

1. Pensioenovereenkomst

mr. drs. Edwin Schop CPL

1.1 Inleiding

Deze bijdrage gaat over het (wel of niet) tot stand komen van een pensioenovereenkomst en perikelen die spelen bij of na het einde van de arbeidsovereenkomst. Op dit onderwerp leverde 2017 geen baanbrekende rechtspraak, wel vermeldingswaardige uitspraken over de volgende onderwerpen:

- voorwaarden voor het bestaan van pensioenovereenkomst
- informatieplicht bij het niet aangaan van een pensioenovereenkomst ('afstandsverklaring')
- finale kwijting bij het einde van de arbeidsovereenkomst
- vorderen pensioenschade na einde arbeidsovereenkomst

1.2 Wel/niet pensioenovereenkomst

De Pensioenwet schrijft voor dat het aanbod tot het aangaan van een pensioenovereenkomst schriftelijk moet plaatsvinden (artikel 7 lid 1 PW), maar in de Pensioenwet zijn met betrekking tot de pensioenovereenkomst geen vormvoorschriften opgenomen. De algemene regels van het overeenkomstenrecht (aanbod en aanvaarding) zijn van toepassing.

Bestaan pensioenovereenkomst

Het ontbreken van vormvoorschriften houdt in dat aanbod en aanvaarding zowel mondeling als schriftelijk kunnen worden gedaan en uit een of meer gedragingen kunnen blijken (artikel 3:37 BW). De nota naar aanleiding van het verslag stelt dat voor aanvaarding geen 'handeling' van de werknemer is vereist. De rechtshandeling van aanvaarding kan gelet op artikel 3:37 BW ook uit het achterwege laten/blijven van feitelijke handelingen of mededelingen worden afgeleid. Zo kan uit een stilzwijgen de aanvaarding van het aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst blijken, zeker in combinatie met andere omstandigheden zoals de uitvoering van de pensioenregeling in overeenstemming met het aanbod en het informeren van de werknemer daarover.¹ Ook de **Rechtbank Noord Holland (31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4854)** oordeelde dat voor het bestaan van een pensioenovereenkomst niet uitsluitend een schriftelijke overeenkomst van belang is. Het bestaan van een pensioenovereenkomst kan, aldus de rechter, ook blijken uit feiten en omstandigheden. Zonder in te gaan op de details van deze sterk casuïstische uitspraak: van belang waren hier de omstandigheden dat concreet een pensioenregeling was genoemd in de arbeidsovereenkomst, er een overeenkomst was over de overdracht van pensioenverplichtingen en de verzekeraar nota's had verzonden.

Afstandsverklaring

Afstandsverklaringen blijven de gemoederen bezig houden. Verzekeraars en premiepensioeninstellingen staan een afstandsverklaring - terecht of onterecht - veelal niet toe. In de uitvoeringsovereenkomst wordt dan een bepaling opgenomen die de werkgever verplicht alle werknemers die kwalificeren als deelnemer in de zin van het pensioenreglement, aan te melden. Toch komt, met en zonder een dergelijke bepaling in de uitvoeringsovereenkomst, de afstandsverklaring in de praktijk nog veel voor. De werknemer wil niet deelnemen aan de pensioenregeling van de werkgever en de werkgever verleent hieraan zijn medewerking. De betreffende werknemer doet dan afstand van deelname, veelal door middel van een schriftelijke afstandsverklaring. Een zuiverder aanduiding is dat de werknemer een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst niet heeft aanvaard of het aangaan van een overeenkomst waarin is bepaald dat geen pensioenovereenkomst is gesloten.² Voor het leesgemak blijft het hierna 'de afstandsverklaring'.

¹ Zie E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse & Commentaar 2013, p. 117.

² Asser/Lutjens 7-XI 2016/123.

Een werkgever is niet verplicht om een pensioenovereenkomst met een werknemer tot stand te brengen. Afgezien van een aantal wettelijke beperkingen³ is er sprake van contractsvrijheid⁴. De wet bepaalt niets over afstandsverklaringen met betrekking tot het verwerven van pensioenaanspraken, dus ook niet over de vormvereisten en de inhoud.

Soms komt het voor dat de werknemer - of na zijn overlijden zijn partner - later op de rechtsgeldigheid van een afstandsverklaring terugkomt. Het verweer wat in dat laatste geval wordt ingeroepen is veelal dat:

- de overlevende partner niet heeft ingestemd met de afstandsverklaring;
- de werkgever de werknemer – en/of de overlevende partner – niet juist/onvolledig heeft geïnformeerd over de gevolgen van het doen van afstand;
- pensioen als essentieel beding is te zien van de arbeidsovereenkomst.

Kern van het laatstgenoemd verweer is de gedachte dat bij aanvaarding van een arbeidsovereenkomst zonder aanvaarding van het daarvan onderdeel uitmakende aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, een arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig tot stand komt. Gezien het belang van de arbeidsvoorwaarde pensioen in de totale waarde van het arbeidsvoorwaardenpakket kan leiden tot de gedachte dat de pensioenregeling niet als een ondergeschikt punt kan worden gezien, als bedoeld in de norm van artikel 6:225 BW.⁵

In geval van het (juist) informeren geldt dat de werkgever ten aanzien van pensioen geen expliciete precontractuele informatieplicht heeft. Er zijn geen wettelijke bepalingen die zien op een verplicht informeren van de werknemer over de inhoud van de pensioenregeling voorafgaande aan de indiensttreding, deelname aan de pensioenregeling of het (voorgenomen) besluit (van de werknemer) om niet aan de pensioenregeling deel te (gaan) nemen. Daarentegen is wel de wettelijke zorgplicht uit hoofde van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) op de (toekomstige) rechtsbetrekking van de werkgever en de werknemer van toepassing. Pensioen is complexe materie, kan leiden tot een forse financiële bijdrage van de werknemer en het resultaat wordt - zo overweegt de werknemer vaak - in de verre toekomst pas concreet. Onbegrip en desinteresse voert dan snel de boventoon. In zo'n geval kan van de werkgever worden verwacht de werknemer duidelijk te informeren over de mogelijke gevolgen van het voorgenomen besluit van de werknemer (om niet deel te nemen aan de pensioenregeling). Met bijzondere aandacht voor de situatie van een onverhoopt 'vroeg' overlijden of het intreden van arbeidsongeschiktheid. Bij later onheil loopt de werkgever het risico dat hem verzuim van deze zorgplicht worden tegengeworpen.

Over de rechtsgeldigheid van een afstandsverklaring oordeelde ook de **Rechtbank Limburg op 28 juni 2017 (ECLI:NL:RBLIM:2017:6071)**. Voorafgaand aan de indiensttreding heeft de werkgever aan de werknemer een afstandsverklaring met betrekking tot de pensioenregeling aangeboden. De werknemer en haar toenmalige partner hebben deze afstandsverklaring ondertekend. Naar het oordeel van de rechter heeft de werknemer met het ondertekenen van de afstandsverklaring ervoor gekozen om geen pensioenovereenkomst te sluiten. Volgens de rechter is, in tegenstelling tot de werknemer beweerde, niet komen vast te staan dat zij de verklaring onder druk heeft ondertekend. Tevens acht de rechter het ongeloofwaardig dat de werknemer het stuk niet zou hebben gelezen, terwijl ze het wel mee naar huis heeft gehad, zoals de werknemer ter zitting zelf heeft verklaard. Nu de werknemer het stuk thuis heeft gehad, heeft zij aldus de mogelijkheid gehad het in alle rust te lezen en bij eventuele onduidelijkheden daarover aan haar werkgever vragen te stellen of van ondertekening af te zien. Uit het vonnis is niet duidelijk op te maken wat exact aan informatie is verstrekt en wat de inhoud is van de afstandsverklaring. Gezien de vordering van de werknemer is geen informatie verstrekt over de (individuele) gevolgen van het ondertekenen van de afstandsverklaring en komen onduidelijkheden (dus ook de – individuele – gevolgen van geen deelname) volgens de rechter voor rekening van de werknemer.

Voor zover de werknemer het stuk niet heeft gelezen is dit dus een omstandigheid die voor haar eigen risico dient te komen. De stelling van de werknemer dat met het tekenen van de arbeidsovereenkomst ook een pensioenovereenkomst tot stand moet zijn gekomen is verder niet onderbouwd, en door de werkgever betwist. De rechter is hier verder niet op ingegaan.

³ Zie E. Lujens, Pensioenwet, Analyse & Commentaar 2013, par. 4.4.8

⁴ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, 3, p. 13 en 222.

⁵ Zie E. Lujens, Pensioenwet, Analyse & Commentaar 2013, p. 108 en de aldaar (voetnoot 27) aangehaalde rechtspraak.

