

Pagina 1
Werkgeversregres, loon,
dividend en de DGA

Pagina 5
Grenzenloos ..., rechtenloos?

Pagina 8
Pensioenschade

Pagina 11
www.hulpnaongeval.nl

mei 2011



Instituut van Verzekeraars

De bijzondere positie DGA ...

Masterclass 2011 ...

Een lastig onderwerp ...

Digitale informatiebron ...

Werkgeversregres, loon, dividend en de DGA

In dit artikel wordt stilgestaan bij enkele aspecten die een rol spelen bij de waardering van verlies van arbeidsvermogen van een directeur/grotaandeelhouder (DGA). Allereerst wordt ingegaan op de achtergrond en aard van de vordering verlies van arbeidsvermogen van de DGA en toelichting gegeven op de belangrijkste fiscale aspecten. Vervolgens wordt geïllustreerd welke impact de uitval van de ondernemer op het bedrijfsresultaat kan hebben. Verder wordt aandacht geschonken aan de regresvordering ter zake eventueel doorbetaald netto loon, toekomend aan de werkgever. Daarbij zal worden toegelicht dat een loondoorbetalingsverplichting niet zonder meer aan de orde hoeft te zijn in relatie tot een arbeidsongeschikte DGA. Het al dan niet aan de orde zijn daarvan heeft consequenties ten aanzien van de hoogte van de persoonlijke vordering van de DGA en de totale schadelast. Dit wordt inzichtelijk gemaakt met rekenvoorbeelden. Tot slot worden in de conclusie enkele aanbevelingen gedaan ten behoeve van het schaderegelingstraject.

De vordering van de zelfstandige

De vordering verlies van arbeidsvermogen van de zelfstandige is een persoonlijke vordering op basis van art. 6:107 BW. De onderneming zelf heeft ter zake verlies van arbeidsvermogen geen vorderingsrecht. Bepalend is of de ondernemer als gevolg van uitval een lager (netto) inkomen heeft ten opzichte

Mevrouw mr.
E.M. Dijkers
re/A.B. Peters re
Van Kouterik
Personenschade



van de hypothetische situatie zonder ongeval. Om te komen tot waardering van de vordering ter zake verlies van arbeidsvermogen van de ondernemer is het noodzakelijk dat eerst naar de rechtsvorm van de onderneming wordt gekeken.

Rechtsvorm van een onderneming

Een ondernemer kan kiezen uit verschillende >

Pensioenschade - I¹



E.M. Budwilowitz
NRL

Pensioenschade is een lastig onderwerp. Misschien komt dat doordat pensioenschade zich pas in de vaak verre toekomst afspeelt. Vaak is niet direct inzichtelijk hoe hoog het pensioen zal zijn en kan dus geen directe schatting van de jaarschade worden gemaakt. Dit inzicht is er wel voor de jaarschade uit verlies van arbeidsvermogen op basis van de te hanteren uitgangspunten. Het is immers bekend hoeveel iemand tot een gebeurtenis verdiende en wat hij daarna krijgt aan loon of uitkering. Als het gaat om pensioenschade, zal eerst moeten worden berekend welk ouderdomspensioen iemand zou hebben opgebouwd en wat hij na de gebeurtenis daadwerkelijk opbouwt. Pas dan begint zich de hoogte van de pensioenschade af te tekenen.

Een argument dat geen pensioenschade ontstaat, kan zijn dat er door de arbeidsongeschiktheid weliswaar een lagere pensioenopbouw is (nadeel), maar dat daarentegen geen pensioenpremie hoeft te worden betaald (voordeel). Nadeel en voordeel heffen elkaar op. Hierbij wordt dan over het hoofd gezien dat de werkgever vaak een groot deel van de premie betaalt.

