

## Deelnemersraad Pf Unisys vangt bot bij Ondernemingskamer

Maarten Minnaard, actueel tot 08-05-2014

Actueel tot	08-05-2014
Auteur	Maarten Minnaard <a href="#">[i]</a>
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



Bij beschikking van 15 januari 2014 heeft de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam de deelnemersraad van Stichting Pensioenfonds Unisys Nederland (SPUN) niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep tegen de wijziging van het pensioenreglement ter uitvoering van een eerder besluit over de versoering van de toeslagambitie. [\[1\]](#) Door zijn eerdere mededeling niet tegen dit besluit in beroep te gaan zou de deelnemersraad zijn recht om vervolgens beroep in te stellen tegen de wijziging van het pensioenreglement hebben verwerkt. Deze uitspraak is zowel medezeggenschapsrechtelijk als procesrechtelijk interessant, ook in het post-deelnemersraadtijdperk waarin de pensioenwereld vanaf 1 juli 2014 komt te verkeren.

Art. 217, lid 1 PW bepaalt dat de deelnemersraad beroep kan instellen tegen een aantal in art. 111, lid 1 PW genoemde besluiten, wanneer:

- de deelnemersraad niet voorafgaand in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen;
- het besluit niet in overeenstemming is met het advies van de deelnemersraad; of
- feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die, waren ze aan de deelnemersraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.

Art. 111, lid 5 PW bepaalt vervolgens dat het beroep uitsluitend kan worden ingesteld wanneer het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Als adviesplichtig onderwerp wordt onder andere genoemd de wijziging van de statuten en reglementen van het pensioenfonds.

## Wet versterking bestuur pensioenfondsen

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen per 1 juli 2014 zal de

deelnemersraad als medezeggenschapsorgaan in de Pensioenwet eindigen en worden vervangen door een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan. Daarbij zal het adviesrecht bij wijzigingen van statuten en reglementen komen te vervallen, althans als het pensioenfonds tijds de statuten heeft aangepast. Anders blijft de deelnemersraad bestaan met behoud van zijn statutaire rechten, behalve wanneer dat in strijd met de wet zou zijn.

De interessante vraag doet zich voor wat te doen in de situatie waarin een deelnemersraad hangende een gerechtelijke procedure ophoudt te bestaan, althans zijn wettelijke én statutaire status verliest. In beginsel geldt dan dat het geding wordt voortgezet. Ook is mogelijk dat het geding ingevolge art. 225 Rv eerst wordt geschorst – mits nog geen dagbepaling uitspraak is bepaald – en wordt voortgezet door de rechtsopvolger. De rechtsopvolger zou naar gelang het bestuursmodel het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan kunnen zijn. Maar dat is zeker geen uitgemaakte zaak. Daarvoor ontbreekt een wettelijke bepaling, en bovendien geldt ten aanzien van het verantwoordingsorgaan dat daaraan geen adviesrecht toekomt aangaande wijzigingen van de statuten en reglementen (aan het belanghebbendenorgaan wel).

## De procedure bij de Ondernemingskamer

De achtergrond van de procedure bij de Ondernemingskamer was het feit dat SPUN niet langer over het minimaal vereist eigen vermogen in de zin van art. 131 PW beschikte. Deze onderdekking leidde tot een procedure voor de kantonrechter over de bijstortingsverplichting van de werkgever.<sup>[2]</sup> De kantonrechter oordeelde dat in de gegeven omstandigheden de vordering van SPUN tot bijstorting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en wees op die grond de vordering af. Bij dit oordeel werden de nodige vraagtekens gezet.<sup>[3]</sup> Dit omdat de kantonrechter, wellicht overdonderd door de hoge bedragen, wel erg vlotjes tot een onaanvaardbaarheidsoordeel leek te zijn gekomen, nota bene de zwaarste toets in het Nederlandse verbintenissenrecht.

Hoe het ook zij, SPUN, Unisys en de betrokken ondernemingsraad kwamen vervolgens een vaststellingsovereenkomst overeen – die zij ook als *package deal* omschreven – waarvan naast het afzien van hoger beroep de belangrijkste punten waren dat de werkgever een additioneel bedrag zou storten en dat de bijstortingsverplichting in een nieuw te sluiten uitvoeringsovereenkomst zou komen te vervallen.

