

Prof. Dr. Erik Lutjens - Hoogleraar Pensioenrecht – Fac.
Rechtsgeleerdheid
De Boelelaan 1105 - 1081 HV Amsterdam - Tel 020 5986268 -
mobiel 06 52 418408 - fax 020 5986280 -
e-mail e.lutjens@rechten.vu.nl of eriklutjens@hetnet.nl -
www.rechten.vu.nl/expertisecentrum

| | |
|----------------------|------------|
| GRIFFIE EERSTE KAMER | |
| NR. | 140.444.05 |
| RUB. | XV |
| DATUM | 8 MEI 2008 |
| KOPIE | SZW |
| VERW. | |

**Aan Eerste Kamer der Staten Generaal
T.a.v. de voorzitter en leden van de vaste
Commissie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
Postbus 20017
2500 EA Den Haag**

Betreft: Wetsvoorstel houdende Aanpassingswet Pensioenwet, kamerstuk 31 226
Datum: 6 mei 2008

Zeer geachte Dames en Heren,

Bij u is in behandeling het wetsvoorstel onder nr. 31 226 houdende enige aanpassingen in de Pensioenwet. Onderdeel van dat wetsvoorstel is een voorgestelde aanvulling van artikel 2 Pensioenwet met een lid 7, op grond waarvan de minister de bevoegdheid krijgt om een loonaanvullingsuitkering of een vervolgutkering als bedoeld in artikel 60, eerste lid, van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen die geen arbeidsongeschiktheidspensioen zijn als bedoeld in artikel 1 Pensioenwet, toch als arbeidsongeschiktheidspensioen aan te wijzen. Deze aanvulling is bedoeld om pensioenfondsen zogeheten WGA-hiaat verzekeringen te laten uitvoeren, voor zover deze verzekeringen aan nader te bepalen eisen voldoen. Die eisen zijn (voorlopig) opgenomen in een concept van een AMvB ter zake (kamerstuk 31 226, nr. 25, bijlage).

Brieven Verbond van Verzekeraars en Kalkman

Omtrent dit voorstel hebben het Verbond van Verzekeraars en Prof. Kalkman u geschreven bij brieven van 1 februari 2008 resp. 7 februari 2008 (de brieven zijn gevoegd als bijlage bij kamerstuk 31 226, nr. C).

De kern en strekking van die brieven is het standpunt dat het voorgestelde artikel 2, lid 7 Pensioenwet in strijd is met EG-richtlijn 2003/41, de zogenaamde pensioenfondsenrichtlijn, omdat de bedoelde WGA-hiaat verzekeringen – in de woorden uit de brief van Kalkman - een “belangrijke werkloosheidscomponent” bevatten en niet de dekking van “in de persoon gelegen omstandigheden” zouden betreffen. Daarbij wijst Kalkman er op dat de pensioenfondsenrichtlijn zou eisen dat pensioenfondsen slechts uitkeringen gerelateerd aan in de persoon gelegen omstandigheden (kunnen en mogen) verrichten. Kalkman merkt op dat de richtlijn “in dat verband” spreekt over de dekking van biometrische risico’s.

Aangezien het standpunt van het Verbond en van Prof. Kalkman van een – wel erg – eenzijdige en daardoor onjuiste benadering getuigen omtrent deze problematiek, wil ik u het volgende ter zake deze problematiek berichten.

