelf een dekking tegen biometrische risico's (bijvoorbeeld het zogeheten 'langleven'-risico) verzekeren, dan wel een beleggingsrendement of een bepaalde hoogte van de uitkeringen garanderen, permanent een buffer aanhouden, naast de technische voorzieningen (de 'solvabiliteitsmarge' genoemd). Hierbij doemt een nieuwe moeilijkheid op. Er bestaat immers nog een type instelling dat pensioenregelingen kan uitvoeren, te weten de verzekeraar. Zoals gezegd zijn verzekeraars van een bepaalde grootte onderworpen aan Solvency II. Wat bepaalt nu de IORP-richtlijn over het solvabiliteitsregime van pensioenfondsen die een DB-toezegging verzekeren? Artikel 17 lid 2 IORP-richtlijn bepaalt dat voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa de in de artikelen 27 en 28 van Richtlijn 2002/83/EG vastgestelde regels van toepassing zijn. Hiermee wordt dus verwezen naar de 'oude' verzekeringsrichtlijnen, Solvency I, waaruit vervolgens een buffer van een kleine 5% van de verplichtingen volgt.[45] Deze oude richtlijnen zijn echter ondertussen allemaal 'opgegaan' in het nieuwe Solvency II-regime. De Europese wetgever heeft echter een kunstgreep toegepast. Om het Solvency II-kader niet van toepassing te laten zijn op IORPs – hetgeen op weerstand van onder andere Nederlandse pensioenfond-

37 Bijvoorbeeld Polen en Luxemburg.

38 Zie de aanbevelingen van de 'De Larosière Groep', die met deskundigen, marktspecialisten en toezichthouders heeft gesproken. Te raadplegen op: <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#delarosierereport>.

39 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze voorstellen J.C. van Haersolte, H. van Meerten, 'Zelfrijzend Europees bakmeel: de voorstellen voor een nieuw toezicht op de financiële sector', *NTER* 2010, 2, p. 33-42.

40 Daarmee krijgt het 'twin-peaks'model op Europees niveau voorlopig dus geen navolging.

41 Zie over de vraag of de agentschappen op de juiste rechtsbasis in het Verdrag zijn gebaseerd H. van Meerten en A.T. Ottow, 'The Proposals for the European Supervisory Authorities: The Right (Legal) Way Forward?', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010, 1/2, p. 5-16. Auteurs komen tot de conclusie dat er vraagtekens bij de juistheid van de rechtsbasis kunnen worden gezet.

42 *Kamerstukken II* 2009/10, 22 112, nr. 940.

43 Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *PbEU* 2006, L 177, p. 1-200.

44 Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *PbEU* 2009, L 335/1.

45 Geconsolideerd in Richtlijn 2002/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 maart 2002 tot wijziging van Richtlijn 79/267/EEG van de Raad op het gebied van de solvabiliteitsmargevereisten voor levensverzekeringsondernemingen, (*PbEG* 2002, L 77) en Richtlijn 2002/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 maart 2002 tot wijziging van Richtlijn 73/239/EEG van de Raad op het gebied van de solvabiliteitsmargevereisten voor schadeverzekeringsondernemingen, *PbEG* 2002, L 77, p. 17-22.

