



mr. drs. Corey Dekkers MFP CFP®
Senior pensioenjurist bij Pensioennavigator



mr. Frédérique Hoppers-Rademaker
Advocaat-partner bij Dirkszager

Met de invoering van de Wet toekomst pensioenen (Wtp) is de Pensioenwet aangepast. Bestaande pensioenovereenkomsten moeten uiterlijk 1 januari 2028 voldoen aan de Wtp-bepalingen. In artikel 220ha Pensioenwet en artikel 38c Wet op de loonbelasting 1964 is overgangsrecht opgenomen over premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid (PVI) van de pensioenregeling bij een verzekeraar. Door het overgangsrecht kan in bepaalde situaties premievrije voortzetting onder het karakter van de oude regeling gecontinueerd worden. Premievrije voortzetting van de bestaande pensioenregeling is alleen mogelijk als de werkgever nog niet is overgestapt op een Wtp-regeling op het moment dat de wachttijd van 104 weken doorlopen is. Het overgangsrecht geldt dus niet als tijdens de wachttijd een overstap naar de Wtp-regeling plaatsvindt. Dan moet de nieuwe regeling gevolgd worden. Dit kan echter een probleem opleveren als het inlooprisico vervolgens niet gedekt wordt. De meeste pensioenuitvoerders hanteren namelijk het uitlooprisico zoals is voorgeschreven in het Van Leeuwen Convenant. Hoe verhoudt het wettelijk overgangsrecht zich tot dit in- en uitlooprisico? Wat zijn de gevolgen voor de werkgever, de arbeidsongeschikte werknemer en de pensioenuitvoerder als de werkgever overstapt naar een Wtp-regeling? In deze bijdrage gaan we in op deze specifieke situatie die zich afspeelt bij verzekerde pensioenregelingen, waaronder ook premieregelingen die zijn ondergebracht bij een PPI.

Van premievrijstelling naar geen vrijstelling

Met de komst van de Wtp is het niet langer mogelijk een pensioenregeling te hanteren die gebaseerd is op het progressief premiesysteem. Behoudens het overgangsrecht voor beschikbare premiereregelingen en middelloonregelingen bij een verzekeraar zullen bestaande pensioenregelingen vóór 1 januari 2028 moeten zijn omgezet in een vlakke premiereregeling. Bestaande pensioenovereenkomsten zullen inhoudelijk gewijzigd moeten worden om te voldoen aan de bepalingen van de Wtp. Denk daarbij aan het partnerpensioen, dat maximaal 50 % van het pensioengevend salaris draagt, niet langer diensttijdafhankelijk is en op risicobasis gefinancierd moet worden. Of denk aan de gewijzigde vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling bij uitdiensttreding. Wij verwachten dat in veel situaties huidige uitvoeringsovereenkomsten worden beëindigd en er een nieuwe uitvoeringsovereenkomst volgt met bijbehorende pensioenreglementen die voldoen aan de Wtp. Bij de overstap naar een Wtp-regeling zal goed gekeken moeten worden of er arbeidsongeschikte deelnemers in dienst zijn, hoe het in- en uitlooprisico geregeld is en welke (deelnemers)definitie in de pensioen- en uitvoeringsovereenkomst is opgenomen, in relatie tot onder meer premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid (PVI).

PREMIEVRIJSTELLING BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID

Zoals in de pensioenovereenkomst PVI is toegezegd, heeft de deelnemer recht op premievrije voortzetting van zijn pensioenopbouw als hij na een periode van 104 weken ziekte nog geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is.¹

CONVENANT ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSPENSIEN EN PREMIEVRIJSTELLING (AO-CONVENANT)

In opvolging van het Van Leeuwen Convenant uit 2009 is in 2013 het convenant arbeidsongeschiktheid en premievrijstelling opgesteld (het 'Convenant').² Hierin zijn voornamelijk afspraken gemaakt om te komen tot een uniforme dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. Het gaat daarbij met name om harmonisatie van het in- en uitlooprisico bij pensioenuitvoerders. En niet zozeer over de voorwaarden die de pensioenuitvoerder hanteert wanneer sprake is van arbeidsongeschiktheid. In het Convenant

