



Datum van
inontvangstneming

:

22/06/2020

Zaak C-168/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

22 april 2020

Verwijzende rechter:

High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Insolvency and Companies List (Chancery Division)
(Verenigd Koninkrijk)

Datum van verwijzingsbeslissing:

30 maart 2020

Verzoekende partijen:

Gezamenlijke curator (1) in het faillissement van de heer M.

Gezamenlijke curator (2) in het faillissement van de heer M.

Verwerende partijen:

Mevrouw M

MH

ILA

De heer M

Voorwerp van het hoofdgeding

„Vrijheid van vestiging – Nationale wetgeving op grond waarvan bij de nationale belastingdienst geregistreerde pensioenrechten niet tot de failliete boedel worden gerekend bij een nationale faillissementsprocedure – Weigering om deze uitsluiting toe te passen op buitenlandse pensioenrechten die niet bij de nationale belastingdienst zijn geregistreerd, ondanks de registratie ervan in het buitenland – Indirecte discriminatie – Forumshopping bij faillissement – Gevolgen van fiscale

formaliteiten in een lidstaat voor de in die lidstaat ingeleide faillissementsprocedure”

Rechtsgrondslag van de verwijzing

Artikel 86, lid 2, van het terugtrekkingsakkoord tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk, gelezen in samenhang met artikel 89, lid 1, van die overeenkomst, met rechtstreekse werking uit hoofde van de tenuitvoerlegging in het recht van het Verenigd Koninkrijk van sections 1A en 7A van de European Union (Withdrawal) Act 2018 (wet van 2018 betreffende de terugtrekking uit de Europese Unie).

Prejudiciële vragen

1) Wanneer een onderdaan van een lidstaat zijn rechten uit hoofde van de artikelen 21 en 49 VWEU en [richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad (van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden [...])] heeft uitgeoefend door te verhuizen naar het Verenigd Koninkrijk of zich aldaar te vestigen, is het dan verenigbaar met die bepalingen dat Section 11 WRPA 1999 de uitsluiting van de failliete boedel van pensioenrechten in een pensioenvoorziening, met inbegrip van de in een andere lidstaat gevestigde en fiscaal goedgekeurde pensioenvoorzieningen, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de betrokken pensioenregeling ten tijde van het faillissement was geregistreerd volgens Section 153 van de Finance Act 2004 of deze regeling wordt vermeld in Regulation 2 van de besluiten van 2002, en dus in het Verenigd Koninkrijk fiscaal is goedgekeurd?

2) Is het voor de beantwoording van vraag 1) relevant of noodzakelijk:

a) dat wordt nagegaan of de betrokkene in de eerste plaats naar het Verenigd Koninkrijk is verhuisd om aldaar een faillissementsaanvraag in te dienen?

b) dat rekening wordt gehouden met (i) de bescherming waarop de gefailleerde krachtens Section 12 WRPA 1999 aanspraak kan maken met betrekking tot niet-goedgekeurde pensioenregelingen en (ii) de mogelijkheid voor de curatoren om bedragen terug te vorderen met betrekking tot goedgekeurde pensioenregelingen?

c) dat rekening wordt gehouden met de voorwaarden waaraan geregistreerde en fiscaal goedgekeurde pensioenvoorzieningen in het Verenigd Koninkrijk moeten voldoen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikelen 21 en 49 VWEU

Artikel 24 van richtlijn 2004/38/EG (richtlijn recht van vrij verkeer en verblijf)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

VERENIGD KONINKRIJK:

Sections 283(1)(a) en 306 van de Insolvency Act 1986 (insolventiewet van 1986),

Sections 11 en 12 van de Welfare Reform and Pensions Act 1999 (wet van 1999 houdende herziening van de sociale zekerheid en inzake pensioenen; hierna: „WRPA 1999”):

„11 Gevolgen van het faillissement voor de pensioenrechten: goedgekeurde regelingen

„1) Wanneer tegen een persoon een faillietverklaring wordt afgegeven op een na de inwerkingtreding van deze Section door hem ingediende faillissementsaanvraag of een daartoe ingediend verzoek vallen de rechten die deze persoon ontleent aan een goedgekeurde pensioenregeling buiten zijn failliete boedel.

