

Mr. A.W. Cramer CPL

Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl

Mr. J.A. van de Hoef CPL

Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl

Mr. W.P.M. Thijssen

Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

Corona houdt iedereen bezig. In dit artikel wordt ingegaan op de mogelijkheden voor werkgevers om de betalingsverplichting van pensioenpremies tijdelijk, in elk geval voor de duur van de coronacrisis, per direct stop te zetten. Waar veel noodmaatregelen (slechts) leiden tot uitstel van betalingsverplichtingen, richt dit artikel zich op de mogelijkheid om de betalingsverplichting van de werkgever geheel of gedeeltelijk stop te zetten. Geen uitstel van betaling, maar afstel. Dit heeft als belangrijk voordeel dat, wanneer deze crisis eenmaal achter de rug is, de werkgever niet (eerst) een inhaalslag hoeft te maken met betaling van achterstallige pensioenpremies. Het doel voor de werkgever om zich tijdelijk van zijn pensioenpremielast te bevrijden zal zijn gelegen in de continuïteit van zijn onderneming. Het behoud van die continuïteit betekent behoud van banen. Het stopzetten van de betaling van pensioenpremie gaat veel verder dan het treffen van een betalingsregeling. Het is een draconische maatregel omdat werknemers door die maatregel tijdelijk pensioenopbouw zullen missen, maar in branches en bedrijfstakken die hard worden geraakt, is het stopzetten van de betaling van pensioenpremie mogelijk onvermijdelijk. Dit artikel is geschreven naar de stand van zaken op 31 maart 2020.

Beperking pensioenlasten tijdens de coronacrisis mogelijk?

INLEIDING

Wie de media volgt, neemt waar dat vele ondernemingen momenteel bijzonder hard worden getroffen door de noodzakelijke overheidsmaatregelen rondom de coronacrisis. Bepaalde sectoren zijn geheel gesloten. Daarnaast is werknemers verzocht om, indien mogelijk, zoveel mogelijk vanuit huis te werken met als gevolg (in veel gevallen) een daling van productiviteit. In onzekere tijden worden nieuwe opdrachten niet of minder verstrekt, waardoor ondernemers hun orderportefeuille zien opdrogen. Dit leidt tot ernstig omzetverlies waardoor de solvabiliteitspositie van ondernemingen snel verzwakt en de liquiditeit plotsklaps geheel kan opdrogen. Daarom verwachten wij dat veel werkgevers in veel situaties niet zullen zijn gered met uitsluitend *uitstel* van betaling van pensioenpremie.

NOODMAATREGELEN

Naast maatregelen die moeten leiden tot inperking van het virus, heeft het kabinet ingrijpende flankerende maatregelen getroffen die met name zijn gericht op het behoud van werkgelegenheid. Te denken valt aan de mogelijkheid van betalingsuitstel voor alle belastingen waarmee ondernemers hebben te maken, zoals loonbelasting, vennootschapsbelasting en omzetbelasting.

Daarnaast biedt de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkbehoud (NOW) werkgevers de mogelijkheid om afhankelijk van de hoogte van het omzetverlies (verband houdend met de coronacrisis) een tegemoetkoming in de loonkosten te verkrijgen. De regeling geldt voorlopig voor 3 maanden en kan desnoods (meerdere malen) worden verlengd met nog eens 3 maanden. De werkgever ontvangt de tegemoetkoming, houdt personeel in dienst en is beter in staat de loonbetaling voort te zetten. Maximaal 90% van het loon komt voor vergoeding in aanmerking. De resterende 10% wordt gezien als ondernemersrisico. Naast deze tegemoetkoming geldt een forfaitaire tegemoetkoming van 30% voor werkgeverslasten, zoals de pensioenpremie.

Tevens bieden de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars een handreiking aan werkgevers die door de coronacrisis in dringende problemen komen of zijn gekomen. Aan die werkgevers wordt uitstel van betaling van pensio-

oepremies geboden waarbij de rechten van werknemers intact blijven.

Het zal duidelijk zijn dat deze maatregelen werkgevers de broodnodige financiële lucht geven, echter een ondernemer kent naast de loonkosten nog diverse verplichtingen die in beginsel onverminderd doorlopen, zoals huurkosten of verzekeringspremies. Genoemde regelingen bieden daarom wel enig soelaas maar lossen zeker niet alle financiële problemen van de werkgever op. Hieronder bespreken wij daarom op welke wijze en onder welke voorwaarden de werkgever betaling van pensioenpremie eventueel kan staken.