- 1 Het betreft de wachttijd zoals bedoeld in art. 29, eerste lid Ziekte-wet.
- 2 Convenant over de dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen, 23 januari 2013.

is vastgelegd dat het hanteren van een carenzaar niet meer is toegestaan. Het hanteren van een antimisbruikbepaling is wel toegestaan. Veel pensioenuitvoerders hebben in de voorwaarden opgenomen dat het recht op dekking vervalt als een werknemer binnen een jaar na aanvang van de deelneming door ziekte niet langer in staat is zijn werkzaamheden uit te voeren en dit door de ziekte en de gezondheidstoestand van de werknemer ten tijde van aanvang van de deelneming redelijkerwijs was te verwachten. Uitsluiting van de dekking geldt ook als de werknemer op de dag van deelneming niet of niet volledig in staat is de bedongen arbeid te verrichten. Herleving van de dekking op het arbeidsongeschiktheidsrisico is er pas als de deelnemer vier weken de bedongen arbeid onafgebroken heeft verricht. In het Convenant is dus opgenomen dat pensioenuitvoerders niet het inlooprisico maar het uitlooprisico dekken.

Aangezien de meeste pensioenuitvoerders zich hebben geconformeerd aan het Convenant is het uitlooprisico dus in de regel gedekt. Het is de 'oude' pensioenuitvoerder die dan dekking biedt. Daarbij geldt meestal als voorwaarde dat de werknemer die ziek is, al deelnemer in de pensioenregeling van de oude pensioenuitvoerder was op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid. Een werknemer die geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is heeft recht op loondoorbetaling voor de duur van 104 weken. Deze 104 weken sluit aan op de wachttijd voor een WIA-uitkering. De loondoorbetaling bedraagt 70 % van het laatst verdiende loon, voor zover het loon niet meer bedraagt dan het maximum dagloon. Voor de eerste 52 weken geldt dat de loondoorbetaling nooit minder kan zijn dan het wettelijk minimum loon.³ Voor het tweede ziektejaar is de ondergrens van het minimumloon niet meer van toepassing. Over welk pensioengevend loon de pensioenopbouw wordt voortgezet is afhankelijk van de bepalingen die zijn opgenomen in de pensioen- en uitvoeringsovereenkomst.⁴ Fiscaal is het toegestaan dat de pensioenopbouw tijdens ziekte onverminderd wordt voortgezet zonder de loonverlaging.⁵

Het uitlooprisico ziet op de deelnemer die voor het verstrijken van de wachttijd van 104 weken zijn deelnemerschap in de betreffende pensioenregeling verliest. Op grond van het uitlooprisico bestaat voor de deelnemer dan toch recht op PVI na afloop van de WIA-wachttijd. Dit zal zich voornamelijk voordoen bij werknemers met een tijdelijk contract, bij faillissement van een onderneming of bij premievrij maken van de uitvoeringsovereenkomst gedurende de wachttijd (dit laatste bijvoorbeeld als gevolg van collectieve beëindiging of wijziging van de pensioenregeling). Het uitlooprisico is nodig omdat in het Convenant is afge-

sproken dat de deelnemer die op de dag van deelname aan de regeling niet of niet volledig in staat is de bedongen arbeid te verrichten, niet verzekerd is voor het arbeidsongeschiktheidsrisico. Een voordeel bij het uitlooprisico is dat een toename van de arbeidsongeschiktheid bij een werknemer die is overgestapt naar een andere pensioenuitvoerder wordt gedekt door de pensioenuitvoerder waar de werknemer deelnemer was op het moment van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid. Over wat onder 'arbeidsongeschiktheid' moet worden verstaan kunnen partijen van mening verschillen.⁶ De meeste uitvoerders hanteren als eerste ziekte dag de dag die het UWV vermeldt op de beschikking. Welke pensioenregeling wordt voortgezet is afhankelijk van de voorwaarden die de uitvoerder stelt. Dit kan de pensioenregeling zijn bij aanvang van de arbeidsongeschiktheid op de eerste ziekte dag van de deelnemer, de regeling zoals deze luidt na 104 weken, of de pensioenregeling die van toepassing is op het moment dat de uitvoeringsovereenkomst is beëindigd. In de meeste gevallen wordt aansluiting gezocht bij de regeling op de eerste ziekte dag van de deelnemer. Dat sluit immers ook goed aan bij het in- en uitlooprisico van het Convenant. Door de inwerkingtreding van de Wtp zullen veel nieuwe pensioencontracten worden gesloten in combinatie met beëindiging en premievrijmaking van de bestaande uitvoeringsovereenkomst. Dat zal ook leiden tot de nodige wisselingen in pensioenuitvoerders. Kortom, het uitlooprisico zal de komende jaren zeer regelmatig in beeld komen.

