

MR. C.E.M.M. DE BRUIJN

Pensioenregelingen: rechten en verplichtingen

Juridische aspecten van pensioenregelingen toegespitst op de ondernemer

DOSSIER

40

Nr. 41 / mei 2000

In Nederland is er geen algehele wettelijke verplichting om voor werknemers een pensioenregeling te treffen. Wel kan een (algemeen verbindend verklaarde) CAO daartoe verplichten. Voorts is, in bepaalde bedrijfstakken, deelname aan een bedrijfspensioenfonds verplicht gesteld. Ten slotte kan deelname aan een bepaalde beroepspensioenregeling verplicht zijn.

Op een pensioentoezegging aan werknemers zijn, behoudens de hierna te bespreken uitzonderingen, de bepalingen van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) van toepassing. Deze wet regelt onder meer op welke wijze een pensioentoezegging moet worden uitgevoerd, vervat in het zogeheten waarborgingsvoorschrift van artikel 2 lid 1 PSW.

Het doel van de PSW is de bescherming van de rechten van de pensioengerechtigden. Zo ziet de PSW erop toe dat het pensioenfonds ten opzichte van de deelnemende werknemer in staat is om aan individuele pensioenaanspraken te voldoen, dat het opgebouwde pensioen beschikbaar blijft voor degene die niet tot de pensioendatum bij dezelfde werkgever in dienst blijft en reeds toegezegd pensioen bij het einde van de arbeidsovereenkomst financieel wordt afgehandeld.

De PSW geeft geen definitie van het begrip pensioen doch omschrijft alleen de verschillende soorten pensioenen, ouderdomspensioen, weduwe- en wezenpensioen, etc. Ook bevat de PSW nagenoeg geen bepalingen omtrent de aard en de inhoud van de pensioenregeling of omtrent de hoogte van het toe te zeggen pensioen.

Toepasselijkheid PSW en uitzonderingen daarop

De bepalingen van de PSW gelden voor pensioentoezeggingen aan 'personen verbonden aan de onderneming' van de werkgever die de toezegging heeft gedaan. Het begrip 'personen' wordt niet nader in de wet omschreven. Onder 'personen verbonden aan een onderneming' vallen ook personen die niet op basis van een arbeidsovereenkomst ten behoeve van de onderneming arbeid verrichten. Voorbeelden hiervan zijn de commissaris van een onderneming, de meewerkende echtgenote, directeuren-grotoaandeelhouders, flexwerkers en filiaalhouders.¹ De aan deze personen gedane pensioentoezeggingen vallen derhalve ook onder de werkingssfeer van de PSW.

Een pensioentoezegging van een werkgever aan zichzelf valt buiten de werkingssfeer van de PSW. De PSW is dan ook niet van toepassing op een pensioentoezegging van een zelfstandig ondernemer aan zichzelf, van een maatschap of de maten aan zichzelf en van een vennootschap onder firma aan de firmanten. Op de pensioentoezegging van een particuliere werkgever, die geen onderneming drijft, aan personeel dat bij hem in dienst is, zoals een huishoudster, is de PSW evenmin van toepassing.

Uitvoering pensioenregeling volgens PSW; het waarborgingsvoorschrift

Artikel 2 lid 1 PSW bevat een van de belangrijkste bepalingen van de PSW, het waarborgingsvoorschrift. Volgens dit artikel moeten de voor pensioen bestemde gelden buiten de onderneming worden ondergebracht en dus worden afgezonderd van het ondernemingsvermogen. Hiermee wordt beoogd de

Pensioenregelingen: rechten en verplichtingen

uitkering van pensioen aan de deelnemers te waarborgen. De wet geeft hiervoor een drietal mogelijkheden. De werkgever kan voor de uitvoering van de pensioentoezegging ofwel toetreden tot een bedrijfs-pensioenfonds, ofwel aan de onderneming een ondernemingspensioenfonds verbinden, ofwel een verzekering sluiten (een zogeheten B- of C-polis).

Toetreding tot een bedrijfspensioenfonds is meestal verplicht voor alle bedrijven in een bepaalde bedrijfstak. Vrijwillige deelname aan een bedrijfspensioenfonds is ook mogelijk. Een bedrijfspensioenfonds kan zich mede richten op de verzekering van pensioenen van anderen dan werknemers, bijvoorbeeld zelfstandigen. Op de verplichte deelname aan een bedrijfspensioenfonds kom ik hierna terug.

Een ondernemingspensioenfonds is opgericht door een onderneming en komt met name voor bij grote ondernemingen. Het fonds moet, zo schrijft de PSW voor, een zelfstandige rechtspersoon zijn, om aldus de voor pensioen bestemde gelden af te zonderen van het ondernemingsvermogen, en dus geheel losstaan van de onderneming. De meeste grote ondernemingen hebben een Stichting Pensioenfonds.

Ten slotte geeft de PSW de mogelijkheid om het pensioen onder te brengen bij een daartoe bevoegd verzekeraar. Bij een B-polis treedt de werkgever op als verzekeringnemer, bij een C-polis sluit de werknemer zelf een verzekeringsovereenkomst, daartoe geheel of gedeeltelijk financieel in staat gesteld door de werkgever. Op deze verzekeringen zijn de Regelen Verzekeringsovereenkomsten PSW ('de Regelen') van toepassing. De Regelen bevatten in feite soortgelijke bepalingen als de PSW, doch, anders dan de PSW, niet toegespitst op pensioenfonds en maar op verzekeraars.

Uitzonderingen op het waarborgingsvoorschrift

Niet in alle gevallen dient het pensioen buiten de onderneming te worden ondergebracht; de PSW geeft een viertal uitzonderingen op het waarborgingsvoorschrift. Direct ingaand pensioen, waarbij de werkgever een pensioentoezegging doet bij opzegging van de dienstbetrekking betreffende een pensioenuitkering die terstond ingaat, hoeft niet te voldoen aan de voorschriften zoals hiervoor aangegeven. Dit geldt ook voor een pensioentoezegging aan werknemers die voor de ondernemer in het buitenland werkzaam zijn of bestemd zijn voor dadelijke tewerkstelling buiten Nederland, tenzij zij hun woonplaats in Nederland hebben of behouden. Hiermee wordt de werkingssfeer van de PSW territoriaal

beperkt.² Ook pensioentoezeggingen aan een persoon verbonden aan de onderneming op grond van diens leeftijd van 60 jaar of ouder, respectievelijk 51 t/m 60 jaar op het tijdstip van de toezegging, vallen buiten het waarborgingsvoorschrift. Bij ministeriële regeling zijn hiervoor nadere regels gesteld.

Ten slotte geldt de uitzondering voor de pensioentoezegging aan de directeur-groootaandeelhouder, indien deze houder is van aandelen die ten minste 10% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen en ten opzichte van de werkgever er schriftelijk mee heeft ingestemd dat de toezegging niet overeenkomstig het waarborgingsvoorschrift wordt uitgevoerd. De toezegging moet voldoen aan de regels zoals vervat in de Beschikking 'Vaststelling van regels en voorwaarden voor pensioentoezeggingen aan direct en indirect grootaandeelhouders'. Deze houden in dat in geval van ontslag en echtscheiding pensioenaanspraken behouden blijven volgens de voorschriften van de PSW. Verder dient er een reservering op de balans van de vennootschap te zijn die voldoende is om de uit de toezegging voortvloeiende verplichtingen na te komen. Gebruikelijk wordt jaarlijks (actuarieel) vastgesteld hoe hoog de bijdrage aan de eigen-beheervoorziening dient te zijn, zowel teneinde de pensioenverplichtingen te kunnen nakomen als uit oogpunt van een fiscaal zo gunstig mogelijke reservering. Ratio achter deze uitzondering is dat, hoewel in feite in strijd met de doelstelling van de PSW (veiligstelling van pensioengelden), van een directeur-groootaandeelhouder kan worden aangenomen dat hij zelf voor het veiligstellen van zijn pensioengelden kan zorgen.

Soorten regelingen

De PSW geeft zoals aangegeven geen voorschriften omtrent de hoogte van het pensioen of de inhoud van de pensioenregeling. Grofweg zijn er drie pensioensystemen:

Het eindloonsysteem, waarin de deelnemer per jaar een bepaald percentage van de pensioengrondslag opbouwt. Er wordt een pensioen toegezegd dat is afgeleid van het laatstgenoten salaris, het zogenaamde eindloon. Een verhoging van het salaris leidt tot verhoging van het opgebouwde pensioen over de achterliggende jaren. Dit is de zogeheten backserviceverplichting.

Het middelloonsysteem (ook wel opbouwregeling genoemd), waarin de deelnemer ieder jaar een bepaald percentage van de pensioengrondslag opbouwt. Het totale pensioen aan het eind van de werkzame periode bedraagt dan 70% van de gemiddelde pensioengrondslag gedurende de loopbaan.

Pensioenregelingen: rechten en verplichtingen

Salarisverhogingen leiden niet tot verhoging van het reeds opgebouwde pensioen over het verleden.

Het beschikbare premiesysteem, waarin de toezegging van de werkgever niet bestaat uit een aanspraak op pensioen in de vorm van een volgens een bepaalde formule vastgestelde ouden- of nabestaandenpensioen (zoals de twee hiervoor genoemde systemen), maar uit de beschikbaarstelling van een premie. Voor de werkgever heeft dit systeem als grote voordeel dat de lasten van een pensioenregeling overzichtelijk en beheersbaar zijn. De hoogte van de premie is veelal uitgedrukt in een percentage van het salaris of van de pensioengrondslag en bij een salarisverhoging is het effect op de premie dan ook niet groter dan eenzelfde procentuele verhoging. Bij een beschikbaar premiesysteem is er geen garantie op een bepaalde pensioenuitkomst.

Terwijl in het verleden eindloonregelingen zeer gebruikelijk waren, is er sinds jaren een tendens om deze te vervangen door middelloonregelingen of beschikbare premieregelingen vanwege de hoge financiële lasten van eindloonregelingen, met name de backservice-verplichtingen. Voorts is er steeds meer vraag naar de introductie van een flexibele ingangsdatum van het pensioen in bestaande pensioenregelingen.

Toezegging aan persoon behorend tot groep van personen, artikel 2 lid 2 PSW

Indien er geen pensioenplicht voortvloeit uit een CAO of uit verplichte deelname aan een bedrijfs- of beroepspensioenfonds, is een werkgever op zichzelf niet verplicht om aan *iedere* persoon verbonden aan zijn onderneming een pensioen toe te zeggen. Het is derhalve mogelijk om voor bepaalde personen wél en voor andere geen pensioenregeling te treffen. Van belang is in dit verband echter artikel 2 lid 2 PSW. Volgens dit artikel wordt een werkgever geacht aan een persoon, verbonden aan zijn onderneming, een toezegging omtrent pensioen te hebben gedaan, indien die persoon behoort tot een groep van personen voor wie in de onderneming een regeling betreffende pensioenen geldt, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk blijkt. Of een persoon behoort tot een groep van personen zal veelal aan de hand van de aard van de werkzaamheden kunnen worden vastgesteld.

Uit artikel 2 lid 2 PSW volgt derhalve een vermoeden van een pensioentoezegging. Dit vermoeden is opgenomen in de wet teneinde voor de werknemer het bewijs van een toezegging omtrent pensioen te vergemakkelijken. De bewijslast over de vraag of een pensioen is toegezegd is omgekeerd. Niet de werknemer moet bewijzen dat er een pensioen aan hem is

toegezegd, maar de werkgever dat dit niet het geval is. Indien een of meer personen van een bepaalde groep van een pensioenregeling worden uitgesloten, verdient het aanbeveling om deze perso(o)n(en) een zogenaamde afstandsverklaring te laten ondertekenen. Dan ligt duidelijk vast dat er voor deze persoon, behorend tot een groep van personen aan wie wel een pensioen is toegezegd, geen pensioenvoorziening is getroffen.

Verplicht gestelde regelingen voor zelfstandige ondernemers en beoefenaars van vrije beroepen

Niet alleen werkgevers doch ook zelfstandige ondernemers kunnen verplicht zijn zich aan te sluiten bij een bedrijfspensioenfonds of kunnen onder de toepasselijkheid van een verplichte beroepspensioenregeling vallen. Voorbeelden van verplichte bedrijfspensioenfonds zijn die voor de houthandel, de metaalnijverheid en het schildersbedrijf.

Verplichte deelname aan een bedrijfspensioenfonds is geregeld in de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Wet BPF). Volgens deze wet kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid deelname aan een in een bedrijfstak bestaand bedrijfspensioenfonds verplicht stellen voor alle werkgevers en werknemers in die bedrijfstak, wanneer een voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de betreffende bedrijfstak hier om verzoekt. Na de verplichtstelling zijn alle tot de aangewezen groepen behorende personen (en, als het werknemers betreft, ook hun werkgevers) verplicht tot naleving van het bij of krachtens de statuten en reglementen van het bedrijfspensioenfonds bepaalde. Het bedrijfspensioenfonds kan naleving vorderen van het aldaar bepaalde.

De wet geeft regels voor de wijze waarop en de gevallen waarin de deelneming in het bedrijfspensioenfonds verplicht kan worden gesteld. De PSW is mede van toepassing op bedrijfspensioenfonds. Zoals gezegd, kunnen niet alleen werknemers maar ook zelfstandigen onder de werking van een bedrijfspensioenfonds vallen. Echter bij veel bedrijfspensioenfonds worden directeuren van BV's en NV's uitgesloten van de verplichtstelling. In dat geval kunnen zij een eigen pensioenvoorziening treffen. Of directeuren van BV's en NV's als deelnemer worden beschouwd, volgt uit de verplichtstellingsbeschikking die betrekking heeft op het desbetreffende bedrijfspensioenfonds.

Het is mogelijk om vrijstelling te verzoeken van de verplicht gestelde bedrijfspensioenfonds. Met

Pensioenregelingen: rechten en verplichtingen

ingang van 26 april 1998 is de 'Vrijstellingsregeling Wet BPF' in werking getreden, waarin het aantal gevallen waarin een bedrijfspensioenfonds verplicht is vrijstelling te verlenen, is verruimd.³ Onder meer is het bedrijfspensioenfonds verplicht vrijstelling te verlenen van de verplichte deelneming, indien voldaan is aan de eis dat de te dispenserende regeling is ondergebracht bij een pensioenfonds of een verzekeraar, dat zij gelijkwaardig is aan de bedrijfstakpensioenregeling en dat de bestaande pensioenregeling reeds bestond zes maanden voordat het verzoek tot verplichtstelling door de bedrijfstak aan de Minister was gericht. Verder kan vrijstelling worden verzocht in verband met concernvorming (onder bepaalde voorwaarden) en in verband met een reeds bestaande CAO. Als nieuwe verplichte vrijstellingsgrond is ten slotte ingevoerd die in verband met het door het pensioenfonds behaalde beleggingsrendement. In het kort dient vrijstelling te worden verleend wanneer het bedrijfspensioenfonds slecht opereert ten aanzien van beleggingen. Pensioenfondsen worden zo gedwongen gunstige resultaten na te streven teneinde te voorkomen dat zij vrijstelling moeten verlenen.

Naast de Wet BPF is er de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Wet BPR). Deze heeft ten doel het verplicht stellen van de deelneming in een collectieve pensioenvoorziening ten behoeve van een of meer groepen beoefenaren van een vrij beroep. Voorbeelden hiervan zijn notarissen, apothekers, huisartsen, medisch specialisten, dierenartsen, fysiotherapeuten, tandartsen en verloskundigen.

Nieuwe PSW-wetgeving

Met ingang van 1 januari 2000 is de PSW gewijzigd in verband met het toezicht op de uitvoering van aanvullende pensioenregelingen, het verbod op uitstelfinanciering en verduidelijking van de regels inzake waardeoverdracht van pensioenen.⁴

Een onderdeel van de wijziging betreft het stellen van nadere eisen aan de kwaliteit van pensioenfondsen en het verhogen van de controle op pensioenfondsen. Zo worden pensioenfondsen veel meer dan voorheen aangesproken op hun beleggingsresultaten en worden zij verplicht een jaarrekening en bestuursverslag, inclusief accountantsverklaring, op te stellen. Pensioenfondsen worden verder verplicht een gedragscode op te stellen voor iedereen die bij het fonds werkt. Deze gedragscode moet regels bevatten ter voorkoming van belangenconflicten en misbruik van aanwezige informatie. De Verzekeringskamer kan, ingevolge de wetswijziging, pensioenfondsen verplichten over te gaan tot herverzekering van pen-

sioengelden. Verder is het toezicht van de Verzekeringskamer, dat voorheen slechts bestond ten opzichte van pensioenfondsen, uitgebreid naar rechtstreeks door een werkgever bij een verzekeraar ondergebrachte pensioenregeling. In de PSW is hierbij een stelsel van bestuurlijke boeten en dwangsommen geïntroduceerd, op te leggen door de Verzekeringskamer, teneinde handhaving van de regels daadwerkelijk te kunnen afdwingen.

