

# Wat te doen bij afstand van pensioen?



**Pensioen lijkt, zeker voor jongeren, ver weg maar is een zeer belangrijke arbeidsvoorwaarde. Het kan echter voorkomen dat een werknemer niet wil deelnemen pensioenregeling die de werkgever aanbiedt. De meest voorkomende redenen zijn dat de werknemer een 'eigen' voorziening heeft die hij wil voortzetten, of de werknemerspremie niet wil betalen. Wat dient de werkgever in zo'n situatie te doen?**

**Afstand bij indiensttreding** De werkgever kan bij de indiensttreding van een werknemer het aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst doen. De pensioenovereenkomst is een overeenkomst die onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. De verbintenissenrechtelijke bepalingen voor aanbod en aanvaarding gelden ook voor het tot stand komen van de pensioenovereenkomst.

## **Aanbod en aanvaarding**

Voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst is aanvaarding van de kant van de werknemer vereist. Net als bij een arbeidsovereenkomst hoeft deze aanvaarding echter niet in één bepaalde vorm te gebeuren, bijvoorbeeld mondeling of schriftelijk. De aanvaarding kan ook blijken uit een of meer gedragingen, bijvoorbeeld uit het feit dat de werknemer accepteert dat op zijn loon pensioenpremies worden ingehouden. Een eenvoudige verwijzing in een arbeidsovereenkomst naar een bestaand pensioenreglement kan voldoende zijn om een

pensioenovereenkomst tot stand te brengen. Hieruit blijkt dat wat betreft het aangaan van een pensioenovereenkomst in beginsel contractsvrijheid bestaat. Een werkgever is op grond van de Pensioenwet niet verplicht een pensioenovereenkomst aan te bieden, tenzij de werknemer behoort tot een groep van werknemers waarvoor wel een pensioenregeling geldt. Ook is de werknemer niet verplicht een pensioenovereenkomst te aanvaarden. Indien de werknemer het aanbod voor de pensioenovereenkomst niet aanvaardt, komt er geen pensioenovereenkomst tot stand.

## **Afstandsverklaring**

Het daadwerkelijke aanbod en het aanvaarden van het aanbod tot het aangaan van de pensioenovereenkomst zijn vormvrije rechtshandelingen. Daaruit vloeit voort dat ook het verwerpen van een aanbod vormvrij is. De werknemer kan het aanbod tot het aangaan van een pensioenovereenkomst daarom vormvrij verwerpen. Vanwege het vormvrije karakter van

de pensioenovereenkomst kan achteraf met de werknemer discussie ontstaan over de vraag of er wel of niet een pensioenovereenkomst tot stand is gekomen. Om de bewijspositie van de werkgever zo sterk mogelijk te maken met het oog op een eventuele gerechtelijke procedure die wordt aangespannen door een werknemer, is het van belang de niet-aanvaarding van het aanbod tot het aangaan van een pensioenovereenkomst schriftelijk vast te leggen en de werknemer een verklaring van niet-aanvaarding te laten ondertekenen. Een dergelijke verklaring wordt in de praktijk ook wel afstandsverklaring genoemd.

## **Informatieplicht bij indiensttreding**

Op grond van artikel 7, lid 1 van de Pensioenwet moet de werkgever de werknemer binnen een maand na aanvang van de arbeid (dus niet: na het sluiten van de arbeidsovereenkomst, welke datum veelal ligt vóór de aanvang van de arbeid) schriftelijk informeren of hij de werknemer al dan niet een aanbod tot

het sluiten van een pensioenovereenkomst doet. Indien de werknemer al kenbaar heeft gemaakt geen pensioen te willen verwerken, kan de schriftelijke mededeling luiden dat geen recht op deelneming in een pensioenregeling bestaat. Op deze manier kan de werkgever voldoen aan zijn informatieplicht bij indiensttreding.

