

# Affinanciering van pensioen bij ontslag

W.P.M. Thijssen\*

**26 In HR 27 februari 1998, RvdW 1998, 62 besliste de HR dat bij beëindiging van een dienstverband voor de pensioendatum aanspraak op een tijdsevenredig tijdelijk ouderdomspensioen (OPT) moet worden toegekend indien deze pensioenvorm is toegezegd. Tevens moet dit OPT zo nodig door de werkgever worden afgefinancierd. Het arrest is van belang voor de ontslagpraktijk. In dit artikel wordt de impact van het arrest voor verschillende gangbare emolumenten nagegaan.**

## De wettelijke regeling voor toekenning van tijdsevenredige aanspraken en affinanciering

De verplichting tijdsevenredige pensioenaanspraken toe te kennen en de affinancieringsverplichting berusten voor pensioen dat door een pensioenfonds is toegezegd (nadat de werkgever heeft toegezegd dat de werknemer als deelnemer in het pensioenfonds zal worden opgenomen) op art. 8 van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Voor pensioen dat door een werkgever is toegezegd en dat door of via die werkgever bij een verzekeraar is veiliggesteld, berust de affinancieringsverplichting op art. 9 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen) (zie in verband met de 'waarborgverplichting' art. 2 PSW; over de positie van werkgever, werknemer en pensioenfonds respectievelijk verzekeraar, W.P.M. Thijssen, *Uitkeren van een overschot bij waardeoverdracht*, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, 1993, p. 100). De regeling van art. 8 PSW en art. 9 Regelen houdt voor ouderdomspensioen sinds 1 augustus 1987 het volgende in:

- in geval van beëindiging van de deelneming aan een pensioenregeling die is ondergebracht bij een pensioenfonds of beëindiging van het verbonden zijn aan de onderneming van de werkgever die een pensioenregeling toezegde die door of via die werkgever bij een verzekeraar werd ondergebracht behoudt de (gewezen) werknemer aanspraak op het premievrije pensioen (het pensioen dat volgens de toepasselijke actuariële grondslagen wordt bepaald op basis van de tot de datum van beëindiging van

de deelneming betaalde pensioenpremie) (art. 8 lid 3 PSW/art. 9 lid 3 Regelen);

- de (gewezen) werknemer behoudt tenminste aanspraak op het tijdsevenredige pensioen (het pensioen dat zou zijn bereikt indien de deelneming aan de pensioenregeling tot de pensioendatum ongewijzigd zou zijn voortgezet, verminderd met het pensioen dat gedurende de periode tot de pensioendatum zou kunnen worden opgebouwd indien de deelneming aan de pensioenregeling zou aanvangen op het moment waarop deze werd beëindigd) (art. 8 lid 2 PSW/art. 9 lid 2 Regelen);
- in de situatie waarin het premievrije pensioen op de datum van beëindiging van de deelneming minder bedraagt dan het tijdsevenredige pensioen, dient het verschil volgens het wettelijk minimumsysteem ten laste van de werkgever te worden afgefinancierd door maandelijks een evenredig deel van het verschil tussen het tijdsevenredige en het premievrije pensioen in te kopen (uitstelfinanciering) of door het verschil sneller of door betaling van een bedrag ineens per de datum van beëindiging van de deelneming (onmiddellijke affinanciering) in te kopen (art. 8 lid 4 PSW/art. 9 lid 4 Regelen);
- indien het premievrije pensioen per de datum van beëindiging van de deelneming het tijdsevenredige pensioen overtreft, mag het surplus vervallen, mits bij het doen van de pensioentoezegging uitdrukkelijk in deze mogelijkheid is voorzien (Hand. Kamerstukken II 1987, 63-ste vergadering, p. 3320-3321).