Een ander argument van geen pensioenschade kan zijn dat pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid vaak premievrij wordt voortgezet. Op zich is dit correct, maar desondanks treedt er doorgaans toch pensioenschade op. Is op voorhand duidelijk dat er toch pensioenschade op zal treden, dan wordt weleens geprobeerd daar een schatting van te maken. Deze schatting wordt dan bijvoorbeeld gebaseerd op een willekeurig percentage van de schade van het verlies van arbeidsvermogen tot pensionering. Alle argumenten ten spijt: pensioenschade is eerder regel dan uitzondering en moet worden berekend. De hoogte van pensioenschade kan niet worden geschat door gebruik te maken van andere componenten dan die van de pen-

sioenen zelf. Appels laten zich nu eenmaal niet met peren vergelijken.

In dit artikel licht ik toe waarom pensioenschade, ondanks premievrije voortzetting van pensioenopbouw, toch eerder regel dan uitzondering is. Ook laat ik zien waarom de hoogte van deze schade niet kan worden geschat met andere gegevens dan de aan het pensioen gerelateerde feiten. De uitleg wordt verduidelijkt met rekenvoorbeelden waarmee cijfermatig de vinger op de zere plekken wordt gelegd.

Wat is pensioenschade

Verlies van arbeidsvermogen kan ontstaan als men door een gebeurtenis arbeidsongeschikt wordt. Dit kan een negatief neveneffect hebben op het inkomen. De gebeurtenis kan bijvoorbeeld een ongeval of een medische fout zijn.

Is de arbeidsongeschiktheid blijvend, dan wordt gezegd dat het arbeidsvermogen verloren is gegaan. Dit heeft een fiscale reden. Schade ontstaan door verlies van arbeidsvermogen kan op netto basis worden vergoed.

Pensioenschade is de schade die optreedt vanaf pensionering door verlies van arbeidsvermogen. De gevolgen van het verlies van arbeidsvermogen kunnen immers levenslang zijn, dus ook na het arbeidzaam leven. Dit is het geval wanneer het ouderdomspensioen, dat wordt opgebouwd met het arbeidsvermogen, door een gebeurtenis lager is dan dit zonder gebeurtenis zou zijn geweest.

Oorzaken pensioenschade

Er zijn diverse redenen voor het ontstaan van pensioenschade, omdat pensioen wordt opgebouwd op basis van een aantal componenten. Door een gebeurtenis kunnen deze componenten veranderen. De componenten zijn:

1. het pensioengevende salaris;
2. het opbouwpercentage;
3. de opbouwduur; en
4. de toeslagverlening (indexering).

Het pensioengevende salaris

Er zijn twee situaties denkbaar:

- het pensioengevende salaris zou zonder de gebeurtenis zijn gestegen, maar stijgt na de gebeurtenis niet meer; en
- het pensioengevende salaris wordt na de gebeurtenis verlaagd.

Pensioengevend salaris stijgt zonder gebeurtenis en stijgt niet meer na gebeurtenis

De basis voor de opbouw van het pensioen is het pensioengevende salaris. Omdat het pensioen een aanvulling is op de AOW hoeft er voor de AOW geen opbouw plaats

te vinden. Daarom wordt het pensioengevende salaris meestal eerst verminderd met een (AOW) franchise. Het pensioengevende salaris minus de franchise is de pensioengrondslag. Van de pensioengrondslag wordt jaarlijks een percentage opgebouwd.

Tot en met de jaren '90 werd ouderdomspensioen vaak volgens een eindloonregeling opgebouwd. Een eindloonregeling betekent dat het salaris dat men uiteindelijk verdient, aan het einde van de carrière of het maximum van een loonschaal, de basis is voor de gehele pensioenopbouw. Voor een eindloonregeling is het niet relevant hoe lang het duurt om dit maximum te bereiken.

De eindloonregeling confronteerde de werkgever overigens met onzekere kosten. Werkgevers betalen vaak een groot deel van de pensioenpremie en moesten de 'achterstallige' premie betalen. Deze 'achterstallige' premie ontstaat door het verschil in pensioenpremie die gedurende de loopbaan wordt afgedragen op basis van het *stijgende* inkomen enerzijds en de pensioenpremie die nodig is om op basis van het *maximale* inkomen een pensioen te kunnen bieden anderzijds. Dit is de zogenoemde backservice. De meeste eindloonregelingen zijn omgezet in middelloonregelingen. Bij een middelloonregeling wordt de carrière wel in de pensioenopbouw opgenomen. Pensioenopbouw en premiebetaling lopen synchroon en hierdoor is de werkgever van de backservice verlost.

Pensioenschade ontstaat als er op het moment van de gebeurtenis nog sprake geweest zou zijn van stijging van het salaris door carrière of loonschaal. Wordt men door een gebeurtenis arbeidsongeschikt, dan stijgt het pensioengevende salaris niet meer. Het pensioengevende salaris op het moment van de gebeurtenis is en blijft de basis voor de verdere pensioenopbouw. In de situatie zonder gebeurtenis zou de jaaropbouw van het ouderdomspensioen zijn gestegen. Omdat in de situatie met gebeurtenis deze stijging uitblijft, is de opbouw dus lager. Het spreekt voor zich dat bij gelijke carrièrepatronen een pensioen op basis van een eindloonregeling tot een hogere pensioenschade zal leiden dan bij een middelloonregeling.

Pensioengevend salaris wordt verlaagd na gebeurtenis

In bepaalde gevallen kan bij een premievrije opbouw van het ouderdomspensioen het pensioengevende salaris worden verlaagd. Dit is het gevolg van de wet VUT, Pensioen en Levensloop (VLP). Deze wet is per 1 januari 2006 in werking getreden. Door deze wet is het prepensioen vervallen (behoudens enkele uitzonderingen).

Om duidelijk te maken waarom de wet VPL tot een verlaging kan leiden van het pensioengevende salaris bij premievrije opbouw, noem ik de regels die golden voor pensioenopbouw tot 2006, de *oude regeling*. De regels die gelden vanaf 2006 noem ik de *nieuwe regeling* (ook al is deze regeling nu al ruim vijf jaren oud).

Het prepensioen (in de oude regeling) is afgeschaft, maar om stoppen met werken voor de aow-leeftijd toch mogelijk te maken, hebben veel pensioenfondsen maatregelen genomen (in de nieuwe regeling). In de nieuwe regeling wordt een hoger ouderdomspensioen opgebouwd dan in

de oude regeling. Deze hogere opbouw kan worden gebruikt om toch eerder met werken te stoppen.

De verhoging van de pensioenopbouw is in de nieuwe regeling op twee manieren uitgewerkt. Eén van de maatregelen is een verlaging van de franchise. Door een lagere franchise wordt de pensioengrondslag hoger.

Verlaging van de AOW-franchise geeft een ongewenst effect bij degenen die door arbeidsongeschiktheid premievrij pensioen opbouwen. De pensioengrondslag wordt door de verlaging van de franchise ook voor hen hoger. De verhoging van de pensioengrondslag is echter bedoeld om het vervallen van het prepensioen te compenseren. Iemand die arbeidsongeschikt is kan niet vervroegd uitreden, ergo het vervallen van het prepensioen speelt voor hem geen rol

Het opbouwpercentage

In de oude regeling wijzigde het opbouwpercentage niet als de pensioenopbouw premievrij werd voortgezet, maar in de nieuwe regeling is daar verandering in gekomen. De tweede maatregel in de nieuwe regeling om de afschaffing van het prepensioen te compenseren is een verhoging van het opbouwpercentage. Dit betekent dus dat in de nieuwe regeling een hoger ouderdomspensioen wordt opgebouwd:

- door een hogere pensioengrondslag (als al besproken); en
- door een hoger opbouwpercentage.

Ook het hogere opbouwpercentage heeft te maken met het vervangen van het prepensioen. Diverse pensioenfondsen hebben het opbouwpercentage voor premievrije pensioenopbouw daarom verlaagd. Pensioenfondsen ABP en Bouw hebben bijvoorbeeld het opbouwpercentage (ongeveer) gehalveerd.

Door invoering van de wet VPL is er dus een bijzondere situatie ontstaan voor degenen die premievrij pensioen opbouwen. Pensioenschade ontstaat vooral omdat het pensioengevende salaris bij arbeidsongeschiktheid gelijk blijft en hierdoor achterblijft op het stijgende salaris in de situatie zonder gebeurtenis. Bij premievrije pensioenopbouw hebben pensioenfondsen in de nieuwe regeling het pensioengevende salaris of het opbouwpercentage verlaagd. Dit is gedaan omdat anders ook sprake zou zijn van hogere opbouw bij degenen die arbeidsongeschikt zijn. De verlaging van het pensioengevende salaris of van het opbouwpercentage zou dus deze hogere opbouw teniet moeten doen. Het doel is dat iemand die arbeidsongeschikt is een zelfde pensioenopbouw heeft als in de oude regeling.

Dit doel wordt echter vaak niet bereikt. Door de verlaging van het pensioengevend salaris of van het opbouwpercentage kan er 'extra' pensioenschade optreden. Of hiervan sprake is, is afhankelijk geworden van de *hoogte* van het pensioengevende salaris. In de maatregel dat het opbouwpercentage voor premievrije pensioenopbouw is gehalveerd, komt het er bijvoorbeeld op neer dat er extra pensioenschade optreedt als het pensioengevende salaris

- > hoger is dan € 17.023 (op basis van een AOW-franchise van € 13.000 naar € 9.566 en een opbouwpercentage van 1,90 naar 2,05). In de rekenvoorbeelden wordt toegelicht op welke wijze aan het bedrag van € 17.023 is gekomen. Ook in het geval waar het pensioengevende salaris is verlaagd, kan de hoogte van het inkomen leiden tot extra pensioenschade.

Samenvatting

Pensioenschade ontstaat vooral door een verschil in het pensioengevende salaris. Het pensioengevende salaris blijft door een gebeurtenis achter bij het salaris zonder gebeurtenis. Dit is zowel in de nieuwe als in de oude regeling het geval. In de nieuwe regeling kan er daarnaast sprake zijn van een verlaging van het pensioengevende salaris of van verlaging van het opbouwpercentage bij premievrije opbouw. Beide aanpassingen hebben tot doel om de extra pensioenopbouw die door de nieuwe regeling is ontstaan en die kan worden aangewend voor vervroegd uittreden, uit de opbouw te filteren. De **rekenvoorbeelden** laten zien dat er 'te veel' uit kan worden gefilterd. Hoeveel te veel, is onder meer afhankelijk (geworden) van het salaris dat men op het moment van de gebeurtenis verdiende.

De opbouwduur

Tot nu toe is er uitgegaan van een voortzetting van de pensioenopbouw. Daarvan hoeft natuurlijk geen sprake te zijn, bijvoorbeeld als een zelfstandig ondernemer arbeidsongeschikt wordt. De arbeidsongeschiktheid kan leiden tot beëindiging van pensioenopbouw.

Voor de werknemer kan de situatie ontstaan dat de voormalige werkzaamheden door letsel niet meer kunnen worden verricht. Is er sprake van een resterende verdien capaciteit, die niet te gelde wordt gemaakt, dan kan (gedeeltelijke) werkloosheid ontstaan. Bij werkloosheid stopt de pensioenopbouw. Via de Stichting Financiering Voortzetting Pensioenverzekering (FVP) kon - beperkte - voortzetting van de pensioenopbouw worden aangevraagd, maar de instroom in de FVP-bijdrage regeling is per 1 januari 2011 vervallen.

Stopt de pensioenopbouw, dan wordt de polis premievrij gemaakt. Men hoeft geen premie meer te betalen. Belangrijk(er) is dat er ook geen pensioenopbouw meer bij komt. Mogelijk is er nog wel sprake van toeslagverlening op het al opgebouwde pensioen. Daar kom ik verder in dit stuk op terug.

Wordt de pensioenopbouw voortgezet dan kan de opbouwduur ook nog tot pensioenschade leiden. Dit moet worden gezien in relatie met de opbouwduur die er geweest zou zijn zonder gebeurtenis.

Bij premievrije opbouw van ouderdomspensioen staat de opbouwduur vast.

Bij pensioenopbouw uit actieve dienst staat de opbouwduur vaak niet vast. Men kan dan binnen bepaalde leeftijdsgrenzen kiezen wanneer men met pensioen gaat. Hoe langer men blijft werken, hoe langer de pensioenopbouw zal zijn. Aan de andere kant betekent dit dat korter werken leidt tot een kortere opbouwperiode (dan bij premievrije voortzetting van pensioenopbouw).

De toeslagverlening

Op opgebouwde pensioenen binnen een pensioenfonds vindt toeslagverlening plaats, met als doel het behouden van koopkracht. Deze toeslagverlening kan plaatsvinden bij zowel actieve als inactieve deelnemers.

Of een toeslag wordt verleend hangt af van de financiële positie van het pensioenfonds. Deze wordt gemeten aan de hand van de dekkingsgraad. De dekkingsgraad is de verhouding van de waarde van de beleggingen ten opzichte van de verplichtingen. Bij een dekkingsgraad van 100% kan het pensioenfonds de verplichtingen nakomen, maar zijn er geen buffers. In Nederland moet de dekkingsgraad minimaal 105% bedragen.

Bij een dekkingsgraad van boven de 125% zal er veelal van een volledige toeslag sprake zijn. Ligt de dekkingsgraad tussen de 110% en 125%, dan vindt er een toeslag naar rato plaats. Beneden de 110% vindt er geen toeslag plaats. De toeslag kan op verschillend indices worden verleend. Is er sprake van een opbouw uit actieve dienst, dan kan de loonindex van toepassing zijn en bij premievrije opbouw de prijsindex. De mate waarin toeslag wordt verleend is in dit voorbeeld voor actieven en inactieven gelijk, maar de index is verschillend. Is de loonindex hoger dan de prijsindex, dat leidt deze bij opbouw uit actieve dienst tot een hoger ouderdomspensioen dan bij premievrije opbouw uit inactieve dienst.

Het schatten van pensioenschade

De hoogte van het ouderdomspensioen is doorgaans gerelateerd aan de hoogte van het inkomen. Dit kan doen vermoeden dat er een verband bestaat tussen de hoogte van de schade tot en na pensionering.

Van een dertigtal willekeurige dossiers heb ik de pensioenschade vergeleken met de schade van het verlies van arbeidsvermogen (tot pensionering) en kwam op de volgende verhoudingen:

	I	II	III		I	II	III
1	2004	1969	9,40%	16	2002	1961	12,40%
2	1996	1952	49,77%	17	1999	1964	47,66%
3	1993	1981	19,03%	18	2003	1984	13,46%
4	2000	1961	0,00%	19	2003	1966	31,92%
5	2000	1961	2,33%	20	2002	1963	7,22%
6	2003	1984	17,33%	21	2002	1963	2,78%
7	2006	1967	5,87%	22	2003	1980	22,20%
8	2001	1976	17,64%	23	2003	1980	20,50%
9	2003	1964	22,30%	24	2006	1964	12,10%
10	2003	1964	23,31%	25	1999	1965	14,72%
11	2003	1964	24,98%	26	2007	1957	13,38%
12	2003	1964	27,40%	27	2004	1946	108,33%
13	1999	1953	23,15%	28	2002	1952	13,36%
14	2006	1960	16,24%	29	2006	1973	20,14%
15	2002	1961	15,22%	30	2006	1973	10,46%

Kolom I is het ongevaljaar, kolom II het geboortjaar van het slachtoffer en kolom III de verhouding pensioenschade:verlies van arbeidsvermogen uit loondienst (pensioenschade gedeeld door verlies van arbeidsvermogen).

Er is één geval waarin er geen pensioenschade is, maar ook een geval waarbij de pensioenschade hoger is dan de schade verlies van arbeidsvermogen tot de datum van pensionering.

Geprobeerd is aan de hand van twee parameters (jaar ongeval, leeftijd slachtoffer) een verband te vinden tussen de schade tot en na pensionering, maar dit verband lijkt er niet te zijn. Dit is ook niet zo verwonderlijk, want er zijn veel parameters die de hoogte van het verlies arbeidsvermogen en de hoogte van de pensioenschade bepalen. Belangrijker is dat de parameters totaal verschillend kunnen zijn. Voor pensioenschade is bijvoorbeeld bepalend of er sprake is van een voortzetting van pensioenopbouw en zo ja op welke wijze. Hierdoor kan er in twee gevallen sprake zijn van een zelfde bedrag verlies van arbeidsvermogen, maar met een (groot) verschil in pensioenschade, bijvoorbeeld omdat er in het ene geval wel sprake is van een voortzetting van pensioenopbouw en in het andere geval niet.

Toekomstige wetgeving

Ook toekomstige wetgeving kan leiden tot een toeneming van pensioenschade. Het meest recente voorbeeld is de per 1 januari 2006 in werking getreden VPL. De financiële crisis van 2008 leidt waarschijnlijk tot wetswijziging, waardoor de pensioenopbouw weer zal veranderen. Op verzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Commissie Goudswaard diverse adviezen gegeven om de pensioenlast te verlagen en voor werkgevers betaalbaar te houden. Nu heeft deze voorgenomen versoebing in eerste instantie betrekking op de pensioenrechten van degenen die uit actieve dienst pensioen

opbouwen (dus zonder gebeurtenis), maar de wet VPL heeft geleerd dat door wetswijziging er voor degenen die premievrij pensioen opbouwen extra nadelen kunnen ontstaan. Het is niet uitgesloten dat dit bij nieuwe mogelijke wetswijziging ook het geval zal zijn.

Wat een eventuele wetswijziging gaat inhouden is niet bekend. Wijziging kan plaatsvinden op diverse 'fronten' (aanpassing premie, aanpassing franchise, dan wel opbouwpercentage et cetera) en daar valt niet op te anticiperen. Vooral nog zal de pensioenschade dus moeten worden berekend volgens de huidige wetgeving en reglementen.

Conclusie

Dat er bij arbeidsongeschiktheid premievrije opbouw van ouderdomspensioen is of dat de deelnemer geen pensioenpremie meer hoeft te betalen, betekent niet dat er geen pensioenschade ontstaat. Er zijn geen parameters te geven waarmee de hoogte van pensioenschade kan worden geschat.

Pensioenopbouw bestaat uit diverse componenten en arbeidsongeschiktheid leidt al snel tot een wijziging van één of meerdere van deze componenten, met pensioenschade als gevolg.

[De bij dit artikel horende rekenvoorbeelden kunt u vinden op www.stichtingpiv.nl, meteen onder het daar geplaatste artikel. Red.]

¹ In PIV-Bulletin 2011, 5 zal mevrouw mr. A.M. Schneider van Het RekenBureau een aantal andere zaken wat betreft pensioenschade bespreken.

Een interview

www.hulpnaongeval.nl

Na een samenwerking van ruim tien jaar als collega's in de letselschadebranche besloten Michèl Feenstra en Mark Veenstra - beiden Register Expert Personenschade - in oktober 2010 hun eigen kantoor op te richten, Feenstra & Veenstra Register Experts. Zij richten zich niet alleen op juridische dienstverlening bij schaderegelingen, maar ook op een digitale vorm van dienstverlening aan slachtoffers.

Behoeftte aan hulp of zorg

Feenstra en Veenstra ervaren dagelijks dat mensen na een ongeval een grote behoefte aan hulp of zorg hebben. "Over verzekeringzaken, letselschadebehandeling en re-integratiemogelijkheden heeft men vaak volop vragen", aldus Mark Veenstra. "Het gebeurt helaas nog steeds dat slachtoffers en hun naasten onvoldoende weten waar zij met hun vragen terecht kunnen. Ook de wet- en regelgeving op deze



gebieden is doorgaans volstrekt onbekend." Michèl Feenstra wijst op de initiatieven die in de branche zijn genomen om slachtoffers, belangenbehartigers en schadebehandelaars te helpen: de Gedragscode Behandeling Letselschade met richtlijnen voor een vlotte schaderegeling, het Kennisnet van het PIV voor medewerkers van verzekeringsmaatschappijen, de Letselschade Raad met zijn rege-