

Pensioen en het einde van de arbeidsovereenkomst

Een pensioenbreuk kan worden geheeld, althans in omvang worden beperkt. Wat is eigenlijk een pensioenbreuk en welke elementen kunnen worden gebruikt voor heling? Een rekenvoorbeeld en recente jurisprudentie completeren de beschouwing.

mr. H.M.J. van den Hurk
advocaat te Tilburg¹



Een arbeidsovereenkomst kan op een aantal manieren eindigen: op initiatief van de werknemer, op initiatief van de werkgever of, uiteraard, op gezamenlijk initiatief van werkgever en werknemer. Indien de arbeidsovereenkomst van een werknemer vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt beëindigd, op welke wijze dan ook, treedt er veelal een pensioenbreuk op: de opbouw van de pensioenaanspraken wordt tijdelijk of definitief gestaakt.

Op het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer die deelnam aan de pensioenregeling van zijn werkgever, pensioenaanspraken opgebouwd. Deze aanspraken op pensioen blijven van hem. Zijn aanspraken op ouderdomspensioen en bijvoorbeeld nabestaandenpensioen worden echter pre-

mievrij gemaakt. Immers, de ex-werkgever zal niet meer genegen zijn om nog langer tot premiebetaling over te gaan als de arbeidsovereenkomst tot een einde is gekomen.

De premievrije aanspraken van de werknemer, ook wel de ontslagaanspraken genoemd, worden naar rato van de lengte van de arbeidsovereenkomst vastgesteld door de uitvoerder van de pensioenregeling. Dat is vaak het pensioenfonds of de verzekeraar. Deze 'tijdsevenredige' vaststelling is geregeld in artikel 8 van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Indien het pensioen is ondergebracht bij een verzekeraar zijn de artikelen 9 en 20 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW van toepassing.

Voor de aanspraak op ouderdomspensioen geldt dat ten minste een premievrije

aanspraak op evenredig ouderdomspensioen moet worden meegegeven. De werknemer hoeft over de periode na het einde van zijn arbeidsovereenkomst tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd voor deze pensioenregeling geen premie meer te betalen. Deze tijdsevenredige aanspraak is het verschil tussen hetgeen de werknemer zou hebben opgebouwd bij deze werkgever in deze pensioenregeling tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd en hetgeen de werknemer nog zou hebben opgebouwd vanaf het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst (het moment waarop de deelneming eindigt) tot aan de pensioengerechtigde leeftijd.

Voor de aanspraak op partnerpensioen c.q. nabestaandenpensioen bij het einde van de arbeidsovereenkomst geeft de wet geen minimumniveau. De pensioenuitvoerder is gerechtigd deze aanspraak naar redelijkheid vast te stellen. Dit laatste geldt uiteraard niet indien een partnerpensioen op risicobasis is toegezegd: in dat geval is er namelijk geen aanspraak opgebouwd. Dit was ook het geval bij het Beroepspensioenfonds voor advocaten. In de praktijk wordt de aanspraak op het partnerpensioen dat niet op risicobasis is verzekerd, vaak vastgesteld op 70% van het (tijdsevenredige) ouderdomspensioen.

Indien de pensioenregeling gebaseerd is op een beschikbare-premieregeling is er geen sprake van een tijdsevenredige vaststelling bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Op grond van artikel 8 lid 12 PSW ontvangt de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst een premievrije polis van het tot die datum gespaarde pensioenkapitaal.

Ook ingeval de deelname aan de pensioenregeling binnen het eerste jaar eindigt bestaat er geen recht op een tijdsevenredige aanspraak. Als de werknemer premies heeft

betaald ontvangt hij die bij het einde van de arbeidsovereenkomst weer terug.

Heling van de breuk

Een pensioenbreuk kan op een aantal manieren worden geheeld, of toch in elk geval in omvang worden beperkt. Elementen die daarvoor gehanteerd kunnen worden en die van invloed zijn op de hoogte van de pensioenschade bij het einde van een arbeidsovereenkomst zijn:

1. toeslagen op slapersrechten
2. de bijdrage van de Stichting Financiering Voortzetting Pensioenverzekering
3. pensioenopbouw bij een nieuwe werkgever
4. waardeoverdracht
5. uitruil van nabestaandenpensioen

1. Toeslagen op slapersrechten

De pensioenregeling kan de bepaling bevatten dat toeslagen worden verleend op pensioenen die reeds zijn ingegaan, een zogenaamde indexering. Als dat het geval is, zullen ook de zogenaamde slapersrechten moeten worden geïndexeerd. Dat zijn de aanspraken die zijn vastgesteld voor bijvoorbeeld mr. X die niet langer een deelnemer is aan de pensioenregeling van advocatenkantoor Y. Het kenmerk van slapersrechten is dat er geen premiestortingen meer plaatsvinden. Behalve bij een aantal grote bedrijfspensioenfondsen is er niet zo vaak sprake van een indexeringsregeling. Als er al wel sprake van is, dan wordt vaak aan de werkgever overgelaten of hij daar nu wel of geen uitvoering aan geeft. Door de toeslagen c.q. indexering van de slapersrechten vindt er toch een aangroei van het pensioenkapitaal plaats.