Tevens werden tussen werkgever en ondernemingsraad twee nieuwe pensioenregelingen overeengekomen – voor bestaande en nieuwe deelnemers – waarvan de toeslagregeling wijzigde van categorie D6 in de zin van de Beleidsregel toeslagenmatrix (voorwaardelijke indexatie op basis van een ex ante bepaalde maatstaf) naar B (geen doelgericht toeslagbeleid).<sup>[4]</sup>

### Adviestraject vaststellingsovereenkomst

Na een adviesaanvraag van 10 april 2012 adviseerde de deelnemersraad op 13 april 2013 voorwaardelijk positief over de vaststellingsovereenkomst. Uit het op de website van SPUN gepubliceerde jaarverslag 2012 – de uitspraak vermeldt de voorwaarden niet – maak ik op dat de gestelde voorwaarden waren:

1. het beschikbaar stellen van informatie opdat de deelnemersraad een contra-expertise kon laten uitvoeren; en
2. een onderzoek door het bestuur naar de mogelijkheden om de pensioenverplichtingen van het

pensioenfonds te herverzekeren.

Ik maak eveneens uit het jaarverslag 2012 op dat kennelijk aan de voorwaarden zou zijn voldaan en dat vervolgens door de deelnemersraad een definitief, positief advies zou zijn gegeven over de vaststellingsovereenkomst.

## **Adviestraject uitvoeringsovereenkomst**

Na het positieve advies over de vaststellingsovereenkomst vroeg SPUN vervolgens op 7 mei 2012 advies aan de deelnemersraad over de nieuwe uitvoeringsovereenkomst. Bij die adviesaanvraag werd de tekst van de uitvoeringsovereenkomst verstrekt waarin conform art. 25, lid 1, onder f PW de voorwaarden waren opgenomen waaronder toeslagverlening plaatsvindt. In dit geval zoals gezegd door vermelding dat geen sprake is van een doelgericht toeslagbeleid.

Op 6 juni 2012 kwam de deelnemersraad met het advies om de oude toeslagregeling D6 te handhaven en de waarschuwende opmerking dat aantasting van opgebouwde pensioenrechten zal leiden tot claims. SPUN antwoordde op 11 juni 2012 dat ze de uitvoeringsovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst gestand zou doen. Over de wijziging van de toeslagregeling verwees SPUN naar het arbeidsvoorwaardenoverleg en over een mogelijk aantasting van pensioenrechten deelde ze mee dat daarvan geen sprake is:

‘(...) de wijziging van de toeslagenregeling, de huidige categorie D6 wordt vervangen door B, volgt uit het arbeidsvoorwaardelijke overleg. SPUN is daarbij geen partij. In dit verband wijst het bestuur erop dat Unisys Nederland en de ondernemingsraden niet hebben afgesproken dat de zogenoemde indexatiekoopsom deel uitmaakt van de kostendeckende premie noch uit de aanwezige premieruimte (...) wordt gefinancierd. Deze afspraak over de premie impliceert reeds een wijziging van de indexatiecategorie.

In het geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd (behoudens enkele toegestane wijzigingen), aldus artikel 20 Pensioenwet. Het spreekt voor zich dat SPUN zich houdt aan deze wettelijke verplichting. Anderzijds verplicht deze bepaling niet tot behoud van de opgebouwde rechten in de zin die de deelnemersraad aan dat begrip geeft.’

Bij brief van 12 juni 2012 schreef de deelnemersraad aan SPUN dat de raad zou bezien of de brief van SPUN van 11 juni 2012 als een adequate reactie kon worden aangemerkt op het advies van de deelnemersraad van 6 juni 2012 en dat, wanneer dat niet zo zou zijn, de deelnemersraad niet akkoord zou kunnen gaan met de besluiten en in het uiterste geval beroep zou instellen bij de Ondernemingskamer. Een week later, op 19 juni 2012, schreef de deelnemersraad:

‘De Deelnemersraad concludeert dat de reactie op zijn (...) advies (...) slechts deels adequaat is. Alles overziend, heeft de Deelnemersraad niettemin met de kleinst mogelijke meerderheid van stemmen besloten om geen beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer.

(...)

Voor de wijziging in toeslagverlening voor de opgebouwde rechten (van D6 naar B) verwijst het Bestuur naar sociale partners. Ook op dit punt blijft de Deelnemersraad vasthouden aan zijn standpunt dat de toeslagverlening niet zou moeten wijzigen. Kennelijk hebben de sociale partners iets anders afgesproken, waarop de Deelnemersraad verder geen invloed kan hebben. De Deelnemersraad distantieert zich nadrukkelijk van dit onderhandelingsresultaat. (...) Los hiervan zal de wijziging van de

toeslagverlening te zijner tijd nog rechtsgeldig moeten worden geïmplementeerd. Het is niet ondenkbaar dat dit (juridische) hobbels zal opleveren.'

