



Compensatie verplicht bij versobering pensioenregeling werknemers?

IN HOEVERRE BIEDT WETGEVING VOLDOENDE HANDVATTEN DIE ZOWEL
REKENING HOUDT MET DE WERKGEVER ALS DE WERKNEMER?

Student: Wilfred H. Korthouwer

Begeleider: Drs. David Wildemans

Organisatie: WK Pensioenconsultancy

Opleiding: Master in Pensions and Life Assurance

Castricum, november 2015

Inhoudsopgave

Woord vooraf	1
1. Inleiding	2
1.1 Onderzoeksvraag	3
1.3 Afbakening van het onderwerp, opzet en deelvragen.....	3
2. Welke belangen van verschillende partijen betrokken bij de wijzigingen van de pensioenregeling van het bedrijf spelen een grote rol?	4
2.1 Inleiding.....	4
2.2. De werkgever.....	5
2.3. De ondernemingsraad	7
2.3.1. Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet	7
2.3.2. Instemmingsrecht bij aftopping pensioen	10
2.4. De werknemer.....	12
2.5 Conclusie	12
3 Op welke wijze speelt wetgeving een belangrijke rol bij compensatie van pensioen?.....	13
3.1. Inleiding.....	13
3.2. Nederlandse fiscale wetgeving	14
3.2.1. Pre-Witteveen; open norm pensioen	14
3.2.2. Wet fiscale behandeling pensioenen (Witteveen)	14
3.2.3 Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen (wet VPL)	15
3.2.4. Wet verhoging AOW en pensioenrichtleeftijd (wet VAP)	16
3.3 Wetgeving civiel juridisch.....	18
3.3.1 Algemeen wettelijk kader.....	18
3.3.2. Wijziging opgebouwde pensioenrechten	19
3.3.3. Eenzijdige wijziging pensioenregeling, artikel 7:613 BW en 19 PW	21
3.3.4. Wijziging pensioenregeling via pensioenfonds.....	26
3.3.5. Wel of geen instemming ondernemingsraad	27
3.3.5. Eenzijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 7:611 BW	28
3.3.6. Eenzijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 6:258 BW	29
3.3.7. Toetsing eenzijdige wijziging pensioenregeling	30
3.3.8. Jurisprudentie eenzijdige wijziging art. 7:613 en art. 19 PW.	30
3.3.9. Tweezijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 7:611 BW	31

3.4	Conclusie	32
4.	Welke methoden zijn er m.b.t. compenseren van pensioen?	33
4.1.	Inleiding.....	33
4.2.	Compensatie werkgever verplicht?	33
4.3.	Compensatie via de pensioenregeling	35
4.3.1.	Verlaging van de deelnemersbijdrage	36
4.3.2.	Indexeren van pensioenaanspraken	37
4.4	Compensatie aftopping pensioengevend salaris	38
4.4.1.	Nettopensioen of nettolijfrente	40
4.5.	Compensatie via loon en overige arbeidsvoorwaarden	42
4.6.	Conclusie	44
5.	Samenvatting.....	45
6.	Conclusie en aanbevelingen.....	48
7.	Literatuurlijst.....	50
8.	Bijlagen	54

Woord vooraf

Deze masterthesis vormt de afsluiting van mijn studie Master in Pensions and Life Assurance aan de Oysterwyck Hogeschool in Tilburg.

Met het vraagstuk rondom compensatie van pensioen ben ik in de praktijk steeds meer mee in aanraking gekomen en vormde voor mij een belangrijke aanleiding om nader te onderzoeken. Deze thesis is met name geschreven voor de doelgroep van werkgevers en ondernemingsraden.

Als eerste bedank ik mijn scriptiebegeleider drs. Wildermans voor de nodige feedback en de prettige samenwerking.

Ook bedank ik de Oysterwyck Hogeschool. Ik waardeer de manier van doceren en de aanwezige kennis bij de docenten en hoogleraren. De opleiding heb ik met veel plezier en interesse gevolgd.

Tot slot wil ik mijn vriendin bedanken die mij in de afgelopen periode tot grote steun is geweest bij het vervaardigen van deze thesis.

Wilfred Korthouwer

Castricum, december 2015

1. Inleiding

Gedurende de wetsgeschiedenis heeft de overheid pensioenregelingen steeds meer versoberd. Waar ooit pensioenregelingen slechts aan de open norm van maatschappelijke aanvaardbaarheid moesten voldoen, zijn er nu strenge fiscale beperkingen.

Tot op heden hebben de fiscale voordelen altijd de boventoon gevoerd. De laatste jaren is verschuiving zichtbaar in de fiscale behandeling van pensioen, het zgn. Witteveenkader. Zo zijn de recente versoberingen van het Witteveenkader ingegeven door bezuinigingen. Hier schuilt geen maatschappelijke ontwikkeling of fiscale theorie. Naast de forse verlaging van de maximale fiscale opbouwpercentages kan de aftopping van het pensioeninkomen worden gezien als een kantelpunt in de ontwikkeling van de fiscale facilitering van pensioen. Of deze neerwaartse trend zal doorzetten, zal de toekomst uitwijzen. De versobering van de fiscale facilitering neemt niet weg dat de behoefte blijft bestaan aan de opbouw van een adequate ouderdagvoorziening.

Op 12 juli 2012 is de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd (hierna: Wet VAP) in werking getreden ¹. Hierdoor stijgt de AOW leeftijd stapsgewijs van 65 jaar naar 67 jaar.

Ook worden de fiscaal gefaciliteerde maximale opbouwpercentages en de pensioenrichtleeftijd per 1 januari 2014 gewijzigd. De invoering van de Wet VAP ² is een belangrijk hulpmiddel voor het verbeteren van de houdbaarheid van de AOW en de aanvullende pensioenen. Door de vergrijzing en de crisis is de houdbaarheid van het pensioenstelsel onder druk komen te staan. Er komen steeds meer gepensioneerden in verhouding tot het aantal werkenden. Daarom is het noodzakelijk dat er langer doorgewerkt wordt. Dit wordt bereikt met de Wet VAP. Daarnaast kunnen door aanpassing van het Witteveenkader de overheidsfinanciën verbeterd worden.

Dit kan op drie manieren. De eerste manier is door verhoging van de pensioenrichtleeftijd. Hier wordt uitvoering aan gegeven door de Wet VAP. De tweede manier is de verlaging van de maximum opbouwpercentages en de derde manier de maximering van het pensioengevend loon. De afgelopen jaren heeft de fiscale wetgever regelmatig verplicht de pensioenregeling te verlagen en een aantal keren de pensioenleeftijd verhoogd, maar civiel juridisch is dit niet verplicht ³.

¹ stb 2012, 328

² stb-2015-218

³ Heemskerk, 'Hoe demonteert je de fiscale pensioenbom onder de aftopping?', PM dec 2014

De werkgever heeft toezeggingen in de vorm van pensioenpremies of pensioenuitkeringen gedaan die onderdeel uit maken van de arbeidsovereenkomst waaraan werknemers rechten kunnen ontlelen.

Verslechtering van de pensioenregeling betekent al snel dat er gecompenseerd moet worden. Werkgevers hebben hierbij belang bij verlaging van de premie en staat haaks op het belang van de werknemer om hetzelfde pensioen te behouden. Voor een fiscaal maximale pensioenregeling betekent dit dat alleen nog in loon of andere arbeidsvoorwaarden kan worden gecompenseerd. De kosten voor compensatie kunnen voor de werkgever behoorlijk oplopen en zijn vaak een punt van discussie.

De meeste pensioenregelingen in Nederland zijn aangepast, maar lang niet in alle gevallen worden deze gecompenseerd. En wanneer werknemers wel zijn gecompenseerd, wordt het extra loon veelal niet gebruikt om te sparen voor de oudedag.

Het pensioenstelsel staat vanwege diverse ontwikkelingen onder druk. Zo roepen demografische ontwikkelingen, wijzigingen in de levensverwachting, de financiële crisis en een langdurig lage marktrente vragen op over de houdbaarheid van het pensioenstelsel ⁴.

1.1 Onderzoeksvraag

In hoeverre geeft wetgeving voldoende handvatten die rekening houden met zowel de belangen van de werkgever als van de werknemer bij het versoberen van pensioenregelingen en wat is daarbij de beste methode voor het compenseren?

1.3 Afbakening van het onderwerp, opzet en deelvragen

Het onderzoek richt zich op pensioenen van werknemers die zelf geen invloed kunnen uitoefenen op de pensioenregeling zoals bij DGA's met een eigen beheer regeling.

De recente versoberingen van 2014 en 2015 staan hierbij centraal. De drie deelvragen worden in de volgende drie hoofdstukken behandeld en beantwoorden uiteindelijk de onderzoeksvraag. In hoofdstuk 2 worden de belangen van de werkgever, ondernemingsraad en werknemers in relatie tot pensioenwijzigingen behandeld.

In hoofdstuk 3 wordt de relevante wetgeving vanuit verschillende invalshoeken en situaties benaderd. De fiscale pensioenwetgeving, aanleiding van de versoberingen, wordt in

⁴ Drieluik 'De fiscale behandeling van pensioen', MBB april 2014 nr. 4

vogelvlucht en op hoofdlijnen beschreven zodat de recente wetswijzigingen in een breder perspectief geplaatst kunnen worden. Vanuit de arbeidsrechtelijke benadering wordt de civiel juridische wetgeving beschreven waarop duidelijker wordt of en in welke mate er voor de werkgever redenen zijn om de pensioenregeling te kunnen wijzigen.

In hoofdstuk 4 worden de voornaamste compensatiemogelijkheden behandeld met de verschillende voor- en nadelen. Tevens wordt aandacht besteed aan het risico van ongelijke behandeling en het voorkomen hiervan.

2. Welke belangen van verschillende partijen betrokken bij de wijzigingen van de pensioenregeling van het bedrijf spelen een grote rol?

2.1 Inleiding

Bij het wijzigen van de pensioenregeling zijn er drie partijen betrokken:

1. de werkgever
2. de ondernemingsraad
3. de werknemer

De werkgever heeft belang bij de financiering en de kosten van de regeling. Daarnaast heeft hij er belang bij dat de werknemer begrijpt hoe de regeling in elkaar steekt en uiteindelijk ook tevreden is met de regeling. Door de nieuwe ‘Wet Pensioencommunicatie’ is de werkgever sneller aansprakelijk indien de communicatie niet juist is geweest.

Wanneer het bedrijf meer dan 50 werknemers telt wordt een ondernemingsraad verplicht gesteld om de werknemers te vertegenwoordigen. Indien de nieuwe WOR wordt goedgekeurd zal de OR eerder instemmingsrecht hebben bij wijzigen van pensioenregelingen.

Werknemers hebben een individueel instemmingsrecht ondanks het feit dat OR heeft ingestemd met de gewijzigde regeling. Zonder ondernemingsraad zullen werknemers voor zichzelf moeten opkomen.

2.2. De werkgever

De werkgever heeft op grond van de arbeidsrechtelijke relatie ⁵ met de werknemer een grote zorgplicht die aan de vele eisen van de Pensioenwet moet voldoen indien hij een pensioenregeling heeft toegezegd.

Op 1 januari 2007 volgde de Pensioenwet de verouderde Pensioen en Spaarfondsenwet op.

De bedoeling van de Pensioenwet is de waarborging van pensioenverwachtingen van werknemers en aanspraak- en pensioengerechtigden. Deze doelstelling is niet anders dan die van de PSW ⁶.

Enerzijds veranderde er veel anderzijds ook weinig. De Pensioenwet was vanaf het begin geschreven rondom communicatie wat vooral tot uiting kwam in de pensioendriehoek.

In de Pensioenwet is het juridische kader waarin de arbeidsvoorwaarde is ingebed, op een meer systematische wijze neergelegd. Dit heeft geresulteerd in een wet die weliswaar omvangrijk is, maar in ieder geval bijna uitputtend de regels bevat die van toepassing zijn op deze belangrijke arbeidsvoorwaarde. De praktijk leert dat de werkgever doorgaans niet zoveel doet rondom communicatie van de pensioenregeling. Deze wordt verder ingevuld door de pensioenuitvoerder die feitelijk vrijwel alle communicatie voor zijn rekening neemt.

Eind 2011 is onder leiding van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) de werkgroep pensioencommunicatie van start gegaan. In de werkgroep participeerden alle betrokken partijen uit het pensioenveld. Het doel van deze werkgroep was om te komen tot aanbevelingen ter verbetering van de pensioencommunicatie ⁷.

Onderstaande aanbevelingen vormden voor minister Kamp van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de basis om tot aanpassing van de Pensioenwet te komen:

1. Perspectief deelnemer centraler stellen
2. Communiceer op maat: vormvrijheid waar mogelijk, standaardisatie waar nodig
3. Gelaagdheid in informatie
4. Meer ruimte voor elektronische informatieverstrekking
5. Uniforme communicatie over koopkracht en risico's

⁵ bijzondere overeenkomsten BW boek 7

⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3

⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 110 nr. 2

Vanaf 1 juli 2015 is de wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met verbetering van de pensioencommunicatie. In deze nieuwe wetgeving die tezamen doorgaat als de ‘Wet pensioencommunicatie’, heeft de wetgever de wijze van communicatie nauwkeurig geconcretiseerd. Het resultaat is een uitgebreide opsomming van regels met onderwerpen waarover moet worden geïnformeerd⁸.

De zorgplicht van de werkgever en de informatieplicht van de pensioenuitvoerder zijn hiermee ook toegenomen wat niet alleen tot uiting komt bij lopende regelingen, maar ook bij wijziging(en) van de pensioenregeling.

Wanneer de pensioenregeling is gewijzigd heeft de werkgever de zorgplicht dat werknemers niet alleen tijdig en duidelijk, maar vanaf 1 juli 2015 ook correct en evenwichtig worden geïnformeerd over alle wijzigingen. Ten aanzien van de correctheid heeft de werkgever de zorgplicht dat met name de juiste personalia en bedragen door de pensioenuitvoerder worden opgegeven. De norm evenwichtig betekent dat de relevante aanwezige voor- en nadelen goed moeten worden weergegeven. Relevant betekent in dit kader dat de pensioenuitvoerder niet altijd uitputtend alle risico’s en voorwaarden meer mag geven. De gebruikte terminologie en het taalgebruik in de startbrief die wordt verstrekt bij een gewijzigde of nieuwe regeling blijkt te lastig en de hoeveelheid informatie die wordt verstrekt is te omvangrijk. Uit onderzoek van TNS Nipo (2012) blijkt dat 43% van de ondervraagden moeite heeft met het begrijpen van de informatie (memorie van toelichting wet pensioencommunicatie). Na verloop van jaren is de startbrief geworden tot een ‘slap aftreksel’ van het pensioenreglement waarin steeds meer juridische teksten werden opgenomen ter dekking van de aansprakelijkheid jegens de uitvoerder.

Vanaf 1 juli 2016 zal de startbrief dan ook vervangen moeten zijn door het nieuwe communicatie-instrument ‘Pensioen 1-2-3’ die op een gelaagde wijze -van eenvoudig tot diepgaand- op een meer aansprekende wijze weergeeft wat voor de deelnemer van belang is⁹. In de praktijk zal het betekenen dat bij wijziging van de pensioenregeling nog beter geformuleerd zal moeten worden welke consequenties dit heeft voor werknemers.

De laatste jaren zijn de premies van gegarandeerde uitkeringsregelingen als gevolg van de lage rentestand sterk toegenomen. In dit kader hebben werkgevers er vaak belang bij om de kosten omlaag te brengen. Veelal besluiten werkgevers dan tot een versoering van de bestaande pensioenregeling en een premiereregeling voor nieuwe werknemers. Gezien in de meeste

⁸ presentatie pensioencommunicatie 2014, prof. dr. Lutjes

⁹ Kamerstukken 34 008

gevallen sprake is van een doorwerking van dwingend civiel recht in de pensioenovereenkomst zal in beginsel instemming van de werknemer nodig zijn voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Een werkgever zal van geval tot geval moeten beoordelen welke procedure voor een wijziging moet worden gevolgd en kan zich nooit zomaar achter besluiten van het pensioenfondsbestuur of de verzekeraar verschuilen. Afhankelijk van het type pensioenregeling en de concrete wijziging zal de werkgever met meer dan 50 werknemers de OR eerst moeten vragen om advies of instemming.

Verder geldt ook dat veel reglementen of uitvoeringsovereenkomsten (procedure)voorschriften over wijziging bevatten, die bij concrete wijzigingen moeten worden nageleefd.

Van belang voor de werkgever hierbij is dat hij naast het volgen van de juiste procedure een goede dialoog voert met het personeel of de personeelsvertegenwoordiging.

2.3. De ondernemingsraad

De OR heeft instemmingsrecht in de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dit is op verschillende plekken versnipperd geregeld namelijk in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), de Pensioenwet (PW), de ‘Principes voor goed pensioenfondsbestuur’, en sinds 1 juli 2014 de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen. De laatste twee regelingen worden in het kader van deze scriptie niet verder onderzocht.

2.3.1. Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet

De Wet op de ondernemingsraden (WOR) wordt mede uitgevoerd door de SER. We noemen dit een medebewindstaak, omdat het een taak van de overheid is die voor een deel door de SER wordt uitgevoerd ¹⁰.

In juni 2014 heeft de SER een advies uitgebracht betreffende het instemmingsrecht van de OR over de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Thans is de reikwijdte van de huidige wetgeving begrensd tot pensioenregelingen die door een verzekeraar ¹¹ worden uitgevoerd en via artikel 23 lid 4 PW ook de premiepensioeninstelling. Zo heeft de OR geen instemmingsrecht voor zover het pensioen reeds inhoudelijk is geregeld in een CAO of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk

¹⁰ <https://www.ser.nl/nl/taken/bestuurlijke/orenmedezeggenschap.aspx>

¹¹ artikel 27 lid 1a WOR

orgaan¹². De gedachte hierachter is dat de OR geen instemmingsrecht hoeft te hebben bij pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij pensioenfondsen gezien het feit dat de medezeggenschap geacht te zijn gewaarborgd door werknemersvertegenwoordiging in de fondsbesturen.

Verder valt uit artikel 27 lid. 1a WOR niet op te maken of het instemmingsrecht bij verzekerde regelingen zich uitstrekt tot de pensioenovereenkomst en/of de uitvoeringsovereenkomst. Ook is het instemmingsrecht beschreven in artikel 23 van de PW niet consistent met het instemmingsrecht beschreven in artikel 27 van de WOR. De PW neemt de pensioenovereenkomst als uitgangspunt, terwijl de WOR het begrip ondernemer een centrale plaats geeft. In de WOR heeft de OR instemmingsrecht over een voorgenomen besluit van de ondernemer, terwijl de PW suggereert dat het voornemen van de werkgever voldoende is¹³.

De medezeggenschapslacune in de wet zoals die hierboven in de literatuur is beschreven maakte het voor Shell mogelijk om de OR niet om toestemming te hoeven vragen bij de wijziging van de pensioenregeling ondergebracht in het ondernemingspensioenfonds. Zowel de OR als de vakbonden waren het niet eens met het feit dat nieuwe medewerkers voortaan een beschikbare premieregeling krijgen in plaats van een eindloon regeling. De manier waarop Shell het pensioen wil veranderen was mede aanleiding voor kamerlid Omtzigt om in het kader van het wetsvoorstel ‘Wet versterking bestuur pensioenfondsen’ een aanpassing van de WOR in te dienen. Dit heeft geleid tot toevoeging van een nieuw lid 7 aan artikel 27 WOR. Sinds 7 augustus 2013 verplicht de wet de ondernemer voortaan ook instemming van de ondernemingsraad te vragen voor de vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds, een niet-verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en over het niet-verplicht gestelde deel van een regeling bij een bedrijfstakpensioenfonds.