### Afstand tijdens lopend dienstverband

De werknemer die al deelneemt in de pensioenregeling, kan als nog afstand doen van de lopende pensioenovereenkomst. De afstandsverklaring die de werknemer in dat geval ondertekent, kan echter alleen voor de toekomst gelden. Indien een afstandsverklaring ook zou gelden voor in het verleden opgebouwde aanspraken, zou dit neerkomen op afkoop van reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Dat zou in strijd zijn met het in artikel 65 van de Pensioenwet neergelegde afkoopverbod. Voor een werkgever is het van belang om aan deze vorm van afstand uitsluitend medewerking te verlenen indien de partner daarmee instemt. De werkgever loopt namelijk mogelijk het risico door de partner te worden aangesproken indien de werknemer potentiële rechten op pensioenverevening en bijzondere partnerpensioen door met zijn werkgever 'onder één hoedje te spelen' moedwillig (met het oog op scheiding) heeft gefrustreerd.

### Verplicht gestelde pensioenregeling

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn, verplicht stellen. Het gevolg van zo'n verplichtstelling is dat de werknemers alsmede hun werkgevers wettelijk verplicht zijn de statuten en reglementen van het desbetreffende bedrijfstakpensioenfonds na te leven. De werknemer wordt verplicht opgenomen in de pensioenregeling. Het staat de werkgever en de werknemer in deze situatie niet vrij om overeen te komen dat er geen pensioenovereenkomst tot stand komt. Indien een verplichtstelling van toepassing wordt, ontstaat van rechtswege de verplichting tot deelneming in de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds en verplichte premieafdracht waarvan de werknemer geen afstand kan doen. De Pensioenwet

stelt de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds gelijk aan een pensioenovereenkomst.

### Vrijstelling van verplichte deelname

Een werkgever kan vrijstelling vragen van verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds. Aan een vrijstelling kan echter door het bedrijfstakpensioenfonds het voorschrift worden verbonden dat er een gelijkwaardige pensioenregeling getroffen moet worden. Hierdoor is het ook in deze situatie niet mogelijk afstand te doen van deelname aan de pensioenregeling. Indien een werknemer vrijgesteld is van verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds wegens gemoedsbezwaren, bijvoorbeeld op grond van een religieuze overtuiging, is die werknemer in plaats van premies voor de pensioenregeling spaarbijdragen aan het bedrijfstakpensioenfonds verschuldigd.

## Voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst is aanvaarding van de kant van de werknemer vereist

Het bedrijfstakpensioenfonds regelt dan vervolgens waar die spaarbijdragen recht op geven. Hoewel de werknemer wel vrijgesteld is van verplichte deelname in de pensioenregeling, kan de werknemer later ook verzoeken om omzetting van de spaarbijdrage in pensioenaanspraken.

### Ondertekening afstandsverklaring

Indien een werknemer niet wenst deel te nemen in de pensioenregeling, moet dit schriftelijk worden vastgelegd in een afstandsverklaring. De partner dient mede te tekenen gezien het bepaalde in artikel 67 van de Pensioenwet. De werkgever heeft dan bewijs dat de partner op de hoogte was van het ontbreken van pensioen, in het bijzonder partnerpensioen. Dat ondertekening door de partner van belang is, blijkt uit een recen-

te uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 15 januari 2008, PJ 2008/81. In deze zaak oordeelde de rechter dat een overeenkomst tot vermindering van pensioenaanspraken nietig moet worden geacht nu uit de strekking van de PSW (thans Pensioenwet) en de Regelen PSW voortvloeit dat daarvoor op straffe van nietigheid de toestemming van de echtgenote is vereist. Indien een afstandsverklaring achteraf nietig blijkt te zijn, kan dat grote financiële gevolgen voor de werkgever hebben. De werkgever moet in dat geval namelijk met terugwerkende kracht pensioenpremies afdragen.

### De Veegwet PW

De Veegwet PW voorziet in een wijziging van artikel 67 PW dat inhoudt dat afkoop mogelijk wordt voor de pensioenuitvoerder van partnerpensioen en eventuele andere pensioenrechten wanneer de uitkering van het partnerpensioen of de bedoelde andere rechten minder bedraagt dan € 400 per jaar. De tekst van het eerste lid van het huidige artikel wordt verduidelijkt door uitdrukkelijk te spreken over 'wezenpensioen' in plaats van 'andere pensioenrechten'. Tevens wordt het tweede lid verduidelijkt door hier de term 'nabestaande' te hanteren in plaats van 'partner'. Het derde lid is aangepast om te verduidelijken dat de mogelijkheid om op een later tijdstip af te kopen geldt voor zowel het partnerpensioen als het eventuele wezenpensioen. Het gevolg van deze wijziging is dat een afstandsverklaring ook moet worden ondertekend door de potentieel pensioengerechtigde kinderen van de werknemer. Indien de kinderen minderjarig zijn, moet wettelijke vertegenwoordiger van de kinderen de afstandsverklaring ondertekenen. Een meerderjarig kind moet de afstandsverklaring zelf te ondertekenen.

### Risico's voor de werkgever

De werkgever loopt aanzienlijke risico's indien onverhoopt toch misverstanden ontstaan rond afstandsverklaringen. Daarop wordt hierna ingegaan.

### Werkgever blijft verantwoordelijk

Indien werkgever en werknemer afwijkende afspraken hebben gemaakt in die zin dat er geen pensioenovereenkomst tot stand komt of de verwerving van een pensioen voor de toekomst wordt gestaakt, blijft de werkgever voor de gevolgen van de afwijkende afspraken met de werknemer verantwoordelijk. Als het mis gaat,

ligt het risico om die reden bij de werkgever. Dat is ook logisch, aangezien de pensioenuitvoerder pas in beeld komt nadat de werkgever en de werknemer een pensioenovereenkomst hebben gesloten. Een pensioenuitvoerder draagt slechts verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de pensioenovereenkomst. Als deze ontbreekt bestaat er voor de pensioenuitvoerder geen verplichting jegens de werknemer.

### **Verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds**

Het kan voorkomen dat een werkgever, die zijn pensioenregeling reeds heeft ondergebracht bij een verzekeraar, geconfronteerd wordt met verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds. De werkgever dient zich vervolgens in een dergelijke situatie vaak met terugwerkende kracht aan te sluiten bij het betreffende bedrijfstakpensioenfonds en de pensioenverzekering met de verzekeraar op te zeggen. Voor de werknemers die afstand hadden gedaan van deelname in de collectieve pensioenregeling, geldt dat zij alsnog met terugwerkende kracht worden opgenomen in de verplichte pensioenregeling en pensioenpremies moeten betalen. De werkgever kan door deze werknemers worden geconfronteerd met schadeclaims. Voorts moet de werkgever voor deze werknemers met terugwerkende kracht werkgeverspremies betalen. Als het om meerdere werknemers met een afstandsverklaring gaat, kan het om aanzienlijke bedragen gaan met alle gevolgen van dien.

### **Partnerpensioen**

Indien werkgever en werknemer afstand van toekomstige pensioenverwerving overeenkomen, de instemming van de partner ontbreekt maar de pensioenuitvoerder desondanks medewerking verleent aan de overeenkomst, kan de pensioenuitvoerder aansprakelijk worden gesteld indien voor deze kenbaar was dat beoogd werd om de rechten van de partner bij een op handen zijnde echtscheiding te frustreren, tenzij deze de procedure voor betalingsachterstand concreet volgt (artikel 29 PW).

### **Medische keuring**

Volgens de Wet op de medische keuringen zijn medische keuringen verboden bij het aangaan en wijzigen van de arbeidsverhouding. Deze wet bevat een expliciet keuringsverbod voor deelneming aan een pensioenverzekering als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet. Dit keuringsverbod

geldt echter niet bij de wijziging van een eerder gemaakte keuze van een individuele deelnemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (artikel 4, lid 3 van de Wet op de medische keuringen). Indien de werknemer afstand heeft gedaan van deelname in de pensioenregeling, maar daar later op terugkomt, geldt het keuringsverbod derhalve niet meer. In dat geval mag de verzekeraar de werknemer medisch keuren voor de risicodekkingen met alle gevolgen van dien voor de werkgever en de werknemer. Om zo min mogelijk risico te lopen dient de werkgever de werknemer te wijzen op het feit dat een eventuele verslechterde gezondheidstoestand opname in de pensioenregeling onmogelijk maakt of alleen mogelijk maakt tegen aangepaste voorwaarden (zoals uitsluitingen en/of een carentijd of hogere premie). De werkgever zou vooraf kunnen vastleggen dat indien voor opname in de pensioenregeling dan een hogere dan de gebruikelijke premie is verschuldigd, de premie door de werknemer als werknemerspremie moet worden voldaan, voor zover deze premie hoger is.

### **Salarisverhogingen of andere vormen van compensatie**

Het kan zijn dat de werknemer die afstand doet van deelname in de pensioenregeling vervolgens een salarisverhoging of een andere vorm van compensatie claimt bij de werkgever. Een werknemer kan bijvoorbeeld een recht op salarisverhoging claimen omdat de werkgever geen werkgeverspremie meer betaalt. Om dit te voorkomen, is het van belang dat de werkgever voorafgaande het ondertekenen van de afstandsverklaring de werknemer schriftelijk informeert welke gevolgen het tekenen van een afstandsverklaring heeft. De werkgever maakt in dat geval bij voorbaat duidelijk dat het niet betalen van de werkgeverspremie niet een evenredige salarisverhoging tot gevolg heeft of dat de te derven pensioenaanspraken kunnen worden gecompenseerd door bijvoorbeeld spaarbijdragen. Uiteraard staat het de werkgever vrij om in geval van afstand van pensioenverwerving de werknemer binnen de grenzen van de wet een vorm van compensatie aan te bieden. Als de werkgever dat niet wenst, dient hij dat voldoende duidelijk te maken aan de desbetreffende werknemer.

### **Gelijke behandeling**

Het kan voorkomen dat het bestaan van afstandsverklaringen voor bepaalde groepen werknemers de indruk wekt dat deze

niet gelijk worden behandeld. Stel een bedrijf heeft drie fulltimers en twee parttimers in dienst, terwijl één parttimer afstand heeft gedaan van pensioenopbouw en daartoe een afstandsverklaring heeft ondertekend. Indien de parttimer die wel deelneemt in de pensioenregeling van de werkgever, vertrekt, ontstaat een situatie waarin de parttimer geen pensioen opbouwt en de fulltimers wel. Deze feitelijke verloop van omstandigheden kan de schijn van discriminatie op grond van arbeidsduur wekken. Om de schijn van discriminatie te voorkomen, is het van belang in de afstandsverklaring goed vast te leggen wat de reden van de afstand van pensioenopbouw is. Uit de afstandsverklaring moet duidelijk blijken dat de arbeidsduur niet de reden is geweest voor de afstand van pensioenopbouw. Uiteraard geldt hetzelfde voor de discriminatiegronden geslacht, burgerlijke staat, leeftijd en tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst.

**Aanbevelingen** Om de hiervoor genoemde risico's zoveel mogelijk te beperken, kan de werkgever de volgende maatregelen nemen bij afstandsverklaringen:

- Indien de werknemer ervoor heeft gekozen om niet aan de pensioenregeling deel te nemen of wenst af te zien van pensioenverwerving over de toekomst dit schriftelijk vastleggen in een afstandsverklaring;
- De afstandsverklaring dient in drievoud te worden opgemaakt: één exemplaar voor de werknemer, één exemplaar voor de eigen administratie en één exemplaar voor de pensioenuitvoerder;
- De afstandsverklaring moet mede worden ondertekend door de werkgever, de partner van de werknemer en eventueel door de meerderjarige kinderen of de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige kinderen namens deze;
- De werkgever moet de werknemer (bij voorkeur schriftelijk) informeren over de consequenties van het doen van afstand. ■

**Mr. Z. Kasim, advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Amstelveen. Met medewerking van mr. W.P.M. Thijssen, advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Amstelveen.**