Arbeidsongeschikte deelnemers vallen tussen wal en schip

PREMIEVRIJSTELLING BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID ONDER DE WTP

In artikel 220ha Pensioenwet is specifiek overgangsrecht opgenomen voor premievrije voorzetting van de pensioenregeling bij arbeidsongeschiktheid bij een verzekeraar. Deze bepaling maakt het mogelijk om pensioenaanspraken te blijven verwerven in een uitkeringsovereenkomst, kapitaalovereenkomst of premieovereenkomst zoals dat onder het oude stelsel mogelijk was. Daarbij gelden de volgende voorwaarden:⁷

- het verwerven van pensioenaanspraken bij een verzekeraar mag worden voortgezet als dit het gevolg is van premievrije voortzetting vanwege arbeidsongeschiktheid waarbij zowel de eerste ziekte dag als ook het doorlopen van de wachttijd

3 Art. 7:629 lid 1 BW.

4 Dekkers, C, De zieke werknemer en zijn pensioenopbouw, P&P 2019, nr. 1.

5 Art. 10b Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.

6 Hof Amsterdam, 16 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:750.

7 Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 15, p. 12.

- (veelal 104 weken) onder het oude pensioenstelsel heeft plaatsgevonden;
- de premievrije voortzetting vanwege arbeidsongeschiktheid moet zijn ingegaan voor het tijdstip dat de werkgever overgaat op uitvoering van een Wtp-pensioenregeling, en
 - het verwerven van pensioenaanspraken bij een verzekeraar mag ook worden voortgezet als dit het gevolg is van premievrije voortzetting vanwege arbeidsongeschiktheid waarbij de deelnemer ziek uit dienst treedt onder het oude pensioenstelsel en de wachttijd plaatsvindt na de uitdiensttreding. Dit geldt alleen als op het moment van uitdiensttreding de werkgever nog geen Wtp-regeling voor deze deelnemer heeft ingevoerd.

Oftewel, is de arbeidsongeschikte werknemer deelnemer geworden in een Wtp-regeling, dan vervalt het recht op premievrije voortzetting van de oude pensioenregeling.

Opvallend is dat deze bepaling pas in de Tweede Nota van wijziging is opgenomen. Gesteld wordt dat zonder deze bepaling afspraken in de overeenkomst niet geëerbiedigd kunnen worden. Dit is in het verleden niet anders geweest. Denk aan de introductie van het Witteveenkader en de Wet VPL. Destijds is daar ook het fiscale kader gewijzigd. Bij wijziging van de fiscale regels geldt als hoofdregel dat bestaande pensioenregelingen worden aangepast. Dit geldt ook voor pensioenregelingen waarbij de premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid al is ingegaan.⁸ Door de Staatssecretaris van Financiën is sinds de introductie van het Witteveenkader bewilligend beleid uitgevoerd ten aanzien van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, uitgevoerd door een verzekeraar waarbij het recht op premievrijstelling is ingegaan. In verschillende fiscale besluiten is de aanwijzing opgenomen die PVI faciliteerden conform het vóór de fiscale wetswijziging geldende fiscale kader.⁹ Dit beleid is nu opgenomen in artikel 220ha Pw.

