

Wat als de klant uit het buitenland komt?

Een onderneming uit Duitsland neemt een aantal medewerkers in dienst uit Nederland. De werknemers gaan werken in Nederland. De werkgever sluit een pensioenovereenkomst naar Nederlands recht met deze werknemers en wenst vervolgens de regeling onder te brengen bij een verzekeraar. De Duitse werkgever reageert uiterst verbaasd als blijkt dat meerdere verzekeraars de pensioenovereenkomst niet wensen uit te voeren.

DOOR ROBBERT VAN WOERDEN

In dit artikel bespreek ik de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst in geval er sprake is van een buitenlandse werkgever binnen de Europese Unie. Er is daarbij geen sprake van een vaste inrichting. Ook bespreek ik de impact van Verordening Rome I die sinds december 2009 geldt. Naar mijn mening zou deze verordening er toe moeten leiden dat verzekeraars veel gemakkelijker dan voorheen buitenlandse werkgevers accepteren als contractspartij van een uitvoeringsovereenkomst.

Verordening Rome I

Verordening no593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna genoemd Verordening Rome I) vervangt het EVO-verdrag (80/934/EEG) en is van toepassing op grensoverschrijdende overeenkomsten gesloten vanaf 17 december 2009. Het EVO-verdrag gold sinds 1980 en is feitelijk nog altijd geldig voor landen die niet gebonden zijn aan Verordening Rome I. Denemarken is hier een voorbeeld van. Het EVO-verdrag kende geen artikel over verzekeringsovereenkomsten. Regels over verzekeringsovereenkomsten werden vastgelegd in een tweetal richtlijnen. De belangrijkste richtlijn ten aanzien van pensioen is Richtlijn 2002/83/EG. Artikel 32 lid 4 van deze richtlijn bepaalt immers dat dwingendrechtelijke bepalingen uit het land van de polishouder niet wijken wanneer partijen overeengekomen zijn dat het recht van toepassing is uit een ander land dan waar de polishouder gevestigd is (zie ook de Wet conflictenrecht levensverzekering, waarin overigens nog naar de oude richtlijn wordt verwezen). Deze bepaling is mijns inziens de hoofdreden geweest van het weigeren van (een groot aantal) verzekeraars om een uitvoeringsovereenkomst op te maken voor werkgevers uit het

buitenland met in Nederland werkend personeel. De uitvoerder krijgt anders namelijk te maken met de dwingendrechtelijke bepalingen van het land waar de verzekeringnemer gevestigd is. Deze zijn vaak niet bekend bij de Nederlandse verzekeraar.

Artikel 32 lid 4 is gekoppeld aan het EVO-verdrag. Formeel zal de gehele Richtlijn per november 2012 komen te vervallen. Dat valt samen met de geplande introductie van Solvency II. Echter, de tekst van art. 32 lid 4 Richtlijn 2002/83/EG komt niet terug

Wordt de angst voor buitenlandse bepalingen overdreven?

zal ik verderop in dit artikel behandelen, wanneer ik specifiek stilsta bij de uitvoeringsovereenkomst in Europees perspectief. Allereerst echter de pensioenovereenkomst in Europese zin.

De pensioenovereenkomst in Europees perspectief

Verordening Rome I is van toepassing op grensoverschrijdende overeenkomsten gesloten vanaf 17 december 2009. De rechtskeuzevrijheid wordt voor arbeidsovereenkomsten beperkt in art. 8 Rome I. Partijen kunnen kiezen van welk land het recht van toepassing is. Als er geen rechtskeuze is gemaakt ten aanzien van een pensioenovereenkomst, dan geldt het werklandbeginsel. Het recht van het land waar de werknemer zijn arbeid verricht is dan van toepassing, ook als de werkgever in een ander land gevestigd is. De rechtskeuze kan er

in Solvency II; feitelijk is in Verordening Rome I al de vervangende tekst opgenomen. Deze vervangende tekst

drs. Robbert van Woerden
senior pensioenspecialist bij
Pensioennavigator BV en
freelance auteur

niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij zou genieten op grond van het recht dat van toepassing zou zijn als er geen rechtskeuze wordt gemaakt. Kortom: in onze casus is de Pensioenwet van toepassing op de pensioenovereenkomst. We hebben ten aanzien van de pensioenovereenkomst niet te maken met buitenlands recht.

Uiteraard moeten de pensioen- en de uitvoeringsovereenkomst op elkaar aansluiten, omdat anders de pensioenuitvoerder iets anders verzekert dan de werkgever en de werknemer(s) zijn overeengekomen.

De Uitvoeringsovereenkomst in Europees perspectief

In tegenstelling tot het EVO-verdrag kent Verordening Rome I ook bepalingen over verzekeringsovereenkomsten. De uitvoeringsovereenkomst is Europees rechtelijk gezien niets anders dan de verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar. Partijen hebben de vrijheid van rechtskeuze. Als er geen rechtskeuze is gemaakt geldt het recht van het land waar de verzekeringnemer is gevestigd. Als er wel een rechtskeuze is gemaakt geldt het recht van het land van keuze. De aan het EVO-verdrag gelieerde Richtlijn 2002/83/EG gaf vervolgens aan dat als er een rechtskeuze wordt gemaakt (voor Nederland) op de uitvoeringsovereenkomst dwingendrechtelijke bepalingen uit het land van de verzekeringnemer niet verloren gaan.

