

Bommetje onder afstandverklaring?

Edwin Schop, datum 01-03-2013

Datum	01-03-2013
Auteur	Edwin Schop ^[1]
Auteurprofiel	E. Schop
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Afstandverklaringen blijven de gemoederen bezig houden. Verzekeraars staan een afstandverklaring - 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 bij de pensioenuitvoerder.

Edwin Schop^[1]

Toch komt, met of zonder een dergelijke bepaling in de uitvoeringsovereenkomst, de afstandverklaring in de praktijk nog veel voor. Rechtspraak over de afstandverklaring was er nog niet. Recentelijk wees de Kantonrechter in Apeldoorn (9 januari 2013, niet gepubliceerd) tussenvonnissen. Met interessante aandachtspunten voor de praktijk: een 'must know' voor de pensioenadviseur

Feiten

Bij indiensttreding had de werknemer middels ondertekening van een afstandverklaring afstand gedaan van deelname aan de pensioenregeling. Op de afstandverklaring was ook de handtekening van de partner van de werknemer geplaatst. Na het overlijden van de werknemer ontkende de partner zelf de afstandverklaring te hebben ondertekend en er ook nooit mee te hebben ingestemd. De werkgever had de handtekening van de werknemer wel nagetrokken op echtheid, maar heeft dit niet gedaan bij die van de partner.

In het pensioenreglement is opgenomen dat

- (a) het reglement van toepassing is op alle werknemers van de werkgever,
- (b) de deelnemer wordt geacht bij het begin van de deelneming aan de pensioenregeling te hebben gekozen voor verzekering van het partnerpensioen, tenzij (indien van toepassing) de deelnemer de verzekeraar schriftelijk heeft verzocht dat partnerpensioen niet te willen verzekeren.

De bepaling onder (b) was ook opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Volgens het vonnis (verweer nabestaande) heeft deze melding aan de verzekeraar niet plaatsgevonden. Uit het vonnis blijkt niet of het pensioenreglement is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. Wel blijkt uit het vonnis, althans - zo lees ik het, dat de werkgever aan de werknemer de mogelijkheid biedt deel te nemen aan een pensioenregeling. Uit het vonnis blijkt ook niet of afstand kon worden gedaan aan deelname aan de pensioenregeling, of dat deelname verplicht was maar (daarbinnen) er de mogelijkheid was het nabestaandenpensioen niet te verzekeren.

De nabestaande stelt zich tevens op het standpunt dat voor rechtsgeldig afstand doen van een aangeboden pensioenvoorziening de toestemming nodig is van de betrokken werknemer en van diens partner, omdat met de afstand van pensioen ook het partnerpensioen wordt prijsgegeven. De nabestaande verwijst hiervoor naar het arrest van Hof Hertogenbosch van 15 januari 2008 (*LJN: BC2770*) Dit arrest is, Aldus de nabestaande, weliswaar gewezen onder vigeur van de Pensioen- en Spaarfondsenwet en de daarop gebaseerde regelen, maar het lijkt geen twijfel dat wat nodig is voor een rechtsgeldige afstand van pensioen, onder de Pensioenwet niet gewijzigd is. Artikel 67 van de Pensioenwet schrijft in de daar bedoelde omstandigheden de instemming van de nabestaande voor.

De partner van de overleden werknemer betwist de afstandverklaring voor het nabestaandenpensioen, betreft de werkgever in rechte en vordert nakoming van de pensioenovereenkomst (affinanciering van uitkeringen van het nabestaandenpensioen). De pensioenuitvoerder en de pensioenadviseur worden niet in rechte betrokken.

Tussenvonnis

De rechter stelt de werkgever niet te kunnen volgen waar hij bedoelt dat de werknemer, door het ondertekenen van de afstandverklaring, nooit deelnemer is geworden aan de pensioenregeling. Omdat, aldus nog steeds de rechter, in het reglement is opgenomen dat de pensioenregeling geldt voor alle werknemers vanaf 21 jaar en een dienstverband langer dan twee maanden, en de werknemer voldeed aan deze voorwaarden, is de werknemer deelnemer aan de pensioenregeling. Ondanks dat in de arbeidsovereenkomst staat dat de werkgever aan de werknemer de mogelijkheid biedt deel te nemen aan een pensioenregeling.