Zowel bij de parlementaire behandeling van introductie van het Witteveenkader, de Wet VPL als de Wtp wordt de noodzaak van het begunstigend beleid beschreven:

“De omvang van de voortgezette pensioenopbouw staat op dat moment in beginsel vast en kan niet meer zonder instemming van alle betrokken partijen worden aangepast. Deze situatie doet zich met name bij verzekeraars voor, indien de polisvoorwaarden van het verzekerde risico – de premievrijstelling van voortgezette

*pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid – niet meer zonder instemming van alle betrokken partijen gewijzigd kunnen worden nadat dit risico is ingetreden. De verzekeringsovereenkomst is dan met andere woorden civielrechtelijk definitief geworden.”*¹⁰

*“In de verzekeringsovereenkomst (inclusief de polisvoorwaarden) is veelal bepaald dat de arbeidsongeschikte (ex)werknemer een rechtstreeks op de verzekeraar vorderbaar recht heeft op voortzetting van de betaling van overeengekomen premiebedragen voor pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid. Dit betekent dat in de gevallen waarin de premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid al is ingegaan, de verplichtingen van de verzekeraar en de premierechten van de arbeidsongeschikte (ex)werknemer vaststaan en niet zonder instemming van de (voormalige) werkgever, (ex)werknemer en verzekeraar aangepast kunnen worden.”*¹¹

Het begunstigend beleid is met de komst van de Wtp omgezet in wetgeving. Dit is niet alleen vastgelegd in artikel 220ha Pw, maar ook in artikel 38c van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet Lb). De voorwaarden overgangsrecht PVI in artikel 38c Wet Lb komen overeen met artikel 220ha Pw.

WAAROM IS HET NU ANDERS?

Bij Witteveen en VPL betrof het puur fiscale wetgeving. Nu is ook de Pensioenwet aangepast waarbij onder meer het karakter van pensioen is gewijzigd. Alleen de leeftijdsonafhankelijke premieovereenkomst is nog mogelijk, tenzij gebruik wordt gemaakt van het overgangsrecht progressieve premie.¹² Uitkeringsovereenkomsten zoals middelloon en eindloon zijn niet langer mogelijk.¹³ Zonder overgangsrecht is het handhaven van een uitkeringsovereenkomst voor een arbeidsongeschikte deelnemer die recht heeft op PVI dus niet mogelijk.¹⁴

PREMIEVRIJSTELLING BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID EN HET FISCALE AANPASSINGSMECHANISME

Waar tot op heden bij een verzekerde pensioenregeling een ingegane premievrijstelling dus ongewijzigd kon worden voortgezet, is dit onder de Wtp niet meer mogelijk. Tot de Wtp hadden fiscale wijzigingen nadien geen invloed op de reeds ingegane premievrije voorgesette pensioenregelingen. De reden hiervoor is al eerder beschreven. Het gaat om het nakomen van een contractuele verplichting die niet meer gewijzigd kan worden.¹⁵ De verzekeraar is verplicht de afspraken die zijn vastgelegd in de uitvoer

10 Kamerstukken I, 2006/07, 30 655, C, p. 8-10.

11 Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 15, p. 12.

12 Art. 220e Pw.

13 Een uitzondering hierop is de premie-uitkeringsovereenkomst bij een verzekeraar. Art. 10c Pw.

14 Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 15, p. 12.

15 Art. 5 Pw jo. Art. 7:977 lid 1 BW.

8 Besluit van 11 december 2018, nr. 2018-28514, onderdeel 3.2 (vervallen).

9 Besluit van 9 januari 2004, nr. CPP2003/1821M (vervallen). Besluit van 23 juni 2014, nr. BLKB2014/0351M (vervallen). Besluit van 11 december 2018, nr. 2018-28514 (vervallen).

