

WAO-vervangende verzekeringen en de afbakening van het terrein voor verzekeraars en pensioenfondsen

Mr. W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering NV. Met dank aan mr. L.F. Kleiterp, Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Levensverzekering NV.

Nadat in het weekeinde van 23 en 24 januari van dit jaar in de Tweede Kamer overeenstemming werd bereikt tussen coalitiepartners CDA en PvdA over de ingreep in de WAO, werd het opvullen van het WAO-gat een belangrijk onderdeel van het arbeidsvoorwaardenoverleg. In veel CAO's is inmiddels geregeld dat het WAO-gat door particuliere verzekering zal worden opgevuld. Nu het wetsvoorstel ook door de Eerste Kamer is aangenomen, kunnen de sociale partners naar wegen zoeken om tot particuliere verzekering van het WAO-gat over te gaan. De Verzekeringskamer heeft in haar brief van 10 maart 1993 aan onder andere alle ondernemings- en bedrijfspensioenfondsen en schade- en levensverzekeraars in Nederland een standpunt ingenomen over wie in het kader van de reparatie van de WAO wat mag verzekeren.¹ Het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt is niet onomstreden.

In dit artikel wordt gepoogd te verduidelijken onder welke omstandigheden pensioenfondsen, levensverzekeraars of schadeverzekeraars verzekeringen voor het opvullen van het WAO-gat mogen aangaan en welke problemen zich daarbij kunnen voordoen. In de visie van de Verzekeringskamer kan een WAO-vervangende regeling niet als pensioenregeling worden aangemerkt, wanneer de werkgever er niet substantieel aan bijdraagt. Of dit standpunt juist is, wordt in onderdeel 1 nagegaan. Het standpunt van de Verzekeringskamer heeft gevolgen voor het onderbrengen van WAO-vervangende verzekeringen. Op deze gevolgen wordt in de onderdelen 2, 3 en 4 ingegaan. De Verzekeringskamer heeft ook een standpunt ingenomen over de mogelijkheid WAO-vervangende regelingen in eigen beheer uit te voeren. Op deze mogelijkheid wordt in onderdeel 5 ingegaan. Het standpunt van de Verzekeringskamer heeft gevolgen in de fiscale sfeer. Aan deze fiscale gevolgen wordt in onderdeel 6 aandacht besteed. In onderdeel 7 wordt een mogelijke oplossing voor de afbakeningsproblematiek gegeven.

1. Het standpunt van de Verzekeringskamer met betrekking tot het begrip pensioen

Van groot belang voor de praktijk is het standpunt dat de Verzekeringskamer inneemt ten aanzien van het pensioenbegrip van art. 1, lid 1, aanhef en onder a van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). De PSW bevat geen echte inhoudelijke

pensioendefinitie.² De wetgever heeft er in 1952 bewust voor gekozen geen formele eisen aan pensioentoezeggingen te stellen. Door het stellen van formele eisen aan pensioentoezeggingen zou aan de werking van de PSW kunnen worden ontkomen door het doen van toezeggingen die niet aan de eisen voldoen.³ Slechts de pensioenvormen waarvoor de wet geldt zijn omschreven. In de brief van 10 maart 1993 neemt de Verzekeringskamer het standpunt in dat slechts sprake is van 'pensioen' in de zin van de PSW wanneer de werkgever een substantiële bijdrage aan de pensioenregeling levert. Dit standpunt van de Verzekeringskamer heeft nogal wat stof doen opwaaien omdat pensioenregelingen waaraan de werkgever in het geheel niet of nauwelijks bijdraagt in de praktijk veelvuldig voorkomen. In dit onderdeel wordt ingegaan op het aan de PSW ten grondslag liggende pensioenbegrip. Aan de hand van dit pensioenbegrip wordt het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt getoetst. Saillant is dat, het standpunt van de Verzekeringskamer volgens, aan de werking van de PSW zou kunnen worden ontkomen door in het arbeidsvoorwaardenoverleg een minder dan substantiële werkgeversbijdrage aan pensioenregelingen overeen te komen. De Verzekeringskamer heeft met haar brief van 10 maart 1993 de deur opengezet naar het in eigen beheer uitvoeren van pensioenregelingen.⁴

1.1. Argumenten ontleend aan wetgeving

Het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt ten aanzien van het pensioenbegrip in de PSW steunt, naar ik aanneem, op de wetshistorie van art. 1 PSW en art. 6 WTV. Overigens is in publicaties van de Verzekeringskamer niet aangegeven op welke gronden het door haar ingenomen standpunt berust.⁵

In de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel dat in 1952 tot de PSW heeft geleid wordt ten aanzien van de definitie van het begrip 'ondernemingspensioenfonds'⁶ opgemerkt dat:

'Een fonds, gevormd en in stand gehouden door het in de betrokken onderneming werkzame personeel alleen, zonder daadwerkelijke medewerking van de werkgever, ... niet een aan een onderneming verbonden fonds (is, toevoeging WT), daar slechts de werkgever een fonds aan de onderneming verbinden kan'.⁷

1. Brief van het bestuur van de Verzekeringskamer van 10 maart 1993, Kenmerk PSW 1993/06; WTV/SL 1993/09. Naar aanleiding van deze brief zijn Kamervragen gesteld en beantwoord, zie *Periodiek voor sociale verzekering, sociale voorzieningen en arbeidsrecht* 1993, p. 834-837.

2. E. Lujens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 40.

3. MvT PSW-1952, TK 1949-1950, 1730, nr 3, p. 13 met betrekking tot vormvereisten.

4. De strekking van de PSW was juist het in eigen beheer uitvoeren van pensioenregelingen te verbieden, TK 1939-1940, 300, nr 3, p. 1 en TK 1949-1950, 1730, nr 3, p. 11 en 13.

5. Een nadere toelichting ontbreekt in de brief van het bestuur van de Verzekeringskamer van 10 maart 1993, p. 2 en in Verzekeringskamer onder vuur vanwege standpunt WAO-reparatie, 'De bringer van het slechte nieuws wordt gestenigd', Verzekeringskamer in beweging 1993, nr 3, p. 7.

6. Thans art. 1 lid 1 aanhef en onder c PSW.

7. MvT PSW-1952, TK 1949-1950, 1730, nr 3, p. 12.

Ik betwijfel of uit deze passage moet worden afgeleid dat de wetgever destijds van mening was dat van pensioen in de zin van de PSW geen sprake kan zijn, wanneer de werkgever geen substantiële bijdrage aan de pensioenregeling levert. De vereiste 'medewerking' van de werkgever behoeft immers niet persé uit het leveren van een financiële bijdrage te bestaan. Voldoende is dat door tussenkomst van de werkgever bedragen in het fonds worden gestort. Van 'tussenkomst van de werkgever' is bijvoorbeeld sprake wanneer de werkgever de bedragen die zijn werknemers in het fonds storten op hun salaris inhoudt en afdraagt aan het fonds. De aangehaalde passage uit de MvT sluit niet uit dat deze bedragen door de werkgever voor een meer dan substantieel deel, zelfs voor 100%, op het loon van de werknemers worden ingehouden.

In de Memorie van Antwoord (MvA) bij het wetsvoorstel dat in 1972 tot wijziging van de PSW heeft geleid wordt ingegaan op werknemersbijdragen en werkgeversbijdragen aan een pensioenregeling. In verband met het op sommige plaatsen in de PSW gemaakte onderscheid tussen de 'eigen bijdrage' van werknemers en werkgeversbijdragen wordt opgemerkt dat:

'... in de desbetreffende wettelijke bepalingen onderscheid is gemaakt tussen eigen bijdrage en werkgeversbijdrage, niet omdat dit enig voordeel zou geven, maar omdat zulks aansluit bij het in de praktijk in de pensioenregelingen van het particuliere bedrijfsleven bestaande onderscheid tussen deze bijdragen. In zeer vele pensioenregelingen geven immers zowel de werkgever als de werknemer een bijdrage voor de opbouw van het pensioen van laatstgenoemde'.⁸

Uit deze passage blijkt geenszins dat de wetgever aan de verhouding tussen werkgevers- en werknemersbijdragen inhoudelijke eisen heeft willen stellen.