Het onderbrengen van een pensioenregeling bij een ondernemingspensioenfonds kan dus niet meer worden bewerkstelligd zonder instemming van de ondernemingsraad.

In juni 2014 heeft de SER het advies instemmingsrecht OR over de arbeidsvoorwaarde pensioen¹⁴ uitgebracht welke integraal is overgenomen door de staatsecretaris. Dit heeft geresulteerd in

¹² art. 27 WOR lid. 3

¹³ Pensioen & Praktijk nr. 10 2010, Prof. mr. Heemskerk

¹⁴ SER advies 14/05, Juni 2014

een voorstel tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet (het Voorontwerp) welke op 17 februari 2015 is gepubliceerd. Kern van het advies is dat de OR onafhankelijk van het soort pensioenuitvoerder instemmingsrecht daar waar de arbeidsvoorwaarde pensioen wordt geraakt, echter niet bij de uitvoering van de pensioenregeling. Aangezien soms lastig te bepalen valt waar de grens ligt tussen het inhoudelijke deel van de pensioenregeling en de uitvoering daarvan heeft de SER gekozen voor een materiële benadering. Vandaar dat de SER adviseert om werkgevers en ondernemingsraden/werknemers zelf te laten bepalen welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt. Een vaststelling, wijziging of intrekking van deze uitvoeringsaspecten valt dan onder het instemmingsrecht van de OR. Ten aanzien van voorgenomen wijzigingen van de uitvoeringsovereenkomst krijgt de werkgever een informatieplicht zodat de OR hier tijdig kennis van kan nemen ¹⁵ om te bepalen welke onderdelen de arbeidsvoorwaarden raken.

Dat de SER niet heeft gekozen voor een formele benadering komt mogelijk voort uit het feit dat de wetgever onduidelijkheid laat bestaan rondom het begrip arbeidsvoorwaarde pensioen. Ten eerste komt het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ op verschillende plaatsen in de wetgeving voor, maar wordt nergens gedefinieerd. Hieruit volgend ontstaat een tweede probleem dat de wetgever geen duidelijk onderscheid heeft gemaakt tussen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. In de zaak Stena Line concludeerde de Hoge Raad op 25-10-2015 dat een pensioenverzekering geen primaire arbeidsvoorwaarde is en daarom voor wijziging van de pensioengrondslag niet aan het instemmingsrecht van de OR kan worden onttrokken. De kantonrechter oordeelde eerder dat de voorgestelde wijziging als primaire voorwaarde niet onder het instemmingsrecht van de OR valt.

Onomstreden lijkt het dat primaire arbeidsvoorwaarden gaan over loon, arbeidsduur en vakantie/verlof. Of pensioen alsmede de grondslag voor pensioen hier ook onder valt is de vraag. Deze kwalificatie is slechts los te zien van de consequentie die dat meebrengt, te weten: in beginsel thuishorend in het CAO-overleg met de bonden of onderhevig aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad op ondernemingsniveau ¹⁶.

¹⁵ wetsvoorstel artikel 31f WOR

¹⁶ HR 24-01-2014, 13/02074

De voorgestelde wetwijzigingen betekenen een grote verbetering rondom het instemmingsrecht van de OR, echter ontbreekt in het wetsvoorstel een toelichting voor de norm ‘duidelijk raken van de arbeidsvoorwaarde pensioen’. Prof. Dr. E. Lutjes heeft in een reactie op de internetconsultatie ¹⁷ laten weten dat het wetsvoorstel de mogelijkheid voorbij laat gaan om een meer fundamentele beschouwing te geven over de functie van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad over het onderwerp pensioen. Dit gezien de aard en het karakter van en het financiële belang bij de pensioenregeling en de “zware” betekenis die aan het instemmingsrecht toekomt ¹⁸.

2.3.2. Instemmingsrecht bij aftopping pensioen

Ongeveer 95% van de pensioenregelingen moest worden aangepast als gevolg van de recente versoberingen van het Witteveen kader ¹⁹.

Het belang van de OR bij aftopping van het is dat men een instemmingsrecht heeft. Anders gezegd kan de werkgever verboden worden om zonder instemming van de OR een aftoppingsbesluit te nemen. Door instemming te onthouden zou feitelijk zelfs van een vetorecht gesproken kunnen worden. Advies aan de OR hierbij is om ervoor te zorgen dat de compensatiemaatregel onderdeel uitmaakt van het instemmingsverzoek. In de zaak Biomet oordeelde de kantonrechter dat het instemmingsverzoek van de werkgever tevens betrekking had op zowel de voorgenomen wijziging van de pensioenregeling als op de voorgenomen compensatiemaatregel ²⁰.

In de praktijk hebben pensioenuitvoerders een voorstel tot aftopping gedaan om binnen de nieuwe fiscale grenzen te blijven waarbij regelingen vaak automatisch zijn aangepast indien de werkgever geen akkoord heeft gegeven.

Wanneer de werkgever de OR dan niet om instemming heeft gevraagd, kan de OR binnen een maand nadat het besluit is genomen de nietigheid worden ingeroepen ²¹.

¹⁷ Expertisecentrum Pensioenrecht – Prof. dr. Erik Lutjens

¹⁸ Nederlandse Orde van Advocaten, Adviescommissie arbeidsrecht, 13 maart 2015

¹⁹ Nadere memorie van antwoord, kst-33847-F, 29-04-2014

²⁰ RB Rotterdam, 15-04-2015, PJ 2015/8

²¹ art. 27, lid 5 WOR

Gevolg hiervan is echter een fiscale bovenmatigheid wat voor geen van de betrokken partijen in het belang is. De vraag wordt dan al snel op welke wijze de versobering van het pensioen wordt gecompenseerd. Dit vraagstuk wordt verder in hoofdstuk 4 behandeld.

Een tweede belang van instemming van de OR is versterking van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers en de indicatie voor een zwaarwichtig belang welke eerder is beschreven onder ‘wel of geen instemming van de OR’. Hierbij zijn voorbeelden van gerechtelijke uitspraken dat zowel de werkgever in het gelijk wordt gesteld zonder instemming van de OR en anderzijds waarbij de werknemer in het gelijk wordt gesteld met instemming van de OR.

Voordat de OR instemming verleent is het van belang dat de OR zich ondermeer de volgende vragen stelt om op een juiste wijze tot instemming te komen:

1. Is de instemmingsaanvraag op de juiste manier ingediend? De ondernemer kan het voorgenomen besluit al eerder in een vergadering hebben meegedeeld ²². De instemmingsaanvraag moet voldoen aan art. 27 lid 2 WOR op grond waarvan voldoende inzicht kan worden gegeven die het besluit kunnen rechtvaardigen.
2. Is er voldoende informatie om tot een inhoudelijke beoordeling over te gaan?
3. Heeft er tenminste één overlegvergadering plaatsgevonden waarin de OR vragen over het voornemen heeft kunnen stellen?
4. Is het noodzakelijk om een externe deskundige in te schakelen? Artikel 16 van de WOR geeft hiertoe de mogelijkheid. Het inschakelen van deskundigen kan echter alleen indien het onderwerp op de agenda staat en de kosten vooraf zijn gemeld aan de onderneming ²³.
5. Kan met de aanvraag worden ingestemd en hoe wordt dit richting de werkgever gecommuniceerd?
6. Wanneer en op welke wijze wordt de achterban geraadpleegd?

Als de werkgever samen met de ondernemingsraad een goed overwogen traject heeft doorlopen zal de werknemer die niet instemt zeer goede argumenten moeten hebben om niet in te stemmen met de nieuwe pensioenregeling.

²² artikel 24, lid 1 WOR

²³ RB Overijssel, JIN 2015/76, 04-03-2015

2.4. De werknemer

In organisaties zonder ondernemingsraad zijn werknemers aangewezen op zichzelf, een werknemersvertegenwoordiging, een personeelsfunctionaris of op een vakbond. Van de laatste drie kan ook geen sprake zijn en zal de werknemer voor zichzelf op moeten komen. Wanneer er geen verplicht gestelde pensioenregeling is, dan heeft de werknemer het individuele recht om wel of niet in te stemmen met voorgestelde wijzigingen van de regeling. Al snel zal bij het ontbreken van compensatie voor de versobering van de regeling sprake zijn van een gegronde reden om instemming te weigeren.

De vraag is in hoeverre de werkgever als de werknemer(s) binnen kleine bedrijven hiermee bekend is en vervolgens ook of er wel of niet is gecompenseerd. Hier is nog niet eerder onderzoek naar gedaan en weinig van bekend. Uit onderzoek van Nibud ²⁴ en TNS Nipo (2012) blijkt echter dat ongeveer de helft van de Nederlanders moeite heeft met het begrijpen van pensioen, laat staan de mogelijkheid van compensatie van de versoberde pensioenregeling.

Werkgevers dienen de wijzigingen dan ook zodanig te communiceren dat voor werknemers helder is welke consequenties dit heeft voor de werknemer. De praktijk is echter dat de meeste werkgevers dit vrijwel volledig hebben overgelaten aan pensioenuitvoerders en de eisen van de recente Wet pensioencommunicatie toen nog niet golden. Hetzelfde geldt dus ook in alle communicatie rondom de versoberingen van het pensioen van 2014 en 2015.

Wel worden kleine werkgevers vaak ook bijgestaan door pensioenadviseurs, maar dienen primair de belangen van de werkgever en niet de individuele werknemer.

Wanneer de werknemer zich niet heeft verdiept in het pensioen en geen bezwaar heeft gemaakt, dan geldt dat hij stilzwijgend heeft ingestemd met de gewijzigde pensioenregeling.

2.5 Conclusie

De pensioenwet had als doelstelling middels de pensioendriehoek duidelijke juridische kaders tussen partijen te scheppen waarbij veel eisen werden gesteld aan de informatieverplichting van uitvoerders. Pensioentoezeggingen maken echter onderdeel uit van de arbeidsvoorwaarden waardoor juist ook de werkgever een belangrijke rol zou moeten hebben in de communicatie. Van dit laatste kwam in de praktijk weinig van terecht. Door de inwerkingtreding van de ‘Wet Pensioencommunicatie’ moet nu zelfs informatie worden gegeven over persoonlijke

²⁴ Onderzoeksrapport Nibud De Nederlanders en hun pensioen okt 2015

omstandigheden die een “een actie kunnen vergen” en wordt de zorgplicht van de werkgever nader benoemd. Ook wanneer de werkgever de vernieuwde regels van de Pensioenwet naleeft, dan geeft dit geen garantie dat hij voldoet aan zijn civiel juridische zorgplicht. Nu de gehele set van informatieregels is vernieuwd ziet het er naar uit dat het pensioenbewustzijn zal toenemen en minder deelnemers pensioenbewusteloos zullen raken. Werknemers zullen hierdoor in de toekomst nog beter zijn voorbereid indien de werkgever de pensioenregeling versoerd en de negatieve consequenties gecompenseerd willen zien.

De ondernemingsraad zal in de toekomst eerder inspraak krijgen in de arbeidsvoorwaarde pensioen indien het wetsvoorstel voor aanpassing van de WOR wordt goedgekeurd. Situaties zoals bij Shell waarbij de OR buiten spel wordt gezet zullen dan minder snel voorkomen. Het feit dat men bewust een materiële benadering heeft gekozen voor instemmings- en adviesrechten in de WOR in plaats van een formele (limitatieve) benadering zal ervoor zorgen dat wetgeving beter toekomstbestendig zal zijn. Bij elkaar een flinke stap voorwaarts wanneer de nieuwe WOR haar intrede zal doen.

Wanneer de compensatiemaatregel geen deel uitmaakt van het instemmingsverzoek voor versoering van de regeling en zowel de OR als individuele werknemers akkoord zijn gegaan, dan vervalt het recht op compensatie.

Doordat werknemers bij kleine bedrijven meestal niet worden bijgestaan door pensioenadviseurs kan met grote mate van zekerheid worden geconcludeerd dat relatief meer gecompenseerd wordt bij grotere bedrijven met een OR.

3 Op welke wijze speelt wetgeving een belangrijke rol bij compensatie van pensioen?

3.1. Inleiding

De overheid heeft de laatste jaren via fiscale wetswijzigingen forse versoeringen van het pensioen afgedwongen. Anderzijds laat dezelfde overheid de compensatie over aan werkgevers en werknemers maar blijken er civiel juridisch veel haken en ogen te zijn op grond waarvan werknemers gecompenseerd worden. Er zijn geen wettelijke regels voor compensatie, maar wordt ingevuld door rechtelijke uitspraken.

3.2. Nederlandse fiscale wetgeving

3.2.1. Pre-Witteveen; open norm pensioen

De basis van de fiscale behandeling van pensioen is gelegen in de inkomensuitstelgedachte²⁵, ook wel omkeerregel genoemd. De eerste basis voor de omkeerregel is ruim 100 jaar terug vastgelegd bij de invoering van de Wet IB1914²⁶. Kern van de omkeerregel is dat premies voor de oudedag gedurende de werkzame periode niet zijn belast, maar de uitkeringen vanaf pensioendatum worden belast. De eerste wettelijke definitie van pensioen, die tot op heden nog herkenbaar is, luidde:

‘iedere regeling welke uitsluitend ten doel heeft de verzorging van den ouden dag van werknemers of gewezen werknemers en voorziening in het levensonderhoud van hunne weduwen en minderjarige kinderen, een en ander door middel van pensioen’.

Tijdens de Tweede Wereldoorlog verhuisde de fiscale behandeling van pensioen van de Wet IB 1914 naar het Besluit op de loonbelasting 1940²⁷. De mate waarin men pensioen kon opbouwen was een open norm en werd in 1965 vastgelegd in de Wet op de loonbelasting 1964²⁸. De open norm was hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk kon worden geacht, mede in verband met diensttijd en genoten beloning. Door deze open norm was er veel discussie over hetgeen fiscaal maximaal toelaatbaar werd geacht waarbij de rechtelijke macht zwaar werd belast. Dit is één van de redenen geweest dat op 13 oktober 1994 door staatssecretaris Vermeend de werkgroep fiscale behandeling pensioenen onder leiding van mr. D.E. Witteveen werd ingesteld met als doel te onderzoeken welke aanpassingen in de fiscale behandeling van aanvullende oudedagsvoorzieningen en daarmee samenhangende fiscale regelingen wenselijk en mogelijk zijn met het oog op de vraag om flexibilisering en individualisering²⁹

3.2.2. Wet fiscale behandeling pensioenen (Witteveen)

²⁵ Weekblad fiscaal recht, 6895, 24 feb. 2011

²⁶ Wet 19 december 1914, stb 563

²⁷ art. 6, lid 1, onderdeel a, Besluit LB 1940

²⁸ art. 11, lid 1, onderdeel c, Wet LB1964

²⁹ Stcrt. 1994, 201

Op 29 april 1999 ³⁰ zijn de meeste aanbevelingen van de werkgroep overgenomen bij de totstandkoming van de Wet fiscale behandeling van pensioenen.

Op 1 juni 1999 trad de Wet fiscale behandeling pensioenen in werking met een overgangstermijn van 5 jaar tot 1 juni 2004 voor bestaande regelingen.

Sinds de invoering van de Witteveen-wetgeving in 1999 zijn de fiscale mogelijkheden verruimd. Nog steeds gold 70% als maatschappelijke norm maar niet meer als maximum en werd verhoogd naar 100% van het laatste salaris als absolute grens. De maatschappelijke opvattingen speelden geen rol meer. De fiscaal maximale pensioenopbouw bedroeg voortaan 2% per jaar op basis van eindloon en 2,25% per jaar voor middelloon, ingaande op 60 jaar. Wie langer werkte dan 35 jaar, kon meer dan 70% van zijn laatste salaris opbouwen aan pensioen. Een pensioen is slechts fiscaal gefaciliteerd voor zover dit pensioen binnen de begrenzingsen wordt opgebouwd ³¹. Over het bovenmatige deel moet daardoor onmiddellijk belasting worden betaald. Hoewel nu duidelijke absolute grenzen aan pensioen werden gesteld, lag deze verruiming niet voor de hand gezien het feit dat men voor ogen had het stelsel houdbaar en betaalbaar te houden³².

3.2.3 Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen (wet VPL)

De eerste versoering volgde al snel met de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling die vanaf 1 januari 2005³³ in werking trad met een overgangstermijn van 1 jaar tot 1 januari 2006 ³⁴. De maximale pensioenopbouw bleef ongewijzigd, maar de pensioenleeftijd werd verhoogd naar 65 jaar. Fiscale faciliteiten voor vervroegde uitreding (VUT), prepensioen en tijdelijk overbruggingspensioen werden afgeschaft. Voor werknemers geboren voor 1 januari 1950 gold overgangsrecht. Door dit overgangsrecht kon de opbouw van het ouderdomspensioen van een werknemer geboren voor 1 januari 1950 ook na het invoeren van de Wet VPL ongewijzigd worden voortgezet en hoefde de pensioenregeling voor die werknemer niet aangepast te worden ³⁵. Tegelijkertijd werd de

³⁰ Wet van 19 april, stb-1999-211

³¹ artikel 18 lid 3 Wet LB 1964

³² Herman Kapelle, 'Versoering heeft averechts effect', 28 maart 2013

³³ stb 2005 115

³⁴ BWBR0018053

³⁵ BWBR0034516

levensloop regeling geïntroduceerd en werd verankerd in de Wet op de Loonbelasting 1964³⁶. Werknemers konden nu zelf onder flexibele en individuele voorwaarden sparen voor periodes van onbetaald verlof of om eerder te stoppen met werken. Minister de Geus van sociale zaken verwachtte dat deze regeling moest voorkomen dat mensen eerder stoppen met werken wanneer mensen tijdens hun loopbaan een pauze/sabbatical nemen om te studeren of te reizen³⁷. Voor de levensloop regeling bleek echter weinig interesse gezien de complexe wetgeving en werd levensloop toch vaak gebruikt voor vroegpensioen³⁸.

3.2.4. *Wet verhoging AOW en pensioenrichtleeftijd (wet VAP)*

Gedurende lange tijd bleven de fiscale wetswijzigingen beperkt totdat op 12 juni 2012 de Wet verhoging AOW en pensioenrichtleeftijd werd goedgekeurd en op 1 januari 2013 in werking trad³⁹. Vanaf 2013 zijn in twee jaar tijd forse fiscale versoeringen doorgevoerd.

Allereerst is de AOW leeftijd vanaf 2013 stapsgewijs verhoogd van 65 jaar naar 67 jaar. De aanvangsleeftijd wordt in dezelfde mate verhoogd van 15 jaar naar 17 jaar (AOW, art. 7a). Hiermee is de systematiek van 100% te bereiken AOW na 50 jaar ingezetene te zijn met 2% opbouw per jaar ongewijzigd gebleven. Vanaf 2022 is de pensioengerechtigde leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting waardoor de AOW leeftijd nog verder zal worden verhoogd.

Vanaf 2014 is ook de pensioenrichtleeftijd voor pensioenregelingen verhoogd van 65 naar 67. Het opbouwpercentage voor eindloon werd verlaagd van 2% naar 1,9% en het opbouwpercentage voor middelloon van 2,25% naar 2,15%. Zonder de verhoging van de pensioenleeftijd mee te rekenen betekende dit een verlaging van zo'n 5%. De werknemer had echter recht op aanspraken vanaf pensioenleeftijd 65. Wanneer de opbouwpercentages worden herrekend naar leeftijd 65, bedraagt de verlaging echter 16% (bijlage 1). De gelijktijdige verhoging van de pensioenleeftijd en een geringe verlaging in procentpunten was nog niet schokkend.

