

Jaar 2020 | Uitgave 42  
Datum: 16 december  
2020

# Nieuwsbrief Pensioenrecht

*In deze aflevering:*

*Antwoorden op  
Kamervragen over  
verplichtstelling en  
EU recht*



**Expertisecentrum Pensioenrecht**



*Samengesteld door Prof. dr. Erik Lutjens*



**Prof. dr. Erik Lutjens**  
Hoogleraar Pensioenrecht  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid *Vrije Universiteit Amsterdam*  
Expertisecentrum Pensioenrecht  
De Boelelaan 1077 - Initium  
1081 HV Amsterdam  
T (020) 59 86268 | M 06 52 418408 |  
E [e.lutjens@vu.nl](mailto:e.lutjens@vu.nl) |  
I: [www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht/](http://www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht/)

Advocaat bij  
DLA Piper Nederland N.V.  
Amstelveenseweg 638  
1081 JJ Amsterdam  
P.O. Box 75258  
1070 AG Amsterdam –  
M 06 52 418408  
E [erik.lutjens@dlapiper.com](mailto:erik.lutjens@dlapiper.com)

## BEANTWOORDING VAN VRAGEN VAN KAMERLID VAN BRENK

Op 14 december jl. heeft Kamerlid Van Brenk vragen gesteld aan de minister van SZW over de door mij geschreven Position Paper deel II inzake Juridische aspecten van het Pensioenakkoord. In de vragen klinkt twijfel aan de juistheid van mijn lijn van gedachten. Daarom geeft ik een reactie op de vragen, tevens een aanzet voor de antwoorden door de minister. De antwoorden die ik hier geef zijn beknopt. Voor verdergaande onderbouwing verwijs ik naar mijn Position Paper (zie: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020Z22251&did=2020D47275>).

*De vragen van Kamerlid Corrie van Brenk aan minister Koolmees van Sociale Zaken & Werkgelegenheid met antwoorden van Erik Lutjens*

1. Bent u bekend met de notitie [Position paper](#) Juridische aspecten pensioenakkoord deel II?

Antwoord: ik wel en de minister vast en zeker ook.

2. Klopt het dat u zich laat adviseren door prof. Lutjens?

Antwoord: neen. Lutjens heeft wel een objectieve analyse gemaakt (zie bijlage bij Kamerstuk 32043, nr. 519 - <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-9417050>). Dat is geen advies en hier ligt ook geen adviesopdracht maar onderzoekopdracht aan ten grondslag.

3. Waarom is de grote verplichtstelling – die alleen aan een Nederlands pensioenfonds kan plaatsvinden – geen discriminatie?

Antwoord: Discriminatie op grond van nationaliteit is onder meer verboden in art. 21 Handvest Grondrechten EU. Een verplichtstelling kan alleen een Nederlands bedrijfstakpensioenfonds omvatten. Een in het buitenlandse pensioenfonds dus niet. In beginsel beoogt de “IORP”-richtlijn (2016/2341) grensoverschrijdende dienstverrichting door buitenlandse aanbieders mogelijk te maken, maar dit: “onverminderd het nationale sociale en arbeidsrecht op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels, **waaronder verplichte deelneming ...**” (vet toegevoegd). Volgens art. 106 lid 1 VWEU (Verdrag Werking EU) kan een lidstaat aan een onderneming (als een bedrijfstakpensioenfonds) met een uitsluitend recht toekennen ter vervulling van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Zo’n onderneming (het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds) valt volgens art. 106 lid 2 VWEU gewoon onder het EU-recht, dus ook onder het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, echter dat alleen **“voor zover de toepassing daarvan de vervulling [...] van de hun toevertrouwde bijzonder taak niet verhindert”** (vet toegevoegd). In dat geval is het EU recht dus niet van toepassing. Op basis hiervan heeft het HvJ EU in de zogenaamde Albany rechtspraak geoordeeld dat de verplichtstelling geen inbreuk maakt op het mededingingsrecht en de Hoge Raad met verwijzing naar de Albany rechtspraak dat de verplichtstelling geen inbreuk maakt op de vrije dienstverrichting. Hetzelfde geldt voor het onderscheid naar nationaliteit dat aanwezig is doordat een buitenlandse pensioenfonds niet verplicht kan worden gesteld.

Overigens acht ik dit onderscheid gerechtvaardigd omdat op een buitenlands pensioen de Nederlands bestuur- en governance regels en de FTK-regels niet van toepassing en het in rechte aanspreken van het pensioenfonds in het buitenland op het nakomen van verplichtingen zeer lastig is, zodat de bescherming van de deelnemer als pensioenconsument voldoende argumentatie is om alleen Nederlandse en niet bijvoorbeeld ook Hongaarse pensioenfondsen toe te laten tot de verplichtstelling.

4. Prof. Van Meerten, EU-recht-deskundige, stelt dat er voor discriminatie alleen de Verdragsuitzonderingen gelden, zoals openbare orde. Dat is basis-EU-recht. Deelt u die inschatting?

Antwoord: neen, zie ook de tekst van art. 106 lid 2 VWEU waarin het Verdrag de bij vraag 3 genoemde uitzondering toestaat. Ook art. 21 lid 2 Handvest verbiedt discriminatie naar nationaliteit “onverminderd de bijzonder bepalingen” van Verdragen, zoals vul ik aan de uitzondering van art. 106 lid 2 VWEU.

5. Prof. Lutjens stelt dat de verplichtstelling gerechtvaardigd kan worden door de IORP-richtlijn. Deelt u die inschatting?

Antwoord: dat is geen juiste weergave van mijn standpunt. Ik heb aangegeven dat de verplichtstelling geen tenuitvoerlegging van EU-recht is, met verwijzing naar die richtlijn. De richtlijn maakt de beperking wel mogelijk, zie ook voor de relevante rechtvaardiging antwoord op vraag 3.

6. Deelt u de opvatting dat de IORP-richtlijn is gestoeld op het vrij verkeer en wederzijdse erkenning van buitenlandse IORP's? En deelt u de opvatting dat Nederland een verplichtstelling heeft en uiteraard mag hebben, maar dat deze zeker niet toestaat dat er gediscrimineerd wordt?

Antwoord: uitgangspunt is vrij verkeer voor buitenlandse IORP's, dit echter onverminderd de regels over verplichte deelneming. Dat is de basis voor de uitzondering.

7. Deelt u de opvatting van professor Lutjens dat de Nederlandse governance en toezichtvereisten op zichzelf afdoende zijn om naleving van de verplichtstelling te handhaven? Bent u bekend met het feit dat het Europese Hof reeds in talloze arresten deze en andere uitzonderingsgronden heeft afgeschoten?

Antwoord: het argument is consumentenbescherming en er zijn veel uitspraken van het EU Hof waar consumentenbescherming een gerechtvaardigd argument is bevonden. Er zijn mij geen arresten en zeker geen talloze bekend waarin het Hof dit argument voor de verplichtstelling als niet gerechtvaardigd heeft aangemerkt.

8. Nederland heeft dit jaar twee inbreukprocedures op pensioengebied aan zijn broek gekregen en de derde komt er waarschijnlijk aan. Op deze gebieden lijkt Nederland het EU-recht te miskennen. Dit kan tot grote

claims van deelnemers leiden wanneer u onterecht allerlei eisen oplegt die later moeten worden teruggedraaid. Deelt u deze inschatting en zo nee, waarom niet?

Antwoord: als eisen onterecht zouden zijn, zou dat gevolg kunnen optreden. De verplichtstelling van een Nederlands bedrijfstakpensioenfonds is echter niet onterecht. De inbreukprocedures betreffen fiscale regels en hebben helemaal niets met de verplichtstelling te maken.

9. Bent u bereid een 'EU-recht-toets' te doen op deze punten en daarbij zowel de aanvraag van de toets als de resultaten direct met de Kamer te delen?

Antwoord: die toets is al gedaan, wederom met deze antwoorden. Verdere toets voegt weinig toe, mede omdat aangenomen mag worden dat de Raad van State in het wetgevingstraject hier ook wel een oordeel over zal geven.

Prof. dr. Erik Lutjens

**0000000000000000**