2. De FVP-bijdrage

Werkloze werknemers kunnen op basis van deze regeling hun pensioenopbouw tijdelijk, gedurende een beperkte werkloosheids-

periode, op kosten van deze regeling voortzetten. Om in aanmerking te komen voor een bijdrage in de pensioenopbouw moeten men voldoen aan de door de Stichting Financiering Voortzetting Pensioenverzekering (FVP) daarvoor gestelde regels. Grofweg betekent dit dat men op de eerste werkloosheidsdag 40 jaar of ouder moet zijn en onmiddellijk daaraan voorafgaand deelnemer moet zijn geweest aan een pensioenregeling. Voorts moet men in aanmerking komen voor een loongerelateerde uitkering op grond van de Werkloosheidswet. De FVP-bijdrage geldt in principe alleen gedurende de periode van de loongerelateerde WW-uitkering en vindt een plafond in het maximumdagloon en het percentage van de werkloosheid.

3. Pensioenopbouw bij een nieuwe werkgever

Na beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal, al dan niet na een daaropvolgende periode van werkloosheid, toch meestal wel een nieuwe arbeidsovereenkomst volgen. Het aantal werkgevers dat geen pensioenregeling voor zijn werknemers heeft, neemt steeds verder af. De kans dat de werknemer dus bij de nieuwe werkgever weer pensioen kan gaan opbouwen wordt dus steeds groter.

Indien op het moment van het bepalen van de hoogte van de pensioenschade als gevolg van het einde van de arbeidsovereenkomst nog geen zicht bestaat op een nieuwe arbeidsovereenkomst kan deze vorm van schadebeperking niet in de berekening worden meegenomen.

Uiteraard maakt de aard van de pensioenregeling bij het bepalen van de hoogte van de schade verschil: indien de werkloze werknemer op enig moment een nieuwe werkgever vindt met een gelijke pensioenregeling, dan betekent dat dat er alleen een verlies is in jaren. Als de pensioenregeling van de nieuwe werkgever slechter is, dan betekent dat ook voor de toekomstige jaren nog eens een lagere opbouw. Bij een betere pensioenregeling kan soms zelfs een stukje van de pensioenbreuk worden geheeld.

4. Waardeoverdracht

Op grond van artikel 32b PSW en artikel

De inkomens- en pensioenschade moet worden vastgesteld zonder rekening te houden met de uittreedkans, dit leidt tot verhoging van inkomens- en pensioenschade

16a Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW is sinds 1994 het wettelijk recht op waardeoverdracht in de wet opgenomen. Bij een waardeoverdracht wordt kort gezegd het opgebouwde pensioenkapitaal bij de ene pensioenuitvoerder overgedragen naar de andere pensioenuitvoerder. Op grond van artikel 32b moeten pensioenuitvoerders meewerken aan een waardeoverdracht in het kader van verandering van werkkring. Bij de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever worden dan met het pensioenkapitaal opgebouwd bij de pensioenuitvoerder van de oude werkgever fictieve dienstjaren ingekocht.

Uit de PSW vloeien de voorwaarden

Bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoedingsvordering moet aandacht worden besteed aan de post pensioenschade

voort waaronder pensioenuitvoerders aan waardeoverdracht moeten of mogen meewerken. Bovendien zijn bij ministeriële regeling voor de waardeoverdracht rekenen procedureregels geformuleerd. Globaal gelden de volgende voorwaarden voor het recht op waardeoverdracht:

- een individuele beëindiging van de arbeidsovereenkomst;
- rechtstreekse overdracht van de koop-som aan de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever;
- alleen waardeoverdracht naar een instelling die onder het toezicht van de Pensioen- en verzekeringskamer valt of die bij ministeriële beschikking is aange-wezen;
- de wettelijke reken- en procedureregels zijn van toepassing.

Een waardeoverdracht hoeft niet onder alle omstandigheden gunstig te zijn. Het kan soms zelfs ongunstig zijn, als bijvoorbeeld van een eindloonregeling met indexering van slapersrechten wordt overgegaan op een middelloonregeling zonder indexering. Dat betekent immers dat de slapersrechten niet meer geïndexeerd zullen worden.

5. Uitrui van nabestaandenpensioen

Met ingang van 1 januari 2002 is artikel 2b



dat het nabestaandenpensioen vanwege de pensioenbreuk lager is.

Voor de uitruil van nabestaandenpensioen moet overigens het nabestaandenpensioen niet op risicobasis verzekerd zijn: er is dan immers geen kapitaal.

Rekenvoorbeeld

Een rekenvoorbeeld om de pensioenschade bij ontslag te berekenen in geval van een eindloonregeling met een opbouwpercentage van 1,75% per jaar.

Bij een ononderbroken dienstverband had mr. X een ouderdompensioen op de pensioendatum van 65 jaar opgebouwd van € 48.451. (Dit is 70% van de pensioen-grondslag, die wordt verkregen door de AOW-franchise van het jaarsalaris af te

PSW in werking getreden, dat een wettelijk recht geeft om uiterlijk op de pensioendatum het dan opgebouwde nabestaandenpensioen uit te ruilen voor een hoger of eerder ingaand ouderdompensioen. Voor de berekening van de hoogte van de pensioenschade bij het einde van een arbeidsovereenkomst kan dit element dan ook niet worden meegenomen. Er kan zich immers tot aan de pensioendatum de situatie voordoen dat het nabestaandenpensioen tot uitkering moet komen. Van uitruil kan dan geen sprake meer zijn. Gevolg is dan wel

| | |
|------------------------------------|------------|
| Mr. X is geboren op | 01-01-1968 |
| Geboortedatum partner | 01-01-1970 |
| Datum in dienst advocatenkantoor Y | 01-01-1993 |
| Pensioendatum | 01-01-2033 |
| Opbouwpercentage per jaar | 1,75% |
| Ontslagdatum | 01-01-2002 |
| Salaris per 31-12-2001 | € 80.000 |
| Verstreken diensttijd | 9 jaar |
| Totale diensttijd | 40 jaar |
| Op te bouwen pensioen | 70% |
| AOW-franchise | € 10.784 |
| Datum in dienst onderneming Z | 01-01-2003 |
| Salaris bij indiensttreding | € 83.200 |

trekken.)

Op de ontslagdatum heeft mr. X recht op een tijdsevenredige aanspraak van $9/40 \times € 48.451$ zijnde een bedrag van € 10.902. De te derven pensioenrechten bedragen derhalve € 37.549. Om de pensioenschade te kunnen berekenen moet van dit bedrag de contante waarde worden berekend. De contante waarde bedraagt € 173.362.

Er moet echter van worden uitgegaan dat het salaris van mr. X tot aan de pensioendatum nog zou worden verhoogd, in elk geval moet worden uitgegaan van een inflatiecorrectie. Uitgegaan wordt van een jaarlijkse gemiddelde stijging van 4%. Dan geldt dat het salaris op de pensioendatum een bedrag van € 259.474 zou belopen. Ook de AOW-franchise behoeft in dat geval aanpassing. Deze stijgt echter minder snel, zodat een aanpassing van 2% op jaarbasis het uitgangspunt kan zijn. Dat levert op de pensioendatum een AOW-franchise op van € 19.535.

Dit betekent dat de totale pensioenschade van mr. X € 167.957 -/ - € 10.902 = € 157.055. De contante waarde hiervan is € 725.116.

Schadebeperkende factoren

Op pensioenschade kunnen nu de schade-

| | |
|---------------------------------------|-----------|
| Salaris | € 259.474 |
| AOW-franchise | € 19.535 |
| Pensioengrondslag | € 239.939 |
| Op te bouwen pensioen (52,5%) | € 125.968 |
| Opgebouwde aanspraken Y B.V. | € 29.317 |
| Totaal op te bouwen Y + Z B.V. | € 155.285 |
| Opgebouwd bij ononderbroken pensioen: | € 167.957 |
| Pensioenschade: | € 12.672 |
| De contante waarde hiervan bedraagt | € 58.506 |

beperkende factoren worden toegepast zoals hiervoor omschreven.

Ad 1.

Indien toeslagen op de slapersrechten worden verleend, van bijvoorbeeld 3% per jaar betekent dit dat het bedrag van € 10.902 op de pensioendatum een bedrag van € 26.462 zal bedragen. Het op te bouwen pensioen van € 167.957 wordt verminderd met dit bedrag, zodat een pensioenverlies resteert van € 141.495. De contante waarde hiervan is € 653.276.