³⁶ stb 2005 115

³⁷ Trouw 15-09-2005

³⁸ dnb Household Survey 2007

³⁹ stb 2012 328

Vanaf 2015 zijn de opbouwpercentages nog verder zijn verlaagd, twee verschillende franchises voor middelloon en eindloon gekomen en het pensioengevende salaris afgetopt tot € 100.000. Het opbouwpercentage voor eindloon is verlaagd van 1,9% naar 1,657% en voor middelloon is het opbouwpercentage verlaagd van 2,15% naar 1,875%. Uitgaande van de oorspronkelijke pensioenleeftijd van 65 jaar tot en met 2013 betekent dit een verlaging van ruim 25%.

De maatschappelijke norm waarbij een maximaal pensioen kan worden opgebouwd is gewijzigd van eindloon naar middelloon. Waar lange tijd de norm gold dat in 35 jaar 70% van het eindloon kon worden opgebouwd, heeft de overheid nu als norm gesteld dat in 40 jaar 75% van het middelloon kan worden opgebouwd. Om dit te bewerkstelligen heeft men twee verschillende franchises ingevoerd. Jarenlang was de wettelijke minimum franchise $100/70 \times$ de zelfstandige AOW. Nu geldt voor middelloon een lagere franchise van $100/75 \times$ de zelfstandige AOW en voor eindloon een hogere franchise van $100/66,28 \times$ de zelfstandige AOW. Gezien het feit dat er nog weinig eindloonregelingen meer worden toegezegd, is dit een begrijpelijke gedachte maar wordt het niet eenvoudiger.

Voor het arbeidsongeschiktheidspensioen (niet premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid) stelt de overheid geen absolute grenzen, maar laat daarentegen de open norm van hetgeen naar maatschappelijke opvattingen aanvaardbaar is intact ⁴⁰. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van de (opbouw)percentages voor pensioen en lijfrente van 2013 t/m 2015.

De (verdere) verlaging van de maximumopbouw percentages en de maximering van het pensioengevend inkomen worden in de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen geregeld ⁴¹. Als ‘doekje voor het bloeden’ heeft men de mogelijkheid van een nettolijfrente en nettopensioen ingevoerd. Kenmerk hiervan is dat de premies niet aftrekbaar zijn en de uitkeringen onbelast blijven. Hiermee vervalt de omkeerregel van art. 11 Wet LB voor 100k+ inkomens wat een enorme versobering van het pensioen kan inhouden voor werknemers boven de inkomensgrens. Tevens is in artikel 18 van de Wet LB, het artikel met de belangrijkste fiscale begrenzings van pensioen, lid g toegevoegd waarin is bepaald dat de aftopping geldt naar rato van de deeltijdfactor. Zo valt een werknemer die 50% parttime werkt en € 60.000 verdient ook onder de fiscale aftoppingsgrens. Mogelijk is dit artikel toegevoegd om misbruik van de

⁴⁰ Kamerstukken I 2013-2014, 33 847

⁴¹ stb 2014-197

aftoppingsgrens te voorkomen. Voor de vormgeving en begrenzing van de box 3-vrijstelling voor nettopensioen en nettolijfrente is zo veel mogelijk aangesloten bij de regels voor beschikbare-premieregelingen van hoofdstuk IIB van de Wet LB ⁴². Bij nettopensioen kan met een leeftijdsafhankelijke staffel van 3% worden gerekend en bij netto lijfrente met een rekenrente van 4%.

Voor werknemers met een pensioengevend salaris tot € 100.000 wordt de pensioenopbouw als gevolg van de Wet VAP en de Wet Witteveen 2015 in twee jaar verlaagd met bijna 30%.

Voor werknemers met een salaris boven de aftoppingsgrens van € 100.000 is de procentuele verlaging nog ingrijpender en kan zelfs tot meer dan 75% worden verlaagd.

3.3 Wetgeving civiel juridisch

3.3.1 Algemeen wettelijk kader

Pensioen is een toezegging in het kader van een arbeidsovereenkomst van de werkgever aan de werknemer. De regels rondom arbeidsovereenkomsten zijn vastgelegd in boek 7 BW bijzondere overeenkomsten. In art. 7:655 BW is uitdrukkelijk vastgelegd dat de werkgever verplicht is de werknemer alle essentiële informatie over de arbeidsvoorwaarden te verstrekken. Deze informatie moet dusdanig zijn, dat de werknemer op basis hiervan een verstandige beslissing kan nemen. De werkgever moet zich dus bewust zijn van het feit, dat de werknemer keuzes maakt die voor hem van grote betekenis zijn en hij zich bij deze keuzes laat leiden door datgene wat hij aan informatie van de werkgever of diens adviseur ontvangt. De informatie is niet alleen van belang voor de primaire keuze of de werknemer akkoord wil gaan met de aanpassing van de pensioenregeling, hij is eveneens van belang voor aanvullende keuzes die hij maakt t.a.v. eigen, in privé te treffen, oudedagsvoorzieningen.

Mocht later blijken dat de werknemer informatie heeft gemist of niet heeft ontvangen, terwijl hij later aannemelijk kan maken dat hij niet ingestemd zou hebben als hij de informatie wel zou hebben gehad, dan loopt de werkgever hiermee het risico dat de werknemer nakoming van de oude toezegging vordert, of de schade die hij oploopt op zijn werkgever verhaalt ⁴³.

⁴² stcrt-2014-36872

⁴³ art. 6:228 BW, dwaling

Onder de PW die per 1 januari 2007 in werking is getreden, wordt expliciet geregeld dat er een pensioenovereenkomst tussen de individuele werknemer en de werkgever wordt gesloten ⁴⁴.

Bij een pensioenovereenkomst zijn drie verhoudingen te onderscheiden, namelijk die tussen (I) werkgever en werknemer, (II) werknemer en pensioenfonds/-uitvoerder, en (III) werkgever en pensioenfonds/-uitvoerder.

Hoe de bepalingen uit de pensioenovereenkomst moeten worden uitgelegd, is afhankelijk van de verhouding tussen partijen. Een pensioenafpraak tussen een werkgever en een werknemer moet volgens de Haviltexmaatstaf ⁴⁵ worden uitgelegd. Niet alleen de zuivere taalkundige uitleg van een overeenkomst regelt de verhoudingen tussen partijen en hoe leemten moeten worden aangevuld, maar ook de hetgeen wat partijen in de gegeven omstandigheden van elkaar redelijkerwijs mochten verwachten.

Als er leemten in een overeenkomst zijn is het goed dat partijen rekening houden met elkaars omstandigheden. Dit vloeit ook voort uit de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid.

Gaat het echter om een afspraak tussen een werknemer en een pensioenuitvoerder, dan geldt de cao-norm ⁴⁶. Bepalend voor de toepassing van de cao-norm lijkt per saldo te zijn, de noodzaak van een uniforme uitleg van een document dat van toepassing is in een veelvoud van rechtsverhoudingen ⁴⁷. Het Haviltex arrest bevestigt verder dat een werkgever een werknemer deugdelijk moet informeren over wijzigingen in de pensioenafspraken en dat een werkgever uit het stilzwijgen van een werknemer niet mag afleiden dat deze instemt met een (negatieve) wijziging van de pensioenafspraken.

3.3.2. Wijziging opgebouwde pensioenrechten

In dit hoofdstuk wordt beschreven welke juridische verweermiddelen er zijn die de pensioenrechten kunnen beschermen bij versoberingen van het pensioen.

Uit jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat pensioenrechten onder het eigendomsbegrip in de zin van art. 1 EP vallen. Het EHRM toetst wel of er een wettelijke basis is voor inbreuk op het eigendomsrecht. Met name gaat het hierbij

⁴⁴ art. 7 PW

⁴⁵ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635

⁴⁶ HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493

⁴⁷ Actualia 2004/4

om schendingen van het eigendomsrecht, veroorzaakt door handelen van de staat. In deze scriptie speelt dit onderwerp geen rol en wordt verder niet behandeld.

Art. 20 PW schrijft voor dat tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet kunnen worden gewijzigd, behoudens het korten van pensioen of in geval van waardeoverdracht. Ook wanneer het pensioengevend salaris wordt verlaagd geldt het behoud van aanspraken (art. 18 PW).

Veel werkgevers hebben de recente fiscale wetswijzigingen aangegrepen gelijktijdig de pensioenregelingen te harmoniseren. Hierbij volgde in het kader van de harmonisatie naast de compensatiemaatregelen soms ook een collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 PW. Op grond van dit artikel is de pensioenuitvoerder op verzoek van de werkgever bevoegd tot collectieve waardeoverdracht.

De werkgever vraagt de waardeoverdracht aan voor het collectief, maar op individueel niveau moet worden aangegeven of er bezwaren zijn tegen de waardeoverdracht van de eigen aanspraken of rechten. De mogelijkheid van de individuele deelnemer om bezwaar te maken zou niet vervangen kunnen worden door een besluit van sociale partners om de pensioenuitvoerder de bevoegdheid toe te kennen tot waardeoverdracht over te gaan ⁴⁸. Heeft een individuele deelnemer bezwaar tegen de waardeoverdracht van zijn pensioenaanspraken, dan verhindert dat niet de waardeoverdracht van de andere deelnemers. In dit artikellid is de stilzwijgende instemming met de waardeoverdracht vastgelegd. De instemming kan immers ook blijken uit gedragingen of handelingen ⁴⁹. Wanneer de deelnemer geïnformeerd wordt over de collectieve waardeoverdracht en hij binnen een redelijke termijn niet laat weten bezwaar te hebben tegen de waardeoverdracht, dan mag instemming worden aangenomen. Dit wordt ook wel de negatieve instemming of negatieve optie genoemd. De informatieverstrekking betreft alleen hen die betrokken zijn bij de overgang. Zo hoeven de gewezen partners alleen geïnformeerd te worden wanneer de aanspraken op bijzonder partnerpensioen in de zin van art. 55 PW overgedragen worden. Het artikellid schrijft geen termijn voor waarbinnen het bezwaar tegen de waardeoverdracht moet worden gemaakt. Het wordt aan de pensioenuitvoerders zelf over gelaten om onder de concrete omstandigheden een redelijke termijn vast te stellen.

Omdat bij deze vorm van waardeoverdracht de werkgever dezelfde blijft, geldt de eis van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De eis van gelijke behandeling ten aanzien van

⁴⁸ Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, LJN BH4945, PJ 2009/67

⁴⁹ art. 3:37 BW

deze vorm van waardeoverdracht vloeit voort uit de ⁵⁰. Op grond van deze bepalingen moet de werkgever (en de pensioenuitvoerder) mannen en vrouwen bij de pensioenvoorziening gelijk behandelen. Dit betekent dat mannen en vrouwen na waardeoverdracht dezelfde aanspraken moeten verwerven. De hoogte van de opgebouwde pensioenaanspraken wordt bepaald volgens art. 5 PW. Onder pensioenaanspraken en pensioenrechten (de wettekst spreekt ten onrechte alleen van pensioenrechten) worden volgens de definitie van art. 1 PW niet verstaan de voorwaardelijke toeslagen (indexatie). De voorwaardelijke indexatie wordt dus niet in de waardeoverdracht meegenomen.

3.3.3. Eenzijdige wijziging pensioenregeling, artikel 7:613 BW en 19 PW

Een eerste mogelijkheid voor de werkgever is om de pensioenregeling als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen door het opnemen van een beding zoals genoemd in artikel 7:613 BW en art. 19 PW. Art. 19 PW komt overeen met art. 7:613 BW, het eenzijdig wijzigingsbeding bij arbeidsvoorwaarden is uitsluitend expliciet in de Pensioenwet opgenomen omdat de Pensioenwet wel en Boek 7 BW niet ziet op ambtenaren ⁵¹. Art. 19 Pensioenwet gaat uitsluitend over de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever.

De wettelijke bepaling van artikel 7:613 BW dateert van 1998 waardoor het voor werkgevers voor deze tijd eenvoudiger was om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, dus zonder instemming van de werknemer. De wetgever vond dit onwenselijk en heeft met wetsvoorstel beoogd de eenzijdige wijziging door werkgevers terug te dringen ⁵². Uit de memorie van toelichting blijkt ook dat wanneer de werkgever met de ondernemingsraad een akkoord heeft gesloten over de arbeidsvoorwaarden er zou zijn voldaan aan het vermoeden van een voldoende zwaarwichtig belang. De werknemer zou zich dan slechts tegen wijziging kunnen verzetten als deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar zou zijn.

Artikel 7:613 BW luidt:

"De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat

⁵⁰ art. 12b en 12c WGB

⁵¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 38 (MvT)

⁵² Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3

het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken".

Uit het wetsartikel kan worden herleid dat voor een geslaagd beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding aan vier voorwaarden moet zijn voldaan:

1. er moet sprake zijn van een *schriftelijk* beding
2. het moet gaan om een *arbeidsvoorwaarde* uit de arbeidsovereenkomst
3. er moet sprake zijn van een *zwaarwichtig belang*
4. er moet een belangenafweging plaatsvinden waarbij het belang van de werknemer naar maatstaven van *redelijkheid en billijkheid* moet wijken

Schriftelijkheidsvereiste

Uit de parlementaire geschiedenis⁵³ blijkt dat het de bedoeling is geweest dat het eenzijdig wijzigingsbeding individueel schriftelijk in de arbeidsovereenkomst opgenomen dient te worden. De Hoge Raad legt in het arrest *Monsieurs/Wegener* het schriftelijkheidsvereiste ruimer uit en geeft aan dat deze ook in de collectieve regeling kan worden opgenomen.

Arbeidsvoorwaarde

De wetsgeschiedenis geeft geen duidelijkheid binnen welke kaders kan worden gesproken over het begrip arbeidsvoorwaarde, deze is niet duidelijk omschreven. Tijdens de parlementaire behandeling komt de vraag of het eenzijdig wijzigingsbeding betrekking heeft op primaire, secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden⁵⁴. De SER kwalificeert arbeidsvoorwaarden als het samenspel van rechten en plichten van werkgever en werknemer tegenover elkaar ten aanzien van het verrichten van arbeid in loondienst⁵⁵. Daarbij wordt uitgegaan dat de arbeidsduur, loonhoogte, vakantieduur en pensioenvoorzieningen tot de primaire arbeidsvoorwaarden behoren. Volgens de Raad vallen onder secundaire voorwaarden alle andere regelingen zoals beloningstoelagen, vakantieperiodes en overwerk.

Wanneer een werkgever de versoberde pensioenregeling compenseert met het verruimen van de arbeidsvoorwaarden is het de vraag welke arbeidsvoorwaarden wel of niet kunnen worden uitgeruild voor pensioen. Compensatie van een verlaging in pensioen zal dus in beginsel

⁵³ Kamerstukken II 1995/96 24 615, nr. 28

⁵⁴ Kamerstukken II 1005/96, 24615, nr. 3, p.24

⁵⁵ SER advies 94/06, p. 37

gecompenseerd moeten worden met primaire arbeidsvoorwaarden. Gezien het essentiële arbeidsvoorwaarden betreft zal de werkgever zeer terughoudend en niet te lichtvaardig gebruik mogen maken van zijn wijzigingsbevoegdheid ⁵⁶.

Zwaarwichtig belang werkgever

Vervolgens rijst de vraag wanneer sprake is van voldoende zwaarwegende belangen om de pensioenregeling eenzijdig te kunnen wijzigen zonder instemming van de werknemers. Uiteindelijk zal de rechter dat moeten beoordelen indien werknemers niet akkoord gaan met de wijzigingen. Zoals gezegd is daarbij ook van belang of de ondernemingsraad met de wijziging heeft ingestemd, dan wel of de wijziging het gevolg is van overleg tussen sociale partners. Uit jurisprudentie blijkt doorgaans dat de werkgever alleen op grond van ingrijpende bedrijfseconomische en/of bedrijfsorganisatorische omstandigheden, waarvoor de belangen van de werknemer moeten wijken, met succes de pensioenregeling mag wijzigen. Structurele financiële problemen kunnen ook worden gezien als zwaarwichtig belang⁵⁷.

Een fiscale wetswijziging betekent niet automatisch dat de pensioenregeling eenzijdig gewijzigd kan worden.

De zwaarwichtige reden moet verder objectief bepaalbaar en aantoonbaar zijn. Er moet een objectieve omstandigheid zijn op grond waarvan van de werkgever niet in redelijkheid kan worden verlangd dat hij de op dat moment geldende arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijft toepassen.

Praktijkvoorbeeld (bijlage 2)

Een bedrijf met ongeveer 120 medewerkers dat onderdeel uitmaakt van een internationaal concern wil graag de verschillende pensioenregelingen harmoniseren. De eindloonregelingen worden met name vanuit kosten overwegingen omgezet naar middelloon en voor nieuwe medewerkers geldt een beschikbare premiereregeling. Het bedrijf is financieel draagkrachtig genoeg om de dure eindloonregeling ongewijzigd voort te kunnen zetten, maar de kosten voor deze regeling zijn op de lange duur te hoog om goed te kunnen concurreren.

Stelling van het bedrijf was:

“Mede in het kader van de kostenbesparing en kostenbeheersing en daarmee financiële houdbaarheid is besloten om de diverse pensioenregelingen te harmoniseren en om te

⁵⁶ HR 8 februari 1984, NJ 1985, 19

⁵⁷ Tijdschrift Arbeid en Recht, Mr. drs. A.B. van Els & mr. K. Deelen, 2013/78, blz. 2

vormen tot één marktconforme middelloonregeling. Als deze operatie volledig budgetneutraal uitgevoerd zou worden, worden deze doelen niet gerealiseerd. Binnen de mogelijkheden wordt de betreffende medewerkers een solide regeling aangeboden. Voor nieuwe werknemers geldt een beschikbare premieregeling”.

Overige redenen die werden aangevoerd waren de fiscale wet- en regelgeving, marktontwikkelingen, juridische fusie, salarisontwikkeling, beloningsbeleid en budget.

In algemene zin kan worden gesteld dat een civiel-juridische of publiekrechtelijke wetswijziging kan gelden als zwaarwichtige reden. Een fiscale wetswijziging, waardoor (delen van) de pensioenpremies niet langer als fiscale last kunnen worden genomen, kan een dermate groot budgettair effect voor de werkgever hebben, dat hij, indien hij vooraf had geweten dat de last zo hoog zou zijn, de pensioenregeling nooit op dezelfde voorwaarden zou hebben toegezegd. Uit jurisprudentie rond de VPL wetgeving blijkt ook destijds al dat de enige reden van de werkgever niet te compenseren omdat de wetswijziging leidde tot fiscale bovenmatigheid in de oude pensioenregeling, niet succesvol was⁵⁸. Hoewel het mij redelijk lijkt dat dit als zwaarwichtige reden kan gelden, blijft aan de andere kant voor de werkgever wel de zorgplicht en het vereiste van een redelijke en billijke werkgever van toepassing. Hij zal de werknemer niet onredelijk kunnen treffen in zijn belangen. Hij zal geen misbruik van de situatie mogen maken waarbij als gevolg van fiscale versoeringen de verlaging van de pensioenlasten ten gunste van de werkgever komen. Fiscale wetswijzigingen zijn dus geen gegronde reden om niet te compenseren⁵⁹.

Marktontwikkelingen zijn geen directe reden om de pensioenregeling te versoeren, tenzij deze aantoonbaar leiden tot een dusdanige verslechtering van de bedrijfsomstandigheden dat het niet verantwoord is om de pensioenregeling op hetzelfde niveau aan te houden. In casu voerde de werkgever ook aan dat de concurrentie geen dure eindloon regelingen meer kenden en daardoor moeite hadden om zich staande te houden in de markt. Er konden echter geen financiële redenen worden aangevoerd op grond waarvan de betaalbaarheid van de eindloonregeling een probleem zou vormen.

⁵⁸ PJ 2005/5 en Hof Den Haag 29 juni 2010, LJN BM9719

⁵⁹ Pensioen Magazine, Aby Gazan en Corey Dekkers, augustus/september 2013

Bij een fusie is het de vraag om welke vorm fusie het gaat. Alleen bij een activa/passivatransactie in de zin van art. 7:662 BW, ook wel bedrijfsfusie genoemd, kunnen er uitzonderingen zijn waarbij pensioenrechten niet gerespecteerd hoeven te worden. In art. 7:664 lid 1 BW en art 9 PW bestaan voor pensioen vier uitzonderingen op de hoofdregel dat bij een overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst overgaan. In casu was er sprake van een juridische fusie waarbij de pensioenregeling ongewijzigd dient te worden gecontinueerd. Ook bij een aandelenfusie verandert de pensioenverhouding niet.

Ook de salarisontwikkeling, beloningsbeleid en budget zijn geen gegronde redenen om de pensioenregeling te versoberen tenzij er aantoonbaar sprake is van een dreigend financieel onvermogen van de werkgever.

Bij onvoldoende zwaarwegende belangen zal de werkgever dus instemming van de werknemers moeten verkrijgen voordat de pensioenregeling kan worden gewijzigd.

In dit praktijkvoorbeeld heeft de OR ingestemd met de wijzigingen waarbij de achteruitgang van de pensioenregeling grotendeels is gecompenseerd.

Belangenafweging; redelijkheid en billijkheid

In zijn algemeenheid geldt de regel dat uitgevoerd moet worden hetgeen is overeengekomen. Partijen zijn verplicht na te komen wat zij bij overeenkomst op zich hebben genomen. Anders gezegd: de eenmaal gedane pensioentoezegging moet gestand gedaan worden. Alleen in bepaalde gevallen ligt dat anders.

Het Burgerlijk Wetboek bepaalt in art. 248 lid 2 Boek 6 BW dat voor zover uitvoering van datgene wat overeen is gekomen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, geen uitvoering behoeft te worden gegeven aan de overeenkomst. Ook de rechter kan een overeenkomst op verzoek van één van de partijen wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden van zodanige aard dat de wederpartij (de werknemer in dit geval) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten (art. 6:258 BW). Als zich dus omstandigheden voordoen die maken dat het vanuit de optiek van de werknemer bezien niet redelijk is om van de werkgever te verlangen dat hij de pensioenregeling ongewijzigd in stand houdt, mag de werkgever de regeling wijzigen. Hierbij kan vooral gedacht worden aan een verslechterende financiële positie van de onderneming die maakt dat de aan de regeling verbonden lasten (de premies) niet of moeilijk op te brengen zijn. Maar in beginsel moet ervan worden uitgegaan dat redelijkheid en billijkheid trouw aan het

gegeven woord en de gemaakte afspraken vereisen. De pensioenovereenkomst zoals die tussen werkgever en werknemers is overeengekomen kan dus niet zomaar eenzijdig door de werkgever worden gewijzigd.

Partijen kunnen echter zelf een uitzondering maken op dit beginsel van onherroepelijkheid. In de overeenkomst kan opgenomen zijn dat de werkgever zich het recht voorbehoudt om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Het principe van de contractsvrijheid brengt dit met zich mee. Op grond van art. 7:613 BW kan de werkgever echter alleen een beroep doen op het voorbehoud en dus de pensioenovereenkomst wijzigen als hij bij de wijziging een voldoende zwaarwegend belang heeft. Het is de werkgever die dit zal moeten bewijzen. Daarin zal hij sneller slagen als de ondernemingsraad met de wijziging heeft ingestemd, of als de wijziging een gevolg is van het overleg tussen sociale partners ⁶⁰.

3.3.4. Wijziging pensioenregeling via pensioenfonds

De eenzijdige wijzigingsbevoegdheid door de werkgever is één van de wijzigingsmogelijkheden bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. In veel gevallen is er een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. In dat geval zijn werkgevers en deelnemers gebonden aan de statuten en reglementen van het verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (vergelijk art. 4 Wet Bpf 2000). Een rechtsgeldige wijziging op collectief niveau wijzigt dan de pensioenovereenkomst.

Het is onder omstandigheden ook mogelijk dat het ondernemingspensioenfonds het pensioenreglement, en daarmee de pensioenovereenkomst, wijzigt zonder dat een toetsing van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang is vereist zoals bedoeld in art. 19 Pensioenwet/art. 7:613 BW ⁶¹.

In het Delta Lloyd arrest oordeelde het gerechtshof dat het fonds bevoegd is tot eenzijdige wijziging van het pensioenreglement naar voorwaardelijke toeslagverlening voor oud-werknemers doordat:

- de wijzigingsbevoegdheid met betrekking tot statuten/pensioenreglement via het personeelshandboek was geïncorporeerd (opgenomen) in de arbeidsovereenkomst
- hiernaar expliciet werd verwezen in de arbeidsovereenkomst

⁶⁰ Rb. Groningen, 27 april 1988, JAR 1998/193

⁶¹ HR 8 november 2013, JAR 2013/300 Delta Lloyd

- de wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden mogelijk is gezien er geen uitgewerkte rechtsverhouding bestaat

Je zou je kunnen afvragen of zo geen misbruik van de bevoegdheid ⁶² wordt gemaakt door de wijzigingsbevoegdheid van werkgever naar het fondsbestuur door te contracteren ⁶³. Het Hof oordeelde van niet, wat mede te maken heeft met feit dat er slechts een marginale toetsing is op misbruik van bevoegdheid.

3.3.5. Wel of geen instemming ondernemingsraad

Verondersteld dat de OR instemmingrecht heeft op het voorgenomen besluit tot wijziging van de pensioenregeling, kunnen er twee situaties zijn.

De eerste situatie kan zijn dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met de voorgenomen wijziging en daarmee het zwaarwichtig belang geacht aanwezig te zijn. De belangenafweging zal dan meestal in het voordeel van de werkgever zijn, tenzij sprake is van een bijzondere situatie waarin de betreffende werknemer kan bewijzen dat er geen juiste belangenafweging heeft plaatsgevonden. Wanneer de OR akkoord is gegaan zal het in de praktijk lastig zijn voor de medewerker zich hiertegen met succes te verzetten. Dat dit niet onmogelijk is blijkt uit verschillende rechtelijke uitspraken waaronder die van het Hof Arnhem op 15 maart 2011 ⁶⁴. Enkele werknemers in dienst van Fundeon lieten aan de OR en de directie weten het niet eens te zijn met het voorgenomen besluit de eindloonregeling te wijzigen naar een middelloonregeling. De OR ging akkoord ondanks verzet van de bonden en de betreffende werknemers. Het hof oordeelde dat Fundeon onvoldoende inzicht heeft gegeven in de financiële gevolgen waardoor de toets van art. 7:613 BW niet werd doorstaan.

Belang voor de praktijk, gegeven bovenstaande, is dat de werkgever zeer duidelijk alle wijzigingen communiceert en de werknemers individueel laat tekenen voor de wijzigingen. Het laatste kan ook dan nog betekenen dat een aantal werknemers niet instemt en voor de werkgever een ongewenste situatie ontstaat waarbij een deel wel heeft ingestemd en een ander deel niet.

⁶² art. 3:13BW

⁶³ Pensioen en Praktijk, 2008/3

⁶⁴ PJ 2011/78

De tweede situatie kan zijn dat de ondernemingsraad niet heeft ingestemd met de voorgenomen wijziging. Op grond van artikel 27 lid 5 WOR is een besluit van de werkgever tot versoering van de pensioenregeling nietig zonder instemming van de OR. Dit is een indicatie dat er geen zwaarwichtig belang is voor de werkgever om eenzijdig te wijzigen ⁶⁵.

De werkgever kan wel vervangende instemming vragen aan de kantonrechter ⁶⁶. De vervangende instemming wordt alleen gegeven als het niet verlenen van de instemming door de OR onredelijk is, of het besluit gevergd wordt vanwege bedrijfseconomische, bedrijfsorganisatorische en bedrijfssociale redenen.

Wanneer de kantonrechter alsnog geen vervangende instemming verleend, dan blijft de oude pensioenovereenkomst gelden.

3.3.5. Eenzijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 7:611 BW

Wanneer partijen geen wijzigingsbeding zijn overeengekomen in de arbeidsovereenkomst of de pensioenovereenkomst, dan kan onder omstandigheden van de werknemer worden verlangd dat hij instemt met een wijziging op grond van de criteria van ‘goed werkgeverschap’ en ‘goed werknemersschap’. Onder het begrip goed werkgeverschap vallen met name het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Zo dient de werkgever alvorens hij een bepaalde regeling wil wijzigen overleg te voeren met zijn werknemers ⁶⁷. Wil een werkgever gebruikmaken van art. 7:611 BW, dan moet hij in de eerste plaats aantonen dat sprake is van gewijzigde omstandigheden die het wijzigingsverzoek rechtvaardigen ⁶⁸. Door dit overleg is het de bedoeling dat een belangenafweging ontstaat tussen werkgever en werknemer ⁶⁹. Tegelijkertijd had de Hoge Raad in het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest bepaald dat op een werknemer in beginsel de verplichting rust positief in te gaan op redelijke voorstellen tot wijziging van de arbeidsovereenkomst in verband met gewijzigde omstandigheden ⁷⁰.

⁶⁵ Ktr. Utrecht 20 april, JAR 2000,130

⁶⁶ art. 27 lid 4 WOR

⁶⁷ Gundt 2009

⁶⁸ Hof Amsterdam 28 september 2010, JAR 2010/270, r.o. 5.13

⁶⁹ HR 26 juni 1998, JAR 1998/199, Van der Lely/Taxi Hofman

⁷⁰ <http://www.vanzijl-advocaten.nl/juridische-producten/vaktechnisch-overleg/onderwerpen/verplichting-werknemer-om-functiewijziging-te-accepteren.php>

In 2008 heeft de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet*⁷¹ de criteria uit het Taxi Hofman-arrest verder uitgewerkt. Twee vragen staan hierbij centraal: ‘heeft de werkgever als goed werkgever aanleiding kunnen vinden tot het doen van het voorstel?’ en ‘kan aanvaarding van voorstel van de werknemer worden verlangd’. Indien beide vragen bevestigend beantwoord worden, dan is de werknemer gehouden de verandering van een arbeidsvoorwaarde te accepteren⁷². Hierdoor is er meer duidelijkheid gekomen over de verhouding tussen artikel 7:611 BW en 6:248 BW. Het Hof Amsterdam deed op 10 juli 2014 een uitspraak in de zaak waarbij bouwonderneming Bot Bouw NV voor alle werknemers de bijdrage in de pensioenpremie wilde verhogen. Toepassing maatstaf *Stoof/Mammoet*. Aanleiding voor deze maatregel waren de (tijdelijke) verslechtering van de resultaten als gevolg van de economische crisis. De aard van de genomen maatregel, een blijvende achteruitgang, is daarmee niet in overeenstemming met de blijvende achteruitgang door verhoging van de pensioenbijdrage. Het Hof volgde evenals de kantonrechter het stappenplan uit het *Stoof/Mammoet* arrest en oordeelde dat de maatregel in strijd was met goed werkgeverschap⁷³.

3.3.6. *Eenzijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 6:258 BW*

Artikel 6:258 BW geeft de werkgever de mogelijkheid om de overeenkomst eenzijdig te wijzigen indien aannemelijk kan worden gemaakt dat er onvoorziene omstandigheden zijn, die van dusdanige aard zijn, dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. In dat geval kan de rechter bepalen dat de wijziging direct van kracht wordt en de werknemer zich hier bij neer dient te leggen. Het moet dan gaan om omstandigheden waarin door partijen niet is voorzien, terwijl die omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid aan de werknemer moeten worden toegerekend⁷⁴. De toetsing is erg zwaar vandaar dat weinig een beroep wordt gedaan op dit artikel bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden.

⁷¹ HR 11 juli 2008, LJN BD1847, JAR 2008/204

⁷² VTH Advocatuur, mr. J.J. van 't Hoff, 26-10-2011

⁷³ HR Amsterdam, 10 juli 2014, PJ 2014/126

⁷⁴ Poppel 2010, p. 4

3.3.7. Toetsing eenzijdige wijziging pensioenregeling

Uit de hierboven beschreven rechtspraak blijkt dat rechters een viertrapsstrategie⁷⁵ toepassen. Bij de beantwoording van een gerechtvaardigde wijziging wordt in oplopende volgorde bepaald:

1. Heeft de werkgever in redelijkheid tot het wijzigingsvoorstel kunnen komen?
2. Is er een eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen?
3. Beoordeling van de belangen van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarden waaronder de pensioenregeling
4. Aan de hand van de omstandigheden wordt van geval tot geval bepaald welk artikel de beste bescherming biedt voor de belangen van de werknemer

Ook wanneer deze stappen met succes zijn doorlopen om eenzijdig te kunnen wijzigen, dan blijkt als snel dat in ruil voor de eenzijdige wijziging van de regeling een compensatie aangeboden moet worden die in redelijke verhouding staat tot het verlies van pensioenaanspraken⁷⁶. Gezien de kostenverlaging van de versoberde pensioenregeling een structureel karakter heeft, verdraagt deze zich niet met de grond van een eenzijdige wijziging (versoering) om te bezuinigen vanwege een financiële crisis.

3.3.8. Jurisprudentie eenzijdige wijziging art. 7:613 en art. 19 PW.

Hof 's-Gravenhage, 06-01-2006, nr 04/789, Mag een werkgever, met als doel kostenreductie, de pensioenregeling eenzijdig mag wijzigen, zodat deze goedkoper wordt?

Wetgang: BW art. 7:613, PSW art. 2 lid 7

Antwoord is nee. Pensioen is een arbeidsvoorwaarde en ook hier geldt dat individueel of collectief toestemming is vereist voor wijzigingen, behalve indien sprake is van een, in het reglement voorzien voorbehoud voor, noodsituatie.

De werkgever ging in beroep tegen het oordeel van de kantonrechter, dat de pensioenregeling van werknemer (directeur) niet zonder meer door werkgeefster kon worden gewijzigd van een eindloonregeling naar een middelloonregeling. Als eerste voerde de werkgever aan dat de regeling voor alle werknemers op correcte wijze was gewijzigd, gezien dit vooraf is

⁷⁵ Mr.. J.F. Noordzij, 10-01-2014, Arbeidsrecht 2014/13, Stibbe, Kluwer

⁷⁶ Hof Amsterdam, 28 sept 2010, JIN 2010/728, Hof Arnhem 31 aug, 2010, JIN 2010/641

aangekondigd en niemand zich heeft verzet. Werknemer heeft als directeur zelf meegewerkt aan de wijziging, die was ingegeven door de noodzaak kosten te reduceren.

Hoewel werkgeefster stelt technisch failliet te zijn, kon dit niet worden onderbouwd. Er is geen ingrijpende verandering van omstandigheden als motief voor de wijziging van het pensioenreglement gesteld.

Hof Amsterdam, 19-10-2010, nr. 200.031.532/01, Is een wijziging van premie-inhouding bij werknemers aanvaardbaar zonder wijzigingsbeding? Wetingang: PW art. 19

De werkgever neemt deel in verplicht bedrijfstakpensioenfonds. Volgens het pensioenreglement is de werknemersbijdrage maximaal 50%, maar die maximale bijdrage is in het verleden niet ingehouden. De werkgever wil de werknemersbijdrage stapsgewijs verhogen van 30% naar die 50%. Het hof overweegt dat de hoogte van de werknemersbijdrage een arbeidsvoorwaarde is, dat in de arbeidsovereenkomsten geen eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW) is opgenomen en dat de werkgever niet heeft onderbouwd waarom het handhaven van de huidige regeling omtrent de werknemerspremie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.3.9. Tweezijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 7:611 BW

Een werkgever kan uiteraard altijd een beroep doen op de werknemer om mee te werken aan de aanpassing van de arbeidsvoorwaarde pensioen. De werkgever en de werknemer zijn in het algemeen verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen, art. 7:611 BW. In het kader van de arbeidsverhouding mag een werkgever er slechts dan op vertrouwen dat een werknemer heeft ingestemd met een voor hem nadelige wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden (in casu een pensioenregeling) als hem duidelijkheid is verschaft over de inhoud van die wijziging en op basis van verklaringen of gedragingen van die werknemer een welbewuste instemming met die wijziging mag worden aangenomen ⁷⁷. Zou later blijken dat de werknemer bepaalde informatie niet heeft ontvangen, dan kan hij achteraf alsnog nakoming van de oude pensioenregeling vorderen. In art. 7:655 BW is expliciet geregeld dat het de verantwoording van de werkgever is ervoor te zorgen dat de werknemer alle relevante informatie ontvangt die hij nodig heeft om een goede keuze te kunnen maken.

⁷⁷ HR 12 februari 2010, RvdW 2010/297, JAR 2010/71, RAR 2010/52 (Van Beek e.a./CZ Zorggroep Tilburg)

Bij de vrijwillige instemming met een aanpassing van de arbeidsvoorwaarde pensioen, is het dus van essentiële betekenis de werknemer alle relevante informatie te verstrekken. Als hieraan is voldaan, is het goed mogelijk een aanpassing te bewerkstelligen. Wel is altijd de individuele instemming van de werknemer noodzakelijk, tenzij de aanpassing bij CAO is bepaald. Naast de hiervoor genoemde mogelijkheden tot wijziging op grond van art. 7:611 en 7:613 BW kent het BW nog een aantal mogelijkheden die echter slechts in een gering aantal gevallen een rol spelen. Op grond van art. 6:248 BW heeft een overeenkomst niet alleen de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Zowel werkgever als werknemer kunnen met een beroep op deze bepaling (desnoods voor de rechter) betogen dat de (pensioen)overeenkomst gegeven de specifieke omstandigheden andere gevolgen heeft dan oorspronkelijk overeengekomen.

Tevens bepaalt art. 6:258 BW dat de rechter op verzoek van één der partijen de overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbonden kan verklaren, op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan een dergelijke wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend ⁷⁸.

Het kan ook zijn dat er een wederzijds goedvinden tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen ontstaat indien de werknemer stilzwijgend akkoord is gegaan met de aanpassing(en). In de praktijk komt dit regelmatig voor en wordt ook wel de negatieve optie genoemd ofwel ‘wie zwijgt stemt toe’ ⁷⁹

3.4 Conclusie

De laatste jaren zijn de fiscale grenzen van het pensioen behoorlijk beperkt door de overheid waarbij de oude norm van een pensioen over het eindloon is komen te vervallen.

Opbouwpercentages zijn verlaagd en de pensioenleeftijd is verhoogd. Opzienbarend is dat nu een harde aftopping van het pensioengevend salaris geldt dat jarenlang onbespreekbaar werd geacht. Nu deze grens wel met succes bespreekbaar is gebleken, bestaat in toenemende mate het risico dat deze inkomensgrens in de toekomst nog verder zal worden verlaagd.

⁷⁸ T&C Pensioenrecht, commentaar op art. 7:613 BW

⁷⁹ TPV 2012/42, Prof. mr. drs. Heemskerk e.a.

Ondanks het feit dat de overheid vanuit fiscale wetgeving verplicht pensioenregelingen te versoberen, is de werkgever vanuit civiel juridische rechtspraak veelal verplicht te compenseren voor de achteruitgang. De invulling hiervan wordt overgelaten aan werkgevers en werknemers.

Pensioen kan worden gezien als uitgesteld loon en daarmee volgens de SER een primaire arbeidsvoorwaarde. Het is echter jammer dat de wetgever geen duidelijkheid verschaft of de arbeidsvoorwaarde pensioen primair of secundair is.

Wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding om de pensioenregeling te kunnen versoberen lukt het in de praktijk meestal niet om zwaarwichtige redenen aan te tonen waarvoor de belangen van de werknemer moeten wijken. Zowel de wijziging van de pensioenregeling als de compensatie moeten blijk geven van goed werkgeverschap. Indien het voorstel van de werkgever voldoende redelijk blijkt, zal de werknemer zich eveneens als goed werknemer moeten gedragen.

De wetgever zelf geeft hier geen rechtsregels voor gemaakt die aangeven wat wel en wat niet redelijk is, maar op basis van rechtspraak is over het algemeen wel voldoende duidelijkheid ontstaan waar de grenzen liggen.

4. Welke methoden zijn er m.b.t. compenseren van pensioen?

4.1. Inleiding

De werkgever dient een redelijke compensatie te bieden voor pensioenversoeringen indien deze verplicht is. Vervolgens is dan de vraag welke mogelijkheden hiervoor het beste zijn. Als eerste kan de pensioenregeling worden geoptimaliseerd binnen de fiscale kaders en daarna via loon of andere arbeidsvoorwaarden.

4.2. Compensatie werkgever verplicht?

Er zijn geen wettelijke bepalingen die de werkgever verplichten de versoerde pensioenregeling te compenseren als gevolg van fiscale wetwijzigingen. Ook wanneer in het pensioenreglement de bepaling staat dat fiscale wetwijzigingen een zwaarwichtig belang zijn voor een eenzijdige wijziging geldt dat eerst de belangen van werkgever en werknemer moeten worden afgewogen.

In de literatuur⁸⁰ en rechtspraak⁸¹ wordt algemeen aangenomen dat op grond van een fiscale wetswijziging geen wettelijke plicht ontstaat om de pensioenregeling te wijzigen. Om te voorkomen dat alle pensioenaanspraken tegen de waarde in het economisch verkeer⁸² worden belast tegen 52% inkomstenbelasting vermeerderd met 20% revisierente⁸³, zullen de pensioenregelingen meestal wel zijn aangepast.

In twee uitspraken⁸⁴ uit het VPL tijdperk mocht de regeling eenzijdig worden gewijzigd. Ter voorkoming van de fiscale bovenmatigheid die tot de extra fiscale eindheffing van 52% bij de werkgever zou worden belast werd als voldoende zwaarwegend belang voor een eenzijdige wijziging gezien. Over compensatiemaatregelen werd nog niet gesproken.

Uit latere jurisprudentie rondom VPL-wetgeving blijkt dat dat de werkgever een passende oplossing, zoals een financiële compensatie, moet aanbieden en dat hierbij moet worden uitgegaan van kostenneutraliteit voor de werkgever.

Op 10 april 2015 oordeelde de rechter in een kort geding tussen de vakbonden en de Rijksoverheid dat het vrijgevalle werkgeversdeel van de pensioenpremies ten goede moet komen aan de getroffen werknemers⁸⁵.

⁸⁰ Prof. dr. E. Lutjens, 'het wijzigen van een pensioenregeling', TPV 2005/6

⁸¹ HR Arkema arrest, 29 juni 2010, PJ2011/19

⁸² art. 3.135 en 3.137 Wet IB 2001

⁸³ art. 30i AWR

⁸⁴ Hof Arnhem 26 aug. 2008, LJN:BH1421 en kantonrechter Dordrecht 13 december 2007, LJN:BC0741

⁸⁵ Rechtbank Den Haag, 10 april 2015, C/09/484030 / KG ZA 15-290

4.3. Compensatie via de pensioenregeling

Voor mogelijkheden tot compensatie kan in eerste plaats worden gedacht aan een compensatie binnen het Witteveenkader zelf. Bijvoorbeeld door verlaging van de franchise tot maximaal het wettelijk minimum of door verbetering van andere pensioenonderdelen in de pensioenregeling. In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat de werkgever verplicht is om op basis van jurisprudentie de versoberingen te compenseren.

Compenseren via de pensioenregeling kan in de toekomst of in het verleden plaatsvinden. In de praktijk zal het lastig zijn om pensioen in te halen bij de huidige werkgever of zelfs in te kopen bij de voorgaande werkgever doordat het pensioentekort wordt afgemeten naar het huidige belastingjaar.

De compensatiemogelijkheden binnen de pensioenregeling kunnen dus het beste voor de toekomst worden gezocht en zijn per regeling verschillend zoals:

- verlaging van de deelnemersbijdrage
- verlagen van de AOW-franchise tot maximaal het wettelijke minimum (€ 12.842 in 2015)
- verhogen maximaal pensioengevend salaris
- meer looncomponenten pensioengevend maken
- verbeteren van de toeslagambitie, dus een hogere indexatie nastreven
- nabestaandenpensioen indexeren
- wijzigen van voorwaardelijke naar onvoorwaardelijke indexatie
- nabestaandenpensioen wijzigen van risicobasis naar opbouwbasis waardoor uitruil van partnerpensioen en waardeoverdracht van nabestaandenpensioen mogelijk wordt
- beschikbare premiestaffel van 4% rekenrente naar 3% rekenrente
- toevoegen en/of verbeteren van pensioenonderdelen zoals premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid (PVA), arbeidsongeschiktheidspensioen (AOP) of ANW-hiaat pensioen

Vanuit de werkgever bezien heeft dit als voordeel dat kan worden voorkomen dat een compensatie in brutoloon of andere looncomponenten hogere lasten met zich meebrengt dan compensatie pensioenpremie.

Over pensioenpremies hoeven geen werkgeverslasten te worden afgedragen en werken deze minder hard door in toekomstige salarisonderhandelingen.

Tevens wordt hiermee voorkomen dat de werknemer de extra loonruimte inzet voor andere doeleinden dan voor pensioen.

Afhankelijk van de regeling, de wensen van de werkgever/werknemers en eventuele andere omstandigheden kan tot de gewenste nieuwe regeling worden gekomen. Enkele mogelijkheden om via de pensioenregeling te compenseren worden hieronder nader beschreven.

Voorbeeld

Als gevolg van de fiscale wetswijzigingen moet de pensioenregeling van Ernst worden gewijzigd. De huidige middelloonregeling heeft de ondermeer de volgende kenmerken:

- middelloon 2%, pensioenleeftijd 65
- pensioengevend salaris € 40.000
- franchise € 18.000, pensioengrondslag € 22.000

Indien de regeling ongewijzigd zou worden voortgezet bedraagt het herrekenende opbouwpercentage vanaf 2014 bij leeftijd 65 maximaal 1,84% en vanaf 2015 bedraagt deze slechts nog 1,657% ⁸⁶. De adviseur van de werkgever adviseert de pensioenregeling binnen de fiscale ruimte te verbeteren waarbij wordt gestreefd naar kostenneutraliteit. De nieuwe regeling van Ernst ziet er dan als volgt uit:

- middelloon 1,875%, pensioenleeftijd 67
- pensioengevend salaris € 40.000
- franchise € 12.642 (wettelijke minimum franchise $100/75 \times \text{zelfstandige AOW}$), pensioengrondslag € 27.358

De verlaging van de AOW-franchise resulteert leidt tot een hogere pensioengrondslag waardoor Ernst vanaf 65 jaar recht houdt op nagenoeg dezelfde aanspraken. Hiermee voldoet de regeling weer aan het nieuwe Witteveen kader.

4.3.1. Verlaging van de deelnemersbijdrage

Ook kan worden besloten om de deelnemersbijdrage te verlagen. De werkgeversbijdrage gaat hiermee omhoog en netto houdt de werknemer meer over.

DNB heeft zich in 2013 positief uitgesproken over een verlaging van de werkgever- en werknemersbijdrage in de pensioenpremies als gevolg van versoering van het Witteveen kader. De verlaging van de premies resulteert tot meer koopkracht en verbetering van de Nederlandse

⁸⁶ belastingdienst V&A 12-004, V&A 14-008

economie. Aangenomen is dat de vrijvallende premies (na belasting) volledig ten goede komen aan de werknemers.

Tevens dragen de extra belastinginkomsten ook indirect bij aan verbetering van de economie⁸⁷. Volgens VCP-bestuurder Nic van Holstein lijkt DNB meer te staan voor de belangen van de banksector op korte termijn dan voor het belang van een goede pensioen op de lange termijn. ‘Pensioenen zijn geen monetair instrument, maar moeten een adequate toekomstvoorziening voor de oude dag bieden’, aldus de vakbond⁸⁸. Gezien de lage gemiddelde eigen bijdrage van ongeveer 7%⁸⁹ kan worden aangenomen dat verlaging van de deelnemersbijdrage in de meeste pensioenregelingen weinig ruimte tot compensatie biedt.

4.3.2. Indexeren van pensioenaanspraken

Een passend middel om de vrijgekomen premies aan te wenden kan zijn om de toeslagambitie te verhogen danwel de condities van voorwaardelijkheid te verbeteren of zelfs te kiezen voor een onvoorwaardelijk karakter. Gedurende de opbouw wordt het ambitieniveau vaak gekoppeld aan de loonindex van de branche of het bedrijf en vanaf pensioendatum aan de CBS prijsindex. De laatste jaren worden deze doelstellingen als gevolg van de lage marktrente en toenemende levensverwachting meestal niet behaald. De versoberde regeling kan worden gecompenseerd door het toekennen van voor- en/of na-indexatie tot het fiscale maximum van 3%⁹⁰.

Veel beschikbare premieregelingen hebben een nabestaandendeckening dat meestal op risicobasis is verzekerd. Doorgaans wordt hierbij eindloon als grondslag gehanteerd wat betekent dat een hogere franchise en een lagere opbouw geldt dan voor het ouderdomspensioen.

Voor lage inkomens met een geringe stijging heeft dit een nog grotere impact voor de hoogte van het nabestaandenpensioen. In deze situatie kan het nabestaandenpensioen worden geoptimaliseerd door te kiezen voor middelloon met voorindexatie als grondslag voor het nabestaandenpensioen.

⁸⁷ DNBulletin, 14 mei 2013

⁸⁸ FD, 15 januari 2015

⁸⁹ Rapport AWWN Pensioenbenchmark 2015

⁹⁰ Besluit MinFin., BWBR0036112, 09-06-2015

Met de fiscale wetwijzigingen van de laatste twee jaar is de pensioenopbouw van eindloonregelingen extra nadelig geworden ten opzichte van geïndexeerde middelloonregelingen. Voor eindloonregelingen geldt namelijk dat over diensttijd uit het verleden hetzelfde fiscale regime geldt als de toekomstige pensioenopbouw. Voor fiscaal maximale eindloonregelingen betekent het dat vanaf 2015 over toekomstige salarisstijgingen bijna 30% minder pensioen wordt opgebouwd ⁹¹.

Voor middelloonregelingen geldt dat toekomstige indexaties ook doorwerken over opgebouwd pensioen tegen de toenmalige fiscale regels. Wanneer tevens blijkt dat steeds minder pensioenuitvoerders nog een eindloonregeling aanbieden, kan in dit kader worden overwogen om de eindloonregeling te wijzigen in een geïndexeerde middelloonregeling.

4.4 Compensatie aftopping pensioengevend salaris

In Nederland verdienen ongeveer 145.000 ⁹² werknemers meer dan € 100.000 waarbij naar verwachting 125.000 werknemers zullen worden geraakt door de aftoppingsgrens. De grens van € 100.000 is geen absolute grens ⁹³ en is tot stand gekomen door uit gaan van ongeveer drie maal een modaal inkomen ⁹⁴.

Volgens de overheid zijn mensen met dit inkomen voldoende in staat om zelf een adequate oudedagsvoorziening te treffen ⁹⁵. De echte reden is echter de belastingbesparing die het oplevert. Voor deze groep is de versoering van het pensioen relatief het grootst. De indexatie van de aftoppingsgrens is geregeld in artikel 18ga, tweede lid, van de Wet op de loonbelasting 1964 (voor tweede pijlerpensioen) en in artikel 10.2a van de Wet IB 2001 (voor de derde pijler). Deze indexering vindt bij het beging van het kalenderjaar plaats via een koppeling aan de indexering van het minimumloon. De uiteindelijke indexering wordt opgenomen in een ministeriele regeling ⁹⁶.

Ook bij aftopping van het pensioeninkomen gelden geen andere regels dan voor het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden, maar niet aftoppen van de pensioenopbouw betekent hoe dan ook

⁹¹ AON Hewitt, 31 okt 2013

⁹² Bericht CBS, 14 maart 2013

⁹³ Pensioenmagazine, dec. 2014, Prof. mr. Heemskerk

⁹⁴ Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 8, p. 17

⁹⁵ Kamerstukken II 2013-2014, 33 847

⁹⁶ Brief staatssecretaris Wiebes, DB/2014/127 M, 4 maart 2014

dat de gehele pensioenaanspraak met 72% zal worden belast. Dit betekent in de praktijk dat de regeling binnen de fiscale kaders is aangepast en de werkgever in de meeste situaties gehouden is een redelijk compensatievoorstel te doen.

Wanneer er al een eenzijdig wijzigingsbeding ⁹⁷ is opgenomen, is het nog maar de vraag of daar een beroep op kan worden gedaan. Uit het arrest Mammoet/Stoof blijkt dat het beding alleen voor collectieve regelingen geldt. De werkgever kan de regeling dan wijzigen met toepassing van de dubbele redelijkheidstoets van de Mammoet/Stoofleer ⁹⁸. Deze leer zal veelal uitkomst moeten bieden in de hoogte en de vorm van compensatie die wordt geboden. Welke vorm van die compensatie moet aannemen en hoe hoog die compensatie moet zijn, is sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval.

De werkgever heeft de volgende mogelijkheden ter compensatie van aftopping van het pensioen:

1. aanbieden van een nettopensioen of nettolijfrente
2. fiscale optimalisatie van de pensioenregeling (beschreven in hoofdstuk 4.2)
3. collectieve overlijdensrisicoverzekering voor de verlaging van het nabestaandenpensioen
4. compensatie in loon of andere arbeidsvoorwaarden (beschreven in volgende hoofdstuk)

Ruim 80% van de werkgevers biedt werknemers die meer verdienen dan € 100.000 compensatie voor de aftopping van de belastingvrije pensioenopbouw. In de meeste gevallen is dat een netto pensioenregeling. Dit blijkt uit een onderzoek van adviesbureau Mercer onder grotere Nederlandse ondernemingen, waarvan het merendeel niet verplicht deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds ⁹⁹. Als werkgevers compensatie bieden, dan is dat in 61% van de gevallen in de vorm een regeling: voor nettopensioen, nettolijfrente of nettosparen. Nettopensioen is de variant die het meeste voorkomt. 64% van de werkgevers die een regeling aanbiedt, kiest hiervoor. Bij 36% van de werkgevers kunnen werknemers kiezen voor nettosparen zonder box 3 vrijstelling. Nettolijfrente blijft achter, met 7%. Het totaal is hoger dan 100%, omdat sommige werkgevers meer dan één regeling aanbieden, zegt Tim Burggraaf van Mercer in een toelichting. Nader onderzoek, later dit jaar, moet uitwijzen hoeveel werknemers gebruik maken van het aanbod van hun werkgever, zegt hij. Gelet op de ervaring

⁹⁷ art. 7:613 BW en art. 19 PW

⁹⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 20 nov. 2012, RA 2013/27

⁹⁹ Mercer, 'Bijna 1 op de 5 werkgevers compenseert versoberde pensioenopbouw niet', 16-04-2015

met andere vrijwillige (pensioen-)regelingen verwacht Burggraaf dat maar weinig werknemers zullen deelnemen. Dat kan anders zijn bij een opt-out. Van de werkgevers heeft 55% de nettoregeling ondergebracht bij de pensioenuitvoerder van de basisregeling. De overige 45% wijkt uit naar een andere aanbieder.

De andere 39% van de werkgevers die compenseert voor de aftopping doet dat volgens Mercer met een loonsverhoging (zie voorbeeld in bijlage 3). Van die groep zegt 66% geen plannen te hebben om hierin verandering te brengen. Mercer denkt dat dit een bewuste keuze is: deelname is vrijwillig en de fiscale voordelen zijn beperkt. Bij bijna één op de vijf werkgevers is dus geen enkele compensatie.

4.4.1. Nettopensioen of nettolijfrente

Werkgevers met een pensioenregeling zijn verplicht om werknemers met een salaris van méér dan 100.000 euro de mogelijkheid te bieden nettopensioen op te bouwen. Voor werknemers is bestaat géén verplichting om aan de nettopensioen regeling mee te doen, en maakt dus geen onderdeel uit van de collectieve pensioenregeling.

De premies voor het nettopensioen worden betaald uit het nettosalaris. De uitkeringen uit het nettopensioen zijn te zijner tijd onbelast en de waarde van het nettopensioen is vrijgesteld in box 3. Het staat werknemers vrij om bij een andere aanbieder een nettolijfrente af te sluiten. De premies voor de nettolijfrente zijn dan evenmin aftrekbaar, en net als bij het pensioen zijn de uitkeringen te zijner tijd onbelast en is de waarde vrijgesteld in box 3 ¹⁰⁰.

Nettopensioen valt civiel juridisch onder de Pensioenwet wat de werknemer veel bescherming geeft. Wat betreft de fiscale voorwaarden valt nettopensioen onder afd. 5.3A van de Wet IB2001. Nettolijfrente valt niet onder de Pensioenwet, wat wonderlijk genoeg werd voorgesteld in de 2^e Kamer, maar fiscaal gezien onder hetzelfde regime als nettopensioen.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2014-2015, 34 002

Hieronder de voornaamste verschillen tussen nettopensioen en nettolijfrente (letterlijke tekst uit brief van staatssecretaris Klijsma en Wiebes).

Pensioenwet (geldend voor nettopensioen)	Wet IB 2001 (geldend voor nettopensioen en nettolijfrente)
<i>Inkomensvoorzieningen:</i> ouderdompensioen, partnerpensioen (voor overlijden van de werknemer), wezenpensioen (voor overlijden van de werknemer) of arbeidsongeschiktheidspensioen	<i>Inkomensvoorzieningen:</i> oudedagslijfrente, nabestaandenlijfrente (voor overlijden van de verzekeringnemer <i>of zijn partner</i>) of tijdelijke lijfrente
<i>Aanbieder:</i> pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling (PPI)	<i>Aanbieder*:</i> pensioenfonds, verzekeraar, PPI, bank of (beheerder van een) beleggingsinstelling 5.16A
<i>Kring van gerechtigden:</i> alleen (gewezen) werknemer, (gewezen) partner en kinderen	<i>Kring van gerechtigden:</i> elke willekeurige begunstigde die verzekeringnemer (belastingplichtige) heeft aangewezen
<i>Uitkeringsvormen:</i> levenslange uitkering in geld (dus niet in beleggingseenheden) die kan variëren binnen de marge 100:75 bij ouderdom (ouderdompensioen en wezenpensioen)	<i>Uitkeringsvormen:</i> levenslange of tijdelijke uitkering die vast en gelijkmatig is in geld of beleggingseenheden bij ouderdom of overlijden
Kan <i>niet</i> vererven	Kan <i>wel</i> vererven (banksparen)
<i>Afkoop</i> wordt beheerst door Pensioenwet	<i>Afkoop</i> wordt niet beheerst door Pensioenwet

101

* *Ad. aanbieder;* het pensioenfonds en de PPI kunnen geen uitvoerder zijn van een nettolijfrente. Mede door dit soort fouten ontstonden er onzinnige ideeën in de Kamer zoals het opnemen van lijfrente in de Pensioenwet.