EENZIJDIG INGRIJPEN IN DE ARBEIDSVORWAARDEN

Veel werkgevers in Nederland zijn verplicht aangesloten bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of een verplicht gesteld beroepspensioenfonds. Die werkgevers hebben niet de mogelijkheid de pensioenovereenkomsten met hun werknemers eenzijdig te wijzigen. Hetzelfde geldt in de praktijk voor de werkgevers (voor zover) die vrijwillig zijn aangesloten bij een al dan niet verplicht gesteld bedrijfstak- of beroepspensioenfonds, omdat het regime dat voor de verplicht aangesloten werkgevers geldt, in de regel via het uitvoeringsreglement van het fonds ook voor vrijwillig aangesloten werkgevers van toepassing is. Voor deze werkgevers kan het desalniettemin lonen, het uitvoeringsreglement of de uitvoeringsovereenkomst toch even na te lopen op de hierna genoemde mogelijkheden.

Voor de andere werkgevers zien wij de hierna geschetste mogelijkheden om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen in het kader van de coronacrisis, met de bedoeling de pensioenlasten tijdelijk te verlagen door de pensioenopbouw tijdelijk te verlagen. Grensoverschrijdende situaties van pensioenuitvoering blijven in dit artikel buiten beschouwing.

HET PREMIEBETALINGSVOORBEHOUD (ART.12 PW)

Indien de werkgever zijn pensioenregeling heeft ondergebracht bij een pensioenverzekeraar, een premiepensioeninstelling, een algemeen pensioenfonds of bij een ondernemingspensioenfonds, kan hij mogelijk met een beroep op een premiebetalingsvoorbehoud als bedoeld in art. 12 PW zijn bijdrage in de pensioenpremie eenzijdig beëindigen (of verminderen).

Daarvoor is, naast het vereiste dat sprake moet zijn van een ingrijpende wijziging van omstandigheden, vereist dat dit voorbehoud is opgenomen in de pensioenovereenkomst. Is in de pensioenovereenkomst géén betalingsvoorbehoud als bedoeld in art. 12 PW opgenomen, dan mag de werkgever de betaling van de pensioenpremie niet eenzijdig beëindigen; andere premiebetalingsvoorbehouden dan die bedoeld in art. 12 PW zijn namelijk in beginsel niet rechtsgeldig (art. 12 lid 2 PW).

Of de coronacrisis voor een werkgever een dusdanig ingrijpende wijziging van omstandigheden meebrengt dat een beroep van de werkgever op het betalingsvoorbehoud gerechtvaardigd is, hangt uiteraard af van de concrete situatie waarin de werkgever verkeert. Bij de ene werkgever zijn de gevolgen van de coronacrisis immers (nog) ingrijpender dan bij de andere. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat financieel onvermogen van de werkgever kan worden gezien als een ingrijpende wijziging van omstandigheden en dat het moet gaan om evidente overmacht (Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 183). Als de werkgever als gevolg van de coronacrisis financieel niet meer in staat is de pensioenpremies te betalen, lijkt een beroep op het premiebetalingsvoorbehoud kansrijk.

De werkgever moet zijn werknemers in de vorm van een schriftelijke verklaring informeren dat hij zich beroept op het premiebetalingsvoorbehoud (art. 6:267 BW). Pas vanaf het moment dat een werknemer de verklaring heeft ontvangen, heeft het beroep van de werkgever werking (art. 6:269 BW); de werkgeversbijdrage die vanaf dat moment verschuldigd wordt, behoeft de werkgever dus niet te betalen.

Een succesvol beroep op een premiebetalingsvoorbehoud, betekent dat geen sprake is van een premieachterstand. Daardoor zijn de regels over de beëindiging van pensioenopbouw en het vervallen van pensioenaanspraken bij een premieachterstand (art. 29 PW) niet van toepassing. Indien de werkgever een succesvol beroep doet op het premiebetalingsvoorbehoud, is de werkgeverspremie immers niet verschuldigd en is daarom in zoverre geen sprake van een premieachterstand. In de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder, moet zijn geregeld wat dan wél de gevolgen zijn van het niet betalen van de werkgeverspremie (art. 25 lid 2 sub a PW). De

werkgever dient het beroep op het betalingsvoorbehoud, gezien het systeem van de Pensioenwet, te melden aan de pensioenuitvoerder. Het ligt voor de hand dat in de uitvoeringsovereenkomst is vastgelegd dat de werknemer geen of minder pensioen verwerft vanaf het moment dat de werkgever geen werkgeverspremie meer verschuldigd is. Uiteraard is het wenselijk dat risicodekkingen zoveel mogelijk in stand blijven. Ook ligt het voor de hand dat is vastgelegd of, en zo ja wanneer, de werkgever de betaling van de werkgeverspremie weer moet hervatten. En of hij de niet afgedragen werkgeverspremie op een later moment eventueel moet inhalen.

