



**Frédérique Hoppers**

Advocaat / associate partner Pensioen- & Arbeidsrecht bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. en redactielid P&P



**Geeke Hissink**

Advocaat Ambtenaren-, Arbeids- & Pensioenrecht bij Hekkelman Advocaten N.V.

Pensioen is veelal niet het favoriete onderwerp van de personeelsfunctionaris. Maar kennis hierover is wel belangrijk, bijvoorbeeld om onnodige pensioenschade te voorkomen. In een tweeluik geven we aan de hand van verschillende typen personeelsfunctionarissen belangrijke pensioentips. In dit tweede deel: vijf tips bij het beëindigen van een dienstverband.

# Pensioentips voor de personeelsfunctionaris (2)

## *Vijf tips bij het beëindigen van een dienstverband*

In het eerste deel (vanaf pagina 5) bespraken we vijf pensioentips bij het aangaan van een dienstverband. Maar ook bij het beëindigen van een dienstverband krijgt de personeelsfunctionaris te maken met verschillende pensioenkwesies.

Maak kennis met de Calculator, de Vrijbouter, de Creatieveling, de Risico-analist en de Vermijder – en vijf tips die voor hen belangrijk zijn.

### **1. DE CALCULATOR - Uit dienst & transitievergoeding**

*Reken maar dat de Calculator op pensioenvlak zeer goed van pas komt.*

Sinds 1 juli 2015 dient een werkgever een transitievergoeding te betalen als hij een dienstverband, dat twee jaar of langer heeft geduurd, niet wil voortzetten of wil beëindigen.

Deze transitievergoeding is niet verschuldigd wanneer het dienstverband eindigt omdat de werknemer de pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd bereikt of heeft bereikt.

In veel arbeidsovereenkomsten (of cao's) staat een zogenaamd pensioenontslagbeding. Als partijen een pensioenontslagbeding zijn overeengekomen, eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege – dus vanzelf – op de geldende pensioenleeftijd. Voor die pensioenleeftijd moet aansluiting worden gezocht bij een 'echte' pensioendatum (zoals de AOW-datum), wil het dienstverband ook daadwerkelijk van rechtswege eindigen.

Dezelfde redenering geldt voor het afrekenen van het dienstverband met de transitievergoeding. Een transitievergoeding is alleen niet aan de orde indien een echte, uit te leggen en objectief rechtvaardige pensioendatum wordt gehanteerd.

Daarnaast geeft de wet ook de mogelijkheid om het dienstverband op te zeggen in verband met of na het bereiken van de pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd (artikel 7:669 lid 4 BW). Deze opzegging kan plaatsvinden zonder instemming van de werknemer, of toestemming van het UWV, en ook zonder tussenkomst van de kantonrechter.

De achtergrond hiervan is dat de werkgever eenvoudiger kan besluiten een werknemer door te laten werken na pensioen. Hij kan dan later namelijk zonder al te veel gedoe en kosten (in de vorm van een transitievergoeding) opzeggen.

Aan de Hoge Raad is de vraag voorgelegd of dit niet hoeven afrekenen na een dergelijke opzegging wel eerlijk is; ook in het licht van de gelijke behandelingswetgeving. De Hoge Raad oordeelde naar aanleiding van gestelde prejudiciële vragen dat werknemers aan wie pensioenontslag wordt verleend geen recht hebben op een transitievergoeding. Deze werknemers zijn in de regel niet langer aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Er is volgens de Hoge Raad geen ruimte voor een individuele toetsing aan de hand van de specifieke omstandigheden. Het zou immers niet redelijk zijn als het risico van een eventuele karige oudedagsvoorziening op deze manier alsnog op het bordje van de werkgever komt te liggen.

Let er wel op dat het einde van het dienstverband moet samenhangen met het bereiken (of bereikt hebben) van de pensioen- of AOW-leeftijd. Wordt het ontslag om andere redenen verleend, dan zal alsnog afgerekend moeten worden. Dit zal minder snel spelen bij doorwerken na de AOW-leeftijd, maar wel in de weg daar naartoe, zo leert ook een recente uitspraak van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1845). In deze situatie werd de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid per 23 augustus 2016 opgezegd, terwijl de medewerker op 30 april 2018 zijn AOW-gerechtigde leeftijd zou bereiken. Niet alleen moest de werkgever afrekenen, maar ook nog de volledige transitievergoeding voldoen. Er geldt immers geen pensioenplafond meer en matiging was volgens de Hoge Raad ook niet aan de orde.