Zowel voor nettopensioen als nettolijfrente gaat de werknemer er financieel op achteruit indien een uitkeringsregeling wordt afgetopt. De hoogte van de inleg is in beide regelingen namelijk gelimiteerd op basis van een premiestaffel welke is afgeleid van maximaal 1,875% middelloon. Evenals bij een beschikbare premieregeling zal het uiteindelijke pensioenresultaat meestal lager

¹⁰¹ Kamerstukken 33 863, nr. 30, schema letterlijk overgenomen

zijn dan bij een uitkeringsregeling waar in beginsel geen limitering van premiehoogte geldt. Ruim een jaar terug verwachtte de pensioensector dat slechts weinig veelverdieners gebruik zouden maken van de nettopensioenregeling¹⁰². Nu blijkt echter uit een onderzoek onder 25 grote ondernemingen dat gebruik maken van de gelegenheid om de vrijgevalLEN werkggeverspremie in loon te laten uitbetalen¹⁰³.

4.5. Compensatie via loon en overige arbeidsvoorwaarden

Indien geen van de andere compensatiemogelijkheden wordt benut of wanneer deze ontoereikend zijn, kan in loon(geld) of andere arbeidsvoorwaarden zoals meer vrije dagen worden gecompenseerd.

De overheid gaat er hierbij vanuit dat de vrijval van de werkggeverspremie in brutoloon wordt gecompenseerd. Dat in de praktijk niet altijd de volledige vrijval wordt gecompenseerd blijkt ook uit een kort geding in april 2015 van de vakbonden tegen de Rijksoverheid ¹⁰⁴.

De vrijgevalLEN premie kan als een bedrag ineens, als een structurele loonsverhoging of als een aparte periodieke uitkering naast het loon.

Een bedrag ineens betekent dat bij de werknemer al snel tegen het hoogste belastingtarief moet worden afgerekend, hetgeen de werkgever in één keer veel liquiditeit kost en bovendien de kans bestaat dat de werknemer niet lang meer in dienst is. Veel werkgevers kiezen hier dan ook niet voor.

Een structurele loonsverhoging werkt door in toekomstige loonsverhogingen en doet voor de werknemer meer recht aan de verlaging van de regeling. Het vervallen deel van de werkggeversbijdrage had immers ook meebewogen met de loonontwikkeling.

Een aparte periodieke vergoeding betekent dat wordt losgekoppeld van de loonontwikkelingen. Gedurende de laatste jaren van tegenvallende financiële markten en lage markttrenten geldt dat de verhouding tot premie-inleg en verkrijging van pensioenaanspraken veelal zoek is geraakt. Dit kan een indicatie voor een zwaarwichtig belang opleveren.

Zowel vanuit de kant van de werkgever als de kant van de werknemer zal moeten worden afgewogen of deze redelijk en billijk zijn. Zo zal in redelijkheid niet van de werkgever kunnen

¹⁰² FD, 'Hogere inkomens gaan niet bijsparen voor hun pensioen', 25 november 2014

¹⁰³ FD, 'Hoge inkomens blijven pensioensparen ondanks ingreep', 3 december 2015

¹⁰⁴ C/09/484030 / KG ZA 15290

worden verlangd dat voor een werknemer van 25 jaar en slechts twee jaar in dienst de vervallen eindloon regeling volledig tot aan pensioendatum zal worden gecompenseerd.

Veel werkgevers hebben op advies van pensioenadviseurs ervoor gekozen om de versoberde regeling middels een percentage van de beschikbare premiestaffel, welke is gebaseerd op de pensioengrondslag, te compenseren. Dit is een eenvoudige berekeningsmethode en het gebruik van de premiestaffel zou ongelijke behandeling moeten voorkomen is de gedachte.

Nadelen van deze methode zijn echter dat er geen sprake is van een gerichte compensatie waardoor de verschillen tussen medewerkers ongewenst groot kunnen zijn en de compensatie ieder jaar weer opnieuw moet worden berekend. Het laatste betekent ook dat deze compensatie in toekomstige loononderhandelingen weer ter discussie kan komen.

Indien de werkgever ervoor kiest om niet in loon/geld te compenseren maar in andere arbeidsvoorwaarden is het belangrijk dat deze een structureel karakter hebben gezien het feit dat pensioenafspraken gelden zolang de werknemer in dienst is.

In bijlage 2 is een voorbeeld uit de praktijk waarbij de werkgever heeft voorgesteld om de eindloonregeling te wijzigen naar een middelloonregeling middels een percentage van de staffel gedurende slechts 5 jaar. Medewerkers zouden hierdoor voor slechts 3% worden gecompenseerd en er gemiddeld 20% op achteruit gaan na compensatie. Tevens zouden er grote verschillen tussen medewerkers ontstaan. Los van het gegeven dat de werkgever hier niet met succes een beroep kon doen op eenzijdig wijzigingsbeding kon worden gesproken van een erg onredelijk voorstel.

De OR stemde hier dan ook niet mee in en wenste een hogere maar ook rechtvaardigere compensatie waarop een ander voorstel is gedaan waarmee de werkgever na lang onderhandelen mee akkoord is gegaan. In dit voorstel is gerekend met het verlies aanspraken als gevolg van eindloon naar middelloon. Hierbij zijn de parameters zoals stijging salaris en aankoopfactor pensioen vooraf vastgesteld als grondslag voor de compensatie. Vervolgens is onderscheid gemaakt naar het aantal resterende dienstjaren tot pensioendatum en aantal jaren dienstverband voor werknemers met veel resterende dienstjaren.

Er is hier sprake van een objectieve rechtvaardigingsgrond¹⁰⁵ gezien het doel dat met het maken van onderscheid wordt nagestreefd legitiem is, namelijk beantwoordt aan de werkelijke behoefte van een rechtvaardige compensatie en op zichzelf niet discriminerend is. De

¹⁰⁵ AWBG, art. 2

samenstelling van de groepen is zodanig dat geen sprake is van indirect onderscheid op basis van verboden criteria zoals geslacht of leeftijd.

De gehanteerde methode (het middel) om het pensioentekort te compenseren is passend en noodzakelijk. Binnen het kader van harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden waaronder de pensioenregelingen kon dit doel niet worden bereikt via andere middelen die niet of minder discriminerend zijn ¹⁰⁶.

In bovenstaande casus is de vrijgevalle werkgeverspremie op deelnemersniveau niet als direct uitgangspunt gehanteerd voor de compensatie. Wel is naar de totale kostenbesparing gekeken van de werkgever en in relatie gebracht tot het gemis aan pensioen. Hierin heeft naar redelijkheid en billijkheid een belangenafweging plaatsgevonden waar alle partijen zich in konden vinden.

Wanneer in een regeling waarbij de premie op individueel niveau is gebaseerd wordt besloten om de ‘vrijgevalle’ werkgeverspremies direct om te zetten in loon, betekent het dat de oudere werknemer een hogere compensatie (meer loon) zou ontvangen dan zijn jongere collega. Art. 8, lid 3 WGBL bepaalt echter dat leeftijdsonderscheid wel is toegestaan bij het berekenen van actuariële pensioenpremies, maar niet voor loon. Op deze wijze kan een vorm van ongelijke behandeling op grond van leeftijd ontstaan (HR 21 okt. 2005, LJN AT8244) waaraan valt te ontkomen indien hier een objectieve rechtvaardigingsgrond (art. 7, lid c, onderdeel c WGBL) voor bestaat. Het merendeel van de pensioenregelingen loopt echter bij pensioenfondsen met een doorsneepremie waar dit probleem zich niet voordoet.

4.6. Conclusie

Bij versooring van het pensioen is het beter om eerst alle compensatiemogelijkheden binnen de pensioenregeling te benutten alvorens over te gaan tot compensatie in loon of andere arbeidsvoorwaarden. In de praktijk zijn hier meer mogelijkheden voor dan in het begin vaak aan wordt gedacht.

In een eindloonregeling kan vanaf 2015 vaak minder meer worden opgebouwd dan een geïndexeerde middelloonregeling waardoor deze nog sneller uit de gratie zullen raken.

Werknemers waarbij het pensioengevend salaris tot 100k is afgetopt hebben als alternatief de keuze voor nettopensioen en lijfrentelijfrente. Afgezien van de nettopremie worden voor

¹⁰⁶ Bijl. Handelingen II 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT), p. 14

nettopensioen en nettolijfrente dezelfde wettelijke eisen gesteld als de reguliere pensioen- en lijfrenteregeling. Tussen beide oudedagsvoorzieningen bestaan veel verschillen waardoor het voor de 100k+ werknemer van belang is om deze vooraf af te wegen, maar blijft gevangen binnen het strakke fiscale keurslijf.

Tevens speelt voor de betreffende medewerker de vraag of vanaf AOW leeftijd nog steeds in het 52% tarief zal vallen. Indien dit niet het geval is, is het minder gunstig om voor nettopensioen of nettolijfrente te kiezen dan voor werknemers die later wel in het 52% tarief vallen.

Indien er gecompenseerd wordt in loon of andere arbeidsvoorwaarden zal de werkgever ervoor moeten zorgen dat deze afspraken gelden zolang de werknemer in dienst is, tenzij er omstandigheden zijn op grond waarvan deze niet in redelijkheid van de werkgever kunnen worden verlangd. Tevens moet worden voorkomen dat bij verzekerde regelingen de kans op leeftijdsdiscriminatie ontstaat doordat jonge medewerkers te weinig worden gecompenseerd. Dit kan worden opgelost door van vaste factoren uit te gaan in plaats van actuariële factoren.

5. Samenvatting

Gedurende de wetsgeschiedenis heeft de overheid geldende pensioenregelingen steeds verder gematigd. In het verleden dienden pensioenregelingen slechts aan de open norm van maatschappelijke aanvaardbaarheid te voldoen, nu gelden er strenge fiscale beperkingen.

Voorheen waren er nog weinig fiscale beperkingen voor pensioen, echter de laatste jaren is een verschuiving zichtbaar in de fiscale behandeling van pensioen, het zgn. Witteveenkader. De recente versoeringen van het Witteveenkader zijn grotendeels gebaseerd op bezuinigingsmaatregelen. Naast de forse verlaging van de *maximale fiscale opbouwpercentages* kan de *aftopping van het pensioeninkomen* worden gezien als een kantelpunt in de ontwikkeling van de fiscale facilitering van pensioen. Of deze neerwaartse trend zal doorzetten, zal de toekomst uitwijzen.

De versoering van de fiscale facilitering neemt niet weg dat de behoefte blijft bestaan aan een goede oudedagsvoorziening. *De vraag rijst dan ook in hoeverre de wetgeving voldoende waarborgen biedt die rekening houden met zowel de belangen van de werkgever als van de werknemer bij het versoeren van pensioenregelingen en wat is daarbij de beste methode is voor het compenseren.*

De historie van wetgeving, speelt een belangrijke rol bij de maximale opbouw van pensioen. In de Nederlandse fiscale wetgeving is in der loop der tijd verschillende belangrijke wetgeving tot stand gekomen. Van oudsher geldt als basis van de fiscale behandeling van pensioen de inkomensuitstelgedachte ook wel de omkeerregel. Kern van de omkeerregel is dat premies voor de oudedag gedurende de werkzame periode niet zijn belast, maar de uitkeringen vanaf pensioendatum worden belast. De mate waarin men pensioen kon opbouwen was een *open norm* en werd in 1965 vastgelegd in de Wet op de loonbelasting 1964. Met open norm werd bedoeld hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk kon worden geacht mede in verband met diensttijd en genoten beloning. Door deze open norm was er veel discussie over hetgeen fiscaal maximaal toelaatbaar werd geacht waar de rechterlijke macht zwaar werd belast. Mede als gevolg hiervan diende maatregelen te worden genomen. Dit resulteerde in de Wet fiscale behandeling Pensioenen (Witteveen) op 1 juni 1999.

De eerste versoering volgde al snel met de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloop die vanaf 1 januari 2005 in werking trad. Daarna bleven fiscale wetwijzigingen beperkt tot op 12 juni 2012 de Wet verhoging AOW en pensioenrichtleeftijd werd goedgekeurd.

Vanaf 2013 zijn in twee jaar tijd forse fiscale versoeringen doorgevoerd. Allereerst is de AOW leeftijd vanaf 2013 stapsgewijs verhoogd van 65 jaar naar 67 jaar. Vanaf 2022 is de pensioengerechtigde leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting waardoor de AOW leeftijd nog verder zal worden verhoogd. Vanaf 2014 is ook de pensioenrichtleeftijd voor pensioenregelingen verhoogd van 65 naar 67 en de nominale opbouwpercentages nog in geringe mate verlaagd. De werknemer had echter recht op aanspraken vanaf pensioenleeftijd 65. Wanneer de opbouwpercentages worden herrekend naar leeftijd 65, bedraagt de verlaging echter zo'n 16%. Vanaf 2015 zijn de opbouwpercentages nog verder verlaagd en bedraagt de verlaging sinds 2013 bijna 30%. Tevens zijn er twee verschillende franchises gekomen voor middelloon en eindloon en het pensioengevend salaris is afgetopt tot € 100.000.

De bij de pensioenregeling betrokken partijen hebben ieder verschillende belangen bij een wijziging daarvan. De *werkgever* heeft er in het algemeen belang bij om de kosten laag te houden of omlaag te brengen. Zeker gezien het feit dat de laatste jaren de premies van gegarandeerde uitkeringsregelingen als gevolg van de lage rentestand zijn toegenomen. Veelal besluiten werkgever dan tot een versoering van de bestaande pensioenregeling en een premieregeling voor nieuwe werknemers. Hierbij speelt sinds 1 juli 2015 de Wet

pensioencommunicatie een belangrijke rol gezien het feit dat de werknemers sinds de inwerkingtreding van deze wet niet alleen tijdig en duidelijk maar ook correct en evenwichtig geïnformeerd dienen te worden over alle wijzigingen.

Ook de *OR* is betrokken bij wijzigingen van pensioenregeling door middel van het instemmingsrecht. Ongeveer 95% van de pensioenregelingen moest worden aangepast als van gevolg van de recente versoberingen van het Witteveenkader. Zonder instemming van de *OR* kan het de werkgever verboden worden een dergelijk aftoppingsbesluit te nemen. Een tweede belang van instemming van de *OR* is versterking van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers en de indicatie voor een zwaarwichtig belang. In organisaties zonder ondernemingsraad zijn werknemers aangewezen op zichzelf, een werknemersvertegenwoordiging, een personeelsfunctionaris of op een vakbond. Wanneer de werknemer zich niet heeft verdiept in het pensioen en geen bezwaar heeft gemaakt, dan geldt dat hij stilzwijgend heeft ingestemd met de gewijzigde mogelijk verslechterde pensioenregeling, en komt zijn belang van het minimaal in stand houden van de bestaande regeling mogelijk in het gedrang.

Pensioen is een toezegging in het kader van een arbeidsovereenkomst van de werkgever aan de werknemer. In dit kader zijn er een aantal juridische verweermiddelen die de pensioenrechten kunnen beschermen bij versoberingen van het pensioen. Een eerste mogelijkheid voor de werkgever is om de pensioenregeling als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen door het opnemen van een beding zoals genoemd in artikel 7:613 BW en art 19 PW. In veel gevallen is er echter een verplicht gesteld bedrijfstak pensioenfonds. In dat geval zijn werkgevers en deelnemers gebonden aan de statuten en reglementen van het verplicht gesteld bedrijfstak pensioenfonds. Een rechtsgeldige wijziging op collectief niveau wijzigt dan de pensioenovereenkomst.

Wanneer partijen geen wijzigings beding zijn overeengekomen in de arbeidsovereenkomst of de pensioenovereenkomst, dan kan onder omstandigheden van de werknemer worden verlangd dat hij instemt met een wijziging op grond van de criteria van “goed werkgeverschap en goed werknemersschap” op basis van artikel 7:611 BW. Wil een werkgever echter gebruik maken van art 7:611 BW dan hij in de eerste plaats aantonen dat sprake is van gewijzigde omstandigheden die het wijzigingsverzoek rechtvaardigen. Tevens is er voor de werkgever ook nog de mogelijkheid om de overeenkomst eenzijdig te wijzigen indien aannemelijk kan worden

gemaakt dat er onvoorziene omstandigheden zijn die van dusdanige aard zijn, dat de wederpartij naar maatstaven redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De toetsing is erg zwaar vandaar dat weinig een beroep wordt gedaan op dit artikel. Uiteraard kan een werkgever altijd een beroep doen op de werknemer om mee te werken aan de aanpassing van de arbeidsvoorwaarde pensioen, en er dus sprake is van een tweezijdige wijziging pensioenregeling op grond van artikel 7:611 BW. Er zijn echter geen wettelijke bepalingen die de werkgever verplichten de versoberde pensioenregeling te compenseren als gevolg van fiscale wetswijzigingen. Ook wanneer in het pensioenreglement de bepaling staat dat fiscale wetswijzigingen een zwaarwichtig belang zijn voor een eenzijdige wijziging geldt dat eerst de belangen van de werkgever en werknemer moeten worden afgewogen.

Eerste mogelijkheid tot compensatie bestaat binnen het Witteveenkader zelf, derhalve via de pensioenregeling. Afhankelijk van de regeling, de wensen van de werkgever/werknemers en eventuele andere omstandigheden kan tot de gewenste nieuwe regeling worden gekomen. Verlaging van de franchise tot maximaal het wettelijk minimum of verlaging van de deelnemersbijdrage behoren tot de mogelijkheden. Ook bij aftopping van het pensioeninkomen geldt dat de wijziging niet eenzijdig kan worden afgedwongen door de werkgever, maar niet aftoppen betekent hoe dan ook dat de gehele pensioenaanspraak met 72% zal worden belast. In dit geval kan de werkgever compenseren door het aanbieden van een nettopensioen of lijfrente, fiscale optimalisatie van de pensioenregeling, collectieve overlijdensrisicoverzekering voor de verlaging van het nabestaandenpensioen of door middel van compensatie in geld.

6. Conclusie en aanbevelingen

Door de recente (fiscale)wetswijzigingen zijn de pensioenregelingen aanzienlijk verlaagd. Wettelijk bestaat geen verplichting om de versoberde pensioenregeling te compenseren, evenmin voor de wijze en hoogte waarop wordt gecompenseerd. Vanuit jurisprudentie, civiel juridische rechtspraak, wordt bepaald wanneer een regeling wel of niet mag worden gewijzigd (versoberd). Van een uitgewerkte rechtsverhouding kan nog niet worden gesproken. Telkens draait het hierbij om de vraag welke partij bevoegd is tot wijziging, hoe er wordt gewijzigd en getoetst en wanneer niet gewijzigd mag worden.