Ad 2.

Mr. X is gedurende één jaar werkloos en ontvangt in die periode een loongerelateerde WW-uitkering, waardoor hij aanspraak kan maken op een bijdrage op grond van het FVP, wat zou resulteren in de inkoop van één pensioenjaar ten bedrage van € 1.211. Indien dit bedrag met 3% wordt geïndexeerd levert het totaal een pensioenschade op van € 167.957 -/ - € 26.462 -/ - / € 2.855 = € 138.640. De contante waarde hiervan is € 640.095.

Ad 3.

Na één jaar werkloosheid heeft mr. X dan uiteindelijk een nieuwe baan gevonden bij onderneming Z. Hij is de advocatuur beu en heeft zich eerst goed georiënteerd op wat hij nu eigenlijk wil met de rest van zijn arbeidszame leven. Hij heeft ervoor gekozen om de advocatuur te verlaten en een baan als bedrijfsjurist te accepteren. Vanaf 2003 bouwt hij daar verder aan zijn pensioen. Hij heeft daar nog 30 jaar de tijd voor. In die 30 jaar kan hij een pensioen opbouwen van € 37.905 (€ 83.200 -/ - € 11.000 (geïndexeerde AOW-franchise)). Dit levert

een pensioengrondslag op van € 72.200 x 30 jaar x 1,75% per jaar).

Ook hier moeten weer dezelfde indexaties worden toegepast voor het salaris en de AOW-franchise, zodat een maximale pensioenopbouw op pensioendatum volgt (zie bevenstaand kader).

Ad 4.

Bij de pensioenuitvoerder van Z kan mr. X extra dienstjaren inkopen met zijn opgebouwde aanspraken bij de pensioenuitvoerder van Y. Een pensioenjaar bij de pensioenuitvoerder van Z B.V. kost € 37.905 : 30 = € 1.264 per jaar.

Mr. X heeft (afgezien van te maken kosten) een bedrag van € 12.113 te besteden, dat wil zeggen, dat hij 9,6 extra jaren in kan kopen. Dat betekent dat hij kan komen tot een opbouwpercentage van $52,5\% + 16,8\% = 69,3\%$.

In cijfers betekent dit dat hij in plaats van € 167.957 (70%) een bedrag van € 166.278 (69,3%) kan opbouwen. Dat is een verschil van € 1.679. De contante waarde hiervan bedraagt € 7.752.

In het onderhavige rekenvoorbeeld blijft de pensioenbreuk redelijk beperkt. De oorzaak daarvan ligt in de relatief korte periode van werkloosheid en de voortzetting op gelijke voet bij zowel de nieuwe werkgever als bij de oude werkgever. Indien er bijvoorbeeld geen bijdrage FVP is of er is een aanmerkelijk verschil in salaris en/of pensioenregeling, dan zal de pensioenbreuk ook logischerwijze aanzienlijk groter zijn.

Bij een ontslagsituatie is er bovendien lang niet altijd sprake van een (uitzicht op een) nieuwe baan met een aantrekkelijke pensioenregeling, zodat een schadebeper-



king in die zin vaak al niet aan de orde zal zijn.

Recente jurisprudentie

In situaties van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst of in ontslagsituaties komt het regelmatig voor dat een werknemer een schadevergoeding wenst van zijn werkgever ter zake van inkomens- en pensioenschade. Als gevolg van het gedwongen einde van de arbeidsovereenkomst, maar bijvoorbeeld ook bij een overgang van een onderneming, kan een inkomensachteruitgang ontstaan, die gevat kan worden in de contante waarde van het negatieve verschil in inkomen en arbeidsvoorwaarden. De

De rechter zou voor de vaststelling van de pensioenschade naar een aparte procedure kunnen verwijzen

bovengrens in tijd van deze schade ligt in de te behalen arbeidsduur bij een voortzetting van de arbeidsovereenkomst. In het verleden werd daarbij wel rekening gehouden met een zogenaamde voortijdige uittreedkans. Daaronder wordt verstaan de kans van een ontslag voordat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt of de kans op een overlijden voor de pensioendatum.