Het afstand doen was mogelijk onder de in het pensioenreglement en de arbeidsovereenkomst gestelde voorwaarden (ondertekening partner). Juist onder die voorwaarden, zo concludeert de rechter, is een werkgever vereist de handtekening van de partner te verifiëren.

Dan komt de rechter toe aan de vraag of de werknemer zich bewust was van de financiële consequenties bij het doen van afstand. Volgens de rechter heeft een werkgever een (precontractu-ële) 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 heeft de werkgever hier niet voldaan. Door schending van deze informatieplicht en het ontbreken van een (geldige) handtekening van de partner oordeelt de rechter dat aan de partner een partnerpensioen toekomt.

Tot slot bepaalt de rechter dat het hier niet zozeer gaat om het afsluiten van een nieuwe polis, maar affinanciering van een bestaand pensioenrecht.

Juridisch kader

Op grond van de wettelijke bepalingen gelden de volgende uitgangspunten:

(a) Een pensioenovereenkomst (tussen werkgever en werknemer) komt tot stand door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 lid 1 BW). In de Pensioenwet (PW) zijn hierover geen bijzondere bepalingen opgenomen (wel over 'slechts' het doen van een aanbod, art. 7 PW). Zonder aanvaarding komt er dus geen pensioenovereenkomst tot stand (uitgezonderd de situaties zoals daar zijn de Wet Bpf, de Wet CAO en Wet Overgang van onderneming). In dat opzicht is

de term 'afstandverklaring', of ook de als beter gesuggereerde aanduiding 'afstandovereenkomst', hoogst ongelukkig. Het veronderstelt dat afstand wordt gedaan van iets waar recht op bestaat. Maar feitelijk bestaat dat recht nog niet en wordt door de werknemer verklaard dat hij het aanbod van de werkgever tot het sluiten van een pensioenovereenkomst niet aanvaardt.

- (b) De pensioenovereenkomst staat los van de uitvoeringsovereenkomst (tussen de werkgever en de verzekeraar). Hierin wordt veelal overeengekomen dat de verzekeringnemer (de werkgever) zich verplicht alle werknemers die kwalificeren als deelnemer in de zin van het pensioenreglement, aan te melden. Wordt door de werkgever met de werknemer afgesproken niet deel te nemen aan de pensioenregeling, dan is de werkgever met betrekking tot nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst in verzuim. Op grond waarvan de pensioenuitvoerder bij de werkgever eventuele schade of alsnog nakoming van de (uitvoerings)overeenkomst kan vorderen.
- (c) Een pensioenovereenkomst hoeft niet schriftelijk te zijn vormgegeven (slechts dient de werkgever de werknemers schriftelijk te laten weten of en wanneer hij de werknemer een aanbod gaat doen, art. 7 lid 1 PW). Ook is niet vereist dat de *'verklaring tot niet aanvaarden van het aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst'* schriftelijk wordt overeengekomen. Maar, met oog op de bewijsvoering, te adviseren is het wel.
- (d) Evenmin is vereist 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 *'verklaring tot niet aanvaarding'*.
- (e) De werkgever heeft ten aanzien van pensioen geen expliciete precontractuele informatieplicht. 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 (art. 7:611 BW) op de (toekomstige) rechtsbetrekking van de werkgever en de werknemer van toepassing, in ieder geval voor wat betreft het (voornemen om) aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst niet te aanvaarden. 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. Desinteresse voert dan snel de boventoon. In zo'n geval kan van de werkgever (als specialist - althans, dat professionalisme wordt hem juridisch aangerekend) worden verwacht de werknemer duidelijk te informeren over de mogelijke gevolgen van het voorgenomen besluit van de werknemer. Met bijzonder 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.
- (f) Voornoemde uitgangspunten - althans, (a) tot en met (d) - kunnen (uiteraard) anders liggen indien contractueel (aanvullend) anders is overeengekomen.