Indien een werkgever een beroep op een premiebetalingsvoorbehoud doet, maar in de uitvoeringsovereenkomst niet is geregeld wat de gevolgen van het niet betalen van de werkgeverspremie zijn (in strijd met art. 25 lid 2 sub a PW), zullen de gevolgen van het beroep op het betalingsvoorbehoud moeten worden bepaald aan de hand van uitleg van de pensioenovereenkomst (in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer) en van de uitvoeringsovereenkomst (in de verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder). In het kader van dit artikel gaan wij daar niet verder op in. De mogelijke onduidelijkheid over de gevolgen, doet er niet aan af dat de werkgever een geslaagd beroep op het premiebetalingsvoorbehoud kan doen en de werkgeverspremie dan (vooralsnog) niet verschuldigd is.

De werkgever kan dan op deze manier de werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie beëindigen. Het deel van de pensioenpremie dat door de werknemers wordt bijgedragen (de werknemerspremie), dient wel onverminderd te worden voldaan. De werkgever houdt dit deel van de pensioenpremie in op het loon van de werknemer en draagt dit af aan de pensioenuitvoerder.

Welke impact heeft de noodmaatregel op een eventueel beroep op een financiële onmachtsclausule? Het lijkt waarschijnlijk dat indien een werkgever gebruik kan maken van de noodmaatregel, hij vanuit het oogpunt van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) daartoe ook is gehouden. Onder de noodmaatregel wordt 90% van het loon als bedoeld in art. 16 van de Wet financiering sociale verzekeringen (het zogenaamde SV-loon) vergoed over een maximum maandloon van € 9.538 per werknemer. Daarbij geldt de voorwaarde

dat de werkgever de resterende 10% blijft betalen. Het SV-loon bedraagt minder dan het bruto loon omdat dit niet de werknemersbijdrage in de pensioenpremie omvat (ervan uitgaande dat werknemerspremie is verschuldigd). Dit betekent dat de werknemerspremie onder de forfaitaire 30%-regeling valt met gevolg dat de werknemerspremie, alsmede de werkgeverspremie, de facto dienen te worden voldaan uit de forfaitaire 30%-regeling. Indien en voor zover de forfaitaire 30%-regeling toereikend is om ook de totale pensioenpremie te blijven voldoen, zal een beroep op financiële onmacht eveneens afstuiten op het goed werkgeverschap. Dit zal echter veelal niet het geval zijn omdat naast de pensioenpremie, het vakantiegeld en de werkgeverslasten uit het forfaitaire gedeelte van de tegemoetkoming dienen te worden voldaan. De discussie zou kunnen worden voor instandhouding van welke secundaire arbeidsvoorwaarden de betaling aan de werkgever op grond van de forfaitaire regeling bij voorrang moet worden aangewend. Heel concreet: gaan de werkgeverslasten vóór op de pensioenpremie of andersom? Het goed werkgeverschap zal richtinggevend zijn om te bepalen welke betaling de werkgever moet laten voorgaan. Een beroep op financiële onmacht voor betaling van het werkgeversdeel van de pensioenpremie lijkt wel mogelijk, indien en voor zover de forfaitaire uitkering ontoereikend is ter dekking van alle secundaire arbeidsvoorwaarden.

HET EENZIJDIG WIJZIGINGSBEDING (ART. 19 PW)

De werkgever die zijn pensioenregeling heeft ondergebracht bij een pensioenverzekeraar, een premiepensioeninstelling of een algemeen pensioenfonds, kan een pensioenovereenkomst met zijn werknemer mogelijk eenzijdig wijzigen door een beroep te doen op een in de pensioenovereenkomst opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 19 PW. Dat is een schriftelijk beding, dat inhoudt dat de werkgever de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer kan wijzigen, indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging heeft, dat het door die wijziging geschade belang van de werknemer daar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor moet wijken.