ringsovereenkomst na te komen. De verzekeraar heeft zich contractueel gebonden de overeengekomen pensioenregeling voort te zetten indien zich de arbeidsongeschiktheid voordoet. De verzekeraar heeft hiervoor tenslotte ook risicopremie ontvangen. Met de introductie van de Wtp is hier verandering in gebracht. In artikel 18a lid 6 en lid 7 is het fiscale aanpassingsmechanisme opgenomen. Voor het overgangsrecht progressieve premie geldt dit mechanisme ook.¹⁶ Eens in de vijf jaar wordt de fiscale premiegrens aangepast. Voor het eerst in 2037, tenzij het netto reële rendement wijzigt waardoor de premiegrens met meer dan vijf procentpunt stijgt of daalt. Nu bedraagt de fiscaal maximale premiegrens 30 %. Het bijbehorende rendement is het cohort 1,25 % tot 1,50 %. Is het rendement meer dan 4 % dan wordt de ondergrens bereikt van 13 %. Bedraagt het netto reële rendement minder dan 0,25 % dan wordt de bovengrens van 48 % bereikt.¹⁷ Dit fiscale aanpassingsmechanisme geldt ook voor de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid die is ingegaan.¹⁸ Deze bepaling zal in de pensioenovereenkomst moeten zijn opgenomen. Stijgt het netto reële rendement, dan daalt de fiscale maximale premie. Daalt het netto reële rendement, dan stijgt de fiscale maximale premie. De wetgever overweegt hierover:

“Voor een deelnemer die arbeidsongeschikt wordt in het nieuwe pensioenstelsel en een premievrijstelling vanwege invaliditeit ontvangt, zal ook het fiscale maximum gelden. De premie inleg op grond van deze premievrijstelling zal in de toekomst meebewegen met de maximale premie via een aanpassingsmechanisme. Het wettelijke aanpassingsmechanisme werkt overigens twee kanten op waarbij de maximale premie naar beneden kan worden gesteld maar ook naar boven. Partijen zullen dit in ogenschouw moeten nemen in de pensioenovereenkomst, het pensioenreglement en de verzekeringsovereenkomst en bezien wat zij afspreken, voor zowel bijstellingen naar beneden als naar boven.”¹⁹

Wij vermoeden dat in de praktijk werkgevers de premie niet gaan verhogen als het netto reële rendement daalt. Daarentegen daalt het percentage wel als het netto reële rendement te hoog is en de premie niet meer binnen de fiscale kaders past. De werkgever loopt het risico dat de pensioenovereenkomst die niet goed geformuleerd is niet automatische van daling mag uitgaan (zonder enige compensatieplicht). Wij zijn erg benieuwd met welke producten verzekeraars komen voor het verzekeren van de PVI onder het Wtp regime. En natuurlijk ook hoe de risicopremie wordt bepaald voor het risico dat de premie na ingang van de PVI tussentijds aangepast kan worden.

16 Art. 38r lid 2 Wet Lb.

17 Art. 18a lid 6 en lid 7 Wet Lb.

18 Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 3, p. 142.

19 Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 15, p. 12.

EEN ARBEIDSONGESCHIKTE WERKNEMER TIJDENS DE TRANSITIEPERIODE

Op grond van de Wtp dienen bestaande pensioenregelingen uiterlijk 1 januari 2028 aangepast te zijn aan de bepalingen van de Wtp. De werkgever heeft gedurende de transitieperiode hiervoor de tijd. Bij pensioenfondsen wordt de leeftijdsafhankelijke pensioenregeling (middelloonregeling of stijgende premieregeling) omgezet in een leeftijdsonafhankelijke premieregeling (vlakke premieregeling). Bestaande pensioenaanspraken en pensioenrechten worden via het invaren eveneens omgezet. Bij verzekerde pensioenregelingen zullen de bestaande pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst niet voldoen aan de Wtp. Omdat hier geen collectieve ‘verplichte’ waardeoverdracht van bestaand pensioen plaatsvindt, vermoeden wij dat pensioenverzekeraars (ook PPI) nieuwe pensioencontracten willen afsluiten. De bestaande uitvoeringsovereenkomst wordt beëindigd en de pensioenregeling wordt premievrij voortgezet. Ook als de werkgever kiest voor het overgangsrecht progressieve premie zal de pensioenuitvoerder waarschijnlijk een nieuwe uitvoeringsovereenkomst aangaan.²⁰

Tijdens de transitie van de bestaande pensioenregeling naar een Wtp-pensioenregeling kan een aantal situaties zich voordoen met betrekking tot de arbeidsongeschikte werknemer. Zoals eerder beschreven beperken wij ons tot de verzekerde pensioenregeling of de regeling die wordt uitgevoerd bij een PPI. Dit zijn:

- a De werknemer is ziek geworden toen hij deelnemer was in het oude contract. Nog voor de invoering van de Wtp-regeling is de wachttijd PVI van 104 weken verstreken.
- b De werknemer is ziek geworden toen hij deelnemer was in het oude contract. Tijdens de wachttijd PVI heeft de werkgever een Wtp-regeling ingevoerd.
- c De werknemer is ziek geworden toen hij deelnemer was in het oude contract. Nog tijdens de wachttijd PVI en invoering Wtp-regeling is de dienstbetrekking beëindigd.

Op basis van artikel 220ha Pw en artikel 38c Wet Lb heeft de arbeidsongeschikte deelnemer alleen recht op voorzetting van de oude pensioenregeling in de situatie a en c. Het recht op premievrijstelling is ingegaan voordat de werkgever een Wtp-regeling heeft toegezegd waarin hij deelnemer was.

GEVOLGEN EN AANBEVELINGEN

De werkgever met een verzekerde pensioenregeling waarbij het uitlooprisico is gedekt, loopt bij de transitie naar een Wtp-regeling de nodige risico's voor zijn arbeidsongeschikte werknemer. Dit geldt ook voor de verzekeraar die contractueel met de deelnemer heeft vastgelegd dat het recht op PVI bestaat zodra de deelnemer ziek wordt tijdens de contractduur. Deze deelnemer heeft

20 Art. 220e Pw.

recht op premievrije voorzetting van de (oude) regeling (uitlooprisico). De wettelijke bepalingen maken dit mogelijk, tenzij de arbeidsongeschikte deelnemer tijdens de wachttijd is gaan deelnemen in een Wtp-regeling. Dan vervalt de mogelijkheid van voortzetting van de oude regeling. Als dan het inlooprisico in de Wtp-regeling niet is gedekt zal de deelnemer zonder pensioenopbouw komen te zitten. Immers, deelname in de oude regeling is volgens het overgangsrecht niet mogelijk. Hij zal in deze situatie zijn werkgever (pensioenovereenkomst) en de verzekeraar (uitvoeringsovereenkomst) aansprakelijk stellen en houden aan de oorspronkelijk overeengekomen dekking van PVI in het kader van het uitlooprisico. Als de verzekeraar deze verplichting nakomt zal dit fiscaal betekenen dat de pensioenregeling onzuiver wordt. De waarde van de pensioenregeling van de deelnemer wordt als loon uit vroegere dienstbetrekking belast. Daarnaast is de deelnemer 20 % revisierente verschuldigd.

Voornoemd knelpunt kan voorkomen worden door de huidige wettelijke bepaling van artikel 220ha Pw en artikel 38c Wet Lb zodanig te wijzigen dat het recht op uitlooprisico conform het Convenant kan worden uitgeoefend. Bijvoorbeeld door in de wettekst aansluiting te zoeken bij de regeling waar de arbeidsongeschikte deelnemer in deelnam op de eerste ziektedag. Een overstap naar een Wtp-regeling gedurende de WIA-wachttijd maakt dan dus voor de toepassing van het overgangsrecht niet uit. Ook dan kan voortzetting in de oude regeling geëerbiedigd worden.

Zo wordt voorkomen dat arbeidsongeschikte deelnemers tussen wal en schip vallen en geen pensioen meer opbouwen, minder pensioen opbouwen of niet in aanmerking komen voor compensatie vanuit de Wtp-regeling omdat dit is vormgegeven in extra loon. Door de wet aan te passen conform het Convenant worden schrijnende gevallen vermeden en kunnen verzekeraars de dekkingssystematiek die zij nu hanteren ongewijzigd laten.

