

# PW verkleint discrepantie tussen aanspraak en dekking



Bastian Bodewes



Annemiek Cramer

Mr. A.W. Cramer en  
mr. B.J. Bodewes zijn  
beiden advocaat bij  
Thijssen Pensioen  
Advocaten te  
Amstelveen

In onze in pensioenrecht gespecialiseerde advocatenpraktijk krijgen wij regelmatig te maken met situaties waarin een (pensioen)verzekering, gesloten ter dekking van pensioenaanspraken van een werknemer op grond van een pensioentoezegging, niet aansluit bij de aanspraak die deze werknemer eraan kan of denkt te kunnen ontleenen. Dan zit er dus een gat tussen de pensioentoezegging en de aanspraak enerzijds en de verzekering anderzijds. Dat is een voor alle betrokken partijen – werknemer, werkgever en uitvoerder – uiterst onwenselijke situatie, die in de praktijk niet door het regime van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) wordt voorkomen. De vraag is nu of de Pensioenwet (PW) een einde aan deze discrepantie zal maken.

In dit artikel staan de termen ‘(pensioen)aanspraak’ en ‘dekking’ centraal. Onder (pensioen)aanspraak verstaan we de aanspraak die voor de werknemer en zijn nabestaanden uit de pensioentoezegging van de werkgever voortvloeien. Onder dekking verstaan we: hetgeen is verzekerd om de aanspraken die voor de werknemer en zijn nabestaanden uit de pensioentoezegging voortvloeien, veilig te stellen. De term pensioentoezegging is in de PW vervangen door de term pensioenovereenkomst; daarmee wordt overigens hetzelfde bedoeld.

## MOGELIJKE DISCREPANTIES ONDER DE PSW

Eerst het goede nieuws: bij klassieke (gegarandeerde) renteverzekeringen, gesloten ter dekking van pensioenaanspraken voortvloeiend uit een defined-benefitregeling en bij zuivere beschikbarepremieregelingen als bedoeld in art. 8, lid 10 PSW, doet discrepantie tussen aanspraak en dekking zich niet vaak voor. In de praktijk komen we dit vooral tegen bij hybride regelingen – ook wel streefregelingen genoemd – die zijn verzekerd via een kapitaalverzekering met pensioenclausule. Het betreft met name individuele pensioentoezeggingen die zijn verzekerd via een zogenoemde C-polis. Op deze regelingen richten we hierna de focus.

### Situatie 1: onduidelijkheid tussen werkgever en werknemer over inhoud pensioenovereenkomst

Discrepantie tussen aanspraak en dekking bij hybride regelingen kan in de eerste plaats ontstaan als de pensioentoezegging op zichzelf onduidelijk is. In de praktijk komt het met name bij pensioentoezeggingen aan managers en directeurs, niet zijnde directeur-grotaandeelhouder, voor dat bij de indiensttreding in goed overleg een pensioentoezegging wordt overeengekomen, maar dat deze vervolgens niet of niet goed wordt

uitgevoerd of eenvoudigweg niet goed uitvoerbaar blijkt te zijn, vaak omdat de toezegging onvolledig is en niet past binnen de civiele en/of fiscale wettelijke kaders. Dat pleegt dan pas enkele jaren later aan het licht te komen, bijvoorbeeld bij voortijdige uitdiensttreding van de desbetreffende werknemer, of bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Nogal eens blijkt dan dat de toezegging geheel andere financiële consequenties heeft dan een van de partijen had ingeschat of wenselijk acht, met alle gevolgen van dien. In zulke situaties komt regelmatig de vraag aan de orde of de pensioentoezegging dan niet gelijk moet worden geacht aan hetgeen daadwerkelijk is verzekerd.

### **Situatie 2: dekking sluit niet aan bij aanspraken uit hoofde van pensioenovereenkomst**

Discrepancie tussen aanspraak en dekking kan voorts ontstaan doordat werkgever en werknemer het weliswaar eens zijn over de inhoud van de pensioentoezegging, maar de aanspraken die uit de pensioentoezegging voortvloeien simpelweg niet of niet voldoende bij de uitvoerder zijn verzekerd. Met andere woorden, er bestaat een verschil tussen hetgeen is toegezegd en de dekking bij de uitvoerder. Ook in die situatie rijst de vraag of de pensioentoezegging dan niet gelijk moet worden geacht aan hetgeen daadwerkelijk is verzekerd. Tot deze categorie behoren met name situaties waarin het kapitaal, benodigd om de beoogde pensioenaanspraken conform de pensioentoezegging te kunnen aankopen, niet op actuele en prudente grondslagen, maar op (inmiddels) verouderde grondslagen wordt vastgesteld.

Overigens zouden de hier bedoelde situaties in theorie niet tot problemen horen te leiden. Ons inziens behoort namelijk de pensioentoezegging, mits passend binnen de wettelijke kaders, leidend te zijn en dient de verzekering daar naadloos op aan te sluiten, waarbij als hoofdregel geldt dat de hoogte van het kapitaal dient te zijn vastgesteld op basis van prudente en actuele grondslagen. We baseren dit op art. 2, lid 1 PSW jo art. 7a PSW/art. 9a Regelen PSW. Op grond van art. 7a PSW dient immers sedert 2000 voor pensioenopbouw vanaf die datum jaarlijks te worden getoetst of het verzekerde kapitaal voldoende is voor het verzekeren van de streefpensioenen. Voor opbouw vóór 2000 geldt hetzelfde, met dien verstande dat lineaire financiering tot 2010 is toegestaan (met ontheffing van DBN tot 2015). In de praktijk blijkt echter dat de werkgever zich, met wisselend succes, op het standpunt stelt dat de werknemer, omdat deze bij een C-polis als verzekeringnemer fungeert, verantwoordelijk is voor een adequate verzekering, met name als hij die min of meer op eigen houtje heeft geregeld. Het gaat hierbij vaak om relatief grote financiële belangen, waardoor partijen geneigd zijn de hakken volledig in het zand te zetten.

### **DISCREPANTIE ONDER DE PW?**

Hiervoor hebben we twee situaties besproken waarin discrepantie kan bestaan tussen de aanspraak die uit een pensioenovereenkomst voortvloeit en de verzekering van die aanspraak. Hierna gaan we voor diezelfde twee situaties na hoe een en ander onder de PW gaat verlopen.

### **SITUATIE 1 ONDER DE PW**

Naar onze mening zullen de volgende aspecten een rol spelen bij de kans dat werkgever en werknemer onder de PW van mening kunnen gaan verschillen over de inhoud van de pensioenovereenkomst.

#### **Keuze voor karakter van pensioenovereenkomst**

In de PW zijn veel bepalingen opgenomen die erop zijn gericht om alle betrokken partijen duidelijkheid te verschaffen over de inhoud van de pensioenovereenkomst. In dat kader is met name art. 9 PW van belang, waarin (limitatief) de drie mogelijke soorten pensioenovereenkomsten worden opgesomd die onder het regime van de PW kunnen bestaan. Het zijn de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst. Werkgever en werknemer zullen expliciet het karakter van de pensioenovereenkomst moeten vastleggen.<sup>1</sup> Dat is van belang met het oog op de risicoverdeling tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder in de opbouwfase en met het oog op de toepasselijkheid van wettelijke voorschriften. In de memorie van toelichting worden de verschillen tussen de drie soorten overeenkomsten duidelijk toegelicht, te weten:<sup>2</sup>

- een *uitkeringsovereenkomst* houdt in dat de hoogte van de uitkering vast staat. Het langlevensrisico en het beleggingsrisico liggen volledig bij de pensioenuitvoerder, zodat de werknemer in principe geen risico loopt. Tot de uitkeringsovereenkomsten behoren met name de eindloon- en middelloonregelingen;
- een *kapitaalovereenkomst* houdt in dat de hoogte van het kapitaal op de pensioendatum vast staat. Dat kapitaal dient als het ware te worden gegarandeerd en moet uiterlijk op de pensioendatum worden aangewend voor de inkoop van pensioen. Het beleggingsrisico ligt bij de pensioenuitvoerder, het langlevensrisico – verwerkt in de op de pensioendatum geldende tarieven voor de inkoop van pensioen – ligt bij de werknemer;

1. Volledigheidshalve merken we op dat het karakter van de pensioenovereenkomst bijvoorbeeld per pensioenvorm (ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen) kan verschillen.  
2. TK 30 413, nr. 3, p. 32-33.

## De PW maakt in ieder geval een einde aan nieuw te sluiten C-polissen, waarbij de werknemer formeel als verzekeringnemer optreedt

- de *premieovereenkomst* kent drie varianten, namelijk:
  - a. een zuivere premiereregeling, waarbij het langlevensrisico en het beleggingsrisico voor rekening van de werknemer komen;
  - b. een premiereregeling waarbij de premie onmiddellijk wordt omgezet in een aanspraak op een uitkering en de risicoverdeling gelijk is aan de zojuist beschreven risicoverdeling bij een uitkeringsovereenkomst; en
  - c. een premiereregeling waarbij de premie onmiddellijk wordt omgezet in een aanspraak op een gegarandeerd kapitaal en de risicoverdeling gelijk is aan die bij een kapitaalovereenkomst.

Met de in de PW opgenomen verplichting tot vastlegging van het karakter van de pensioenovereenkomst beoogt de regering, zoals gezegd, te voorkomen dat voor werknemers onduidelijkheid kan bestaan over de aanwezige risicoverdeling. De PW verbiedt de hybride regelingen niet, maar maakt er in die zin een einde aan dat werkgever en werknemer 'kleur moeten bekennen' en duidelijk moeten vastleggen of sprake is van een uitkeringsovereenkomst, een kapitaalovereenkomst of een premieovereenkomst.<sup>3</sup> Dat is naar onze mening een belangrijke verbetering ten opzichte van de PSW. De huidige praktijk leert dat een dergelijke verplichting zonder meer waardevol kan zijn. Werkgever en werknemers worden immers gedwongen om bij het aangaan van de pensioenovereenkomst, dat wil zeggen op een moment dat de verhoudingen (nog) goed zijn, een duidelijke keuze te maken. Dat voorkomt dat, zoals onder de PSW helaas mogelijk blijkt, de inhoud van de pensioenovereenkomst pas echt onderwerp van gesprek wordt op het moment dat werkgever en werknemer al afscheid van elkaar hebben genomen of op het moment dat de werknemer zijn pensioendatum bereikt.

Overigens wordt in de nota naar aanleiding van het verslag expliciet aangegeven dat ook ten aanzien van zogenoemde collectieve defined-contributionregelingen, waarover de laatste tijd veel te doen is, een keuze uit de mogelijke karakters

die een pensioenovereenkomst onder de PW kan hebben, dient te worden gemaakt.<sup>4</sup>

### Informatieverschaffing door werkgever in startbrief

Bij de bepalingen over informatieverschaffing door de werkgever en de pensioenuitvoerder in (of op basis van) de PW, geldt als uitgangspunt dat de overheid het recht op een minimum aan voorlichting dient te waarborgen. Dat houdt in dat de deelnemers aan een pensioenregeling juiste en voldoende informatie van hun werkgever en pensioenuitvoerder moeten krijgen om de verantwoordelijkheid voor het maken van een financiële planning te kunnen waarmaken.<sup>5</sup>

Met het oog op het voorkomen van onduidelijkheid over de inhoud van de pensioenovereenkomst is duidelijke en tijdige communicatie uiteraard van groot belang. Eventuele misverstanden over de inhoud kunnen op die manier in een vroeg stadium worden ontdekt en mogelijk op dat moment nog eenvoudig worden opgelost. Art. 20 PW (juncto art. 45 PW) schrijft voor dat de werkgever die een pensioenovereenkomst sluit met een werknemer, er zorg voor dient te dragen dat de werknemer binnen drie maanden na de start van de verwerving een zogenoemde startbrief van de pensioenuitvoerder ontvangt. In die startbrief is onder meer informatie opgenomen over het karakter van de pensioenovereenkomst, welke risico's door de werknemer worden gedragen en wat de gevolgen zijn van de beëindiging van de deelneming voor de hoogte van de pensioenaanspraken. Daarbij dient te worden aangegeven welke pensioenaanspraken op risicobasis zijn gedekt, met als gevolg dat deze bij uitdiensttreding of pensionering vervallen (art. 20 PW juncto art. 2 van het Besluit Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling).<sup>6</sup> Zie voor meer over de informatieverplichtingen de bijdrage van Emilie Schols elders in dit nummer.

### Pensioenuitvoerder verantwoordelijk voor inhoud pensioenreglement

In de PW wordt met het begrip pensioenreglement bedoeld op de door de pensioenuitvoerder opgestelde regeling *met betrekking tot de verhouding tussen pensioenuitvoerder en de deelnemer* (art. 1 PW). Op grond van de PW wordt de pensioenuitvoerder verantwoordelijk voor het vaststellen van het pensioenreglement (art. 33 PW). Voor rechtstreeks verzekerde regelingen betekent dat een wijziging ten opzichte van het regime van de PSW. Onder de PSW wordt immers vrij algemeen aangenomen dat de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt vastgelegd in het pensioenreglement en daarmee onderdeel is van de arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. De verzekeraar stelt het pensioen-

3. Expliciet over streefregelingen TK 30 413, nr. 17, p. 28.

4. TK 30 413, nr. 17, p. 29 e.v.

5. Zie bijvoorbeeld TK 30 413, nr. 21, p. 2.

6. Besluit PW; voorlopig is het uiteraard nog een conceptbesluit ([www.szw.nl](http://www.szw.nl)).

reglement in de praktijk overigens wel op, zij het als 'service', dus zonder voor de inhoud aansprakelijk te (willen) zijn.

De PW beoogt te waarborgen dat het pensioenreglement naadloos aansluit bij hetgeen tussen werkgever en werknemer is afgesproken. De verzekeraar vertaalt de afspraken tussen werkgever en werknemer in een pensioenreglement. Op welke wijze dat gebeurt, dient in de uitvoeringsovereenkomst te worden vastgelegd.

Afgezien van het feit dat de werkgever bij het sluiten van pensioenovereenkomsten met werknemers in de praktijk zal zijn gebonden aan de standaardproducten van de verzekeraar, krijgt de werknemer in de PW geen wettelijke rol toebedeeld bij het vaststellen van het pensioenreglement. Dat is vreemd, omdat de werknemer immers wél partij is bij de pensioenovereenkomst die aan dat pensioenreglement ten grondslag ligt. Wij verwachten dat in de omzetting van pensioenovereenkomst naar pensioenreglement daardoor toch 'ruis' kan ontstaan. We merken voorts op dat de werknemer het pensioenreglement niet automatisch, maar slechts op verzoek krijgt toegewezen; van de werknemer die wenst te onderzoeken of de inhoud van de pensioenovereenkomst naadloos aansluit bij het pensioenreglement, wordt blijkbaar een actieve houding verwacht.

## De keuze voor een uitkerings-, kapitaal- of premieovereenkomst heeft duidelijke gevolgen voor de dekking die onder de PW dient te worden gerealiseerd

### SITUATIE 2 ONDER DE PW

De tweede situatie is die waarin niet de inhoud van de pensioenovereenkomst ter discussie staat, maar waarin de aanspraken die uit de pensioenovereenkomst voortvloeien simpelweg niet of niet voldoende zijn verzekerd. De vraag rijst of de PW voor die situatie nog ruimte laat.

### Afschaffen C-polissen

De PW maakt in ieder geval een einde aan nieuw te sluiten C-polissen, waarbij de werknemer formeel als verzekeringnemer optreedt. Omdat de werkgever verantwoordelijk is voor het onderbrengen van een pensioentoezegging – zoals onder de PSW overigens ook al het geval was – is het in de visie van de regering wenselijk dat de werkgever de verzekeringnemer is.<sup>7</sup> En dat sluit de C-polis uit. Daarmee is duidelijk dat een

werkgever geen beroep meer kan doen op het argument dat de werknemer zelf verantwoordelijk zou zijn voor een adequate verzekering van de pensioenaanspraken die uit de pensioenovereenkomst voortvloeien. Door het afschaffen van de C-polis wordt helder(der) dat de verantwoordelijkheid voor een adequate verzekering van de pensioentoezegging bij de werkgever, of in elk geval niet bij de werknemer ligt.