Of de werkgever de pensioenopbouw zonder instemming van de werknemer tijdelijk mag verlagen vanwege de gevolgen van de coronacrisis, hangt dus af van een afweging van het belang van de werkgever versus het belang van de werknemer. Hoe die belan-

genafweging voor een concrete werkgever die kampt met de gevolgen van de coronacrisis uitpakt, hangt af van de concrete situatie. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat van zwaarwichtigheid sprake is bij zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden. Hierbij is als voorbeeld gegeven een werkgever die in grote financiële moeilijkheden verkeert, waarbij het niet kunnen wijzigen van de regeling voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar is (Kamerstukken II 1995-1996, 24 615, nr.3, p.22-24).

Uit de vele rechtspraak wijzen wij bij wijze van voorbeeld op de recente uitspraak van Rechtbank Gelderland 13 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1608. In die uitspraak werd geoordeeld dat een zwaarwichtig belang bij een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst kan zijn gelegen in het financieel belang van de werkgever om ook op langere termijn een bedrijfseconomisch verantwoorde situatie in stand te houden. Daarvan uitgaande vormt het acuut wegvallen van de omzet van een onderneming welhaast zeker een zwaarwichtig belang om de pensioenopbouw (tijdelijk) te beperken of te beëindigen.

Wij wijzen er op, mede met het oog op de tijd die gemeoid is met het doorvoeren van een wijziging, dat in de uitvoeringsovereenkomst procedures moeten zijn vastgelegd die gelden in geval de pensioenovereenkomst is gewijzigd en het pensioenreglement aan die wijziging moet worden aangepast (art. 25 lid 1 sub e PW).

Ook in dit verband geldt dat indien de werkgever een beroep kan doen op de noodmaatregel en de forfaitaire 30% regeling toereikend is om ook de totale pensioenpremie te blijven voldoen, waarschijnlijk geen sprake is van een zwaarwichtig belang voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst.

ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN (ART. 6:258 BW) EN/OF REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID (ART. 6:248 LID 2 BW)

De werkgever die zich niet kan beroepen op een premiebetalingsvoorbehoud en/of een eenzijdig wijzigingsbeding, is aangewezen op niet specifiek pensioenrechtelijke mogelijkheden om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Denkbaar is de route van 'onvoorziene omstandigheden' (art. 6:258 BW) of de route van de beperkende wer-

king van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Over die mogelijkheden het volgende.

Op verzoek van de werkgever, kan een rechter de gevolgen van de pensioenovereenkomst wijzigen of de pensioenovereenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden. Daarvoor is vereist dat sprake is van 'onvoorziene omstandigheden'. Dat zijn omstandigheden waarvoor geldt dat zij ten tijde van het sluiten van de pensioenovereenkomst toekomstig waren én waarvoor geldt dat het intreden van die omstandigheden niet uitdrukkelijk of stilzwijgend in de pensioenovereenkomst is verdisconteerd. Voldoet het intreden van de coronacrisis aan die twee voorwaarden? Aan de eerste voorwaarde is voldaan; het betreft een ten tijde van het sluiten van de pensioenovereenkomst toekomstige omstandigheid. Maar of aan die tweede voorwaarde is voldaan, is zeer twijfelachtig. Uit het feit dat in de pensioenovereenkomst géén premiebetalingsvoorbehoud met het oog op ingrijpende wijziging van omstandigheden is opgenomen en ook géén eenzijdig wijzigingsbeding met het oog op een zwaarwegend wijzigingsbelang is opgenomen, terwijl de Pensioenwet die mogelijkheden in de artikelen 12 en 19 uitdrukkelijk noemt, zou de rechter wel eens kunnen afleiden dat het kennelijk niet de bedoeling is geweest dat de pensioenovereenkomst in geval van een ingrijpende wijziging van omstandigheden of van een zwaarwegend wijzigingsbelang van de werkgever, zou worden gewijzigd. En daarmee dat de toekomstige omstandigheid van het intreden van een crisis als de coronacrisis, in de pensioenovereenkomst is verdisconteerd. Er zou dan geen sprake zijn van 'onvoorziene omstandigheden', zodat de rechter de pensioenovereenkomst niet op grond van onvoorziene omstandigheden kan wijzigen. De mogelijkheid bestaat echter ook dat de rechter de coronacrisis zo uitzonderlijk zal vinden, dat deze toch als onvoorziene omstandigheid wordt beschouwd.

De enige mogelijkheid die de werkgever dan nog rest om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen, is een beroep te doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die beperkende werking houdt in dat een regel die op grond van de pensioenovereenkomst van toepassing is, niet geldt voor zover die in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Een rechter zal niet snel aannemen dat sprake is van onaanvaardbaarheid; de lat ligt hoog. Maar ook

in dit verband geldt dat de coronacrisis een wel heel uitzonderlijke en klemmende situatie teweegbrengt, wat bijvoorbeeld blijkt uit de extreme noodmaatregelen van de kant van de overheid.

