

Arbeidsongeslacht, en mijn pensioen dan?

Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht

24

Arbeidsongeschikt, en mijn pensioen dan?

2017
Sdu Uitgevers
Den Haag

Omslag ontwerp: Villa Y, Den Haag

© 2017, Sdu Uitgevers bv, Den Haag

Sdu Uitgevers

Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 99 11

Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op www.sdu.nl.

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbin-
tenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoud

Voorwoord van de voorzitter / 9

De positie van de arbeidsongeschikte bij een wijziging van het fiscale kader / 11

- 1 Inleiding / 11
- 2 Wijziging pensioenregeling voor arbeidsongeschikten / 13
- 3 Civielrechtelijk kader / 13
- 4 Fiscaal kader / 14
- 5 Onderscheid verzekeraars en pensioenfondsen / 16
- 6 Besluiten van 23 juni 2014 en 23 september 2014 / 18
- 7 Besluit van 6 november 2015 / 20
- 8 Praktijk / 22
- 9 Onderscheid verzekeraars en pensioenfondsen is niet juist / 23
- 10 Conclusie / 26

Ongelijke behandeling bij pensioen als gevolg van arbeidsongeschiktheid / 27

- 1 Juridisch kader ongelijke behandeling bij pensioen als gevolg van arbeidsongeschiktheid / 28
 - 1.1 Algemene wet gelijke behandeling / 28
 - 1.2 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte / 28
 - 1.2.1 Direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte / 30
 - 1.2.2 Legitiem doel, passend en noodzakelijk middel / 30
 - 1.3 Aansprakelijkheid ongelijke behandeling werkgever en pensioenuitvoerder / 31
- 2 Procesverloop College voor de Rechten van de Mens / 32

- 2.1 Feiten / 33
- 2.2 Oordeel College / 34
 - 2.2.1 Gelijke gevallen / 34
 - 2.2.2 Direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte / 35
 - 2.2.3 Legitiem doel / 36
 - 2.2.4 Passend middel / 36
 - 2.2.5 Noodzakelijkheid middel / 36
- 2.3 Gewicht oordeel College / 37
- 3 Ervaringen uit de praktijk / 37
 - 3.1 Maximering van de aanspraken kan leiden tot ongelijke behandeling van arbeidsongeschikte deelnemers (aftopping) / 39
 - 3.2 Toename arbeidsongeschiktheid kan leiden tot ongelijke behandeling als niet de juiste pensioengrondslag wordt gehanteerd / 42
 - 3.3 Objectieve rechtvaardiging / 44
- 4 Tips & Tricks bij arbeidsongeschiktheid ter voorkoming van ongelijke behandeling / 44

Pensioen bij slapend dienstverband / 47

- 1 Het ontstaan van een slapend dienstverband / 47
 - 1.1 De transitievergoeding / 47
 - 1.2 Omzeilen van regels over transitievergoeding / 48
 - 1.3 Reparatiewetgeving / 49
 - 1.4 Voordelen van een slapend dienstverband voor werkgevers / 49
 - 1.5 Nadelen van een slapend dienstverband voor werkgevers / 50
- 2 Gevolgen waar werknemers zich tegen verzetten / 50
 - 2.1 Transitievergoeding / 51
 - 2.2 Vakantiedagen / 51
- 3 Beperkingen en mogelijkheden voor pensioen bij slapende dienstverbanden / 52
 - 3.1 De pensioengrondslag / 52
 - 3.1.1 De pensioengrondslag van 35-minners / 53
 - 3.2 De pensioenpremie / 53
 - 3.3 Het recht op informatie / 54
 - 3.4 Keuzes ten aanzien van pensioen / 55
- 4 Conclusies over pensioen bij een slapend dienstverband / 55

- 4.1 Pensioenopbouw en risicodekkingen stoppen direct bij loonsverlaging / 55
- 4.2 Gebrekkige communicatie / 56
- 4.3 Gebrek aan keuzemogelijkheden / 56
- 5 Hoe om te gaan met pensioengevolgen van slapende dienstverbanden / 57
 - 5.1 Bied aan om loonsverlaging door ziekte altijd buiten beschouwing te laten / 57
 - 5.2 Communicatiemomenten uitbreiden / 57
 - 5.3 Keuzemomenten uitbreiden / 58

Stand van zaken convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling / 61

- 1 Situatie voor de inwerkingtreding van het Van Leeuwen-convenant / 61
- 2 De totstandkoming van beide convenanten in vogelvlucht / 62
- 3 Het Van Leeuwen-convenant; wat is er afgesproken? / 64
- 4 Inhoud van het convenant arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling / 64
- 5 Evaluatie van het convenant inzake arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling / 66

Fusie en overname: de gevolgen voor het pensioen van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer; ‘Hosanna’? / 69

- 1 Inleiding / 69
- 2 Fusies en overnames / 70
 - 2.1 De varianten / 70
 - 2.2 Gaat de arbeidsongeschikte werknemer altijd mee over? / 71
- 3 Pensioengevolgen arbeidsongeschikten (algemeen) / 73
 - 3.1 Gevolgen ten aanzien van de uitvoering van de pensioenregeling / 73
 - 3.2 Gevolgen voor werknemer ten aanzien van opgebouwde rechten / 74
 - 3.3 De pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid / 76
- 4 Pensioengevolgen arbeidsongeschikten (meer specifiek) / 76
 - 4.1 Inleiding / 76
 - 4.2 Moment van de overgang / 77
 - 4.3 Fusie of overgang na einde arbeidsovereenkomst / 78

- 4.4 Fusie of overgang tijdens de looptijd van de arbeids-
overeenkomst / 80
- 4.5 Tussenconclusie / 80
- 4.6 Vervreemder heeft geen pensioenregeling, de verkrij-
ger wel / 82
- 4.7 De vervreemder en de verkrijger hebben beiden een
pensioenregeling / 83
- 4.8 Risico's voor de vervreemder en de verkrijger / 84
- 5 Oplossingen: de rol van het Convenant / 89
- 6 Hoshana Na! / 91

Tussen wal en schip, een casestudy / 93

- 1 Inleiding / 93
- 2 De procedure / 98
- 3 Het eindvonnis / 99
- 4 Na het vonnis / 100

Gezond en arbeidsgeschied naar het pensioen ... / 103

- 1 Inleiding / 103
- 2 Duurzame inzetbaarheid – een korte historische context / 104
- 3 Enige juridische aspecten van duurzame inzetbaarheid ... / 106
 - 3.1 De arbeidsvoorwaardelijke component ... / 107
 - 3.2 Afbouwen naar de pensioendatum ... / 108
 - 3.3 Werken in een lager gekwalificeerde functie ... / 108
- 4 Samenvatting / 112

Voorwoord van de voorzitter

Voor u ligt een kersverse publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht. Na het 25-jarig jubileum in 2015 blijft de nog steeds groeiende en bloeiende Vereniging voortgaan op de ingeslagen weg. Naast het organiseren van kwalitatief goede vakbijeenkomsten biedt de Vereniging zo om het jaar een publicatie aan, geschreven door en voor de leden.

Het thema voor dit boek is arbeidsongeschiktheid. Vaak ligt de nadruk bij pensioen op het ouderdomspensioen. Het arbeidsongeschiktheidspensioen lijkt soms een ondergeschoven kindje. Dat is onterecht. Deze bundel vestigt de aandacht op de arbeidsvoorwaarde pensioen bij situaties van arbeidsongeschiktheid.

Niet alleen is de rechtspositie van arbeidsongeschikten belangrijk. Het is een kwetsbare groep. Niet voor niets worden er pensioenvoorzieningen getroffen om het arbeidsongeschiktheidsrisico te verzekeren. Ook de rechten en verplichtingen van de werkgevers en pensioenuitvoerders is een terugkerend thema. Wie wel eens te maken heeft gehad met arbeidsongeschiktheid bij pensioen, weet hoe ingewikkeld het is of in ieder geval hoe ingewikkeld het kan worden. Het is goed dat in deze bundel het thema arbeidsongeschiktheid belicht wordt vanuit verschillende invalshoeken in zeven bijdragen.

Martin Grashoff schrijft een bijdrage over de positie van de arbeidsongeschikte bij een wijziging van het fiscale kader. Hij gaat onder meer in op de fiscale voorschriften voor arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrije voortzetting van ouderdomspensioen tijdens arbeidsongeschiktheid. Naast de (fiscale) uitgewerkte rechtsverhouding komt ook het al dan niet terechte onderscheid tussen verzekeraars en pensioenfondsen bij de fiscale behandeling aan de orde.

Tara Scholma en Tamara Vlamings belichten de positie van het pensioen van arbeidsongeschikte werknemers vanuit de voorschriften voor gelijke behandeling. Zij gaan onder meer in op de vraag wat de status van arbeidsongeschikte betekent voor de pensioenregeling met het oog op de wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte.

Erik Beckers analyseert in zijn bijdrage het fenomeen slapende dienstverbanden: werknemers die in dienst zijn, maar geen arbeid verrichten en geen loon ontvangen. Hij bespreekt de arbeidsrechtelijke achtergronden voor slapende dienstverbanden, zoals de invloed van de transitievergoeding. Daarna waarschuwt hij voor de pensioengevolgen van deze constructie.

Andrea van den Bosch en Tarik Uçar bespreken het convenant dekking arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling. In hun bijdrage schetsen zij de achtergrond en doorontwikkeling van de (inhoud van de) convenanten, waaronder het tegengaan van in- en uitlooprisico's. Zij presenteren ook enkele resterende knelpunten.

Jim Kaldenberg en Cynthia Claessens analyseren wat er gebeurt met het pensioen van arbeidsongeschikte werknemers bij fusie en overname. Zij constateren dat de pensioenrechtelijke positie van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer bij een fusie niet of nauwelijks is geregeld en pleiten voor een convenant hierover.

Onno Blom behandelt in zijn bijdrage een case study uit zijn eigen praktijk. Hij bespreekt een rechtszaak die laat zien hoe iemand die door een chronische ziekte arbeidsongeschikt is geworden maar toch aan het werk wist te blijven, tussen wal en schip kan raken wat zijn pensioen betreft. Kees-Pieter Dekker legt in zijn bijdrage 'Gezond en arbeidsgeschikt naar het pensioen...' de nadruk op het voorkomen van arbeidsongeschiktheid. Hij accentueert dat de verhoging van de pensioenleeftijd vraagt om duurzame inzetbaarheid. Arbeidsvoorwaardelijke en juridische maatregelen moeten ervoor zorgen dat werknemers fit blijven en niet arbeidsongeschikt raken.

Dat is een mooie afsluiting van deze bundel: preventie van arbeidsongeschiktheid waar het kan, en arbeidsongeschiktheidspensioen voor het geval dat noodzakelijk is.

Namens het bestuur bedank ik alle auteurs voor hun bijdrage aan deze bundel.

Een speciaal woord van dank gaat uit naar Albertjan ten Thije, die een grote organisatorische rol heeft vervuld bij de totstandkoming van deze bundel.

Mark Heemskerk,
Breukelen, 25 oktober 2017

De positie van de arbeidsongeschikte bij een wijziging van het fiscale kader

*Mr. M. Grashoff*¹

1 INLEIDING

Door de jaren heen is het fiscale kader in de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) ten aanzien van pensioenregelingen flink versoerd. Als we naar de meest recente wijzigingen kijken, dan heeft de VPL-wetgeving ertoe geleid dat met ingang van 2005 (dan wel 2006 conform overgangsrecht) de opbouw van het (pre)pensioen gericht op een ingangsdatum die lag voor de AOW-leeftijd (toen nog 65) aan banden is gelegd.

Met ingang van 2014 is de pensioenopbouw opnieuw versoerd. De fiscaal maximale opbouwpercentages zijn verlaagd en de fiscale pensioenrichtleeftijd is verhoogd van 65 naar 67 jaar. Met ingang van 1 januari 2015 vond opnieuw een versoering plaats. De fiscaal maximale opbouwpercentages zijn weer verlaagd. Bovendien is de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw met ingang van 2015 ook begrensd tot een salaris van destijds maximaal 100.000 euro.

Met ingang van 2018 vindt er opnieuw een wijziging plaats. De fiscaal maximale opbouwpercentages wijzigen deze keer niet, maar de fiscale pensioenrichtleeftijd wordt verhoogd naar 68 met ingang van 2018.

Voor zover de pensioenregelingen in 2017 niet voldoen aan het fiscale kader van 2018, zullen sociale partners de bestaande pensioenregelingen dan ook uiterlijk per ultimo 2017 in overeenstemming moeten brengen met het gewijzigde fiscale kader.

Van oudsher kennen de meeste pensioenreglementen bepalingen die aan deelnemers die vanuit hun dienstverband (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt

¹ Martin Grashoff is bestuurder van Stichting Pensioenfonds Hewitt Nederland en werkzaam als pensioenjurist bij Aon Hewitt. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

worden (gedeeltelijke) voortgezette pensioenopbouw toekennen. Dit staat ook wel bekend als premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. De voortgezette pensioenopbouw is dan afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid die normaliter na twee jaar ziekte (de zogenoemde wachttijd) door het UWV wordt vastgesteld. De toekenning van voortgezette pensioenopbouw vloeit voort uit de gedachte dat mensen die arbeidsongeschikt raken, beschermd dienen te worden omdat ze door ziekte niet meer, of deels niet meer, in het arbeidsproces betrokken zijn. De premievrije voortzetting van de pensioenopbouw gaat dan in vanaf het moment dat er voor de betrokkene een UWV-beschikking is afgegeven waaruit de mate van arbeidsongeschiktheid blijkt.

De vraag is in hoeverre fiscale wetwijzigingen moeten doorwerken in de premievrije pensioenopbouw van arbeidsongeschikten. Dient de voortgezette pensioenopbouw van de arbeidsongeschikten altijd aangepast te worden aan wijzigingen van het fiscale kader? Of hoeft (of mag) dit juist niet? De regelgeving omtrent dit onderwerp blijkt weerbarstig, evenals de praktijk. In dit artikel ga ik daar nader op in.

Allereerst geef ik aan hoe de positie van arbeidsongeschikten vaak wordt beleefd in de praktijk. Daarna ga ik kort in op het civiele kader en wat uitgebreider op het fiscale kader. Vervolgens worden enige ervaringen met de Belastingdienst geschetst. Ook ga ik in op een aantal discussies die in het parlement hebben plaatsgevonden. Ik sluit af met een conclusie.

Ter volledigheid meld ik dat de fiscale wetgeving inzake pensioenen aan pensioenfondsen overigens geen verbod oplegt tot het streven naar bepaalde eindresultaten of het hanteren van bepaalde opbouwpercentages. De Wet LB 1964 stelt uitsluitend grenzen aan datgene wat door de wetgever voor fiscale facilitering in aanmerking wordt gebracht. In nagenoeg alle pensioenreglementen zijn bepalingen opgenomen die de strekking hebben dat de pensioenregelingen altijd dienen te voldoen aan het fiscale kader. Sociale partners én pensioenuitvoerders conformeren zich in het algemeen aan de (gewijzigde) fiscale spelregels, omdat anders de zogenoemde 'omkeerregel' gevaar loopt en het risico wordt gelopen dat de gehele pensioenregeling fiscaal 'onzuiver' wordt.

WIJZIGING PENSIOENREGELING VOOR ARBEIDSONGESCHIKTEN

De inhoud van de pensioenovereenkomst wordt bepaald door de sociale partners. Arbeidsongeschikten worden in de praktijk hierbij nogal eens over het hoofd gezien. Deze arbeidsongeschikten zijn veelal niet meer werkzaam bij de werkgever, en daardoor ook minder zichtbaar. Ook een ondernemingsraad die vaak betrokken is bij het wijzigingsproces van de pensioenovereenkomst heeft de positie van de arbeidsongeschikten niet altijd op het netvlies. De ondernemingsraad zal met name gefocust zijn op de belangen van de zittende werknemers, en niet op die van de arbeidsongeschikten of andere gewezen werknemers met pensioenaanspraken.

De veronderstelling die leeft bij de sociale partners en de ondernemingsraad is heel vaak dat deze arbeidsongeschikten gewoon pensioen blijven opbouwen conform de pensioenregeling die gold ten tijde van het arbeidsongeschikt worden. Ook om die reden krijgen arbeidsongeschikten weinig aandacht van sociale partners en ondernemingsraden. Voor die groep wordt al goed gezorgd. Voortgezette pensioenopbouw ten behoeve van arbeidsongeschikten op basis van de regeling die gold op het moment van ontstaan van de arbeidsongeschiktheid is ook vaak gebruikelijk in de praktijk.

Zo zijn er nu nog steeds oude actieve pensioenregelingen, ook van voor de VPL, waarin louter arbeidsongeschikten deelnemen. Deze arbeidsongeschikten verwerven dan pensioenaanspraken op basis van opbouwpercentages, pensioenrichtleeftijden en soms ook hoge pensioengrondslagen (100k+) die niet meer stroken met de huidige, door de fiscale wetwijzigingen sterk versoberde pensioenregelingen van actieve werknemers.

Los van de vraag wat de juridische positie is van de arbeidsongeschikten met premievrije pensioenopbouw, kun je je natuurlijk afvragen of het rechtvaardig is dat arbeidsongeschikten nog steeds pensioen verwerven volgens oude goudgerande regelingen, terwijl de zittende werknemers het met een veel mindere pensioenregeling moeten doen.

CIVIELRECHTELIJK KADER

Civielrechtelijk is er eigenlijk maar heel weinig geregeld over de pensioenverwerving van arbeidsongeschikten. Sowieso geeft de Pensioenwet zelf geen maxima ten aanzien van de pensioenopbouw. De beperkingen zijn vastgelegd in de fiscale wetgeving.

In art. 54 PW is opgenomen dat een deelnemer die gewezen deelnemer wordt de mogelijkheid heeft, mits de pensioenuitvoerder dat aanbiedt, om de pensioenverwerving vrijwillig voort te zetten in geval van arbeidsongeschiktheid voor een maximale periode van de duur van de arbeidsongeschiktheid.

Deze wettelijke bepaling is eigenlijk bedoeld voor werknemers die na uitdiensttreding de pensioenopbouw voor eigen rekening willen voortzetten, en lijkt dus niet relevant voor de arbeidsongeschikten die op grond van de pensioenovereenkomst aanspraak kunnen maken op premievrije voortzetting. Uit de Pensioenwet en de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet blijkt wel dat het mogelijk is dat arbeidsongeschikten aanspraak kunnen maken op premievrije voortzetting wegens arbeidsongeschiktheid. Een arbeidsongeschikte deelnemer kan ook een 'gewezen werknemer' zijn. Ter illustratie een citaat uit de memorie van toelichting bij de Pensioenwet:

'Het is echter mogelijk dat er nog pensioenverwerving plaats vindt, terwijl de dienstbetrekking inmiddels is beëindigd. In dat geval is er sprake van een gewezen werknemer die tevens deelnemer is. De relatie tussen de werkgever en de werknemer is dan beëindigd, maar voor de pensioenuitvoerder is de betrokkene dan nog wel deelnemer. Hierbij moet vooral gedacht worden aan de situaties waarin sprake is van VUT, arbeidsongeschiktheid of een vrijwillige voortzetting.'²

4 FISCAAL KADER

Fiscaal gezien is het toegestaan dat arbeidsongeschikten die uit dienst zijn bij de werkgever pensioen blijven verwerven. Perioden waarin aansluitend aan de dienstbetrekking na onvrijwillig ontslag loongerelateerde uitkeringen worden ontvangen, worden fiscaal als diensttijd aangemerkt ingevolge art. 10a, lid 1, onderdeel c, Uitv.besl. LB 1965. Het ontvangen van een arbeidsongeschiktheidspensioen, in de praktijk een WIA-uitkering, is een voorbeeld van zo'n loongerelateerde uitkering.

Het fiscale kader lijkt verder helder wat betreft de positie van arbeidsongeschikten met premievrije pensioenopbouw ingeval fiscale kaders wijzigen. Uit de Wet LB 1964 kan worden afgeleid dat aanpassing aan het fiscale kader ook dient te gelden voor arbeidsongeschikten die uit hoofde van hun arbeidsongeschiktheid pensioen verwerven. De Wet LB 1964 bevat

2 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 165.

geen uitzondering voor pensioenverwervende arbeidsongeschikten. Er is ook geen specifiek overgangsrecht geformuleerd voor arbeidsongeschikten. Het is dan ook op het eerste gezicht vreemd dat in de praktijk arbeidsongeschikten veelal blijven deelnemen in de regeling die gold op het moment van arbeidsongeschikt worden en dat fiscale wetswijzigingen dus aan hen voorbijgaan.

Art. 19d Wet LB 1964 geeft de minister van Financiën (in overeenstemming met de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) de mogelijkheid om een pensioenregeling die niet op alle punten binnen de fiscale kaders past, als een fiscaal zuivere pensioenregeling aan te wijzen. Hiermee wordt bereikt dat zo'n pensioenregeling toch kwalificeert als een pensioenregeling die binnen de fiscale kaders valt. Hierbij moet het een pensioenregeling betreffen die op bepaalde onderdelen niet meer dan in geringe mate afwijkt van het fiscale kader, mits het belang van de afwijkingen niet uitgaat boven het belang van de marges op andere onderdelen. Van deze bevoegdheid wordt regelmatig gebruikgemaakt. Ten tijde van voorgaande grootschalige fiscale wetswijzigingen zijn er dan ook in verschillende fiscale besluiten aanwijzingen opgenomen die voortgezette opbouw van arbeidsongeschikten faciliteerden conform het vóór de fiscale wetswijziging geldende fiscale kader.

Het gaat hierbij om de volgende fiscale besluiten:

- besluit van 9 januari 2004 (nr. CPP2003/1821M), (ziet op Witteveen);
- besluit van 11 oktober 2006 (nr. CPP2006/1977M), (ziet op VPL);
- besluit van 9 september 2010, nr. DGB2010/2733M (betreft een actualisering van de voorgaande besluiten);
- besluit van 20 december 2013, nr. BLKB2013/2199, (ziet op de Wet VAP);
- besluit van 23 juni 2014, nr. BLKB2014/0351M (betreft herziening van het besluit van 20 december 2013);
- besluit van 23 september 2014, nr. BLKB2014/1702M (ziet net als de voorgaande twee besluiten op de Wet VAP, treedt in werking per 1 januari 2015 ter vervanging van het besluit van 23 juni 2014);
- besluit van 6 november 2015, nr. BLKB2015/830M (betreft aanwijzing als gevolg van de Wet Witteveen 2015).

Met de inwerkingtreding van een besluit verviel het voorgaande besluit, zodat op dit moment het besluit van 6 november 2015 geldend is.

In de eerstgenoemde vier beleidsbesluiten waren tegemoetkomingen opgenomen die golden voor verzekeraars. In de praktijk was de veronder-

stelling echter dat de tegemoetkoming ook gold voor pensioenfondsen. Het is echter de vraag of dat een juiste conclusie was.

De algemene hoofdlijn van die besluiten was dat bij wijziging van de fiscale regels bestaande pensioenregelingen moeten worden aangepast aan die gewijzigde regels, ook voor de arbeidsongeschikten. Aanpassing mocht echter, onder nader in de besluiten genoemde voorwaarden, achterwege blijven indien het recht op premievrije pensioenopbouw wegens arbeidsongeschiktheid geformuleerd was als een civielrechtelijk definitief recht op voortzetting van vaststaande premiebedragen voor pensioenopbouw voor rekening van de verzekeraar. Dit betekent dat in de gevallen waarin de premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid al was ingegaan, de verplichtingen van de verzekeraar en de rechten van de arbeidsongeschikte werknemer vaststonden. In die gevallen kon aanpassing van de pensioenregeling voor arbeidsongeschikten tot aanzienlijke bezwaren voor de uitvoeringspraktijk leiden.

5 **ONDERSCHIED VERZEKERAARS EN PENSIOENFONDSEN**

Het is opvallend dat uit (latere) discussies in het parlement afgeleid kan worden dat de fiscale besluiten uitsluitend op rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen van toepassing waren en dus niet op pensioenfondsen. Impliciet was premievrije voortzetting bij pensioenfondsen, zonder aanpassing aan later gewijzigde fiscale kaders, dus kennelijk nimmer mogelijk, hoewel dat wel vaak praktijk was en ook gebaseerd zou kunnen worden op de tekst van de besluiten. Je zou onder ‘verzekeraar’ in die besluiten ook ‘pensioenfondsen’ kunnen verstaan. Immers pensioenfondsen zijn ingevolge art. 19a Wet LB 1964 ook te kwalificeren als verzekeraars. Bovendien is er geen goede reden te bedenken waarom je deelnemers met exact dezelfde regeling verschillend zou moeten behandelen al naargelang zij deelnemen in een regeling die is ondergebracht bij een pensioenfonds of bij een verzekeraar. Zie hierna ter illustratie een weergave van een deel van art. 19a Wet LB 1964. Het eerste lid, onderdeel a verwijst naar pensioenfondsen. Het eerste lid, onderdeel b verwijst naar verzekeraars.

‘Artikel 19a

1. Als verzekeraar van een pensioen als bedoeld in artikel 18 kan optreden:

a. een lichaam dat ingevolge artikel 5, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vrijgesteld van die belasting of dat een algemeen pensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet is;

b. een verzekeraar als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, mits deze de pensioenverplichting voor de heffing van de vennootschapsbelasting rekent tot het binnenlandse ondernemingsvermogen;’

In de wetsgeschiedenis van de ‘Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet’ is aan de orde gekomen dat de uitzondering die is gemaakt voor rechtstreeks verzekerde regelingen ook van toepassing kan zijn op pensioenfondsen en dat dientengevolge het (toen geldende) beleidsbesluit van 11 oktober 2006 ook op die specifieke pensioenfondsen van toepassing kan zijn. Gezegd is dat een pensioenfonds dan moet kunnen aantonen dat een wijziging van de pensioenregeling ten opzichte van arbeidsongeschikten, behoudens ingeval de betrokken arbeidsongeschikte daar zelf mee zou instemmen, onmogelijk zou zijn op grond van de pensioentoezegging die in het verleden aan arbeidsongeschikte deelnemers is gedaan.³

Het ‘onderscheid’ tussen de positie van verzekeraars en die van pensioenfondsen werd door de regering verdedigd op grond van verzekeringstechnische argumenten. Bij een verzekeraar is het arbeidsongeschiktheidsrisico verzekerd door middel van een risicopremie. Dit betekent dat als het risico zich verwezenlijkt, er voor de deelnemer een recht op voortzetting van de betaling van vooraf vaststaande premiebedragen is voor de pensioenopbouw en dit niet zonder instemming kan worden gewijzigd. Bij pensioenfondsen is de financieringsmethodiek anders. Financiering van de pensioenopbouw van arbeidsongeschikten wordt door middel van een doorsneepremie jaarlijks gefinancierd, vergelijkbaar met actieven, aldus de regering. Het is de vraag of deze argumenten hout snijden. Mijns inziens niet.

Financiering via een doorsneepremie zou immers betekenen dat de premievrijstelling bij wegvallen van de aangesloten onderneming(en) zou moeten eindigen, aangezien geen premies meer ontvangen worden. Daarnaast wordt ook bij pensioenfondsen via de (doorsnee)premie een

3 Kamerstukken I, 2006-2007, 30 655, C.

risicopremie ontvangen die bedoeld is ter financiering van de schades die in het betreffende jaar ontstaan. De schade is hierbij gelijk aan de contante waarde van de volledige pensioenopbouw over alle toekomstige dienstjaren tot de pensioenrichtdatum.

Naar mijn mening behandelt de regering pensioenfondsen en verzekeraars op dit punt onterecht ongelijk.

Opvallend is dat de geschetste parlementaire passage inzake pensioenfondsen niet is verwerkt in de fiscale besluiten van latere datum, te weten de besluiten van 9 september 2010 en 20 december 2013. Pas in het besluit van 23 juni 2014 en de latere besluiten wordt expliciet ingegaan op de positie van pensioenfondsen.

Qua doel en strekking lijken alle besluiten erg op elkaar. De teksten in de besluiten van 23 juni 2014 en 23 september 2014 betreffende de aanwijzing van bepaalde pensioenregelingen waarbij de vrijstelling bij arbeidsongeschiktheid al is ingegaan, zijn identiek. In de tekst van het besluit van 2015 zijn echter een paar opvallende wijzigingen aangebracht. De besluiten en hoe ze zich ten opzichte van elkaar verhouden, licht ik hierna toe.

6 **BESLUITEN VAN 23 JUNI 2014 EN 23 SEPTEMBER 2014**

In deze besluiten wordt (opnieuw) geschetst dat bij wijziging van het fiscale kader als hoofdregel geldt dat bestaande pensioenregelingen worden aangepast en dat dit ook geldt voor pensioenregelingen waarbij de premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid al is ingegaan.

Gesteld wordt dat wijziging echter lastig is voor die gevallen waarin de premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid al is ingegaan en de verplichtingen van de verzekeraar en de rechten van de arbeidsongeschikte vaststaan. Dat zou volgens de besluiten met name het geval zijn als het recht op premievrije voortzetting wegens arbeidsongeschiktheid is geformuleerd als een recht op voortzetting van de betaling van de overeengekomen premiebedragen voor pensioenopbouw voor rekening van de verzekeraar. De besluiten geven aan dat het gaat om een situatie waarin het recht op een voorgezette pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid civielrechtelijk definitief is geworden op het moment dat de premievrijstelling is ingegaan. Volgens de besluiten doet deze situatie zich met name bij verzekeraars voor, als de polisvoorwaarden van het verzekerde risico, de premievrijstelling van voorgezette pensioenopbouw bij arbeidsonge-

schiktheid, niet meer zonder instemming van alle betrokken partijen gewijzigd kunnen worden nadat dit risico is ingetreden. Vervolgens wordt aangegeven dat deze situatie zich in uitzonderlijke gevallen ook kan voordoen in door pensioenfondsen uitgevoerde (pre)pensioenregelingen; het moet dan gaan om de situatie dat het voor het pensioenfondsen op grond van de pensioentoezegging die in het verleden is gedaan aan arbeidsongeschikte deelnemers, onmogelijk is om deze toezegging aan te passen.

Vervolgens worden vier randvoorwaarden genoemd:

‘1. Onderdeel van de pensioenregeling is een met een verzekeringsmaatschappij overeengekomen verzekeringsovereenkomst die bij arbeidsongeschiktheid voorziet in een recht op voortzetting van de betaling van overeengekomen premiebedragen voor pensioenopbouw voor rekening van de verzekeringsmaatschappij. De premies komen dan voor rekening van deze pensioenverzekeraar.

2. Afgezien van een eventuele indexatie staat de omvang van de premievrijstelling vast op de datum waarop de periode van premievrijstelling ingaat.

3. Een eventueel overeengekomen indexatie van de vrijgestelde premies vindt plaats volgens een gebruikelijke, fiscaal aanvaardbare, loon- of prijsindex.

4. Bij een latere verlaging van de mate van arbeidsongeschiktheid geldt de aanwijzing alleen voor de in samenhang daarmee te verlagen opbouw van pensioenrechten met de bijbehorende premievrijstelling. Wellicht ten overvloede merk ik op dat bij een latere verhoging van de mate van arbeidsongeschiktheid de premievrije pensioenopbouw die samenhangt met de verhoging van de premievrijstelling moet voldoen aan de fiscale regels zoals die luiden ten tijde van die verhoging.’

Afgesloten wordt met een passage die weer ingaat op de positie van pensioenfondsen. De passage luidt als volgt:

‘In door pensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen wordt de premievrije voortzetting van pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid doorgaans gebaseerd op het pensioenreglement. Wijzigingen in het pensioenreglement, bijvoorbeeld na een wijziging van de fiscale

regels, zijn dan automatisch ook van toepassing voor de premievrij voortgezette pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid. In die situatie is de aanwijzing dus niet van toepassing. Als pensioenfondsen echter kunnen aantonen dat de regeling voor de premievrije voortzetting van pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid volledig voldoet aan hiervoor aan de aanwijzing gestelde voorwaarden en sprake is van een definitief uitgewerkte rechtsverhouding, kan de aanwijzing ook voor die pensioenfondsen van toepassing worden verklaard.’

Wat betekent deze passage als we haar nader onder de loep nemen?

Gesuggereerd wordt dat het bijna altijd regel is dat wijzigingen in het pensioenreglement van een pensioenfonds ook gelden voor arbeidsongeschikten. Naar mijn ervaring is dat in de praktijk zeker niet zo. Uit de passage kun je ook afleiden dat er dus gevallen kunnen zijn waarin reglementswijzigingen niet gelden voor arbeidsongeschikten. In die gevallen kan de aanwijzing toepassing vinden, mits:

- a. aan de geschetste vier voorwaarden wordt voldaan, en
- b. er sprake is van een definitief uitgewerkte rechtsverhouding.

Met name de eerste van de vier voorwaarden roept voor pensioenfondsen onduidelijkheid op: Moet er sprake zijn van een verzekering door het pensioenfonds bij een verzekeraar van het arbeidsongeschiktheidsrisico? Wat zou het nut zijn van zo'n eis voor pensioenfondsen? Je creëert hiermee een verschil tussen verzekerde fondsen en fondsen die hun arbeidsongeschiktheidsrisico in eigen beheer hebben. Waarom zou een verschil in financieringswijze van invloed zijn op de pensioentoezegging aan arbeidsongeschikten? Of kan deze voorwaarde eenvoudiger worden geïnterpreteerd in die zin dat voor ‘verzekeringsmaatschappij’ en ‘pensioenverzekeraar’ pensioenfonds mag worden gelezen?

Deze besluiten geven geen duidelijkheid ten aanzien van deze vragen.

7 **BESLUIT VAN 6 NOVEMBER 2015**

Het besluit uit 2015 kent een paar subtiele wijzigingen ten opzichte van het eerdere besluit en gaat ook explicieter in op de eerste randvoorwaarde zoals hiervoor genoemd. De positie van pensioenfondsen wordt aanzienlijk korter beschreven:

‘In door pensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen wordt de premievrije voortzetting van pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid doorgaans gebaseerd op het pensioenreglement. Wijzigingen in het pensioenreglement, bijvoorbeeld na een wijziging van de fiscale regels, zijn dan automatisch ook van toepassing voor de premievrij voortgezette pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid. In die situatie is de aanwijzing dus niet van toepassing. Indien het pensioenfonds de voortzetting van pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid heeft ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij zoals onder voorwaarde 1 beschreven en ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan kan de aanwijzing wel worden toegepast.’

Opvallend is dat ten opzichte van het voorgaande besluit de passage over de ‘definitief uitgewerkte rechtsverhouding’ is geschrapt. Dit wordt verder niet gemotiveerd. Ik kan me voorstellen dat dit is ingegeven door jurisprudentie waarin is uitgemaakt dat er wat betreft een pensioenregeling eigenlijk geen sprake kan zijn van een definitief uitgewerkte rechtsverhouding, ook niet na beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze jurisprudentie ging echter vooral over vraagstukken op het gebied van wijziging van toeslagregelingen, bovendien nog ten tijde van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Dat is toch wel fundamenteel iets anders dan een wijziging van de opbouwpercentages zelf.

Daarnaast is opvallend dat er kennelijk sprake dient te zijn van onderbrenging bij een verzekeringsmaatschappij zoals onder voorwaarde 1 is beschreven. ‘Overdracht’ aan of ‘onderbrenging’ bij een verzekeraar betekent dat er sprake is van een overeenkomst waarbij het pensioenfonds het risico direct verzekert bij een verzekeraar; het pensioenfonds draagt het risico dus niet meer zelf. De verzekerden hebben in die situatie een rechtstreeks recht op uitkering tegenover de verzekeraar. Bij ‘(her)verzekeren’ blijft het risico bij het fonds en heeft het fonds tegenover de verzekeraar recht op een uitkering. De verzekerden hebben in die situatie een rechtstreeks recht op uitkering jegens het fonds.

In die zin is ook interessant dat randvoorwaarde 1 tekstueel iets is aangepast ten opzichte van de voorgaande versie:

‘1. Onderdeel van de pensioenregeling is een met een verzekeringsmaatschappij overeengekomen (her)verzekeringsovereenkomst die bij arbeidsongeschiktheid voorziet in een rechtstreeks op de verzekeraar vorderbaar recht van de arbeidsongeschikte (ex)werknemer op voort-

zetting van de betaling van overeengekomen premiebedragen voor pensioenopbouw voor rekening van de verzekeringsmaatschappij.’

De term ‘(her)verzekeringsovereenkomst’ in combinatie met een ‘rechtstreeks op de verzekeraar vorderbaar recht van de arbeidsongeschikte (ex) werknemer, komt hier wat vreemd over, gezien het hiervoor besproken onderscheid tussen ‘(her)verzekeren’ en ‘overdragen’. De eerste randvoorwaarde is wat mij betreft nog steeds onzorgvuldig geformuleerd.

8 PRAKTIJK

In 2014, nog onder de werking van de besluiten van 23 juni dan wel 23 september, is door mij en collega's contact gezocht met de Belastingdienst over de kwestie ten aanzien van de te volgen interpretatie van de aanwijzing voor pensioenfondsen. Ook hebben we verschillende regelingen van pensioenfondsen voorgelegd. Het ging hier om ondernemingsfondsen die de positie van arbeidsongeschikten niet ter discussie wilden stellen en waar reglementair bepaald was, en ook door sociale partners beoogd, dat de arbeidsongeschikten de mate van pensioenopbouw behielden conform het ten tijde van het arbeidsongeschikt worden van toepassing zijnde pensioenreglement. Voor eventuele nieuwe gevallen waren de pensioenfondsen en sociale partners overigens wel bereid om dan ook premievrijgesteld mee te nemen in fiscale wijzigingen.

Naar verwachting stelde de Belastingdienst zich op het standpunt dat bij pensioenfondsen niet snel sprake zal zijn van een uitgewerkte rechtsverhouding. Indien een pensioenfonds echter kon aantonen dat er sprake was van een civielrechtelijk definitieve toezegging, konden ook de pensioenfondsen een beroep doen op de aanwijzing. De ervaring is wel dat de Belastingdienst zich niet gemakkelijk laat overtuigen. Gebleken is ook dat er geen sprake lijkt te zijn van een eenduidig beleid bij de Belastingdienst.

Volgens een van de door ons vernomen interpretaties van de Belastingdienst zou om te voldoen aan het fiscale besluit in dat geval de toezegging aan de arbeidsongeschikten moeten zijn (her)verzekerd (conform voorwaarde 1 van het besluit), zodat de arbeidsongeschikte rechten heeft jegens de herverzekeraar. Op die wijze kan aan voorwaarde 1 van het besluit worden voldaan, volgens de Belastingdienst. Zoals eerder aangegeven is het de vraag of een dergelijke voorwaarde legitiem is. De aanspraakge-

rechtigde heeft immers ook bij (her)verzekering gewoon een aanspraak op het pensioenfonds en niet op de herverzekeraar.

Anderzijds kennen wij een concreet geval waar de Belastingdienst de eis van de herverzekering bij een verzekeringsmaatschappij niet heeft genoemd; in dat geval werd veel waarde gehecht aan de formuleringen in het pensioenreglement. Blijkbaar is enige interpretatieruimte bij de fiscus aanwezig, hetgeen natuurlijk ook te prijzen valt. Gevallen die oppervlakkig gezien op elkaar lijken, kunnen in de details net iets anders zijn vormgegeven.

Verder is gebleken dat volgens de Belastingdienst de discussie rondom de positie van pensioenfondsen die pensioenopbouw van arbeidsongeschikten uitvoeren, pas goed duidelijk is geworden bij de parlementaire behandeling van de Pensioenwet en dat men daarom bereid was om toe te staan dat alle per 31 december 2006 toegekende premievrijstellingen kunnen worden gecontinueerd. Voor de nadien toegekende premievrijstellingen achtte men aanpassing aan de nieuwe wet- en regelgeving wel noodzakelijk.

Dit standpunt is echter nimmer in een beleidsbesluit verwoord. Het zou in ieder geval duidelijkheid scheppen voor de positie van arbeidsongeschikten van wie de premievrijstelling bij een pensioenfonds vóór de VPL-wetgeving is ingegaan.

9 **ONDERSCHIED VERZEKERAARS EN PENSIOENFONDSEN IS NIET JUIST**

In de vorige paragrafen is de werking van de fiscale besluiten beschreven. Gebleken is dat er een onderscheid bestaat tussen verzekeraars en pensioenfondsen. In de praktijk zie ik dat premievrije opbouw wegens arbeidsongeschiktheid in verzekerde regelingen gewoon voortgezet wordt conform de fiscale regels die golden ten tijde van het arbeidsongeslacht worden. Bij pensioenfondsen is dat tegenwoordig geen automatisme meer. Er zijn inmiddels fondsen die ook duidelijk reglementair hebben geregeld, mede ingegeven door de geschetste fiscale besluiten, dat reglementswijzigingen ook gelden voor arbeidsongeschikten.

Naar mijn mening is echter moeilijk te verkopen dat arbeidsongeschikten in de praktijk bij pensioenfondsen slechter af zijn dan bij verzekeraars.

Verdedigd kan worden op grond van discussies in het parlement ten tijde van de VPL-wetgeving dat dit onderscheid tussen pensioenfondsen en verzekeraars eigenlijk niet zou mogen bestaan.

Ten tijde van de VPL-regelgeving is in het parlement vrij uitvoerig stilgestaan bij de positie van arbeidsongeschikten met premievrije pensioenopbouw. Het leek aanvankelijk de bedoeling dat de regering voornemens was dat alle pensioenuitvoerders zich ook voor arbeidsongeschikten zouden moeten gaan conformeren aan fiscale wetwijzigingen. Hiertegen kwam veel verzet, waar de regering uiteindelijk gehoor aan leek te willen geven.

De toenmalige staatssecretaris van Financiën heeft onder meer de volgende uitspraken gedaan in een discussie met het toenmalige CDA-lid van de Eerste Kamer mevrouw Vedder-Wubben:⁴

‘Staatssecretaris **Wijn**: (...) De invalshoek van mevrouw Vedder is: er zijn pensioenregelingen die premievrij worden voortgezet bij arbeidsongeschiktheid, er komt een herziening in het kader van VUT en prepensioen/levensloop en dan moet men niet alle bestaande dingen gaan aanpassen, want dat geeft veel uitvoeringsgedoe. Daarvan zeggen wij: akkoord, die hoeven niet te worden aangepast aan het nieuwe Vpl-kader. Wij laten de praktijk dus zoals die is. Dat doen wij via een beleidsbesluit dat in zijn bewoordingen ontzettend zal lijken op de regeling die destijds is gekozen bij de invoering van het Witteveen-kader. Echter, op het moment dat in een pensioenregeling bijvoorbeeld de opbouw-mogelijkheden worden verruimd onder optrekking van de richtlijn van 62 naar 65, moet men dit in één keer meepakken bij de verandering van de regeling. Immers, dan vervalt de praktische argumentatie dat men niet al die regelingen kan aanpassen. Kortom, op het moment dat het praktisch mogelijk blijkt om de regeling aan te passen, moet het nieuwe Vpl-kader er ook in één keer in worden meegenomen. Wij doen dan dus precies wat bij Witteveen is gedaan. Er is dan ook geen enkele reden meer om te zeggen: het hoeft niet te worden aangepast.

Mevrouw **Vedder-Wubben** (CDA): Begrijp ik het goed dat een pensioenregeling ook Vpl-proof voor de arbeidsongeschikten moet worden gemaakt, op het moment dat de regeling wordt aangepast en deze aanpassing ook voor arbeidsongeschikten geldt?

4 Kamerstukken I, 2005-2006, 30 330, Handelingen 13-617.

Staatssecretaris Wijn: Ja.

Mevrouw **Vedder-Wubben** (CDA): En als de pensioenregeling wordt aangepast, maar de regeling voor de arbeidsongeschikten niet, dan mag de regeling voor de arbeidsongeschikten blijven zoals die was vóór de Wet Vpl?

Staatssecretaris Wijn: Ja.

Mevrouw **Vedder-Wubben** (CDA): Prima, bedankt.

Staatssecretaris Wijn: Wij pakken zo inderdaad de praktische invalshoek.'

Alhoewel in de discussie wel wordt verwezen naar het geldende fiscale besluit uit 2004 is er in de discussie nergens een onderscheid te ontdekken in de posities van verzekeraars en pensioenfondsen. Dat suggereert ook dat dit onderscheid er helemaal niet is en dat dit ook niet gemaakt wordt in het desbetreffende fiscale besluit. Het zou ook vreemd zijn naar deelnemers toe om dat onderscheid te maken. Juridisch is het bovendien ook verklaarbaar, omdat het begrip 'verzekeraar' in art. 19a Wet LB 1964 gebruikt wordt als verzamelnaam voor toegestane fiscale pensioenuitvoerders, waaronder verzekeraars en pensioenfondsen, zoals ik eerder heb aangegeven.

De uitkomst van discussie tussen de heer Wijn en mevrouw Vedder-Wubben werd nadien ook nog eens verduidelijkt in een brief van 24 januari 2006 van de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de heer De Geus.

'Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel aanvullend overgangsrecht fiscale behandeling pensioen in de Eerste Kamer heeft de staatssecretaris van Financiën aangegeven met betrekking tot dit punt een beleidsbesluit te zullen uitbrengen. In dat beleidsbesluit zal worden bepaald dat de opbouw van pensioenaanspraken die reeds premievrij wordt voortgezet wegens arbeidsongeschiktheid, niet aangepast hoeft te worden aan het als gevolg van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling van kracht zijnde nieuwe fiscale pensioen kader, tenzij de premievrije pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid om andere redenen alsnog gewijzigd wordt.'

Ook in deze brief van de minister wordt geen enkel onderscheid tussen verzekeraars en pensioenfondsen beoogd.

Het vreemde is dat deze discussie in de parlementaire behandeling niet heeft geleid tot een juiste uitvoering van de uitkomst van de discussie. Ook werd er in de latere behandeling van de Pensioenwet een, in mijn ogen onterecht, onderscheid gecreëerd tussen verzekeraars en pensioenfondsen. Dit onderscheid werd onder meer op grond van, naar mijn mening onjuiste, technische argumenten verdedigd.

10 CONCLUSIE

Onlangs kwam in het nieuws dat het aantal arbeidsongeschikten sinds de verhoging van de pensioenrichtleeftijd van 65 naar 67 weer aan het toenemen is. Pensioenfonds Metaal en Techniek signaleerde zelfs een verdubbeling in zijn bestand. Ook het Pensioenfonds Zorg en Welzijn ziet een toename van 20%. Dit zal in de praktijk betekenen dat er ook vaker een beroep zal worden gedaan op premievrije voortzetting van de pensioenopbouw in verband met arbeidsongeschiktheid.

Op grond van het fiscale besluit van 2015 dient de pensioenopbouw bij fiscale wetswijzigingen ook voor arbeidsongeschikten te worden aangepast. Verzekeraars kunnen echter in bijna alle gevallen een beroep doen op de aanwijzing die in het besluit is geschetst. Voor pensioenfondsen zal dit veel moeilijker zijn, als stringent wordt vastgehouden aan de eis dat het risico moet zijn overgedragen aan een verzekeraar. Sociale partners en besturen van pensioenfondsen dienen zich dit goed te realiseren. Ook pensioenfondsen die op grond van eerdere fiscale besluiten wel besloten hebben tot voortzetting van de reeds bestaande opbouw van arbeidsongeschikten, kunnen door het nieuwe besluit alsnog 'in overtreding' zijn door de strenge eis die het huidige besluit stelt met betrekking tot herverzekering. Consequentie kan zijn dat de 'omkeerregel' vervalt, hetgeen absoluut niet wenselijk is. Een gang naar de rechter is dan nog de enige optie, mocht overleg met de Belastingdienst geen bevredigend resultaat bieden. Aanpassing van (de uitleg) van de fiscale besluiten is daarom gewenst.

Ongelijke behandeling bij pensioen als gevolg van arbeidsongeschiktheid

Mr. T. Scholma en mr. T. Vlamings¹

Steeds meer arbeidsongeschikten spreken hun pensioenuitvoerder en/of werkgever aan met claims in verband met ongelijke behandeling bij pensioen als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Dit is niet vreemd. De bepalingen in de pensioenreglementen met betrekking tot arbeidsongeschiktheid zijn immers vaak dusdanig ingewikkeld geformuleerd dat het leidt tot onduidelijkheden en problemen in de uitvoering, hetgeen kan leiden tot ongelijke behandeling. Ook het regelmatig wijzigen van de pensioenreglementen leidt in sommige gevallen voor de arbeidsongeschikte deelnemer tot ongewenste negatieve gevolgen.

Iedereen die zich ongelijk behandeld voelt, vanwege bijvoorbeeld zijn of haar geslacht, leeftijd, godsdienst of handicap, kan een klacht indienen bij het College voor de Rechten van de Mens. Zo ook de arbeidsongeschikte deelnemer aan een pensioenregeling. Dit is in het verleden ook al meerdere malen gebeurd. Zo is bijvoorbeeld aan het College (voor 1 oktober 2012 de Commissie Gelijke Behandeling) de vraag voorgelegd om te onderzoeken of (verboden) onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is gemaakt door de pensioengrondslag in verband met de toegenomen arbeidsongeschiktheid vanaf 24 januari 1997 niet te baseren op de nieuwe pensioenregeling van na 15 april 1991, maar op de oude pensioenregeling van voor 15 april 1991.

In dit hoofdstuk brengen wij het thema ongelijke behandeling bij pensioen als gevolg van arbeidsongeschiktheid onder de aandacht. Wij zullen in dit hoofdstuk eerst het juridisch kader behandelen van ongelijke behandeling bij pensioen door arbeidsongeschiktheid. Dit hoofdstuk bespreekt niet alle discriminatie-/ongelijkebehandelingzaken betreffende pensioen en arbeidsongeschiktheid. Onder andere het convenant inzake het in- en uitlooprisico laten wij in dit hoofdstuk buiten beschouwing. Dit onderwerp wordt in een ander hoofdstuk van deze bundel behandeld. In dit hoofdstuk

¹ Tara Scholma en Tamara Vlamings zijn beiden advocaat bij HVG Law LLP.

beperken wij ons tot onderscheid op grond van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz). Achtereenvolgens bespreken wij het procesverloop bij het College voor de Rechten van de Mens en ervaringen uit de praktijk. Wij sluiten dit hoofdstuk af met een aantal Tips & Tricks bij arbeidsongeschiktheid ter voorkoming van ongelijke behandeling bij pensioen.

1 JURIDISCH KADER ONGELIJKE BEHANDELING BIJ PENSIOEN ALS GEVOLG VAN ARBEIDSONGESCHIKTHEID

In onder meer de Pensioenwet, Awgb, en Wgbh/cz wordt de contractvrijheid van de arbeidsvoorwaarde pensioen beperkt om discriminatie tegen te gaan.

1.1 Algemene wet gelijke behandeling

In art. 1 Awgb is gedefinieerd wat moet worden verstaan onder direct en indirect onderscheid. Onder direct onderscheid wordt verstaan een situatie waarbij een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Onder indirect onderscheid wordt verstaan een situatie waarin een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Nu de Awgb niet specifiek voorziet in onderscheid bij arbeidsongeschiktheid wordt bij arbeidsongeschiktheid vaak aansluiting gezocht bij de Wgbh/cz. Dit zullen wij nader toelichten in de volgende paragraaf.

1.2 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte

In art. 4, aanhef en onderdeel e, in samenhang met art. 1 Wgbh/cz, is bepaald dat onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte verboden is bij de arbeidsvoorwaarden, waaronder de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Wat precies verstaan wordt onder handicap of chronische ziekte is niet gedefinieerd in de Wgbh/cz. De regering vond het bij het opstellen van de Wgbh/cz niet noodzakelijk de termen handicap of chronische ziekte te definiëren.

In de wetsgeschiedenis is het volgende onder art. 1 Wgbh/cz opgenomen:

‘de regering is van mening dat een sluitende definitie van het begrip handicap of chronische ziekte in het kader van een gelijke behandelingswet noodzakelijk noch wenselijk is. Het gaat immers om situationeel bepaalde beperkingen die een handicap of een chronische ziekte met zich mee kunnen brengen en niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon.’²

Het is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval of er sprake is van een handicap of chronische ziekte. Wel heeft het Europese Hof van Justitie in zijn uitspraken een definitie gegeven van handicap of chronische ziekte, die voor de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving van belang is en waaraan getoetst wordt door het College en/of de civiele rechter.

‘Een langdurige beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke, of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkenen kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Een handicap impliceert niet noodzakelijkerwijs volledige uitsluiting van het werk of beroepsleven, maar kan ook meebrengen dat een werknemer zijn arbeid slechts beperkt kan verrichten.’³

In pensioenregelingen komt de term handicap of chronische ziekte niet voor. In pensioenreglementen wordt doorgaans gesproken over arbeidsongeschiktheid. De begrippen handicap en chronische ziekte vallen echter niet samen met het begrip arbeidsongeschiktheid in de zin van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). In de praktijk zal de situatie vaak zo zijn dat dezelfde groep aan kenmerken van zowel als handicap of chronische ziekte als arbeidsongeschiktheid voldoet. Daarom zullen bij een onderscheid op grond van arbeidsongeschiktheid in overwegende

2 Kamerstukken II, 1999-2000, 24 170, nr. 55; Kamerstukken II, 2001-2002, 28 169, nr. 3.

3 Vergelijk HvJ 11 april 2013, zaak C-335/11 (Ring en Werge), JAR 2013/142.

mate personen met een handicap of chronische ziekte worden getroffen en kan er door hen een beroep worden gedaan op de Wgbh/cz.⁴

De Wgbh/cz is zodanig geformuleerd dat zij verplichtingen schept voor eenieder die activiteiten ontplooit die binnen de reikwijdte van de Wgbh/cz vallen.⁵ Het handelen van het pensioenfonds dat uitvoering geeft aan door (organisaties van) werkgevers en werknemers tot stand gebrachte pensioenaanspraken valt hiermee binnen de reikwijdte van de Wgbh/cz.⁶ Daarnaast vallen de activiteiten van de werkgever die de toezegging voor de pensioenregeling doet ook onder de reikwijdte van de Wgbh/cz.

1.2.1 *Direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte*
In art. 1 Wgbh/cz is bepaald dat onderscheid zowel kan bestaan uit direct onderscheid als indirect onderscheid. Er is sprake van direct onderscheid indien een persoon op grond van handicap of chronische ziekte op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Van indirect onderscheid is sprake indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een handicap of chronische ziekte in vergelijking met andere personen bijzonder treft.

1.2.2 *Legitiem doel, passend en noodzakelijk middel*
In art. 3 Wgbh/cz is bepaald dat het verbod op onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte niet geldt indien:

- het onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid;
- het onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte;
- het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

4 Vergelijk CGB 9 december 2011, nr. 2011-187.

5 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 34.

6 Vergelijk onder meer CGB 27 mei 2010, nr. 2010-81, overweging 3.3.

Het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Hierbij moet ook goed worden gekeken naar de bewijslast. Indien er voldoende feiten zijn die het onderscheid doen vermoeden, dan moet de werkgever of pensioenuitvoerder bewijzen dat er geen sprake is van verboden onderscheid. Deze bewijslastverdeling wijkt af van art. 150 Rv.⁷ Deze objectieve rechtvaardigingstoets wordt ook doorlopen door het College in geval een zaak daar wordt beoordeeld.⁸ De drie elementen van de objectieve rechtvaardigingstoets luiden als volgt.

Legitiem doel

Een legitiem doel is een doel dat zwaarwegend is en/of beantwoordt aan een werkelijke behoefte. Ook mag geen sprake zijn van een discriminerend oogmerk. Of het doel legitiem is hangt af van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Passend middel

Het middel om het doel te bereiken moet passend zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken.

Noodzakelijkheid middel

Naast dat het middel passend moet zijn, moet het ook noodzakelijk zijn. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel.

Indien aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

1.3 Aansprakelijkheid ongelijke behandeling werkgever en pensioenuitvoerder

Arbeidsongeschikte deelnemers kunnen in geval van ongelijke behandeling als gevolg van arbeidsongeschiktheid zowel hun pensioenuitvoerder

7 M. Heemskerk, 2015, *Pensioenrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015, p. 331.

8 College voor de Rechten van de Mens, oordeel 2013-40.

als de werkgever aanspreken.⁹ In het Menauer-arrest is het volgende bepaald:

‘beheerders van een bedrijfspensioenregeling, die een beloning zijn in de zin van artikel 119 EG, zijn gehouden het in het artikel neergelegde beginsel van gelijke behandeling te eerbiedigen, ongeacht hun rechtsvorm of de wijze waarop zij aangezien zij uitkeringen moeten betalen die een het beginsel van gelijke behandeling moet worden’¹⁰

Hieruit valt te herleiden dat er geen onderscheid mag worden gemaakt tussen het aanspreken van de werkgever of de pensioenuitvoerder. Beide partijen kunnen verantwoordelijk worden gesteld voor ongelijke behandeling. In de praktijk vraagt/eist de pensioenuitvoerder daarom in sommige gevallen een vrijwaringsverklaring van de werkgever bij twijfel inzake ongelijke behandeling als gevolg van arbeidsongeschiktheid.¹¹

2 PROCESVERLOOP COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

In deze paragraaf bespreken wij een zaak die verzoeker ter beoordeling had voorgelegd aan het College waarbij de vraag centraal staat of er een (verboden) onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte was gemaakt bij het vaststellen van de pensioengrondslag bij toename van arbeidsongeschiktheid. Door middel van deze zaak willen wij het proces bij het College nader toelichten en het juridisch kader verduidelijken. Ook vertoont deze zaak overeenkomsten met de praktijkvoorbeelden die wij verderop in dit hoofdstuk behandelen.