De affinancieringsverplichting geldt niet voor zuivere beschikbare premieregelingen (pensioenregelingen waarbij het bedrag aan pensioenpremie dat op grond van de pensioentoezegging beschikbaar is bepalend is voor de hoogte van het pensioen) art. 8 lid 12 PSW/art. 9 lid 11 Regelen vgl. Hof Amsterdam 6 juni 1996, PJ 1996/62 m.nt. Lutjens. Voor dit soort regelingen geldt uitsluitend de verplichting de premievrij opgebouwde pensioenaanspraken mee te geven.

## Vrijstelling

Via de weg van art. 29 PSW (volgens de sinds 8 juli 1994 geldende tekst; vgl. Pensioenbrief 1994, 70) kan aan de verzekeringskamer ontheffing worden verzocht van de verplichting tijdsevenredige pensioenaanspraken toe te kennen en van de affinancieringsverplichting. De verzekeringskamer heeft sinds 8 juli 1994 beleid ontwikkeld. In verband met de toekenning en affinanciering van OPT zijn van belang de brief van de verzekeringskamer van 16 augustus 1995 aan de onder toezicht staande pensioenuitvoerders en de Beleidsregels ontheffingen PSW van 1 juli 1996 (*Stcrt.* 1996, 125; de Beleidsregels). Voor 8 juli 1994

\* Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Nauta Dutilh te Rotterdam.

heeft de verzekeringskamer haar standpunt over het tot die datum door de Minister van SZW gevoerde ontheffingenbeleid kenbaar gemaakt in 'Verzeeringskamer in beweging' van maart 1994 (p. 5-6).

Omdat het ontslag in de door de HR berechte situatie op 1 februari 1992 eindigde, speelde het tot 8 juli 1994 door de Minister van SZW gevoerde beleid een rol. Voor de huidige ontslagpraktijk zijn uiteraard de Beleidsregels doorslaggevend.

Een OPT bestaat in het algemeen (ook in de door de HR berechte situatie) uit 3 componenten:

- een basispensioen dat is gerelateerd aan het salaris (basisdeel);
- compensatie voor het gemis aan AOW (AOW-compensatie);
- compensatie voor de in te houden premies sociale verzekeringen (corresponderend met de overhevelingstoeslag; premiecompensatie).

De stand van het vrijstellingenbeleid in maart 1994 was dat geen vrijstelling van de verplichting tot toekenning en affinanciering kon worden verkregen voorzover het het basisdeel en de AOW-compensatie betrof. Wel kon vrijstelling worden verkregen van deze verplichtingen voorzover het de premiecompensatie betrof.

In de brief van de verzekeringskamer van 16 augustus 1995 maakte de verzekeringskamer kenbaar geen ontheffing meer te zullen verlenen van de verplichting tot toekenning en affinanciering voor de premiecompensatie en dat verleende ontheffingen zouden worden ingetrokken (zodat de verleende ontheffingen voor bestaande pensioenregelingen niet meer golden voor 'ontslaggevallen' op of na 1 januari 1997; zie P.M.

Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Kluwer, 1997, p. 591-592).

De Beleidsregels reppen niet over een ontheffingsmogelijkheid voor de verplichting tot toekenning en affinanciering van OPT. Daarom moet worden aangenomen dat het sinds 16 augustus 1995 geldende beleid is blijven gelden en nog steeds geldt.

#### Analyse van HR 27 februari 1998, RvdW 1998, 62

Het OPT waarvan in de procedure toekenning en affinanciering werd gevorderd vertoonde (voorzover relevant) de volgende kenmerken:

- het werd uitgekeerd tussen de 62-jarige en de 65-jarige leeftijd, op voorwaarde dat;
- de werknemer tenminste 15 jaar deelnemer was geweest aan de pensioenregeling;
- het bestond uit een basispensioen, AOW-compensatie en premiecompensatie;
- bij beëindiging van het dienstverband voor het bereiken van de 62-jarige leeftijd werd het basisdeel geconverteerd in een extra levenslang ouderdoms-

pensioen dat vanaf het bereiken van de 65-jarige leeftijd zou worden uitgekeerd; de AOW-compensatie en de premiecompensatie vervielen.