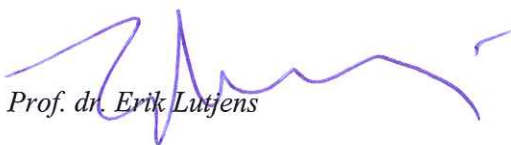
Reactie

1. Allereerst lijkt het mij goed te duiden waarover wij spreken bij een WGA-hiaat (waarmee de bedoelde WGA-hiaat verzekeringen dan in verband staan). Het gaat hier om uitkeringen die een aanvulling geven op de WGA-uitkeringen zoals die ingevolge de WIA (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen) worden toegekend aan personen die arbeidsongeschikt zijn, maar niet duurzaam en volledig arbeidsongeschikt;
2. Deze vaststelling maakt al direct duidelijk dat de WGA-uitkeringen worden toegekend aan personen die arbeidsongeschikt zijn en wel wegens hun arbeidsongeschiktheid. Artikel 54 WIA spreekt weliswaar over arbeidsgeschiktheid, maar dat houdt slechts verband met de structuur van de WIA. Dat artikel 54 bepaalt dat recht op een WGA-uitkering heeft de verzekerde indien hij gedeeltelijk **arbeidsgeschikt** is. Daarmee is uiteraard niet tot uitdrukking gebracht dat recht op de WGA-uitkering bestaat wegens het arbeidsgeschikt zijn. De persoon die gedeeltelijk arbeidsgeschikt is, is ook gedeeltelijk arbeidsongeschikt, waaraan niet afdoet dat de WIA de WGA-uitkering als werkhervattingsuitkering omschrijft. Diverse wetsartikelen over de WGA-uitkering spreken immers over de **mate van arbeidsgeschiktheid**, daarmee duidende dat dit de pendant is van de mate van arbeidsgeschiktheid. Zo spreekt artikel 61 lid 6 en lid 7 van de WIA in relatie tot de hoogte van de WGA-uitkering met zoveel woorden over “de arbeidsgeschiktheid” en een “wijziging in de mate van arbeidsgeschiktheid” waaraan de hoogte van de WGA-uitkering is gekoppeld;
3. Het stelsel van de WIA houdt in dat de WGA-uitkering bestaat uit een tijdelijke loongerelateerde uitkering en vervolgens afhankelijk van de mate waarin verdien capaciteit wordt benut een loonaanvullingsuitkering of een vervolguutkering. De loongerelateerde uitkering bedraagt een percentage van het dagloon, waarbij rekening wordt gehouden met het inkomen uit werken. Indien niet de volledige verdien capaciteit wordt benut, is in de loongerelateerde uitkering een deel werkloosheidsrisico begrepen. Er is een hogere loongerelateerde uitkering wanneer men de verdien capaciteit minder benut. De loonaanvullingsuitkering varieert in hoogte naar de mate waarin de verdien capaciteit wordt benut. Er is een hogere loonaanvullingsuitkering bij dezelfde mate van arbeidsgeschiktheid alleen wanneer en omdat men meer werkt;
4. Die systematiek zou een probleem kunnen opleveren bij de vormgeving van het aanvullend arbeidsgeschiktheidspensioen (waaronder begrepen het WIA-hiaat), wanneer namelijk de hoogte van dat aanvullend pensioen varieert met de mate van benutting van de verdien capaciteit onder een gelijkblijvende mate van arbeidsgeschiktheid;
5. Dat is echter niet de vormgeving die aanwezig is bij de bekende WIA-hiaat verzekeringen. Deze plegen uitsluitend gekoppeld te zijn aan de mate van arbeidsgeschiktheid en ondervindt de hoogte van de uitkering bij gelijkblijvende arbeidsgeschiktheid geen wijziging door het meer of minder benutten van de verdien capaciteit. De invulling waarbij de hoogte van het aanvullend arbeidsgeschiktheidspensioen alleen is gekoppeld aan de mate van arbeidsgeschiktheid, houdt alleen rekening met de mate van arbeidsgeschiktheid en niet met andere factoren rekening. Alleen een wijziging van de mate van arbeidsgeschiktheid wijzigt dan de hoogte van de uitkering;
6. Het concept van een voorgestelde AMvB om uitwerking te geven aan het nieuwe artikel 2 lid 7 Pensioenwet heeft uitsluitend betrekking op een aanvulling op een loonaanvulling- of vervolguutkering in de zin van de WIA en bepaalt dat er sprake is van

arbeidsongeschiktheidspensioen indien de uitkering niet varieert met inkomsten uit arbeid. Een dergelijke invulling koppelt de uitkering dan aan alleen aan de mate van arbeidsongeschiktheid;

7. Dat is een invulling die reeds valt onder de omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheidspensioen in de zin van artikel 1 Pensioenwet. Een AMvB is daarvoor in het geheel niet nodig. Het kan echter geen kwaad, gezien de discussie om “gewenste helderheid” te bieden, zoals de toelichting op de concept van de AMvB het verwoordt;
8. Deze invulling van het begrip arbeidsongeschiktheidspensioen is (ook) in geen enkel opzicht strijdig te achten met de pensioenfondsenrichtlijn 2003/41. Een pensioenuitkering omschrijft de richtlijn als uitkering bij arbeidsongeschiktheid. Een dergelijke pensioenuitkering mag een pensioenfonds gewoonweg uitvoeren (artikel 6 onder d en artikel 7 richtlijn). En van een uitkering “bij” arbeidsongeschiktheid is ontegenzeggelijk sprake in geval de WIA-hiaat verzekering alleen is gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid. De enige grond en reden voor toekenning van de uitkering is namelijk de (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid van de werknemer;
9. Er valt daarom niet in te zien dat en waarom de pensioenfondsenrichtlijn in de weg zou staan aan de uitkering van bedoelde WGA-aanvullingen door pensioenfondsen;
10. Kalkman wijst er op dat de pensioenfondsenrichtlijn spreekt over dekking van biometrische risico's en dat de richtlijn daaronder verstaat risico's in verband met overlijden en arbeidsongeschiktheid. Daar spreekt de richtlijn inderdaad over in artikel 6 onder h. Dat doet de richtlijn echter in het geheel niet in het verband van de definitie van pensioenuitkering zoals Kalkman stelt, laat staan dat hieruit zou blijken dat de wegens arbeidsongeschiktheid toegekende WGA-aanvulling geen pensioen in de zin van de richtlijn zou zijn. De richtlijn spreekt uitsluitend over biometrische risico's in verband de door pensioeninstellingen aan de te houden technische voorzieningen en het eigen vermogen als bedoeld in artikel 15 en 17 van de richtlijn

Conclusie: de argumentatie van het Verbond van Verzekeraars en Kalkman is onjuist. Er is geen argument waarom de WGA-aanvullingen waarbij de uitkering uitsluitend aan de mate van arbeidsongeschiktheid is gekoppeld, niet door pensioenfondsen uitgevoerd zouden mogen worden en zeker de pensioenfondsenrichtlijn verzet zich daar niet tegen.


Prof. dr. Erik Lutjens

Prof. Dr. Erik Lutjens - Hoogleraar Pensioenrecht – Fac.
Rechtsgeleerdheid – Expertisecentrum Pensioenrecht
De Boelelaan 1105 - 1081 HV Amsterdam - Tel 020 5986268 -
mobiel 06 52 418408 - fax 020 5986280 -
e-mail e.lutjens@rechten.vu.nl of eriklutjens@hetnet.nl -
www.rechten.vu.nl/expertisecentrum

**Aan Eerste Kamer der Staten Generaal
T.a.v. de voorzitter en leden van de vaste
Commissie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
Postbus 20017
2500 EA Den Haag**

**Betreft: Wetsvoorstel houdende Aanpassingswet Pensioenwet, kamerstuk 31 226
(gecorrigeerde versie)**
Datum: 23 april 2008

Zeer geachte Dames en Heren,

1. Bij u is in behandeling het wetsvoorstel onder nr. 31 226 houdende enige aanpassingen in de Pensioenwet. Een onderdeel van dat wetsvoorstel betreft de aanpassing van de regeling inzake de rechtsgevolgen van de overgang van een onderneming in artikel 7:664 Burgerlijk Wetboek aan de Pensioenwet. Over de reikwijdte van dit voorstel is in een publicatie in het Financieel Dagblad (FD) verwarring gezaaid en via vragen in het Voorlopig Verslag bouwt Uw Kamer daar op voort. Daarom reageer ik daarop met het verzoek deze brief bij uw verdere beschouwingen te betrekken.