Beoordeling tussenvonnis

'Verklaring tot niet aanvaarden' is mogelijk

In de onderliggende situatie zijn deze aanvullende contractuele bepalingen van toepassing. Zo is, als eerder gesteld, in het pensioenreglement bepaald dat het niet verzekeren van het nabestaandenpensioen slechts mogelijk is indien dit schriftelijk is verklaard, deze verklaring is ondertekend door de werknemer en de partner, en deze aan de pensioenuitvoerder (tijdig) is overlegd. Is niet aan deze voorwaarden voldaan dan geldt dat het nabestaandenpensioen is verzekerd. Tevens is in de arbeidsovereenkomst opgenomen dat een dergelijke verklaring is vereist en door de partner moet worden ondertekend.

In de arbeidsovereenkomst is ook opgenomen dat de werkgever aan de werknemer de mogelijkheid biedt deel te nemen aan een pensioenregeling.

De rechter lijkt te betogen dat de werknemer in het geheel geen afstand heeft kunnen doen van deelname aan de pensioenregeling nu het pensioenreglement stelt dat de pensioenregeling geldt (en niet: 'kan gelden' als toetredingsvoorwaarde) voor alle werknemers van de werkgever. En dat de werkgever geen aanbod tot deelname kan doen, ook al is dit in de arbeidsovereenkomst als zodanig opgenomen, nu in het pensioenreglement is bepaald dat de werknemer deelneemt aan de pensioenregeling. Op deze redenering lijkt mij wel (meer dan) wat af te dingen. Ik stel me het volgende voor, overeenkomstig de praktijk. De werkgever doet de werknemer een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Bij de werkgever is een pensioenregeling van kracht waaraan alle werknemers deelnemen. In het pensioenreglement is dit ook zo verwoord, in de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de werknemer deelneemt aan de pensioenregeling van de werkgever. Wenst de werknemer niet deel te nemen aan de pensioenregeling, dan komt er - bij voorkeur met bewijze van een verklaring tot het niet aanvaarden van het aanbod tot deelname - geen pensioenovereenkomst tot stand. De arbeidsovereenkomst wordt onder verwerping van het pensioenbeding (rechtsgeldig) overeengekomen. Zonder aanvaarding van het aanbod geen deelname aan de pensioenregeling.

Geen recht, geen aanspraak, geen afstand, geen afkoop, geen uitruil

De nabestaande stelt zich op het standpunt dat voor rechtsgeldig afstand doen van een aangeboden pensioenvoorziening de toestemming nodig is van de betrokken werknemer en van diens partner, omdat met de afstand van pensioen ook het partnerpensioen wordt prijsgegeven. De nabestaande wijst op het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 15 januari 2008 (*LJN: BC2770*). Met name wordt (zo begrijp ik het vonnis) dan gedoeld op de toepassing van art. 23 Regelen PSW. Het arrest ziet echter op een andere situatie. In dit art. 32 Regelen PSW is bepaald dat de aanspraak van een verzekerde op ouderdomspensioen zonder toestemming van diens echtgenoot niet bij overeenkomst tussen de verzekerde en de verzekeraar kan worden verminderd anders dan bij afkoop. Uitgangspunt van dit artikel is dus dat er (reeds) een pensioenovereenkomst en een aanspraak bestaat.

Het arrest is weliswaar gewezen onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet en de daarop gebaseerde regelen, maar het lijdt, aldus de rechter, geen twijfel dat wat nodig is voor een rechtsgeldige afstand van pensioen, onder de Pensioenwet niet gewijzigd is. Art. 67 PW schrijft in de daar bedoelde omstandigheden de instemming van de nabestaande voor, aldus nog steeds de rechter. De rechter gaat er aan voorbij dat het hier gaat om afkoop. Afkoop is iedere handeling waardoor pensioenaanspraken hun pensioenbestemming verliezen (art. 1 PW) en alleen mogelijk onder bepaalde voorwaarden (art. 65 PW e.v.). Voor afkoop moet er dus reeds een aanspraak bestaan. Door een verklaring tot het niet

aanvaarden van een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst komen er geen aanspraken tot stand.