## Strekking van de Europese regelgeving is dat werknemers geen belemmeringen mogen ondervinden om vakantie op te nemen

### 2. DE VRIJBUITER -

#### **Uit dienst & eindafrekening; werkgeversdeel pensioenpremie over vakantiedagen**

*Een ware Vrijbouter heeft oog voor alles wat met vakantie van doen heeft.*

Bij einde dienstverband moet een eindafrekening opgemaakt worden, waarmee alles in kaart wordt gebracht wat de werkgever nog aan de werknemer verschuldigd is (en eventueel vice versa). Een vraag die dan nog wel eens opkomt, is of over eventueel nog uit te betalen vakantie-uren ook de werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie moet worden meegenomen.

Wellicht ten overvloede merken wij op dat de vakantiewetgeving grotendeels vanuit Europa wordt vormgegeven. Uit diverse Europese uitspraken blijkt dat alle loonbestanddelen die intrinsiek verband houden met de aan de werknemer opgedragen taak, moeten worden doorbetaald gedurende vakanties. In de kern is dit om ervoor te zorgen dat werknemers ook daadwerkelijk hun vakantiedagen opnemen en recupereren.

Ook de Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat bij de (uit)betaling van vakantiedagen uitgegaan dient te worden van het gehele overeengekomen loon. Maar betekent dit dan automatisch ook uitbetaling van het werkgeversdeel van de pensioenpremie? Het Europese

hof van Justitie heeft zich nog niet uitgelaten over deze vraag. De rechtbank Noord-Nederland, het hof Den Haag en de Centrale Raad van Beroep (de hoogste ambtenarenrechter) zijn van mening dat betaling van het werkgeversdeel van de pensioenpremie aan de (ex-)werknemer bij verzilvering van vakantiedagen aan de orde is. Immers, er moet uitgegaan worden van een ruim loonbegrip en de werknemer zou per saldo in een nadeliger positie worden gebracht als het werkgeversdeel niet wordt betaald bij een uitkering in geld, maar wel als de vakantiedagen in tijd worden genoten.

Recent heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden zich ook gebogen over deze vraag en het is in zijn uitspraak van 7 augustus 2018 tot een andere slotsom gekomen (ECLI:NL:GHARL:2018:7137). Volgens dit hof valt het werkgeversdeel pensioenpremie niet onder het vakantieloon. Het betreft een betaling aan een derde (de pensioenuitvoerder), en niet een vergoeding die de werkgever aan de werknemer is verschuldigd. De werknemer heeft er weliswaar recht op dat de werkgeversbijdrage wordt voldaan aan de pensioenuitvoerder, maar hij kan een betaling aan hemzelf niet afdwingen om de bijdrage voor andere doeleinden aan te wenden. Op basis hiervan viel het werkgeversdeel van de pensioenpremie niet onder de tot 1 juli 2015 geldende kantonrechtformule en evenmin onder de definitie van loon in het besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, zo voegt het hof toe.

Eerder vond toewijzing plaats met een beroep op de Europese rechtspraak. Het hof Arnhem-Leeuwarden kwam op basis hiervan tot een tegengestelde conclusie. Uit de Europese jurisprudentie volgt dat het 'normale loon' bepalend is voor de berekening van de vergoeding voor niet-opgenomen vakantie-uren bij einde van het dienstverband. Daaruit volgt niet dat het vakantieloon meer moet bedragen dan het normale loon. Indien een niet-genoten vakantiedag aan het einde van de arbeidsovereenkomst tegen een hogere vergoeding kan worden verzilverd dan het loon dat tijdens de vakantie moet worden doorbetaald, dan zou dat kunnen leiden tot prikkels om géén vakantie op te nemen. En juist dat is in strijd met het doel en de strekking van de Europese regeling, waarbij werknemers geen belemmeringen mogen ondervinden om vakantie op te nemen.

### 3. DE CREATIEVELING -

#### Uit dienst & RVU

*Een ware Creatieveling weet medewerkers zonder onnodige pensioenschade naar de finish te brengen, en komt de Belastingdienst op weg daarnaartoe niet tegen.*

Een ontslagregeling treffen met een oudere werknemer zorgt voor de nodige extra uitdagingen, maar kent ook een fors financieel risico, in de vorm van wat wij wel noemen de 'RVU-verdubbelaar'.

RVU staat voor Regeling Vervroegde Uittreding. Kort gezegd, houdt de RVU in dat als een werkgever een werknemer financieel gefaciliteerd naar de eindstreep brengt, de werkgever over deze regeling een RVU-heffing van 52% (!) moet betalen.

Stel dat een werkgever toezegt het volledige salaris ad € 50.000,- bruto gedurende 3 jaar door te betalen tot het moment dat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt én zonder dat de medewerker daarvoor hoeft te komen werken. Brengt een werkgever met een dergelijke regeling de werknemer naar zijn pensioen? Wij zouden menen van wel. Wordt de werknemer financieel gefaciliteerd? Zonder hier nu al te diep op in te gaan, ook dat is in de onderhavige situatie het geval. Gevolg? De werkgever dient over de regeling een RVU-heffing van € 78.000,- te betalen. Een heffing die je liever voorkomt - en die ook voorkomen kan worden.