2) In dit hoofdstuk wordt onder „goedgekeurde pensioenregeling” verstaan:

a) een pensioenvoorziening die is geregistreerd krachtens Section 153 van de Finance Act 2004

[...]

h) alle pensioenregelingen van welke aard dan ook die worden vermeld in een door de bevoegde minister vastgesteld besluit.

12 Gevolgen van het faillissement voor de pensioenrechten: niet-goedgekeurde regelingen

1) De minister kan bij besluit bepalen dat de rechten van een persoon die uit een niet-goedgekeurde pensioenregeling voortvloeien, in geval van een tegen die persoon vastgestelde faillietverklaring kunnen worden uitgesloten van zijn boedel voor de toepassing van de Parts VIII tot en met XI van de Insolvency Act 1986.”

De Occupational and Personal Pension Schemes (Bankruptcy) (No. 2) Regulations 2002 (besluiten van 2002 inzake bedrijfspensioenregelingen en particuliere pensioenregelingen bij faillissement) (SI 2002/836; hierna „besluiten van 2002”), Regulation 2 daarvan luidt als volgt:

„2 Vermelde (gelijkgestelde) pensioenregelingen

1) Regelingen die worden geacht te zijn vermeld voor de toepassing van Section 1 l(2)(h) van de wet van 1999 (met „goedgekeurde pensioenregelingen” gelijkgestelde pensioenregelingen), betreffen de hierna volgende regelingen (met inbegrip van een lijfrente die is aangekocht om uitvoering te geven aan rechten uit hoofde van een dergelijke regeling)—

[...]

b) regelingen waarop Section 308A van de wet van 2003 (vrijstelling van bijdragen aan de overzeese pensioenvoorziening) van toepassing is;”

De Finance Act 2004 (begrotingswet van 2004), Schedule 33, Paragraph 5(1) bepaalt:

„Een overzeese pensioenvoorziening komt in aanmerking voor de toepassing van deze Schedule indien:

- a) de uitvoerder van de voorziening aan de belastingdienst heeft meegedeeld dat het om een overzeese pensioenvoorziening gaat en die dienst het bewijs daarvan levert indien deze in voorkomend geval daarom verzoekt,
- b) de uitvoerder van de voorziening zich tegenover de belastingdienst ertoe heeft verbonden die dienst op de hoogte te brengen van het verlies van de status van overzeese pensioenvoorziening,
- c) de uitvoerder van de voorziening zich tegenover de belastingdienst heeft verbonden tot naleving van alle hem opgelegde verplichtingen inzake de verstrekking van informatie betreffende de uitkeringen, en
- d) de overzeese pensioenvoorziening niet op grond van Sub-paragraph 3 wordt uitgesloten van de mogelijkheid als overzeese pensioenvoorziening te worden aangemerkt.”

Section 308A van de Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003 (wet van 2003 inzake inkomstenbelasting en pensioenen; hierna: „ITEPA 2003”) bepaalt:

„Belastingvrijstelling voor bijdragen aan overzeese pensioenvoorzieningen

1) Wanneer een werkgever bijdragen betaalt in het kader van een in aanmerking komende overzeese pensioenvoorziening voor een werknemer die in het buitenland daadwerkelijk aan die pensioenvoorziening deelneemt, ontstaat dienaangaande geen verplichting tot betaling van inkomstenbelasting:”

IERLAND

Section 774 en Chapter 1, part 30, Taxes Consolidation Act 1997 (wet van 1997 houdende consolidatie van belastingen)