Over de hoogte van compensatie wordt uitgegaan van kostenneutraliteit maar zijn minder rechtelijke uitspraken bekend. Toch geven deze voldoende aanknopingspunten wat wel of niet

geoorloofd is. In de praktijk bestaat er echter geen eenduidigheid of pensioen behoort tot de primaire of secundaire arbeidsvoorwaarden waardoor discussies ontstaan bij compensatie van pensioenversoberingen. Deze discussie zou deels voorkomen kunnen worden wanneer de civiel juridische wetgever hier aanwijzingen voor geeft. Verder zou de overheid bij toekomstige fiscale wetswijzigingen kunnen wijzen op de rechten van medewerkers.

De wijze waarop en in welke mate wordt gecompenseerd blijft een open norm die van geval tot geval naar redelijkheid en billijkheid moet worden beoordeeld. Het uiteindelijke doel is om wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer te bereiken. Voor de compensatie kan het beste eerst de fiscale ruimte binnen het Witteveenkader worden benut en daarna in de vorm van loon en/of structurele verbetering van andere arbeidsvoorwaarden.

Indien partijen er niet uit komen over de hoogte en de vorm van de compensatie zal de Mammoet/Stoofleer meestal uitkomst kunnen bieden.

Het is een goede zaak dat de OR in de toekomst meer instemmingsrecht krijgt in de arbeidsvoorwaarde pensioen van de werknemers. Hierdoor zal minder snel discussie bestaan wanneer de OR instemmingsrecht heeft en wordt voorkomen dat een pensioenfondsbestuur zonder medewerking van de werkgever of werknemer het pensioenreglement wijzigt. Toch kan er nog onduidelijkheid blijven bestaan wat wel en wat niet onder de arbeidsvoorwaarde pensioen valt. Een duidelijk toelichting in het wetsvoorstel ontbreekt hier echter nog.

Er blijft echter een grote groep werknemers over waarvan de belangen niet door een OR of ander orgaan wordt vertegenwoordigd. Een OR wordt bij pensioenwijzigingen al snel bijgestaan door een pensioendeskundige waardoor de belangen van werknemers bij kleinere bedrijven zonder werknemersvertegenwoordiging minder goed worden behartigd. Bij deze groep zal in de praktijk minder vaak gecompenseerd zijn.

Door verbetering van het instemmingsrecht van de OR wordt het verschil in rechtsbescherming tussen deze twee groepen van werknemers nog groter.

Zowel voor de werkgever als de OR is het van belang om bij versobering van de regeling het instemmingsverzoek in twee onderdelen op te splitsen, namelijk de wijziging van de regeling zelf en de compensatiemaatregelen. Instemming van de OR betekent niet automatisch dat ook de individuele werknemer onthouden wordt van instemming. Indien de werkgever een akkoord heeft bereikt met de OR is het raadzaam om ook de individuele werknemers een vaststellingsovereenkomst van de wijzigingen te laten tekenen. Hierbij is het van groot belang dat de werkgever rekening houdt met de recente wetgeving voor pensioencommunicatie.

7. Literatuurlijst

Literatuur

- N. Gundt 2009, ‘Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?’, Deventer, Kluwer 2009

Jurisprudentie

- Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635, Haviltex arrest, uitleg van een schriftelijke overeenkomst
- Hoge Raad 26 juni 1998, JAR 1998/199, Van der Lely/Taxi Hofman, eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden door werkgever, art 7:613 BW
- Hoge Raad 20 februari 2004, NJ 2005, 493, Haviltexnorm en de CAO-norm
- Kantonrechter Dordrecht 13 december 2007, LJN:BC0741, wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van 6:258 BW
- Kantonrechter Utrecht 20 april, JAR 2000, 130
- Hoge Raad 11 juli 2008, LJN BD1847, JAR 2008/204, toepassing van art. 7:611 BW goed werkgevers- en werknemersschap
- Hof Arnhem 26 aug. 2008, LJN:BH1421, eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613
- Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, LJN BH4945, PJ 2009/67, afschaffing FPU-regeling geen verboden leeftijdsonderscheid
- Hoge Raad 12 februari 2010, JAR 2010/71, RAR 2010/52 (Van Beek e.a./CZ Zorggroep Tilburg), wijziging arbeidsovereenkomst
- Hoge Raad, 29 juni 2010, PJ2011/19, Arkema arrest, invloed van Wet VPL op toezegging tot voortgezette prepensioenopbouw uit hoofde van sociaal plan, afkoopverbod
- Hof Amsterdam 28 september 2010, JAR 2010/270, gerechtvaardigd vertrouwen; eenzijdige wijziging van afspraken over ontslagvergoeding en bonus.
- Hof 's-Hertogenbosch, 20 nov. 2012, RAR 2013/27, wijziging arbeidsvoorwaarden, CAO, schriftelijk wijzigingsbeding?
- Hoge Raad 8 november 2013, JAR 2013/300, Delta Lloyd, Art. 81 lid 1 RO. Onvoorwaardelijk recht op indexatie? Uitleg pensioenreglement. Bevoegdheid tot eenzijdige wijziging?

- Hoge Raad 24-01-2014, 13/02074, art. 27 lid 1 onder a WOR. Is de beslissing van de OR om geen instemming te geven onredelijk? Art. 27 lid 4 WOR maatstaf
- Hoge Raad Amsterdam, 10 juli 2014, PJ 2014/126, toepassing maatstaf Stoof/Mammoet bij wijziging arbeidsvoorwaarden
- Rechtbank Rotterdam, 15-04-2015, PJ 2015/8, Biomet, compensatiemaatregel maakt deel uit van het instemmingsverzoek.

Tijdschriftartikelen

- Prof. mr. M. Heemskerk, okt. 2010, Instemmingsrecht OR uit Pensioenwet is gebrekkig, Pensioen & Praktijk
- Prof. mr. H.M. Kapelle, prof. dr. G. Dietforst, mr. dr. R. de Greef, mr. M Hendriks, prof. dr. de Lange en drs. E. Schouten CPC, 24 feb. 2011, Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen: het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger, Weekblad fiscaal recht nr. 6985
- Prof. mr. M. Heemskerk en mr. M. Minnaard, mei 2011, Impasse Pensioenakkoord door juridische belemmeringen invaren een zinkend schip?, Pensioen & Praktijk
- Prof. mr. M. Heemskerk, juni 2012, Werknemers binden aan instemming van de OR en het fondsbestuur?, Pensioen & Praktijk
- Prof. mr. M. Heemskerk, mr. S.H. Kuiper, mr. M. van der Poel, mr. drs. E. Schop en mr. I. Witte, dec. 2012, Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
- Mr. drs. A.B. van Els & mr. K. Deelen, okt. 2013, De invloed van de OR bij wijziging arbeidsvoorwaarden ex art. 7:613 BW, Tijdschrift Recht en Arbeid
- Drs. A.D. Gazan MFP FFP, drs. C. Dekkers MFP FFP en mr. drs. P.B. van den Bos CPL, aug/sept. 2013, Compensatiemogelijkheden voor verlaagde pensioenopbouw, Pensioen Magazine
- Mr. J.F. Noorzij, jan. 2014, Is de economische crisis een grond
- Mr. drs. P. van den Bos CPL, mrt. 2014, ECN/Omen: heroverweging van het eenzijdig wijzigingsbeding vereist?, Arbeidsrecht – maandblad voor de praktijk
- Mr. R.J.G. Veugelers en mr. Hoogwerff Kroon, nov. 2014, SER-advies over instemmingsrecht OR: een degelijke basis!, Pensioenmagazine
- Mr. C. van Herpen-Thuring CPL, nov. 2014, Medezeggenschap bij pensioenwijzigingen 2015, De actuaris

- Prof. mr. M. Heemskerk, dec. 2014, Hoe demonteer je de fiscale pensioenbom onder de aftopping?, Pensioen Magazine
- Tijdschrift Arbeid en Recht, Mr. drs. A.B. van Els & mr. K. Deelen, 2013/78, blz. 2
- Mr. J. de Bruin en mr. L. van Geest, juni 2015, OR en Pensioen: eindelijk de arbeidsvoorwaarde centraal!, Pensioen & Praktijk

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1005/96, 24615
- Kamerstukken II 1995/96 24 615
- Kamerstukken II 1995/96, 24615
- Kamerstukken II 2005/06, 30 413
- Kamerstukken II 2005/06, 30 413
- Kamerstukken II 2011/12, 33 110
- Kamerstukken II 2012-2013, 33 610
- Kamerstukken I 2013-2014, 33 847
- Kamerstukken II 2013-2014, 33 847
- Kamerstukken II 2014-2015, 34 002
- Kamerstukken II 2014-2015, 34 008

Staatsbesluiten/Staatscourant/Brieven Staatssecretaris

- stb 2005 115
- stb 2005 115
- stb 2012 328
- stb 2012 328
- stb 2014 197
- stb 2015 218
- Stcrt. 1994 201
- Stcrt. 2014 36872
- Brief Staatssecretaris Wiebes, DB/2014/127 M, 4 maart 2014

Elektronische bronnen

- Van Zijl Advocaten, <http://www.vanzijl-advocaten.nl/juridische-producten/vaktechnisch-overleg/onderwerpen/verplichting-werknemer-om-functiewijziging-te-accepteren.php> , n.d.
- DNB, http://www.dnb.nl/binaries/Vroegpensioen_tcm46-173623.pdf
- DNB, <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2013/dnb291008.jsp>
- SER, <https://www.ser.nl/nl/taken/bestuurlijke/orenmedezeggenschap.aspx> , n.d.
- Belastingdienst Vraag & Antwoord, 16-09-2015
http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-004_v150916.htm
- AON Hewitt, 31 okt 2013, <http://www.aon.com/netherlands/persberichten/2013/Aon-Hewitt-Beperking-pensioenopbouw-extra-nadelig-voor-eindloonregelingen.jsp>
- FD, 25 november 2014, <http://fd.nl/frontpage/ondernemen/904008/hogere-inkomens-gaan-niet-bijsparen-voor-hun-pensioen>
- FD, 15 jan 2015, <http://fd.nl/frontpage/economie-politiek/1088586/veelverdiener-moet-van-dnb-minder-pensioenpremie-inleggen>
- Trouw, 15-09-2005,
<http://www.trouw.nl/tr/nl/4324/Nieuws/article/detail/1708523/2005/09/15/De-Geus-rekent-op-populariteit-levensloop.dhtml>
- Mercer, 16 april 2015, <http://www.mercer.nl/newsroom/bijna-1-op-5-werkgevers-compenseert-versoberde-pensioenopbouw-niet.html>

Onderzoeken

- Rapport AAVN Pensioenbenchmark 2015
- Onderzoeksrapport Nibud De Nederlanders en hun pensioen okt 2015

8. Bijlagen

- Bijlage 1; Overzicht verlaging pensioen en lijfrente Wet VAP en Witteveen 2015
- Bijlage 2; Voorbeeld compensatie van eindloon naar middelloon i.v.m. harmonisatie pensioenregelingen en arbeidsvoorwaarden; memo voorstel compensatie werkgever, bolletjesgrafiek compensatie voorstel WG, memo geaccepteerd voorstel OR en bolletjesgrafiek compensatie voorstel OR.
- Bijlage 3; Voorbeeld brief werkgever voorstel compensatie aftopping pensioengevend salaris

Bijlage 1**Verlaging pensioen en lijfrente als gevolg Wet VAP en Wet Witteveen 2015**

opbouwpercentages en % verlaging bij gewijzigde pensioenleeftijd 67								
			2013	2014	t.o.v. 2013	2015	t.o.v. 2014	t.o.v. 2013
Pensioenleeftijd			65	67		67		
		max						
Eindloon	ouderdomspensioen	100%	2,00%	1,90%	-5,0%	1,657%	-14,7%	-17,2%
	partnerpensioen	70%	1,40%	1,33%		1,160%		
	wezenpensioen	14%	0,28%	0,27%		0,232%		
Middelloon	ouderdomspensioen	100%	2,25%	2,15%	-4,4%	1,875%	-14,7%	-16,7%
	partnerpensioen	70%	1,58%	1,51%		1,313%		
	wezenpensioen	14%	0,32%	0,30%		0,263%		
opbouwpercentages en % verlaging bij ongewijzigde pensioenleeftijd 65								
			2013	2014	t.o.v. 2013	2015	t.o.v. 2014	t.o.v. 2013
Pensioenleeftijd			65	65		65		
		max						
Eindloon	ouderdomspensioen	100%	2,00%	1,68%	-16,0%	1,456%	-13,3%	-27,2%
	partnerpensioen	70%	1,40%	1,18%		1,019%		
	wezenpensioen	14%	0,28%	0,24%		0,204%		
Middelloon	ouderdomspensioen	100%	2,25%	1,90%	-15,6%	1,657%	-12,8%	-26,4%
	partnerpensioen	70%	1,58%	1,33%		1,160%		
	wezenpensioen	14%	0,32%	0,27%		0,232%		
beschikbare premie lijfrente								
			2013	2014		2015	t.o.v. 2014	t.o.v. 2013
Pensioenleeftijd			65	67		67		
Lijfrente	beschikbare premie		17%	15,5%		13,70%	-13,1%	-24,1%
	af trek factor A		7,5	7,2		6,5	-10,8%	-15,4%
AOW franchises			2013	2014		2015	t.o.v. 2014	
Eindloon			€ 13.227	€ 13.449		€ 14.305	6%	
Middelloon			€ 13.227	€ 13.449		€ 12.642	-6%	
Lijfrente			€ 11.829	€ 11.829		€ 11.936	1%	

Bijlage 2 Compensatievoorstel pensioenregeling

Memo van BOR: voorstel aan directie arbeidsvoorwaarden inclusief pensioenen

Voor overlegvergadering van 28 augustus 2015

Inleiding

Op 25 augustus heeft de directie gereageerd op het voorstel van de BOR dd. 20 augustus ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (exclusief pensioenen). En in de overlegvergadering van 21 augustus is in aanwezigheid van een pensioen adviseur van Mercer en een pensioen adviseur van Akkermans gesproken over de overgang naar één middenloonsstelsel voor alle medewerkers van Trane na de fusie. Onderstaande memo is een reactie van de BOR met daarin een vernieuwd voorstel aan de directie naar aanleiding van deze besprekingen.

Tijdens de bespreking dd. 21 augustus is aan de BOR verteld dat aan de overgang naar een ander pensioenstelsel een bezuinigingsdoelstelling ten grondslag ligt. Niet alleen op de lange termijn (waar de BOR altijd vanuit is gegaan) maar ook op de korte termijn; slechts 60% van de directe besparingen over een periode van vijf jaar, is beschikbaar voor de compensatie van de achteruitgang in pensioen aanspraken van de huidige medewerkers. De BOR was er tot deze bespreking vanuit gegaan dat de directe kostenbesparingen van de overgang naar een middenloonsstelsel geïnvesteerd zouden kunnen worden in de compensatie van de vermindering van de aanspraken van de huidige medewerkers. Deze aanname deed de BOR op basis van de advies aanvraag, waarin nergens aangegeven wordt dat aan de aanpassing van arbeidsvoorwaarden een bezuiniging ten grondslag ligt, noch worden redenen voor bezuinigingen aangedragen.

Op 9 april heeft de BOR bovendien per email aan de directie gevraagd of de bestuurder het voorgestelde pakket aan arbeidsvoorwaarden ziet als een bezuiniging of dat de doelstelling het harmoniseren van de verschillende pakketten is. Het antwoord hierop was dat de bestuurder het aanpassen van het arbeidsvoorwaardenpakket voor de huidige medewerkers niet als een bezuiniging ziet, maar als doelstelling heeft een gezond IRNewco met goede en betaalbare arbeidsvoorwaarden. Het streven naar gelijkheid en een gezond en concurrerend bedrijf zijn aangevoerd als redenen voor de harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden, alsmede het streven naar flexibiliteit en stabiliteit van de organisatie.

In haar voostellen naar de directie heeft de BOR rekening gehouden met de door de directie genoemde uitgangspunten. De BOR begrijpt het streven van de directie en onderkent ook dat het handhaven van een eindloonsstelsel niet reëel is. Maar de BOR vindt het daarbij van groot belang om de overgang van de huidige pensioenstelsels naar één middenloonsstelsel

zo goed mogelijk te regelen en de achteruitgang in pensioenen van de huidige medewerkers zo klein mogelijk te maken. Pensioen is tenslotte uitgesteld loon.

In het overleg van 21 augustus heeft de directie ook aangegeven verder te willen praten op basis van een aantal uitgangspunten die de BOR wil hanteren voor het nieuwe pensioenstelsel. Wij gaan daar in deze memo verder op in.

Alvorens wij overgaan naar onze reactie ten aanzien van de eerdere besprekingen wil de BOR nog benadrukken (zoals wij dat ook hebben gedaan in de vorige memo) dat wij de arbeidsvoorwaarden als een geheel pakket aan maatregelen zien. Een akkoord op separate onderdelen bestaat niet zolang er geen overeenstemming is over de losse onderdelen. Dat wil zeggen dat wij de punten waar wij eerder akkoord mee zijn gegaan opnieuw in ogenschouw nemen op het moment dat wij geen akkoord krijgen over de pensioenen en de overige punten. Daar komt bij dat de overgang naar een andere pensioenregeling voor de meeste medewerkers sowieso een verslechtering zal betekenen. Volledige compensatie voor alle medewerkers lijkt niet haalbaar te zijn op dit onderdeel. Vandaar dat wij verwachten dat er een plus ontstaat in de overige arbeidsvoorwaarden en wij water bij de wijn doen ten aanzien van de pensioenen.

Pensioen

Ten aanzien van het pensioen hebben wij voor ons voorstel de volgende uitgangspunten gehanteerd:

- De grootste compensatie van de achteruitgang in pensioen moet terecht komen bij de medewerkers die deze het hardste nodig hebben. Hierbij houden we er rekening mee dat hoe dicht iemand tegen zijn/haar pensioenleeftijd aan zit en hoe langer iemand in dienst is, hoe minder gelegenheid iemand heeft om zelf de pensioenaanspraken te herstellen;
- Bij de berekeningen van de achteruitgang in pensioen (en de kostenbesparingen) zijn we uitgegaan van de datum van aanpassing van pensioen (1 oktober 2015) tot aan de pensioen gerechtigde leeftijd (67 jaar);
- Omdat een bonus geen vast gegeven in de bezoldiging is, hebben we hiervoor een apart voorstel geformuleerd. In onze eerdere voorstellen stelden wij deze op één lijn met de overige compensatie, maar wij hebben in deze goed naar de directie geluisterd en onderkennen dat de compensatie ten aanzien van de bonussen beperkter moet zijn.
- Een vaste en gerichte compensatie i.p.v. een niet gerichte compensatie die afhankelijk is van de pensioengrondslag.
- De achteruitgang van het pensioen leidt tot aanzienlijke kostenbesparingen en dient voor een evenredig deel door de werkgever te worden gedragen.

Concrete voorstellen (geaccordeerd door directie in eindoverleg)

Bovenstaande uitgangspunten in overweging nemend, komen we tot de volgende voorstellen:

1. Medewerkers worden tenminste tot 90% gecompenseerd tussen het verschil in huidige en nieuwe aanspraken vanaf aanpassingsdatum tot aan pensioendatum.
2. Medewerkers die kort in dienst zijn worden weinig of niet gecompenseerd, medewerkers die langer in dienst zijn worden meer gecompenseerd.

