



## **Afstand doen van pensioen: afwegingen voor werkgever en pensioenuitvoerder**

**Bijna alle werknemers in Nederland zijn opgenomen in een of andere pensioenregeling. Voor het leeuwendeel van de werknemers is dit een vanzelfsprekendheid. Er zijn echter af en toe werknemers die om hen moverende redenen niet willen meedoen aan de pensioenregeling die hun werkgever hen aanbiedt. In dit position paper kijken we naar de argumenten van pensioenuitvoerders en nemen wij risico's onder de loep.**

Een pensioenregeling maakt meestal onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst. Hier geldt het beginsel van **contractsvrijheid**. En zoals met meer dingen die twee partijen (in dit geval werkgever en werknemer) met elkaar overeen kunnen komen, kan de werknemer een aanbod van de werkgever om deel te nemen in de pensioenregeling van de werkgever **aanvaarden of afwijzen**. Het aanbod vloeit voort uit artikel 7 Pensioenwet. Bij aanvaarding van het aanbod door de werknemer is de pensioenovereenkomst tot stand gekomen (artikel 6:217 Burgerlijk Wetboek). In beginsel geldt: géén aanbod en aanvaarding; géén pensioenovereenkomst. Maar schijn bedriegt. Verderop in artikel 7 Pensioenwet, te weten in lid 4 staat dat als een werkgever binnen een maand na indiensttreding van een werknemer niet meedeelt of hij wel of niet een pensioenaanbod doet, dan wordt de werkgever geacht aan de nieuwe werknemer hetzelfde aanbod te hebben gedaan als dat hij aan andere werknemers uit dezelfde groep heeft gedaan. De werkgever kan hier niet meer onderuit. Dit noemen we het *pensioenvermoeden*.

Als de werkgever een arbeidsovereenkomst **en** een (aparte)pensioenovereenkomst aanbiedt, dan staat het de werknemer vrij om het pensioenaanbod van de werkgever niet te aanvaarden. De arbeidsovereenkomst komt dan tot stand, maar de pensioenovereenkomst niet. Het gebeurt echter niet vaak dat de werknemer naast de arbeidsovereenkomst een apart pensioenaanbod krijgt. Vaak worden de arbeidsovereenkomst en pensioenovereenkomst in één "alles of niets" aanbod gedaan. Wil de werknemer een arbeidsovereenkomst zonder pensioen, dan zou de werkgever daarmee niet akkoord kunnen gaan. Dit wijkt immers af van zijn totaalaanbod. Vaak **kan** de werkgever daar ook niet akkoord mee gaan, omdat:

- deelname aan de pensioenregeling verplicht is gesteld door een bedrijfstakpensioenfonds- of beroepspensioenregeling;
- de werkgever volgens de CAO verplicht is om werknemers te laten deelnemen aan een pensioenregeling;
- de werkgever door het lidmaatschap van een werkgeversvereniging verplicht is om een pensioenregeling te treffen voor de werknemers; of
- de werkgever door een collectieve pensioenverzekeringsovereenkomst verplicht is om nieuwe werknemers aan te melden voor de pensioenregeling (vaak vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst)

Als de werkgever voor de (nieuwe) werknemer in deze gevallen geen pensioen regelt, dan is hij in overtreding. Voor de ontstane pensioenschade is hij schadeplichtig. Daarom zullen werkgevers vaak geen keuze bieden. Het is alles of niets, oftewel geen arbeidsovereenkomst zonder pensioenovereenkomst.

In de Pensioenwet zijn de eisen die worden gesteld aan de zorgplicht over pensioen nader uitgewerkt, ook voor werkgevers. Als de werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst sluiten zonder pensioen, dan is het belangrijk om heel goed vast te leggen dat de werknemer het pensioenaanbod niet heeft aanvaard. Behalve het schriftelijk vastleggen van deze afspraak – in de zogenaamde afstandsverklaring – is het ook zaak om je als werkgever ervan te overtuigen dat de werknemer heeft begrepen waar hij afstand van doet. Hoeveel moeite de werkgever daarvoor moet doen, is afhankelijk van bijvoorbeeld het opleidingsniveau van de werknemer. Bovendien moet de werknemer er goed op worden gewezen dat de afstandverklaring niet alleen gevolgen heeft voor het ouderdomspensioen, maar ook voor het nabestaanden-, wezen- en arbeidsongeschiktheids-pensioen.

Het is zonder meer verstandig om jaarlijks te toetsen bij de werknemer of hij nog steeds achter zijn beslissing staat. Ook bij wijziging van de omstandigheden, zoals samenwonen, trouwen of geboorte, is dit verstandig. Dat zijn juist de momenten waarop een werknemer spijt zou kunnen krijgen van zijn eerdere beslissing.

Als een werknemer inderdaad afstand wil doen, dan is het belangrijk dat dit wordt vastgelegd. Deze werknemers tekenen in dat geval **een afstandsverklaring**. Daarmee geven ze aan dat ze af willen zien van deelname in de pensioenregeling. Als deze werknemer een partner heeft dan is het belangrijk dat de partner ook de afstandsverklaring tekent. Afzien van pensioen is ook vaak afzien van nabestaandenpensioen.

Overigens kan nooit worden voorkomen dat een werknemer de rechtsgeldigheid van een afstandsverklaring op een later moment in twijfel trekt. Vooral na uitdiensttreding wil een werknemer zich nog wel eens melden bij de oude werkgever met de mededeling dat het pensioen niet geregeld is. Ook de nabestaanden of ex-echtgenoten van de werknemer kunnen zich melden en met regelmaat niet zonder succes!

Motieven voor pensioenuitvoerders om niet mee te werken aan het doen van afstand van pensioenrechten zijn:

- het feit dat de werknemers hun pensioenrechten ontlenen aan een pensioenreglement en het bestaan van het pensioenvermoeden volgens artikel 7 van de Pensioenwet. Sinds de invoering van de Pensioenwet is het pensioenreglement een document van de pensioenuitvoerder, niet van de werkgever. Een verzekeraar loopt nu een serieus risico dat hij zou moeten uitkeren als de werknemer voldoet aan de deelnemerseisen van het pensioenreglement, dus ook als die werknemer niet verzekerd is.
- Een pensioenuitvoerder loopt ook risico's om aangesproken te worden op verboden discriminatie als blijkt dat de werknemers die geweigerd hebben om deel te nemen, zich onderscheiden van de gehele groep deelnemers op punten als geslacht, tijdelijk dienstverband, leeftijd of een andere discriminatiegrond, zoals verwoord in artikel 8 van de Pensioenwet.

In de praktijk komen wij ook wel motieven tegen die wettelijk niet altijd relevant zijn:

- De Pensioenwet zou het niet toestaan. Dit is echter onzin. In de Pensioenwet is geen artikel te vinden dat een deelnameverplichting voorschrijft, dan wel dat het gebruik van een afstandsverklaring verbiedt.

- Er wordt verwezen naar diverse uitspraken van het Hof in Amsterdam en 's-Hertogenbosch, waarin de verzekeraar toch werd verplicht tot het doen van pensioenuitkeringen, ondanks dat een afstandsverklaring met de werknemer op juiste wijze overeengekomen was. Deze uitspraken zien echter op specifieke situaties en niet het louter afstand willen doen van pensioenaanspraken door middel van een afstandsverklaring.

Ons advies luidt hoe dan ook: voor zover het al mogelijk is om met een afstandsverklaring te werken, wees uiterst terughoudend in het gebruik ervan. Als een werkgever er toch gebruik van wil maken, zorg er dan voor dat de werknemer goed op de hoogte wordt gebracht van alle gevolgen en laat hem dit ook verklaren. Tot slot is het raadzaam bij iedere verandering in de (gezins)situatie van de werknemer opnieuw te toetsen of het afstand doen nog steeds gewenst is.

Bron: Fiscaal-juridisch Adviesbureau Nationale-Nederlanden

*MK* Financieel Advies Centrum, oktober 2010