Een tweede belangrijke wijziging betreft het verbod op uitstelfinanciering. Voortaan schrijft de PSW voor dat de financiering van pensioenaanspraken tenminste evenredig naar tijd moet plaatsvinden. Dit is met name van belang bij pensioenregelingen, waarbij met terugwerkende kracht pensioenrechten worden toegekend over het verleden, zoals bij eindloonregelingen of geïndexeerde middelloonregelingen. Deze pensioenrechten werden veelal niet ineens maar in de resterende periode tot de pensioendatum gefinancierd (uitstelfinanciering). Dit leidde tot problemen wanneer bedrijven failliet gingen voordat de pensioenaanspraken volledig financieel waren afgehandeld. Er is thans een verbod op uitstelfinanciering in de PSW opgenomen voor pensioenverplichtingen die ontstaan na inwerkingtreding van de nieuwe wet. Als overgangsregeling geldt dat de financieringslasten over reeds verstreken jaren in een periode van tien jaar in tien gelijke delen worden ingehaald. De periode van tien jaar hangt samen met het feit dat in 2010 de eerste verschijnselen van de vergrijzing van de Nederlandse bevolking zichtbaar zullen worden.

Met ingang van 1 januari 2000 geldt voorts dat de opbouw van het totaal te bereiken pensioen evenredig naar tijd moet plaatsvinden, zodat het niet langer mogelijk is om bijvoorbeeld de eerste 10 jaar 1% pensioen per jaar op te bouwen en de laatste 30 jaar 2% per jaar. Bestaande pensioenregelingen dienen direct aan dit nieuwe voorschrift te worden aangepast.

Ten aanzien van de waardeoverdracht bevat de PSW thans het voorschrift dat er bij waardeoverdracht sprake dient te zijn van koppeling aan een nieuw, bestaand of voormalig dienstverband. Afkoop ten behoeve van waardeoverdracht is derhalve slechts mogelijk in verband met een dienstverband en is niet meer toegestaan voor aankoop van pensioenen ingeval van en uitsluitend in verband met de expiratie van kapitaalverzekeringen. Bij afloop van de kapitaalverzekering met pensioenclausule is de werknemer dan ook gedwongen bij dezelfde verzekeraar pensioen aan te kopen. Het winkelen met kapitaal om een zo gunstig mogelijk pensioen aan te kopen is verleden tijd.

Pensioenregelingen: rechten en verplichtingen

De voorgenomen wijziging van artikel 2b PSW, betreffende het recht van keuze voor een hoger of eerder ingaand ouderdomspensioen in plaats van nabestaandenpensioen, dat van het hiervoor besproken wetsvoorstel onderdeel uitmaakte, zal, behoudens verder uitstel, pas per 1 januari 2001 in werking treden.

Tot slot

In het bovenstaande zijn de wettelijke grenzen en

vrijheden ten aanzien van het treffen van een pensioenregeling aangegeven. Bij de keuze voor een bepaalde pensioenregeling, voorzover daartoe vrijheid bestaat en er geen wettelijk voorgeschreven regeling is, zijn fiscale aspecten van groot belang. Deze aspecten zijn hier niet nader belicht.

Mw. mr. C.E.M.M. de Bruijn is werkzaam als advocaat in de arbeidsrechtpraktijk van Loyens & Loeff, Rotterdam.

1 Zie E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Zwolle 1989.
2 De werkgever hoeft niet in Nederland gevestigd te zijn om onder de werking van de PSW te vallen.

3 Regeling van 23 april 1998, Stcrt. 1998, 78, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 22 juli 1998, Stcrt. 1998, 138.
4 Wetsvoorstel 26 415, besluit van 22 december 1999, Stb. 592.