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Partijen in het aan deze verwijzing ten grondslag liggende hoofdgeding zijn enerzijds een failliete houder van pensioenrechten (hierna: „**de heer M**”) en anderzijds de desbetreffende curatoren (*Joint Trustees*, hierna „**gezamenlijke curatoren**”). De gezamenlijke curatoren maken ten behoeve van de failliete boedel aanspraak op een belegging in een Ierse pensioenvoorziening (*Irish pension scheme*, hierna: „**voorziening**”), in de vorm van een beleggingspensioenpolis (*unit linked retirement policy*, hierna: „**polis**”), die krachtens de Ierse belastingwetgeving is vrijgesteld van de betaling van inkomstenbelasting in Ierland („vrijgestelde goedgekeurde voorziening”).
- 2 De heer M is op een door hemzelf op 2 november 2012 ingediend verzoek op die dag failliet verklaard door de High Court te Londen. Vóór zijn faillissement was de heer M een bekende projectontwikkelaar die voornamelijk, zo niet uitsluitend, in Ierland actief was. Hij is evenwel samen met zijn vrouw in juli 2011 naar Londen verhuisd en de High Court heeft aanvaard dat hij op de datum van de indiening van de faillissementsaanvraag zijn centrum van voornaamste belangen van Ierland naar Engeland had verplaatst.
- 3 Bij een faillissement worden in het Verenigd Koninkrijk alle eigendommen die bij aanvang van het faillissement toebehoren aan of berusten bij de failliete boedel (Section 283(1)(a) van de Insolvency Act 1986), van rechtswege ondergebracht bij een curator (Section 306 van de Insolvency Act 1986), die de vorderingen van de schuldeisers van de gefailleerde moet voldoen in volgorde van prioriteit. Pensioenrechten uit hoofde van voorzieningen die bij de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk zijn geregistreerd, en dus zijn vrijgesteld van de verplichting tot onder meer betaling van inkomsten- en vermogenswinstbelasting in het Verenigd Koninkrijk („goedgekeurde pensioenregelingen”), zijn in beginsel uitgesloten van de failliete boedel. Uitzonderingen gelden voor de terugvordering van „excessieve” pensioenbijdragen (Section 15 WRPA 1999) en aanspraken op bepaalde uitkeringen voor een beperkte periode na het faillissement (Section 310 en Section 310A van de Insolvency Act 1986). Met betrekking tot pensioenregelingen die niet bij de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk zijn geregistreerd („niet-goedgekeurde pensioenregelingen”), komt een gefailleerde echter slechts geheel of gedeeltelijk in aanmerking voor uitsluiting van zijn rechten uit de failliete boedel, naargelang met name zijn waarschijnlijke behoeften in de toekomst en die van zijn gezin (Section 12(2) WRPA 1999, Regulations 4 tot en met 6 van de besluiten van 2002), wat minder voordelig is voor de gefailleerde.
- 4 De heer M betoogt dat zijn op grond van de Ierse pensioenvoorziening geldende rechten moeten worden uitgesloten van de failliete boedel. Ter onderbouwing van

die stelling voert hij aan dat, indien hij niet bij een Ierse pensioenvoorziening maar bij een pensioenvoorziening in het Verenigd Koninkrijk zou zijn aangesloten en die voorziening zou zijn geregistreerd volgens Section 153 van de Finance Act 2004, zijn pensioenvoorziening als een „goedgekeurde pensioenregeling” zou worden aangemerkt en alle door hem daaraan ontleende rechten volgens Section 11(1) and (2)(a) WRPA 1999 zouden worden uitgesloten van de failliete boedel.