sen stuit[46] – zijn de oude bepalingen uit de Solvency I-richtlijnen *telles quelles* in het nieuwe kader Solvency II geplaatst. Dat betekent dus dat IORPs die verzekeren *de facto* onder het Solvency I kader blijven vallen. Maar de zaak wordt nog ingewikkelder. Artikel 4 van de IORP-richtlijn bevat namelijk een interessante mogelijkheid. Dit artikel laat de mogelijkheid toe dat lidstaten ervoor kunnen kiezen de bepalingen van de artikelen 9 tot en met 16 en 18 tot en met 20 van de IORP-richtlijn toe te passen op de werkzaamheden inzake bedrijfspensioenvoorzieningen van verzekeringsondernemingen.[47] In dat geval worden alle met die werkzaamheden overeenkomende activa en passiva afgescheiden en gescheiden van de overige werkzaamheden van de verzekeringsondernemingen beheerd en georganiseerd, zonder dat er enige mogelijkheid tot overdracht bestaat. In dat geval zijn verzekeringsondernemingen, wat betreft hun bedrijfspensioenvoorzieningswerkzaamheden, *niet* onderworpen aan het Solvency I-kader maar aan het strengere Solvency II-kader.
Dit alles betekent dus dat verzekeringsmaatschappijen die bedrijfspensioenregelingen uitvoeren, enerzijds onder Solvency II vallen wat betreft hun 'normale' verzekeringsactiviteiten, onder Solvency I kunnen vallen – hetgeen afhankelijk is van de vraag of een lidstaat artikel 4 van de richtlijn heeft geïmplementeerd – wat betreft het solvabiliteitsregime inzake hun werkzaamheden betreffende bedrijfspensioenvoorziening *én* onder de IORP-richtlijn vallen wat betreft, *inter alia*, de berekening van de technische voorzieningen en het beleggingsbeleid, indien de verzekeraars pensioenregelingen uitvoeren. Dit gefragmenteerde regime kan tot gevolg hebben dat Nederlandse verzekeraars aan een strenger regime (Solvency II) onderworpen zijn dan Franse verzekeraars die een artikel 4 IORP-regime kennen, en daarmee onder een lichter (Solvency I-)kader vallen wat betreft *dezelfde* werkzaamheden.[48]
In Nederland wordt het solvabiliteitskader voor pensioenfondsen gereguleerd door het zogeheten 'Financieel Toetsingskader' (FTK) en heeft de wetgever artikel 17 IORP-richtlijn geïmplementeerd in dier voege dat pensioenfondsen een minimale vermogenseis van circa 105% moeten aanhouden. De vraag is overigens – enigszins terzijde – of Nederland er verstandig aan gedaan heeft om artikel 17 IORP te implementeren.[49] Immers, Nederlandse pensioenfondsen dragen de risico's ultimo niet zelf. Als het 'tegenzit', en de fondsen zakken door de vereiste dekkinggraad van 105%,[50] dan kunnen pensioenfondsen de premie verhogen die werkgevers en werknemers gezamenlijk betalen, en/of de pensioenen tijdelijk niet (volledig) indexeren aan de loon- of prijsontwikkeling, of, in het uiterste geval, zelfs de pensioenaanspraken korten of de regeling aanpassen ('afstempelen'). De risico's worden derhalve uiteindelijk gedragen door de werkgevers en werknemers. De paradox is dat de Nederlandse keuze om artikel 17 van de IORP-richtlijn te implementeren, de ongewilde toepassing van Solvency II juist dichtbij heeft gebracht.[51]
In België is de solvabiliteitsberekeningswijze van IORPs op een gedetailleerde wijze vastgelegd in het 'Prudentieel KB van 12 januari 2007'.[52] De Belgische wetgeving verplicht een IORP niet om in bijkomende buffers te voorzien naast de dekkingswaarden (activa ter dekking van de technische voorzieningen) en de activa ter dekking van de solvabiliteitsmarge.[53] De Nederlandse en Belgische – maar ook de andere nationale – regimes verschillen aanzienlijk van elkaar.[54] De verschillen in toezicht (op solvabiliteit) tussen Nederland en België zijn aanleiding geweest tot het stellen van kamervragen. Er bestonden (en bestaan)[55] zorgen over de mogelijke verplaatsing[56] van Nederlandse pensioenfondsen naar België en Ierland.[57]

3.3. Fiscale aspecten van pensioenen in Europa

In het Groenboek wordt weinig aandacht besteed aan de fiscale aspecten van pensioenen in Europa. Dat is een gemiste kans. Momenteel vormen fiscale belemmeringen grote obstakels voor de interne markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen: EU-burgers zijn nauwelijks in staat om grensoverschrijdend pensioen op te bouwen, *casu quo* te laten uitvoeren. Dit staat de mogelijkheden van het boven reeds aangeduide 'pension pooling' danig in de weg.
De potentiële mogelijkheden en voordelen voor grensoverschrijdende pensioenopbouw lijken enorm. Een pensioenuitvoerder die meerdere Europese pensioenregelingen vanuit één jurisdictie weet aan te bieden, kan veel schaalvoordelen behalen. Deze schaalvoordelen zien dan niet slechts op eenvoud wat betreft uitvoering (immers, voor elk land is een aparte pensioenregeling nodig) maar met name op de 'pension-pooling'mogelijkheden. Zo kunnen de achterliggende balansposten samen worden gebracht en gebundeld worden. Men hoeft geen econoom te zijn om te begrijpen dat dit synergievoordelen met zich brengt.