Het College heeft in casu geoordeeld dat er indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is gemaakt door de oude pensioengrondslag (de pensioengrondslag bij eerste aanvang van de arbeidsongeschiktheid) te hanteren bij de toename van de arbeidsongeschiktheid. De feiten en het normenkader die aan dit oordeel ten grondslag hebben gelegen zetten wij hieronder uiteen.

9 HvJ 9 oktober 2001, zaak C-379/99 (Menauer), *PJ* 2001/101; CGB 15 oktober 1996, nr. 1996-86; CGB 12 juli 2004, nr. 2004-90; M. Heemskerk, 2015, *Pensioenrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015, p. 332.

10 HvJ 9 oktober 2001, zaak C-379/99 (Menauer), *PJ* 2001/101.

11 M. Heemskerk, 2015, *Pensioenrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015, p. 333.

2.1 Feiten

In deze zaak (29 maart 2013, oordeel 2013-40) heeft de pensioenregeling van verweerster, een bedrijfstakpensioenfonds dat de pensioenregeling uitvoert voor de sector schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf, diverse wijzigingen ondergaan in de periode waarin verzoeker pensioen heeft opgebouwd.

Zo gold tot 15 april 1991 de Dag Afhankelijke Pensioenregeling (DAP-regeling). Binnen deze regeling werd pensioen opgebouwd op grond van een vast bedrag per gewerkte dag. Pas vanaf 15 april 1991, toen de Loon Afhankelijke Pensioenregeling (LAP-regeling) van kracht werd, vond pensioenopbouw plaats op grond van een zogenoemde middelloonregeling op basis van diensttijd en salaris. De LAP-regeling is met ingang van 1 januari 2006 vervangen door het Pensioenreglement 2006. Ook het Pensioenreglement 2006 was een middelloonregeling.

Bij de overgang van de DAP-regeling naar de LAP-regeling heeft verweerster besloten om voor de toenmalige gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemers, die voor het deel dat zij arbeidsongeschikt waren premievrije voortzetting van de pensioenopbouw genoten, de premievrije voortzetting bij toename van hun arbeidsongeschiktheid te baseren op het minimumpensioenloon van de LAP-regeling. Het minimumpensioenloon werd vastgesteld op € 15.778,39 en werd niet gebaseerd op de hoogte van het daadwerkelijk verdiende loon. Dit bedrag wordt jaarlijks verhoogd met de loonindex.

In 1988 is verzoeker voor 45-55% arbeidsongeschikt geworden vanwege hartproblemen en ontving hij een uitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). Vervolgens is verzoeker geïntegreerd in een functie in dezelfde bedrijfstak van verweerster, waarbij hij in de praktijk 100% werkte in plaats van de mate waarin hij arbeidsongeschikt was. Als gevolg van opnieuw optredende hartproblemen is in 1997 de mate van arbeidsongeschiktheid van verzoeker toegenomen naar 80-100%. Hierdoor had verzoeker met ingang van 22 augustus 1989 recht op premievrije voortzetting van de pensioenopbouw voor 50% en met ingang van 24 januari 1997 voor 100%.

Op pensioendatum kreeg verzoeker een ouderdomspensioen van verweerster dat tot 15 april 1991 gebaseerd was op de pensioengrondslag, zoals die gold direct voorafgaand aan de eerste ziektedag, dat wil zeggen de

pensioengrondslag in 1988. Vanaf 15 april 1991 heeft verweerster de grondslag vastgesteld op een bedrag van € 15.778,39, jaarlijks verhoogd met de loonindex. Verzoeker heeft verweerster gevraagd om het ouderdomspensioen te corrigeren, in die zin dat de pensioenopbouw op grond van premievrije voortzetting op grond van arbeidsongeschiktheid, over de toename van arbeidsongeschiktheid die in 1997 is ontstaan en daarna voortduurde, wordt gebaseerd op de LAP-regeling, dus afhankelijk van de hoogte van zijn loon. Verweerster heeft geweigerd aan het verzoek om correctie van zijn ouderdomspensioen te voldoen.

Ter beoordeling ligt de vraag of verweerster jegens verzoeker (verboden) onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden door zijn pensioengrondslag in verband met de toegenomen arbeidsongeschiktheid vanaf 24 januari 1997, niet te baseren op de pensioenregeling van na 15 april 1991 maar op de pensioenregeling van voor 15 april 1991.

Het College heeft het handelen van verweerster getoetst aan art. 4, aanhef en onderdeel e, Wgbh/cz in samenhang met art. 1 Wgbh/cz.

Het College heeft vastgesteld dat verzoeker verplicht was om deel te nemen aan de pensioenregeling waardoor het bepaalde in de pensioenregeling aan te merken is als een arbeidsvoorwaarde als bedoeld in art. 4, aanhef en onderdeel e, Wgbh/cz. Daarnaast is het College van oordeel dat chronische hartklachten zijn aan te merken als een chronische ziekte, als bedoeld in de Wgbh/cz.¹²

2.2 Oordeel College

2.2.1 *Gelijke gevallen*

Het College overweegt dat de gelijkebehandelingswetgeving inhoudt dat, behoudens uitzonderingen, het maken van onderscheid in gelijke, althans vergelijkbare, gevallen verboden is en dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar gelang de ongelijkheid. Daarmee is niet gezegd dat slechts in identieke gevallen een beroep op de wetgeving gelijke behandeling kan worden gedaan. Juridische gelijkheid impliceert dat er tussen twee of meer gevallen met betrekking tot relevante factoren geen (noemenswaardig) verschil is. Voor zover er tussen gevallen een onderscheid is of wordt gemaakt is dit slechts als onderscheid in de zin

12 Vergelijk College voor de Rechten van de Mens 28 januari 2013, oordeel 2013-7.

van de gelijkebehandelingswetgeving aan te merken als het aan een en dezelfde bron is toe te schrijven.¹³

Het College stelt vast dat verzoeker zich met betrekking tot zijn aanspraken op pensioen vergelijkt met werknemers die op 15 april 1991 volledig arbeidsgeschikt waren en die na 15 april 1991 gedeeltelijk of geheel arbeidsgeschikt zijn geworden. Het College is van oordeel dat sprake is van gelijke gevallen nu niet valt in te zien in welk juridisch relevant opzicht de situatie van verzoeker, voor het percentage dat hij na 15 april 1991 arbeidsgeschikt was, anders zou zijn dan de situatie van de werknemers met wie hij zich vergelijkt. Voor allen geldt immers dat zij werken en pensioenpremie betalen naar rato van wat zij met dit werk verdienen. Het enige verschil tussen verzoeker en de werknemers met wie hij zich vergelijkt is de pensioengrondslag op basis waarvan de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw wordt berekend bij toename van de arbeidsongeschiktheid (bij verzoeker) en bij ontstaan van arbeidsongeschiktheid (bij de werknemers met wie verzoeker zich vergelijkt). Dit verschil vindt zijn oorsprong in het pensioenreglement van verweerster en is dus aan een en dezelfde bron toe te schrijven.¹⁴

Nu het College heeft bepaald dat er sprake is van gelijke gevallen zal het vervolgens beoordelen of verweerster onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt door zijn pensioengrondslag in verband met de toegenomen arbeidsongeschiktheid vanaf 24 januari 1997 niet te baseren op de LAP-regeling, maar op de DAP-regeling.

2.2.2 *Direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte*
Het College oordeelt dat in deze zaak geen sprake is van een direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. De regeling, waarbij in geval van toegenomen arbeidsongeschiktheid de pensioengrondslag direct voorafgaand aan de allereerste ziektedag blijft gelden, is van toepassing op alle werknemers. In dit geval wordt verzoeker niet op een andere wijze behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie.

13 Vergelijk ook HvJ 17 september 2002, zaak C-320/00 (Lawrence t. Regent Office Care Ltd e.a.), *Jur.* 2002, p. I-7325, *JAR* 2002, 262, *SMA* 2003, p. 25 met noot van A.G. Veldman en HvJ 13 januari 2004, zaak C-256/01 (Allonby t. Accrington & Rossendale College), *Jur.* 2003, p. I-873, *JAR* 2004, 70, *NJ* 2005, 48 met noot van M.R. Mok.

14 Vergelijk ook CGB 10 juli 2008, nr. 2008-86.

In casu oordeelt het College dat er indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is gemaakt door de oude pensioengrondslag te hanteren bij toename van arbeidsongeschiktheid. In de praktijk zien wij dat veel arbeidsongeschiktheidsbepalingen personen met een handicap of chronische ziekte bijzonder treffen. Op zich is dat nog geen probleem. Het maken van indirect onderscheid is op grond van art. 3, lid 2, Wgbh/cz namelijk niet verboden indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

2.2.3 *Legitiem doel*

In casu is het doel wat het onderscheid objectief zou moeten rechtvaardigen een inzichtelijk pensioensysteem. Het College is van oordeel dat dit doel legitiem is, aangezien het aan de werkelijke behoefte beantwoord en niet discriminerend is.

2.2.4 *Passend middel*

Het middel dat verweerster in casu hanteert om het doel te bereiken, de pensioengrondslag die gold direct voorafgaand aan de allereerste ziekte-dag, kan volgens het College inderdaad bijdragen aan de instandhouding van een inzichtelijk pensioensysteem. Het College is dan ook van oordeel dat het middel passend is. Het gaat er hier dus alleen om dat met het middel ook daadwerkelijk het doel bereikt kan worden.

2.2.5 *Noodzakelijkheid middel*

Het College oordeelt dat verweerster onvoldoende heeft onderbouwd dat een inzichtelijk pensioensysteem niet wordt bereikt met het voor de hand liggende alternatief dat eruit bestaat dat de pensioengrondslag voor zover het de toename van de arbeidsongeschiktheid betreft wel wordt gewijzigd naar een pensioengrondslag op basis van de LAP-regeling in alle situaties waarin een werknemer gedeeltelijk arbeidsongeschikt is geworden onder de DAP-regeling en toegenomen arbeidsongeschikt onder de LAP-regeling. Met dit alternatief zou verweerster geen onderscheid maken tussen de groep waartoe verzoeker behoort en de groep waarmee verzoeker zich vergelijkt.¹⁵ Het College concludeert dan ook dat het middel niet noodzakelijk is. Het gemaakte onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd. Verweerster heeft dan ook jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden.

15 College voor de Rechten van de Mens 29 maart 2013, oordeel 2013-40, punt 3.29.

Ook in de praktijk zien wij dat de objectieve rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte vaak strandt op de vereiste noodzakelijkheid van het middel. In de meeste gevallen zijn er alternatieven denkbaar die minder bezwaarlijk en discriminerend zijn om hetzelfde doel te bewerkstelligen.

2.3 Gewicht oordeel College

Het oordeel van het College is juridisch niet bindend.¹⁶ Dit betekent dat het College in dit geval verweerster niet kan dwingen het oordeel op te volgen. Op basis van een door het College uitgevoerd onderzoek blijkt dat 75% van de organisaties die een zaak aan het College hebben voorgelegd het oordeel van het College opvolgen.¹⁷ Als het oordeel niet wordt opgevolgd, kan verzoeker besluiten een rechtszaak te starten bij de civiele rechter. De civiele rechter zal het oordeel van het College mee laten wegen in zijn vonnis.¹⁸ Als de rechter het oordeel niet opvolgt zal hij moeten uitleggen waarom niet.

De civiele rechter hanteert dus hetzelfde normenkader als het College indien aan hem de vraag wordt voorgelegd of er sprake is van een (verboden) onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Hoewel niet alle gevallen waarin de arbeidsongeschikte zich ongelijk behandeld voelt, worden voorgelegd aan het College en/of de civiele rechter, zien wij wel in onze dagelijkse praktijk een tendens waarbij arbeidsongeschikte deelnemers hun pensioenuitvoerder en/of werkgever steeds vaker aanspreken op het feit dat zij zich ongelijk behandeld voelen. Daarom gaan wij in het vervolg van dit hoofdstuk in op een aantal voorbeelden die wij in onze dagelijkse praktijk tegenkomen.

3 ERVARINGEN UIT DE PRAKTIJK

Dat steeds meer arbeidsongeschikten hun pensioenuitvoerder en/of werkgever aanspreken op het feit dat zij zich ongelijk behandeld voelen vinden wij niet verrassend. Bij overgang of wijziging van de pensioenregeling worden de arbeidsongeschikte deelnemers veelal niet als aan-

16 [Kamerstukken II, 2001-2002, 28 169, nr. 3 \(onder 10. Rechtsbescherming\), www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/discriminatie/vraag-en-antwoord/wanneer-kan-ik-een-klacht-indienen-bij-het-college-voor-de-rechten-van-de-mens.](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/discriminatie/vraag-en-antwoord/wanneer-kan-ik-een-klacht-indienen-bij-het-college-voor-de-rechten-van-de-mens)

17 [http://form.mensenrechten.nl/klachtindienen.](http://form.mensenrechten.nl/klachtindienen)

18 [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/discriminatie/vraag-en-antwoord/wanneer-kan-ik-een-klacht-indienen-bij-het-college-voor-de-rechten-van-de-mens.](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/discriminatie/vraag-en-antwoord/wanneer-kan-ik-een-klacht-indienen-bij-het-college-voor-de-rechten-van-de-mens)

dachtspunt gealloceerd en wordt er niet gewerkt met mogelijke scenario's. Daarnaast zijn de bepalingen in de pensioenreglementen met betrekking tot arbeidsongeschiktheid veelal dusdanig ingewikkeld geformuleerd dat het leidt tot onduidelijkheden en problemen in de uitvoering.¹⁹ Ook het regelmatig wijzigen van de pensioenovereenkomst en daarmee de van toepassing zijnde pensioenregeling kan voor de arbeidsongeschikte deelnemer tot ongewenste negatieve gevolgen leiden, zoals wij ook in onderhavige casus hebben gezien. Het is van belang dat pensioenuitvoerders en werkgevers zorgvuldig aandacht besteden aan de juiste formulering van arbeidsongeschiktheidsbepalingen in de pensioenreglementen en daarbij rekening houden met alle mogelijke scenario's en gevolgen voor arbeidsongeschikte deelnemers, zodat ongelijke behandeling van arbeidsongeschikte deelnemers wordt voorkomen. Dit geldt niet alleen voor de formulering in de pensioenregeling zelf, maar ook voor welke pensioenregeling van toepassing is op de (gedeeltelijke) arbeidsongeschikte deelnemers ten tijde van de wijziging van de pensioenregeling. Bij dergelijke processen wordt deze discussie te vaak onbedoeld achterwege gelaten en komt men er pas bij de uitvoering achter dat een en ander niet goed is geregeld. Ongelijke behandeling zal zich dan met name voordoen bij maximering van de pensioenopbouw (aftopping) in geval van arbeidsongeschiktheid of bij samenloop met inkomen uit een nieuw dienstverband en bij toename van de arbeidsongeschiktheid.

Wij zien dat in veel pensioenreglementen is geregeld dat een deelnemer die arbeidsongeschikt wordt volgens de WIA recht heeft op premievrije voortzetting van het deelnemerschap aan de pensioenregeling. De mate van premievrije voortzetting is daarbij afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid. Daarnaast merken wij op dat er ook pensioenreglementen zijn waar een maximering geldt voor de pensioengrondslag bij arbeidsongeschiktheid en dat er regels gelden inzake samenloop tussen arbeidsongeschiktheid en inkomen uit een nieuw dienstverband.

Het is juist de formulering van deze bepalingen die in de praktijk tot problemen in de uitvoering leidt en eventueel ook tot ongelijke behandeling. Dit zien wij ook gebeuren als er als gevolg van diverse reglementswijzigingen meerdere pensioenreglementen van toepassing zijn op de gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer. Dat is overigens niet nodig nu de fiscus heeft bepaald dat er tussen het pensioenfonds en de arbeids-

¹⁹ Vergelijk ook Rechtbank Noord-Holland 12 juli 2017, nr. 5608662, ECLI:NL:RBN-HO:2017:5840.

ongeschikte deelnemers geen uitgewerkte rechtssituatie bestaat, waardoor ook het pensioenreglement voor de arbeidsongeschikte deelnemers gewijzigd kan worden.²⁰

Wij geven hieronder twee concrete voorbeelden uit onze dagelijkse praktijk waar sprake kan zijn van ongelijke behandeling als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Ook in deze gevallen is dit veroorzaakt door wijziging van de pensioenregeling en door het opnemen van onduidelijke bepalingen.

3.1 **Maximering van de aanspraken kan leiden tot ongelijke behandeling van arbeidsongeschikte deelnemers (aftopping)**

Door maximering van de aanspraken kan de situatie zich voordoen dat de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte deelnemer met een nieuw dienstverband minder pensioen opbouwt dan ingeval hij niet arbeidsongeschikt zou zijn. Deze situatie doet zich met name voor indien de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte deelnemer in zijn nieuwe dienstverband een gelijk of hoger salaris respectievelijk een hogere pensioengrondslag kent. Doordat zowel het actieve deelnemerschap als de premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid worden gemaximeerd op de pensioenopbouw zoals die gold voor de eerste ziekte­dag van de arbeidsongeschikte deelnemer, bouwt de arbeidsongeschikte deelnemer als gevolg van de aftopping minder pensioen op over zijn actieve arbeids­geschikte deel als gevolg van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid dan een arbeids­geschikte deelnemer. De pensioenopbouw over het actieve gedeelte is dus niet voor alle arbeids­geschikten gelijk, waardoor sprake is van ongelijke behandeling. Gelijke gevallen worden niet gelijk behandeld en er wordt onderscheid gemaakt op grond van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. We zullen dit nader toelichten met een rekenvoorbeeld.

Bij onderstaand rekenvoorbeeld is de volgende passage uit het pensioenreglement van toepassing:

‘De pensioenopbouw van een (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte deelnemer met een (gedeeltelijk) recht op premievrije voortzetting die een nieuw dienstverband aanvaardt is gemaximeerd op de pensioenopbouw zoals die gold op laatste dag voor de eerste ziekte­dag van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte deelnemer.’

20 *Stcrt.* 2015, 40404, onderdeel 9.2.

De deelnemer in ons voorbeeld heeft tijdens zijn deelnemerschap een salaris van € 20.000. De franchise die gehanteerd wordt is € 10.000. De pensioengrondslag van de betreffende deelnemer bedraagt dus € 10.000. Het opbouwpercentage dat geldt is 2%. Dit betekent dus dat de pensioenopbouw van de deelnemer jaarlijks € 200 bedraagt.

Nu raakt deze deelnemer als gevolg van een ongeluk voor 35% arbeidsongeschikt. Op grond van het pensioenreglement heeft de arbeidsongeschikte deelnemer recht op premievrije voortzetting van zijn pensioenopbouw van 25% conform onderstaande tabel.

Arbeidsongeschiktheid	Percentage
0-35%	0
35-50%	25%
50-75%	50%
>75%	80%

Doordat de pensioenopbouw in geval van arbeidsongeschiktheid gemaximeerd is aan de pensioenopbouw direct voorafgaand aan de eerste ziektedag voor zowel het arbeidsgeschikte als arbeidsongeschikte deel – zoals blijkt uit bovenstaande passage uit het pensioenreglement – is de maximale pensioenopbouw van de deelnemer in ons voorbeeld € 200 (€ 20.000 minus € 10.000 maal 2% = € 200). Er wordt een vaste pensioengrondslag en daarmee een vaste pensioenopbouw gehanteerd die gold op de laatste dag voorafgaand aan de ziekte periode. Welke gevolgen dit heeft maken we hieronder inzichtelijk:

Pensioenopbouw jaar 1.

Opbouw actief deelnemerschap:	$65\% * 2\% * € 10.000 =$	€	130
Premievrije voortzetting:	$25\% * 2\% * € 10.000 =$	€	50
Totaal aan pensioenopbouw:		€	180

Pensioenopbouw jaar 10. De pensioengrondslag van de arbeidsongeschikte deelnemer is ondertussen gestegen als gevolg van een stijging van zijn salaris.

Opbouw actief deelnemerschap:	$65\% * 2\% * € 20.000 =$	€ 260
Premievrije voortzetting:	$25\% * 2\% * € 10.000 =$	€ 50
Totaal aan pensioenopbouw:		€ 310

Doordat de pensioenopbouw van de arbeidsongeschikte deelnemer gemaximeerd is tot zijn pensioenopbouw direct voorafgaand aan zijn eerste ziektedag, wordt dit laatste bedrag van € 310 afgetopt tot € 200. Hier is sprake van ongelijke behandeling als gevolg van arbeidsongeschiktheid door een maximale opbouw (aftopping) te hanteren in het pensioenreglement.

Als gevolg van deze maximering van de aanspraken kan de situatie zich voordoen dat de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte deelnemer in zijn nieuwe dienstverband of bij stijging van het salaris binnen zijn huidige dienstverband, minder pensioen opbouwt dan wanneer hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geweest. Daarnaast kan het verschil nog worden versterkt indien verschillende pensioenreglementen van toepassing zijn als gevolg van wijzigingen en in bijvoorbeeld het oude pensioenreglement een andere pensioengrondslag wordt gehanteerd dan in het gewijzigde pensioenreglement.

De maximering van de pensioenopbouw kan leiden tot grote verschillen in de pensioenopbouw van de arbeidsongeschikte deelnemer. Als deze situatie zich voordoet bestaat het risico dat de arbeidsongeschikte deelnemer de pensioenuitvoerder en/of werkgever aanspreekt op grond van ongelijke behandeling. Om dit te voorkomen is het van belang om goed te kijken naar de formulering van samenloopbepalingen ten aanzien van arbeidsongeschiktheid en wat voor gevolgen deze formulering heeft. In dezen is ook relevant dat de arbeidsongeschikte deelnemer het verschil in inkomen naar alle waarschijnlijkheid niet meer zelf kan bijverzekeren. Door de arbeidsongeschiktheid zal het lastig zo niet onmogelijk zijn een aanvullende verzekering af te sluiten, er is immers sprake van een 'brandend huis'.

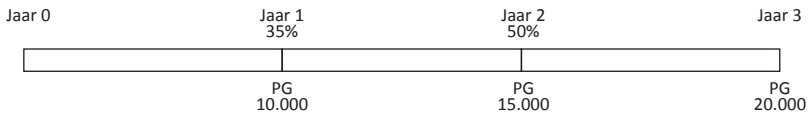
Het volgende voorbeeld dat mogelijk kan leiden tot ongelijke behandeling van de arbeidsongeschikte deelnemer ziet op de situatie waarbij de mate van arbeidsongeschiktheid toeneemt. Wij leggen dit hieronder nader uit.

3.2 Toename arbeidsongeschiktheid kan leiden tot ongelijke behandeling als niet de juiste pensioengrondslag wordt gehanteerd

In dit voorbeeld gaan we uit van dezelfde deelnemer als in het eerste voorbeeld. De deelnemer uit ons voorbeeld is 35% arbeidsongeschikt geworden in jaar 1 en had direct voorafgaand aan zijn eerste ziekte dag een pensioengrondslag van € 10.000. De pensioengrondslag van de arbeidsongeschikte deelnemer neemt jaarlijks toe, zo is zijn pensioengrondslag het tweede jaar € 15.000. Het opbouwpercentage is zoals we eerder zagen 2%. Daarnaast neemt de mate van arbeidsongeschiktheid toe in jaar 2 naar 50%.

In het pensioenreglement is de volgende passage opgenomen:

‘Voor de premievrije voortzetting van de toename van de arbeidsongeschiktheid onder dit Pensioenreglement wordt de pensioengrondslag gehanteerd die gold per Jaar 1.’



Arbeitsongeschiktheid	Percentage
0-35%	0
35-50%	25%
50-75%	50%
>75%	80%

Het opbouwpercentage is 2%.

<1	Opbouw actief deelnemerschap:	2%*€ 10.000 =	€ 200
Variant 1	Opbouw actief deelnemerschap:	65%*€ 10.000 =	€ 130
Jaar 1	Premievrije voortzetting:	25%*€ 10.000 =	€ 50
	Totaal aan pensioenopbouw:		€ 180

Variant 2.1	Opbouw actief deelnemerschap:	$50\% \cdot 2\% \cdot \text{€ } 15.000 =$	€	150
Jaar 2	Premievrije voortzetting:	$50\% \cdot 2\% \cdot \text{€ } 10.000 =$	€	100
	Totaal aan pensioenopbouw:		€	250
Variant 2.2	Opbouw actief deelnemerschap:	$50\% \cdot 2\% \cdot \text{€ } 15.000 =$	€	150
Jaar 2	Premievrije voorzetting:	$25\% \cdot 2\% \cdot \text{€ } 10.000 =$	€	50
	Toename arbeidsongeschiktheid:	$25\% \cdot 2\% \cdot \text{€ } 15.000 =$	€	75
	Totaal aan pensioenopbouw:		€	275

Bij toename van de arbeidsongeschiktheid dient gerekend te worden met de laatst vastgestelde pensioengrondslag voorafgaand aan de toename van arbeidsongeschiktheid. En dus niet met de pensioengrondslag die gold per 'Jaar 1'. Rekent men niet met de laatst vastgestelde pensioengrondslag voorafgaand aan de toename dan wordt een reeds gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer als gevolg van zijn reeds bestaande arbeidsongeschiktheid benadeeld ten opzichte van werknemers die (later) arbeidsongeschikt worden. Als je kijkt naar de gegeven rekenvoorbeelden dan gaat het in variant 1 en variant 2.2 goed. Hier wordt namelijk de juiste pensioengrondslag gehanteerd, de laatst vastgestelde pensioengrondslag voor arbeidsongeschiktheid respectievelijk de laatst vastgestelde pensioengrondslag voor de toename van de arbeidsongeschiktheid. Bij variant 2.1 wordt weliswaar de passage uit het pensioenreglement uitgevoerd, echter is hier sprake van ongelijke behandeling omdat bij deze rekenvoorbeelden de pensioengrondslag uit Jaar 1 wordt gehanteerd en niet de laatst vastgestelde pensioengrondslag voorafgaand aan de toename van de arbeidsongeschiktheid, te weten € 15.000. Hierdoor bouwt de arbeidsongeschikte deelnemer per jaar € 25 minder pensioen op dan waar de arbeidsongeschikte deelnemer recht op heeft. Dit lijkt een klein verschil, maar dit wordt een aanzienlijk bedrag als je dat gaat doorrekenen.

Daarnaast zou een discussie omtrent ongelijke behandeling bij het niet wijzigen van de pensioengrondslag enigszins ondervangen kunnen worden door de vastgestelde pensioengrondslag in ieder geval (onvoorwaardelijk) te indexeren met de loonindex in de bedrijfstak.

3.3 Objectieve rechtvaardiging

In bovenstaande voorbeelden kan in onze optiek het legitieme doel en het passende middel nog wel worden aangenomen. Het valt echter te betwijfelen of aan de vereiste noodzakelijkheid van het middel wordt voldaan nu er in onze optiek ook minder bezwaarlijke oplossingen mogelijk zijn.

Indien wordt vastgesteld dat er sprake is van een verboden onderscheid, kan de rechter als gevolg hiervan een hoger pensioen toekennen dan aanvankelijk is toegekend. Hiermee ontstaat een financiële verplichting voor het pensioenfonds / de werkgever.

Wij sluiten dit hoofdstuk af met een aantal Tips & Tricks bij het vormgeven van de arbeidsongeschiktheidsbepalingen, zodat de pensioenuitvoerder en de werkgever het risico verkleinen dat zij (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte deelnemers ongelijk behandelen ten opzichte van arbeidsgeschikte deelnemers en/of andere arbeidsongeschikte deelnemers en hierdoor mogelijk (naar het oordeel van het College en/of civiele rechter) een verboden onderscheid maken op grond van handicap of chronische ziekte.

4 TIPS & TRICKS BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID TER VOORKOMING VAN ONGELIJKE BEHANDELING

Van belang is dat bij overgang en wijziging van de pensioenregeling rekening wordt gehouden met de volledig en gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemers en met alle mogelijke scenario's die zich kunnen voordoen bij met name gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemers. Meer specifiek dient naar onderstaande punten gekeken te worden om te voorkomen dat de pensioenregeling een (verboden) onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte:

1. Indien een aftoppingsbepaling wordt opgenomen in het pensioenreglement, zorg er dan voor dat deze dan alleen van toepassing is op het premievrije gedeelte en niet op het nog actieve deelnemerschap van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer.
2. Let bij maximering van de aanspraken op dat dit niet leidt tot ongelijkheid in de pensioenopbouw indien de pensioengrondslag van een deelnemer toeneemt, het is goed om dit aan de hand van enkele rekenvoorbeelden inzichtelijk te maken alvorens de tekst in het pensioen-

reglement vast te stellen, zodat de gevolgen en uitvoerbaarheid van de bepaling op voorhand duidelijk zijn.

3. Besluit bij samenloop van meerdere pensioenreglementen welk reglement op welk moment en op welke deelnemer van toepassing is. Speciale aandacht is daarbij vereist voor de gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer.
4. Zorg in geval van samenloop van meerdere pensioenreglementen dat het verschil in pensioengrondslag duidelijk is gecommuniceerd naar de deelnemers, waardoor er bij ongelijkheid tussen een oud en nieuw reglement geen beroep kan worden gedaan op het meerdere. Er is dan namelijk sprake van een contractuele wijziging. Ook hier zal een duidelijke scheiding gemaakt moeten worden tussen de pensioengrondslag die van toepassing is op het actieve deel en de pensioengrondslag van het premievrije deel.
5. Onderscheid tussen een arbeidsongeschikte deelnemer en arbeidsongeschikte deelnemer in het pensioenreglement mag enkel bestaan op het premievrije gedeelte en niet op het actieve gedeelte.
6. Toename van arbeidsongeschiktheid moet worden berekend op basis van de nieuwe pensioengrondslag indien deze pensioengrondslag ziet op het moment dat de deelnemer meer arbeidsongeschikt is geworden. Let hier ook goed op bij het van toepassing zijn van verschillende pensioenreglementen.
7. Sluit in het pensioenreglement aan bij de keuring van het UWV. Indien de tweejaarstermijn niet is opgenomen en enkel de mate van arbeidsongeschiktheid is gedefinieerd kan de deelnemer vanaf de eerste ziektedag premievrije voortzetting claimen. Zorg ook dat het gebruik van de begrippen ziekte en arbeidsongeschiktheid niet tot verwarring kan leiden. Gebruik deze consistent en neem hiervan een definitie op in het pensioenreglement.

Pensioen bij slapend dienstverband

*Mr. E. Beckers*¹

Het slapend dienstverband is een variant op een beschrijving van een arbeidsrelatie, namelijk van een werknemer die geen arbeid verricht, die geen loon verdient, maar die niet is ontslagen. Wat zijn de gevolgen voor de deelname aan de pensioenregeling van werknemers met een slapend dienstverband?

In de eerste paragraaf leg ik uit waarom het slapend dienstverband de laatste jaren aan populariteit won en wat de voor- en nadelen van een slapend dienstverband zijn voor werkgevers. In de paragraaf daarna ga ik in op de discussies die worden gevoerd over het slapend dienstverband. De derde paragraaf beschrijft de gevolgen van een slapend dienstverband voor de deelname aan de pensioenregeling en de nadelige gevolgen voor werknemers met een slapend dienstverband. Vervolgens trek ik conclusies en eindig ik met drie aanbevelingen voor werkgevers, sociale partners en pensioenuitvoerders ter voorkoming van de nadelige gevolgen.

1 HET ONTSTAAN VAN EEN SLAPEND DIENSTVERBAND

Slapende dienstverbanden bestonden wellicht al langer, maar kregen bijzondere belangstelling van werkgevers na het invoeren van de transitievergoeding vanuit de Wet werk en zekerheid (Wwz). Sindsdien ontstonden er meer dan duizend slapende dienstverbanden. In deze paragraaf beschrijf ik wat de transitievergoeding inhoudt en welke voor- en nadelen aan het slapend houden van een dienstverband zijn verbonden voor werkgevers.

1.1 De transitievergoeding

Een werknemer heeft na 104 weken ziekte recht op een WIA-uitkering of een passende functie. De werkgever kon tot 1 juli 2015 via het UWV

¹ Erik Beckers is hoofd van de praktijkgroep pensioenrecht bij Vivat te Amstelveen.

een ontslagvergunning aanvragen als er geen passende functie beschikbaar was binnen het bedrijf of met wederzijds goedvinden via een vaststellingsovereenkomst afscheid nemen van de werknemer. Er bestond geen verplichting om een ontslagvergoeding te betalen.

Sinds 1 juli 2015 hebben werknemers die na een dienstverband van 24 maanden of langer worden ontslagen op verzoek van hun werkgever recht op een transitievergoeding. Werkgevers moeten ook een transitievergoeding betalen aan werknemers waarvan na twee jaar ziekte de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd of ontbonden (art. 7:673, lid 1, BW). Dat recht kan ook ontstaan na ontbinding van de arbeidsovereenkomst door een kantonrechter, bijvoorbeeld als de werkgever geacht wordt ernstig verwijtbaar te hebben gehandeld. Maar een transitievergoeding is in beginsel niet aan de orde als de werknemer via bijvoorbeeld een vaststellingsovereenkomst met wederzijds goedvinden afscheid neemt.

De transitievergoeding wordt betaald door de werkgever aan de werknemer, de hoogte daarvan is afhankelijk van de hoogte van het laatstverdiende loon, de leeftijd van de werknemer en het aantal dienstjaren.

1.2 Omzeilen van regels over transitievergoeding

Werknemers zijn minder bereid met wederzijds goedvinden afscheid te nemen na een dienstverband van 24 maanden, dan lopen ze immers de transitievergoeding mis. De werkgever kan nog steeds een ontslaaanvraag indienen, maar is dan alsnog een transitievergoeding verschuldigd. Om het betalen van een transitievergoeding te voorkomen besloten veel werkgevers de zieke werknemers die de oorspronkelijk bedongen arbeid niet meer konden verrichten in dienst te houden.

Zolang de arbeidsovereenkomst voortbestaat is geen transitievergoeding verschuldigd. Wel wordt het uitbetalen van loon stopgezet, immers na twee jaar ziekte vervalt de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van art. 7:629 BW en is de basisregel 'geen arbeid, geen loon' (art. 7:627 BW) van kracht. Zo ontstonden de laatste jaren veel slapende dienstverbanden; werknemers in dienst van een werkgever zonder recht op loon omdat ze geen arbeid verrichtten.

1.3 Reparatiewetgeving

Er is veel kritiek op de verplichting tot betalen van transitievergoedingen aan zieke werknemers.² In april 2016 werd duidelijk dat de minister van Sociale Zaken met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 aan een compensatieregeling werkte om aan de kritiek tegemoet te komen. De plicht tot het betalen van een transitievergoeding aan een zieke werknemer zou vervallen, althans dat zou worden vergoed uit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf). Zie voor de tekst en memorie van toelichting Ministerie van Financiën, Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, Kamerstukken II, 2016-2017, 34 699.

Met zicht op de reparatiewetgeving werden werkgevers nog enthousiaster om zieke werknemers slapend in dienst te houden. Maar op dit moment staat deze reparatie in de ijskast. De ministerraad ging in november 2016 wel al akkoord met het wetsvoorstel, maar het voorstel is controversieel verklaard en wordt overgelaten aan het nieuwe kabinet dat bij het verschijnen van dit boek waarschijnlijk net gepresenteerd is. Het in 2017 te vormen nieuwe kabinet zal zich opnieuw buigen over deze reparatie. Inwerkingtreding voor 2020 lijkt onwaarschijnlijk, omdat het UWV tijd nodig heeft om de reparatie te implementeren.

1.4 Voordelen van een slapend dienstverband voor werkgevers

Het slapend houden van een dienstverband heeft dus als voordeel dat de werkgever geen transitievergoeding hoeft te betalen. Er is geen loon verschuldigd als de werknemer door de ziekte geen arbeid verricht. Mocht de werknemer toch voor een deel passend werk in de oorspronkelijk bedongen arbeid kunnen uitvoeren en weer ziek worden, dan ontstaat niet opnieuw een periode van loondoorbetalingsverplichting.

Voor werkgevers die tevens eigenrisicodrager zijn voor de WGA kan een voordeel ontstaan als re-integratie-inspanningen ertoe leiden dat er bij een andere werkgever passend werk wordt aangeboden en de werknemer zelf ontslag indient. Dan eindigt de arbeidsovereenkomst zonder de verplichting tot het betalen van een transitievergoeding.

2 Zie onder andere het artikel 'Nooit met lege handen naar huis' in het *Financieele Dagblad*, 15 april 2016, rubriek Werk & Geld.

1.5 Nadelen van een slapend dienstverband voor werkgevers

Hervat een werknemer volledig de oorspronkelijk bedongen arbeid voor een periode van vier weken of langer? Dan is bij nieuw verzuim weer sprake van een loondoorbetalingsverplichting van maximaal twee jaar. Werkgevers verzuimen in veel gevallen goed te documenteren wat de oorspronkelijk bedongen arbeid precies inhoudt en of eventuele nieuwe arbeid wel of niet nieuw bedongen is. Zonder goede verzuimregistratie en onderbouwing vallen rechterlijke uitspraken vaak in het nadeel van de werkgever uit en ontstaat bijvoorbeeld een onverwachte periode van twee jaar loondoorbetalingsverplichting.

De werkgever blijft verplicht zich in te spannen voor re-integratie van de zieke werknemer. Uit art. 7:658a BW vloeit voort dat er een recht bestaat op werk en loon zodra de zieke werknemer herstelt. Gaat de werknemer passend werk verrichten dat leidt tot nieuw bedongen arbeid, dan kan bij een nieuwe ziekte of verergering van de bestaande ziekte ook opnieuw een periode van twee jaar loondoorbetalingsverplichting ontstaan.

Een ander nadeel van het slapend dienstverband is dat de dienstjaren van de werknemer oplopen. Volgt later alsnog ontslag met recht op een transitievergoeding, dan valt deze hoger uit door het grotere aantal dienstjaren en wellicht ook door de toegenomen leeftijd van de werknemer.

Het laatste vermeldenswaardige nadeel is dat bij een afspiegeling vanwege een reorganisatie de werknemer met een slapend dienstverband moet worden meegenomen. Dat kan een onwenselijke uitkomst van het afspiegelen veroorzaken. Voor werknemers die op basis van het afspiegelingsbeginsel ontslagen worden geldt namelijk alsnog een recht op een transitievergoeding.

2 GEVOLGEN WAAR WERKNEMERS ZICH TEGEN VERZETTEN

Ondanks de beschreven nadelen wegen voor veel werkgevers de voordelen zwaarder en besluiten ze zieke werknemers slapend in dienst te houden. Hoe reageren werknemers op deze situatie? Werknemers hebben zich in rechte verzet tegen deze situatie, namelijk met het oog op de transitievergoeding en het uitbetalen van vakantiedagen. We beschrijven in deze paragraaf de uitkomsten van deze rechtszaken.

2.1 Transitievergoeding

Alle uitspraken over slapende dienstverbanden waarbij werknemers een transitievergoeding vorderden betreffen tot nog toe een afwijzing van die vordering. Blijkbaar nemen rechters niet snel aan dat een werkgever wanprestatie (art. 7:686 BW) pleegt, misbruik van recht (art. 3:13 BW) maakt of in strijd met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) handelt als het dienstverband met het oog op het omzeilen van de transitievergoeding slapend wordt gehouden. Voorbeelden waarbij dit aan de orde kwam zijn de uitspraken van Hof Arnhem-Leeuwarden van 27 juli 2016³ en Hof Den Haag van 14 oktober 2016.⁴

2.2 Vakantiedagen

Werkgevers stoppen massaal met het toekennen van vakantiedagen aan werknemers met een slapend dienstverband, dat is immers rechtstreeks gerelateerd aan loon. Uit art. 7:634 BW vloeit voort dat een werknemer vakantie-uren opbouwt over de periode waarop recht op loon bestaat. Dat is bij een slapend dienstverband niet het geval.

Ook in een uitspraak van 11 april 2017⁵ oordeelde een kantonrechter dat de opbouw van vakantie-uren is gekoppeld aan de verplichting om loon te betalen. Zodra de loondoorbetalingsverplichting stopt en het loon eenzijdig door de werkgever wordt stopgezet omdat er geen arbeid wordt verricht, stopt ook de opbouw van vakantie-uren.

Overigens bepaalde Rechtbank Limburg⁶ nog eens uitdrukkelijk dat de uitbetaling van nog niet genoten vakantiedagen behoort tot een eindafrekening bij het einde van een dienstverband. Omdat een slapend dienstverband voortduurt, is er ook geen recht op die eindafrekening.

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, nr. 200.190.012, ECLI:NL:GHARL:2016:6140.

4 Hof Den Haag 14 oktober 2016, nr. 200.194.444/01, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

5 Rechtbank Limburg 11 april 2017, nr. 5483293/AZ/16-389 11042017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3293.

6 Rechtbank Limburg 2 augustus 2017, nr. 5826555 CV EXPL 17-2692, ECLI:NL:RBLIM:2017:7394.

Werknemers met een slapend dienstverband kunnen te maken hebben met nadelige gevolgen voor hun deelname aan de pensioenregeling. Hier wordt nog onvoldoende aandacht aan besteed. Er bestaat bij mijn weten nog geen jurisprudentie over de nadelige gevolgen voor het pensioen bij een slapend dienstverband. Dat is opmerkelijk, omdat de opbouw, premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen vaak meer waard zijn dan vakantiedagen. Zelfs veel transitievergoedingen zijn van minder waarde dan het eventuele gemis van pensioen. Veel regels over pensioen zijn lastig te rijmen met een slapend dienstverband. Ik licht de nadelige gevolgen toe aan de hand van de pensioengrondslag, de te betalen pensioenpremie, het recht op informatie en keuzes van werknemers met betrekking tot de pensioenregeling.

3.1 De pensioengrondslag

De pensioengrondslag is vrijwel altijd gekoppeld aan het daadwerkelijk genoten loon. Zodra een werknemer minder loon ontvangt, bijvoorbeeld door demotie, parttime werken of een slapend dienstverband, dan wordt de pensioengrondslag en dus de opbouw, het arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen direct naar beneden bijgesteld. Hoe werkt dat bij een pensioengrondslag van een zieke werknemer?

De wettelijke loondoorbetalingsverplichting is beperkt tot 70 procent. Veel werkgevers verlagen in het tweede ziektejaar het loonniveau tot 70 procent van het in het eerste ziektejaar verdiende loon. Omdat dit een verslechtering voor heel veel arbeidsongeschikten zou veroorzaken, is in 2005 een amendement ingediend en aangenomen inhoudende dat in de Wet op de loonbelasting 1964 de mogelijkheid wordt opgenomen de pensioenopbouw voort te zetten op basis van het loon dat voorafgaand aan de ziekte werd genoten. In art. 10b, lid 4, Uitv.besl. LB 1965 is daarom de tekst opgenomen: ‘... een loonsverlaging buiten beschouwing blijven, voor zover deze het gevolg is van ziekte of arbeidsongeschiktheid.’

Soms staat de Belastingdienst toe dat op basis van een oud (hoger) loon pensioen mag worden opgebouwd. Dat is bijvoorbeeld toegestaan voor werknemers die het in de laatste tien jaren voor de pensioenrichtdatum rustiger aan gaan doen via een functieverlaging (demotie) of een verlaging

van het parttimepercentage (minder uren gaan werken). Zie art. 10b, lid 3, Uity.besl. LB 1965. Een belangrijke uitzondering betreft voorts de loon-doorbetaling bij ziekte in het tweede jaar, die hiervoor is beschreven.

3.1.1 *De pensioengrondslag van 35-minners*

Pensioenuitvoerders beogen alleen, zoals ook bedoeld en beschreven in het amendement uit 2005, een loonsverlaging gedurende de wachttijd van de WIA buiten beschouwing te laten. Voor zover de loonsverlaging wordt gecompenseerd door een WIA-uitkering en een WIA-aanvullende uitkering met bijbehorende premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid ontstaat er niet of nauwelijks een probleem. Problemen ontstaan wel wanneer een werknemer met een slapend dienstverband minder dan 35 procent loonverlies geacht wordt te lijden (door het UWV als 35-minner wordt beschouwd) en de pensioenuitvoerder wat betreft de mate van arbeidsongeschiktheid aansluit op het oordeel van het UWV. Jaarlijks gebeurt dat sinds de invoering van de hogere uitkeringsdrempel van 35 procent tussen de 13.400 en 21.900 keer per jaar, dus de omvang van deze groep is groot.⁷

Als de werkgever het loon van een 35-minner verlaagt omdat de oorspronkelijk bedongen arbeid niet of onvolledig wordt verricht of de passende arbeid lager loon veroorzaakt, dan leidt de mutatie in de praktijk tot een lagere of stopgezette pensioenopbouw en verlagen of schrappen van de dekkingen voor ziekte en overlijden.

3.2 **De pensioenpremie**

Dankzij een lagere opbouw en versoerde dekkingen bij ziekte en overlijden daalt ook de te betalen pensioenpremie. De Belastingdienst stelt dat de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid mee moet bewegen met de te betalen premie: 'De verzekerde voortzetting van de premiebetaling voor rekening van de verzekeraar in geval van arbeidsongeschiktheid kan slechts betrekking hebben op de beschikbare premie voor de opbouw van de pensioenrechten zelf.'⁸ Alleen bij de hiervoor aangestipte oorzaken van een lagere premie mag de hogere premie worden vrijgesteld, maar dat is in de praktijk niet het geval bij slapende dienstverbanden waarbij het loon en dus de premie daalt omdat de oorspronkelijk bedon-

⁷ Bron: UWV Monitor Arbeidsparticipatie 2016, p. 25.

⁸ Vraag & Antwoord 08-043 d.d. 061115.

gen arbeid niet of onvolledig wordt verricht of de passende arbeid lager loon en dus een lagere premie veroorzaakt.

3.3 Het recht op informatie

Een werknemer met een slapend dienstverband valt vrijwel altijd onder de deelnemersomschrijving van pensioenreglementen. Daarin wordt namelijk veelal aangesloten bij het bestaan van een rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer. Bestaat deze rechtsbetrekking, dan is de werknemer meestal deelnemer aan de pensioenregeling. Bestaat deze rechtsbetrekking niet meer, dan wordt vaak gesproken over een gewezen deelnemer.

In de wet staan duidelijke regels over de wettelijke informatie die moet worden verstrekt als actieve deelnemers stoppen met pensioenopbouw. Maar veel regels gelden niet voor werknemers met een slapend dienstverband waarvan de pensioenopbouw wordt stopgezet omdat het deelnemerschap niet eindigt. Ik som hieronder enkele van die bepalingen op:

- een eindopgave van de opgebouwde pensioenaanspraken (art. 39, lid 1, onderdeel a, PW), dus een pensioenopgave via een stop- of eindbrief naast de jaarlijkse informatie die wordt verstrekt door middel van een verplicht Uniform Pensioen Overzicht ofwel UPO (conform art. 48, lid 4 en art. 9c Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling);
- uitleg over het verval van risicodkkingen, over eventueel uitloopriscico en andere consequenties van arbeidsongeschiktheid (art. 6, onderdeel c, Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling);
- het vervallen van de dekking tegen het risico op overlijden indien nabestaandenpensioen werd verworven op basis van risicofinanciering (arbeidsongeschiktheid (art. 6, onderdeel e, Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling).

Omdat een werknemer met een slapend dienstverband wordt beschouwd als actieve deelnemer, wordt hem bovengenoemde vaak erg relevante informatie onthouden. Daarom ontstaat niet direct duidelijkheid over de gevolgen van een loonsverlaging voor de deelname aan de pensioenregeling.

3.4 Keuzes ten aanzien van pensioen

Gewezen deelnemers krijgen op grond van art. 39 PW direct na het einde van de pensioenopbouw informatie die relevant is voor het maken van belangrijke keuzes. Denk aan uitleg over het recht op uitruil van ouderdomspensioen naar partnerpensioen in geval van partnerpensioen verzekerd op risicobasis (art. 61, lid 1 en 2, PW).

Deze voor werknemers wettelijk afdwingbare keuze is echter niet beschikbaar voor werknemers met een slapend dienstverband. Daarnaast kennen veel pensioenregelingen een keuze om vanaf de beëindiging van de dienstbetrekking de pensioenregeling vrijwillig voort te zetten (art. 54 PW; art. 39, lid 1, onderdeel c, PW; art. 6 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling; art. 54 PW) maar daar kan de werknemer geen gebruik van maken omdat er geen sprake is van einde dienstverband.

Dat kan van belang zijn als de pensioenuitvoerder op basis van de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid geen of onvolledige premievrijstelling verleent. Dan voorkomen ze niet alleen een pensioengat, maar bestaat ook de mogelijkheid de dekkingen bij ziekte of overlijden in stand te houden. Aan vrijwillige voortzetting is wel een aantal eisen verbonden. De voortzetting is alleen mogelijk als de betreffende werknemer een inkomensvervangende, loongerelateerde uitkering ontvangt. Deze keuze vervalt voor werknemers met een slapend dienstverband wanneer ze geen of in mindere mate een inkomensvervangende, loongerelateerde uitkering ontvangen.

4 CONCLUSIES OVER PENSIOEN BIJ EEN SLAPEND DIENSTVERBAND

Op basis van het voorgaande kom ik tot de volgende conclusies ten aanzien van de pensioenopbouw en de daaraan gekoppelde risicodekkingen voor werknemers met een slapend dienstverband.

4.1 Pensioenopbouw en risicodekkingen stoppen direct bij loonsverlaging

Ik zie geen enkel aanknopingspunt in pensioenreglementen, jurisprudentie of wet- en regelgeving om te veronderstellen dat er pensioenregelingen bestaan waarbij de premie en de opbouw met risicodekkingen van het

pensioen volledig worden voortgezet bij een slapend dienstverband waarbij het loon wordt verlaagd vanwege het niet kunnen verrichten van de oorspronkelijk bedongen arbeid of een minder goed betaalde passende functie. De uitzonderingen die ik beschreef in paragraaf 3 zijn slechts op een beperkt aantal werknemers van toepassing en de vraag is of in een hectische periode als bij een loonsverlaging werkgevers en werknemers specifiek hierover advies inwinnen. Daarom trek ik de conclusie dat bij alle of vrijwel alle slapende dienstverbanden het pensioengevend salaris vanaf de loonmutatie naar beneden wordt bijgesteld. Dat heeft dan direct gevolgen voor de opbouw van ouderdomspensioen, de dekking bij ziekte of voor nabestaanden en de hoogte van de pensioenpremie en dus voor de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid.

4.2 Gebrekkige communicatie

De deelname aan de pensioenregeling wordt zelden beëindigd, de werknemer met slapend dienstverband blijft meestal deelnemer omdat de arbeidsovereenkomst in stand wordt gehouden. Een werknemer met een slapend dienstverband krijgt geen informatie over de hoogte van het opgebouwde pensioen, geen uitleg over het verval van risicodekkingen, geen uitleg over eventueel uitlooprisko en ook geen uitleg over andere consequenties van arbeidsongeschiktheid. Waarschijnlijk wordt de premie direct verlaagd en ontvangt de werknemer met een slapend dienstverband binnen een jaar een UPO met de bijgewerkte informatie. Dit is voor de werknemer vaak te laat om nog op zoek te gaan naar alternatieven of zijn wensen in te dienen bij de werkgever of de pensioenuitvoerder.

4.3 Gebrek aan keuzemogelijkheden

Werknemers met een slapend dienstverband waarbij de loonsverlaging niet wordt opgevangen door een WIA- en WIA-aanvullende uitkering krijgen te maken met een stopgezette of een verlaagde toekomstige pensioenopbouw en met een stopgezette of versoberde risicodekkingen. De mogelijkheden om de daardoor ontstane tekortkomingen bij langlevens, overlijden en arbeidsongeschiktheid op te vangen zijn beperkt of ontbreken. Er is daarom sprake van een dekkingshiat waar nu en in de toekomst wellicht veel behoefte aan ontstaat om die te verzekeren. De huidige stilte wordt waarschijnlijk eerder veroorzaakt door onbekendheid dan door berusting. Misschien dat voor de opbouw van pensioen in een later stadium een oplossing kan worden gezocht, maar de dekkingen bij ziekte en overlijden zijn juist bij deze groep werknemers vaak broodnodig.

5 HOE OM TE GAAN MET PENSIOENGEVOLGEN VAN SLAPENDE DIENSTVERBANDEN

Ik heb drie aanbevelingen opgesteld om beter om te gaan met slapende dienstverbanden in relatie tot pensioen.

5.1 Bied aan om loonsverlaging door ziekte altijd buiten beschouwing te laten

Hoewel de wetswijziging was bedoeld voor de periode van de loondoorbetalingsverplichting, verzet de letterlijke tekst van het artikel dat ik in paragraaf 3.1 aanhaalde zich niet tegen het buiten beschouwing laten van iedere vorm van loonsverlaging door ziekte, ook na de periode van loondoorbetalingsverplichting. Keurt de Belastingdienst een pensioenreglement goed met deze ruime interpretatie? Dan kunnen pensioenuitvoerders met een geringe premieopslag de pensioenopbouw en risico's baseren op het loon dat de werknemer verdiende direct voorafgaand aan de eerste ziektedag.

Dit vereist wel aanpassing van het mutatieproces. Een werkgever moet onderscheid maken tussen het doorgeven van verlagingen van parttime-percentages op basis van wederzijdse toestemming en op basis van eenzijdige verlaging door het ontbreken van ontslagbescherming. Pensioenuitvoerders moeten deze mutaties op een verschillende wijze in de administraties verwerken. Dat is een verzwaring van het mutatieproces, maar vergelijkbaar en dus haalbaar met het mutatieproces van onbetaald verlof met het in stand houden van pensioenopbouw, waarmee pensioenuitvoerders en werkgevers bekend zijn.

5.2 Communicatiemomenten uitbreiden

De verlaging of stopzetten van de opbouw van ouderdomspensioen en het versoberen of stopzetten van de dekking bij arbeidsongeschiktheid of voor overlijden is een erg verstrekkende wijziging waar de overheid, toezichthouders, werkgevers en pensioenuitvoerders meer aandacht aan moeten besteden. Als wel het recht op loon, transitievergoeding en vakantiedagen wordt bediscussieerd, maar niet de opbouw en bescherming van het pensioen, dan lijkt dat aan de aandacht te zijn ontsnapt.

Er is de laatste jaren veel verbeterd aan pensioencommunicatie, maar die verbeteringen zijn niet gericht op loonsverlagingen van deelnemers. Dit zou wel het geval moeten zijn.

Een wijziging als in dit hoofdstuk beschreven vloeit voort uit een loonsverlaging veroorzaakt door ziekte buiten de periode van ontslagbescherming om. Daar is geen enkele voorgeschreven pensioencommunicatie op gericht. Stopt de pensioenopbouw of een risicodekking, maar blijft de werknemer met het slapend dienstverband deelnemer aan de pensioenregeling? Dan is het zinvol om de betreffende werknemer hierover binnen drie maanden te informeren.

Een extra communicatiemoment binnen drie maanden na een wijziging van de pensioenopbouw en de risicodekkingen is niet alleen zinvol bij een slapend dienstverband. Ook wanneer het loon bijvoorbeeld meer dan 20 procent wordt verlaagd of bepaalde risicodekkingen vervallen vanwege een daling van het loon is een extra communicatiemoment naar de betrokkene wenselijk. Denk aan het WIA-excedent dat vervalt omdat door een loonsverlaging geen WIA-excedent meer is verzekerd. Het extra communiceren over de pensioengevolgen van dit soort wijzigingen is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de werkgever en de pensioenuitvoerder.

5.3 Keuzemomenten uitbreiden

Een werknemer met een slapend dienstverband wordt geen keuze aangeboden in het kader van vrijwillige voortzetting of uitruil. Wellicht dat pensioenuitvoerders dit soort keuzes kunnen creëren. De huidige wettelijke mogelijkheden in de pensioensfeer zijn te beperkt voor werknemers met een slapend dienstverband. Wel kan bijvoorbeeld art. 61, lid 1, onderdeel a, PW eenvoudig worden aangepast door de tekst 'bij beëindiging van de deelneming' te vervangen door de tekst 'bij beëindiging van de pensioenopbouw'.

Als de wetgeving keuzes als vrijwillige voortzetting en uitruil in de tweede pijler niet mogelijk maakt, dan is wellicht een oplossing in de derde pijler mogelijk. Overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen buiten de pensioensfeer om kunnen soelaas bieden. Bijvoorbeeld door met verzekeraars af te spreken dat deelnemers die met een loonsverlaging te maken krijgen zonder gezondheidswaarborgen in de derde pijler een overlijdens- of arbeidsongeschiktheidsverzekering mogen afsluiten.

In het kader van antiselectie moet een dergelijke afspraak bij aanvang van de (deelname aan de) pensioenregeling als onderdeel van het pakket arbeidsvoorwaarden worden vastgelegd en is een opslag op een normaal tarief uitlegbaar.

Voor pensioenfondsen, PPI's en API's is een overlijdens- of arbeidsongeschiktheidsdekking in de derde pijler niet mogelijk. Voor pensioenfondsen beperkt de werkingssfeer de mogelijkheden, terwijl PPI's niet zelfstandig biometrische risico's mogen verzekeren. Maar via schade- en levensverzekeraars kan dat alsnog worden aangeboden.

Stand van zaken convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling

Mr. A.A.W.B.P. van den Bosch en mr. A.T. Uçar¹

In 2009 is het Van Leeuwen-convenant ondertekend. Zes jaar na de inwerkingtreding van het Van Leeuwen-convenant werd een nieuw convenant opgesteld, het convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen (convenant arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling). Onlangs heeft er een evaluatie plaatsgevonden over de werking van dit laatste convenant in de praktijk. In dit hoofdstuk wordt eerst nog eens kort de historie en achtergrond van beide convenanten geschetst. Vervolgens volgt een uiteenzetting van hetgeen beide convenanten regelen. Tot slot wordt de evaluatie van het convenant arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling besproken en geven wij aan wat onzes inziens nodig is om ook in de toekomst het doel dat met het convenant beoogd is, te kunnen bereiken.

1 SITUATIE VOOR DE INWERKINGTREDING VAN HET VAN LEEUWEN-CONVENANT

In een tweede evaluatie van de Wet op de medische keuringen² (WMK) kwam naar voren dat verzekeraars die aan arbeid gerelateerde verzekeringen aanboden, gebruikmaakten van uitsluitingsclausules. Omdat de WMK niet toestond dat verzekeraars medische keuringen uitvoerden, werd er gebruikgemaakt van uitsluitingsclausules met als doel het risico van een ‘brandend huis’ buiten de deur te houden. Werknemers met gezondheidsklachten³ werden hierdoor belemmerd in hun arbeidsmobiliteit en de toegang tot betaalde arbeid werd beperkt. Zodra deze werknemers van baan wisselden of alleen van verzekeraar via de werkgever, werden zij namelijk geconfronteerd met die uitsluitingsclausules. Hierdoor bestond vaak geen recht meer op een uitkering. Dit strookte niet met het

1 Andrea van den Bosch en Tarik Uçar zijn beiden werkzaam bij Pensioenfonds Horeca en Catering.

2 Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen, maart 2007, p. 10.

3 Hier wordt bedoeld ‘zieke’ werknemers die nog geen recht hebben op een uitkering conform de WIA, maar zich wel in de wachttijd van 104 dagen bevinden.

doel van de WMK, namelijk het wegnemen van belemmeringen bij de toegang tot de arbeid.

Daarnaast waren er grote verschillen tussen verzekeraars en pensioenfondsen ten aanzien van het verzekeren van het in- en uitlooprisico. Bij het inlooprisico wordt doorgaans gekeken naar de eerste dag waarop een werknemer recht heeft op een uitkering conform de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Een werknemer die kampt met gezondheidsklachten en die zich in de wachttijd⁴ van 104 dagen bevindt, heeft bij een (mogelijk noodgedwongen) wisseling van pensioenuitvoerder bij wie alleen het inlooprisico is gedekt, recht op een arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrije voortzetting van deelname. Stel dat de werknemer naar een pensioenuitvoerder gaat waar alleen het uitlooprisico wordt gedekt, dan heeft hij vermoedelijk geen recht op een arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrije voortzetting van deelname. Bij het uitlooprisico wordt namelijk de voorwaarde gesteld dat de werknemer die kampt met gezondheidsklachten al deelnemer had moeten zijn op de eerste ziektedag.

Deze problematiek geldt evengoed voor een gedeeltelijk arbeidsgeschikte⁵ werknemer. Deze werknemer kan nog arbeid verrichten voor het deel waarvoor hij arbeidsgeschikt is. Stel, de werknemer wisselt van werkgever (en daardoor ook van pensioenuitvoerder) en de mate van arbeidsongeschiktheid van deze werknemer neemt toe. Als de pensioenuitvoerder van zijn werkgever het inlooprisico dekt, dan betekent dit dat de pensioenuitvoerder alleen de toename van de arbeidsongeschiktheid dekt. Als het uitlooprisico is verzekerd, dan dekt de vorige pensioenuitvoerder de toename van de arbeidsongeschiktheid.

2 DE TOTSTANDKOMING VAN BEIDE CONVENANTEN IN VOGELVLUCHT

Patiëntenorganisaties en het Verbond van Verzekeraars hebben (op aandringen van het kabinet) samen afspraken gemaakt om de belemmeringen bij de toegang tot arbeid weg te nemen. Deze afspraken zijn vastgelegd in het Van Leeuwen-convenant, vernoemd naar oud-politica Hannie van Leeuwen, die naar verluidt een bindende en doorslaggevende rol heeft

⁴ Art. 23, lid 1, WIA.

⁵ Zie art. 4 en 5 WIA voor een definitie van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid en gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid.

gespeeld bij het maken van deze afspraken. Haar inzet heeft geleid tot de voor verzekeraars bindende afspraken in het convenant.

Pensioenfondsen nodig om meer uniformiteit te creëren

De afspraken in het Van Leeuwen-convenant bleken niet voldoende te zijn om het beoogde doel te bereiken, nl. het bevorderen van de arbeidsmobiliteit en het verbeteren van de toegang tot betaalde arbeid. Het Van Leeuwen-convenant was geënt op verzekeraars en niet op pensioenfondsen. Dit terwijl circa 85% van de werknemers in Nederland met een pensioenregeling aangesloten is bij een pensioenfonds. Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die onder de Pensioenwet vielen, vielen niet onder het Van Leeuwen-convenant. Hierdoor werden werknemers die al gedeeltelijk arbeidsongeschikt waren, van baan wisselden en van verzekeraar naar pensioenfonds overstapten nog steeds benadeeld. Geurtsen⁶ concludeerde in 2010 dat het van belang is dat er geen discrepantie ontstaat tussen pensioenfondsen en -verzekeraars en dat discrepantie juist ontstaat als er wordt vastgehouden aan de uitgangspunten in het convenant. Om de omissie recht te zetten dat er voor het grootste deel van de arbeidsmarkt, de werknemers in Nederland met een pensioenregeling, geen uniforme afspraken waren gemaakt, moest er een nieuw convenant komen.

Een nieuw convenant

Vier jaar later, op 23 januari 2013, trad onder toezicht van minister Donner een nieuw convenant in werking, het convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen en de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. Bij de totstandkoming van dit convenant heeft, naast de patiëntenorganisaties en het Verbond van Verzekeraars, ook de Pensioenfederatie een belangrijke rol gespeeld. In dit convenant zijn de eerdere afspraken uit het Van Leeuwen-convenant verder aangescherpt, zodat de rechten van werknemers bij het wisselen van werkgever nog beter beschermd zouden worden en de baanmobiliteit blijvend bevorderd zou worden. Maar de allerbelangrijkste aanvulling is dat er sinds 2013 ook uniforme afspraken zijn gemaakt met betrekking tot de regelingen omtrent arbeidsongeschiktheid die onder de Pensioenwet vallen. Met deze afspraken is beoogd dat niemand meer bij wisseling van werkgever zijn recht op een arbeidsongeschiktheidspensioen verliest. Hiermee is voor zieke en arbeidsongeschikte werknemers

6 B. Geurtsen, 'In- en uitloopriscio bij arbeidsongeschiktheid', *Pensioen en praktijk*, 2010, nr. 6, p. 13.

een ernstige belemmering voor het zo goed mogelijk benutten van hun mogelijkheden op de arbeidsmarkt weggenomen.

3 HET VAN LEEUWEN-CONVENANT; WAT IS ER AFGESPROKEN?

In het Van Leeuwen-convenant is onder andere opgenomen dat een carenzaar niet meer is toegestaan. Wel is het toegestaan een antimisbruikbepaling op te nemen. Bij arbeidsongeschiktheid houdt dit in dat de verzekeraar binnen omschreven voorwaarden de uitkering op premievrijstelling kan weigeren als de werknemer binnen een jaar na aanvang van de verzekering of indiensttreding zijn werkzaamheden (deels) staakt wegens ziekte en de gezondheidstoestand van de werknemer dit ten tijde van aanvang van de verzekering of indiensttreding redelijkerwijs moest doen verwachten. Daarnaast is de werknemer die op de dag van indiensttreding of ingangsdatum van de verzekering niet of niet volledig in staat is de bedongen arbeid te verrichten niet verzekerd is voor het arbeidsongeschiktheidsrisico. Pas indien de werknemer alsnog vier weken de bedongen arbeid onafgebroken heeft verricht, is er dekking. Er is verder afgesproken dat verzekeraars uitloopekking verstrekken. Met betrekking tot de antimisbruikbepaling bij overlijden is afgesproken dat verzekeraars zich kunnen wenden tot de Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens als de verzekerde binnen een jaar na aanvang van de verzekering, huwelijk of gemeenschappelijk huishouden overlijdt.

4 INHOUD VAN HET CONVENANT ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSPENSIEN EN PREMIEVRIJSTELLING

De belangrijkste afspraak in het convenant betreft het hanteren van uniformiteit bij het verlenen van dekking omtrent het in- en uitlooprisico bij arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling vanwege arbeidsongeschiktheid. Voor het arbeidsongeschiktheidspensioen geldt dat het uitlooprisico volledig wordt gedekt. Dat betekent dat een eventuele toename van de arbeidsongeschiktheid bij een werknemer die is overgestapt naar een andere pensioenuitvoerder wordt gedekt door de pensioenuitvoerder waar de werknemer deelnemer was op de eerste ziektedag. Let wel dat het convenant niet voorschrijft dat er dekking voor arbeidsongeschiktheidspensioen dient te zijn in de pensioenregeling. De inhoud van de pensioenregeling is en blijft aan sociale partners. Het convenant geeft wel regels

ingeval er in de pensioenregeling een arbeidsongeschiktheidspensioen is verzekerd.

In afwijking van de afspraken voor arbeidsongeschiktheidspensioen is er voor de dekking van premievrije deelneming wegens arbeidsongeschiktheid gekozen voor een beperkt uitlooprisico.⁷ Voor de mate van dekking bij de oude pensioenuitvoerder wordt gekeken naar de mate van arbeidsongeschiktheid zoals die gold bij einde van het dienstverband. Bij verzekeraars is dit veelal ook volgens de regeling die gold bij uitdiensttreding. Bij wijziging van regeling blijft de deelnemer dan veelal in oude regeling achter, maar dit hoort vastgelegd te zijn in zowel de uitvoeringsovereenkomst als de pensioenuitvoervereenkomst. Bij pensioenfondsen vindt de premievrije opbouw altijd plaats volgens de regeling zoals die ook geldt voor de andere deelnemers in het collectief. Deze kan dus voor de deelnemer wijzigen. Voor het arbeidsgeschikte deel is de deelnemer in dienst bij een nieuwe werkgever en bouwt hij pensioen op volgens de pensioenregeling van de nieuwe werkgever. Bij een stijging van de mate van arbeidsongeschiktheid wordt logischerwijs de premie van de nieuwe pensioenregeling vrijgesteld. De dekking bij de oude pensioenuitvoerder is derhalve begrensd tot het niveau zoals dat was op het moment van beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Ook is opgenomen dat een pensioenuitvoerder geen carenzperiode mag hanteren. Onder een carenzperiode wordt verstaan de situatie dat een deelnemer deelneemt aan een pensioenregeling, maar dat er gedurende een periode geen recht op dekking of premievrijstelling is. Het is wel mogelijk om een antimisbruikbepaling op te nemen. De inbreng die pensioenfondsen hebben gehad bij het tot stand komen van het convenant arbeidsongeschiktheid en premievrijstelling heeft geleid tot enkele opmerkelijke verschillen met het Van Leeuwen-convenant. De periode dat een pensioenuitvoerder een uitkering van arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrijstelling mag weigeren als de gezondheidstoestand van de werknemer bij indiensttreding dit moest doen verwachten is in het nieuwe convenant slechts een halfjaar. Met dien verstande dat de bewijslast bij de pensioenuitvoerder ligt en dat de pensioenuitvoerder in eerste instantie de beoordeling door het UWV moet volgen.

Het convenant is voor verzekeraars bindend. Voor pensioenfondsen heeft het weliswaar geen bindende werking, maar door de sterke inbreng van

7 J. Dilling, 'Arbeitsongeschiktheid en pensioen', *VPF* 2013/96.

sociale partners en de Pensioenfederatie wordt het convenant goed nageleefd. Dit blijkt ook uit de gehouden evaluatie bij pensioenuitvoerders.⁸

5 EVALUATIE VAN HET CONVENANT INZAKE ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSPENSIOEN EN PREMIEVRIJSTELLING

In een brief van 18 juli 2013 kondigde staatssecretaris Jetta Klijnsma onder andere aan dat het convenant na drie jaar zou worden geëvalueerd.⁹ Eind 2016 is een evaluatie gestart naar de naleving van het convenant over de periode 2013 tot en met 2016. Uit die evaluatie bleek kortgezegd dat datgene wat bij de totstandkoming was beoogd, ook is bereikt.¹⁰ Op basis van de uitkomsten van het overleg is voorgesteld om het convenant ongewijzigd voort te zetten. Er is één extra toelichting gegeven met betrekking tot vrijwillig te sluiten verzekeringen voor nabestaandenpensioen. Ook hierbij geldt dat er geen carenztijden gehanteerd mogen worden. Wel is het zo dat de bewijslast, in tegenstelling tot arbeidsongeschiktheidsdekking, niet bij voorbaat bij de pensioenuitvoerder ligt. Bij de evaluatie zijn echter ook enkele knelpunten¹¹ in de regelgeving geconstateerd. Het gaat om de volgende knelpunten.

- De premievrijstelling vanwege arbeidsongeschiktheid eindigt voor deelnemers die geen aanvullend arbeidsongeschiktheidspensioen ontvangen op de AOW-ingangsdatum. De AOW-ingangsdatum loopt tot 2022 niet gelijk met de pensioenrichtleeftijd die nu 67 jaar is. Hierdoor zouden deelnemers met een inkomen onder de WIA-grens in een nadeligere positie worden gebracht dan arbeidsongeschikte deelnemers die wel in aanmerking komen voor een aanvullend arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit kan ongewenst zijn en kan middels een kleine wijziging in de regelgeving eenvoudig ondervangen worden. Indien de mogelijkheid geboden zou worden om het ouder-

8 O.a. Pensioenfonds Horeca en Catering, Pensioenfonds Zorg & Welzijn en Stichting Pensioenfonds ABP hebben de afspraken uit het convenant voor een belangrijk deel overgenomen in hun reglement.

9 Kamerstukken II, 2012-2013, 32 043, nr. 170.

10 Brief van 30 maart 2017 van Pensioenfederatie en Verbond van verzekeraars inzake evaluatie convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling, p. 1.

11 Brief van 30 maart 2017 van Pensioenfederatie en Verbond van verzekeraars inzake evaluatie convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling, p. 3.

dompensioen dat is opgebouwd uit hoofde van de dekking van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid voor alle deelnemers voort te zetten tot aan de pensioenrichtleeftijd van de betreffende pensioenregeling, zou het zijn opgelost. Op dit moment is deze mogelijkheid er nog niet en eindigt de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid op het moment dat de deelnemer diens individuele AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

- Een opmerkelijke opmerking gaat over de pensioenvoorziening voor Wajongers en mensen met een WSW-indicatie. Doordat de inkomens vanwege de toepassing van loondispensatie niet of nauwelijks boven de franchise uitkomen, bouwen zij materieel geen pensioen op. Deze kwestie speelt al sinds 2010 en de Stichting van de Arbeid heeft hier meerdere malen (laatstelijk op 16 november 2016) aandacht voor gevraagd bij het kabinet. De Stichting van de Arbeid heeft gezamenlijk met pensioenuitvoerders al in 2010 de oplossing naar voren gebracht om de vastgestelde verdien capaciteit bij de groep Wajongers en de vastgestelde loonwaarde bij werknemers met een WSW-indicatie te beschouwen als een deeltijdfactor. Deze kan naar analogie van de wijze waarop met een deeltijdfactor wordt omgegaan op de pensioenfranchise worden toegepast. Dit leidt ertoe dat voor veel van de betrokkenen een zekere mate van pensioenopbouw in de aanvullende pensioenregeling kan worden gerealiseerd. Middels de opmerking in de evaluatie van het convenant vragen pensioenfondsen en verzekeraars nogmaals aandacht voor de pensioenopbouw van Wajongers en mensen met een WSW-indicatie.
- Een zeer reële, maar ook geen nieuwe opmerking is een oneigenlijk verschil in regelgeving tussen verzekeraars en pensioenfondsen. Verzekeraars mogen bij premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid de opbouw namelijk baseren op een bevroren pensioengrondslag van het jaar van arbeidsongeschiktheid. Hierbij wordt van de bindendheid van het contract uitgegaan. Immers de verzekeraar heeft zich contractueel gebonden aan een vooraf vastgelegde uitkering indien zich arbeidsongeschiktheid voordoet. Pensioenfondsen bieden geen verzekeringscontracten aan, maar stellen deelname aan pensioenregelingen ter beschikking. Deze regelingen kunnen aangepast worden, wat ook kan inhouden dat de toekomstige opbouw van arbeidsongeschikten kan worden aangepast. Dat is waarom de Belastingdienst bij pensioenfondsen de stelling hanteert dat de meest actuele franchise gebruikt moet worden. Dit doet echter geen recht aan de doelstelling die ten grondslag lag aan het opnemen van een arbeidsongeschiktheidsdekking in de regelingen en de belangen van de deelnemer. Gelet op deze

punten zou het wenselijk zijn om de wijze van uitvoeren van de premievrijstelling voor pensioenfondsen en verzekeraars gelijk te stellen. De Pensioenfederatie heeft dit punt reeds op 11 februari 2016 als op te lossen fiscaal knelpunt bij het kabinet kenbaar gemaakt.

Hoe nu verder?

De pensioenuitvoerders hebben in het belang van arbeidsongeschikte deelnemers en hun arbeidsmarktpositie hun verantwoordelijkheid genomen en een goed werkbaar convenant afgesloten. Op basis van de evaluatie van dit jaar blijkt dat het convenant in de praktijk goed werkt en is er geen directe noodzaak om de afspraken die zijn gemaakt te wijzigen of om nieuwe afspraken te maken. Er zijn echter ook verschillende knelpunten genoemd in regelgeving die het verhinderen dat de belangen van de arbeidsongeschikte deelnemers nog beter behartigd kunnen worden. Naar onze opinie is nu het kabinet aan zet. Daar waar het vorige kabinet verstek liet gaan, zou het nieuwe kabinet hier voor individuele deelnemers een groot verschil kunnen maken. Het lijstje met de op te lossen knelpunten en de oplossingen ligt klaar. Sommige zelfs al sinds 2010.

Fusie en overname: de gevolgen voor het pensioen van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer; ‘Hosanna’?

Mr. J. Kaldenberg en mr. C. Claessens¹

1 INLEIDING

Ondernemingen willen groeien, schaalvoordelen creëren en kosten reduceren. Dit alles kan bewerkstelligd worden door een fusie of bedrijfsovername. De laatste jaren neemt dit verschijnsel een vlucht. Zo werden er in 2016 in totaal 523 fusies en overnames gemeld bij de Sociaal-Economische Raad (‘SER’). In vergelijking tot 2015 gaat het om een stijging van 22%. Het aantal fusiemeldingen neemt sinds 2012 weer ieder jaar toe.² ‘Hosanna’ (‘gezegende dag’, in de christelijke liturgie) voor de ondernemer, maar geldt dat ook voor de arbeidsongeschikte werknemer? Of is het ‘Hosha Na’ (‘Help nu!’ in de Joodse liturgie)?

Kostenefficiënter worden, een betere concurrentiepositie, winstverhoging, noem het op. De onderhandelingen bij een fusie of overname richten zich vaak voornamelijk op deze speerpunten. Het fuseren van de arbeidsvoorwaarden van de individuele werknemers en met name het handhaven van de kwaliteit van het pensioen, spelen bij de onderhandelingen in onze beleving vaak een kleinere rol. Althans, krijgen vaak niet de aandacht die zij in onze optiek verdienen. Dat geldt misschien nog wel in versterkte mate voor het pensioen van (langdurig) arbeidsongeschikte werknemers die bij een fusie of overname betrokken zijn. De kans bestaat dat zij – al dan niet nog deels aan het werk – vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid langzaam uit het beeld zijn geraakt van de bij de fusie of overname betrokken partijen en met hen de (reeds opgebouwde) pensioenaanspraken. Dit terwijl de gevolgen mogelijk groot kunnen zijn. Zowel voor de werkgever (in de hoedanigheid van vervreemder of verkrijger) als voor

1 Jim Kaldenberg is advocaat bij Delissen Martens Advocaten; Cynthia Claessens is advocaat bij Ludwig Alexander Advocatuur.
2 Bron: SER, ‘Aantal fusiemeldingen in 2016 opnieuw gestegen’, 9 januari 2017, <https://www.ser.nl/nl/actueel/nieuws/2010-2019/2017/20170109-fusiemeldingen-2016.aspx>.

de werknemer. Met name zal de vraag rijzen wat er na de fusie of overname, al dan niet met wisseling van pensioenuitvoerder tot gevolg, gebeurt met een arbeidsongeschiktheidspensioen en/of premievrijstelling. Zoals hierna zal blijken kunnen dergelijke aanspraken na een fusie of overname verloren gaan, met alle gevolgen van dien voor de arbeidsongeschikte werknemer.

In dit artikel zullen wij stilstaan bij de positie van (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemers en de gevolgen die een fusie of overname kan meebrengen voor de voor hen geldende pensioenregeling. Meer specifiek zal het daarbij gaan om de gevolgen ten aanzien van het arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling. Na een algemene beschrijving van de varianten van fusies en overnames en de impact daarvan op de rechtspositie van de arbeidsongeschikte werknemer, zullen wij ingaan op de gevolgen ten aanzien van het pensioen en dan met name de risico's bezien vanuit de werknemer voor het (verval van aanspraken op een) arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling. Tevens stellen wij ter discussie in hoeverre deze risico's door de werknemer afgewenteld kunnen worden op de vervreemder en/of de verkrijger. Tot slot gaan wij op zoek naar een mogelijke oplossing zodat de risico's voor beide partijen (werknemer en werkgever) weggenomen kunnen worden.

2 FUSIES EN OVERNAMES

2.1 De varianten

Fusies en overnames komen voor in drie varianten: de aandelenfusie, de juridische fusie en de bedrijfsfusie, elk met eigen rechtsgevolgen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.

Bij een aandelenfusie gaat de zeggenschap van de onderneming over door middel van een aandelentransactie. Door deze transactie wordt een overheersende positie opgebouwd door de verkrijgende vennootschap in de onderneming van de vervreemder. Nu een dergelijke fusie 'slechts' leidt tot een wijziging van de zeggenschap binnen de onderneming, doch niet tot een wijziging van het (formeel) werkgeverschap, blijven de arbeidsvoorwaarden en daarmee ook de pensioenovereenkomst van de werknemers ongewijzigd in stand.

De juridische fusie, waarbij het vermogen van de rechtspersoon onder algemene titel overgaat van de vervreemder op de verkrijger, houdt in

dat de betrokken rechtspersonen volledig juridisch samensmelten. De verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst gaan als gevolg van de overgang onder algemene titel van rechtswege over op de verkrijger.

Wanneer er een overdracht van activiteiten van een onderneming of een onderdeel daarvan plaatsvindt, waarbij de activa en passiva overgaan op de verkrijgende partij of onderdelen hiervan, is sprake van een bedrijfsfusie. Door de overdracht komen de werknemers in dienst van de verkrijger, indien de bedrijfsfusie ook kwalificeert als een overgang van onderneming. De arbeidsovereenkomst en arbeidsvoorwaarden van de werknemer gaan in dat geval op grond van art. 7:662 e.v. BW van rechtswege over op de verkrijger.

Indien de bedrijfsfusie kwalificeert als een overgang van onderneming, dan is de hoofdregel dat de pensioenverplichtingen op grond van art. 7:664 BW mee overgaan van de vervreemder op de verkrijger. Op deze hoofdregel bestaat echter een viertal uitzonderingen. Art. 7:664 BW bepaalt dat er een keuzerecht geldt als de verkrijger zelf een pensioenregeling heeft. De verkrijger mag de oude pensioenregeling zoals deze van toepassing was bij de vervreemder handhaven of de verkrijger mag de eigen pensioenregeling toepassen op de overgenomen werknemers. Deze keuze is er niet wanneer de verkrijger valt onder een verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds. Dan moet de overgenomen werknemer gaan deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds. Hierbij speelt geen rol of de regeling van de verkrijger ongunstiger of juist gunstiger is voor de werknemers. De verkrijger is verplicht de over te nemen werknemers de bij de verkrijger geldende pensioenregeling aan te bieden, wanneer de verkoper geen pensioenregeling heeft. Deze laatste uitzondering volgt uit art. 9 PW.

2.2 Gaat de arbeidsongeschikte werknemer altijd mee over?

Zonder op deze plaats al te uitgebreid op dit onderwerp in te gaan, is het goed erop bedacht te zijn dat indien er sprake is van een overgang van onderneming, dat niet altijd hoeft te betekenen dat de arbeidsongeschikte werknemer mee overgaat. Om aanspraken te kunnen ontlenen aan het leerstuk van overgang van onderneming, dient op het moment van de overgang in ieder geval sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst tussen

de vervreemder en de (arbeidsongeschikte) werknemer.³ Een arbeidsovereenkomst alleen is echter niet voldoende. De werknemer dient namelijk ook te kunnen worden ‘toegerekend’ aan de onderneming (of een deel daarvan) van de vervreemder die overgaat op de verkrijger. De ‘feitelijke band’ tussen de werknemer en (dat onderdeel van) de onderneming is daarvoor blijkens de jurisprudentie beslissend.⁴ Indien de onderneming (simplistisch voorgesteld) bestaat uit twee afdelingen (Afdeling A en Afdeling B) die als twee afzonderlijke economische eenheden aangemerkt kunnen worden en alleen Afdeling A wordt overgedragen, dan zullen de werknemers die louter werkzaam zijn binnen Afdeling B in beginsel niet mee overgaan. Zij kunnen immers niet aan Afdeling A worden toegerekend. Er kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen waarin de feitelijke band (in ieder geval tijdelijk) afwezig lijkt. Een werknemer van Afdeling A kan immers tijdelijk geschorst zijn, geruimere tijd onbetaald verlof hebben opgenomen of (langdurig) arbeidsongeschikt zijn.

Het criterium in dergelijke situaties om te kunnen bepalen of de werknemer ondanks feitelijke afwezigheid toch aan de overgedragen onderneming (of een onderdeel daarvan) kan worden toegerekend, lijkt te zijn of de afwezigheid ‘duurzaam’ van aard is. Het is dan ook denkbaar dat een langdurig arbeidsongeschikte werknemer toch geen beroep toekomt op overgang van onderneming, indien zijn arbeidsongeschiktheid duurzaam van aard is. Duurzaamheid suggereert dat een terugkeer in de eigen functie dan wel een passende functie binnen de overgedragen onderneming niet meer mogelijk geacht wordt, hetgeen zal moeten blijken uit het re-integratiedossier.⁵

Daar waar het in het navolgende gaat over een overgang van onderneming, gaan wij ervan uit dat ook de arbeidsongeschikte werknemer mee overgaat naar de verkrijger.

3 HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150. Dit is de reden dat uitzendkrachten geen beroep kunnen doen op overgang van onderneming, indien de inlener fuseert of wordt overgenomen. De arbeidsovereenkomst bestaat immers met de uitlener.

4 Hof Amsterdam 10 augustus 2010, nr. 200.061.569/01, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8222, *JAR* 2010/232; Hof Den Haag 16 juni 2009, nr. 105005366-01, ECLI:NL:GHS-GR:2009:BJ3497.

5 Hof Leeuwarden 14 juni 2012, nr. 200.098.116/01, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX4509; Rechtbank Limburg 6 maart 2017, nr. 5679970 CV EXPL 17-878, ECLI:NL:RBLIM:2017:2068.

3 PENSIOENGEVOLGEN ARBEIDSONGESCHIKTEN (ALGEMEEN)

3.1 Gevolgen ten aanzien van de uitvoering van de pensioenregeling

Zoals wij hiervoor zagen is het uitgangspunt dat de pensioenregeling mee overgaat naar de verkrijger. Dat hoeft echter niet te betekenen dat ook de uitvoerder van de pensioenregeling na de overgang hetzelfde blijft. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de pensioenregeling eerst werd uitgevoerd door een bedrijfstakpensioenfonds en na de overgang zal worden uitgevoerd door een verzekeraar. De wisseling van uitvoerder kan gevolgen hebben voor zowel de verkrijgende werkgever als voor de werknemer. De verkrijger wordt mogelijk geconfronteerd met hogere (uitvoerings)kosten, terwijl de werknemer geconfronteerd kan worden met een wijziging van de indexatie van reeds opgebouwde rechten.

De uitvoering van de pensioenregeling kan in geval van een aandelenfusie ook wijzigen doordat een eerder door de vervreemder verkregen vrijstelling na de fusie komt te vervallen. Op grond van art. 3 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 ('VVB') kan het bedrijfstakpensioenfonds een groepsvrijstelling verlenen indien de werkgever deel uitmaakt of deel is gaan uitmaken van een groep. Het gaat om een groep als bedoeld in art. 2:24b BW. Het is goed denkbaar dat als gevolg van een aandelenfusie een onderneming niet langer deel uitmaakt van de betreffende groep en daarmee ook geen rechten meer kan ontlenen aan de vrijstelling.

De gevolgen van andere vormen van fusie of overname voor een verleende vrijstelling worden geregeld in art. 7a e.v. VVB. Daarbij is mede van belang in hoeverre de vervreemder en de verkrijger reeds over vrijstellingen van hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds beschikken. Het voert voor de behandeling van dit artikel te ver om alle situaties waarin een vrijstelling al dan niet kan worden behouden in het licht van de verschillende vormen van fusie en overname te behandelen.

Bij een juridische fusie gaat de uitvoeringsovereenkomst die de verkoper heeft met de pensioenuitvoerder over op de verkrijger. Tot besluit hangt de uitvoering bij de bedrijfsfusie af van wat daarover is bepaald in de statuten en reglementen van de pensioenuitvoerder.

3.2 Gevolgen voor werknemer ten aanzien van opgebouwde rechten

Voor de situatie waarin een fusie of overname leidt tot een wisseling van pensioenuitvoerder zijn geen specifieke wettelijke regels beschikbaar die de gevolgen bepalen voor reeds opgebouwde rechten. Duidelijk is dat opgebouwde rechten worden beschermd (het aantastverbod van art. 20 PW). Dat neemt echter niet weg dat de waarde van deze opgebouwde rechten beïnvloed kan worden door de wijze van de indexeren.

Als de rechten achterblijven bij de oude pensioenuitvoerder, dan worden de werknemers voor dat deel van hun pensioen 'slaper'. De kwalificatie als slaper is relevant in verband met toekomstige indexaties, nu de pensioenaanspraken van een slaper in principe op gelijke wijze geïndexeerd dienen te worden als die van gepensioneerden. Dit volgt uit art. 58 PW. De rechten van gepensioneerden worden vaak geïndexeerd aan de hand van de prijsindex; die van actieve deelnemers aan de hand van de vaak hogere loonindex. Dat houdt in dat de achtergebleven rechten minder groeipotentie (rendement) hebben, hetgeen een achteruitgang betekent voor deze groep werknemers. Nu het aangeboden krijgen van een ongunstigere pensioenregeling in beginsel (hierna zullen wij nog behandelen wanneer dat mogelijk anders is) niet tot compensatie hoeft te leiden door de verkrijger, kan de fusie of overname met wisseling van pensioenuitvoerder tot gevolg (ervan uitgaande dat geen waardeoverdracht plaatsvindt) alleen al voor de arbeidsgeschikte werknemer grote gevolgen hebben voor zijn pensioenaanspraken.

Geldt dit in gelijke mate ook voor (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten of lopen zij grotere risico's? Om dat te beoordelen, kijken we eerst naar de pensioenpositie van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer in zijn algemeenheid.

Veel werknemers bouwen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst aanvullend pensioen op. Een groot deel van deze werknemers neemt deel in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. De wijze waarop de verschuldigde premie dient te worden voldaan, is afhankelijk van hetgeen daarover is opgenomen in het pensioenreglement of hetgeen is afgesproken tussen werkgever en werknemer. Veelal is de betaling van de verschuldigde premie verdeeld over de werkgever en de werknemer. Maar wat nu als je (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt raakt?

In de meeste pensioenregelingen en pensioenverzekeringen is opgenomen dat wanneer de werknemer (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt is, de pensioenuitvoerder de betaling van de pensioenpremie overneemt: de zogenoemde premievrijstelling of gedeeltelijke premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. Daarnaast wordt vaak voorzien in een arbeidsongeschiktheidspensioen ter aanvulling van het inkomen na afloop van de 104-wekenperiode, te weten de wachttijd voor een eventuele WIA-uitkering.

De premievrijstelling en het arbeidsongeschiktheidspensioen zijn niet wettelijk geregeld, zodat pensioenuitvoerders in principe vrij zijn eigen regelingen en voorwaarden te hanteren. Toch hebben wij de indruk dat de inhoud van deze regelingen bij de meeste uitvoerders gelijk is. Dat heeft te maken met het 'Convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen' dat op 23 januari 2013 is afgesloten door de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars (hierna: 'het Convenant'). Het Convenant diende uiterlijk op 1 januari 2014 door de aangesloten pensioenuitvoerders te worden geïmplementeerd.

Over de inhoud van het Convenant en de rol die dit kan spelen in de door ons gesignaleerde problematiek, volgt hierna meer.

Om aanspraak te kunnen maken op premievrijstelling of de uitkering van een arbeidsongeschiktheidspensioen, is in ieder pensioenreglement bepaald dat sprake dient te zijn van arbeidsongeschiktheid. Tevens hanteren sommige pensioenuitvoerders een ondergrens. Premievrijstelling wordt gegeven c.q. een arbeidsongeschiktheidspensioen wordt uitgekeerd indien sprake is van een minimum arbeidsongeschiktheidspercentage. Het arbeidsongeschiktheidspercentage zal doorgaans moeten worden afgeleid uit de WIA-beschikking.

In de regel geldt bijvoorbeeld dat hoe hoger het arbeidsongeschiktheidspercentage, hoe minder premie de werknemer zelf betaalt. Verder verlenen veel pensioenuitvoerders alleen premievrijstelling als de werknemer een uitkering ter hoogte van minimaal het wettelijk minimumloon ontvangt.

Door het pensioenfonds wordt bij het bepalen van de premie-overname niet uitsluitend gekeken naar de mate van arbeidsongeschiktheid, die doorgaans uit de WIA-beschikking zal volgen. Of de werknemer een WIA-uitkering krijgt, speelt ook een rol. Tegen het einde van de wachttijd voor de WIA (die 104-weken bedraagt) wordt het re-integratiedossier door het

Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen ('UWV') beoordeeld ten einde vast te kunnen stellen of de werknemer recht heeft op een WIA-uitkering. Een van de uitkomsten van het onderzoek van het UWV kan zijn dat de werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is, in welk geval de mate van arbeidsongeschiktheid onvoldoende is voor een recht op de WIA-uitkering. De werknemer die na afloop van de wachttijd voor minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt beoordeeld – en derhalve geen recht heeft op een WIA-uitkering – zal tevens dekking missen voor een premievrijstelling of arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit is ook het uitgangspunt in het Convenant. De dekking kan herleven indien de werknemer binnen vier weken na afloop van de wachttijd alsnog meer dan 35% arbeidsongeschikt wordt verklaard (par. 2.3 Convenant).

Welke invloed heeft dit alles nu op de pensioenopbouw?

3.3 De pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid

Wanneer de werknemer arbeidsongeschikt raakt en in aanmerking komt voor premievrijstelling, dan bouwt de werknemer niet meer op zoals hij deed in een gezonde situatie. Komt de werknemer in aanmerking voor een WIA-uitkering, dan is de pensioenopbouw gebaseerd op het laatstverdiende salaris. In de regel is dat het salaris dat de werknemer in het tweede ziektejaar ontving van de werkgever. Dat is 70% van het reguliere salaris in een gezonde situatie, maar daarvan kan ten gunste van de werknemer worden afgeweken. En dat gebeurt ook regelmatig, zie daarover hierna. De pensioenopbouw vindt dan plaats over deze 70% en dat kan zeer ongunstig uitpakken voor de werknemer die arbeidsongeschikt is. De werknemer wordt dan later geconfronteerd met een pensioengat.

Maar wat nu als de werkgever overgenomen wordt of gaat fuseren? Welke rechtsgevolgen heeft dat mogelijk nog voor de werknemer?

4 PENSIOENGEVOLGEN ARBEIDSONGESCHIKTEN (MEER SPECIFIEK)

4.1 Inleiding

In het voorgaande is (kort) stilgestaan bij de verschillende varianten van fusies en overnames en de meer algemene gevolgen daarvan voor de arbeidsongeschikte werknemer ten aanzien van het pensioen. In het navol-

gende zal meer specifiek worden ingezoomd op de gevolgen ten aanzien van het pensioen van de arbeidsongeschikte werknemer.

Wat gebeurt er met het door de arbeidsongeschikte werknemer opgebouwde pensioen na fusie of overname? Maakt het daarbij uit in welke fase van arbeidsongeschiktheid de werknemer zich bevindt c.q. op welk moment in het arbeidsongeschiktheidstraject de fusie of overname plaatsvindt? Vragen die in het navolgende aan de orde zullen komen.

4.2 Moment van de overgang

Bekend zal zijn dat de werknemer in geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte gedurende 104 weken recht behoudt op het naar tijdruimte vastgestelde loon. Dit volgt uit art. 7:629 BW. Het uitgangspunt volgens dit artikel is, dat de hoogte van de loondoorbetalingsplicht minimaal 70% bedraagt. Van de wettelijke regeling mag ten gunste van de werknemer worden afgeweken en dat gebeurt in de praktijk ook regelmatig. Bezien over de gehele periode van 104 weken is eind 2004 door de sociale partners binnen de SER echter bepaald dat de loonbetalingsplicht maximaal 170% bedraagt. Gedurende deze periode van arbeidsongeschiktheid loopt de pensioenopbouw meestal op het gebruikelijke niveau door. Fiscaal gezien mag de pensioenopbouw (gedurende de volledige periode van 104 weken) overigens worden gecontinueerd op basis van 100% van het oorspronkelijke salaris. Dat wil zeggen het salaris dat van toepassing was voordat sprake was van arbeidsongeschiktheid. Zulks volgt uit art. 18g, lid 2, onderdeel e, Wet LB 1964 jo. art. 10b, lid 4, Uitv.besl. LB 1965.

Is een werknemer langer dan 104 weken arbeidsongeschikt, dan valt de werknemer (mits zoals wij hiervoor hebben gezien 35% of meer arbeidsongeschikt) terug op een WIA-uitkering. In de meeste pensioenregelingen is, zoals wij eveneens zagen, in dat geval vastgelegd dat de pensioenopbouw dan (premievrij) wordt voortgezet en/of een arbeidsongeschiktheidspensioen wordt uitgekeerd. Wat nu indien gedurende de periode van arbeidsongeschiktheid een fusie of overname plaatsvindt? De kans is groot dat als gevolg daarvan een wisseling plaatsvindt van de pensioenuitvoerder. Dit zal met name zo zijn in geval van een bedrijfs- of juridische fusie. In dat geval is er in onze beleving meestal ook sprake van overgang van onderneming. Het uitgangspunt is, zoals wij hiervoor al zagen, dat in dat geval de pensioenovereenkomst en daaruit voortvloeiende aanspraken mee overgaan op de verkrijger.

Gedurende voornoemde periode van 104 weken verplichte loondoorbetaling door de werkgever, geldt het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670, lid 1, BW) en kan de arbeidsovereenkomst in beginsel niet worden beëindigd. De arbeidsongeschikte werknemer kwalificeert in deze periode doorgaans nog als deelnemer in de voor hem geldende pensioenregeling. Na afloop van de 104-wekenperiode zal deze status wijzigen, indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. De werkgever (ervan uitgaande dat dat in deze situatie de vervreemder is) kan de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV opzeggen, of werkgever en werknemer sluiten een beëindigingsovereenkomst. De status van de werknemer zal in dat geval wijzigen van deelnemer in gewezen deelnemer. Relevant is het moment waarop de fusie of overname plaatsvindt, indien deze kwalificeert als een overgang van onderneming.

4.3 Fusie of overgang na einde arbeidsovereenkomst

Indien de overgang van onderneming plaatsvindt (wij gaan hier uit van een overgang als gevolg van een bedrijfsfusie) op het moment dat de arbeidsovereenkomst reeds is beëindigd – en de werknemer daarmee de status van gewezen deelnemer heeft verkregen – dan zal de betreffende werknemer niet te maken hebben met een eventuele wisseling van pensioenuitvoerder, indien die aan de orde is. De werknemer was op het moment van de fusie of overname immers niet meer in dienst van de vervreemder. Zijn pensioenovereenkomst wordt niet geraakt door de bepalingen inzake overgang van onderneming (art. 7:662 BW e.v.). Met het einde van de arbeidsovereenkomst (en daarmee het einde van de deelname in de pensioenregeling van de vervreemder) stopt – tenzij er sprake is van vrijwillige voortzetting of afwijkende afspraken op grond van bijvoorbeeld een sociaal plan – ook de verdere opbouw van het pensioen. Denkbaar is dat de vervreemder tekortschiet in de nakoming van dergelijke afwijkende afspraken (de premies worden niet meer afgedragen) of dat de vervreemder is reeds in een eerder stadium tekortgeschoten is in zijn informatieplicht bij het einde van de arbeidsovereenkomst (en in beginsel de deelneming). De werknemer in kwestie zal zich in dat geval dan echter louter tot de vervreemder kunnen wenden, nu de arbeidsovereenkomst op het moment van de overgang al geëindigd was.

Is de arbeidsovereenkomst reeds geëindigd en vindt nadien een aandelenfusie plaats, dan kan de arbeidsongeschikte werknemer wel worden geconfronteerd met een wisseling van pensioenuitvoerder. De werkgever kan, zoals wij eerder zagen, door de overdracht van aandelen immers

buiten de statutaire werkingssfeer van een ondernemingspensioenfondsen vallen of zich na de overdracht bij een andere pensioenuitvoerder aansluiten.

In geval van een juridische fusie is een en ander wat minder duidelijk. De juridische fusie kan als een overgang van onderneming gekwalificeerd worden. Dat kan worden afgeleid uit art. 7:662 BW waarin wordt gesproken over een 'overgang als gevolg van een fusie'. In het geval dat de juridische fusie inderdaad kwalificeert als een overgang van onderneming zijn zowel de bepalingen van art. 7:662 BW e.v. van toepassing als de bepalingen van art. 2:308 BW e.v.⁶ Onduidelijk is echter of op grond van art. 2:309 BW gezegd kan worden dat de pensioenovereenkomst van de gewezen arbeidsongeschikte deelnemer onder algemene titel mee overgaat op de verkrijger (de pensioenuitvoerder wijzigt niet) of dat op grond van art. 7:664 BW de pensioenregeling van de verkrijger aangeboden kan worden (de pensioenuitvoerder wijzigt wel). Concreet zou de verkrijger er aldus voor kunnen kiezen om langs de weg van art. 7:664 BW zijn eigen pensioenregeling aan te bieden, dan wel op grond van art. 2:309 BW de pensioenregeling van de vervreemder aan te blijven bieden. Mocht de verkrijger met een beroep op art. 7:664 BW de eigen pensioenregeling hanteren en brengt dit voor de werknemer een minder gunstige regeling met zich mee, dan is in de literatuur wel verdedigd dat de werknemer met een beroep op art. 2:309 BW kan trachten zijn oude pensioenregeling te behouden.⁷

In het hier te behandelen geval – de juridische fusie vindt plaats nadat de arbeidsovereenkomst reeds is geëindigd – doet deze discussie zich niet voor. De bepalingen van art. 7:662 BW e.v. missen hier immers toepassing omdat de arbeidsovereenkomst reeds is geëindigd en om die reden aan overgang van onderneming geen aanspraken ontleend kunnen worden. De (ex-)werknemer zal zich met eventuele aanspraken alleen kunnen wenden tot de vervreemder. Is de arbeidsovereenkomst geëindigd en

6 M. Heemskerk, *Pensioenrecht* (Boom Masterreeks), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015, p. 290. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer, Deventer 2015, 25e druk, p. 307, R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?', *ArbeidsRecht* 2005, afl. 5, p. 27-30.

7 M. Heemskerk, *Pensioenrecht* (Boom Masterreeks), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015, p. 291. Zulks wordt afgeleid uit het arrest HR 14 juni 2002, nr. C00/315HR, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003,112 waarin (heel) kort gezegd is bepaald dat indien op één feitencomplex meerdere bepalingen van gelijke rang van toepassing zijn, degene die daarop een beroep wenst te doen een keuzemogelijkheid heeft voor de meest gunstige bepaling.

vindt nadien een juridische fusie plaats, dan kan de (ex-)werknemer langs de weg van art. 2:309 BW e.v. zich echter wel tot de verkrijger wenden.

4.4 Fusie of overgang tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst

Wanneer de fusie of overname plaatsvindt na afloop van de 104-wekenperiode, doch nog voordat de arbeidsovereenkomst is beëindigd, dan ligt de situatie anders. Met name in het geval dat de fusie of overname kwalificeert als een overgang van onderneming, nu in deze situatie ervan wordt uitgegaan dat de arbeidsovereenkomst op het moment van de fusie of overname nog intact is. De beschermende bepalingen van art. 7:662 BW e.v. zijn van toepassing. In tegenstelling tot de situaties zoals geschetst onder par. 4.3 zal er hier doorgaans – zoals ook genoemd in par. 4.2 – wel een wisseling van pensioenuitvoerder plaatsvinden. Dat zal met name zo zijn indien de verkrijger zijn eigen pensioenregeling aan de overgenomen werknemers aanbiedt of wanneer na de fusie of overname een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling geldt. Overigens verschilt deze situatie niet met die waarin de 104-wekenperiode nog niet is verstreken. De arbeidsongeschikte werknemer gaat in beide gevallen mee over en kan na de fusie of overname deelnemer worden in de (al dan niet verplichtgestelde) pensioenregeling van de verkrijger.

4.5 Tussenconclusie

Kortom, in onze optiek zal een fusie of overname zolang het dienstverband voortduurt eerder tot een wijziging van de pensioenregeling (en/of pensioenuitvoerder) leiden, dan – hoewel niet uitgesloten – de situatie waarin de fusie of overname plaatsvindt nadat het dienstverband met de arbeidsongeschikte werknemer is beëindigd. Het eventueel aanbieden van de eigen pensioenregeling van de verkrijger aan de overgenomen werknemers, heeft – nu het leerstuk van overgang van onderneming op de reeds uit dienst getreden arbeidsongeschikte werknemer niet van toepassing is – hier geen effect. De werknemer wordt geen deelnemer of slaper in de nieuwe regeling. Schematisch weergegeven:

0-104 weken arbeidsongeschiktheid	Wisseling pensioenuitvoerder?
<i>Aandelenfusie</i>	Indien na fusie werkgever niet binnen de groep valt / in verband met harmonisatie voor de pensioenregeling/uitvoerder van de verkrijger wordt gekozen.
<i>Bedrijfsfusie</i>	Ja, indien (1) verkrijger eigen regeling aanbiedt, (2) verplichtstelling, (3) afwijkende cao-afspraken of (4) vreemder had geen pensioenregeling en verkrijger wel.
<i>Juridische fusie</i>	Ex art. 7:664 BW mogelijk, echter gesteld kan ook worden dat deze ex art. 2:309 BW hetzelfde blijft.
104 weken en langer arbeidsongeschikt	Wisseling pensioenuitvoerder?
<i>Aandelenfusie</i>	Indien na fusie werkgever niet binnen de groep valt / in verband met harmonisatie voor de pensioenregeling/uitvoerder van de verkrijger wordt gekozen.
<i>Bedrijfsfusie</i>	Ja, indien (1) verkrijger eigen regeling aanbiedt, (2) verplichtstelling, (3) afwijkende cao-afspraken of (4) vreemder had geen pensioenregeling en verkrijger wel.
<i>Juridische fusie</i>	Ex art. 7:664 BW mogelijk, echter gesteld kan ook worden dat deze ex art. 2:309 BW hetzelfde blijft.
Na einde arbeids-overeenkomst	Wisseling pensioenuitvoerder?
<i>Aandelenfusie</i>	Indien na fusie werkgever niet binnen de groep valt / in verband met harmonisatie voor de pensioenregeling/uitvoerder van de verkrijger wordt gekozen.
<i>Bedrijfsfusie</i>	Nee, de werknemer is reeds uit dienst en blijft 'slaper' in de oude regeling.
<i>Juridische fusie</i>	Ex. art. 7 :664 BW niet mogelijk want geen arbeidsovereenkomst meer. Ook langs art. 2:309 BW geen wisseling mogelijk, nu de pensioenregeling onder algemene titel overgaat op de verkrijger.

Hierna zal ervan worden uitgegaan dat steeds sprake is van een nieuwe pensioenuitvoerder na de fusie of overname.

4.6 Vervreemder heeft geen pensioenregeling, de verkrijger wel

De meest eenvoudige situatie doet zich voor indien de vervreemder geen pensioenregeling heeft, doch de verkrijger wel. Ook hier is er in feite sprake van een (nieuwe) pensioenuitvoerder na de fusie of overname. Voor deze omstandigheid regelt art. 9 PW dat de verkrijger geacht wordt op het moment van de overgang hetzelfde aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst te hebben gedaan aan de werknemers van de vervreemder als aan zijn eigen werknemers. Alvorens op grond van art. 9 PW de pensioenregeling van de verkrijger van toepassing kan worden, dient wel vast te staan dat sprake is van een overgang van onderneming. Dat volgt immers expliciet uit het betreffende artikel. Beschikt de vervreemder in een aandelenfusie niet over een pensioenregeling doch de verkrijger wel, dan zal de pensioenregeling derhalve niet op grond van art. 9 PW van toepassing kunnen worden op de betrokken werknemers. Waarschijnlijk valt de vervreemder na de fusie wel binnen de groep als bedoeld in art. 2:24b BW (zie ook par. 3.1) waarvan ook de verkrijger deel uitmaakt, zodat de betrokken werknemers op deze wijze alsnog onder de pensioenregeling van de verkrijger kunnen vallen. Voorts kan de verkrijger uit harmonisatieoverwegingen besluiten de reeds aldaar geldende pensioenregeling aan te bieden aan de werknemers van de vervreemder. Problematisch is dat de arbeidsongeschikte werknemer die afkomstig is van de vervreemder (zonder pensioenregeling) en na de fusie of overname gaat deelnemen in de pensioenregeling van de verkrijger, zal merken dat hij doorgaans geen aanspraak kan maken op een arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrijstelling. Voor een uitkering uit hoofde van arbeidsongeschiktheidspensioen of het premievrij opbouwen van pensioen bij arbeidsongeschiktheid geldt normaliter immers dat er geen sprake is van dekking indien de eerste ziekte dag is gelegen voorafgaand aan de deelneming in de pensioenregeling. Ook het Convenant gaat hiervan blijkens par. 2.1 uit, doch regelt dat de dekking wordt geboden c.q. voortgezet door de oude pensioenregeling (aansluiting zoekend bij het Convenant; 'de pensioenregeling voor de baanwisseling'). In de hier geschetste situatie is er in het geheel geen sprake van een oude pensioenregeling die dekking kan bieden. De vervreemder beschikte immers niet over een pensioenregeling. Ervan uitgaande dat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden vóór de datum van fusie of overname en daarmee de deelneming in de pensioenregeling van de verkrijger, kan de werknemer dus geen dekking verwachten binnen de pensioenregeling van de verkrijger. De vraag is evenwel of de werknemer hier daadwerkelijk nadelige gevolgen

van ondervindt, nu hij bij zijn voormalige werkgever in het geheel geen pensioenregeling had.

4.7 De vervreemder en de verkrijger hebben beiden een pensioenregeling

Lastiger is de situatie waarin er wel sprake is van een oude en een nieuwe pensioenuitvoerder. Ook in deze situatie zal de arbeidsongeschikte werknemer zeer waarschijnlijk niet onder de dekking vallen van het arbeidsongeschiktheidspensioen bij de nieuwe uitvoerder, noch in aanmerking komen voor premievrijstelling. Evenals in het voorbeeld van par. 4.6 is de werknemer reeds arbeidsongeschikt op het moment dat hij na de fusie of overname valt onder het bereik van de pensioenregeling van de verkrijger.

In tegenstelling tot de situatie onder par. 4.6 is in dit geval het nadeel echter evident. Immers bij de uitvoerder van de vervreemder kon de werknemer wel aanspraak maken op dekking van het arbeidsongeschiktheidspensioen en/of premievrijstelling, doch na de fusie of overname vervalt deze dekking bij de pensioenuitvoerder van de verkrijger.

Hoe zit het dan met de dekking bij de oude uitvoerder? Voor het arbeidsongeschiktheidspensioen zou betoogd kunnen worden dat het een aanspraak betreft die onder het bereik van art. 55, lid 1, PW valt. In dit artikel is geregeld dat de gewezen deelnemer – als zodanig zal de werknemer aangemerkt kunnen worden indien er na de fusie of overname sprake is van een wisseling van pensioenuitvoerder – bij beëindiging van de deelneming recht behoudt op de tot dat moment ‘opgebouwde aanspraken’.

De vraag is dan of het arbeidsongeschiktheidspensioen een opgebouwde aanspraak betreft. Relevant voor het antwoord op deze vraag is of het arbeidsongeschiktheidspensioen is geregeld op kapitaaldeckingsbasis of op risicobasis. In het eerste geval zal ter dekking van de uitkering kapitaal zijn opgebouwd en dat kapitaal wordt door art. 55, lid 1, PW beschermd. In het tweede geval vindt uitkering alleen plaats indien het risico zich daadwerkelijk voordoet. Ingeval het arbeidsongeschiktheidspensioen op risicobasis gedekt is, staat tegenover de eventuele uitkering geen opgebouwd kapitaal zodat art. 55, lid 1, PW niet van toepassing is.

Ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel ‘Wet verhoging pensioenleeftijd, extra verhoging AOW en flexibilisering ingangsdatum AOW’ in 2012 is het voorgaande aan de orde geweest. Bij brief van 1 februari

2013 en in reactie op Kamervragen heeft (thans demissionair) staatssecretaris Klijnsma – met verwijzing naar onderzoek door de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en De Nederlandsche Bank – geconcludeerd dat er geen voorbeelden zijn waargenomen van arbeidsongeschiktheidspensioenen op basis van kapitaaldekking.⁸ In de praktijk wordt alleen dekking op risicobasis waargenomen en [toevoeging van ons] gaat het derhalve louter om arbeidsongeschiktheidspensioenen die niet onder het bereik vallen van art. 55, lid 1, PW.

In de praktijk wordt alleen dekking op risicobasis waargenomen, aldus de staatssecretaris. Zij overweegt voorts:

‘Dit beeld is begrijpelijk omdat het hier een pensioenaanspraak betreft die niet wordt opgebouwd in samenhang met dienstjaren en salaris, maar wordt toegekend indien sprake is van arbeidsongeschiktheid tijdens het dienstverband. Het arbeidsongeschiktheidspensioen is bedoeld om een arbeidsinkomen te vervangen tijdens het dienstverband. Daarom is het niet nodig dat na beëindiging daarvan een opgebouwde aanspraak blijft bestaan.’

Nu arbeidsongeschiktheidspensioen in de praktijk alleen op risicobasis gedekt zal zijn (ons zijn overigens geen voorbeelden bekend dat zulks voor premievrijstelling anders is), kan de werknemer na een fusie of overname (met wisseling van pensioenuitvoerder tot gevolg) derhalve niet terugvallen op de voormalige pensioenuitvoerder. Zoals wij hiervoor zagen kan hij ook niet terecht bij de nieuwe pensioenuitvoerder, zodat in onze optiek de arbeidsongeschikte werknemer tussen wal en schip zal geraken.

4.8 Risico's voor de vervreemder en de verkrijger

In het geval van een fusie of overname met wisseling van pensioenuitvoerder tot gevolg, is er in onze optiek aldus sprake van een reëel risico voor de arbeidsongeschikte werknemer, te weten dat de dekking voor een arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrijstelling komt te vervallen. Wij zien echter ook risico's voor de vervreemder en/of de verkrijger.

Indien de fusie of overname kwalificeert als een overgang van onderneming, dan zijn, zoals wij hiervoor zagen, de bepalingen van art. 7:662 e.v.

⁸ Kamerstukken II, 2012-2013, 32 043, nr. 148.

BW van toepassing. Op grond van art. 7:665a BW rust er in het geval van een overgang van onderneming op de werkgever een actieve informatieplicht. Vóór invoering van art. 7:665 BW gold deze informatieplicht alleen ten opzichte van een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, doch met de invoering van art. 7:665a wanneer deze ontbreken ook rechtstreeks ten opzichte van de betrokken werknemers. De informatieplicht heeft betrekking op onder meer de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de betrokken werknemers en rust in principe op zowel de vervreemder als de verkrijger. Art. 7:665a BW bepaalt daarbij dat het gaat om het tijdig in kennis stellen van ‘de eigen werknemers’. De vervreemder en de verkrijger zullen derhalve de eigen werknemers dienen te informeren. Een fusie of overname kan vanzelfsprekend ook gevolgen hebben voor de werknemers die reeds in dienst zijn van de verkrijger, zodat deze werknemers eveneens als ‘betrokken werknemers’ in de zin van dit artikel aangemerkt kunnen worden. De informatieplicht van de verkrijger zal hier verder niet worden besproken.

In de rechtspraak is uitgemaakt dat het in art. 7:665a BW gaat om een verregaande informatieplicht die erop neerkomt dat de werkgever (lees op deze plaats ‘de vervreemder’) een volledige voorlichting dient te geven aan de betrokken werknemer omtrent diens rechtspositie na de fusie of overgang.⁹ De informatieplicht dient mede te worden beschouwd in het licht van de mogelijkheid die een werknemer heeft om van een overgang ‘af te zien’. Hoewel de mogelijkheid voor de werknemer om af te zien van een overgang van onderneming niet expliciet in de richtlijn¹⁰ is opgenomen, wordt zij al geruime tijd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie aangenomen.¹¹ De Hoge Raad heeft de mogelijkheid om van een overgang van onderneming af te zien ook binnen de Nederlandse situatie erkend en aangegeven dat – indien de werknemer van de mogelijkheid gebruikmaakt – de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt.¹² Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (‘WWZ’) heeft de mogelijkheid om van de overgang af te zien ook een duidelijker verankering in de wet gekregen. Art. 7:665 BW bepaalt immers dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever als beëindigd of niet voortgezet wordt be-

9 HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (Rabobank/Allard); HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax); Hof Leeuwarden 26 april 2011, JAR 2011/170.

10 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

11 HvJ 24 januari 2002, JAR 2002/47 (Temco); HvJ 7 maart 1996, NJ 1997, 172 (Merckx).

12 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240.

schouwd, indien de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft. Blijkens onderdeel a en onderdeel b van art. 7:665 BW, geldt dit indien de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer is beëindigd of niet is voortgezet.

De op de vervreemder rustende informatieplicht ziet er met andere woorden (mede) op dat de werknemer een weloverwogen beslissing (die duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn¹³) kan nemen om al dan niet mee over te gaan op de verkrijger in geval van een fusie of overname. Zoals wij hiervoor zagen is het goed mogelijk dat een arbeidsongeschikte werknemer na de fusie of overgang tussen wal en schip raakt, indien hij zijn dekking voor arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrijstelling bij zijn voormalige pensioenuitvoerder is verloren en evenmin aanspraak kan maken op dekking bij de nieuwe pensioenuitvoerder. Een situatie waarvan de gemiddelde werknemer zich niet bewust zal zijn en die doorgaans pas aan het licht zal komen indien de fusie of overgang een feit is. Kan de werknemer zich in dat geval wenden tot de vervreemder of de verkrijger?

De schaarse rechtspraak over de reikwijdte van art. 7:655a BW betreft niet in het bijzonder pensioen, laat staan meer specifiek dat van arbeidsongeschikten.

Nu art. 7:665a BW slechts in algemene termen spreekt over de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers, is in onze optiek goed verdedigbaar dat de vervreemder op grond van voornoemd artikel de arbeidsongeschikte werknemer dient te wijzen op de gevolgen van de wisseling van pensioenuitvoerder en daarmee het risico dat de dekking voor arbeidsongeschiktheidspensioen en of premievrijstelling komt te vervallen. In het licht van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie is het doel van het artikel immers de werknemer volledige informatie te verschaffen op basis waarvan hij ex art. 7:665 BW de keuze kan maken al dan niet mee over te gaan naar de verkrijger.

Het wegvallen van een arbeidsongeschiktheidspensioen of het eindigen van premievrije opbouw van het pensioen, zal doorgaans voor de werknemer serieuze gevolgen teweegbrengen. Gevolgen die er mogelijk voor zouden kunnen zorgen dat de werknemer niet voor een overgang had gekozen indien hij op voorhand daarop was gewezen. Mogelijk had de

13 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240.

werknemer willen afzien van de overgang, in welk geval het einde van het dienstverband op grond van art. 7:665 BW voor rekening van de vervreemder was gekomen, nu – afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval – het wegvallen van de dekking een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer kan betekenen. De vraag kan gesteld worden wat de werknemer met het afzien van een overgang opschiet, aangezien de deelneming (en daarmee de dekking) dan waarschijnlijk alsnog komt te eindigen als gevolg van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder. Het zal in onze optiek de onderhandelingspositie van de werknemer over een eventuele beëindigingsovereenkomst met de vervreemder echter flink kunnen verbeteren. Daarnaast is, indien overeenstemming uitblijft, denkbaar dat de werknemer langs de weg van een aanvullende (billijke) vergoeding kan trachten de gevolgen van een beëindiging ter voorkoming van de overgang – welke beëindiging op basis van art. 7:665 BW al aan de werkgever toegerekend kan worden – kan trachten te verhalen.

De vraag is op welke wijze de werknemer een dergelijke vordering binnen het wettelijke stelsel van de WWZ dient in te stellen. Een mogelijke route is dat de werknemer voorafgaand aan de overgang zelf een ontbindingsverzoek indient, dat conform art. 7:665, onderdeel a, BW nog steeds voor rekening van de werkgever gebracht kan worden. Dat is dan tevens de ingang voor het verzoeken van een additionele billijke vergoeding (art. 7:671c, lid 2, onderdeel b, BW). De vordering zal het op deze grond echter waarschijnlijk niet redden. Ondanks het feit dat de beëindiging op grond van art. 7:665 BW aan de werkgever kan worden toegerekend, is het einde van de arbeidsovereenkomst geen gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Meer voor de hand ligt dan ook dat de werknemer ontbinding verzoekt op grond van art. 7:686 BW. Ondanks het gesloten stelsel van ontslaggronden na invoering van de WWZ, biedt voornoemd artikel immers nog steeds de mogelijkheid in geval van een tekortkoming in de nakoming van de (arbeids)overeenkomst ontbinding te verzoeken. Ontbinding op deze grond kan leiden tot de toekenning van een schadevergoeding die wordt vastgesteld volgens de bepalingen van Boek 6 BW.¹⁴

De arbeidsongeschikte werknemer die (na daartoe te zijn geïnformeerd door de vervreemder) voorziet dat hij na de fusie of overgang (aanzienlijke)

14 Rechtbank Rotterdam 18 mei 2017, nr. 5768781, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

inkomensschade zal leiden doordat hij, als gevolg van een wisseling van pensioenuitvoerder, geen aanspraak meer kan maken op een arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrijstelling, kan besluiten af te zien van de overname en langs de weg van art. 7:686 BW (voordat dat fusie of overname geëffectueerd zal worden) ontbinding verzoeken van zijn arbeidsovereenkomst. De vereiste tekortkoming wordt als het ware reeds door de wet gegeven in art. 7:665 BW, welk artikel bepaalt dat in geval van aanmerkelijk nadelige gevolgen de beëindiging aan de werkgever wordt toegerekend. Aldus is er een tekortkoming (de pensioenovereenkomst kan niet worden gecontinueerd en daarmee de dekking), de werknemer lijdt inkomensverlies en de toerekening vindt plaats langs de weg van art. 7:665 BW.

Hier valt tegenin te brengen dat in geval van een overgang van onderneming nu juist geaccepteerd is dat de werknemer geen (volledige) pensioenbescherming toekomt en om die reden na de fusie of overgang ook met een aanzienlijk verslechterde pensioenregeling geconfronteerd kan worden, doch dat wil onzes inziens nog niet zeggen dat onder geen geval compensatie (hier in de vorm van een schadevergoeding) toewijsbaar is. Zulks is in 2013 al eens bevestigd door Hof Amsterdam.¹⁵

Indien geoordeeld mocht worden dat de vervreemder inderdaad tekort is geschoten en de arbeidsongeschikte werknemer had moeten wijzen op de eventuele risico's ten aanzien van het pensioen, dan kan dat tot schadelijktigheid leiden. Onduidelijk is hoe ver de schadelijktigheid in een dergelijk geval kan reiken, nu rechtspraak daarover nauwelijks voorhanden is.¹⁶ Nu het echter gaat om een concreet verlies aan financiële aanspraken, ligt de weg voor de werknemer open om zijn vordering te koppelen aan de duur van het arbeidsongeschiktheidspensioen of de premievrijstelling, zoals deze van toepassing zouden zijn geweest bij het ontbreken van een overgang (van pensioenuitvoerder). Dit zal doorgaans zijn tot de in het pensioenreglement van de oude uitvoerder genoemde eindleeftijd of vóór die eindleeftijd als de wettelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering voor die eindleeftijd eindigt.

15 Hof Amsterdam 21 mei 2013, nr. 200.085.944/01, ECLI:NL:GHAMS:2013:1547, PJ 2013/150 (LTO).

16 In Hof Amsterdam 21 mei 2013, nr. 200.085.944/01, ECLI:NL:GHAMS:2013:1547, PJ 2013/150 (LTO) werd door het hof een vergoeding van € 75.000 toegekend, doch – hoewel rekening werd gehouden met de pensioengevolgen – onder de noemer van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

De hiervoor gesignaleerde problemen ten aanzien van het pensioen, die kunnen ontstaan voor de arbeidsongeschikte werknemer na fusie of overname, zijn reeds eerder gesignaleerd in het kader van de baanwisseling tijdens het re-integratietraject. De problematiek doet zich nagenoeg in gelijke zin voor wanneer de werknemer in het kader van het tweede spoor herplaatst kan worden bij een nieuwe werkgever en aldaar komt te vallen onder een nieuwe pensioenuitvoerder. Nu het als onwenselijk werd beschouwd dat werknemers in het kader van de re-integratie afzien van een baanwisseling vanwege mogelijk verlies aan pensioenaanspraken, is op 23 januari 2013 het 'Convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen' gesloten door het Verbond van Verzekeraars en de Pensioenfederatie. Het doel hiervan is te voorkomen dat de dekking voor het arbeidsongeschiktheidspensioen en/of de premievrijstelling komt te vervallen door het veranderen van werkgever.

Het Convenant lijkt geen oplossing te bieden voor het geval dat de arbeidsongeschikte werknemer niet extern herplaatst kan worden, doch uiteindelijk wisselt van werkgever vanwege een fusie of overname. Zoals wij hiervoor zagen, zal de daaropvolgende waardeoverdracht doorgaans collectief van aard zijn. Op de collectieve waardeoverdracht is het Convenant echter niet van toepassing. Zulks is expliciet bevestigd onder par. 2.9 van het Convenant: 'Dit Convenant heeft betrekking op werknemers die overstappen naar een nieuwe werkgever (individuele baanmobiliteit) en op collectieve beëindigingen van deelname in een pensioenregeling waarbij niet besloten is tot een collectieve waardeoverdracht.'

In de toelichting onder par. 3.9 wordt over de collectieve beëindiging zonder collectieve waardeoverdracht opgemerkt: 'Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een uitvoeringsovereenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder eindigt, bij overgang naar een andere pensioenuitvoerder, bij faillissement van een werkgever of bij overnames, fusies en afsplitsingen.' In deze laatste gevallen zal echter nu juist wel regelmatig sprake zijn van collectieve waardeoverdracht. Het Convenant biedt in dat geval geen oplossing. Ook niet indien de arbeidsongeschikte werknemer op grond van art. 83, lid 2, onderdeel a, PW bezwaar maakt tegen de collectieve waardeoverdracht. Dat blijkt uit de 'Vragen en antwoorden bij het Convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en

premiëvrijstelling in pensioenregelingen', zoals in maart 2017 door het Verbond van Verzekeraars en de Pensioenfederatie vastgesteld.

In het Convenant zelf is opgemerkt dat in geval van collectieve waardeoverdracht de aangesloten pensioenuitvoerders 'vrijelijk' afspraken maken om te voorkomen dat de negatieve effecten optreden 'met het oog waarop het Convenant is gesloten'. Het doel van het Convenant is de arbeidsongeschikte werknemers inkomensbescherming te bieden ten aanzien van het pensioen in geval van een baanwisseling. Het Convenant ziet in de basis op een andere situatie dan het probleem dat zich voordoet bij een fusie. Het Convenant ziet op de situatie dat de werknemer na arbeidsongeschiktheid zelf het initiatief neemt om een andere werkgever te zoeken, of dat hij daartoe door de regels van re-integratie 'gedwongen' is door het tweede spoor. Bij fusie is dit niet aan de orde, de werknemer wordt als het ware het slachtoffer van de keuze van de werkgever, hij heeft daar geen enkele invloed op. Dit klemt temeer omdat de werknemer ook in die situatie bescherming verdient.

Gezien de inhoud en strekking van het Convenant ligt het dan ook op de weg van de pensioenuitvoerders om de arbeidsongeschikte werknemers ook in geval van een wisseling van pensioenuitvoerder na fusie of overname (met een collectieve waardeoverdracht tot gevolg) een sluitende dekking te bieden ten aanzien van het arbeidsongeschiktheidspensioen en de premievrijstelling. In lijn met het Convenant kan dan ook in geval van wisseling van pensioenuitvoerder na fusie of overname, dekking worden bepaald op basis van de pensioenregeling waarin de overgegangene werknemer deelnemer was op de eerste ziekte dag: zijnde de pensioenuitvoerder van de vervreemder. Hetzelfde geldt in geval van eventuele toenames in de mate van arbeidsongeschiktheid.

Ten aanzien van de premievrijstelling kan dan worden geregeld dat de nieuwe pensioenuitvoerder dekking biedt conform de nieuwe pensioenregeling, maar uitsluitend bij en voor zover sprake is van toename van de mate van arbeidsongeschiktheid.

Het ligt voor de hand de situatie van de arbeidsongeschikte werknemer bij fusie ook in dit Convenant te verwerken. Het Convenant is een levend document gebleken. Het is een verdere uitwerking van het Van Leeuwen Convenant dat eind 2009 tot stand kwam. Hierin hebben het Verbond van Verzekeraars, medici en consumenten- en patiëntenorganisaties afspraken gemaakt over een nieuwe regeling voor acceptatiebeleid bij inko-

mensverzekeringen en pensioenen. De afspraken waren erop gericht werknemers met een gezondheidsbeperking vrijelijk van baan te laten veranderen zonder dat zij bevreesd moesten zijn dat zij uitgesloten zouden worden van deelname aan inkomens- en pensioenverzekeringen. Over die afspraken is door partijen in de jaren volgend op 2009 geconcludeerd dat die afspraken niet alle problemen oplossen die kunnen ontstaan als werknemers van werkgever wisselen en daarbij overstappen van een pensioenfonds naar een ander pensioenfonds of van een pensioenfonds naar een verzekeraar of vice versa. De staatssecretaris merkt in een brief aan de Tweede Kamer van 18 juli 2013 op: 'dat ook voor deze situaties een sluitende regeling moet worden getroffen'. Zij wijst daarbij op 'flinke verschillen in systematiek tussen pensioenfondsen en verzekeraars en tussen de verschillende soorten pensioenfondsen en dat er daarnaast verschillende belangen aan de orde zijn bij aanpassing van pensioencontracten en contracten met herverzekeraars'.¹⁷

Het feit dat de door ons gesignaleerde problemen niet geregeld zijn in het Convenant kan er dan ook in gelegen zijn dat het probleem simpelweg eerder niet is gesignaleerd. Het onderwerp komt in ieder geval niet aan bod in de op 30 maart 2017 uitgebrachte evaluatie door de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars van de werking van het Convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling. In de evaluatie wordt de werking van het Convenant beoordeeld als positief. Men stelt dat met het Convenant bereikt wordt wat bij de totstandkoming ervan is beoogd en partijen stellen daarom voor om het Convenant ongewijzigd voort te zetten.

In onze ogen is ongewijzigde voortzetting onwenselijk nu niet alle problemen worden ondervangen in dit Convenant.

6 HOSHA NA!

We hebben gezien hoe een fusie en overname voor de werkgever de nodige voordelen oplevert. Maar de pensioenrechtelijke positie van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer is bij een fusie niet of nauwelijks geregeld en daarmee onzeker en ongunstig voor deze werknemer. Dat is een onwenselijke situatie, met name omdat het hier gaat om een kwetsbare groep werknemers met mogelijk minder goede kansen of geen

¹⁷ Brief van de staatssecretaris van Sociale Zekerheid en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 18 juli 2013; referentie 2013-0000047074.

kansen op herintreden op de arbeidsmarkt. Het is aanbevelenswaardig om deze problematiek nog helderder in kaart te brengen en de sociale partners te bewegen om tot een aanvulling op het Convenant te komen, dan wel een Convenant overeen te komen dat specifiek ziet op deze problematiek. Waar de fusie 'Hosanna' is voor de ondernemer, geldt voor de arbeidsongeschikte werknemer 'Hosha Na', help nu!

Tussen wal en schip, een casestudy

Mr. O.F. Blom¹

1 INLEIDING

1.1

Als advocaat behandel je soms een zaak waarin je sympathie ook bij de wederpartij ligt – terwijl je overtuigd bent van het zakelijk gelijk van je cliënt. In 2016 trad ik op voor een werkgever die werd aangesproken door een werknemer die aanspraak maakte op de uitkering van een arbeidsongeschiktheidspensioen. De casus laat zien hoe iemand die door een chronische ziekte arbeidsongeschikt is geworden maar toch aan het werk wist te blijven, tussen wal en schip kan raken. Ook processueel is de casus interessant. Het betrof een kort geding met een vrijwaring én een onder-vrijwaring. Het (eind)vonnis is voor zover mij bekend niet gepubliceerd. Er is geen hoger beroep tegen ingesteld. Deze casestudy is uitsluitend bedoeld om een interessante ervaring te delen en heeft geen wetenschappelijke pretentie.

1.2

De werknemer vorderde in kort geding van zijn werkgever een maandelijkse uitkering van arbeidsongeschiktheidspensioen (onder de naam WIA-excedentpensioen), nabetaling van achterstallige uitkeringen en de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW, wettelijke rente en kosten. Als feitelijke grondslag voerde hij aan dat de werkgever de WIA-excedentpensioenverzekering bij het pensioenfonds respectievelijk de herverzekeraar had beëindigd.² De werkgever had daarmee in strijd met art. 19 PW eenzijdig

1 Onno Blom is advocaat in Nieuwegein en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag.

2 De werkgever had met ingang van 2012 een uitvoeringsovereenkomst gesloten met een nieuwe pensioenuitvoerder, maar dat bleef buiten het processuele debat in dit kort geding (evenals de vraag naar de premievrije voortzetting van opbouw van ouderdomspensioen).

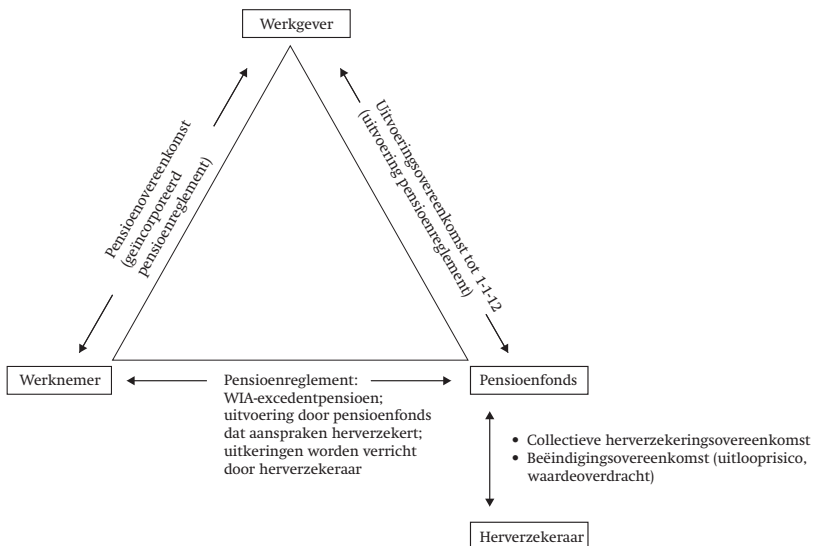
de pensioenregeling gewijzigd en in strijd met art. 23 PW nagelaten deze met ingang van 1 januari 2012 onder te brengen bij een toegelaten pensioenuitvoerder, aldus de werknemer.

1.3

De werkgever bestreed de vordering inhoudelijk en stelde dat hij niet aansprakelijk was voor de schade. Volgens de werkgever had de werknemer de vordering moeten instellen tegen het (voormalige) ondernemingspensioenfonds waarbij de werkgever tot 1 januari 2012 was aangesloten of tegen de herverzekeraar van het pensioenfonds. De werkgever sympathiseerde met de werknemer, maar stelde zich op het standpunt dat niet hij, maar het pensioenfonds dan wel de herverzekeraar aansprakelijk was voor de schade. De werkgever had zich in de aanloop naar de procedure ook daadwerkelijk ingespannen om bij die instanties betaling voor de werknemer te verkrijgen.

1.4

Het volgende schema laat zien welke partijen en rechtsverhoudingen in het spel waren.



1.5

Zoals gezegd, was tussen werkgever en werknemer in het kader van de pensioenovereenkomst een WIA-excedentpensioen overeengekomen, als aanvulling op de wettelijke WIA-uitkering. De uitkeringsvoorwaarden stonden in het pensioenreglement (geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst). Het jaarlijks WIA-excedentpensioen gaat in op de datum waarop het recht op uitkering ingevolge de WIA ingaat, aldus het reglement.

1.6

De werkgever had ter uitvoering van de pensioenovereenkomst een uitvoeringsovereenkomst gesloten met het ondernemingspensioenfonds. Het pensioenfonds had op zijn beurt een herverzekeringsovereenkomst gesloten met een herverzekeraar, waarbij alle verplichtingen werden herverzekerd. De uitkeringen werden volgens deze overeenkomst niet door het pensioenfonds aan de rechthebbenden gedaan, maar direct door de herverzekeraar. De werkgever had op dit alles feitelijk nauwelijks invloed gehad, omdat deze een afsplitsing vormde van een grotere onderneming, maar aangesloten was gebleven bij het ondernemingspensioenfonds.

1.7

In het kader van de liquidatie van het pensioenfonds (waarbij de werkgever evenmin betrokken was) werden met ingang van 1 januari 2012 alle verplichtingen overgedragen aan de herverzekeraar, waartoe tussen pensioenfonds en herverzekeraar een zogenoemde beëindigingsovereenkomst werd gesloten. Daarin werd o.a. het uitlooprisico met betrekking tot arbeidsongeschiktheidsrisico's geregeld en werd een zogenoemde 'na-ijlingsreserve' gevormd om die risico's te kunnen financieren als ze zich zouden voordoen. Uitdrukkelijk was in art. 9, lid 1 van de beëindigingsovereenkomst bepaald:

'Indien de eerste dag van ongeschiktheid tot werken lag in de periode dat de Collectieve Herverzekeringsovereenkomst nog van kracht was, geldt voor het arbeidsongeschiktheidspensioen van de pensioengerechtigde, dat is ingegaan vóór dan wel het arbeidsongeschiktheidspensioen dat is ingegaan binnen 104 weken ná beëindiging van de Collectieve Herverzekeringsovereenkomst, dat de dekking volledig in stand wordt

gehouden respectievelijk het arbeidsongeschiktheidspensioen alsnog zal ingaan’.

1.8

Verder was in de beëindigingsovereenkomst voorzien:

‘Artikel 9 – Uitlooprisico

(...)

(7) Een deelnemer die ziek is op 31 december 2011 en als gevolg daarvan arbeidsongeschikt wordt, wordt met terugwerkende kracht in de regeling opgenomen die van kracht was op het moment dat deze deelnemer ziek werd.

(...)

(8) In bijlage 5 bij deze overeenkomst is een overzicht opgenomen van alle zieke werknemers met de maximale schade per werknemer op 31 december 2011.

(...)

Artikel 12 – Vrijwaring

(1) Door de overdracht aan [herverzekeraar] van de pensioenaanspraken en -rechten is het Pensioenfonds van haar verplichtingen uit hoofde van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen jegens haar pensioen- en aanspraakgerechtigden gekweten, waarvoor [herverzekeraar] aan het Pensioenfonds vrijwaring verleent. Deze vrijwaring omvat alle pensioenrechten en aanspraken volgens de twee pensioenreglementen zoals geldig waren tot 1 januari 2012.

(2) De vrijwaring omvat ook de pensioenverplichtingen ten aanzien van de pensioenrechten en -aanspraken volgens de pensioenregeling die:

a. niet bekend en/of niet juist geregistreerd zijn of waren bij het Pensioenfonds, of

b. om andere reden (nog) niet of onjuist tot uitvoering zijn gebracht door het Pensioenfonds;’

1.9

Nadat de werknemer in 2008 was uitgevallen voor zijn werk, is hij in 2009 in het kader van re-integratie weer (parttime) aan het werk gegaan. Hij spande zich zeer in om aan het werk te blijven. Aanvankelijk lukte dat zo goed dat hij niet in aanmerking kwam voor een WIA-uitkering. Maar

uiteindelijk viel hij in het voorjaar van 2012 volledig uit. Na het doorlopen van een bezwaarprocedure tegen het UWV werd vastgesteld dat de werknemer met ingang van juni 2012 volledig arbeidsongeschikt werd geacht. De werknemer verzocht de herverzekeraar respectievelijk het pensioenfonds om aan hem een WIA-excedentpensioen uit te keren. Deze instanties wezen het verzoek om uitkering in het najaar van 2014 respectievelijk begin 2016 af. De herverzekeraar beriep zich hierbij onder meer op het feit dat de werknemer niet vermeld stond op de lijst van zieke werknemers per 31 december 2011 als bedoeld in art. 9, lid 8 van de beëindigingsovereenkomst en dat de (volledige) arbeidsongeschiktheid was vastgesteld na het einde van de herverzekeringsovereenkomst. Doordat het pensioenfonds de werknemer niet had aangemeld voor de verzekering van het uitloopriscio (door vermelding op de lijst van zieke werknemers per 31 december 2011) was er geen dekking, aldus de herverzekeraar. Het pensioenfonds stelde zich tegenover de werknemer op het standpunt dat het zijn verplichtingen volledig had overgedragen aan de herverzekeraar.

1.10

Vervolgens stelde de werknemer zijn vordering in tegen de werkgever; hij kreeg immers geen gehoor bij het pensioenfonds en de herverzekeraar. Het aanspreken van de werkgever was op zichzelf niet onbegrijpelijk, omdat hij geen zicht had op de afspraken die tussen pensioenfonds en herverzekeraar in de loop der tijd waren gemaakt. Hij beschikte toen nog niet over de herverzekeringsovereenkomst en ook niet over de beëindigingsovereenkomst waarbij alle verplichtingen – inclusief het uitloopriscio – waren overgedragen aan de herverzekeraar. Nadat de werkgever met verwijzing naar de verplichtingen van het pensioenfonds respectievelijk de herverzekeraar (met name in de beëindigingsovereenkomst) de vordering van de hand had gegeven, was de werknemer daadwerkelijk tussen wal en schip terechtgekomen. Een wrange uitkomst, gezien de aantoonbare inspanningen van de werknemer om zo lang mogelijk aan het werk te blijven. Daardoor was hij niet op de lijst van zieke werknemers per 31 december 2011 terechtgekomen en was pas na het einde van de herverzekeringsovereenkomst definitief vastgesteld dat de werknemer in aanmerking kwam voor een WIA-uitkering op basis van volledige arbeidsongeschiktheid. Zo kon het gebeuren dat pensioenfonds, herverzekeraar en werkgever zich – elk op verschillende, maar verdedigbare gronden – op het standpunt stelden dat zij niet verplicht waren tot uitkering van arbeidsongeschiktheidspensioen.

2 DE PROCEDURE

2.1

Om vaart te krijgen in de stroperige gang van zaken rond zijn WIA-excedentpensioen, koos de werknemer ervoor de werkgever in kort geding te dagvaarden. De werkgever koos er op zijn beurt voor om voorafgaand aan de mondelinge behandeling van het kort geding een schriftelijke conclusie van antwoord in te dienen (wat niet erg gebruikelijk is in kort geding). Tegelijkertijd wierp de werkgever op de voet van art. 210 Rv. een vrijwaringsincident op, met het verzoek om het pensioenfonds in vrijwaring te mogen dagvaarden (wat ook al niet veel voorkomt in kort geding). Daarbij werd aangegeven dat naar de mening van de werkgever het pensioenfonds hetzelfde zou moeten doen, door de herverzekeraar in onderwaring op te roepen (zelf had de werkgever geen contractuele band met de herverzekeraar die hem een recht op vrijwaring zou kunnen geven). Alleen langs deze processuele weg was het mogelijk om alle betrokken partijen in één procedure te betrekken om vast te stellen wie tot uitkering van het WIA-excedentpensioen verplicht zou zijn.

2.2

Op de eerste kortgedingzitting verleende de kantonrechter de werkgever toestemming om het pensioenfonds in vrijwaring te dagvaarden. Tegelijkertijd organiseerde de rechter het verdere verloop van de procedure zo, dat de beslissing in de hoofdzaak werd aangehouden en overleg zou plaatsvinden tussen het pensioenfonds (dat een advocaat naar de zitting had gestuurd om te observeren) en de herverzekeraar. In het vonnis in het incident dat hierop volgde maakte de kantonrechter duidelijk dat het zeer wenselijk was dat het pensioenfonds de herverzekeraar in vrijwaring zou oproepen, omdat dan de gelegenheid wordt gerealiseerd om de relevante rechtsverhoudingen in onderlinge samenhang te kunnen beoordelen. Zo gezegd, zo gedaan: nadat ook de ondervrijwaring was toegelaten en het pensioenfonds de herverzekeraar had opgeroepen, vond al na enkele weken de tweede zitting plaats. Daarbij waren nu alle genoemde partijen als procespartij aanwezig.