De HR besliste dat de toekennings- en affinancieringsverplichting zowel voor het basisdeel als voor de AOW-compensatie als de premiecompensatie gold (zie tevens de nt. van H.P. Breuker bij het arrest, PJ 1998, p. 131-132). Daarmee week de HR af van het ten tijde van het ontslag in kwestie (1 februari 1992) door de Minister van SZW gevoerde ontheffingenbeleid. Dit betekent dat werknemers met wie een dienstverband tussen 1 augustus 1987 en 1 januari 1997 is geëindigd alsnog toekenning en affinanciering van een tijdsevenredig OPT kunnen vorderen voorzover het premiecompensatie betreft. Verjaringsperikelen en mogelijke rechtsverwerking worden in dit artikel buiten beschouwing gelaten. De uitspraak van de HR wijkt af van CBB 10 juli 1996 (PJ 1996/82 m.nt. Lutjens). In die uitspraak betrof het beëindiging van de deelneming aan een pensioenfonds met ingang van 1 juni 1994.

Het pensioenfonds beschikte over een ontheffing van de toekennings- en affinancieringsverplichting voor 'overbruggingspensioen'. De inmiddels gewezen deelnemer vocht deze ontheffing aan en vorderde toekenning van een tijdsevenredig overbruggingspensioen. Deze vordering werd afgewezen. De stand van de jurisprudentie is momenteel dat ontheffingen zoals die tot 1 januari 1997 golden op zichzelf rechtsgeldig zijn verleend, maar feitelijk buiten werking zijn gesteld ten gevolge van het arrest van de HR.

De juridische grondslag voor de beslissing van de HR was dat alle onderdelen van een OPT als 'ouderdomspensioen' in de zin van art. 1 lid 1 aanhef en onder a PSW moeten worden beschouwd zodat een tijdsevenredige aanspraak moest worden toegekend en de affinancieringsverplichting onverkort gold.

In de procedure trachtte de werkgever zonder succes aan de verplichting een tijdsevenredige aanspraak op OPT toe te kennen te ontkomen door:

- primair te stellen dat het OPT (zowel het basisdeel als de AOW-compensatie en de premiecompensatie) geen pensioenuitkeringen maar VUT-uitkeringen waren (de heersende leer is dat 'VUT' geen 'pensioen' in de zin van de PSW is; Tulfer, a.w, p. 67);

- subsidiair te stellen dat de AOW-compensatie en de premiecompensatie niet als 'pensioen' maar als een 'toeslag' op pensioen zouden moeten worden gekwalificeerd zodat voor deze gedeelten van het OPT de verplichting een tijdsevenredige aanspraak toe te kennen niet zou gelden (een 'toeslag' valt in deze visie niet onder het begrip 'pensioen'; hoewel dit op zichzelf mogelijk juist is (anders: Tulfer, a.w, p. 63) bleek deze stelling niet relevant omdat de

HR oordeelde dat de AOW-compensatie en de premiecompensatie onder het 'pensioenbegrip' vielen);

- meer subsidiair te stellen dat uitsluitend het basisdeel bij de conversie zou moeten worden betrokken.

### — Het pensioenbegrip

Uit het voorafgaande bleek dat uiteindelijk doorslaggevend was voor het antwoord op de vraag of de werkgever verplicht is een tijdsevenredige aanspraak op een bepaald emolument toe te kennen (en zondig voor de affinanciering zorg te dragen) of het emolument als 'pensioen' in de zin van de PSW moet worden gekwalificeerd. In dit verband komt de behoefte aan een materiële definitie van het begrip 'pensioen' op.