Het voorgaande leidt tot het oordeel dat er geen grond is voor vernietiging van de overeenkomst. Opgemerkt zij nog dat de rechter voorbij gaat aan de — overigens door de werkgever bestreden — stelling van de werknemer, dat de werkgever haar niet (als een goed werkgever ex 7:611 BW, ES) heeft geïnformeerd over de gevolgen van de afstandsverklaring. Dit omdat de werknemer zich niet op dwaling (ex artikel 6:228 BW, ES) heeft beroepen en ook geen schadevergoeding (ex artikel 6:162 BW, ES) heeft gevorderd. Het Hof Den Bosch (24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:612) formuleerde eerder⁶ dat een werkgever zijn werknemer zodanig moet informeren dat deze beschikt over alle relevante informatie die noodzakelijk is voor een deugdelijke afweging van belangen en risico's bij het nemen van de beslissing om afstand te doen. Daarbij was, aldus het hof, ook van belang dat de werknemer een hbo-opleiding had genoten en dat de werknemer uit hoofde van zijn functie binnen het managementteam van de werkgever betrokken was geweest bij het overleg en de besluitvorming over de pensioenregeling. Kortom, bij afstandsverklaringen moet de werkgever zijn werknemer zo informeren dat die beschikt over alle relevante informatie die noodzakelijk is voor een deugdelijke afweging van belangen en risico's verbonden aan de afstandsverklaringen.

Het oordeel van de **Rechtbank Zeeland-West Brabant op 2 augustus 2017 (niet gepubliceerd, zaak/rolnr. 5628571 CV EXPL 17-52)** daarentegen ging een andere kant op. In 2000 was in de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de (in 2013 overleden) werknemer de bepaling opgenomen dat tussen partijen geen pensioenregeling is overeengekomen. In 2001 heeft de werkgever binnen de onderneming een pensioenregeling ingevoerd. De werknemer en zijn partner hebben op dat moment een afstandsverklaring ondertekend en nemen niet deel aan deze pensioenregeling. Het geschil gaat onder meer over de echtheid van de handtekening van de partner. Echter, de rechter komt aan dit vraagstuk niet toe. De werknemer voldoet aan de beschrijving van "deelnemer" zoals dit is opgenomen in het pensioenreglement. Het is, zo oordeelt de rechter, op grond van het pensioenreglement niet mogelijk om afstand te doen van de verplichte onderdelen van de pensioenregeling. De werknemer had dan ook geen keuze om niet deel te nemen aan de pensioenregeling. De werkgever had de werknemer, aldus nog steeds de rechter, de afstandsverklaring niet kunnen laten ondertekenen. De gevolgen hiervan komen daarom voor zijn rekening.

Dit lijkt mij een principieel onjuist oordeel. De rechter oordeelt dat er op basis van het pensioenreglement wordt deelgenomen en de werknemer hiervan geen afstand kan doen. Enige juiste lijkt mij dat de werkgever de werknemer een aanbod doet en dit aanbod door de werknemer niet wordt aanvaard. Zo komt er geen pensioenovereenkomst tot stand, is de werknemer geen deelnemer (geworden) in de zin van het pensioenreglement en wordt nergens afstand van gedaan. In dat opzicht is 'afstandsverklaring' ook een misleidende term.

Het komt ook voor dat de overlevende partner van de inmiddels overleden (ex-)werknemer op de afstandsverklaring terugkomt. Er is dan namelijk geen uitkering van een nabestaandenpensioen bij overlijden. Om te beginnen, in de praktijk is er nogal eens verwarring of de partner *moet* instemmen met de afstandsverklaring (al dan niet via ondertekening). Niet vereist is dat de partner de pensioenovereenkomst medeondertekent. Is dan wel vereist dat de partner de 'verklaring tot niet aanvaarding' medeondertekent? Dat blijkt nergens uit. De partner is tenslotte behalve begunstigde verder geen partij bij de arbeids- en pensioenovereenkomst, en (dus) ook niet bij de afstandsverklaring. Ook het Hof Den Bosch (24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:612) oordeelde dat instemming van de partner niet is vereist.⁷ Echter, eerder oordeelde de Rechtbank Oost-Nederland (9 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:3366) in een tussenvonnissen, nu voor het rechtsgeldig afstand doen van deelname aan de pensioenregeling was voorgeschreven dat de partner meeondertekent de werkgever ook de echtheid van die handtekening (wat de partner in dit geval betwistte) had moeten controleren.⁸

In een uitspraak van de **Rechtbank Amsterdam op 27 maart 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:2068)** staat de vraag centraal hoe proactief de werkgever zijn werknemer moet informeren over de persoonlijke gevolgen van een afstandsverklaring. De pensioenregeling kende de mogelijkheid tot vrijwillige deelname aan het partnerpensioen.