46 Zie hiervoor het document van de pensioenkoepels 'Extension of Solvency II to pension funds is unwarranted', te raadplegen op: <www.vbportal.nl/bibliotheekvb/grp4/Position%20Paper%20Solvency.pdf>.
47 Sommige lidstaten hebben van deze mogelijkheid gebruikgemaakt (bijvoorbeeld Frankrijk), andere lidstaten (waaronder Nederland) niet. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 104, nr. 3, p. 7.
48 Solvency II kent strenger(e) (gereguleerde) kapitaalseisen. Solvency II is bovendien meer risicogeoriënteerd, waardoor de verzekeraars aan meer vereisten moeten voldoen dan onder Solvency I. Zie M. Lechkar, O. Nijenhuis en H. van Meerten, 'The Solvency II Directive: The Long and Winding Road', *Verzekeringsarchief* 2009, 4, p. 162-166.
49 B. Kuipers, 'Solvency II ongeschikt voor pensioenfondsen', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2009, 2, p. 53-58.
50 September 2010 bedroeg de dekkingsgraad van het grootste Nederlandse pensioenfonds (ABP) 88%. Zie <www.fd.nl> (10 september 2010).
51 B. Kuipers, *a.w.*
52 Koninklijk besluit betreffende het prudentieel toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *Belgisch Staatsblad* 23 januari 2007.
53 A. Van Damme, J. Beernaert, J.A. Gielink en C.A. Hoekstra, 'Het pan-Europees pensioenfonds: een Belgisch-Nederlandse kijk op de zaak', *Tijdschrift voor pensioenvraagstukken*, 2008, 1, p. 2-14.
54 B. Kuipers, *a.w.*
55 De Nederlandse publiek-private stichting 'Holland Financial Centre' zet zich onder andere in voor het behoud van Nederlandse IORPs en het aantrekken van buitenlandse regelingen die in een Nederlandse IORP (bijvoorbeeld de PPI) kunnen worden ondergebracht.
56 H. van Meerten, 'De zetelverplaatsing van dochterondernemingen van financiële instellingen', *Verzekeringarchief* 2010, nr. 4, n.n.g.
57 *Kamerstukken II* 2007/08, nr. 666.

'Pension-pooling'mogelijkheden staan open voor zowel pensioenverzekeraars als pensioenfondsen, waarbij met name ingespeeld kan worden op de groei van multinationaal opererende ondernemingen. Een onderneming die in meerdere lidstaten een vestiging heeft, en doordoor in meerdere lidstaten een ondernemingspensioenfonds, kan in één lidstaat een IORP voor alle verschillende pensioenregelingen oprichten.
Voordat uitvoeriger op deze materie wordt ingegaan, schetsten wij allereerst wederom wat achtergrond over het Nederlandse pensioenstelsel.

3.3.1. Een adequaat en houdbaar pensioen

Het Nederlandse pensioenstelsel kent het zogeheten driepijlermodel. De eerste pijler bestaat uit het staatspensioen, de AOW. Iedereen die in Nederland sociaal verzekerd is, 'bouwt' per jaar 2% van een volledige AOW uitkering op. Na 50 jaar (vooralsnog tussen 15 en 65) ontstaat dus een 'vol' AOW-recht. De AOW is 'omslaggefinancierd' zodat de uitkeringen worden gefinancierd uit de lopende middelen. Er wordt geen reservekapitaal gevormd. De tweede pijler wordt gevormd door het arbeidsgerelateerde pensioen (werknemerspensioen). Deze pijler is volledig kapitaalgedekt. Gedurende de opbouwfase waarin een werknemer pensioen opbouwt, wordt een kapitaalreserve aangelegd waarmee de toekomstige uitkeringen gefinancierd kunnen worden. De derde pijler ten slotte wordt gevormd door de individuele oudedagsvoorzieningen. Deze derde pijler staat open voor iedereen, dus niet slechts voor werknemers maar ook voor zelfstandig ondernemers. De derde pijler is eveneens volledig kapitaalgedekt.
Een kapitaalgedekt pensioenstelsel valt te verkiezen boven een omslagstelsel. Een kapitaalgedekt pensioenstelsel heeft tot gevolg dat in een vergrijzende samenleving kapitaal aanwezig is om gepensioneerden van een inkomen te voorzien. Dit verlaagt de druk op de algemene middelen omdat de pensioenuitkeringen niet uit de lopende middelen gefinancierd hoeven te worden. Bovendien wordt bij een kapitaalgedekt pensioenstelsel het inkomen gelijkmatig over het leven verspreid zodat ook na het werkzame leven een inkomen kan worden genoten. Een kapitaalgedekt pensioenstelsel bestaat echter wel bij de gratie van de zogeheten 'fiscale omkeerregel'. Deze omkeerregel houdt in dat de inleg in de pensioenregeling aftrekbaar (en dus onbelast is) en dat de uiteindelijke uitkering in de belastingheffing wordt betrokken. Op deze manier genereert een kapitaalgedekt pensioenstelsel – dat is gebaseerd op de omkeerregel – tevens belastinginkomsten voor de staat in de uitkeringsfase van het pensioen. Dit kan als gunstig aangemerkt worden omdat in een vergrijzende samenleving de belastinginkomsten dramatisch zouden afnemen indien slechts de beroepsactieven zouden bijdragen aan de belastinginkomsten. Door pensioenuitkeringen in de belastingheffing te betrekken, kunnen de inkomsten van de staat op peil blijven in een periode waarin de kosten die met de vergrijzing samenhangen (bijvoorbeeld de zorgkosten) over het algemeen sterk toenemen. In het verleden zijn de voordelen van een kapitaalgedekt pensioenstelsel – dat is gebaseerd op de omkeerregel – erkend door de Europese Commissie.[58]
Tegen deze achtergrond bevreemdt ons dan ook ten zeerste dat nut en noodzaak van de omkeerregel in het Groenboek in twijfel worden getrokken. Aangegeven wordt dat 'de kosten van de belastingvoordelen vaak aanzienlijk zijn en er kunnen vraagtekens worden gezet bij de doelmatigheid en de gevolgen voor de inkomensherverdeling'.[59] Deze opmerking lijkt haaks te staan op de eerdere uitingen van de Europese Commissie.[60]