Het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt dat geen sprake kan zijn van een pensioentoezegging in de zin van de PSW wanneer een (substantiële) werkgeversbijdrage ontbreekt is door de Verzekeringskamer vanuit de totstandkomingsgeschiedenis van de WTV verdedigd. In de Nota naar aanleiding van het Eindverslag (NEV) bij de invoering van de WTV van 1986 is in een passage over het aanbieden van vrijwillige verzekeringen door pensioenfondsen aan de deelnemers in de pensioenregeling van een pensioenfonds opgemerkt dat:

'... een werkgever ook individuele toezeggingen kan doen die volledig op de wensen van de individuele deelnemer zijn afgestemd. Op deze wijze kan met noviteiten op beperkte schaal ervaring worden opgedaan. Essentieel is evenwel de medewerking van de werkgever in die zin dat er een toezegging wordt gedaan hetgeen, onder meer, impliceert dat de werkgever bijdraagt in de kosten'.⁹

Deze passage heeft betrekking op een toezegging van een werkgever aan een individuele deelnemer in de pensioenregeling van een pensioenfonds buiten de pensioenregeling van het pensioenfonds om. De passage heeft naar mijn stellige overtuiging geen betrekking op pensioen dat door een pensioenfonds aan de deelnemers is toegezegd, maar op individueel tussen werkgever en werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarden die door een pensioenfonds moeten worden uitgevoerd.¹⁰ Ik voeg aan het voorafgaande toe dat ik meen dat de WTV niet doorslaggevend is voor de interpretatie van een cruciaal begrip in de PSW.¹¹ De aangehaalde passages in de kamerstukken met betrekking tot de voorlopers van de huidige WTV hebben betrekking op de afbakening van het werkkerrein van pensioenfondsen en verzekeraars.¹²

Immiddels heeft de Verzekeringskamer haar standpunt ten aanzien van het pensioenbegrip in de PSW nader toegelicht. In antwoord op schriftelijke vragen van Lutjens stelt de Verzekeringskamer dat het vereiste dat de kosten van een pensioenregeling geheel of ten dele ten laste van de werkgever moeten komen zowel op de PSW als op de WTV is gebaseerd.¹³ De Verzekeringskamer beroept zich, naar het lijkt, op

het systeem van de PSW: op verschillende plaatsen wordt in de PSW op een verplichte werkgeversbijdrage geduid.¹⁴ De gestelde eis kan echter naar ik meen niet uit de woorden of het systeem van de PSW worden afgeleid. Naar aanleiding van de passage in de brief van de Verzekeringskamer aan Lutjens heb ik de artikelen in de PSW en de op de PSW gebaseerde Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen)¹⁵ over de (werkgevers)bijdrage bestudeerd. Ik meen dat daar waar in de PSW een bepaling voorkomt met betrekking tot een (werkgevers)bijdrage een bijdrage van de werkgever is bedoeld waartoe de werkgever zich bij overeenkomst heeft verplicht.¹⁶ Deze verplichting pleegt in de pensioenovereenkomst te worden opgenomen. Met de term 'pensioenovereenkomst' wordt de tussen werkgever en werknemer met betrekking tot pensioen gesloten overeenkomst aangeduid.¹⁷ Wanneer een pensioenregeling wordt verzekerd bevat de pensioenovereenkomst de gehele pensioenregeling. Een regeling voor kostenverdeling tussen werkgever en werknemer is in het algemeen in de pensioenovereenkomst opgenomen.¹⁸ Wanneer een pensioenregeling door een pensioenfonds wordt uitgevoerd, behelst de pensioenovereenkomst niet veel meer dan dat de werkgever de werknemer als deelnemer aan de pensioenregeling van het pensioenfonds zal aanmelden en de daarvoor door het fonds in rekening gebrachte bedragen zal voldoen. Verder pleegt ook in deze situatie een regeling voor de kostenverdeling tussen werkgever en werknemer in de pensioenovereenkomst te worden opgenomen.¹⁹

1.2. Standpunten in de literatuur

In de literatuur is een aantal argumenten tegen het standpunt van de Verzekeringskamer aangevoerd.

Het eerste argument is dat de PSW weliswaar inhoudelijke eisen stelt aan een toezegging omtrent pensioen²⁰, maar niet de eis dat er een (substantiële) werkgeversbijdrage moet zijn.²¹

Het tweede argument is dat de kosten van het stelsel van aanvullende pensioenen in alle gevallen uit de loonruimte komen. Uitgaande van een bepaalde loonruimte heeft een lagere werknemersbijdrage in de kosten van een pensioenregeling minder royale arbeidsvoorwaarden op ander terrein tot gevolg, bijvoorbeeld lagere lonen of een minder goede pensioenregeling.²² Een werknemersbijdrage wordt in veel gevallen uitsluitend ingevoerd om een zekere betrokkenheid van de werknemers bij de pensioenregeling te bewerkstelligen.

8. MvA PSW-1972, TK 1971-1972, 11 529, nr 5, p. 3.

9. NEV bij de WTV, TK 1985-1986, 19 329, p. 9-11.

10. Even verder in de NEV wordt ingegaan op het onderbrengen van strict individuele voorzieningen die niet op een toezegging van de werkgever berusten en waaraan de werkgever niet bijdraagt. Onder restricties kunnen dergelijke individuele voorzieningen tijdelijk bij een pensioenfonds worden ondergebracht. Uit deze passage blijkt dat de wetgever het bestaan van voorzieningen met 100% werknemersbijdrage erkent. De passage heeft echter geen betekenis voor toegezegde regelingen zonder werkgeversbijdrage.

11. In dezelfde zin H.P. Breuker, Wat is pensioen?, Pensioen Advies 1993, nr 5, p. 26 middelste kolom.

12. Wat de afbakening van het werkkerrein van bedrijfspensioenfondsen en verzekeraars betreft uitgebreid W.P.M. Thijsen, Het werkkerrein van bedrijfspensioenfondsen, in 'Deelneming in bedrijfspensioenfondsen: verplicht of niet-verplicht?', Publikatie van de Vereniging voor Pensioenrecht nr 4, met name p. 29-30.

13. Brief van de Verzekeringskamer aan E. Lutjens, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1993, p. 61, i.k. (datum brief niet vermeld).

14. Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1993, p. 61, i.k.

15. Beschikking van 16 juli 1987, Stcr. 1987, 143.

16. Zie art. 1 lid 1 aanhef en onder h; art. 2 leden 5, 6 en 7; art. 3 leden 2, 3 en 4; art. 3a en art. 13, lid 2 van de Regelen. Vgl. Lutjens, diss., p. 402-403.

17. Lutjens, diss., p. 149 en de daar aangehaalde rechtspraak.

18. MvA PSW-1972, TK 1971-1972, 11 529, nr 5, p. 3.

19. Lutjens, diss., p. 401.

20. Bijvoorbeeld de eis dat in geval van beëindiging van huwelijk een bijzonder weduwen- of weduwnaarspensioen wordt afgesplitst indien deze pensioenvorm onderdeel uitmaakt van de pensioenregeling, art. 8a PSW.

21. E. Lutjens, WAO-dekking - de Verzekeringskamer (ver)spreekt, Pensioen & Praktijk 1993, nr 4, p. 2 en Breuker, t.a.p. p. 26.