De stand van zaken op dat moment was dus dat het besluit van SPUN ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst niet in overeenstemming was met het advies van de deelnemersraad, maar dat de deelnemersraad aankondigde geen beroep in te stellen. De hiervoor afgedrukte tweede alinea lijkt daar weer aan af te doen. Daarin erkende de deelnemersraad min of meer dat sociale partners over de toeslagregeling gaan, distantieerde hij zich van het onderhandelingsresultaat, maar merkte wel op dat de wijziging van de toeslagverlening te zijner tijd nog rechtsgeldig zou moeten worden geïmplementeerd. Dat laatste duidt op de benodigde wijzigingen in het pensioenreglement. De vraag die dan opkomt, is of de deelnemersraad zich ten aanzien van die wijzigingen – en zijn adviesrecht ter zake – zijn rechten (bevoegdheden) heeft willen voorbehouden. Als het antwoord positief is, moet de conclusie luiden dat een preciezere redactie veel procesrechtelijk leed had kunnen voorkomen.

### **Adviestraject pensioenreglement**

Na de uitvoeringsovereenkomst volgde bij brief van 19 maart 2013 de adviesaanvraag over de vaststelling van het pensioenreglement. In zijn advies van 15 april 2013 schreef de deelnemersraad dat de aantasting van de indexatieambitie voor de raad niet acceptabel zou zijn en kwam hij na enige woorden over de rechtsgeldigheid van voornoemde aantasting tot een negatief advies. Nadat SPUN op 3 juli 2013 aangaf vast te houden aan haar besluit, diende de deelnemersraad bij verzoekschrift van 26 augustus 2013 beroep in bij de Ondernemingskamer.

## **Oordeel Ondernemingskamer**

De Ondernemingskamer verklaart de deelnemersraad niet-ontvankelijk in zijn beroep. Aan dat oordeel legt ze ten grondslag dat de raad in juni 2012 wist dat het besluit ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst mede betrekking had op wijziging van de indexatieambitie van D naar B en uitdrukkelijk heeft afgezien van het instellen van beroep, nadat SPUN te kennen had gegeven de uitvoeringsovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst, ondanks het negatieve advies van de deelnemersraad, gestand te zullen doen. De deelnemersraad kan daarom in het kader van de wijziging van het pensioenreglement niet alsnog opkomen tegen de wijziging van de indexatieambitie als zodanig. De verlaging van die ambitie ligt immers besloten in de eerdere besluitvorming rond de uitvoeringsovereenkomst en bij de aan de orde zijnde wijziging van het pensioenreglement gaat het, voor wat betreft de toeslagbepalingen, slechts om een juiste implementatie van de wijziging van de indexatieambitie in het pensioenreglement conform de eerder getroffen vaststellingsovereenkomst. Tegen het oordeel van de Ondernemingskamer stond cassatieberoep open bij de Hoge Raad.

### **Rechtsverwerking?**

Cruciaal in de procedure is de kennisgeving van het besluit van de deelnemersraad van 12 juni 2012 om geen beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer tegen het besluit van SPUN rond de uitvoeringsovereenkomst. In zijn noot onder *PJ* 2014/32 schrijft mr. Thijssen dat de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat de deelnemersraad, door bewust en met zoveel woorden te besluiten om niet te procederen tegen het besluit ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst, het recht om dat alsnog, c.q. vervolgens tegen de reglementswijziging te doen, zou hebben verwerkt. De

Ondernemingskamer gebruikt de term 'rechtsverwerking' echter niet, zoals ook Thijssen vaststelt. En belangrijk is hier ook dat de deelnemersraad eerder positief adviseerde over de vaststellingsovereenkomst.

Het leerstuk van rechtsverwerking gaat schuil achter de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Anders dan bijvoorbeeld bij afstand van recht vindt rechtsverwerking plaats tegen de wil van de rechthebbende. Het is daarmee de meest extreme vorm van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248, lid 2 BW: het geldend maken van rechten of bevoegdheden dient onaanvaardbaar te zijn. De grond hiervoor is de onaanvaardbare inconsistentie van het gedrag van degene met het recht, in dit geval het recht om beroep in te stellen. Van rechtsverwerking kan slechts sprake zijn wanneer de rechthebbende zijn gedrag niet met voortvarendheid geldend heeft gemaakt. Het enkele stilzitten is hiervoor onvoldoende; er dient sprake te zijn van bijkomende omstandigheden die maken dat de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd dat het recht niet meer geldend zal worden gemaakt.