3 HET EINDVONNIS

3.1

In het vervolgens gewezen eindvonnis (eigenlijk drie vonnissen in één: in de hoofdzaak, de vrijwaring en de ondervrijwaring) bespreekt de kantonrechter eerst de vraag of het (in een eventueel volgende bodemprocedure) aannemelijk is dat de werknemer aanspraak kan maken op uitkering van WIA-excedentpensioen op grond van het pensioenreglement. Dat is volgens de kantonrechter *niet* het geval. De kantonrechter komt tot dit oordeel omdat hij geen aanwijzingen ziet dat de werknemer op 31 december 2011 arbeidsongeschikt was in de zin van de WIA.

3.2

Vervolgens bespreekt de kantonrechter de vraag of het aannemelijk is dat de werknemer in een eventuele bodemprocedure tegenover de herverzekeraar aanspraak kan maken op uitkering van WIA-excedentpensioen, op basis van de beëindigingsovereenkomst. Dat is volgens de kantonrechter *wel* het geval. Niet in geding was dat de uitloopregeling een derdenbeding ten behoeve van de deelnemers bevatte. De kantonrechter komt tot dit oordeel na uitleg – aan de hand van objectieve maatstaven – van het in art. 9 van de beëindigingsovereenkomst vervatte uitlopprisico (zie sub 1.8 hierboven).

3.3

Op grond van art. 9 van de beëindigingsovereenkomst maakt werknemer, zo oordeelt de kantonrechter, jegens de herverzekeraar aanspraak op uitkering van WIA-excedentpensioen, indien de eerste dag van ongeschiktheid tot werken gelegen is in de periode dat de Collectieve Herverzekeringsovereenkomst nog van kracht was, dat wil zeggen tussen 1 januari 2007 en 1 januari 2012. Naar het oordeel van de kantonrechter was dit het geval, aangezien werknemer voor het eerst op 14 oktober 2008 door ziekte was uitgevallen voor het verrichten van de bedongen arbeid, op grond waarvan op de werkgever een loondoorbetalingsverplichting als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek ontstond. Volgens de kantonrechter was de omstandigheid dat werknemer op 1 januari 2012 niet arbeidsongeschikt was volgens de definitie van arbeidsongeschiktheid van het pensioenreglement en/of op die datum geen loonbetalingsverplichting meer op werkgever rustte, voor het in art. 9 van de beëindigingsovereen-

komst opgenomen uitlooprisico niet van belang. Uit de tekst van die bepaling blijkt immers niet dat alleen die eerste dag van ongeschiktheid tot werken voor de toepassing voor dat artikel in aanmerking wordt genomen, op grond waarvan de werknemer op 31 december 2011 recht op loondoorbetaling dan wel een aanspraak op een uitkering krachtens de ZW of de WIA heeft. Ook kwam volgens de kantonrechter geen beslissende betekenis toe aan het feit dat het UWV – ter zake van de toekenning van de WIA-uitkering – 12 maart 2012 als eerste ziektedag had aangemerkt. De eerste ziektedag voor de toekenning van een WIA-uitkering is immers niet hetzelfde als de eerste dag waarop als gevolg van ziekte de overeengekomen arbeid niet meer verricht kan worden.

3.4

Het gevolg van deze beoordeling was dat de vordering van de werknemer tegen de werkgever werd afgewezen. Als gevolg daarvan sneuvelden ook de vrijwaring én de ondervrijwaring. De werknemer stond echter niet met lege handen, vanwege de vingerwijzing naar de herverzekeraar. Immers, ook al stelde de kantonrechter vast dat er tegenover de werkgever geen recht bestond op WIA-excedentpensioen op grond van het pensioenreglement (aan de reglementaire, bij de WIA aansluitende voorwaarde was niet voldaan), dat recht bestond volgens de kantonrechter wel tegenover de herverzekeraar, op grond van de beëindigingsovereenkomst. Daarin stond een ander toekenningscriterium verwoord (de eerste dag van ongeschiktheid tot werken) en daar werd in dit geval aan voldaan.

4 NA HET VONNIS

4.1

Na dit vonnis, waarin zijn vordering tegenover de werkgever werd afgewezen, was de werknemer toch (in elk geval voor een belangrijk deel) de winnaar. De kantonrechter had immers in het vonnis een oordeel uitgesproken over de vraag bij wie hij voor zijn uitkering moest zijn: de herverzekeraar, op grond van de beëindigingsovereenkomst en het daarin opgenomen derdenbeding. Voor de herverzekeraar was dat een onaangename verrassing, aangezien op grond van het herverzekerde pensioenreglement er dus geen recht op arbeidsongeschiktheidspensioen bestond volgens de kantonrechter. Tussen alle betrokken partijen is een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen waarin onder meer is geregeld

dat de herverzekeraar tot uitkering van WIA-excedentpensioen is overgegaan.

4.2

De les uit deze casus is dat overeenkomsten die goed genoeg lijken, dat niet zijn – met onverwachte procesrisico's als gevolg. Risicomanagement omvat dus ook de goede redactie en onderlinge afstemming van de pensioencontracten, ook ten opzichte van de socialeverzekeringswetgeving. Om tot een oplossing voor de werknemer te komen, moesten nogal wat processuele mogelijkheden worden ingezet.

Gezond en arbeidsgeschikt naar het pensioen ...

Mr. C.P.R.M. Dekker¹

1 INLEIDING

De verhoging van de pensioenleeftijd noodzaakt werkgevers om na te denken over duurzame inzetbaarheid. Zo berichtte *de Volkskrant*² van 12 juli 2017 over een toename van het aantal oudere werknemers in zware beroepen dat arbeidsongeschikt wordt verklaard en vanuit de WIA pensioneert. Als oorzaak van deze ontwikkeling werd de verhoging van de pensioenleeftijd naar 67 jaar genoemd. Duurzame inzetbaarheid is in feite de andere kant van de 'arbeidsongeschiktheidsmedaille', omdat het erop gericht is om met name (oudere) werknemers langer aan het arbeidsproces te kunnen laten deelnemen zodat werknemers *arbeidsgeschikt* met pensioen kunnen gaan. Een beleid van duurzame inzetbaarheid moet er dan ook op gericht zijn om dit doel te bereiken, zodat werknemers langer van toegevoegde waarde kunnen zijn voor hun werkgever.³ Bijkomende doelstellingen van een succesvol beleid van duurzame inzetbaarheid zullen met name te vinden zijn in een teruglopend (langdurig) ziekteverzuim en een daling van de instroom van oudere werknemers in de WIA. En dit kan weer gunstige effecten hebben op de kosten van arbeidsongeschiktheid.

Een beleid van duurzame inzetbaarheid moet niet alleen gericht zijn op de arbeidsomstandigheden, maar ook op de vraag hoe arbeidsvoorwaarden kunnen helpen om duurzame inzetbaarheid te realiseren. Hoewel over duurzame inzetbaarheid genoeg geschreven kan worden,⁴ zal deze bijdrage gefocust zijn op de vraag hoe de arbeidsvoorwaarden een rol kunnen

¹ Kees-Pieter Dekker is advocaat bij Kortman Advocaten te Den Haag.

² Nanda Troost, 'Pensioen komt te laat voor zware beroepen, verdubbeling afgekeurde ouderen in metaalindustrie', *de Volkskrant* 12 juli 2017.

³ Zie voor een praktijkvoorbeeld: www.ponfit.nl.

⁴ Zie bijvoorbeeld: Andries de Grip, Didier Fouarge en Raymond Montizaan, 'Goede inzetbaarheid oudere medewerkers vereist beter HR-beleid', *Netspar Brief*, september 2015.

spelen bij het bereiken van een beleid inzake duurzame inzetbaarheid. Daarbij wordt ook gekeken naar welke rol pensioen kan spelen, maar daar zit tegelijkertijd ook het grootste probleem. Het huidige wettelijke kader voor pensioen (zowel Hoofdstuk IIB Wet LB 1964 als de Pensioenwet) is te streng daar waar het betreft de mogelijkheden om tussentijds pensioen op te nemen, bijvoorbeeld in het kader van een bijzonder doel zoals sabbatsverlof. Daar is een taak weggelegd door de wetgever die door gerichte wetgeving de kaders kan scheppen om, bijvoorbeeld, verlofregelingen mogelijk te maken.

Na een eerste korte historische context over 'duurzame inzetbaarheid' wordt gekeken naar enige juridische aspecten van duurzame inzetbaarheid. Daarna zal gekeken worden naar de huidige knelpunten binnen het wettelijke kader voor pensioen en waarom deze knelpunten tot gevolg hebben dat pensioen (in zijn huidige vorm) niet geschikt is om te dienen in het kader van een regeling voor duurzame inzetbaarheid.

2 DUURZAME INZETBAARHEID – EEN KORTE HISTORISCHE CONTEXT

Vervroegde uitstreding van oudere werknemers was jarenlang de normaalste zaak van de wereld. Het VUT-instrument werd daarbij ook nog weleens ingezet om het, in het kader van een reorganisatie, eenvoudiger te maken om oudere werknemers te laten uitstromen en op die manier met name jongere werknemers te behouden. Deze ontwikkeling betekende wel dat veel oudere werknemers het arbeidsproces verlieten, een ontwikkeling die in 2003 toch wel ongewenst bleek.

In 2003 sloten de sociale partners het Najaarsakkoord 2003 en daarmee beoogden zij een meerjarige loonmatiging af te spreken. Onderdeel van dit Najaarsakkoord was dat de sociale partners ook overeenstemming bereikten over de bevordering van de participatiegraad van oudere werknemers (leeftijdsklasse 55-65) naar 50% in 2010⁵ door de afschaffing van de fiscale faciliteit voor VUT en prepensioen en de introductie van levensloop, hetgeen gebeurde met de inwerkingtreding van wetsvoorstel 29 760⁶ (Wet VPL).

5 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 760, Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloop, 3, p. 4-14.

6 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 760, Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloop.

Dankzij de (overgangs)maatregelen van de Wet VPL bleef het mogelijk voor oudere werknemers om met slechts enkele maanden langer doorwerken toch vervroegd uit te treden, waardoor het doel van de Wet VPL, het ontmoedigen van vervroegde uittreding, niet echt van de grond kwam. Daarnaast betekende de afschaffing van de fiscale faciliteit voor VUT en prepensioen dat werknemers langer in dienst moesten blijven. Werkgevers zijn hierdoor na gaan denken over beleid dat tot doel had om de participatiegraad van werknemers te verhogen zodat de werknemers langer van toegevoegde waarde kunnen blijven.

De noodzaak voor een dergelijk beleid van duurzame inzetbaarheid werd duidelijker met het sluiten van het pensioenakkoord in 2010.⁷ De sociale partners erkenden in dit akkoord uitdrukkelijk dat ‘parallel aan de wijzigingen in het pensioenstelsel, nieuwe impulsen nodig zijn voor de duurzame inzetbaarheid en verbetering van de arbeidsmobiliteit van oudere werknemers.’ Volgens het pensioenakkoord moe(s)t daarbij gedacht worden aan onderwerpen als: leeftijdsbewust personeelsbeleid, employability en arbeidsflexibiliteit.

Een van de eerste onderdelen van het pensioenakkoord dat werd ingevoerd was de verhoging van de AOW-leeftijd en de pensioenrichtleeftijd, door de invoering van de Wet VAP.⁸ Het directe gevolg van deze wetgeving is dat werknemers langer moeten doorwerken, in ieder geval tot de AOW-gerechtigde leeftijd of een overeengekomen afwijkende pensioenleeftijd zoals bedoeld in art. 7:669, lid 4, BW,⁹ omdat een werkgever per die datum de arbeidsovereenkomst kan opzeggen.

Een van de eerste voorstellen waarmee invulling werd gegeven aan ‘duurzame inzetbaarheid’ was de vitaliteitsregeling, waarbij ‘de loopbaan van een werknemer en de werkzaamheden die daarin worden verricht, zodanig dienen te zijn dat gezond en werkend de AOW-gerechtigde leeftijd

7 Stichting van de Arbeid, Pensioenakkoord voorjaar 2010, Den Haag, 4 juni 2010.

8 Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet werk en bijstand, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964 in verband met stapsgewijze verhoging en koppeling aan de stijging van de levensverwachting van de pensioenleeftijd (Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd), *Stb.* 2012, 328.

9 Uit Kamerstukken II, 2014-2015, 34 273, nr. 3, p. 18-19 volgt dat de afwijkende pensioenleeftijd bij cao of op individueel niveau moet zijn overeengekomen.

kan worden bereikt.¹⁰ Hoewel de vitaliteitsregeling nooit is ingevoerd, werd de noodzaak voor een beleid inzake duurzame inzetbaarheid steeds duidelijker.

3 ENIGE JURIDISCHE ASPECTEN VAN DUURZAME INZETBAARHEID ...¹¹

De meeste mensen kunnen zich wel een voorstelling maken bij het begrip ‘duurzame inzetbaarheid’. Het is een beleid dat erop is gericht om – met name – oudere werknemers langer van toegevoegde waarde te laten zijn voor de werkgever doordat zij tot op latere leeftijd fit hun werkzaamheden kunnen blijven verrichten en op die manier van toegevoegde waarde blijven.

Art. 3, lid 1, Arbowet¹² legt op de werkgever de verplichting om voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers zorg te dragen. Deze algemene verplichting is vertaald in art. 7:658, lid 1, BW. Op grond van dit artikel is de werkgever ‘verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.’

Hoewel art. 7:658, lid 1, BW spreekt over ‘lokalen, werktuigen en gereedschappen’ volgt uit de jurisprudentie dat de in art. 7:658, lid 1, BW opgenomen zorgplicht nauw verband houdt met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en de instructiebevoegdheid van de werkgever van art. 7:660 BW. Feitelijk hangt de zorgplicht dus samen met de werkomgeving die de werkgever creëert en waarin de werknemers hun werkzaamheden moeten verrichten.

10 Brief van 30 september 2011 van de minister van sociale zaken en werkgelegenheid aan de Tweede Kamer, kenmerk: ASEA/SAS/2011/16494, p. 1.

11 In dit onderdeel wordt slechts kort aandacht besteed aan enkele belangrijke wetsartikelen die ten grondslag liggen aan een beleid gericht op duurzame inzetbaarheid. Het onderdeel pretendeert niet een volledig beeld te schetsen.

12 Wet van 18 maart 1999, houdende bepalingen ter verbetering van de arbeidsomstandigheden (Arbeidsomstandighedenwet 1998). De Arbowet is overigens niet de enige wet waarin arbeidsomstandigheden zijn opgenomen. Zo is bijvoorbeeld in de Tabakswet de verplichting voor een rookvrije werkplek opgenomen.

De op de werkgever rustende zorgplicht betekent niet dat de werknemer zelf geen rol heeft in dit traject. Op grond van art. 11 Arbowet is de werknemer verplicht om 'in zijn doen en laten op de arbeidsplaats, overeenkomstig zijn opleiding en de door de werkgever gegeven instructies, naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van de andere betrokken personen'. Dit artikel verplicht een werknemer dus om gehoor te geven aan de instructies die door zijn werkgever worden gegeven.

Naast de Arbowetgeving en art. 7:658 BW speelt ook art. 7:611 BW een rol. Dit artikel verplicht werkgevers en werknemers om zich jegens elkaar als goed werkgever of goed werknemer te gedragen. Mocht er een discussie ontstaan over de vraag of de zorgplicht wordt nageleefd, dan kan art. 7:611 BW als grondslag dienen om naleving van de zorgplicht te vorderen.

3.1 De arbeidsvoorwaardelijke component ...¹³

Uit de vorige paragrafen kan worden geconcludeerd dat op de werkgever een verplichting rust om zich constructief bezig te houden met de vraag hoe hij zijn werknemers tot op latere leeftijd blijvend van toegevoegde waarde voor zijn onderneming kan laten zijn. Hoe een werkgever daar invulling aan geeft is – in beginsel – aan de werkgever om te bepalen, zij het dat een cao kan bepalen hoe en op welke wijze er invulling aan kan worden gegeven. Dat een werkgever bij duurzame inzetbaarheid met name zal denken aan een beleid dat het werken lichter en makkelijker kan maken is vanzelfsprekend, maar duurzame inzetbaarheid kan ook bereikt worden door (oudere) werknemers de mogelijkheid te bieden om, bijvoorbeeld, gedurende langere termijn verlof op te nemen. Ook mogelijkheden om te werken in een lager gekwalificeerde functie, of het afbouwen van de wekelijkse arbeidsduur¹⁴ naarmate de pensioendatum dichterbij komt, zonder dat deze vermindering grote gevolgen heeft voor de inkomenspositie of de pensioenopbouw van de betrokken werknemers

13 Deze paragraaf richt zich op de periode dat een werknemer zijn pensioen nog niet heeft laten ingaan. De paragraaf beoogt geenszins een uitputtende opsomming te geven van alle mogelijkheden.

14 Bij de afbouw van de wekelijkse arbeidsduur moet rekening gehouden worden met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. In deze bijdrage wordt hier niet nader op ingegaan.

kunnen tot de mogelijkheden behoren. Dit is de arbeidsvoorwaardelijke component van duurzame inzetbaarheid.¹⁵

3.2 Afbouwen naar de pensioendatum ...

De arbeidsvoorwaardelijke component van een beleid van duurzame inzetbaarheid is het deel dat werknemers in staat moet stellen om – bijvoorbeeld – richting het einde van de actieve periode minder te gaan werken of langdurig verlof op te nemen zonder dat deze keuze grote gevolgen heeft voor de inkomenspositie van de werknemers. Gedacht kan worden aan het gaan werken in een lager gekwalificeerde functie of het opnemen van sabbatsverlof. Deze mogelijkheden hebben invloed op de pensioenopbouw van de werknemers, maar op grond van de Wet op de loonbelasting 1964 en de op basis van deze wet uitgevaardigde lagere regelgeving, wordt de nadelige invloed op de pensioenopbouw beperkt. Daarnaast roept de mogelijkheid van het invoeren van verlof ook weer de nodige vragen op, zoals over de manier waarop de betrokken werknemer gedurende de verlofperiode in zijn inkomen voorziet. Pensioen kan daarbij geen goede rol spelen omdat, bijvoorbeeld, het afkoopverbod in de weg staat aan het tussentijds opnemen van gelden. In deze paragraaf zal ook aandacht worden besteed aan deze problemen.

3.3 Werken in een lager gekwalificeerde functie ...

Het gaan werken in een lager gekwalificeerde functie heeft een negatieve connotatie, maar kan er wel toe bijdragen dat (oudere) werknemers voor langere tijd kunnen blijven werken. Een lager gekwalificeerde functie kan nog altijd een functie zijn die goed aansluit bij de kennis en kunde van de betrokken werknemer en dus een ‘passende functie’ zijn. Het gaat om een lichtere functie die de werknemer probleemloos kan vervullen, juist omdat het een lichtere functie is. Bij een lager gekwalificeerde functie behoort in de regel ook dat de betrokken werknemer een salaris gaat genieten dat hoort bij de lagere gekwalificeerde functie. Voor de pensioenopbouw hoeft deze salarisverlaging geen nadelige gevolgen te hebben, omdat op grond van art. 10b Uitv.besl. LB 1965 de loonsverlaging buiten beschouwing mag blijven wanneer het terugtreden in een lager gekwalificeerde functie begint in de periode die aanvangt binnen tien

¹⁵ Een voorbeeld is het Persoonlijk Levensfasebudget dat in de Cao Ziekenhuizen is opgenomen. Dit is – in essentie – een tijdsparregeling.

jaar direct voorafgaande aan de in de pensioenregeling vastgestelde ingangsdatum.

Een tweede mogelijkheid betreft het invoeren van een regeling voor langdurig verlof, bijvoorbeeld een sabbatsverlof. Voor de pensioenopbouw heeft een dergelijk langdurig verlof geen negatieve gevolgen, omdat de verlofperiode op grond van art. 10a, lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 2°, Uitv.besl. LB 1965 kan meetellen als diensttijd voor de pensioenopbouw. Art. 10a, lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 2°, Uitv.besl. LB 1965 stelt daarbij als eis dat de regeling voor het sabbatsverlof schriftelijk moet zijn vastgelegd. Aan deze eis kan eenvoudig worden voldaan. Daarnaast geldt dat een werknemer nog in dienst moet zijn wil hij sabbatsverlof kunnen opnemen. De werkgever kan zelf sturing geven aan de inhoud van de regeling. Zo kan in de schriftelijke regeling worden vastgelegd dat de werknemer gedurende de verlofperiode zelf moet voorzien in zijn inkomen (er is dus sprake van onbetaald verlof) en de betaling van de pensioenpremies (totale premies). Hoewel art. 19 Wet LB 1964 bepaalt dat er geen pensioenaanspraken kunnen ontstaan als sprake is van een dienstbetrekking met een nihil salaris of een salaris dat aanzienlijk lager is dan hetgeen gebruikelijk is, is bij besluit van 6 november 2015¹⁶ door de staatssecretaris van Financiën goedgekeurd dat over perioden van geheel dan wel gedeeltelijk onbetaald verlof, toepassing van art. 19 Wet LB 1964 achterwege blijft als er geen cumulatie plaatsvindt met pensioen in een pensioenregeling bij een eventuele nieuwe werkgever, de vorming van een oudedagsreserve of deelname aan een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling. Deze voorwaarde verhoudt zich slecht met de eis dat de dienstbetrekking gedurende de verlofperiode moet voortduren, omdat de opbouw van pensioen bij een nieuwe werkgever impliceert dat de dienstbetrekking is geëindigd en dan zou het verlof ook geëindigd zijn. Los daarvan is het mogelijk dat een werknemer naast zijn reguliere baan in dienst treedt van een andere werkgever en daar ook pensioen gaat opbouwen. Een keuze voor verlof bij de eerste werkgever heeft dan tot gevolg dat er geen pensioenaanspraken worden verworven in de regeling bij deze eerste verzekeraar. Maar deze consequentie mag geen 'sta-in-de-weg' zijn voor de werknemer die voor de keuze staat 'wel of niet met verlof'.

Wanneer een werkgever een verlofregeling wil invoeren, dan doet de werkgever er verstandig aan ook na te denken over de vraag hoe de

¹⁶ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 november 2015, nr. BLKB2015/830M, *Stcrt.* 2015, 40404.

werknemer gedurende een dergelijke periode in zijn inkomen kan voorzien. Een mogelijkheid is een spaarregeling zoals die in voetnoot 15 is genoemd; het persoonlijk levensfasebudget. Dat betreft een tijdspaarregeling die, zoals in de betreffende cao staat genoemd, tot doel heeft om de duurzame inzetbaarheid van de werknemers te bevorderen, waarbij de betaling van de gespaarde uren geschiedt tegen de waarde op het moment van opnemen.¹⁷ Een dergelijke tijdspaarregeling brengt wel risico's met zich, nu het de werkgever is die de regeling moet administreren en de gespaarde tijd verloren kan gaan in geval van faillissement van de werkgever.

Naast de mogelijkheid om tijd te sparen zou ook anderszins gekeken kunnen worden naar een (bij voorkeur: collectief) in te voeren spaarregeling. Een probleem daarbij is dat het huidige pensioenkader (zowel fiscaal als volgens de Pensioenwet) te streng is en onvoldoende ruimte biedt om tegemoet te komen aan de wensen van de werknemer die verlof wil opnemen. Te denken valt aan het afkoopverbod van art. 65 PW en art. 19b Wet LB 1964. Wanneer een werknemer namelijk voor de duur van het verlof pensioenaanspraken te gelde zou willen maken, dan kwalificeert dit als afkoop.

In 'Over de kip met de gouden eieren en het Nieuwe Pensioen'¹⁸ beschrijft Kuijkhoven het raamwerk van een nieuw type regeling dat hij het 'Nieuwe Pensioen' noemt. Het betreft daarbij een flexibele regeling die, onder andere, de mogelijkheid biedt om tussentijds op te nemen. Voor een inhoudelijke beschrijving van dit 'Nieuwe Pensioen' wordt verwezen naar voornoemd artikel, maar enkele kenmerken wil ik niet ongenoemd laten:

- a. sparen geschiedt vanuit het nettoloon;
- b. de strenge regels van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 en de Pensioenwet zijn niet op de spaarregeling van toepassing;
- c. de onderbrengplicht van art. 23 PW geldt niet en dat biedt de werkgever de mogelijkheid om die uitvoerder te kiezen die het beste bij de werkgever past;
- d. de spaarregeling kan als normatieve bepaling¹⁹ in een cao worden opgenomen waardoor werknemers gebonden worden;

17 De Cao Ziekenhuizen biedt de mogelijkheid om het saldo op te nemen en dan vervroegd uit te treden.

18 J.O. Kuijkhoven, 'Over de kip met de gouden eieren en het Nieuwe Pensioen', *PensioenMagazine*, december 2015, p. 24-27.

19 Normatieve cao-bepalingen zijn de bepalingen die doorwerken in de verhouding tussen een werkgever en een werknemer.

e. tussentijdse opnamen uit de spaarregeling zijn mogelijk.

Natuurlijk kan een werknemer ook besluiten om uit zijn nettoloon te sparen. Omdat het daarbij gaat om de afweging tussen consumptie en sparen moet de vraag worden gesteld of een werknemer zonder ‘dwang’ een voldoende saldo bij elkaar kan sparen om te kunnen voorzien in een inkomen gedurende de verlofperiode. Die ‘dwang’ kan worden bereikt door werknemers de mogelijkheid te bieden om via hun werkgever te sparen voor een specifiek doel. De tussentijdse opnames geschieden dan in het kader van het verlof, waarbij het totale saldo kan worden opgenomen in geval van tussentijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst of wanneer de werknemer met pensioen gaat. Het is de beschreven flexibiliteit die het mogelijk maakt om een spaarregeling volgens het ‘Nieuwe Pensioen’ te gebruiken ter ondersteuning van een beleid inzake duurzame inzetbaarheid, omdat het de werknemers de mogelijkheid biedt om de financiële gevolgen van het verlof te beperken.

De wetgever kan een belangrijke rol spelen bij het vormgeven van het fiscale kader voor dergelijke regelingen. Een van de belangrijkste knelpunten betreft namelijk het feit dat het spaarsaldo onder box 3 valt, waardoor de werknemer belasting moet betalen over dit saldo, maar opname uit het saldo om de box 3-heffing te voldoen is wat dat betreft niet logisch. De wetgever kan bepalen dat het saldo dat bij elkaar wordt gespaard in het kader van een regeling voor duurzame inzetbaarheid wordt vrijgesteld van box 3-heffing. Daarbij kan de wetgever ook nadere regels stellen, zoals:

- a. in welke gevallen het volledige of het restant saldo kan worden opgenomen en hoe dat fiscaal wordt behandeld;
- b. fiscaal vriendelijke overdracht van het gespaarde saldo bij wisseling van werkgever;
- c. eisen aan de uitvoerders (bijvoorbeeld: banken, beleggingsinstellingen, verzekeraars);

Als een werknemer gebruikmaakt van een verlofregeling, blijft de arbeidsovereenkomst bestaan. Werkgever en werknemer zullen dus goede afspraken moeten maken om de arbeidsrechtelijke positie gedurende de verlofperiode te regelen. Omdat de arbeidsovereenkomst blijft bestaan, zal het deelnemerschap in een pensioenregeling ook voortduren. Fiscaal hoeft dat geen nadelige gevolgen te hebben, maar het betekent wel dat er afspraken gemaakt moeten worden wie (bijvoorbeeld) de pensioenpremie betaalt.

De verhoging van de pensioenleeftijd noodzaakt werkgevers meer en meer tot het invoeren van een beleid dat gericht is op duurzame inzetbaarheid. Die noodzaak volgt in ieder geval uit de op de werkgever rustende zorgplicht om te zorgen voor veilige werkomgeving. Hoe een werkgever invulling geeft aan dit beleid is aan de werkgever, die daarbij gebonden kan zijn aan de kaders die in een cao zijn opgenomen. De mogelijkheid om te sparen voor langdurig verlof kan een onderdeel zijn voor een dergelijk beleid. Maar omdat de verhoging van de pensioenleeftijd veroorzaakt wordt door beleid van overheidswege, is ook voor de wetgever een taak weggelegd. De wetgever kan het juridische kader vaststellen waarbinnen een verlofspaarregeling fiscaal aantrekkelijk kan worden ingevoerd. Dit zal ertoe bijdragen dat een beleid inzake duurzame inzetbaarheid voor werkgevers en werknemers aantrekkelijk wordt. En daar hebben zowel werkgever als werknemer baat bij.