3.3.2. Pensioenuitvoerders, pensioenregelingen en werknemers

De fiscale belemmeringen doen zich vooral voor bij pensioenuitvoerders, pensioenregelingen, en bij EU-werknemers.
In 2001 bracht de Europese Commissie een Pensioenmededeling uit.[61] De Commissie nam hierin het standpunt in dat een premiebetaling aan een buitenlandse pensioeninstelling voor fiscale aftrek in aanmerking moet komen indien dat ook het geval is bij een binnenlandse pensioeninstelling. Dit standpunt werd later bevestigd door het Hof van Justitie. Uit de arresten *Wielockx*[62] en *Commissie/Denemarken*[63] kan opgemaakt worden dat betaalde pensioenpremies aan in andere lidstaten gevestigde pensioenuitvoerders niet langer fiscaal gediscrimineerd mogen worden.[64] Dit betekent echter niet dat een premiebetaling aan een buitenlandse pensioenuitvoerder altijd ook mogelijk is. Dat is namelijk alleen het geval indien de pensioen*regeling* die de buitenlandse pensioenuitvoerder uitvoert voldoet aan alle fiscaalrechtelijke criteria die het land dat de pensioenpremie in aftrek moet toestaan, aan een pensioenregeling stelt. En dat is in de praktijk eerder een zeldzaamheid. Wij lichten dit hieronder toe. Binnen de EU geldt dat de lidstaten tot op grote hoogte fiscaal autonoom zijn.[65] Het gevolg is dat lidstaten in beginsel zelf de inhoud van hun nationale belastingstelsel bepalen, zolang daarbij het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen. Een en ander heeft tot gevolg dat de

58 Zie <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/pensions/index_en.htm>.
59 Groenboek, *a.w.*, p. 7.
60 Zie <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/pensions/index_en.htm>.
61 Getiteld: 'De opheffing van belastingobstakels voor de grensoverschrijdende verstrekking van bedrijfspensioenen', COM/2001/214 def.
62 Zaak C-80/94 (*Wielockx/Inspecteur der directe belastingen*), *Jur.* 1995, p. I-02493.
63 Zaak C-150/04 (*Commissie/Denemarken*), *a.w.*
64 Zie hierover nader P. Schonewille, 'Hof van Justitie elimineert belangrijk belastingobstakel voor pan-Europese pensioenfondsen en mobiele werknemers', *Pensioenmagazine* 2007, 79, p. 21-25.
65 Zie bijvoorbeeld zaak C-96/08 (*CIBA Speciality Chemicals Central*), n.n.g. In overweging 28 valt te lezen: 'Daaruit vloeit voort dat de lidstaten, mits zij het recht van de Unie in acht nemen, bij de huidige stand van ontwikkeling van dit recht over een zekere autonomie ter zake beschikken, zodat zij niet verplicht zijn om hun belastingstelsel aan te passen aan de verschillende belastingstelsels van de andere lidstaten om met name dubbele belasting als gevolg van de parallelle uitoefening door deze staten van hun fiscale bevoegdheden te voorkomen.'

meeste EU-lidstaten hun pensioenstelsel zodanig hebben ingericht dat de pensioenpremie ten behoeve van een buitenlandse pensioenregeling slechts voor fiscale aftrek in aanmerking komt indien en voor zover deze buitenlandse pensioenregeling voldoet aan de nationale fiscale regels met betrekking tot het pensioen.[66] In de praktijk blijkt dat dit echter vrijwel nooit het geval is. De reden hiervoor is dat de nationale fiscale pensioenregels van de lidstaten dermate van elkaar verschillen dat het vrijwel niet voorkomt dat deze regels in twee landen gelijkluidend zijn. Eén pensioenregeling, die in meerdere landen aan de fiscale regels voldoet, bestaat niet. Om in meerdere landen fiscaal kwalificerende pensioenen aan te bieden moet een pensioenuitvoerder dus meerdere verschillende nationale pensioenregelingen aanbieden. Dit blijkt voorwaar geen sinecure.[67] In de praktijk laten pensioenuitvoerders (verzekeraars) het bedienen van de markt in andere Europese landen dan ook uitvoeren door lokale zuster- of dochterondernemingen waarbij het recht van vestiging van het gastland de inhoud van de pensioenregeling bepaalt.
Laten wij deze materie wat verduidelijken door middel van een voorbeeld.
Een in Nederland woonachtig en belastingplichtige werknemer is in dienst bij een in Nederland gevestigde multinationale werkgever. Deze werkgever wil graag voor al zijn werknemers in Europa dezelfde pensioenregeling en -uitvoerder hebben en biedt de desbetreffende werknemer daarom een Belgische pensioenregeling aan die wordt uitgevoerd door een Belgische pensioenuitvoerder. In deze pensioenregeling is opgenomen dat de werknemer op de pensioendatum het pensioenkapitaal in één keer mag laten uitkeren (afkopen). In artikel 18 lid 1 onderdeel 4 onder b van de Nederlandse wet op de loonbelasting 1964 is echter opgenomen dat een pensioen *niet* mag worden afgekocht, vervreemd of prijsgegeven. Dit betekent dat de premie betaald in de Belgische pensioenregeling niet voor fiscale aftrek in Nederland in aanmerking komt. De desbetreffende werknemer kan dus niet fiscaal gefaciliteerd deelnemen aan de pensioenregeling en dus hoogstwaarschijnlijk niet willen deelnemen.
Dat een pensioenregeling uit een lidstaat in de praktijk vrijwel niet in andere lidstaten voor fiscale aftrek in aanmerking komt, lijkt in beginsel niet in strijd met Europees recht omdat de reden waarom aftrek geweigerd wordt niet is gelegen in de omstandigheid dat de regeling uit een andere lidstaat afkomstig is, maar omdat deze niet voldoet aan de nationale fiscale wetgeving. Uiteraard zijn dit soort 'maatregelen zonder onderscheid' op het gebied van het vrij verkeer van goederen en diensten wel als verboden beperkingen aangemerkt, vanwege de grote belemmeringen voor de interne markt.[68] Vanwege de fiscale autonomie geldt het beginsel van wederzijdse erkenning op fiscaal gebied echter (vooralsnog) niet.
Naast de belemmeringen voor de pensioenuitvoerder, bestaan er tevens obstakels wat betreft de grensoverschrijdende EU-werknemers. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen mobiele (gedetacheerde) en niet-mobiele werknemers.
Voor mobiele werknemers (werknemers die tijdelijk in een andere lidstaat werken) geldt dat het fiscaal niet accepteren van de pensioenregeling in het thuisland in strijd met Europees recht lijkt te zijn. Dit volgt onder andere uit de genoemde pensioenmededeling uit 2001 van de Europese Commissie en de zogeheten beschermingsrichtlijn.[69] In de pensioenmededeling,[70] die in beginsel geen rechtsgevolgen heeft, wordt opgemerkt dat het vrije verkeer van werknemers onnodig beperkt zou worden indien het land waar een migrerende werknemer naartoe verhuist (gastland) zijn eigen voorwaarden voor fiscale erkenning van de pensioenregeling in het thuisland zou opleggen. Dit klinkt hoopvol. Maar tevens wordt in de mededeling opgemerkt dat de totale aftrek die het gastland moet toestaan in de regel beperkt kan worden tot de aftrek die het gastland toestaat voor premiebetalingen in een nationale pensioenregeling. Dit vanwege het beginsel van gelijke behandeling, aldus de Europese Commissie. Anders gezegd: de aftrek wordt verleend tot de materiële grenzen die in het gastland van toepassing zijn. De pensioenregeling hoeft echter niet op alle formele punten in overeenstemming te zijn met de voorwaarden van het gastland. Met name de voorwaarde dat het gastland slechts premieaftrek geeft tot het gebruikelijke niveau in het gastland werkt in de praktijk belemmerend. Ter illustratie het volgende voorbeeld. Nederland kent een ruim tweedepijlerpensioen. Een Nederlandse werknemer die tijdelijk tewerk wordt gesteld in bijvoorbeeld Frankrijk en zijn Nederlandse pensioen wenst voort te zetten, zou op basis van Europees recht in Frankrijk premieaftrek moeten krijgen tot het reguliere Franse niveau. Nu is het probleem dat het Franse pensioenstelsel met name is gebaseerd op eerstepijlerstaatspensioen en dus ook in zuiver nationale situaties weinig premieaftrek toestaat voor tweedepijlerpensioenen. De Nederlandse werknemer krijgt in Frankrijk dus maar een beperkte premieaftrek en kan zijn pensioenopbouw dus feitelijk niet fiscaal gefaciliteerd voortzetten.
Deze handelwijze is volgens de Europese Commissie *niet* strijdig met Europees recht. De Commissie meent, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, dat slechts aftrek hoeft te worden gegeven ter hoogte van de regels in het gastland.[71] In de literatuur is de juistheid van dit beroep op het gelijkheidsbeginsel echter in twijfel getrokken. De vraag is immers of de gedetacheerde werknemer gelijk