Vanwege de mogelijke discussie wat nu een RVU is, eerst nog kort aandacht voor de uitspraak van de Hoge Raad van 22 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2018:958).

.....

**De realiteit is dat mensen langer moeten doorwerken, maar dat dit niet voor iedereen even makkelijk is**

.....

In deze zaak ging het om een in verband met een reorganisatie gesloten sociaal plan, waarin ook een vrijwillige vertrekregeling was opgenomen. Met deze vertrekregeling konden medewerkers per saldo overbruggen tot hun pensioen. Reden voor de Inspecteur van de Belastingdienst om de regeling als RVU te kwalificeren.

Ten onrechte, oordeelt (ook) de Hoge Raad. Bij de beoordeling of een regeling een RVU is, gaat het om de objectieve voorwaarden en kenmerken van de regeling. Waarom de werkgever de regeling aanbiedt in een specifieke situatie is niet van belang. Ook de reden(en) van een werknemer om vervolgens gebruik te maken van een dergelijke regeling is (zijn) niet relevant voor de beoordeling of sprake is van een RVU. Dit geldt ook voor de feitelijke uitstroom van werknemers en de hoogte van de feitelijk overeengekomen beëindigingsvergoedingen. Per saldo dient een objectieve toets plaats te vinden van de regeling, waarbij geen ruimte bestaat voor subjectieve overwegingen/uitkomsten.

Dit geeft ruimte. En het is ook belangrijk, want de realiteit is dat mensen langer moeten doorwerken, maar dat dit niet voor iedereen even makkelijk is. Daarnaast staan mensen te trappelen om aan de slag te gaan en het zou fijn zijn als ouderen juist wel gefaciliteerd plaats kunnen maken. Een oplossing is gevonden met de zogeheten generatieregeling, die in bepaalde sectoren uitkomst lijkt te bieden.

De generatieregeling – ook wel het seniorenverlof – geeft de mogelijkheid om minder te gaan werken tegen een weliswaar lager salaris, maar niet evenredig lager salaris, en vaak met meer dan evenredige (100%) pensioenopbouw. Bijvoorbeeld: je werkt 50% tegen 70% van je salaris, gedurende welke periode je 100% pensioen opbouwt.

Van belang is dat de werknemer wel echt over die 50% wordt ingezet. Dit kan een probleem zijn als een werknemer nog over een fors verlofsaldo beschikt, dat hij tijdens zo'n periode inzet. De gedachte dat het onredelijk is als de werknemer na afloop van de regeling zijn verlofstuwmeer nog kan verzilveren, is wel te begrijpen. Dus het opnemen van het verlofstuwmeer komt al snel aan bod. Daardoor kan de werknemer echter onder die minimale inzet van 50% schieten en kan de RVU-heffing weer in beeld komen.

Een andere manier om onder een RVU-heffing uit te komen, is de compensatie voor de beëindiging van het dienstverband in de pensioensfeer te zoeken. Kan de werknemer bijvoorbeeld na uitdiensttreding zijn pensioen vrijwillig voortzetten, of bestaat er nog fiscale ruimte waarin een eenmalige storting mag worden gedaan? Het pensioenreglement van de pensioenuitvoerder regelt dit. Als dit kan, komen de kosten hiervan in beginsel voor rekening van de werknemer. Maar de werkgever kan in het kader van een exit-deal toezeggen deze kosten (netto!) voor zijn rekening te nemen.

De generatieregeling kan ook een mooie en fiscaal vriendelijke oplossing bieden voor oudere medewerkers. Hieraan wordt elders in dit HR-themanummer van P&P ook aandacht besteed (zie pagina 30).

#### 4. DE RISICO-ANALIST -

##### **Uit dienst & een aanspraak op voorwaardelijk pensioen**

*Een ware Risico-analist stelt pensioenaanspraken veilig.*

Sommige pensioenregelingen kennen voorwaardelijke of VPL-aanspraken. Dit zijn nog niet gefinancierde pensioenaanspraken die pas op een later moment geldend kunnen worden gemaakt.

Voorwaardelijke of VPL-aanspraken konden worden toegezegd in het kader van de afschaffing van de VUT en het prepensioen in 2006 en 2007. Deze voorwaardelijke aanspraken dienen maximaal 15 jaar na de voorwaardelijke of VPL-toezegging te worden gefinancierd. Tot het moment van financiering gaat het om een voorwaardelijke aanspraak en dus niet om een pensioenaanspraak. Omdat het geen pensioenaanspraak is in de zin van de Pensioenwet, kan een werknemer zijn voorwaardelijke aanspraak verliezen bij uitdiensttreding.