Uit art. 18 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet – die het overgangsrecht ten aanzien van de PW bevat – blijkt dat bestaande C-polissen mogen worden gecontinueerd.<sup>8</sup> De reden daarvoor is dat het omzetten van C-polissen in B-polissen – waarbij de werkgever als verzekeringnemer optreedt – niet altijd mogelijk is, namelijk wanneer de arbeidsrelatie is verbroken. Bovendien zou die omzetting een te zware belasting van de uitvoeringspraktijk betekenen. Op de pensioenovereenkomsten die aan de C-polissen ten grondslag liggen, zal de PW echter in beginsel gewoon van toepassing worden. Ook die overeenkomsten dienen daarom uit hoofde van art. 9 PW te worden gekarakteriseerd als een uitkerings-, kapitaal- of premieovereenkomst. Dat dwingt werkgever en werknemer om ten aanzien van de toekomstige pensioenopbouw nog tijdens het dienstverband, dat wil zeggen op een moment dat ze nog een duidelijke relatie met elkaar hebben, met elkaar in overleg te treden over het karakter van de pensioenovereenkomst. Die keuze wordt dan niet onnodig uitgesteld tot het moment waarop beiden afscheid van elkaar hebben genomen of gaan nemen, en de hoogte van mogelijke vorderingen intussen alleen maar is gegroeid, terwijl mede daardoor de kans op het bereiken van overeenstemming juist is verkleind.

### Evenredige verwerving

De keuze voor een uitkerings-, kapitaal- of premieovereenkomst heeft duidelijke gevolgen voor de dekking die onder de PW dient te worden gerealiseerd. Daarover het volgende.

Ten aanzien van *uitkerings- en kapitaalovereenkomsten* geldt dat verwerving van pensioenaanspraken ten minste evenredig in de tijd dient plaats te vinden (art. 16). De werkgever dient er zorg voor te dragen dat de ten minste evenredige aanspraak die op enig moment voor een werknemer uit een pensioenovereenkomst voortvloeit, op dat betreffende moment adequaat is verzekerd. Voor salaris-diensttijdregelingen – die tot de uitkeringsovereenkomsten behoren – houdt de eis van evenredige opbouw bijvoorbeeld in dat het opbouwpercentage in de opbouwperiode ten

7. O.a. TK 30 413, nr. 17, p. 34.

8. TK 30 413, nr. 17, p. 29 e.v.

minste gelijk moet blijven en dat de wijze waarop de pensioengrondslag wordt vastgesteld, gedurende de opbouwperiode niet mag variëren.<sup>9</sup> Het vaststellen van de op enig moment ten minste opgebouwde aanspraken zal voor salaris-diensttijdregelingen derhalve betrekkelijk eenvoudig zijn.

Bij *kapitaalverzekeringen* wordt aan de eis van evenredige opbouw voldaan door het waarborgen van een vaste verhouding tussen het aantal bereikte en bereikbare pensioenjaren en de hoogte van het te bereiken kapitaal. Dat houdt in dat een deelnemer die 10 jaar lang heeft deelgenomen in een pensioenregeling met een maximale opbouwperiode van 40 jaar, na die 10 jaren deelnemerschap een kwart van het op de pensioendatum toegezegde kapitaal moet hebben opgebouwd en dat na 10 jaar deelnemerschap derhalve de zekerheid moet bestaan dat dat kwart op de pensioendatum beschikbaar zal zijn. Daarbij mag rekening worden gehouden met het nog te behalen rendement tot de pensioendatum.<sup>10</sup> Net als voor salaris-diensttijdregelingen, dat wil zeggen voor het gros van de uitkeringsovereenkomsten, lijkt ook het vaststellen van de op enig moment uit hoofde van kapitaalovereenkomsten opgebouwde aanspraken derhalve betrekkelijk eenvoudig. De werkgever dient er zorg voor te dragen dat die aanspraken op het desbetreffende moment zijn verzekerd.