Inmiddels heeft de Rechtbank Den Haag een uitspraak gedaan die van deze bestaande lijn in de jurisprudentie afwijkt, door geen rekening te houden met de uittreedkans. Bij vonnis van 24 november 1999 heeft deze rechtbank vastgesteld dat het niet voor rekening van de werknemer komt dat niet met zekerheid is vast te stellen of de werknemer tot aan zijn pensioendatum bij die werkgever zal blijven. Dat betekent dat de inkomens- en pensioenschade moet worden vastgesteld zonder rekening te houden met de omschreven uittreedkans. Bij eindvonnis van 5 december 2001 is de rechtbank vervolgens uitgegaan van een berekening van de inkomens- en pensioenschade zonder invloed van de uittreedkans. De rechtbank zegt dat zelfs met zoveel woorden in haar vonnis: 'Uitgegaan zal worden van een periode van compensatie van 14 jaren en 7 maanden [dan valt de pensioendatum, *HvdH*], waarbij geen rekening wordt gehouden met sterfte'. Dat betekent een rechtstreekse verhoging van het bedrag aan inko-

mens- en pensioenschade.

De zogenaamde Kantonrechttersformule ($A \times B \times C$) omvat in factor B de beloning. Bij de berekening van deze factor wordt uitgegaan van het brutomaandsalaris, in elk geval vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantie-toeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen² zal niet tot deze factor worden gerekend het werkgeversaandeel pensioenpremie.³ Het is derhalve van belang om bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoedingsvordering de nodige aandacht te besteden aan de post pensioenschade, zeker

ook in het licht van de bovenstaande uitspraak. Bovendien verdient een precieze berekening de voorkeur boven een schatting van de schade. Pensioenschade kan ook precies berekend worden. Ook voor de rechter wordt een en ander dan veel inzichtelijker, wat zijn weerslag zal hebben op het uiteindelijk te bereiken resultaat. Pensioenschade maakt derhalve niet per definitie onderdeel uit van de door de rechter toe te kennen schadevergoeding.

In de tot op heden bestaande jurisprudentie op dit gebied komt duidelijk naar voren dat het zeer nuttig kan zijn een goed berekende schadeberekening in het geding te brengen. Om enkele voorbeelden te noemen: Kantonrechter Enschede, *PRG*. 1986, 2543, Kantonrechter Schiedam, *PRG*. 1991, 3529, Kantonrechter Amsterdam, *PRG*.1993, 3929.⁴

Uit de jurisprudentie kan ook worden afgeleid dat vergoeding van pensioenschade wordt afgewezen vanwege het feit dat er onvoldoende argumenten en berekeningen aan ten grondslag zijn gelegd. (Hoge Raad, 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451).

Ten slotte is nog van belang de vraag of er bij de afwijzing van een vordering tot vergoeding van de pensioenschade in het kader van de ontbindingsprocedure de bestaande jurisprudentie op het gebied van de optiere-

gelingen/-schade voor werknemers naar analogie kan worden toegepast. (Hoge Raad 2 november 2001, Elverding/Wienholts). Uit onder andere deze jurisprudentie vloeit voort dat de regeling betreffende de schadevergoeding bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst van zo bijzondere aard is, dat een toetsing buiten de regels om, aan de eisen van redelijkheid en billijkheid slechts bij uitzondering en in beperkte mate mogelijk is. Hiermee wordt bedoeld dat de toetsing door de Kantonrechter bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding in principe uitputtend is bedoeld.

Voor wat betreft de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden, betekent dit dat het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter, op de voet van de wet (art. 7:685 lid 8 BW), met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat er daarnaast voor een zodanige toetsing geen plaats meer is. Het kan echter voorkomen dat de kantonrechter uitdrukkelijk aangeeft dat hij bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding de op het verlies van de uit de aandelenopties voortvloeiende voordelen gegronde aanspraak niet heeft meegewogen, waarbij dan tevens nog wordt overwogen dat de werknemer dienaangaande een aparte procedure kan entameren.

In een zodanig geval kan een aparte procedure worden gestart. Ik zou mij kunnen voorstellen dat een rechter ter zake van een goed gemotiveerde en onderbouwde berekening ten aanzien van de pensioenschade eveneens een dergelijke beslissing zou nemen, omdat het wellicht noodzakelijk is om ter beoordeling een pensioenskundige in te schakelen en de ontbindingsprocedure zich daar nu eenmaal wat moeilijker voor leent.

Noten

¹ Advocaat bij Gommer & Partners Pensioen Advocaten.

² Met deze 'zeer uitzonderlijke gevallen' wordt over het algemeen bedoeld op de beloning van werknemers in meestal hogere functies, waar wordt uitgegaan van een bepaald 'all-in'-jaarsalaris, wat vervolgens voor een groot deel door de werknemer op voor hem fiscaal gunstige wijze kan worden ingevuld. Dit jaarsalaris omvat dan tevens vakantiegeld, maar bijvoorbeeld ook pensioenpremie.

³ Aanbevelingen Kring van Kantonrechtters 1 januari 1997.