Werkgevers met arbeidsongeschikte deelnemers zullen wachten met de transitie

DE HUIDIGE BEPALING VAN ARTIKEL 220HA PW EN ARTIKEL 38C WET LB BLIJFT BESTAAN

Als de wettelijke bepalingen inhoudelijk niet worden gewijzigd, wordt het voor de pensioenuitvoerder niet mogelijk dekking te geven aan het uitlooprisico zodra de arbeidsongeschikte deelnemer tijdens de wachttijd pensioen opbouwt in een Wtp-regeling. Ook al is dit opgenomen in de pensioen- en uitvoeringsovereen-

komst. Toch zal de arbeidsongeschikte deelnemer nakoming eisen van de PVI bij de pensioenuitvoerder indien voldaan wordt aan de voorwaarden van het uitlooprisico. Contractueel is de dekking van het uitlooprisico door partijen vastgelegd in de pensioen- en uitvoeringsovereenkomst.

De werkgever kan in de wetenschap dat het uitlooprisico niet langer is gedekt wachten met de transitie naar de Wtp-regeling tot de werknemer weer arbeidsgeschikt is of wachten tot de wachttijd van 104 weken verstreken is. Is dit niet mogelijk, bijvoorbeeld doordat de fatale datum van 31 december 2027 nadert of om een andere reden, dan zal de werkgever met de pensioenuitvoerder in overleg moeten treden om alternatieven te bespreken. Bijvoorbeeld om het inlooprisico alsnog te dekken in de Wtp-regeling. Daarbij is de kans dat de pensioenuitvoerder het inlooprisico dekt klein als de vorige pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder loopt. Deze optie zal bespreekbaar kunnen worden als geen sprake is van een switch in pensioenuitvoerder. De minste schade treedt op als de werkgever een premiestaffel heeft die bij dezelfde pensioenuitvoerder wordt gecontinueerd via het overgangsrecht.²¹ Dit verzacht de pijn voor de arbeidsongeschikte deelnemer. Daarbij mag echter niet vergeten worden dat de deelnemer waarbij het uitlooprisico is gedekt, en voldoet aan de voorwaarden, de mogelijkheid heeft hier ook een beroep op te doen. Het wordt anders als de werkgever een middelloonregeling heeft, of een premiestaffel voert waarbij de transitie wordt gemaakt naar een vlakke premie. Een arbeidsongeschikte deelnemer zal dan niet snel instemmen met een wijziging. De Wtp-regeling kan kwalitatief minder zijn dan de oude pensioenregeling. De kans op instemming wordt nog kleiner als de arbeidsongeschikte deelnemer niet gecompenseerd wordt.

De arbeidsongeschikte deelnemer die zonder welbewuste instemming toch overgaat naar de Wtp-regeling zal in dat geval de schade proberen te verhalen. Deze schade zal toenemen als de Wtp-regeling geen pensioencompensatie kent. De schade kan dus beperkt worden als de werkgever gekozen heeft voor het overgangsrecht progressieve premies waarbij het mogelijk is het inlooprisico te verzekeren. In veel gevallen kan dit alleen als de werkgever bij dezelfde uitvoerder blijft. Om alsnog instemming van de arbeidsongeschikte deelnemer te krijgen kan de werkgever, die naar een vlakke premie overstapt, overwegen de compensatie voor de arbeidsongeschikte deelnemer in pensioen te doen. Dit is alleen mogelijk als de uitvoerder het inlooprisico dekt en bereid is voor één deelnemer een uitzondering te maken. De kans hierop lijkt ons klein.

21 Art. 220 e Pw jo. Art. 38r Wet Lb.

Bij een overstap naar een Wtp-regeling mag niet vergeten worden dat in de Wtp-regeling het fiscale aanpassingsmechanisme van toepassing is. Een stijging van het reële rendement kan een verlaging van de premiestaffel van artikel 38r Wet Lb tot gevolg hebben.²² Dit fiscale mechanisme blijft ook van toepassing als de pensioenregeling tijdens arbeidsongeschiktheid wordt voortgezet. Ook de wijze van compensatie die eventueel van toepassing is, speelt voor de arbeidsongeschikte deelnemer een rol. De deelnemer die tijdens de Wtp-regeling arbeidsongeschikt wordt, heeft ook recht op compensatie bij PVI als dit in de vorm van extra pensioenaanspraken plaatsvindt. Dit geldt niet als dit gebeurt in extra salaris.