Let op: Reeds in de memorie van toelichting van de Pensioenwet (Kamerstukken 30413, nr 3, pagina 23) heeft ook de minister dit probleem geconstateerd, maar tevens aangegeven dit niet te kunnen oplossen

Komst Solvency II en de uitvoeringsovereenkomst

Richtlijn 2002/83/EG vervalt met de komst van Solvency II naar verwachting per 1 november 2012. De tekst uit art. 32 lid 4 van de EU-richtlijn komt niet terug in Solvency II. Verordening Rome I geeft in art. 7 regels voor verzekeringsovereenkomsten. Ook artikel 9 is relevant. Feitelijk is de bepaling van art. 32 lid 4 van de EU-richtlijn in die artikelen, maar met een andere inhoud, overgenomen. Mijn interpretatie van deze artikelen leidt tot de conclusie dat wanneer de Duitse werkgever in onze casus kiest voor het van toepassing laten verklaren van het Nederlandse recht slechts bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen (art. 9 Rome I) uit Duitsland van toepassing kunnen zijn. Dit zijn bepalingen waaraan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt. In de preambule van de verordening wordt ook aandacht geschonken aan de bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen. Overweging 37 luidt als volgt: "Overwegingen van algemeen belang rechtvaardigen dat de rechters van de lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op rechtsfiguren zoals de exceptie van openbare orde en op bepalingen van bijzonder dwingend recht."

Ik verwacht dat bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen vooral gaan om die welke betrekking hebben op toezicht en controle en niet om bepalingen in het overeenkomstenrecht. Deze mening komt terug in het artikel "Verzekeringsovereenkomsten en Rome I: een blijvend achilleshiel van het conflictenrecht" van Dr X.E. Kramer (gepubliceerd in het Verzekeringsarchief 2008, p. 179-188). Bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen uit het buiten-

land zullen normaal gesproken geen probleem moeten zijn voor de uitvoerder.

Voorbeeld Duitse werkgever

Bij de Duitse onderneming uit de inleiding is er reeds sprake van een pensioenovereenkomst. Verordening Rome I is van toepassing op arbeidsovereenkomsten en dus ook op de pensioenovereenkomst. Omdat de uitvoeringsovereenkomst wordt beschouwd als een verzekeringsovereenkomst, is art. 7 van Verordening Rome I van toepassing.

Dit brengt het volgende met zich mee. Voor de uitvoeringsovereenkomst geldt dat als er geen rechtskeuze wordt gemaakt tussen partijen, het recht van toepassing is van het land waar de verzekeringnemer is gevestigd. In dit geval Duitsland. Als er wel een rechtskeuze wordt gemaakt, blijven de bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen van het land waar de verzekeringnemer gevestigd is van toepassing. De Nederlandse uitvoerders kennen deze bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen meestal niet. Vanuit compliance-oogpunten willen veel verzekeraars slechts onder strikte voorwaarden een uitvoeringsovereenkomst aangaan met een buitenlandse werkgever. In de praktijk kost het onderbrengen van een dergelijk contract zeer veel tijd. Ondertussen is er gewoon een pensioenovereenkomst naar Nederlands recht. Dat geeft de volgende risico's:

1. Een pensioenovereenkomst niet ondergebracht bij een toegestane uitvoerder is in aanvang een onzuivere pensioenregeling conform art. 18 lid 1c Wet op de loonbelasting.
2. Er zijn met de werknemers pensioenuitkeringen bij overlijden of arbeidsongeschiktheid overeengekomen die tot het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst niet zijn verzekerd. Dit is een enorm claimrisico voor de werkgever, tenzij de uitvoerder bereid is om deze risico's in dekking te nemen.
3. Er wordt niet voldaan aan art. 23 Pensioenwet (de onderbrengingsplicht). Een van de nadelen daarvan is dat dit beboetbaar is.

Beleid verzekeraars

Interessant is te bekijken hoe verzekeraars in de praktijk hiermee om gaan. Wanneer er sprake blijkt te zijn van een buitenlandse werkgever vragen veel verzekeraars aan de werkgever aan te tonen dat er sprake is van een vaste inrichting in Nederland. Daarnaast kan men vragen om (uitsluitend) het Nederlands recht van toepassing te laten verklaren op de (nog te sluiten) uitvoeringsovereenkomst.

Een vaste inrichting wordt vaak als volgt gedefinieerd: "Er moet sprake zijn van een hoofdkantoor, agentschap of bijkantoor waarbij met een agentschap of bijkantoor gelijk wordt gesteld elke duurzame aanwezigheid van een onderneming op Nederlands grondgebied, ook indien die aanwezigheid niet de vorm heeft van een bijkantoor of een agentschap, maar enkel bestaat uit een bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen."