⁶ Het ging hier om de omzetting van een verplichte naar een vrijwillige deelname aan een Anw-hiaatverzekering.

⁷ Zie ook: E. Schop, 'Zorgplicht ten opzichte van de partner', PensioenAdvies 2015/51.

⁸ Zie voor een uitgebreide behandeling van deze uitspraak: E. Schop, 'Bommetje onder afstandsverklaring?', PensioenAdvies 2013/17.

De werknemer vulde bij indiensttreding het 'Keuzeformulier vrijwillige onderdelen' in. Bij de keuzemogelijkheden vulde hij 'nee' of 'n.v.t.' in bij het onderdeel partnerpensioen. Zowel de werknemer als de partner ondertekenden het formulier. Vervolgens overleed de werknemer kort daarna. De partner stelde dat de werkgever onvoldoende, misleidende, onduidelijke en/of tegenstrijdige informatie zou hebben verstrekt met betrekking tot het doen van afstand door de werknemer van deelname aan de partnerpensioenregeling. Uit het vonnis is niet duidelijk op te maken welke informatie de werkgever exact aan de werknemer heeft verstrekt. Het lijkt erop dat dit ten aanzien van de keuzemogelijkheden (waaronder het partnerpensioen) alleen in algemene bewoordingen is gebeurd. En niet over de gevolgen van wel/geen deelname, mogelijk van belang gezien zijn specifieke privésituatie. Naast zijn partner liet de werknemer namelijk twee minderjarige kinderen na, waarvan één meervoudig gehandicapt.

De werkgever organiseerde voor nieuwe werknemers (uiterlijk twee maanden na indiensttreding) een pensioenbijeenkomst. Tijdens zo'n bijeenkomst werden werknemers geïnformeerd over de pensioenregeling en kregen zij de mogelijkheid de individuele omstandigheden met een pensioenadviseur te bespreken, om daarna de gemaakte keuzes te wijzigen. Ook de betreffende werknemer was voor een degelijke bijeenkomst uitgenodigd maar is er niet naar toegegaan. Heeft de werkgever met dit alles de werknemer voldoende geïnformeerd over mogelijke gevolgen van de afstandsverklaring (het tekenen van het keuzeformulier)?

Over de verstrekte informatie oordeelt de rechter dat in alles duidelijk was weergegeven dat de regeling bestaat uit een verplicht en een vrijwillig deel waarbij alleen het vrijwillige deel betrekking heeft op het partnerpensioen. En dat de informatieplicht niet zo ver gaat dat de werkgever werknemers actief voor de individuele gevolgen van keuzes meer informatie dient aan te bieden dan dat de werkgever hier heeft gedaan. Ook niet nu de werkgever in dit specifieke geval op de hoogte was van de privésituatie.

De vraag is echter of het (bij herhaling) vermelden dat er zowel een verplicht als een vrijwillig deel (altijd) voldoende is. Op grond van het oordeel van de rechter kan worden gesteld dat de werkgever de werknemer niet proactief hoeft te informeren over de individuele gevolgen van diens pensioenkeuzes, onder de voorwaarde dat:⁹

- de werknemer een keuzeformulier ondertekent en daarop handgeschreven afstand doet van deelname aan de partnerpensioenregeling (in dit geval door bij elke keuzemogelijkheid het woord 'nee' of 'n.v.t.' in te vullen);
- de werknemer wordt gewezen op het feit dat er een keuze moet worden gemaakt waar die keuze betrekking op heeft;
- de werknemer de mogelijkheid heeft tot het deelnemen aan een (collectieve) toelichting;
- de werknemer zijn individuele gevolgen kan bespreken met een pensioenadviseur.

Of een werkgever ook aan zijn informatieverplichting voldoet als niet aan deze voorwaarden wordt voldaan – en zich dus beperkt tot algemene informatie – blijkt niet deze uitspraak. Ook in het hiervoor genoemde tussenvonnis van de rechtbank te Apeldoorn stelt de rechter zich de vraag of de werknemer zich bewust was van de financiële consequenties bij het doen van afstand.¹⁰ Volgens de rechter heeft een werkgever een (precontractuele) informatieplicht die inhoudt dat hij de werknemer volledig en juist informeert over de mogelijke gevolgen van afstand, in het bijzonder wat betreft de positie van nabestaanden. Aan deze informatieplicht had deze werkgever niet voldaan.

Belanghebbenden (de werkgever, de adviseur, maar ook de pensioenuitvoerder) blijven gewaarschuwd:

- overleg het niet (willen) deelnemen van een individuele werknemer aan een collectieve regeling met de pensioenuitvoerder;
- licht de werknemer de individuele gevolgen (in cijfers) toe (bij voorkeur in de afstandsverklaring zelf);
- stel geen bijzondere voorwaarden aan de (totstandkoming van de) afstandsverklaring. Het vooraf medeondertekenen van de partner is niet vereist, terwijl het achteraf tot (bewijs)problemen kan leiden;
- en voor de belanghebbende die op zeker wil varen ('*better safe than sorry*'), laat de partner de betreffende verklaring (toch) ondertekenen, maar controleer dan wel de handtekening(en) op echtheid (door persoonlijke ondertekening in bijzijn of door controle van een verplicht bijgesloten kopie van het identiteitsbewijs).

⁹ Zie ook T. Huijg, '(Informeren over) de afstandsverklaring: het luistert nauw', PensioenMagazine 2017/123.

¹⁰ E. Schop, 'Bommetje onder afstandverklaring?', PensioenAdvies 2013/17.

3. Einde arbeidsovereenkomst: finale kwijting pensioen

Als een werkgever en een werknemer (met wederzijdse instemming) de arbeidsovereenkomst wensen te beëindigen is het gebruikelijk een zogenaamde vaststellingsovereenkomst overeen te komen (artikel 7:900 BW). Een vast onderdeel van deze vaststellingsovereenkomst is de finale kwijting. De bedoeling van deze finale kwijting is dat partijen, na uitvoering van wat in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen, niets meer van elkaar te vorderen hebben. In de praktijk blijkt echter dat de finale kwijting niet in alle gevallen zo finaal is. In de rechtspraak zijn meerdere uitspraken geweest waarin er tussen partijen een meningsverschil bestaat over de vraag of pensioenschade onder de finale kwijting valt. De Hoge Raad heeft eerder (2 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1948) geoordeeld dat een nadere motivering vereist kan zijn als niet direct kan worden aangenomen dat partijen met de in de vaststellingsovereenkomst opgenomen finale kwijting ook de pensioenschade hebben bedoeld. Volgens de Hoge Raad is voor de beoordeling van het voorgaande van belang wat partijen precies hadden afgesproken over de pensioenschade en hoe ze dat over en weer mochten begrijpen. De vraag of de inhoud van de vaststellingsovereenkomst nu allesomvattend is of dat een beroep op het beding over finale kwijting zal slagen, hangt mede af van de uitleg die partijen hieraan mogen geven. Hoewel de tekst van de overeenkomst een belangrijk aanknopingspunt biedt, gaat het bij de uitleg van een vaststellingsovereenkomst uiteindelijk om de vraag wat partijen hebben bedoeld en van elkaar mochten begrijpen (de zogenaamde *Haviltex*-norm).¹¹ Van belang zijn dus ook om de omstandigheden en de context. Zo kunnen de duur en intensiteit van onderhandelingen en ondersteuning door juridische dienstverleners belangrijke aanwijzingen zijn.¹²

In 2017 speelde in twee gevallen het finale kwijtingsbeding in combinatie met pensioen. Het **Hof Den Bosch (19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4031)** oordeelt over de vraag of partijen met de wegens het einde van de arbeidsovereenkomst gesloten vaststellingsovereenkomst ook het bestaande pensioengeschil hebben geregeld. Het pensioengeschil ziet op het karakter van de tussen de werkgever en werknemer geldende pensioenovereenkomst: is sprake van een eindloon- of een middelloonregeling? Het aanbod van de werkgever met betrekking tot de inhoud van de vaststellingsovereenkomst wordt per brief van 8 februari 2011 door de werknemer verworpen en schrijft:

“9. Met uitzondering van de verplichtingen voor uw organisatie, voortvloeiende uit de pensioenregeling voor cliënte, verlenen partijen elkaar over en weer finale kwijting met inachtneming van het bovenstaande. Voor wat betreft de pensioenregeling wordt momenteel door een onafhankelijke pensioenconsulent onderzoek gedaan naar de vaststelling van de pensioenverplichtingen en of het daarbij geboden bedrag daarvoor toereikend is. Om die reden wordt het onderwerp pensioen uitgezonderd van de finale kwijting onder punt 9. en zal ik naar verwachting eind deze week/begin volgende week op dit onderwerp bij u terugkomen.”