2. Het bedoelde onderdeel betreft artikel V van het wetsvoorstel dat luidt:

ARTIKEL V

Artikel 664 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid komt onderdeel a te luiden:

a. de verkrijger met de werknemer, bedoeld in artikel 663, dezelfde pensioenovereenkomst sluit, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gesloten met zijn werknemers.

3. In publicaties in het Financieel Dagblad is gesuggereerd dat deze wijziging overnames flink duurder zou maken. In het Voorlopig Verslag heeft Uw Kamer daaromtrent het volgende aan de minister gevraagd inzake de uitleg van de voorgestelde wetswijziging:

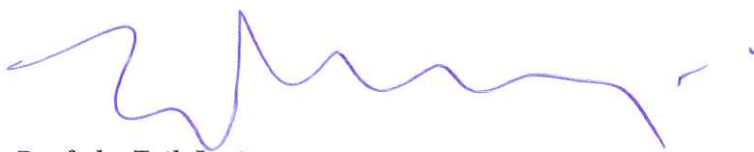
Bedoelt de minister hiermee dat de verkrijger de werknemer een aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst? De werknemer kan dan het aanbod weigeren en aanspraak blijven maken op zijn oude toezegging/zijn oude pensioenovereenkomst (zie artikel mr. F. Doornik in het FD van 7 februari jl.). Of is het de bedoeling dat de oorspronkelijke intentie gehandhaafd blijft (zie MvT 27 649, nr. 3). De verkrijger heeft een keuzerecht of de oude of de nieuwe pensioenregeling; de werknemer moet accepteren?

4. Het artikel in het FD waar in de vraagstelling aan de Minister naar wordt verwezen, berust op een onjuiste visie omtrent de werking van het huidige recht. Gesuggereerd wordt in het artikel dat thans de verkrijger van een onderneming er eenzijdig voor kan kiezen om op de overgenomen werknemers van toepassing te verklaren of de pensioenregeling van de vorige werkgever (de oude pensioenregeling) of de eigen pensioenregeling die de verkrijgende werkgever al voor zijn eigen werknemers kent (de nieuwe pensioenregeling).
5. Dat bij toepassing van de voorgestelde tekst er sprake moet zijn van de situatie dat de werkgever een pensioenovereenkomst *sluit* is duidelijk. Ook is duidelijk dat het sluiten van een overeenkomst – ook deze pensioenovereenkomst – in het Nederlandse rechtstelsel een uitvloeisel is van de contractsvrijheid en dat aanbod en aanvaarding is vereist om een overeenkomst tot stand te brengen. Dat betekent dat in beginsel de werknemer het aanbod voor de nieuwe pensioenregeling kan verwerpen. Dan blijft voor hem de oude pensioenregeling gelden.
6. Het artikel in het FD gaat nu uit van de veronderstelling dat onder het huidige recht de werkgever eenzijdig kan kiezen als onder punt 4 hiervoor bedoeld en dat de werknemer niet de mogelijkheid heeft de keuze te beïnvloeden door het aanbod voor de nieuwe pensioenregeling niet te aanvaarden. Dat is onjuist. Ook onder het huidige recht is aanvaarding door de werknemer vereist.
7. De huidige tekst is nog gebaseerd op de Pensioen- en spaarfondsenwet en formuleert dat de verkrijger van de onderneming de oude pensioenregeling (van de vorige werkgever) moet voortzetten, tenzij (voor zover hier van belang, er gelden meer uitzonderingen die thans niet van belang zijn): “de verkrijger aan de werknemer [...] *dezelfde toezegging doet*, die hij reeds voor het tijdstip van de overgang heeft gedaan aan zijn werknemers”.
8. De formulering “toezegging doet” zou dan duiden op een eenzijdig keuzerecht voor de werkgever. Die opvatting miskent echter dat de pensioentoezegging ook een tweezijdige overeenkomst is waarvoor aanbod en aanvaarding is vereist. Ook zou de opvatting dat de werkgever een eenzijdig keuzerecht heeft ernstig afbreuk doen aan de bescherming van de werknemer. Dit zal ik toelichten met de volgende argumenten:
 - *Ten eerste:* met de vervanging van het begrip pensioentoezegging uit de Pensioen- en spaarfondsenwet door het begrip pensioenovereenkomst in de Pensioenwet is geen materiële wijziging teweeggebracht zoals een en andermaal is gesteld in de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet (kamerstuk 30 413). Onderkend werd (immers) dat eenzijdige toezeggingen in het Nederlandse recht geen verbintenissen scheppen en dat de pensioentoezegging als bedoeld in de Pensioen – en spaarfondsenwet ook als overeenkomst tussen werkgever en werknemer moet worden aangemerkt;
 - *Ten tweede:* uit het Besluit pensioentoezegging gebaseerd op de Pensioen- en spaarfondsenwet blijkt het overeenkomst karakter van de pensioentoezegging duidelijk. Dat Besluit (Stb. 1997, 36) stelt in artikel 2: “Er is een toezegging omtrent pensioen indien een arbeidsverhouding bestaat of heeft bestaan tussen een werkgever en een aan zijn onderneming verbonden persoon en voor zover in deze arbeidsverhouding wordt voorzien in pensioen [...]”. In de arbeidsverhouding ligt de afspraak over pensioen dus besloten. De arbeidsverhouding is – dat zal niemand ontkennen – een tweezijdige overeenkomst tussen werkgever en werknemer;
 - *Ten derde:* de hoofdregel bij de overgang van de onderneming is dat de verkrijgende werkgever de oude pensioenregeling moet voortzetten (artikel 7:663 BW). Het oogmerk van de wetgeving is dat de bestaande arbeidsovereenkomst en daarvan een