In de PSW is bewust afgezien van het definiëren van het begrip 'pensioen' om te voorkomen dat aan de werking van de PSW zou kunnen worden ontkomen door voorzieningen op zodanige wijze op te zetten dat geen sprake van 'pensioen' zou zijn (MvT PSW-1949, Kamerstukken II 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 11). Bod definieert 'pensioen' als 'objectief bestemmingsgebonden lijfrente' (Th.L.J. Bod, Pensioen en privaatrecht, 1979, p. 79 i.c.m. Th.L.J. Bod, Enige beschouwingen over het pensioen en zijn rechtskarakter, Publicatie nr. 2 van de Vereniging voor Pensioenrecht, 1991, p. 11v.).

Recent heeft Tulfer (a.w, p. 53 e.v.) de reikwijdte van het begrip 'pensioen' als volgt afgebakend. 'Pensioen' is:

- een periodieke uitkering (niet noodzakelijk levenslang);
- een uitkering in geld (niet noodzakelijk gelijkmatig);
- afhankelijk van het leven van de pensioengerechtigde (anders dan volgens Bod is 'pensioen' in de visie van Tulfer geen 'lijfrente'; a.w, p. 54);
- persoonsgebonden (vgl. art. 11 lid 3 Wet op de loonbelasting 1964);
- gericht op structurele verbetering van de financiële situatie wegens toekomstige derving van inkomsten uit of in verband met arbeid;
- in beginsel afhankelijk van de lengte van de periode van deelneming aan de pensioenregeling (dit criterium geldt in ieder geval niet voor nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen; toevoeging vds).

### Toetsing van emolumenten aan het pensioenbegrip

Hierna worden enkele in de praktijk voorkomende emolumenten getoetst aan het 'pensioenbegrip' van

de PSW. Deze toetsing is relevant om na te gaan of in geval van beëindiging van het dienstverband voor de pensioendatum een tijdsevenredige aanspraak op het emolument moet worden toegekend en zo nodig tot affinanciering moet worden overgegaan. De toetsing is niet 'keihard' omdat de afbakening van het 'pensioenbegrip' van Tulfer wordt gevolgd die niet geheel onomstreden is. Men dient (nogmaals) te bedenken dat een wettelijke of algemeen aanvaarde definitie van het begrip 'pensioen' nu eenmaal ontbreekt. De rechter heeft uiteindelijk het laatste woord. Tot slot beperkt de toetsing zich tot emolumenten waarop tijdens dienstverband aanspraak bestaat (vgl. art. 2 lid 3 aanhef en onder a PSW).

### Ziekengeld en suppleties

Een werkgever is verplicht bij ziekte gedurende een periode van 52 weken 70% van het loon (tot een bepaald maximum) door te betalen (art. 7:629 BW).

Verdedigbaar is dat geen sprake is van pensioen omdat niet aan het periodiciteitsvereiste is voldaan (1 jaar is te kort) en omdat ziekengeld niet wordt toegekend in verband met derving van toekomstig inkomen, maar van actueel inkomen (vgl. art. 7:627 BW). In de situatie waarin aanspraak bestaat op suppletie van het ziekengeld tot bijvoorbeeld 100% van het voor ziekte genoten loon, zou kunnen worden verdedigd dat geen sprake van 'pensioen' is omdat niet aan het periodiciteitsvereiste is voldaan (vgl. Tulfer, a.w, p. 62 die stelt dat geen sprake is van structurele vervanging van gederfde inkomsten).

### AAW/WAO-suppleties

Met AAW/WAO-suppleties wordt bedoeld op reparatie van het WAO-gat en suppletie van de AAW/WAO-uitkering. De aanspraak op dergelijke suppleties voldoet aan de door Tulfer ontwikkelde criteria zodat sprake is van een 'pensioenaanspraak'. De enig denkbare *escape* is dat zou kunnen worden gesteld dat AAW/WAO-suppleties niet alleen van het in leven zijn, maar ook van de gezondheidstoestand van de gerechtigde afhangen waardoor geen sprake van 'pensioen' zou zijn. De heersende leer en de praktijk is dat wel degelijk sprake is van pensioen. Een en ander leidt in geval van beëindiging van dienstverband voor de pensioendatum niet tot de verplichting tijdsevenredige pensioenaanspraken toe te kennen omdat AAW/WAO-suppleties op risicobasis worden toegezegd (zolang het dienstverband voortduurt is het risico volledig gedekt; van opbouw is geen sprake). Tot 1 januari 1998 bracht dit voor werknemers als risico mee dat bij wisseling van dienstverband de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever het risico niet of slechts tegen verhoogd tarief (al dan niet