Voor *premieovereenkomsten* geldt de eis van tijdsevenredige opbouw niet, omdat daarbij geen sprake is van een te bereiken eindresultaat; de hoogte van de aanspraak is afhankelijk van de premie. De aanspraak kan betrekking hebben op een periodieke uitkering of op een kapitaal. In het kader van dit artikel voert het te ver dit nader uit te werken. Opmerking verdient wel dat, omdat de eis van evenredige opbouw niet geldt, het bij premieovereenkomsten is toegestaan om de kosten met name in de beginperiode in rekening te brengen en dus niet evenredig over de opbouwperiode te verdelen. Die wijze van kostenverdeling, die bij streefregelingen onder de PSW voor premieopbouw vanaf 2000 niet meer is toegestaan op grond van art. 7a PSW, heeft in het verleden nogal eens tot teleurgestelde verwachtingen bij werknemers geleid. Onder het regime van de PW wordt beoogd om teleurgestelde reacties voor te zijn door in het Besluit PW, gebaseerd op art. 22 PW, voor te schrijven dat informatie wordt gegeven over welk deel van de premie bestemd is voor de kosten, welk deel voor pensioen op opbouw-basis en welk deel voor pensioen op risicobasis.

#### Informatieverschaffing door uitvoerder

In art. 35 PW is bepaald dat de pensioenuitvoerder jaarlijks informatie dient te verschaffen aan de deelnemers. Deze informatie betreft onder

meer een opgave van de inmiddels verworven aanspraken en een opgave van de volgens het pensioenreglement te bereiken aanspraken. Dat uitvoerders jaarlijks informatie moeten verstrekken over de hoogte van de reeds verworven aanspraken, is nieuw ten opzichte van de PSW.

In art. 5 Besluit PW is de te verschaffen informatie over de reglementair te bereiken aanspraken nader uitgewerkt. Bij een uitkeringsovereenkomst dient de hoogte van periodieke uitkeringen vanaf de pensioendatum, bij een kapitaalovereenkomst de hoogte van het kapitaal op de pensioendatum en bij een premieovereenkomst de hoogte van de periodieke uitkering (bij variant b) of de hoogte van het kapitaal op de pensioendatum (bij variant c) te worden opgegeven. Betreft het een premieovereenkomst zoals bedoeld onder a, dan hoeft de pensioenuitvoerder uitsluitend op verzoek van de deelnemer een indicatie van het te bereiken kapitaal en de daarbij gehanteerde veronderstellingen te geven (art. 9 Besluit PW).

Zowel deelnemers aan premieovereenkomsten als deelnemers aan kapitaalovereenkomsten kunnen bij de uitvoerder een verzoek indienen voor het afgeven van een indicatie van de mogelijk met het kapitaal in te kopen periodieke pensioenuitkering (eveneens uitgewerkt in art. 9 Besluit PW).

#### CONCLUSIE

In dit artikel is een tweetal situaties besproken waarin bij hybride regelingen onder het regime van de PSW discrepantie tussen aanspraak en dekking kan voorkomen. Wij verwachten dat dergelijke discrepanties onder het regime van de PW minder zullen voorkomen, onder andere omdat de PW expliciet voorschrijft dat het karakter van de pensioenovereenkomst dient te worden vastgelegd en dat duidelijk dient te worden gecommuniceerd over de pensioenovereenkomst en de aanspraken en de risico's die daaruit voor de werknemer voortvloeien. Mits deze voorschriften worden nageleefd, zal de kans aanzienlijk kleiner zijn dat onduidelijkheid over de pensioentoezegging bestaat en/of dat de dekking niet aansluit bij de pensioentoezegging. Als die situatie zich in de ogen van een van de partijen desondanks voordoet, zal die partij onder de PW vaak eerder aan de bel kunnen trekken – en dat dan ook moeten doen – dan onder de PSW. ●

9. TK 30 413, nr. 3, p. 186.

10. TK 30 314, nr. 3, p. 186.