In verband met een beroep op gewijzigde omstandigheden of het onaanvaardbaarheidsleerstuk geldt ook op overeenkomstige wijze dat indien de werkgever een beroep kan doen op de noodmaatregel en de forfaitaire 30 % regeling voldoende is om ook de totale pensioenpremie te blijven voldoen, waarschijnlijk geen beroep op deze gronden van ingrijpen in de pensioenovereenkomst kan worden gedaan.

EENZIJDIG INGRIJPEN IN DE UITVOERINGSOVEREENKOMST

Een belangrijk uitgangspunt van de Pensioenwet is dat de werkgever de pensioenovereenkomst buiten de onderneming moet veiligstellen door een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met een pensioenuitvoerder (art. 23 PW). Nu de pensioenovereenkomst het uitgangspunt is, kan de werkgever de pensioenopbouw van zijn werknemers niet verlagen door al dan niet eenzijdig een wijziging in de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder door te voeren, zonder dat aan die verlaging een wijziging van de pensioenovereenkomst ten grondslag ligt.

De mogelijkheden voor de werkgever om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen en daarmee de pensioenopbouw eenzijdig te verlagen in het kader van de coronacrisis, kwamen hiervoor al aan de orde. Die mogelijkheden zijn er alleen voor werkgevers die hun pensioenregeling hebben ondergebracht bij een pensioenverzekeraar, een premiepensioeninstelling of een algemeen pensioenfonds.

Indien de werkgever de pensioenovereenkomst eenzijdig kan wijzigen, zal in de uitvoeringsovereenkomst zijn geregeld wat daarvan de gevolgen zijn. Zo is bijvoorbeeld veelal opgenomen dat een wijziging van de pensioenovereenkomst in beginsel niet jegens de pensioenuitvoerder geldt, behoudens diens instemming. Hiermee wordt voorkomen dat de pensioenuitvoerder wordt gebonden aan een pensioenregeling die zij niet kan of wenst uit te voeren. De consequentie is, zoals hiervoor al werd opgemerkt, dat de werkgever congruentie moet nastreven tussen een ingreep in de pensioenovereenkomsten met zijn werknemers en

de uitvoeringsovereenkomst met zijn pensioenuitvoerder.

De werkgever dient ook te analyseren hoe een en ander uitpakt in het kader van zijn rechtsverhouding tot zijn pensioenuitvoerder. Voorkomen moet worden dat de werkgever de betaling van pensioenpremie in zijn rechtsverhouding tot zijn werknemers kan stopzetten, maar dat dit in zijn rechtsverhouding ten opzichte van de pensioenuitvoerder niet mogelijk blijkt. Mogelijk kan de werkgever dan jegens de pensioenuitvoerder een beroep doen op het leerstuk van het onaanvaardbaar rechtsgevolg (art. 6:248, lid 2 BW) als de pensioenuitvoerder hem aan premiebetaling zou willen houden.

Werkgevers die hun pensioenregeling hebben ondergebracht bij een al dan niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds dan wel beroepspensioenfonds, hebben geen reële mogelijkheden om de pensioenovereenkomst en, in het verlengde daarvan, het uitvoeringsreglement of de uitvoeringsovereenkomst te wijzigen. Hoewel het strikt genomen buiten het bestek van dit artikel valt, vinden wij het belangrijk erop te wijzen dat, indien deze werkgevers niet meer in staat zijn de pensioenpremies af te dragen én het rechtspersonen zijn, zij hun betalingsonmacht aan het bedrijfstakpensioenfonds moeten melden. Door tijdige en correcte melding, conform art. 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000), voorkomen bestuurders van de werkgever zoveel mogelijk, dat zij persoonlijk aansprakelijk zijn voor betaling van de pensioenpremies. Art. 23 Wet Bpf 2000 is niet rechtstreeks van toepassing voor zover werkgevers niet verplicht zijn aangesloten, maar de bepaling is in de praktijk doorgaans analoog van toepassing. Voor zover werkgevers niet verplicht zijn aangesloten, moeten zij nagaan wat voor hun situatie geldt, maar zij doen er verstandig aan ook ten aanzien van deze premie financiële onmacht te melden. De fondsen zelf hebben, afhankelijk van hun statuten, in principe wél de mogelijkheid de pensioenregeling (tijdelijk, voor de duur van de coronacrisis) te versoberen, zodat de pensioenpremies (tijdelijk) omlaag kunnen.