In de reactie hierop van de werkgever (brief van 14 februari) wordt niet inhoudelijk ingegaan op enige pensioenkwestie. Aan het eind van de brief staat opgenomen: *“Voor het overige blijft het voorstel in mijn brief van 8 februari j.l. onverkort gehandhaafd.”* Daarna antwoordt de werknemer op 21 februari 2011 schriftelijk op dit voorstel waarbij niet wordt ingegaan op het onderdeel pensioen.

Bij brief van 22 februari 2011 biedt de werknemer een concept-vaststellingsovereenkomst aan aan de werkgever. In het begeleidend schrijven staat onder meer vermeld: *“Wij gaan (...) akkoord met de door u voorgestelde regeling. Ik heb een concept van een vaststellingsovereenkomst bijgevoegd met het verzoek aan u om mij te voorzien van uw aan- en/of opmerkingen.”*

De werkgever heeft vervolgens met een e-mail op 22 februari 2011 puntsgewijs gereageerd op het concept van de vaststellingsovereenkomst. In die e-mail worden geen opmerkingen gemaakt over het in artikel 14 (hierna weer te geven) opgenomen kwijtingsbeding. Op 24 februari 2011 is de vaststellingsovereenkomst overeengekomen. Deze bevat, voor zover hier relevant, de navolgende tekst:

¹¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3171.

¹² Zie bijvoorbeeld het Hof Arnhem 18 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC5301.

“(...)

Pensioen

Werkneemster kan aan de door Werkgever ten behoeve van Werkneemster afgesloten pensioenvoorziening blijven deelnemen tot aan het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Werkgever zal tot aan het bereiken van de 65-jarige leeftijd van Werkneemster maandelijks de pensioenbijdrage, welke in hoogte gelijk is aan de voor Werkgever per januari 2011 geldende pensioenbijdrage aan het pensioenfonds voldoen.

De eigen bijdrage van Werkneemster ten behoeve van deze pensioenvoorziening wordt door Werkgever ingehouden op de hiervoor omschreven suppletie en aan het pensioenfonds afgedragen. In het geval er een bruto uitkering dient plaats te vinden als bedoeld in artikel 3, dan zal het bedrag dat gemoeid is met de toekomstige premieafdrachten op deze uitkering in mindering worden gebracht.

(...)

Finale kwijting

Met deze vaststellingsovereenkomst hebben partijen een uitputtende allesomvattende regeling getroffen. Na voldoening van vorenstaande verplichtingen zullen partijen jegens elkaar dan ook geen verdergaande verplichtingen meer hebben uit hoofde van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst, bonus en/of winstregeling, pensioenvoorziening of uit welke andere hoofde dan ook en verlenen partijen elkaar finale kwijting.

(...)”

De voorliggende vraag is nu of het geschil over het karakter van de pensioenovereenkomst (eindloon of middelloon) valt onder de reikwijdte van de vaststellingsovereenkomst of niet.

Het hof stelt vast dat in het in de vaststellingsovereenkomst opgenomen kwijtingsbeding een niet op enigerlei specifieke wijze omschreven finale kwijting wordt verleend ter zake “pensioenvoorziening”. De werkgever neemt het standpunt in dat daaronder alle mogelijke kwesties rondom het pensioen vallen. De werknemer bestrijdt dit: het kwijtingsbeding ziet niet op aanspraken die voortvloeien uit het geschil over de vraag of een pensioen is aangeboden op basis van een eindloonregeling of op basis van een middelloonregeling.

Met toepassing van de *Haviltex*-maatstaf merkt het hof in de eerste plaats op dat de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen doordat de werkgever akkoord is gegaan met een daartoe door de werknemer gedaan voorstel. Daaruit volgt dat de vaststellingsovereenkomst niet tot stand is gekomen op basis van een nieuw tegenvoorstel door de werkgever en deze akkoord was met de regeling zoals die is voorgesteld door de werknemer in de brieven van 8 februari 2011 en 21 februari 2011. In de brief van 8 februari 2011 had de werknemer een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de pensioenclausule, welk voorbehoud terugkwam in de brief van 21 februari 2011. Bij de aanbieding van het concept van de vaststellingsovereenkomst heeft de werkgever niet expliciet aangegeven dat daarin bepalingen waren opgenomen die niet waren opgenomen in het voorstel van de werknemer of die afweken van daarin opgenomen bepalingen. De werkgever heeft in haar reactie (brief van 22 februari 2011) niet verwezen naar het kwijtingsbeding, noch aangegeven wat haar bedoeling was bij het opnemen van “pensioenvoorziening” in het kwijtingsbeding. Daarbij komt dat in de correspondentie voorafgaand aan de brief van 22 februari 2011 de kwestie “middelloon of eindloon” in het geheel niet aan de orde is gekomen.