66 In de IORP-richtlijn wordt in overweging 9 gesteld: 'Overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel dienen de lidstaten volledig verantwoordelijk te blijven voor de organisatie van hun pensioenstelsels en voor de besluitvorming inzake de rol van elke der drie pensioenpijlers in de individuele lidstaten.' Hier lijkt het subsidiariteitsbeginsel verward te worden het rechtsbasisbeginsel. Immers, indien de lidstaten 'volledig verantwoordelijk' voor de organisatie van de pensioenstelsels zouden zijn, zou de EU geen bevoegdheid op dit terrein hebben. Indien er geen rechtsbasis voor EU-optreden zou bestaan, komt de subsidiariteitstoets niet in beeld.
67 E. Schouten, *a.w.*, H. van Meerten, *a.w.*, 2008.
68 Zie bijvoorbeeld zaak 187/84 (*Commissie/Duitsland*), *Jur.* 1987, p. 01227.
69 Richtlijn 98/49/EG van 29 juni 1998, betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *PbEG* 1998, L 209.
70 COM/2001, *a.w.*
71 COM/2000/214, p. 12.

moet worden behandeld met een niet-mobiele werknemer in het thuisland of met een werknemer in het gastland. Vanuit de genoemde beschermingsrichtlijn en Verordening (EG) nr. 883/2004[72] bezien, moet de gedetacheerde werknemer gelijk worden behandeld met de niet-gedetacheerde werknemer in het thuisland.[73] Deze visie zou pleiten voor het onbeperkt fiscaal accepteren van de pensioenregeling van het thuisland, dus ongeacht de hoogte van de premie. Voor het fiscale deel is dit echter niet als zodanig opgenomen in de beschermingsrichtlijn. Echter, de Nederlandse wetgever staat voor een periode van maximaal vijf jaar de premieaftrek voor een buitenlandse regeling toe, zelfs als deze buitenlandse regeling materieel ruimer is dan de Nederlandse fiscale wetgeving toestaat.[74] Nederland respecteert hiermee ook fiscaal een buitenlandse pensioenregeling volledig: een ultieme eerbiediging van de vrijheid van werknemers uit artikel 45 VWEU, en daarmee een voorbeeld voor veel EU-landen. De vraag is echter of andere EU-lidstaten dezelfde ruime fiscale erkenning hebben van de pensioenregeling van mobiele werknemers. Uit de praktijk blijkt dat dit niet altijd het geval is. Het Verenigd Koninkrijk staat dit toe, in ieder geval voor Nederlandse werknemers en Nederlandse pensioenregelingen. Dit blijkt uit artikel 17 lid 6 van het belastingverdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk.[75] Ook België biedt deze mogelijkheid, mede op grond van artikel 26 lid 7 onderdeel b van het belastingverdrag Nederland-België[76] waarin is opgenomen dat de Belgische belastinginspecteur van oordeel moet zijn dat de Nederlandse pensioenregeling overeenkomt met een door België voor de belastingheffing erkende pensioenregeling alvorens de pensioenpremie in België voor aftrek in aanmerking komt. De grootste belemmering is derhalve aanwezig bij uitzendingen naar landen waar ook nationaal geen of weinig fiscale facilitering bestaat voor pensioenopbouw. In die situaties is het onmogelijk om de Nederlandse pensioenregeling voort te zetten.

Resumerend concluderen wij dat bij niet-mobiele werknemers de buitenlandse pensioenregeling aan de nationale fiscale wetgeving moet voldoen en dat hierdoor premieaftrek feitelijk onmogelijk is. Ook bij mobiele werknemers is grensoverschrijdende premieaftrek in de praktijk slechts in beperkte situaties mogelijk, omdat gastlanden nog altijd de eis kunnen stellen dat de pensioenregeling binnen de materiële grenzen van hun fiscale wetgeving moet blijven. Zeker vanuit Nederlands perspectief is dit zelden het geval waardoor aftrek van pensioenpremie van een in het buitenland voortgezette Nederlandse pensioenregeling vrijwel onmogelijk is. Deze onmogelijkheden, die een gevolg zijn van het beginsel van fiscale autonomie, vormen een belemmering voor een Europese markt voor grensoverschrijdende pensioenopbouw. Onze stelling is dan ook dat op grond van de beschermingsrichtlijn en de detacheringsverordening het gastland in een situatie van detachering altijd de volledige pensioenpremie van de pensioenregeling van het thuisland voor fiscale aftrek in aanmerking zou moeten laten komen. Pas dan ondervindt de werknemer geen belemmeringen inzake de pensioenopbouw bij detachering. Ook voor niet-mobiele werknemers zou de pensioenpremie in een buitenlandse regeling idealiter permanent voor fiscale aftrek in aanmerking moeten kunnen komen, ongeacht of dit een ruimhartigere aftrek inhoudt dan op grond van de eigen nationale regeling het geval is. Dit is voorlopig voor de permanente situatie echter een utopische gedachte en zou een breuk met het beginsel van fiscale autonomie inhouden.