- 5 De heer M stelt dat het Unierecht, te weten de artikelen 21 en 49 VWEU en artikel 24 van richtlijn 2004/38, vereist dat de rechten die uit zijn pensioenvoorziening voortvloeien, op dezelfde wijze worden behandeld.
- 6 De gezamenlijke curatoren stellen dat de heer M op het tijdstip van zijn faillissement in Engeland in 2012 nog steeds begunstigde was van de polis en dat de financiële aanspraken die op grond daarvan geldend kunnen worden gemaakt – als onderdeel van de failliete boedel – aan de beheerders daarvan toekomen.
- 7 De High Court heeft besloten om over dit punt betreffende de verenigbaarheid met het Unierecht een prejudiciële vraag te stellen in de zaak die aanhangig is tussen de heer M als verzoeker en de gezamenlijke curatoren als verweerders, met als uitgangspunt de feiten waarover partijen het eens zijn of waarvan mag worden aangenomen dat zij vaststaan.
- 8 De feiten die ten grondslag liggen aan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde pensioenrechten betreffen in wezen het gegeven dat een pensioenvoorziening, die ten dele voortkomt uit belangen in een winkelcentrum in Dublin, naar Iers recht is opgezet en geregistreerd ten gunste van de heer M. Na tal van eerdere transfers van deze rechten waren de meeste daarvan, maar niet alle (wat voor het hoofdgeding van wezenlijk belang is) reeds uitgekeerd aan de heer M op het moment dat hij zich in het Verenigd Koninkrijk heeft gevestigd en hij voornamelijk aldaar actief is geworden. Kort daarna heeft de heer M aangifte gedaan van zijn insolventie.

Belangrijkste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 9 Het hoofdargument van de heer M is dat zijn rechten volgens het Unierecht niet mogen afhangen van de vraag of hij zijn beroepsleven in het Verenigd Koninkrijk heeft doorgebracht (en pensioenrechten heeft opgebouwd in een in het Verenigd Koninkrijk geregistreerde pensioenvoorziening) dan wel hij een migrerende werknemer was die het grootste deel van zijn beroepsleven in een andere lidstaat, zoals Ierland, heeft doorgebracht, en wiens bijbehorende pensioenrechten dan ook in een in die lidstaat gevestigde voorziening zijn ondergebracht („voorziening van de staat van herkomst”), en die vervolgens naar het Verenigd Koninkrijk is verhuisd voordat hij failliet is gegaan. De heer M stelt zich op het standpunt dat voor zelfstandigen dezelfde principes gelden.

- 10 Tenzij de in de thuisstaat van de migrerende persoon opgebouwde voorziening toevallig is geregistreerd bij de HMRC (belastingdienst) in het Verenigd Koninkrijk, iets waarover de belanghebbende wellicht geen zeggenschap heeft maar hetgeen wordt geregeld door zijn werkgever – in het geval van een werknemer – of in ieder geval door de beheerder van het pensioenfonds en hetgeen in de regel niet noodzakelijkerwijs enig fiscaal of ander voordeel voor de voorziening oplevert alsook naar verwachting extra administratieve inspanningen voor de voorziening meebrengt omdat de voorziening dan moet voldoen aan de regelgeving van het Verenigd Koninkrijk én van de thuisstaat, zou een letterlijke lezing van Section 11 WRPA 1999 betekenen dat de betrokkene bij een faillissement niet dezelfde bescherming betreffende zijn pensioenrechten geniet als een werknemer of zelfstandige uit het Verenigd Koninkrijk (wiens pensioenvoorziening in het Verenigd Koninkrijk is geregistreerd om de fiscale voordelen te verkrijgen die in het Verenigd Koninkrijk gepaard gaan met een geregistreerde pensioenvoorziening).
- 11 De verwijzende rechter dient Section 11 WRPA 1999 zodanig uit te leggen dat deze verenigbaar is met het Unierecht, zodat de voorziening als een goedgekeurde pensioenregeling wordt beschouwd, waardoor de rechten van de heer M uit hoofde van de voorziening niet onder zijn failliete boedel vallen.
- 12 De argumenten van de gezamenlijke curatoren kunnen als volgt worden samengevat. De bepalingen die van toepassing zijn op persoonlijke insolventie verschillen per lidstaat. Dit wordt erkend in verordening (EG) nr. 1346/2000. De voorschriften in het Verenigd Koninkrijk inzake de bescherming van pensioenrechten bij faillissement behoren als zodanig tot de algemene insolventieregeling die in het Verenigd Koninkrijk geldt. De vraag is of die bepalingen een beperking van het vrije verkeer opleveren, en met name (aangezien een beroep wordt gedaan op artikel 49 VWEU) van het recht van vrije vestiging. Zij hebben de heer M er duidelijk niet van weerhouden om in het kader van het vestigingsrecht naar het Verenigd Koninkrijk te verhuizen. Ook kan niet worden gesteld dat het voorzienbaar was dat zij dit effect zouden hebben: dat zou alleen het geval zijn als kon worden aangetoond dat de insolventieregeling van het Verenigd Koninkrijk in haar geheel gezien minder gunstig was voor de gefailleerde dan (in dit geval) de Ierse insolventieregeling, en er is geen enkel daartoe strekkend bewijs overgelegd. De heer M kan zich enerzijds niet beroepen op de delen van de faillissementsregeling van het Verenigd Koninkrijk die hem van pas komen, en anderzijds opkomen tegen de delen die hem niet van pas komen. Zelfs indien die regeling in haar geheel beschouwd onjuist zou zijn en naar de afzonderlijke in het Verenigd Koninkrijk geldende bepalingen inzake pensioenrechten bij faillissement moet worden gekeken, vormen deze geen belemmering of beperking van de vrijheid van vestiging. Bovendien is niet aangetoond dat deze minder gunstig zijn voor de heer M dan de Ierse bepalingen inzake pensioenrechten bij faillissement. Derhalve is er geen enkele reden om te stellen dat Section 11 WRPA 1999 in strijd is met artikel 49 VWEU. Voor zover de heer M artikel 24 van richtlijn 2004/38 inroept, bepaalt artikel 21 VWEU voorts duidelijk dat deze richtlijn in werking treedt „onder voorbehoud van de

beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld”. Een van die maatregelen is verordening nr. 1346/2000 waarin wordt erkend dat de bepalingen inzake faillissement bij gebreke van harmonisatie op Unieniveau per lidstaat kunnen verschillen.

- 13 De gezamenlijke curatoren stellen verder dat het verlenen van bescherming aan de pensioenrechten van de heer M erop zou neerkomen dat hij in een betere positie zou worden gebracht dan onderdanen van het Verenigd Koninkrijk die ter verkrijging van deze bescherming hun voorziening moeten registreren volgens Section 153 van de Finance Act 2004 en moeten voldoen aan de voorwaarden voor registratie.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing en het standpunt van de verwijzende rechter over de beantwoording van de prejudiciële vragen

- 14 De ratio van de artikelen 11 tot en met 16 WRPA 1999, gelezen in hun onderlinge samenhang, is dat pensioenrechten bedoeld zijn, en dat er belastingvermindering wordt gegeven, om personen in de toekomst te ondersteunen bij hun pensionering, en dat die rechten niet bestemd zijn om aan de schuldeisers ten goede te komen als de persoon vóór zijn pensionering failliet gaat, en die rechten dus, behalve wanneer kan worden aangetoond dat er sprake is van „buitensporige bijdragen”, niet terecht mogen komen in een failliete boedel. Section 11 WPRA 1999 is (in grote lijnen) beperkt tot fiscaal goedgekeurde voorzieningen, aangezien een van de kenmerken van de fiscale goedkeuring (ten tijde van de feiten) was dat daarmee de aan de deelnemer te betalen uitkeringen konden worden beperkt (bijvoorbeeld, in bedrijfspensioenregelingen, op basis van zijn salaris en diensttijd). Daarentegen gelden er geen beperkingen voor uitkeringen die in het kader van niet-goedgekeurde voorzieningen kunnen worden verstrekt. Het is dus wellicht niet verwonderlijk dat het ongepast werd geacht om deze uitkeringen geheel vrij te stellen, maar slechts voor zover zij redelijkerwijs nodig zijn voor de gefailleerde en zijn familie.
- 15 De verwijzende rechter is er enerzijds van uitgegaan dat een buiten het Verenigd Koninkrijk geregistreerde voorziening in principe ook bij de HMRC kan worden geregistreerd volgens Section 153 van de Finance Act 2004. De belangrijkste voordelen van een geregistreerde pensioenvoorziening zijn (i) dat er vrijstelling van inkomstenbelasting wordt verleend voor bijdragen aan de voorziening door of namens een deelnemer, en (ii) dat het fonds zelf is vrijgesteld van inkomstenbelasting en vermogenswinstbelasting. Beide vrijstellingen zijn echter alleen relevant voor een voorziening als de betaling van bijdragen, respectievelijk de ontvangst van inkomsten en vermogenswinsten, anders tot een belastingplicht in het Verenigd Koninkrijk zou leiden. In een situatie zoals die van de onderhavige voorziening, waarin er geen verdere bijdragen werden betaald en er geen reden is om aan te nemen dat het fonds inkomsten of vermogenswinsten ontleent aan een bron in het Verenigd Koninkrijk, valt echter niet duidelijk in te