Per geval kan een verzekeraar beoordelen of er sprake is van een vestiging zoals hierboven is bedoeld. Van een vaste inrichting is vaak geen sprake. Een belangrijke reden hiervoor is dat



buitenlandse werkgevers niet BTW-plichtig en VPB-plichting wensen te zijn in Nederland.

Voor het geval op enig moment zou worden geoordeeld dat er geen sprake is van een vestiging, en er daarom sprake is van het van toepassing zijn van buitenlands recht, is het verstandig altijd een rechtskeuze op te nemen in de uitvoeringsovereenkomst. Dat betekent dat in de uitvoeringsovereenkomst komt te staan dat op deze overeenkomst uitsluitend Nederlands recht van toepassing is. De vraag of deze rechtskeuze in het geschetste geval ook toereikend is, wordt beantwoord naar buitenlands recht.

C-polis

De uitvoeringsovereenkomst is in Europese zin een verzekeringsovereenkomst tussen werkgever en verzekeraar. De PSW C-polis was in Europese zin feitelijk een verzekeringsovereenkomst tussen werknemer en verzekeraar. Wanneer de werkgever in het buitenland gevestigd was, de werknemer in Nederland woonde en werkte, en er sprake was van een PSW-C clausule dan accepteerde elke verzekeraar dit contract. De verzekeringsovereenkomst was immers naar Nederlands recht. Eventuele andere overeenkomsten (zoals bijvoorbeeld een mantelcontract) met de werkgever werden niet gezien als een verzekeringsovereenkomst, waardoor ook hier zich geen probleem met buitenlands (bijzonder) dwingendrechtelijke bepalingen voordeed.

Oplossingsrichtingen

Het is begrijpelijk dat verzekeraars niet zomaar een uitvoeringsovereenkomst sluiten met buitenlandse werkgevers. Ze kunnen immers te maken krijgen met onbekende buitenlandse bepalingen. Echter, de vraag mag gesteld worden of de angst voor eventuele buitenlandse bepalingen wordt overdreven. Zeker nu naar mijn mening het uiteindelijk slechts om bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen zal kunnen gaan. Bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen die bovendien naar mijn mening geen betrekking hebben op regels van overeenkomstenrecht. Ik vind het opvallend dat bij mijn weten nog nooit is uitgezocht om welke (bijzonder) dwingendrechtelijke bepalingen het zou kunnen gaan. In mijn ervaring gaat het in circa 90% van de gevallen om een Duitse, Belgische, Britse of Amerikaanse werkgever. Dan zou mijns inziens een eenmalig onderzoek naar de mogelijk van toepassing zijnde bepalingen in die landen een aantal problemen oplossen. Zover mij bekend is dat tot op heden nog niet gebeurd. Ik roep het Verbond van Verzeke-

raars op om dit onderzoek te initiëren. Het zou mij niets verbazen als zo'n onderzoek concludeert dat de risico's voor de bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen die van toepassing kunnen zijn op de uitvoeringsovereenkomst nihil zijn.

Een tweede voorstel om het probleem op te lossen is het introduceren van art. 23a Pensioenwet met een tekst die de mogelijkheid herintroduceert om een werknemer op te nemen als verzekeringnemer. Dit moet dan slechts gaan om situaties waarbij er sprake is van een in het buitenland gevestigde werkgever én moet geen andere gevolgen hebben dan het beter mogelijk maken voor uitvoerders om de pensioenovereenkomst uit te voeren. Voor de vorm gebruik ik de volgende concept wettekst:

"Slechts in geval er sprake is van een werkgever met een zetel buiten Nederland en de pensioenovereenkomst is overeengekomen naar Nederlands recht, kan de werkgever zijn werknemers in staat stellen zelf een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met en in stand te houden bij een pensioenuitvoerder..."

Conclusie

Buitenlandse werkgevers die een pensioenovereenkomst aangaan met hun in Nederland werkende werknemers worden momenteel regelmatig niet geaccepteerd door pensioenuitvoerders. Reden hiervoor is dat deze pensioenuitvoerders niets te maken willen hebben met dwingendrechtelijke bepalingen uit het buitenland. Dit standpunt is naar mijn mening achterhaald omdat het nu slechts gaat om bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen met name bedoeld ten aanzien van toezicht. Wanneer verzekeraars weigeren een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met buitenlandse werkgevers leidt dit tot onacceptabele problemen voor de betreffende buitenlandse werkgever. Deze heeft immers vaak wel een pensioenovereenkomst met werknemers gesloten maar blijkt deze niet te kunnen onderbrengen bij een toegestane pensioenuitvoerder. In dit artikel zijn twee oplossingsrichtingen gegeven. De adviespraktijk is ermeê gediend als de aangesproken partijen (Verbond van Verzekeraars en de werkgever) snel werk maken van de genoemde oplossingsrichtingen. Dát helpt de buitenlandse werkgever pas echt. ■