“Deelnemers aan pensioenregelingen bij een verzekeraar hebben bij arbeidsongeschiktheid een rechtstreeks op de verzekeraar verderbaar recht op voortzetting van de betaling van overeengekomen premiebedragen voor pensioenopbouw. Dergelijke aanspraken van arbeidsongeschikten worden in de regel niet tussentijds aangepast, ook niet als het gaat om compensatie.”²³

OPLOSSING SCHOUTEN

Het specifieke knelpunt dat we in deze bijdrage schetsen is onder de aandacht gebracht bij het Ministerie van SZW. In de Verzamelbrief aan de Kamer van 9 november 2023 heeft demissionair minister Schouten toegezegd zich in te spannen om het overgangsrecht te verruimen om het knelpunt weg te nemen. Het knelpunt plaatst zij in de Kamerbrief nadrukkelijk in de context van een wisseling van pensioenuitvoerder. Zij wil een oplossing om te borgen dat er geen arbeidsongeschikte deelnemers tussen wal en schip vallen. Zij voegt daaraan echter wel toe:

“Voor de volledigheid merk ik op dat een dergelijke verruiming niet verplicht wordt. Het overgangsrecht zal de bevoegdheid geven om hier tussen werkgever, werknemer en verzekeraar afspraken over te maken.”

Het wettelijke uitgangspunt van het overgangsrecht lijkt hiermee dus niet te veranderen. Er lijkt alleen ruimte voor maatwerk te worden geboden. Hoe dit verder wordt uitgewerkt in wet- of regelgeving en of dit beperkt wordt tot de situatie van wisseling van pensioenuitvoerder, moeten we afwachten.

Met name dit laatste is interessant. Gerealiseerd dient te worden dat dit knelpunt ook aan de orde kan of zal komen op het moment dat er geen sprake is van een wisseling van pensioenuitvoerder. Zo zijn ons verzekeraars bekend die ook zonder switch van pensioenuitvoerder bij de overgang naar een nieuwe pensi-

oenregeling dekking van het inlooprisico in die nieuwe regeling weigeren. Dit bijvoorbeeld vanuit de definitiebepalingen in het pensioenregeling of het beëindigen van de (oude) uitvoeringsovereenkomst.

Wij zouden daarom graag een ander (standaard) uitgangspunt in de formulering van het wettelijk overgangsrecht zien. Zoals gezegd door aansluiting te zoeken bij de situatie zoals die is op het moment van de eerste arbeidsongeschiktheidsdag. Zolang de bepalingen niet gewijzigd worden vermoeden wij dat werkgevers met arbeidsongeschikte deelnemers wachten met de transitie tot de fatale datum van 31 december 2027.

CONCLUSIE

Het overgangsrecht premievrije voortzetting verzekeraar sluit niet goed aan op het uitlooprisico zoals beschreven in het Convenant. Arbeidsongeschikte werknemers die tijdens de wachttijd van 104 weken gaan deelnemen aan een Wtp-regeling lopen het risico geen voortzetting van pensioenopbouw meer te krijgen. Enerzijds doordat het inlooprisico in het nieuwe contract niet verzekerd is en anderzijds doordat het uitlooprisico dat verzekerd was dankzij de wettelijke bepalingen niet meer uitgevoerd mag worden. Dit zal leiden tot de nodige juridische procedures waarbij de ex-deelnemer de werkgever en/of pensioenuitvoerder aansprakelijk zal stellen voor de geleden schade. Het risico hierop neemt toe, omdat alle verzekerde pensioenregelingen aangepast moeten worden. De wetgever doet er goed aan om het artikel van het overgangsrecht fundamenteel te wijzigen en wel op zodanige wijze dat dekking van het uitlooprisico binnen de context van het Convenant uitvoerbaar blijft. Tot die tijd is het opletten geblazen. Bij de transitie naar een Wtp-regeling doen partijen er goed aan te beoordelen of de inloop- en uitloopbepalingen van de regelingen aansluiten bij de feitelijk gewenste situatie.

Arbeidsongeschikte deelnemers weigeren instemming met Wtp-regeling

22 Art. 38r Lid 2 Wet Lb.

23 Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 3, p. 109.