zien waarom er überhaupt in het Verenigd Koninkrijk belastingen zouden moeten worden betaald.

- 16 Registratie brengt anderzijds ook een aantal nadelen mee: volgens Section 160(1) zijn de enige uitkeringen die een dergelijke voorziening aan of met betrekking tot een deelnemer mag uitbetalen, de uitkeringen die in Section 164 worden opgesomd. Section 164 is overigens vrij strikt wat betreft de uitkeringen die kunnen worden uitbetaald (zie de Sections 164 tot en met 169). Als een voorziening een ongeoorloofde uitkering aan een deelnemer verricht, moet 40 % belasting worden betaald, hetzij door de deelnemer (volgens Section 208), hetzij, als de deelnemer niet betaalt, door de uitvoerder van de pensioenvoorziening (volgens de Sections 239 tot en met 241). Bovendien is de uitvoerder van een geregistreerde pensioenvoorziening op grond van de Finance Act 2004 (Registered Pension Schemes (Provision of Information) Regulations 2006; besluit betreffende het verstrekken van gegevens inzake geregistreerde pensioenvoorzieningen, SI 2006/567; hierna: „besluiten van 2006”) verplicht om nadere gegevens aan de HMRC te verstrekken met betrekking tot een groot aantal te rapporteren gebeurtenissen.
- 17 De verwijzende rechter erkent in zijn beslissing dat registratie in de zin van Section 153 van de Finance Act 2004 niet slechts een formaliteit was (voor de Ierse uitvoerder van de voorziening). Registratie was een belangrijke stap met mogelijke zware verplichtingen en zelfs indien een buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde pensioenvoorziening tegelijkertijd zou kunnen voldoen aan de vereisten voor registratie in het Verenigd Koninkrijk én aan de vereisten van het rechtsgebied van herkomst (wat niet vanzelfsprekend is), was deze stap dus niet iets dat een dergelijk fonds lichtvaardig zou moeten opvatten. Zelfs indien wordt aangenomen dat de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk in beginsel van toepassing kan zijn op een pensioenvoorziening die buiten het Verenigd Koninkrijk is ingesteld, is het vrij onwaarschijnlijk dat het voor veel van dergelijke voorzieningen als voordelig kan worden beschouwd om te worden geregistreerd bij de HMRC in het Verenigd Koninkrijk. Het verbaast de verwijzende rechter vooral niet dat een Ierse pensioenvoorziening die zodanig is opgezet dat zij aan de eisen van de Ierse belastingwetgeving voldoet, niet ook aan de (afwijkende) eisen van de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk zou willen voldoen. Het staat buiten kijf dat arbeidsmigranten (in loondienst of als zelfstandigen) uit andere lidstaten vaker dan onderdanen van het Verenigd Koninkrijk pensioenrechten hebben opgebouwd in andere lidstaten, en dat zij dus vaker dan onderdanen van het Verenigd Koninkrijk pensioenrechten hebben uit hoofde van regelingen die niet zijn geregistreerd overeenkomstig Section 153 van de Finance Act 2004, hetzij omdat dergelijke regelingen niet konden voldoen aan de registratievereisten, hetzij omdat zij gegronde redenen hadden om ervoor te kiezen zich niet aldus te laten registreren.
- 18 Section 11 WRPA 1999 is echter niet alleen van toepassing op pensioenvoorzieningen die volgens Section 153 van de Finance Act 2004 zijn geregistreerd, maar ook op regelingen waarnaar in de wet wordt verwezen, dat wil

zeggen de regelingen die zijn vermeld in Regulation 2 van de besluiten van 2002. Dit omvat „in aanmerking komende overzeese pensioenvoorzieningen” waarop Section 308A ITEPA 2003 van toepassing is.

- 19 Vast staat dat de onderhavige voorziening geen „in aanmerking komende overzeese pensioenvoorziening” was: de vereiste kennisgeving en toezeggingen aan de HRMC werden niet verstrekt. De verwijzende rechter is echter van mening dat de eerste twee vereisten niet bezwarend lijken en dat de derde (c) hierboven in de praktijk niet bezwarend zou zijn geweest, aangezien volgens de daarmee opgelegde verplichtingen alleen gegevens moeten worden verstrekt over de betrokken buitenlandse deelnemers en er in het geval van de in casu aan de orde zijnde voorziening geen bijdragen meer werden betaald voor de heer M of mevrouw M nadat zij naar het Verenigd Koninkrijk waren verhuisd. Derhalve ging het niet om werkende migranten die aan de regeling deelnamen, en hoefde er geen gegevens te worden verstrekt.
- 20 Aangezien er in dit verband dus geen migrerende buitenlandse deelnemers aan de voorziening waren, heeft de verwijzende rechter in zijn uitspraak aanvaard dat er voor de betrokken voorziening dan ook geen reden was om de moeite te nemen aanspraak te maken op de status van „in aanmerking komende overzeese pensioenvoorziening”. Ook heeft hij erkend dat er doorgaans weinig reden is om een overzeese pensioenvoorziening aan te melden en toezeggingen te doen aan de HMRC teneinde als een in aanmerking komende overzeese pensioenregeling te worden gekwalificeerd, tenzij het aannemelijk is dat er bijdragen aan de voorziening zullen worden betaald door of namens deelnemers die naar het Verenigd Koninkrijk zijn verhuisd en die op dit gebied migrerende deelnemers aan de voorziening zijn. Veel arbeidsmigranten die vanuit andere lidstaten naar het Verenigd Koninkrijk komen, zullen waarschijnlijk rechten hebben in het kader van pensioenregelingen waarvoor er geen enkele reden bestaat om de nodige stappen te ondernemen teneinde als in aanmerking komende overzeese pensioenregeling te worden aangemerkt (zelfs als zij de daarvoor gestelde voorwaarden vervullen); en de beslissing om dat al dan niet te doen, wordt meestal niet door de deelnemer zelf maar door de fondsbeheerder genomen. Gewone werknemers die zijn aangesloten bij bedrijfspensioenvoorzieningen, hebben over het algemeen geen zeggenschap over de beslissingen van degenen die de regeling uitvoeren.
- 21 Volgens het voorlopige oordeel van de verwijzende rechter houdt de impact die een faillissement heeft op de pensioenrechten die een persoon heeft opgebouwd en die zijn recht van vestiging als zelfstandige in een andere lidstaat uitoefent, voldoende nauw verband met die beslissing (ook al is het faillissement, zoals in dit geval, niet het gevolg van de verhuis zelf, maar van eerdere activiteiten in zijn land van herkomst), om binnen de werkingsfeer van artikel 49 VWEU te vallen.
- 22 Als dat klopt, volgt daaruit volgens de verwijzende rechter dat er geen sprake was van gelijke behandeling. Een onderdaan van het Verenigd Koninkrijk die insolvent wordt, zal er zeer waarschijnlijk achter komen, zelfs als hij daarvoor

geen specifieke opsporingen doet, dat zijn opgebouwde pensioenrechten bij faillissement worden beschermd doordat Section 11 WRPA 1999 zal worden toegepast, aangezien de overgrote meerderheid van de pensioenrechten in het Verenigd Koninkrijk onder pensioenvoorzieningen vallen die volgens Section 153 van de Finance Act 2004 zijn geregistreerd bij de HMRC, gelet op de belastingvoordelen die daardoor kunnen worden veiliggesteld. Onderdanen van andere lidstaten van de Unie hebben vaker pensioenrechten opgebouwd in voorzieningen die niet zijn geregistreerd.

- 23 De gezamenlijke curatoren betogen dat, ongeacht de desbetreffende situatie van werknemers, het naleven van de vereisten van de besluiten van 2006 en de registratie van hun overzeese pensioenvoorziening als een in aanmerking komende overzeese pensioenvoorziening voor zelfstandigen geen zware administratieve last oplevert. Erkend moet redelijkerwijs immers worden dat de heer M de beheerders van de pensioenregeling daarom had kunnen verzoeken en dat het voor hen niet moeilijk zou zijn geweest om daarvoor te zorgen. Er is evenmin enige bijzondere reden om aan te nemen dat zij dat zouden hebben geweigerd. De reden waarom zulks niet is geschied, is dus niet dat dit moeilijk of lastig was, maar omdat tegen de tijd dat de betrokkene zich in het Verenigd Koninkrijk had gevestigd, ervan werd uitgegaan dat alle door hem aan de regeling ontleende voordelen hoe dan ook reeds geldend waren gemaakt, zodat het niet nodig was om verdere stappen te ondernemen. Maar dat mag niet tot de slotsom leiden dat degenen die naar het Verenigd Koninkrijk verhuizen om zich aldaar te vestigen als zelfstandige, altijd, of zelfs meestal, in staat zullen zijn om ervoor te zorgen dat de pensioenvoorzieningen in hun thuisstaat waar zij rechten hebben opgebouwd, de nodige stappen ondernemen voor registratie als een in aanmerking komende overzeese pensioenvoorziening, of dat het bij hen zou opkomen om te proberen zelf daartoe over te gaan.
- 24 In die omstandigheden is de verwijzende rechter van oordeel dat de bepalingen van de Sections 11 en 12 WRPA 1999 en de besluiten van 2002, volgens welke voor de volledige bescherming van Section 11 WRPA 1999 alleen diegenen in aanmerking komen die rechten ontleen aan pensioenregelingen die zijn goedgekeurd, ook al maken die bepalingen geen uitdrukkelijk onderscheid volgens nationaliteit, gevolgen kunnen hebben voor een aanzienlijk groter deel van de onderdanen van andere lidstaten die hun recht van vestiging uitoefenen in het Verenigd Koninkrijk. Indien de gevolgen van een faillissement voor opgebouwde pensioenrechten dus binnen de werkingssfeer van artikel 49 vallen, leveren die bepalingen een op grond van artikel 49 VWEU en artikel 24 van richtlijn 2004/38 verboden discriminatie op inzake de toekenning van een sociale uitkering.
- 25 Indien die benadering juist, is de verwijzende rechter van mening dat het hem is toegestaan, door toepassing te geven aan het beginsel van Unierechtconforme uitlegging, Section 11 WRPA 1999 zodanig uit te leggen dat elke discriminatie wordt weggerukt en dat dit resultaat kan worden bereikt door de nationale bepalingen aldus uit te leggen dat deze zich uitstrekken tot een

pensioenvoorziening die is goedgekeurd door de belastingdienst van een andere lidstaat, of die is geregistreerd bij deze belastingdienst. Dit strookt met het doel van de wetgeving, namelijk ervoor te zorgen dat pensioenrechten alleen volledig worden beschermd wanneer zij voortvloeien uit pensioenvoorzieningen die zijn goedgekeurd door, geregistreerd bij of erkend door de bevoegde belastingdienst van de lidstaat waar die rechten zijn opgebouwd.