met uitsluitingen) zou kunnen accepteren indien de gezondheidstoestand van de werknemer daartoe aanleiding gaf. Nu pensioenkeuringen bij aanvang van de deelneming in een pensioenregeling niet meer zijn toegestaan op grond van de Wet op de medische keuringen, loopt de werknemer dit risico niet meer.

#### **Vergoeding werkgeversaandeel premie ziektekostenverzekering**

In de praktijk wordt de aanspraak op vergoeding van (het werkgeversaandeel in) premie voor een ziektekostenverzekering na pensionering vaak niet als pensioen beschouwd. Getoetst aan de door Tulfer ontwikkelde criteria is zeer zeker verdedigbaar dat sprake is van 'pensioen'. Voor dit emolument zou daarom ontheffing van de verplichting bij tussentijdse beëindiging van het dienstverband een tijdsevenredige aanspraak toe te kennen (en zo nodig tot affinanciering over te gaan) moeten worden gevraagd bij de verzekeringskamer. Deze ontheffing zal gezien het bepaalde in art. 5 lid 1 aanhef en onder e van de Beleidsregels kunnen worden verkregen. Reden is dat anders recht op dubbele compensatie (via 'oude' en 'nieuwe' werkgever) zou kunnen ontstaan (Tulfer, a.w., p. 591).

#### **WW-suppleties/periodieke ontslagvergoedingen**

Verdedigbaar is dat voor WW-suppleties analoog moet worden geredeneerd aan de redenering voor AAW/WAO-suppleties. Het verschil is dat WW-suppleties naast het in leven zijn van de gerechtigde van 'werkloosheid' afhangen terwijl AAW/WAO-suppleties van 'arbeidsongeschiktheid' afhangen. Het is daarom verdedigbaar dat WW-suppleties waarop tijdens dienstverband aanspraak bestaat als 'pensioen' moeten worden aangemerkt. In de praktijk bestaat echter meestal geen aanspraak op WW-suppleties. Wanneer dat wel het geval zou zijn, zou analoog aan AAW/WAO-suppleties sprake moeten zijn van risicodekking. In dat geval hoeven bij tussentijdse beëindiging van het dienstverband voor de pensioendatum geen tijdsevenredige aanspraken te worden toegekend en kan van affinanciering geen sprake zijn.

#### **Ontslagvergoeding ineens**

Een ontslagvergoeding wordt niet tijdens dienstverband toegekend, maar in verband met de beëindiging daarvan en op voorwaarde dat van rechtsgeldige beëindiging sprake is. Een ontslagvergoeding kan niet gelijk worden gesteld met 'pensioen' omdat niet aan het periodiciteitsvereiste is voldaan en de uitkering niet afhankelijk is van het leven van de werknemer (voldoende is dat de werknemer op de datum van beëindiging van het dienstverband in leven is). Een

'golden parachute' (een vooraf overeengekomen ontslagvergoeding) is om dezelfde redenen evenmin 'pensioen'.

#### **Conclusie**

Bij beëindiging van dienstverband voor de pensioendatum dient niet alleen een tijdsevenredig ouderdomspensioen, maar ook een tijdsevenredig tijdelijk ouderdomspensioen of overbruggingspensioen (OPT) te worden toegekend en gefinancierd indien deze pensioenvormen zijn toegezegd. In dit verband geldt premiecompensatie voor een ziektekostenverzekering als ouderdomspensioen tenzij de verzekeringskamer ontheffing heeft verleend van de toekennings- en affinancieringsverplichting. Een VUT-uitkering wordt in dit verband niet als een ouderdomspensioen beschouwd.