Aantal resterende dienstjaren	Grens waar vanaf wordt gecompenseerd uitgaande aanspraken oud versus nieuw vanaf 01/10/2015 tot aan pensioendatum
0 – 10	95%
10 – 20	90%
Meer dan 25 en meer dan 5 jaar werkzaam	90%
Meer dan 25 en minder dan 5 jaar werkzaam	85%

3. Verschillen tussen oude en nieuwe aanspraken gerekend vanaf aanpassingsdatum tot aan pensioendatum worden gekapitaliseerd tegen een aankoopfactor van 18. De maandelijkse compensatiebedragen worden tegen 3% rekenrente vastgesteld zodanig dat het eindkapitaal kan worden bereikt afhankelijk van de resterende dienstdtijd.
4. De franchise van € 15.554 wordt gekoppeld aan de CBS loonindex.
5. Er wordt gerekend met pensioengevende salarissen van 2015.
6. Voor toekomstige loonstijgingen wordt gerekend met de gemiddelde loonstijgingen van afgelopen 3 jaar waarbij de eenmalige CAO loonstijging van 3,85% voor IR buiten beschouwing kan worden gelaten. De gemiddelde loonstijging is lager dan in de berekeningen van Mercer is aangenomen (2,12% i.p.v. 2,8%).
7. De bonussen worden gering gecompenseerd op basis van de gemiddelde bonus van de afgelopen 3 jaar met een afslag van 50%. Dit op basis vanaf aanpassingsdatum (1 oktober 2015) voor een periode van 5 jaar (dus niet zoals eerder voorgesteld de resterende dienstdtijd).
8. De hoogte van de compensatie zal jaarlijks stijgen, te beginnen in het eerste jaar met 75% (toevoeging werkgever i.v.m. liquiditeitspositie en stimulering langdurig dienstverband)

Overige arbeidsvoorwaarden

Op verschillende onderdelen hebben wij inmiddels overeenstemming met de directie bereikt. Zoals al eerder gezegd, deze afspraken zijn onder voorbehoud van overeenstemming op alle onderdelen, dus ook de pensioenen.

De directie heeft ons het volgende voorstel gedaan in reactie op ons eerdere voorstel over de verlofdagen, gratificatie en loonsverhoging:

Verlofdagen

Voorstel directie:

wettelijke dagen:	20
bovenwettelijke dagen:	6
10 dienstjaren:	2
15 dienstjaren:	2
20 dienstjaren:	2
25 dienstjaren:	2

De BOR had 7 bovenwettelijke verlofdagen voorgesteld. Daar stelt de directie tegenover dat zij 1 extra verlofdag op basis van dienstjaren beschikbaar stelt.

Daarnaast kan iedere medewerker 9 verlofdagen kopen of verkopen.

Van medewerkers die nu meer verlofdagen hebben dan in de nieuwe regeling wordt het aantal verlofdagen bevroren.

Medewerkers die nu recht hebben op minder dan 35 verlofdagen groeien mee volgens voorgesteld model.

Reactie BOR:

De BOR kan zich vinden in bovenstaand voorstel mits:

- De extra verlofdag na 10 dienstjaren ter beschikking wordt gesteld
- De afspraak kan worden gemaakt met de directie dat er het komende jaar, uiterlijk 1 januari 2016, een start wordt gemaakt met beleid rondom duurzame inzetbaarheid (zoals de BOR dat in eerder notities heeft verwoord).

De gratificatie/13^e maand

De directie is akkoord met het voorstel van de BOR om er een aparte toelage van te maken die wel jaarlijks geïndexeerd wordt volgens CBS cijfer (maar dus niet pensioengevend is en niet wordt verhoogd met de Merit %). De directie stelt daarnaast voor om deze tweejaarlijks uit te keren in mei en december.

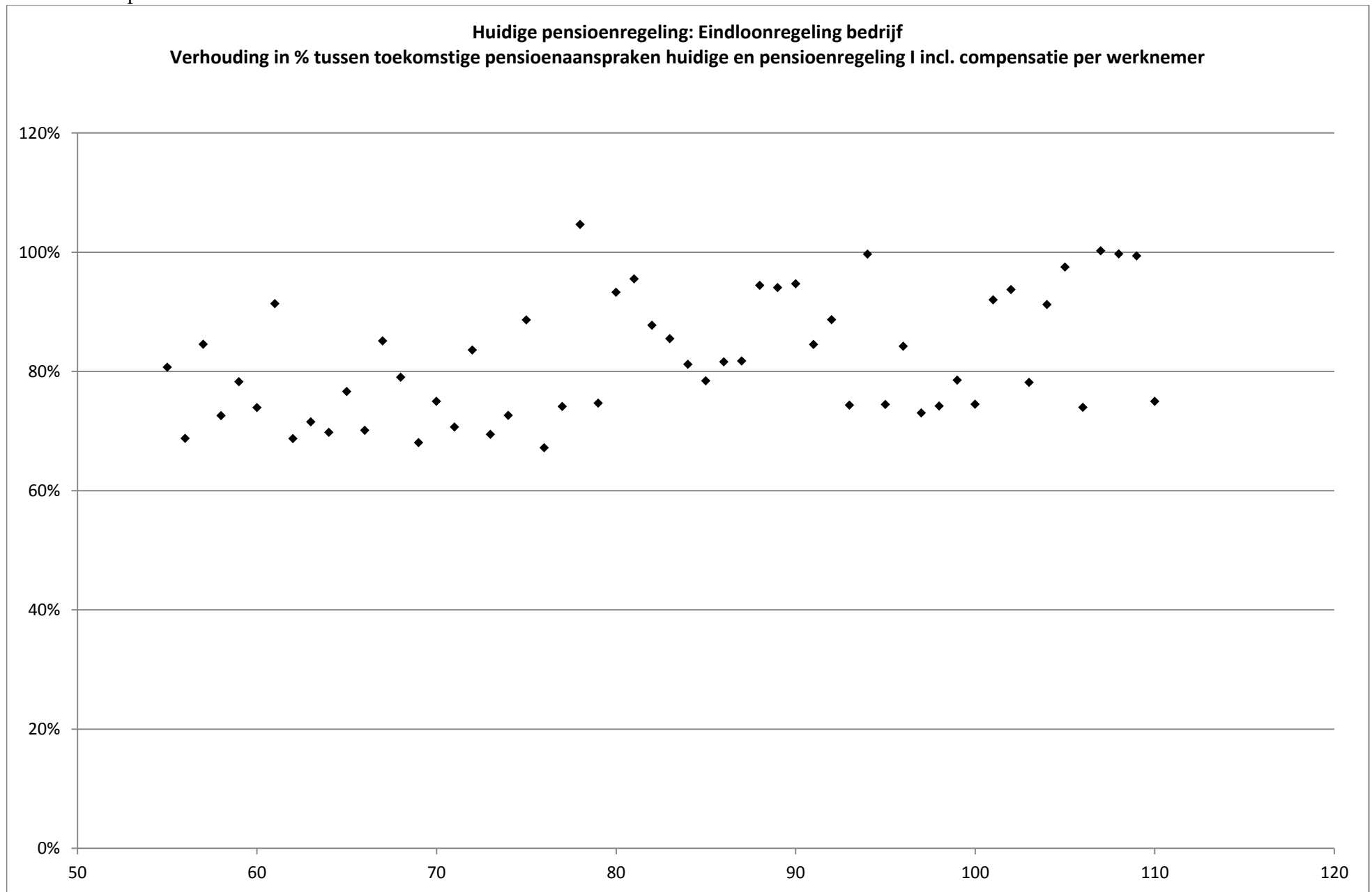
Graag wil de BOR van de directie vernemen waarom de directie hier de voorkeur aan geeft. De BOR geeft namelijk de voorkeur aan maandelijkse uitbetaling.

Loonsverhoging

Het laatste voorstel van de BOR was: een loonsverhoging van 2,25% en deze verhoging in laten gaan per 1 april 2015 (en volgen inflatiecorrectie vanaf 1 januari 2016). De directie stelt een loonsverhoging voor van 1, 5% per 1 april 2015.

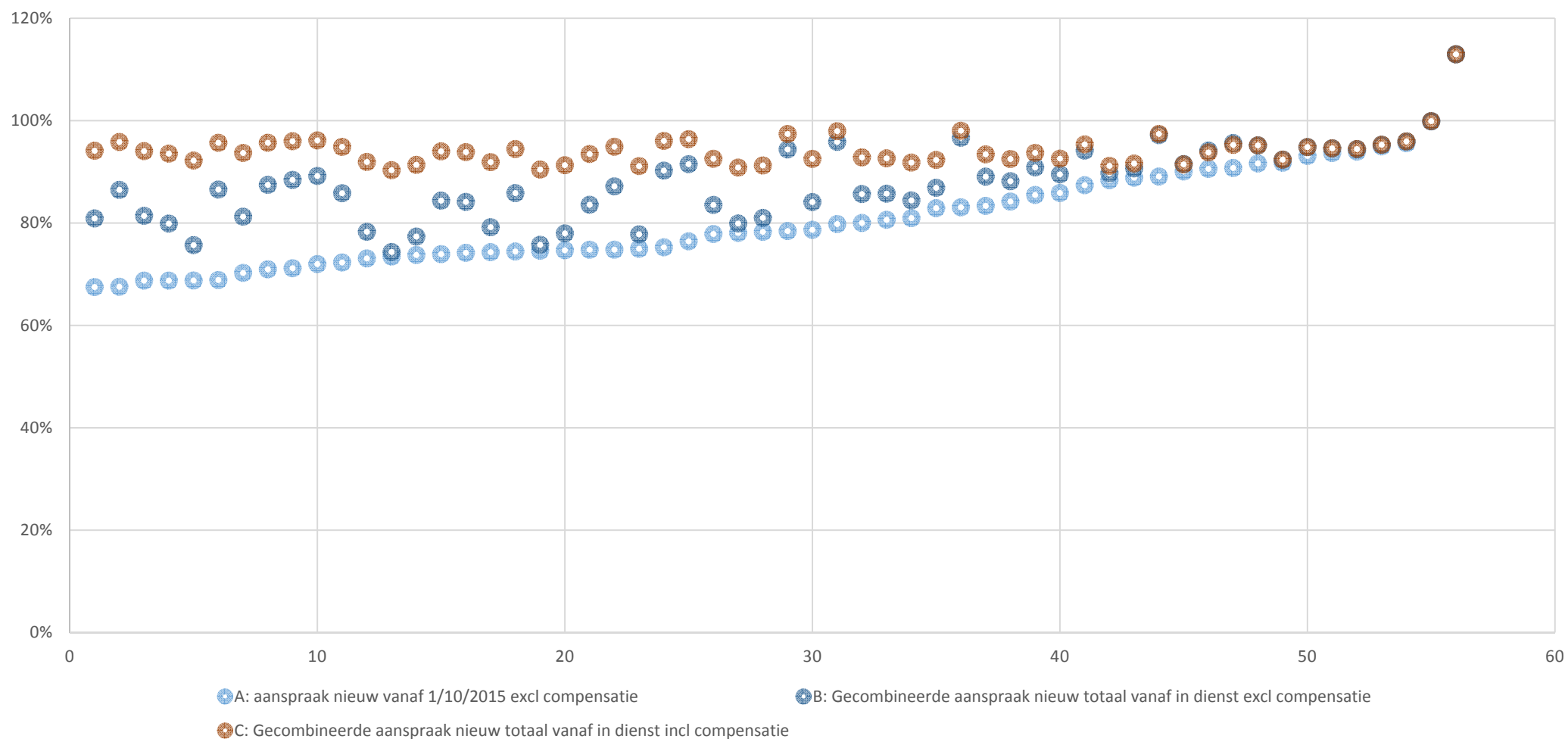
De BOR kan hiermee instemmen onder twee belangrijke voorwaarden:

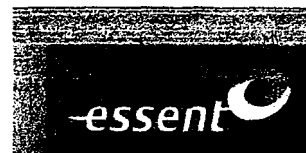
- De uitkomst van de bespreking over de pensioenen is hierin mede bepalend
- De BOR zou graag meer transparantie willen ten aanzien van de opbouw van de loonschalen en de toekenning van loonsverhogingen bij de merit.



Bijlage 2 Bolletjesgrafiek
compensatievoorstel AP namens OR

Effect op pensioen totaal en vanaf 1/10/2015, compensatiegrens 90% vanaf
1/10/2015





Postbus 135 | 5201 AC 's-Hertogenbosch | Nederland

Aan de heer

Essent Personeel Service BV
bezoekadres Willemsplein 4
5211 AK 's-Hertogenbosch
Nederland
postadres Postbus 135
5201 AC 's-Hertogenbosch
Nederland
e-mail hrservices@essent.nl
internet www.essent.nl

Datum 22 september 2015
Onderwerp Tegemoetkoming aftopping pensioen
Van HR Services
E-mail hrservices@essent.nl
Kenmerk

Geachte heer /

Per 1-1-2015 is het niet langer mogelijk om fiscaal vriendelijk pensioen op te bouwen boven een inkomen van € 100.000,-. In november 2014 hebben we u hierover en over de risico's die hierdoor ontstonden in geval van overlijden, geïnformeerd. Via deze brief willen we u onverplicht een tegemoetkoming aanbieden voor deze wijziging in de wet- en regelgeving.

Minder pensioenopbouw

Als gevolg van de fiscale wetswijzigingen is het pensioenreglement ABP aangepast. Dit besluit is op centraal niveau in overleg tussen sociale partners (in de pensioenkamer van het ABP) tot stand gekomen. Bij ABP aangesloten werkgevers en werknemers zijn hieraan gehouden. U bouwt daarmee vanaf 1-1-2015 geen pensioen meer op over het inkomen boven €100.000,- bruto. Hierdoor wordt uw uiteindelijk te bereiken pensioen lager. Hoeveel lager is afhankelijk van uw leeftijd, diensttijd en uw inkomen. Voor meer inzicht over het effect van de verlaging voor uw specifieke situatie verwijzen we u naar de website Mijn ABP. Hierop kunt u de informatie inzake uw specifieke situatie vinden. De verlaging geldt zowel voor uw ouderdomspensioen als voor uw nabestaandenpensioen. Via de tijdelijke nabestaandenverzekering bij Loyalis heeft u het risico voor het nabestaandenpensioen tijdens uw dienstverband al af kunnen dekken. Het pensioen dat u voor 1-1-2015 hebt opgebouwd wordt door de wijziging in de pensioen wet- en regelgeving niet getroffen.

Tegemoetkoming

Essent is juridisch niet gebonden om u te compenseren voor het verlies aan pensioenopbouw als gevolg van de wijziging in de ABP-regeling. Desalniettemin wil Essent u tegemoetkomen. Door de aftopping van de pensioenopbouw hoeft u als werknemer minder premie te betalen,

Bedrijf Essent Personeel Service BV
Bank NL44RBOS0475233859

Handelsregister



Datum 22 september 2015

Bladnummer 2 van 2

Kenmerk

dit effect merkt u al elke maand in uw netto loon. Door de aftopping is de pensioenpremie die Essent ten behoeve van u betaalt, eveneens aangepast.

Als onverplichte tegemoetkoming wil Essent u voor deze vermindering in pensioenlasten tegemoetkomen tot de eerdere datum van:

- (i) de beëindigingsdatum van uw dienstverband, of
- (ii) 1 januari 2025.

Dat houdt in dat de werkgeverspremie bij ABP voor het ouderdoms- en nabestaandenpensioen die in 2015 voor u betaald zou moeten worden voor het Inkomensdeel boven € 100.000 bruto op jaarbasis, maandelijks bruto aan u uitgekeerd gaat worden. De hoogte wordt eenmalig, naar de stand op 1 januari 2015, vastgesteld, bedraagt 13,33% en wijzigt niet in de toekomst. De tegemoetkoming zal met terugwerkende kracht (vanaf 1-1-2015) worden uitgekeerd, onder de voorwaarde dat u het bijgevoegde addendum heeft ondertekend.

Besteding van de tegemoetkoming

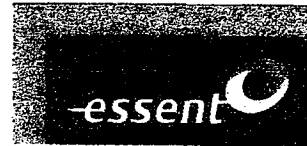
U kunt de tegemoetkoming naar eigen inzicht besteden. U hoeft dus niet te sparen voor pensioen als u dit niet wilt. Wij raden u echter wel aan de tegemoetkoming van Essent eerst te reserveren totdat u uw keuze voor het wel of niet deelnemen aan ABP Netto pensioen of het Loyalis Netto lijfrente product (of een ander product), heeft gemaakt. U kunt er ook voor kiezen zelf, via pensioeninleg bij een verzekeraar of via een andere vorm van vermogensvorming, de gevolgen van de verlaagde pensioenopbouw te repareren. Wat hierin voor u verstandig is dient u zelf, al dan niet met behulp van een financieel adviseur, te bepalen.

Tot slot

Essent is van mening met deze tegemoetkoming blijf te geven van goed werkgeverschap. Zonder ondertekening van het bijgevoegde addendum op uw arbeidsovereenkomst zal Essent niet tot uitbetaling van deze tegemoetkoming kunnen overgaan. Bijgaand ontvangt u in tweevoud uw addendum op uw arbeidsovereenkomst. Wij vragen u om één exemplaar hiervan te ondertekenen en uiterlijk 8 oktober 2015 in bijgevoegde antwoordenvolp terug te sturen.

Met vriendelijke groet,

Director Human Resources



ADDENDUM op de ARBEIDSOVEREENKOMST

Ondergetekenden,

Essent Personeel Service B.V., gevestigd te 's-Hertogenbosch, hierbij rechtsgeldig vertegenwoordigd door de heer

hierna te noemen "de werkgever",

en

de heer ' , geboren op ' wonende '

hierna te noemen 'de werknemer' .

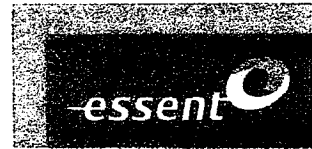
Verklaren in aanvulling op de bestaande arbeidsovereenkomst het volgende te zijn overeengekomen:

De werknemer ontvangt van de werkgever een onverplichte tegemoetkoming voor het verlies aan pensioenopbouw boven een pensioengevend inkomen van € 100.000,- bruto, als gevolg van de wijziging in de ABP-regeling, tot de eerdere datum van (i) de beëindigingsdatum van uw dienstverband, of (ii) 1 januari 2025.

De hoogte van uw maandelijkse tegemoetkoming is € 265,10 bruto per maand. De hoogte wordt eenmalig, naar de stand op 1 januari 2015, vastgesteld. De tegemoetkoming als vernoemd in dit addendum eindigt bij een beëindiging van het dienstverband, zonder dat de werknemer recht heeft op enige compensatie dienaangaande.

De tegemoetkoming in dit addendum is geen salaris en telt niet mee in de berekening voor andere arbeidsvoorwaarden tijdens dienstverband of vergoedingen bij uitdiensttreding.

Indien er in de toekomst een afspraak tussen sociale partners op centraal niveau wordt gemaakt over een tegemoetkoming vanwege de aftopping van de pensioenopbouw, dan wel dat er sprake zal zijn van wijziging van de wet- en regelgeving rond pensioenen , vervalt deze tegemoetkoming zoals genoemd in dit addendum met ingang van de datum waarop de wijzigingen van kracht worden voor de werkgever zonder dat de werknemer recht heeft op enige compensatie dienaangaande, ongeacht de hoogte van de tegemoetkoming die wordt vastgesteld op centraal niveau.



Aldus in tweevoud opgemaakt en getekend,

Op 22 september 2015 te 's-Hertogenbosch

"de werkgever",

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Director Human Resources

op te.....

"de werknemer",

de heer