Het hof oordeelt dat het geschil over eindloon of middelloon bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst niet als geschilpunten zijn onderkend en niet als zodanig zijn besproken. De werkgever kon onder deze omstandigheden er niet op vertrouwen dat de werknemer zonder meer bereid was om afstand te doen van alle vorderingsrechten met betrekking tot haar pensioen, ook rechten die haar op dat moment nog niet bekend waren.

Ook de **CRvB (4 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1676)** mocht zich buigen over de uitleg van een vaststellingsovereenkomst over pensioenafspraken. De werknemer betwist dat partijen hebben beoogd om daarin een allesomvattende finale regeling te treffen voor alle aspecten van de beëindiging van het dienstverband. Het financieel nadeel dat de werknemer ondervindt door het vervallen van zijn voorwaardelijk

pensioendeel (FPU-regeling bij het ABP) maakt volgens hem geen onderdeel uit van de clause over finale kwijting. De Raad oordeelt daarentegen dat expliciet is vermeld dat finale kwijting wordt verleend over wat partijen van elkaar te vorderen mochten hebben. Partijen hebben, aldus de Raad, met deze clause onmiskenbaar beoogd een finale regeling te treffen voor alles wat betrekking heeft op de beëindiging van het dienstverband. Daaronder vallen dus ook (de gevolgen voor) eventuele pensioenrechten. De werknemer liet zijn (naar mijn mening) creatieve geest de loop door in te brengen dat het recht op voorwaardelijk pensioen pas ontstaat als aan de voorwaarden wordt voldaan, zodat het hier gaat om een toekomstige vordering die niet onder het bereik van de vaststellingsovereenkomst valt. Ook kon de vordering, aldus de werknemer, bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst niet bekend zijn.

De Raad gaat hier niet in mee. De werknemer kon immers al vóór het sluiten van de vaststellingsovereenkomst ermee bekend zijn dat hij voorwaardelijk pensioen kreeg toegezegd en dat hij aanspraak maakte op uitbetaling van dit extra pensioen, mits het dienstverband tot aan de datum van zijn pensionering in stand zou blijven. De werknemer wist dus ook dat het uitzicht op dit extra pensioen bij uitdiensttreding verloren zou gaan. Tevens werd de werknemer tijdens de onderhandelingen bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener. Het behoorde, aldus de Raad, tot de verantwoordelijkheid van de werknemer, om in de vaststellingsovereenkomst (ook) voor dit onderwerp een voorbehoud te maken als hij deze pensioenrechten buiten de finale kwijting had willen houden.

Geen nieuwe inzichten maar ook hier weer een “alert”: het belang om het beding in de vaststellingsovereenkomst omtrent finale kwijting zo zorgvuldig mogelijk te formuleren en de pensioensituatie vooral zorgvuldig in kaart te brengen.

4. Na einde arbeidsovereenkomst

Voor het overeenkomen van een pensioenovereenkomst is het bestaan van een arbeidsovereenkomst een vereiste. Dat betekent dat wanneer een afspraak over pensioen wordt gemaakt nadat de dienstbetrekking is geëindigd, dit niet als pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet wordt aangemerkt. Het gaat op dat moment niet om een afspraak met een werknemer, maar een gewezen werknemer. Een na het einde van de arbeidsovereenkomst overeengekomen aanvulling op een reeds tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst overeengekomen pensioenregeling, kan daarentegen wel als onderdeel van een pensioenovereenkomst worden beschouwd. Er is dan immers, zo zegt de memorie van toelichting, niet een ‘geheel nieuwe’ pensioenovereenkomst.¹³ De Pensioenwet verhindert echter niet dat een pensioenovereenkomst met terugwerkende kracht wordt aangegaan.¹⁴