Voor behoud van de voorwaardelijke aanspraak verlangt de pensioenuitvoerder een ononderbroken deelneming tot het moment van financiering. De vraag is dan wel wat een ononderbroken deelneming is. Kan je hiertoe ook een vrijwillige voortzetting van de deelneming vanuit een uitkeringssituatie rekenen? Of een gedeeltelijke voortzetting van de deelneming omdat de werknemer nog enige tijd kan terugvallen op een wachtgeld- of bovenwettelijke uitkering ten laste van de werkgever? In de meeste gevallen is het



## Beter is het een kortingsdiscussie te voorkomen

antwoord nee, want er moet echt nog een deelneming uit een dienstverband bestaan. Ook hiervoor geldt: het pensioenreglement van de uitvoerder regelt dit.

Een andere mogelijkheid is dat de deelnemer aansluitend aan zijn dienstverband (deels) zijn pensioen laat ingaan. Het voorwaardelijke pensioen wordt dan 'opgeplust' bij het ouderdomspensioen, dat dan per saldo iets hoger wordt.

De vraag is of een werkgever verplicht is te wijzen op de mogelijke consequenties van uitdiensttreding voor het voorwaardelijke pensioen. Stel dat werkgever en werknemer een beëindigingsovereenkomst sluiten, waarin alle afspraken rondom de aanleiding, beëindiging met instemming of wederzijds goedvinden en de postcontractuele situatie worden vastgelegd. En stel dat de werknemer daarbij ook nog wordt bijgestaan door een advocaat. Naar onze mening is een verplichting op dit vlak, zeker wanneer de medewerker wordt bijgestaan door een advocaat, niet aan de orde. Echter, de financiële consequenties zijn groot, en er valt achteraf niets meer aan te doen, terwijl er op voorhand wel oplossingen denkbaar zijn. Voldoende redenen dus om het wel bespreekbaar te maken.

### 5. DE VERMIJDER - Uit dienst & een korting van WW met de pensioen- uitkering

*De Vermijder levert voordeel op door korting te voorkomen.*

Een terugkerend probleem betreft een (partieel) einde van het dienstverband, het daaruit (gedeeltelijk) gaan opnemen van pensioen en een latere WW-uitkering. Op 10 april 2018 heeft de rechtbank Zeeland West-Brabant geoordeeld over een kwestie waarbij de werknemer uit fulltime dienstverband A een prepensioen-uitkering was gaan ontvangen, vervolgens weer fulltime ging werken, en na circa 7 jaar uit dit dienstverband B een werkloosheidsuitkering aanvraagde.

(ECLI:NL:RBZWB:2018:2216). De prepensioenuitkering werd door het UWV op de WW in mindering gebracht, wat voor de medewerker niet acceptabel was.

De rechtbank overweegt dat als hoofdregel geldt dat prepensioen wordt verrekend met de WW-uitkering. Deze hoofdregel kent echter wel een aantal uitzonderingen.

Eén daarvan is dat verrekening niet plaatsvindt als de werknemer met (pre)pensioen gaat en hij daarna de resterende arbeidsuren verliest. Het UWV stelt daarbij de – niet uit de wet blijkende – voorwaarde dat het pensioen moet voortvloeien uit dezelfde dienstbetrekking als de dienstbetrekking waaruit het WW-recht is ontstaan. Als een pensioen wordt ontvangen uit een eerdere dienstbetrekking dan waaruit het WW-recht is ontstaan, moet het pensioen in mindering worden gebracht op de WW-uitkering.

Door de medewerker is nog aangevoerd dat hij in beide dienstverbanden fulltime werkte. Maar ook dit kon hem niet baten nu niet de omvang van het dienstverband relevant is, maar slechts of sprake is van werkloosheid uit hetzelfde dienstverband.

Een tweede uitzondering betreft de situatie dat het pensioen uit een andere dienstbetrekking voortvloeit dan de dienstbetrekking waaruit de werkloosheid is ontstaan. Daarbij wordt echter wel de eis gesteld dat deze dienstbetrekkingen op enig moment naast elkaar zijn vervuld. Daarvan is in onderhavige situatie ook geen sprake, zodat de werknemer zich ook niet op deze uitzondering kan beroepen.

De hoofdregel is duidelijk, de uitzonderingen zijn specifiek en deze moeten ook restrictief worden uitgelegd, zo blijkt maar weer uit dit voorbeeld. Het voorkomen van een kortingsdiscussie met het UWV is in deze situatie gewoonweg de betere optie. En hoewel het ontstaan van de kortingsdiscussie afhankelijk is van beslissingen van de werknemer, kan een Vermijder de werknemer vroegtijdig informeren over de risico's van bepaalde beslissingen inzake vroegpensioen en/of een WW-uitkering.

### MEER PENSIOENTIPS?

Ga naar pagina 5 voor het eerste deel van dit tweeluik, met vijf tips bij het aangaan van een dienstverband.