22. Lutjens, t.a.p. p. 2 (middelste kolom), Breuker, t.a.p. p. 26 (lk), Verzekeringskamer in beweging nr 3, t.a.p. p. 7 (lk) en A.J. van de Griend, Financieel Dagblad 17 maart 1993.

Ik voeg aan deze argumenten een *derde* meer theoretisch argument toe. Een verzekeringsovereenkomst is een overeenkomst waarbij een verzekeraar zich tot het verrichten van een bepaalde prestatie verplicht jegens de verzekeringnemer tegen betaling van premie.²³ Wanneer ter dekking van een pensioentoezegging verzekeringen volgens het bepaalde in art. 2, lid 4, onder C van de PSW worden gesloten (C-polissen), dient de premie formeel uit het vermogen van de werknemer afkomstig te zijn omdat de werknemer als verzekeringnemer jegens de maatschappij optreedt.²⁴ De terminologie dat de werkgever zijn werknemer in staat moet stellen²⁵ om de premie voor de pensioenverzekering volgens de C-polis constructie te voldoen impliceert dat de werkgever bij de vaststelling van het bruto loon van de werknemer rekening moet houden met het feit dat de werknemer de premie voor de pensioenverzekering moet voldoen.²⁶ Een werkgeversbijdrage maakt vanuit civielrechtelijk oogpunt onderdeel uit van het overeengekomen loon.²⁷ Het standpunt van de Verzekeringskamer dat slechts van een pensioen in de zin van de PSW sprake kan zijn wanneer sprake is van een substantiële werkgeversbijdrage die geen onderdeel is van het overeengekomen loon, is in het kader van de C-constructie niet houdbaar.²⁸ Om redenen van wetssystematische aard is het dan ook onwenselijk om ten aanzien van de B-constructie en pensioenfonds een ander uitgangspunt te hanteren.

Tot slot voer ik een *vierde*, meer praktisch, argument aan tegen het door de Verzekeringskamer gehanteerde pensioenbegrip. In onderdeel 1 merkte ik al op dat werkgevers en werknemers, het standpunt van de Verzekeringskamer volgend, aan de werking van de PSW kunnen ontkomen door in het arbeidsvoorwaardenoverleg een minder dan substantiële werkgeversbijdrage voor de pensioenregeling overeen te komen. Wanneer de werkgeversbijdrage aan een pensioenregeling niet substantieel is, is de PSW immers niet van toepassing op de aan die 'pensioen' regeling te ontnemen pensioenen. In de visie van de Verzekeringskamer is in een dergelijk geval immers geen sprake van 'pensioen' in de zin van art. 1 lid 1 aanhef en onder a PSW. De strekking van de PSW is om pensioenrechten van werknemers te beschermen tegen financieel onvermogen van de werkgever.²⁹ De behoefte aan die bescherming geldt des te sterker wanneer pensioenrechten zijn verworven met aanzienlijke werknemersbijdragen. De visie van de Verzekeringskamer volgend wordt juist aan werknemers die aanzienlijk bijdragen aan een pensioenregeling de door de PSW geboden bescherming ontnomen. Werknemers en werkgevers kunnen in het arbeidsvoorwaardenoverleg bepalen of de pensioenregeling in eigen beheer wordt uitgevoerd door de werknemersbijdrage aan een pensioenregeling te manipuleren.

In de literatuur is het thans door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt ten aanzien van het pensioenbegrip in de PSW opgedoken na de totstandkoming van de WTV in 1986. Tulfer schreef in 1986 over deze problematiek nog het volgende:

*'De PSW bevat geen voorschriften voor de verdeling van de premielast over de werkgever en de werknemers. Dit is afhankelijk van de inhoud van de pensioentoezegging.'*³⁰

In 1988 neemt hij een ander standpunt in. Schrijvend over de 'werkgeverstoezegging'³¹ stelt hij:

*'Wel zal sprake moeten zijn van een reële toezegging, hetgeen betekent dat de werkgever moet bijdragen in de kosten.'*³²

Tulfer beroept zich voor dit standpunt op de hiervoor door mij weergegeven passage uit de NEV bij de WTV. Ik heb getracht aan te tonen dat deze passage uit de NEV niet betekent dat de wetgever het standpunt dat van een pensioentoezegging slechts sprake is wanneer de werkgever substantieel bijdraagt aan de pensioenregeling tot het zijne heeft gemaakt. Het bevreemdt mij dan ook dat Tulfer in 1988 zonder uitvoerige motivering een ander standpunt is gaan innemen dan in

1986.

Ik ben van mening dat het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt ten aanzien van het pensioenbegrip van de PSW niet juist is. In de praktijk komen pensioenregelingen met een meer dan substantiële, en zelfs met een 100% werknemersbijdrage veelvuldig voor. Overigens worden ontwikkelingen in de praktijk niet altijd door de Hoge Raad gevolgd. Juist wat de interpretatie van de PSW betreft is dat in het verleden duidelijk gebleken. Hoewel gedurende een lange periode in de praktijk werd aangenomen dat een verzekeringsovereenkomst volgens de C-constructie afkoopbaar was³³, kwam de Hoge Raad in zijn arrest van 28 juni 1985, NJ 1986, 37 op grond van de strekking van de PSW tot een tegengesteld oordeel.³⁴ Het is uiteindelijk aan de rechter om uit te maken of de Verzekeringskamer de PSW op de juiste wijze interpreteert. De brief van 10 maart 1993 van de Verzekeringskamer kan worden beschouwd als een ambtshalve vaststelling van de reikwijdte van de uitoefening van het levensverzekeringsbedrijf.³⁵ Tegen de door de Verzekeringskamer genomen beslissing staat beroep open bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.³⁶

2. Opvullen van het WAO-gat bij een verzekeringsmaatschappij

Werkgevers en werknemers in een onderneming of in een bedrijfstak kunnen overeenkomen dat het WAO-gat zal worden gevuld door het sluiten van verzekeringen bij een verzekeringsmaatschappij. Daarbij kan de vraag rijzen of een verzekeringsovereenkomst met een levensverzekeraar of een schadeverzekeraar zal worden aangegaan. Verzekeringen die recht geven op een uitkering bij arbeidsongeschiktheid zijn in technische zin schadeverzekeringen. Ook in juridische zin plegen dergelijke verzekeringen als schadeverzekeringen te worden beschouwd.³⁷ Verzekeringen voor het opvullen van het WAO-gat kunnen dan ook zonder meer bij een schadeverzekeraar worden gesloten. Onder bepaalde voorwaarden mogen ook levensverzekeraars verzekeringen ter dekking van arbeidsongeschiktheidsrisico sluiten. In de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (WTV) is in verband hiermee in art. 3a bepaald dat:

23. Art. 246 K; vgl. art. 7.17.1.1. OBW.

24. Vgl. Lutjens, diss., p. 403-404.

25. Art. 2 lid 4 aanhef en onder C PSW.

26. In de praktijk pleegt de pensioenpremie overigens wel door de werkgever op het loon van de werknemer te worden ingehouden en wordt de premie namens de werknemer afgedragen aan de verzekeraar, in dezelfde zin Lutjens, diss., p. 401.

27. De voor een pensioenverzekering volgens de C-constructie verschuldigde premie behoort niet tot het fiscale loon indien de pensioenregeling voldoet aan de eisen van art. 11 lid 3 Wet op de loonbelasting 1964. Hetzelfde geldt overigens zowel voor het werkgevers- als het werknemersdeel in de premie die voor een pensioenverzekering volgens de B-constructie wordt betaald.

28. Van de Griend, t.a.p.; vgl. W.P.M. Thijsen, *Ouderschapsverlof, in het bijzonder met betrekking tot de pensioenopbouw*, Nederlands tijdschrift voor sociaal recht 1990, p. 48.

29. MvT ontwerp-PSW 1939, TK 1939-1940, 300, nr 3, p. 3, MvT PSW-1952, TK 1949-1950, 1730, nr 3, p. 11 en 13.

30. P.M. Tulfer, *Pensioenen*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 107.

31. Art. 2 lid 1 PSW.

32. P.M. Tulfer, *Afbakening tussen pensioenfonds en verzekeraars*, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1988, p. 100.

33. Ook door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Op een verzoek om ontheffing van het afkoopverbod van art. 32 lid 4 PSW voor een C-polis werd stevast beslist dat een dergelijke ontheffing niet nodig was, omdat het afkoopverbod geen betrekking zou hebben op C-polissen. In dezelfde zin: P.M.C. de Lange, *Enige fiscale en juridische aspecten van C-polissen*, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1993, p. 3, r.k.

34. De Hoge Raad is van mening dat het 'met de PSW beoogde doel -bescherming van de werknemer van hem door zijn werkgever toegezegd pensioen-ertoe (dwingt, toevoeging WT) alle ter uitvoering van pensioentoezeggingen op de voet van die wet gesloten verzekeringsovereenkomsten... onder de bescherming van art. 32 lid 4 begrepen te achten', NJ 1986, p. 145, r.k.; vgl. De Lange, t.a.p., p. 3-4.

35. Art. 4 WTV.

36. Namelijk op grond van art. 87 lid 1 WTV.

37. A.W. Wichers, *De rechtsleer der Levensverzekeringsovereenkomst*, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 1925, p. 235-240; vgl. Stigter/Ploeg, *Levensverzekering*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1983, p. 74.

'Het levensverzekeringsbedrijf wordt onderscheiden naar branches, die de volgende benamingen dragen.

1. Levensverzekering algemeen:

kapitaal-, pensioen- en lijfrenteverzekeringen, met uitzondering van de onder de branches 2 en 3 begrepen verzekeringen, alsmede aanvullende verzekeringen als bedoeld in artikel 1, tweede lid, zoals invaliditeitsverzekeringen en verzekeringen bij overlijden ten gevolge van een ongeval',

en in art. 1 lid 2 dat:

'Het levensverzekeringsbedrijf ... zijn karakter als zodanig niet (verliest, toevoeging WT) indien bij de overeenkomsten van levensverzekering...verplichtingen worden aanvaard in verband met voorvallen waarvan het ontstaan onzeker is en die de persoon van de mens treffen'.³⁸

Het is op het eerste gezicht niet duidelijk hoe art. 3a aanhef en onder 1 dient te worden gelezen. De eerst mogelijke grammaticale interpretatie is dat 'aanvullende verzekeringen als bedoeld in art 1 tweede lid zoals invaliditeitsverzekeringen en verzekeringen bij overlijden ten gevolge van een ongeval' te zamen met kapitaal-, pensioen- en lijfrenteverzekeringen tot de branche 'Levensverzekering algemeen' (branche 1) behoren. Deze interpretatie volgend heeft art. 1 lid 2 WTV geen zelfstandige betekenis. De tweede mogelijke grammaticale interpretatie is dat na 'alsmede' de facto de woorden 'met uitzondering van' moeten worden gelezen. Die interpretatie volgend valt het sluiten van aanvullende invaliditeitsverzekeringen zoals WAO-vervangende verzekeringen niet onder de branche 'Levensverzekering algemeen'. Art. 1 lid 2 WTV heeft zelfstandige betekenis: aanvullende invaliditeitsverzekeringen kunnen, hoewel ze niet tot één van de art. 3a omschreven branches behoren, toch bij een levensverzekeraar worden ondergebracht.

Een indicatie voor de juistheid van de als eerste behandelde interpretatie treft men aan in de eerste levenrichtlijn. Uit art. 1 lid 1 aanhef onder c volgt dat de eerste levenrichtlijn mede betrekking heeft op aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. In een bijlage bij de richtlijn is een brancheindeling van de diverse vormen van verzekering gegeven. Daarbij zijn aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in branche 1 ingedeeld. De brancheindeling in de WTV is ontleend aan die van de eerste levenrichtlijn. De systematiek van de eerste levenrichtlijn volgend moet worden aangenomen dat bij de toepassing van de WTV moet worden aangenomen dat aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen tot branche 1 behoren. Als consequentie van grammaticale interpretatie van de WTV moet worden aanvaard dat aan art. 1 lid 2 van de WTV geen zelfstandige betekenis toekomt waar het aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen betreft.

Door de WTV wetsystematisch te interpreteren kan, de eerste grammaticale interpretatie volgend, wèl zelfstandige betekenis aan art. 2 lid 1 WTV worden toegekend. Het systeem van de WTV is dat een verzekeraar of het schadeverzekeringsbedrijf, of het levensverzekeringsbedrijf mag uitoefenen. Een verzekeraar mag niet zowel het schadeverzekeringsbedrijf als het levensverzekeringsbedrijf uitoefenen. De scheiding tussen 'schade' en 'leven' berust op art. 26 lid 1 WTV. Art. 1 lid 2 maakt een inbreuk op deze scheiding. Het artikel vormt de schakel tussen art. 26 lid 1 waarin de scheiding tussen 'schade' en 'leven' is geregeld en de brancheindeling van art. 3a WTV. Art. 1 lid 2 van de WTV opent namelijk de mogelijkheid dat een levensverzekeraar ondanks het bepaalde in art. 26 lid 1 van die wet onder de daar opgenomen voorwaarden andere risico's aanvaardt dan 'leven'risico's. De brancheindeling van art. 3a WTV concretiseert om welke risico's het moet gaan. Ik geef op grond van het voorafgaande de voorkeur aan de eerste grammaticale interpretatie van art. 3a WTV in combinatie met de wetsystematische interpretatie van art. 1 lid 2.

In de Wet op het Levensverzekeringsbedrijf (WOL) was

een bepaling opgenomen die inhoudelijk overeen kwam met de hiervoor als tweede weergegeven bepaling uit de WTV.³⁹ Uit de Memorie van Antwoord (MvA) blijkt dat met de regeling werd beoogd om het mogelijk te maken om bij een overeenkomst van levensverzekering te bepalen dat in geval van invaliditeit 'niet alleen de premiebetaling ophoudt, doch de verzekerde zelfs een uitkering geniet'.⁴⁰ Uit de wetsgeschiedenis van de thans in de WTV opgenomen regeling volgt naar mijn mening dat verzekeringen voor het opvullen van het WAO-gat slechts dan bij een levensverzekeraar kunnen worden ondergebracht, wanneer op het leven van de persoon die het betreft bij de levensverzekeraar enige vorm van levensverzekering is gesloten.

In haar brief van 10 maart 1993 stelt de Verzekeringskamer dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering in combinatie met een levensverzekering door een levensverzekeraar kan worden aangegaan, 'mits de voor een dergelijke combinatie geldende wettelijke voorwaarden in acht worden genomen'.⁴¹ In haar brief maakt de Verzekeringskamer niet duidelijk welke 'wettelijke voorwaarden' worden bedoeld. Doelt de Verzekeringskamer op de wettelijke solvabiliteitseisen waaraan moet zijn voldaan om het verzekeringsbedrijf te mogen uitoefenen? Een nadere toelichting is gewenst.⁴²

WAO-vervangende verzekeringen kunnen door een levensverzekeraar worden aangegaan in combinatie met een levensverzekering. Daarbij kan worden gedacht aan individuele levensverzekeringen maar met name ook aan groepsgewijze gesloten pensioenverzekeringen. Groepsgewijze gesloten verzekeringen komen met name voor in de werkgever/werknemer-sfeer. De belangrijkste vorm van groepsgewijze gesloten verzekering is de pensioenverzekering. Daarnaast kan men bijvoorbeeld denken aan groepsgewijze gesloten ziektekostenverzekeringen. De Verzekeringskamer is – terecht – van mening dat een verzekering voor het opvullen van het WAO-gat naast een pensioenverzekering kan worden gesloten. De combinatie van pensioenverzekering en een WAO-vervangende verzekering is sterk voor de hand liggend: zowel een pensioenregeling als het opvullen van het WAO-gat zullen in het algemeen onderwerp van het arbeidsvoorwaardenoverleg zijn.⁴³ In verband met de combinatie van pensioenverzekeringen en WAO-vervangende verzekering vormt een eventuele wachttijdregeling een knelpunt. Een wachttijd houdt in dat werknemers pas nadat ze een bepaalde leeftijd, meestal 25 jaar, hebben bereikt en nadat ze een bepaalde periode bij een werkgever in dienst zijn, meestal één jaar, als deelnemer in de pensioenregeling worden opgenomen. Voor gehuwde werknemers of werknemers die ongehuwd samenwonen pleegt gedurende het wachtjaar een risicoverzekering voor de dekking van nabestaandenpensioen te worden gesloten. Nabestaandenpensioen dat op risicobasis bij een levensverzekeraar wordt ondergebracht pleegt op basis van éénjarige risicoverzekeringen te worden verzekerd. Een WAO-vervangende verzekering kan naast nabestaandenpensioen worden gesloten door een levensverzekeraar. Dit geldt naar mijn mening ook wanneer het nabestaandenpensioen op risicobasis bij de verzekeraar wordt ondergebracht. De ongehuwde werknemers vormen een knelpunt: omdat voor hen gedurende het wachtjaar geen pensioenverzekering

38. Onder de branches 2 en 3 wordt respectievelijk 'levensverzekering in verband met huwelijk of geboorte' en 'levensverzekering verbonden met beleggingsfondsen' verstaan.

39. Art. 2 WOL.

40. MvA II bij de WOL, Editie Schuurman & Jordens nr 66 (Wet op het Levensverzekeringsbedrijf), twaalfde druk, 1986, p. 16.

41. Brief van het Bestuur van de Verzekeringskamer van 10 maart 1993, p. 2, onder 1.

42. Mogelijkerwijs doelt de Verzekeringskamer op een ongedateerde interne richtlijn over de begrenzing van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen gesloten in combinatie met individuele levensverzekeringen.

43. Dit laatste geldt ook voor een werknemer/grootaandeelhouder, met dien verstande dat een werknemer/grootaandeelhouder feitelijk de eigen arbeidsvoorwaarden vaststelt.

wordt gesloten, is het formeel niet mogelijk op hun leven gedurende het wachtjaar een WAO-vervangende verzekering te sluiten. Uit de praktijk is het mij bekend dat de Verzekeringskamer in individuele gevallen te kennen heeft gegeven geen bezwaar te hebben tegen het sluiten van een WAO-vervangende verzekering gedurende de wachttijd, mits er een reëel vooruitzicht op het tot stand komen van een levensverzekering bestaat.⁴⁴ Het is naar mijn mening wenselijk dat op dit punt duidelijkheid ontstaat.

De WTV geeft aan de Verzekeringskamer de bevoegdheid om te beslissen of:

'een handeling of een samenstel van handelingen al dan niet uitoefening van... het levensverzekeringsbedrijf... vormt'.⁴⁵

De Verzekeringskamer beslist dit ambtshalve⁴⁶ of – vereenvoudigd weergegeven – op verzoek van:

- degenen die (het samenstel van) handelingen willen verrichten;
- de verzekeraar die de verzekeringsovereenkomst aangaat; of
- een representatieve organisatie van verzekeraars.⁴⁷

De Verzekeringskamer heeft in haar brief van 10 maart geen expliciete duidelijkheid gegeven ten aanzien van het sluiten van WAO-vervangende verzekeringen bij een levensverzekeraar voor ongehuwde werknemers in de wachttijd. Dit valt te betreuren, juist omdat in pensioenregelingen in veel gevallen een wachttijdregeling is opgenomen.

3. Opvullen van het WAO-gat bij een pensioenfonds

Een pensioenfonds mag binnen de grenzen van art. 6 lid 4 WTV WAO-vervangende verzekeringen sluiten. De regeling van art. 6 lid 4 WTV geeft een pensioenfonds twee verschillende mogelijkheden om het WAO-gat bij te verzekeren.

De eerste mogelijkheid is dat in de pensioenregeling van het pensioenfonds wordt voorzien in het opvullen van het WAO-gat. Daartoe dient het pensioenfonds een arbeidsongeschiktheidspensioen in de regeling op te nemen voor het opvullen van het WAO-gat. Het bestuur van het pensioenfonds dient hiertoe te besluiten. Bij ondernemingspensioenfondsen geldt veelal dat in de statuten van het fonds is bepaald dat een besluit tot wijziging van de pensioenregeling door de aangesloten werkgever(s) moet worden goedgekeurd.⁴⁸ Feitelijk geldt dan dat in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg loonruimte beschikbaar moet worden gesteld om de kosten van invoering van het WAO-vervangende arbeidsongeschiktheidspensioen op te vangen. In de visie van de Verzekeringskamer is geen sprake van pensioen in de zin van de PSW wanneer de werkgeversbijdrage aan een pensioenregeling niet substantieel is. Een pensioenfonds kan zonder vergunning om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen uitsluitend pensioenverzekeringen aangaan. Een pensioenfonds dat (arbeidsongeschiktheids)pensioen verzekert waaraan de bij het pensioenfonds aangesloten werkgever(s) niet substantieel wordt bijgedragen, oefent in de visie van de Verzekeringskamer het verzekeringsbedrijf uit. Het pensioenfonds zou aan de strengere eisen moeten voldoen om het verzekeringsbedrijf te mogen uitoefenen.⁴⁹

De tweede mogelijkheid is dat het pensioenfonds aan de deelnemers de mogelijkheid biedt om het WAO-gat op vrijwillige basis bij te verzekeren. De mogelijkheid daartoe is op grond van art. 6 lid 4 WTV beperkt. Een pensioenfonds mag deelnemers slechts op vrijwillige basis de mogelijkheid geven om verzekeringen aan te gaan wanneer de aangeboden verzekering in het raam van de regeling van het pensioenfonds past. Elders ben ik uitgebreid op de toepassing van dit criterium ingegaan.⁵⁰ Hier volsta ik met op te merken dat een WAO-vervangende verzekering in het algemeen niet in het raam van de regeling van het pensioenfonds zal passen, zeker

niet wanneer arbeidsongeschiktheidspensioen over het salarisdeel boven de WAO-uitkeringsgrens geen onderdeel van de pensioenregeling uitmaakt.

4. Het Besluit fondsen en spaarregelingen

Het standpunt van de Verzekeringskamer dat een pensioenregeling zonder substantiële werkgeversbijdrage geen pensioen in de zin van de PSW kan inhouden heeft tot gevolg dat in bepaalde omstandigheden het Besluit fondsen en spaarregelingen (hierna: het Besluit) van toepassing is op WAO-vervangende regelingen. Toepassing van het Besluit roept echter vele vragen op.