Niet zozeer het na het einde van de arbeidsovereenkomst overeenkomen van een pensioenovereenkomst maar het na het einde van de arbeidsovereenkomst gebruik maken van een beding uit de pensioenovereenkomst stond centraal in een oordeel van de **Rechtbank Midden (22 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5820)**. De vraag was in hoeverre een voormalig werknemer alsnog pensioenschade op de werkgever kan verhalen als gevolg van het niet kunnen deelnemen aan de mogelijkheid om na het einde van het dienstverband vrijwillig te blijven deelnemen aan de pensioenregeling van het pensioenfonds. Wat was er aan de hand? De werknemer nam tijdens het dienstverband verplicht deel aan de pensioenregeling van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (hierna te noemen: PFZW). Deze pensioenregeling kent een mogelijkheid om na het einde van het dienstverband de deelname nog gedurende een bepaalde periode voort te zetten. Een voorwaarde¹⁵ om vrijwillig de deelname na einde van het dienstverband voort te kunnen zetten was dat de werknemer een wachtgelduitkering moest ontvangen. Bij het einde van het dienstverband werd aan de werknemer echter de wachtgelduitkering geweigerd door de werkgever. De werknemer liet het daar niet bij zitten en spande een procedure aan. Die procedure duurde bijna twee jaar voordat eindvonnis werd gewezen. De rechter wees alsnog de vordering van de werknemer toe en de werkgever moest dus nog alsnog wachtgeld betalen. Vervolgens meldde de werknemer zich bij PFZW en gaf aan gebruik te willen maken van een voortgezette vrijwillige deelname na het einde van het

¹³ *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 3, p. 13.

¹⁴ Zie E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse & Commentaar 2013*, p. 108 en 133.

¹⁵ Bepaald in de van toepassing zijnde CAO.

dienstverband. PFZW wees echter het verzoek tot vrijwillige voortzetting af omdat het verzoek daartoe binnen zes maanden na het einde van het dienstverband had moeten worden gedaan. Wat niet was gebeurd.

PFZW was ook niet genegen om coulance halve de vrijwillige voortzetting toe te staan. De werknemer liet het er ook dit keer niet bij zitten en spande een procedure aan tegen opnieuw de werkgever. De werknemer was van mening dat de werkgever aansprakelijk kon worden gehouden voor het tekort in de pensioenopbouw gedurende de periode dat vrijwillig had kunnen worden voortgezet. Had de werkgever namelijk het wachtgeld wel direct betaald, aldus de werknemer, dan was de vrijwillige deelname wél mogelijk geweest.

De rechter is echter van oordeel dat een causaal verband tussen de handelswijze van de werkgever en de geleden schade door de werknemer ontbreekt. Zo heeft de werknemer toen de werkgever de verschuldigdheid van het wachtgeld betwistte, geen enkele aanspraak gemaakt op enige betalingsverplichting van pensioenpremie noch een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de gestelde financiële onmogelijkheid om de pensioenopbouw vrijwillig voort te zetten.

De gestelde schade is, zo oordeelt de rechter, ontstaan omdat de werknemer verstoken is geweest van het gebruik van de wachtgelduitkering (mede) ten behoeve van de voortzetting van de pensioenopbouw. Wil er sprake zijn van de plicht tot vergoeding van schade dan moet eerst wel komen vast te staan dat sprake is van enig causaal verband tussen (doen of nalaten van) handelen en het ontstaan van de schade. Dat was hier het geval geweest als:

- de werkgever bij het einde van het dienstverband per 1 oktober 2011 het besluit tot toekenning van wachtgeld meteen had genomen;
- de werknemer dan gebruik had gemaakt van de vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw;
- de werkgever dan pensioenpremie voor de werknemer had betaald aan PFZW; en
- de werknemer dan de gestelde schade niet zou hebben geleden.

Maar dat is volgens de rechter een te ver verwijderd verband zodat causaliteit ontbreekt. De werknemer had dit namelijk kunnen ondervangen door wel binnen de gestelde termijn aanspraak te maken op de vrijwillige voortzetting bij PFZW. De discussie over de premiebetaling had dan aangehouden kunnen worden tot het moment dat er duidelijkheid zou zijn over het wachtgeld.

Het is dus voor een deelnemer/werknemer van groot belang om alert te zijn op termijnen als men aanspraak wil maken op een vrijwillige voortzetting. Dit is geen vanzelfsprekendheid en niet ieder pensioenreglement voorziet er (op dezelfde wijze) in.

Edwin Schop
21 januari 2018