Een wellicht wat realistischer alternatief is het volgende. De EU zou een pensioenbasisregeling kunnen vaststellen die in *elk* EU-land voor aftrek in aanmerking kan komen. Dit idee wordt ook wel het '28e regime' genoemd. De zogeheten European Financial Services Round Table (EFR) heeft een dergelijk regime voorgesteld voor aanvullende pensioenproducten in de derde pijler.[77] Een dergelijk '28e regime' zou ook voor tweedepijlerpensioen kunnen gelden. Immers, de doelstelling blijft dat iedere EU-burger in staat wordt gesteld om fiscaal gefaciliteerd een adequate oudedagsvoorziening op te bouwen. Het is daarbij in beginsel niet relevant of dit in de tweede of derde pijler plaatsvindt, of dat de desbetreffende burger een werknemer, of een (zelfstandig) ondernemer is.

Weer een andere suggestie betreft het vaststellen van een pensioenregeling die in meerdere landen aan de nationale fiscale regels voldoet. Hiervoor zou per land de fiscale wetgeving systematisch in kaart gebracht moeten worden. De elementen die vervolgens met elkaar overeenstemmen, worden opgenomen in de regeling. Elementen die in andere landen niet voor fiscale aftrek in aanmerking komen, worden niet in de regeling opgenomen. Schematisch werkt dit als volgt uit. In de figuur op pagina 397 illustreren de horizontale balken de kenmerken van het fiscale pensioensysteem in de desbetreffende landen. De elementen die tussen de verschillende landen overeenkomen, worden in de pensioenregeling opgenomen (de verticale balk). Het resultaat is een pensioenregeling die in meerdere landen fiscaal wordt geaccepteerd.

72 Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEG* 2004, L 166, p. 1-123.

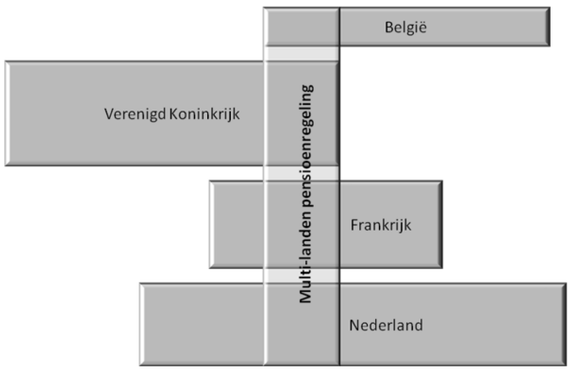
73 Zie voor een uitvoerige bespreking L.J. Roos, *Pensioen en werknemersmobiliteit in de EU*, Tilburg: Competence Centre for Pension Research 2006.

74 Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, *Stcrt.* 2008, 27.

75 Verdrag tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar vermogenswinsten, verdragsnummer 010276, *Trb.* 2008-201 en 2009-123. Dit verdrag is evenwel nog niet in werking getreden.

76 Verdrag tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk der Nederlanden tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, *Stb.* 2002, 596.

77 Zie <www.efr.be>.



De haalbaarheid van een dergelijke pensioenregeling is reeds onderzocht voor de landen Nederland en België.[78] Gebleken is dat een collectief toegezegd ouderdomspensioen op DC-basis, volledig gefinancierd door werkgeversbijdragen, onder bepaalde voorwaarden zowel in België als Nederland voor fiscale aftrek in aanmerking kan komen.

3.3.3. Het 'multi-pillarpensionmodel with a compensating layer'

Zoals in het begin van dit artikel is aangegeven, is een adequate oudedagsvoorziening van groot belang voor het welzijn van gepensioneerden in Europa. Eveneens is betoogd dat grensoverschrijdende pensioenopbouw nog nauwelijks van de grond komt. Een adequate oudedagsvoorziening valt of staat met de fiscale aftrek die geclaimd kan worden voor de opbouw van een dergelijke voorziening. In dit verband vestigen wij de aandacht op een verwijzing in het Groenboek naar het zogeheten 'multi pillar pension model with a compensating layer' (hierna: multi-pillarmodel).[79]