Controle op echtheid handtekening vereist

De kern van het vonnis is dan of de werkgever heeft mogen vertrouwen op de echtheid van de handtekening van de partner. Het vonnis van de Rechtbank Rotterdam 15 juni 2012 (*LJN: BX9792*) trekt hierbij de aandacht. Hier ging het om een partner die stelde geen akkoord te hebben gegeven op een uitruil van pensioen in het kader van een collectieve waardeoverdracht (art. 83 PW). Op grond van art. 83 PW is deze toestemming niet vereist. De rechtbank stelt dat uit ongeschreven regels in het maatschappelijk verkeer niet volgt dat een pensioenuitvoerder bij een uitruil van pensioen echtgenoten altijd persoonlijk moet benaderen of dat zij handtekeningen in dergelijke situaties steeds op echtheid moet controleren voor het geval er sprake is van een vervalsing van een van de echtgenoten. Het voert te ver om aan te nemen dat een pensioenuitvoerder schadeplichtig is wanneer zij dit nalaat. Een en ander laat, aldus de rechtbank, echter onverlet dat de pensioenuitvoerder - gelet op de belangen - wel een zeker risico neemt door slechts te vertrouwen op een teruggestuurd formulier en niet van betrokkenen verlangt om bijvoorbeeld in het bijzijn van een medewerker voor de uitruil te tekenen. Dit risico kan zomaar worden binnengehaald indien de eis tot ondertekening wel is gesteld, zoals in dit geval bij het niet verzekeren van het nabestaandenpensioen. Verdedigd kan worden dat in dat geval de werkgever de handtekening van de partner had moeten controleren op echtheid.

Werkgever is informatieplichtig

Daarnaast blijkt de werkgever (dan wel zijn adviseur) de werknemer niet (goed genoeg) te hebben voorgelicht over de (financiële) consequenties van zijn voorgenomen besluit niet aan de pensioenregeling te willen deelnemen. De opmerking van de werknemer dat de kosten van deelname niet zouden opwegen tegen de opbrengsten had de werkgever niet (aldus de rechter) 'voor zoete koek mogen aannemen'. Een in mijn ogen terecht standpunt.

Conclusie

De uitspraak moet worden gewaardeerd in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval. De conclusie is dan dat - uitgaande van de feiten zoals gesteld, waaronder gebrek aan bewijs dat de partner zelf heeft ondertekend - nu aan de voorwaarden niet is voldaan, de vereiste 'afstandverklaring' ontbreekt en de partner op grond van de pensioenovereenkomst terecht uitkering van het nabestaandenpensioen lijkt te kunnen vorderen. Waren gestelde voorwaarden in het pensioenreglement noch de arbeidsovereenkomst van toepassing, dan bleef het ontbreken van de handtekening van de partner naar mijn mening zonder resultaat. Maar het oordeel is onjuist nu de werknemer had verklaard (ook al stond daarop een (mogelijk) vervalste handtekening van de partner) niet op het pensioenaanbod van de werkgever in te gaan en aan die verklaring niet de eis was gesteld dat deze moest worden ondertekend door de partner.

Toch zijn belanghebbenden (de werkgever, de adviseur, maar ook de pensioenuitvoerder) gewaarschuwd:

(a) Overleg het niet (willen) deelnemen van een individuele werknemer aan een collectieve

- regeling met de pensioenuitvoerder;
- (b) Overleg met de verzekeraar tot aanpassing van de definitie van deelnemer (de werknemer waarmee de werkgever een pensioenovereenkomst heeft gesloten). Mogelijk dat de verzekeraar deze definitie te ruim ziet en dit de deur opent naar 'afstandverklaringen';
 - (c) Licht de werknemer de gevolgen (in cijfers) toe en documenteer dit (bij voorkeur in de 'verklaring tot niet aanvaarden');
 - (d) Noem een verklaring daartoe geen afstandverklaring of afstandovereenkomst maar een *'verklaring tot het niet aanvaarden van het aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst'*;
 - (e) Stel geen bijzondere voorwaarden aan de (totstandkoming van de) *'verklaring tot niet aanvaarden van het aanbod'*. Het medeondertekenen van de partner is vooraf niet vereist, terwijl het achteraf tot (bewijs)problemen kan leiden;
 - (f) Maar voor de belanghebbende die op zeker wil varen ('better safe than sorry'): laat (toch) de partner de betreffende verklaring 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). ■

Voetnoten

[1]

Directeur Flexis Groep Docent Wft-Pensioen en verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht