

Pensioenperikelen zijn aan de orde van de dag. Ook rechters mogen zich steeds vaker buigen over een pensioenvraagstuk dat partijen verdeelt. In deze bijdrage volgt een - niet uitputtend - overzicht van wijze lessen voor werkgevers op pensioengebied.

MR. F. (FRÉDÉRIQUE) HOPPERS, ADVOCaat/ASSOCIATE PARTNER PENSIOEN- & ARBEIDSRECHT BIJ DIRKZWAGER ADVOCATEN & NOTARISSEN N.V.

## LESSEN VOOR WERKGEVERS

# Wijze lessen uit de pensioenrechtspraak

**W**at moet een werkgever vooral niet doen als hij de werknemer afstand wil laten doen van zijn pensioen? Zo maar een vraag, die aan de hand van rechtspraak beter beantwoord kan worden en waar u lering uit kunt trekken.

### WIJZE LESSEN VOOR WERKGEVER

#### 1 DON'T PUSH IT

Het komt in de praktijk nog wel eens voor dat een werkgever met een werknemer afsprekt dat deze geen aanspraak zal maken op de collectieve pensioenregeling. In dat geval is het sowieso verstandig om dit in een afstandsverklaring vast te leggen. Toch kom je daar als werkgever niet altijd mee weg. Uit een uitspraak van Rechtbank Limburg van 28 juni 2017 blijkt dat er kritisch wordt gekeken naar de afstandsverklaring. Weliswaar hield in deze kwestie de afstandsverklaring stand, maar dit had geleid op de overwegingen - zomaar anders kunnen uitpakken, indien:

- zou zijn gebleken dat er druk zou zijn toegepast om de afstandsverklaring te ondertekenen. Het is dus belangrijk dat de werknemer voldoende tijd heeft om na te denken over het doen van afstand. Ook is in dit kader van belang dat ondertekening van de afstandsverklaring niet als nadrukkelijke voorwaarde wordt gesteld voor indiensttreding;
- de werknemer niet aantoonbaar geïnformeerd zou zijn geweest over de gevolgen van de afstand.

Kortom: don't push it! En stel bovendien altijd de vraag of het contract met de pensioenuitvoerder zo'n afstandsverklaring überhaupt toestaat.

#### 2 BE COMPLETE

De werkgever moet de werknemer niet alleen goed informeren over de gevolgen van een afstandsverklaring voor een verplichte pensioenregeling. Die informatieplicht geldt net zozeer voor de gevolgen van het niet deelnemen aan een vrijwillige pensioenregeling. Zonder goede informatievoorziening zou de werkgever in de procedure waarover Rechtbank Amsterdam zich op 27 maart 2017 heeft uitgelaten, het nooit hebben gered in de discussie met een 'huilende weduwe'. In de kwestie die voorlag, koos de werknemer er bij indiensttreding voor om niet deel te nemen aan de vrijwillige partnerpensioenregeling, aangegeven in een zogenoemd keuzeformulier. Voorafgaand aan de indiensttreding had de werknemer zeven maal informatie gekregen over onder meer de vrijwillige regeling, net als in de begeleidende brief bij de arbeidsovereenkomst. Onder deze omstandigheden kan de partner van de overleden werknemer volgens de rechter niet volhouden dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen, ook al leidt dat tot een onfortuinlijke uitkomst voor de partner.

Zou de werkgever niet zo compleet zijn geweest in zijn informatievoorziening, dan had de uitkomst

beslist anders kunnen zijn. Be complete dringt zich hier dus op!

#### 3 BE FAIR

Werkgevers die tegenover werknemers niet eerlijk zijn over pensioen, krijgen er genadeloos van langs. Het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 31 oktober 2017 illustreert dit genoegzaam. De werkgever slaagde erin om vier jaar lang het werknemersdeel pensioenpremie in te houden, zonder ook maar een euro af te dragen. Dit, terwijl de arbeidsovereenkomst gewoon melding maakte van deelname in een pensioenfonds. Dat een werkgever ingehouden pensioenpremies altijd extern moet onderbrengen en zijn pensioentoezegging moet nakomen, lijkt me evident. Maar het is merkwaardig genoeg niet de eerste keer dat pensioentoezeggingen niet worden nagekomen. Ook Rechtbank Midden-Nederland moest zich hierover op 28 februari 2018 een oordeel verschaffen. Meer specifiek speelde daarbij de vraag of betalingsonmacht bij de werkgever rechtvaardigde dat de ingehouden werknemersbijdragen niet werden afgedragen. Weliswaar biedt artikel 12 Pensioenwet enige ruimte om onder omstandigheden de premiebetaling te verminderen, maar deze bepaling betreft sowieso alleen de werkgeversbijdrage en dus nadrukkelijk niet de ingehouden werknemersbijdragen.

Overigens moeten werkgevers zich bovendien niet al te veilig wanen met het idee dat de vordering van de werknemer wellicht al verjaard is. Rechtbank

Rotterdam heeft zich hierover op 9 februari 2018 uitgelaten; via de route van de onrechtmatige daad (waarvoor de langere verjaringstermijn van 20 jaar geldt) werd de werkgever alsnog veroordeeld tot vergoeding van de schade.

Dat rechters hechten aan een eerlijke opstelling van werkgevers tegenover werknemers op pensioenterrein, blijkt ook uit diverse pensioenwijzigingstrajecten waarover de rechters zich een oordeel hebben moeten vormen. Uit het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 11 april 2017, bijvoorbeeld, blijkt duidelijk dat een onjuist beeld over de verschillen tussen de oude en de beoogde nieuwe regeling een werkgever duur komt te staan. Het gaat misschien te ver om te stellen dat deze werkgever niet eerlijk is geweest, maar ook het niet verstrekken van een compleet beeld kan voor een rechter voldoende aanleiding bieden om de werkgever, en soms ook diens adviseur, op de vingers te tikken. De lessen be fair én be complete gaan hier dus absoluut op!

#### 4 CREATE SUPPORT

Naast een eerlijke en complete informatievoorziening is voor werkgevers van groot belang dat pensioenwijzigingstrajecten worden doorlopen met draagvlak bij de ondernemingsraad en bij zoveel mogelijk werknemers. Voor een eenzijdige wijziging moet in de regel worden aangetoond dat de werkgever een zwaarwegend bedrijfsbelang heeft dat moet prevaleren boven de belangen van de werknemers. Bij de beoordeling hiervan helpt het een werkgever als de ondernemingsraad heeft ingestemd met de voorgenomen wijziging van de pensioenregeling. Het voert echter te ver om te concluderen dat met een instemming van de ondernemingsraad het zwaarwichtig belang voor de eenzijdige wijziging een gegeven is. Dat blijkt onder meer uit een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 10 januari 2018 en een uitspraak van Rechtbank Noord-Nederland van 16 mei 2017. In beide uitspraken hield een eenzijdige wijziging, ondanks de instemming van de ondernemingsraad, niet stand. In beide gevallen omdat het zwaarwichtig belang onvoldoende geconcretiseerd werd. Argumenten dat de oude rege-

ling 'niet meer marktconform was', 'leidt tot ongelijkheid ten opzichte van andere medewerkers' of 'is ingegeven door gewijzigde pensioenwetgeving', zijn op zichzelf onvoldoende concreet. De werkgever moet vollediger zijn over de noodzaak en de gevolgen van de wijziging, met aandacht voor de vraag waarom er wel of niet voor bepaalde compenserende maatregelen is gekozen.

Werkgevers die het liefst de strenge toets van het zwaarwegend bedrijfsbelang in z'n geheel willen omzeilen, doen er verstandig aan de uitspraak te bestuderen van Rechtbank Limburg van 13 december 2017. Hier oordeelde de rechter dat de enkele instemming van de ondernemingsraad voldoende is om de wijziging van de pensioenregeling voor de werknemers te laten gelden. Hoe kan dat, gelet op eerdere rechtspraak? In dit geval maakte de werkgever handig gebruik van een zogenoemd incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst: in de arbeidsovereenkomst stond dat werknemers automatisch gebonden zijn aan met de ondernemingsraad overeengekomen wijzigingen in het arbeidsvoorwaardenreglement. In dat geval is volgens de rechter niet langer sprake van een eenzijdige wijziging, maar van een tweezijdige wijziging waarvoor (daarom) geen zwaarwegend bedrijfsbelang vereist is. Een redenering die weliswaar wat bekritiseerd is in de literatuur, maar toch een redenering waarmee werkgevers in de tussentijd wellicht hun voordeel kunnen doen.

Met support komt de werkgever dus een heel eind!

#### 5 BETTER SAFE THAN SORRY

Bij wijze pensioenlessen voor werkgevers, mogen de perikelen rond de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds zeker niet vergeten worden. Ook afgelopen jaar haalden verschillende werkgevers bakzeil in discussies hierover.

Een wijze les die hier zeker opgaat: better safe than sorry! Je kunt beter een keer te vaak dan te weinig een zogenoemde Bpf-check laten uitvoeren. Niet alleen omdat bedrijfsactiviteiten (en de verdeling ervan) ongetwijfeld zullen wijzigen. Maar ook omdat de uitleg van verplichtstellingsbesluiten als gevolg van diverse rechtspraak voortdurend aan wijzigingen onderhevig is en soms leidt tot een uitbreiding van de reikwijdte.

Keep calm  
and carry on!

EEN WIJZE LES VOOR  
IEDEREEN DIE MET DE  
DYNAMISCHE EN  
WEERBARSTIGE  
PENSIOENPRAKTIJK TE  
MAKEN KRIJGT, IS  
ONGETWIJFELD: KEEP  
CALM AND CARRY ON!