Het multi-pillarmodel is gebaseerd op de gedachte dat de mate waarin fiscale aftrek wordt geboden in de tweede en/of derde pijler afhankelijk is van het niveau van de reeds opgebouwde pensioenen in de andere pijlers. Het vaststellen van een adequaat niveau voor een oudedagsvoorziening, kan daarbij aan de afzonderlijke lidstaten worden overgelaten (bijvoorbeeld 70% van het laatstgenoten inkomen of het gemiddeld genoten inkomen). Concreet betekent dit dat iedere EU-burger in staat wordt geacht om fiscaal gefaciliteerd een adequate oudedagsvoorziening op te bouwen. Het maakt daarbij niet uit of een burger werknemer of ondernemer is. Het multi-pillarmodel is in die zin 'arbeidsvormneutraal'. Wederom een voorbeeld ter illustratie. Een werknemer heeft een salaris van € 50 000 en vanaf leeftijd 65 recht op € 10 000 staatspensioen. De norm is vastgesteld op 70% van het laatstgenoten loon, stel 70% van € 50 000 = € 35 000. Deze werknemer kan dus nog fiscaal gefaciliteerd € 25 000 pensioen opbouwen in de tweede en/of derde pijler. Indien er uitzicht is op € 15 000 pensioen in de tweede pijler, resteert nog fiscale aftrek voor € 10 000 in de derde pijler. En als deze persoon geen pensioen zou opbouwen (bijvoorbeeld omdat hij zelfstandig ondernemer is geworden) krijgt hij voor € 25 000 fiscale aftrek in de derde pijler. Op deze manier zijn de drie pensioenpijlers dus in feite communicerende vaten. Een dergelijk model kennen wij deels in Nederland. In de derde pijler wordt fiscale aftrek gegeven indien in de tweede pijler geen of minder pensioen wordt opgebouwd. De mate van aftrek is echter niet dusdanig dat een oudedagsvoorziening altijd kan worden aangevuld tot 70% van het inkomen.

Het multi-pillarmodel kan bijdragen tot het wegnemen van belemmeringen van een grensoverschrijdende pensioenopbouw in Europa. Lidstaten hanteren momenteel verschillende definities over de reikwijdte en inhoud van het tweede pijler pensioen en het derde pijler pensioen. Ook staat de toegang tot deze pijlers in de lidstaten niet open voor dezelfde groep burgers. Bijvoorbeeld: in Nederland worden zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) niet als 'arbeidsgerelateerd' aangemerkt, en vallen derhalve niet onder de tweede pijler. Lidstaten die de 'bredere' IORP-definitie van artikel 6 hebben geïmplementeerd, merken zzp'ers wel als arbeidsgerelateerd aan.[80] Om dergelijke kwalificatieverschillen te voorkomen, zou het een suggestie kunnen zijn de tweede en derde pijler voor iedereen open te stellen. Op deze manier wordt geen enkele burger belemmerd bij de opbouw van een adequate oudedagsvoorziening. Of het nu een werknemer, zelfstandig ondernemer of zzp'er betreft, iedereen zou toegang tot de tweede én derde pijler moeten hebben en fiscale facilitering moeten ontvangen voor de opbouw van een adequate oudedagsvoorziening.

4. Conclusie

De grensoverschrijdende activiteiten van IORPs komen moeizaam van de grond. Zoals de Commissie in het Groenboek opmerkt kan hierdoor niet alle efficiëntiewinst uit schaalvoordelen en concurrentie worden geboekt, hetgeen de kosten van de pensioenen verhoogt en de keuzemogelijkheden van de consument beperkt.[81] Met het bovenstaande hopen wij aangetoond te hebben dat de belemmeringen voor een goed functionerende interne markt voor pensioeninstellingen voornamelijk het gevolg zijn van verschillen in nationale en Europese regelgeving. Op Europees niveau ontbreekt het aan een duidelijke definitie van het begrip 'grensoverschrijdende activiteit', en aan geharmoniseerde toezichtswetgeving. Op nationaal niveau bestaan door de complexe wisselwerking tussen de wetgeving op EU- en op nationaal niveau aanzienlijke verschillen. Daarnaast blijkt de fiscale wetgeving een belangrijke belemmering te zijn voor het realiseren van een volkomen interne markt voor pensioenen.

Voor het wegnemen van deze hindernissen is een herziening van de IORP-richtlijn nodig, meer convergentie van

78 F. Janse, 'Een Nederlands-Belgische pensioenregeling: niet langer een fiscale illusie', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2009, 3, p. 93-99.
79 Het Groenboek verwijst wederom naar de bedenker ervan: G.J.B. Dietvorst, 'Proposal for a pension model with a compensating layer', *EC Tax Review* 2007, nr. 3, p. 142-145.
80 Ons is geen overzicht bekend waaruit blijkt hoe de lidstaten dit artikel uit de IORP-richtlijn hebben geïmplementeerd.
81 Groenboek, *a.w.*

het toezicht en meer duidelijkheid over nationale verschillen. Een op maat gesneden Europees toezichtsregime voor IORPs zou uitkomst bieden. Ook zou het – vanuit de internemarktgedachte – dienstig zijn indien de Commissie – al was het maar op hoofdlijnen – aan zou geven welke bepalingen van nationaal recht wél en welke niet onder het begrip 'sociaal- en arbeidsrecht' vallen.[82] Tot slot zou het een stap in de goede richting zijn indien de lidstaten op Europees niveau elkaars pensioenregelingen fiscaal accepteren (toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning) en volledig voor premieaftrek in aanmerking laten komen, op zijn minst voor mobiele werknemers.

82 Met inachtneming van de bevoegdheid van de lidstaten.