In art. 1637s BW is bepaald dat verplichte werknemersbijdragen aan door werkgevers in het leven geroepen regelingen niet mogelijk zijn. Deze verbodsbepaling is de reactie van de wetgever op de gedwongen winkelnering, die in het verleden veel voorkwam.⁵¹ In art. 1637s BW worden twee uitzonderingen gemaakt op het verbod van gedwongen winkelnering:

- verplichte bijdragen voor een pensioenregeling waarop de PSW van toepassing is zijn toegestaan;
- verplichte bijdragen aan andere regelingen dan dergelijke pensioenregelingen zijn toegestaan mits wordt voldaan aan het bepaalde in het Besluit.⁵²

Voor de toepassing van art. 1637s BW is het van belang dat duidelijk is wanneer een toezegging van een werkgever die inhoudt dat het WAO-gat zal worden gerepareerd een pensioentoezegging in de zin van de PSW is. Wanneer sprake is van een pensioentoezegging geldt dat ter dekking van de toezegging om het WAO-gat te repareren verzekeringen moeten worden gesloten bij een pensioenfonds of een verzekeraar volgens het in de PSW bepaalde. Een verplichte werknemersbijdrage levert geen problemen op. Wanneer geen sprake is van pensioen, maar door de werkgever een verplichte werknemersbijdrage voor het repareren van het WAO-gat wordt gevraagd, dient de reparatie van het WAO-gat te worden uitgevoerd volgens het in het Besluit bepaalde. Deze situatie kan zich in de visie van de Verzekeringskamer voordoen, namelijk wanneer de werknemersbijdrage dermate groot is dat geen sprake meer is van een substantiële werkgeversbijdrage. Het gevolg van het standpunt van de Verzekeringskamer is dan ook dat op tussen werkgevers en werknemers overeengekomen regelingen voor het opvullen van het WAO-gat het Besluit van toepassing is, wanneer de werkgeversbijdrage aan de regeling niet 'substantieel' is.

Het Besluit is verdeeld in twee hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk bevat bepalingen voor fondsen, het tweede bevat bepalingen voor spaarregelingen. In verband met de vraag wie als uitvoerder van WAO-vervangende regelingen mogen optreden is slechts hoofdstuk 1 relevant. Het eerste hoofdstuk over fondsen is verdeeld in drie titels, te weten:

44. Voor zover mij bekend is dit nimmer vastgelegd in een beslissing over de omvang van het uitoefenen van het levensverzekeringsbedrijf op grond van het bepaalde in art. 4 WTV.

45. Art. 4 lid 1 WTV.

46. Zoals in geval van de brief van 10 maart 1993.

47. Bijvoorbeeld het Verbond van Verzekeraars of de Nederlandse Vereniging van Levensverzekeraars.

48. In de literatuur wordt aangenomen dat zo'n bepaling rechtsgeldig is, Tuffer, a.w., p. 103.

49. Aangezien pensioenfondsen in de meeste gevallen de stichtingsvorm hebben, kunnen zij geen vergunning krijgen om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen. Een verzekeringsmaatschappij dient in de vorm van een naamloze vennootschap of een onderlinge waarborgmaatschappij te worden gedreven, art. 17, lid 1 WTV.

50. Thijssen, a.w., p. 30-34 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak. 51. Kroniek arbeidsvoorwaarden, Veiligstelling VUT moet in de nieuwe werkloosheidswet worden geregeld, Sociaal Maandblad Arbeid 1987, 213-214 en E. Lutjens en B. Wessels, Veiligstelling van VUT, Nederlands Juristenblad 1987, p. 1519.

52. Besluit van 23 januari 1973, Stbl. 1973, 33, voor het laatst gewijzigd bij Besluit van 26 augustus 1986, Stbl. 1986, 469.

- een algemene titel;
- een titel waarin bepalingen zijn opgenomen voor fondsen die algemene belangen in een bedrijfstak behartigen; en
- een titel over andere fondsen.

In de algemene titel is bepaald dat een fonds dat een regeling uitvoert waarvoor een verplichte werknemersbijdrage geldt een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid moet zijn, art. 1 Besluit. Er kan dus niet worden volstaan met een (afgescheiden) vermogen en een aparte administratie binnen de onderneming van de werkgever. Een WAO-vervangende regeling die op grond van het door de Verzekeringskamer gehanteerde criterium voor het pensioenbegrip niet als pensioenregeling kan worden aangemerkt, dient op grond van het Besluit door een aparte rechtspersoon, bijvoorbeeld een Stichting, te worden uitgevoerd. Omdat de WAO-vervangende regeling in deze situatie geen pensioenregeling is, kan de regeling niet binnen een pensioenfonds worden uitgevoerd.

Het is van belang om na te gaan of naast de algemene titel de tweede of de derde titel van toepassing is op een fonds dat een WAO-vervangende regeling uitvoert, omdat anders niet vaststaat aan welke eisen zo'n fonds dient te voldoen.

4.1. Fondsen die algemene belangen behartigen

In Titel 2 van het Besluit betreft het fondsen die 'algemene belangen van bedrijfsgenoten in een bedrijfstak gezamenlijk' behartigen. In de situatie waarin een WAO-vervangende regeling als zodanig wordt aangemerkt, dient deze regeling te zijn vastgelegd in:

- een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO);
- een algemeen verbindend verklaarde bepaling van een CAO;⁵³
- een regeling op grond van art. 5 of art. 6 van de Wet op de loonvorming.

Verder is van belang dat het bestuur van het fonds voor ten minste een derde gedeelte uit werknemersvertegenwoordigers moet bestaan. Er mogen ook onafhankelijke personen deel uitmaken van het bestuur van het fonds. Daarbij geldt als voorwaarde dat er ten minste zo veel werknemersvertegenwoordigers als werkgeversvertegenwoordigers in het bestuur van het fonds zitting moeten hebben.

4.2. Andere fondsen

In Titel 3 worden regels gegeven voor 'andere fondsen'. Deze titel is zonder meer van toepassing wanneer de regeling voor reparatie van het WAO-gat niet in een (algemeen verbindend verklaarde) bepaling van een CAO is vastgelegd of niet berust op de Wet op de loonvorming. De titel zou op alle WAO-vervangende regelingen die niet als pensioenregeling kunnen worden aangemerkt van toepassing zijn, wanneer zo'n regeling niet als een regeling in het algemeen belang van de bedrijfsgenoten in een bedrijfstak dient te worden beschouwd. Verder moet worden aangenomen dat Titel 3 van toepassing is op WAO-vervangende regelingen die niet als pensioenregeling gelden, wanneer de regeling wordt overeengekomen in een bedrijf dat niet tot een bedrijfstak behoort. Het begrip bedrijfstak is echter moeilijk af te bakenen. Het dient naar ik meen niet te worden beperkt tot de bedrijfstakken die onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds vallen. Titel 3 bevat een aanzienlijk gedetailleerdere regeling dan Titel 2 van het Besluit. Art. 2 van het Besluit bepaalt dat het bestuur van het fonds voor ten minste de helft uit vertegenwoordigers van de deelnemers aan het fonds moet bestaan. Een eis die afwijkt van de overeenkomstige bepaling in Titel 2. Van belang wat de rechten van de deelnemers betreft is art. 7 lid 3 van het Besluit:

'De deelnemers en hun rechtverkrijgenden mogen tengevolge van een bepaling in de statuten of reglementen of tengevolge van een wijziging daarin geen recht jegens het fonds kunnen verliezen'.