onderdeel uitmakende pensioenovereenkomst één op één overgaan en behouden blijven voor de werknemer. Deze bescherming van de werknemer zou ernstig geschaad worden indien de werkgever er eenzijdig voor kan kiezen de oude pensioenregeling niet voort te zetten;

- *Ten vierde:* het aannemen van een eenzijdig keuzerecht voor de werkgever zou niet passen in de algemene benadering dat uitzonderingen op hoofdregels beperkt uitgelegd en toegepast moeten worden;
- *Ten vijfde:* de wet (artikel 7:664 BW) voorziet in nog een andere uitzondering op de hoofdregel. De oude pensioenregeling hoeft door de werkgever namelijk niet voortgezet te worden indien bij CAO afwijkende afspraken zijn gemaakt. Dan zijn de vakbonden betrokken en in betrokkenheid van de vakbonden werd voldoende waarborg gezien dat er een goede pensioenregeling voor de werknemers tot stand zou komen. Onder die omstandigheden werd een uitzondering op de hoofdregel van voortzetting van de oude pensioenregeling door de wetgever aanvaardbaar geacht. Met deze zo vormgegeven bescherming van de werknemers via de vakbonden staat in schril contrast de aanname dat de werkgever eenzijdig – dus zonder instemming van de werknemer, zonder dat enige vakbond daar aan te pas komt – er voor zou kunnen kiezen om de oude pensioenregeling niet voort te zetten. De regel dat via CAO afwijkende afspraken gemaakt kunnen worden, zou dan zelfs een dode letter (kunnen) worden, want waarom zou een werkgever met vakbonden gaan overleggen als hij eenzijdig kan kiezen?

9. Dat de werkgever eenzijdig kan kiezen, kan dus niet de bedoeling zijn. De werkgever moet de oude regeling voortzetten. Indien de werkgever de nieuwe pensioenregeling wil toepassen, kan dat maar niet zonder meer: dan moet hij of daarover met de individuele werknemer overeenstemming bereiken (werknemer moet aanbod aanvaarden) of met de vakbonden via een CAO.
10. Zo luidt het huidige recht en zo blijft het met de voorgestelde wetswijziging. En dat is kennelijk ook zo bedoeld in verband met de rechtsbescherming van de werknemer tegen eenzijdige keuzerechten van de werkgever.



Prof. dr. Erik Lutjens