De betekenis van deze cryptische bepaling voor een fonds dat

een WAO-vervangende regeling uitvoert is niet duidelijk. De onduidelijkheid is gelegen in het gebruik van de term 'recht'. Een voorbeeld ter verduidelijking. In een WAO-vervangende regeling is bepaald dat de WAO-uitkering en de uitkering krachtens de WAO-vervangende regeling te zamen 70% van het laatst voor het intreden van de arbeidsongeschiktheid genoten salaris zullen bedragen. Stel dat het aan de WAO ten grondslag liggende percentage van 70 wordt verlaagd tot 60. In het arbeidsvoorwaardenoverleg kan worden overeengekomen dat ook in de WAO-vervangende regeling het uitkeringspercentage tot 60 wordt verlaagd. Staat het Besluit deze wijziging toe?⁵⁴ Maakt het voor de beantwoording van deze vraag uit of de WAO-vervangende regeling door de werkgever of door het fonds aan de werknemers wordt toegezegd? Nadere lezing van art. 7 lid 3 van het Besluit doet vermoeden dat het artikel lid met name het oog heeft op fondsen die spaartegoeden beheren. In de tweede volzin van art. 7 lid 3 van het Besluit is namelijk bepaald dat de statuten en reglementen van een fonds mogen bepalen dat een spaartegoed aan het fonds vervalt indien twee jaar na beëindiging van de deelneming én na het opeisbaar worden geen bestemming is aangegeven.

5. WAO-vervangende regelingen in eigen beheer

In onderdeel 4 van haar brief van 10 maart 1993 geeft de Verzekeringskamer aan dat het mogelijk is om voor werknemers gedurende het dienstverband een WAO-vervangende regeling in eigen beheer uit te voeren. Ten aanzien van gewezen werknemers dient al snel te worden aangenomen dat tot het verzekeren van een WAO-vervangende regeling moet worden overgegaan, aldus de Verzekeringskamer.

Deze passage in de brief van de Verzekeringskamer is onduidelijk en wekt in de praktijk verwarring. Wanneer een WAO-vervangende regeling wordt toegezegd, is sprake van een toezegging omtrent invaliditeitspensioen. De PSW verplicht om ter dekking van die toezegging tot het sluiten van verzekeringen over te gaan. Indien de regeling niet wordt toegezegd, hoeft ook niet tot het verzekeren van invaliditeitspensioen te worden overgegaan. Wanneer een WAO-vervangende regeling wordt toegezegd op of na het beëindigen van de dienstbetrekking, en het om een direct ingaand pensioen gaat, verplicht de PSW *niet* om ter dekking van de toezegging tot het verzekeren van invaliditeitspensioen over te gaan. De verzekeringsverplichting geldt namelijk niet voor de toezegging van een direct ingaand pensioen bij of na beëindiging van de dienstbetrekking.⁵⁵

In de opvatting van de Verzekeringskamer is géén sprake van WAO-vervangend invaliditeitspensioen wanneer de werkgever geen substantiële bijdrage levert aan de regeling. Gesteld dat deze opvatting juist zou zijn, zou de PSW niet verplichten om tot het verzekeren van de WAO-vervangende regeling over te gaan. Wanneer deelneming aan de regeling verplicht is, is, zoals ik hiervoor meen te hebben aangetoond, het Besluit fondsen en spaarregelingen van toepassing, met alle gevolgen van dien.

53. Minister De Vries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft om de aanpassingen in de wetgeving voor ziekte en arbeidsongeschiktheid door het parlement te krijgen moeten toezeggen om bepalingen in CAO's waarin het repareren van het WAO-gat wordt overeengekomen algemeen verbindend te zullen verklaren. Vgl. O.F. Blom, *Het WAO-gat, een gat in de markt*, Tijdschrift voor Administrateurs en Controllers 1993, nr 5, p. 57.

54. Vgl. art. 32 lid 4 PSW. Over afstand doen van pensioen met terugwerkende kracht: W.P.M. Thijsen, *Afstand doen van pensioen*, *Tendensen* 42, maart 1993, p. 12,1.k.

6. Overhevelingstoelage verschuldigd over WAO- vervangende uitkering?

Wanneer de uitkering uit hoofde van een WAO-vervangende verzekering niet als pensioenuitkering kan worden aangemerkt, rijzen problemen in verband met het inhouden van de loonheffing. In art. 1 lid 1 van de Wet overhevelingstoelage opslagpremies (WOO) is bepaald dat de inhoudingsplichtige instantie over loon waarop premies volkverzekeringen of premievervangende loonbelasting moet worden ingehouden de overhevelingstoelage moet toekennen. Deze bepaling heeft tot gevolg dat een verzekeringsmaatschappij die of een pensioenfonds dat uitkeringen verricht waarover premies voor de volkverzekeringen verschuldigd zijn, de bijbehorende overhevelingstoelage zou moeten toekennen. Pensioenfonds en verzekeringsmaatschappijen zouden vanaf 1 januari 1989 de overhevelingstoelage uit eigen middelen moeten voldoen. Bij de premiestelling was met het toekennen van een overhevelingstoelage immers geen rekening gehouden. De WOO kent een delegatiebepaling op grond waarvan inhoudingsplichtige instanties in bepaalde situaties niet verplicht zijn om de overhevelingstoelage toe te kennen. Op grond van deze bepaling is op 11 december 1989 het Besluit houdende aanwijzing van uitkeringen waarover geen overhevelingstoelage wordt toegekend⁵⁶ tot stand gekomen. Art. 1 aanhef en onder a van dit besluit luidt:

'De verplichting tot toekenning van een overhevelingstoelage, als bedoeld in de Wet overhevelingstoelage opslagpremies (Stb. 1989, 128), geldt niet met betrekking tot loon in de vorm van:

a. een niet ten laste van het Rijk, het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds of het Spoorwegpensioenfonds komende uitkering ingevolge een pensioenregeling als bedoeld in artikel 11, derde lid, van de Wet op de loonbelasting (Stb. 521)'

Het gevolg is dat wanneer een arbeidsongeschiktheidspensioenverzekering wordt gesloten voor het opvullen van het WAO-gat, moet worden nagegaan of de aanspraak op arbeidsongeschiktheidspensioen berust op een pensioenregeling volgens het bepaalde in art. 11 lid 3 van de Wet op de loonbelasting 1964 (LB). Voor de problematiek die speelt in verband met de overhevelingstoelage is de uitleg die de Verzekeringskamer aan het begrip pensioen zoals dat in de PSW wordt gehanteerd geeft niet van belang. Voor deze problematiek is uitsluitend het in de LB gehanteerde begrip pensioenregeling van belang. Ik neem aan dat WAO-vervangende verzekeringen die het niveau van de tot 26 januari 1993 geldende WAO niet overtreffen voldoen aan het in art. 11 lid 3 LB opgenomen salaris/diensttijd-criterium. Verzekeraars en pensioenfonds zijn uit dien hoofde niet verplicht om een overhevelingstoelage toe te kennen. Van belang voor het onderwerp van dit artikel is of de definitie van het begrip pensioenregeling in art. 11 lid 3 LB mede eisen stelt aan de wijze van uitvoering van een pensioenregeling.

Naar mijn mening beïnvloedt de wijze van uitvoering van een regeling niet het antwoord op de vraag of de aan die regeling te ontfemen aanspraken aan een pensioenregeling worden ontleend. Zolang de regeling aan de in art. 11 lid 3 LB gestelde vereisten voldoet, is sprake van een pensioenregeling.⁵⁷ Verzekeringen voor het opvullen van het WAO-gat kunnen zowel bij pensioenfonds, levensverzekeraars als schadeverzekeraars worden ondergebracht. Pensioenfonds noch levensverzekeraars noch schadeverzekeraars zijn verplicht om over de door hen te verrichten uitkeringen uit hoofde van WAO-vervangende verzekeringen overhevelingstoelage toe te kennen indien de regeling waaraan de aanspraak op het opvullen van het WAO-gat wordt ontleend als pensioenregeling in de zin van art. 11 lid 3 LB geldt. Het feit dat pensioenregelingen normaliter bij een pensioenfonds of een verzekeraar worden ondergebracht hangt samen met het bepaalde in art. 2

lid 1 jo. lid 4 PSW. In deze artikelen is de wijze van uitvoering van pensioenregelingen dwingend voorgeschreven.

7. Naar een oplossing voor de afbakenings- problematiek?

De problematiek die gerezen is in verband met de afbakening van het werkerterrein tussen pensioenfonds, levensverzekeraars en schadeverzekeraars houdt verband met het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt over het begrip pensioen. Wanneer van een andere invulling van het pensioenbegrip zou worden uitgegaan en het werkerterrein van levensverzekeraars op een andere wijze zou worden afgebakend, zou een veel overzichtelijker situatie ontstaan.

In de PSW is een inhoudelijke beschrijving van de pensioen-soorten waarop de wet van toepassing is bewust achterwege gelaten. Een omschrijving zou namelijk ruimte bieden om aan de werking van de PSW te ontkomen, door van de omschrijving afwijkende pensioenen toe te zeggen.⁵⁸

Door van een pensioenbegrip uit te gaan dat meer aansluit bij de gedachte achter de opsomming van pensioenvormen waarop de PSW van toepassing is, zouden afbakeningsproblemen kunnen worden voorkomen. Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat elke toezegging omtrent een periodieke uitkering in verband met arbeidsongeschiktheid als invaliditeitspensioen in de zin van de PSW moet worden beschouwd. Wanneer de Verzekeringskamer zou bepalen dat arbeidsongeschiktheidspensioenverzekeringen ten alle tijden bij een levensverzekeraar of bij een pensioenfonds mogen worden gesloten, is van een afbakeningsproblematiek geen sprake meer. De opvatting dat een periodieke uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid als een invaliditeitspensioen in de zin van de PSW moet worden beschouwd sluit goed aan bij de oorspronkelijke bedoeling achter de opsomming van pensioenvormen in de PSW. De bedoeling was immers om de PSW ruim toepasselijk te doen zijn door de pensioenvormen waarvoor de wet zou moeten gelden slechts summier aan te duiden. Een afbakeningsregeling die inhoudt dat arbeidsongeschiktheidspensioen in alle gevallen bij een pensioenfonds of bij een levensverzekeraar mag worden ondergebracht, sluit aan bij de wens van de sociale partners om aanspraken op WAO-vervangende uitkeringen als arbeidsongeschiktheidspensioen in pensioenregelingen te integreren. Een bezwaar tegen de hier voorgestelde afbakeningsregeling is dat er een wijziging van de WTV voor nodig zou zijn.

De inhoud van de benodigde wijziging hangt af van de juiste interpretatie van art. 3a aanhef en onder 1 WTV. Uitgaande van de in onderdeel 2 als eerste weergegeven interpretatie kan met een eenvoudige wijziging worden volstaan. In het onder 2 weergegeven art. 3a aanhef en onder 1 WTV zou na het woord 'alsmede' moeten worden toegevoegd 'invaliditeitspensioenverzekeringen en', waarna de zin ongewijzigd kan doorlopen. Bij aanvullende invaliditeitsverzekeringen kan men, om het onderscheid met invaliditeitspensioenverzekeringen te verduidelijken, denken aan de verzekering

55. In *Pensioen up to Date 1993*, nr 2, p. 3 wordt kennelijk het standpunt ingenomen dat de hier behandelde passage uitsluitend het oog heeft op suppleties op de WAO-uitkering. Voor dergelijke suppleties geldt het door mij ingenomen standpunt echter onverkort. Slechts suppleties op een WAO-uitkering toegekend zolang het dienstverband voortduurt vallen, naar ik meen, buiten het in de PSW gehanteerde begrip invaliditeitspensioen.

56. *Stbl.* 1989, nr 573.

57. *Hof Arnhem 25 september 1992*, V-N 1993, p. 381, zie tevens de redactionele aantekening bij het arrest op p. 382. Het berechte geval betrof een middellijk grootaandeelhouder waarvoor de pensioenregeling in strijd met de PSW in eigen beheer werd uitgevoerd.

58. *Vgl. de al eerder aangehaalde passage uit de MvT bij de PSW-1952*, TK 1949-1950, 1730, nr 3, p. 13. In deze passage stellen de bewindslieden dat het niet wenselijk zou zijn om de PSW uitsluitend op schriftelijke pensioentoezeggingen van toepassing te doen zijn. Door pensioentoezeggingen niet schriftelijk vast te leggen zou dan immers aan de werking van de wet kunnen worden ontkomen.

van vrijstelling van premiebetaling bij invaliditeit. Uitgaande van de in onderdeel 2 als tweede weergegeven interpretatie zou art. 1 lid 2 van de WTV moeten worden aangevuld met een bepaling die inhoudt dat het levensverzekeringsbedrijf zijn karakter tevens niet verliest wanneer zelfstandig invaliditeitspensioenverzekeringen worden gesloten. Zo wordt voorkomen dat de vrijheid van levensverzekeraars om invaliditeitsverzekeringen te sluiten al te groot wordt. Deze wijzigingen komen er op neer dat de combinatie-eis wordt vervangen door het vereiste dat een levensverzekeraar invaliditeitspensioenverzekeringen mag sluiten, ook wanneer op het leven van de betrokken persoon geen levensverzekering is aangegaan. De problematiek voor deelnemers aan pensioenregelingen gedurende de wachttijd is dan ook opgelost.

Een praktisch bezwaar tegen het voorstel om de afbakeningsproblematiek op te lossen door de WTV te wijzigen is dat de WTV sterk verweven is met het communautaire recht. Elke wijziging moet passen binnen die eisen die het EG-recht aan de toezichtswetgeving stelt.

8. Hoe verder te gaan

Ondanks forse kritiek in de literatuur op de uitleg van de Verzekeringskamer van het aan de PSW ten grondslag liggende pensioenbegrip, blijft de Verzekeringskamer bij haar standpunt zoals blijkt uit een interview met één van de leden van het bestuur.⁵⁹

Wanneer de pensioenpraktijk zich aan het standpunt van de

Verzekeringskamer zou conformeren, zouden WAO-vervangende regelingen met een minder dan substantiële werkgeversbijdrage moeilijk uitvoerbaar zijn. Het door de Verzekeringskamer geïntroduceerde vereiste dat van pensioen in de zin van de PSW slechts sprake is wanneer de werkgever die het pensioen toezegt substantieel bijdraagt aan de pensioenregeling belemmert soepele integratie van WAO-vervangend arbeidsongeschiktheidspensioen in bestaande pensioenregelingen. In het hiervoor bedoelde interview is door de Verzekeringskamer iets meer duidelijkheid over het substantiële vereiste gegeven: de werkgeversbijdrage moet ten minste ongeveer 50% zijn. Wanneer men in het arbeidsvoorwaardenoverleg overeen komt dat een WAO-vervangende regeling de loonkosten niet mag doen stijgen, is een oplossing om het WAO-vervangend invaliditeitspensioen in de bestaande pensioenregeling te integreren. Zelfs een 100%-werknemersbijdrage kan dan worden uitgedrukt als bijdrage in de kosten van de totale pensioenregeling. Zo wordt het gewenste resultaat de facto bereikt. Ik meen dat deze constructie, die overigens door de Verzekeringskamer zelf is voorgesteld in de brief van 10 maart 1993, afbreuk doet aan de geloofwaardigheid van het door de Verzekeringskamer ingenomen standpunt dat van pensioen in de zin van de PSW slechts sprake zou kunnen zijn wanneer de werkgever een 'substantiële' bijdrage levert.

59. Verzekeringskamer onder vuur vanwege standpunt WAO-reparatie, 'De bringer van het slechte nieuws wordt gestenigd', Verzekeringskamer in beweging 1993, nr 3, p. 6-8.