Hier heeft de deelnemersraad eerst positief geadviseerd over de vaststellingsovereenkomst en vervolgens uitdrukkelijk verklaard geen beroep in te stellen tegen het afwijkende besluit aangaande de uitvoeringsovereenkomst. Dat verdraagt zich moeilijk met het latere beroep bij de Ondernemingskamer, tenzij de eerder besproken tweede alinea in de brief van 19 juni 2012 als een voorbehoud van rechten moet worden aangemerkt.

## Materiële beoordeling

Zou de Ondernemingskamer wel tot een materiële beoordeling zijn gekomen, dan is het sterk de vraag of de vorderingen wel waren toegewezen. Art. 271, lid 5 PW bepaalt dat het beroep uitsluitend kan worden ingesteld wanneer het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Uit een inventarisatie van mijn hand van uitspraken van de Ondernemingskamer kan in ieder geval de conclusie worden getrokken dat dergelijke besluiten zich vaak hebben voorgedaan.<sup>[5]</sup>

Het besluit waartegen de deelnemersraad opkwam, was de vaststelling van het pensioenreglement conform de package deal zoals vervat in de vaststellingsovereenkomst, en dus met een terugschroefing van de indexatieambitie van D6 naar B. Ik zie niet snel waarom het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot dat besluit had kunnen komen, niet in het minst omdat de deelnemersraad positief had geadviseerd over de vaststellingsovereenkomst. Daarbij is van belang dat de inhoud van de pensioenregeling – inclusief de toeslagbepaling – behoort tot het domein van sociale partners. Het pensioenfonds is hier 'slechts' uitvoerder (als een 'verzekeraar'), een taak die zonder bemoeienis met de inhoud van de pensioenregeling al zwaar genoeg is.

Bij zijn negatieve advies sprak de deelnemersraad nog zijn zorg uit over de rechtsgeldigheid van de wijziging van de toeslagregeling. Ook eerder, bij het advies over de uitvoeringsovereenkomst, wees hij al op mogelijke claims bij aantasting van pensioenrechten. Over het onderwerp van aantasting van rechten is veel geschreven in het kader van de inmiddels door de Hoge Raad doorgeprikte mythe van de uitgewerkte rechtsverhouding,<sup>[6]</sup> maar om nu te zeggen dat het claimrisico bij wijziging van een voorwaardelijke toeslagregeling zodanig is dat het bestuur van SPUN niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen, lijkt mij een brug te ver. Daarvoor is de toets van art. 217, lid 5 PW, vanwege de marginale aard, een lastig te nemen horde.

## Conclusie

Tegen het (meer) formele oordeel van de Ondernemingskamer lijkt weinig in te brengen, maar ook materieel kan eraan worden getwijfeld of het beroep van de deelnemersraad kans van slagen zou hebben gehad, dit zeker gezien eerdere uitspraken van de Ondernemingskamer. Gegeven het feit dat het huidige adviesrecht van de deelnemersraad over statuten en reglementen niet terugkeert in het takenpakket van het verantwoordingsorgaan nieuwe stijl, lijkt een teruggang in medezeggenschap aan de orde. Tegelijkertijd is de op 17 januari 2014 door staatssecretaris Klijnsma van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangekondigde uitbreiding van het instemmingsrecht voor ondernemingsraden bij door pensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen goed nieuws voor de medezeggenschap. Dan zal altijd instemming van een ondernemingsraad nodig zijn voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenregeling. Dat zal de invloed van de actieven in ieder geval vergroten. Was deze voorgenomen wijziging reeds wet geweest, dan zou dat de afloop van deze zaak niet hebben beïnvloed; de ondernemingsraad was immers akkoord gegaan met de wijziging van de toeslagregeling.

Voetnoten

[\*]

Mr. M.W. Minnaard is als advocaat pensioenrecht/fiscalist werkzaam bij Houthoff Buruma te Amsterdam

[1]

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 15 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:26, *PJ* 2014/32, met noot mr. W.P.M. Thijssen.

[2]

Rechtbank Amsterdam, sector kanton, 16 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV2639, *PJ*2012/43 met noot prof. E. Lutjens.

[3]

Zie ook voormelde noot van Lutjens.

[4]

Hoe werknemers hieraan zijn gebonden, wordt niet duidelijk uit het feitencomplex. Mogelijk dat de (collectieve) arbeidsovereenkomsten ten aanzien van pensioen verwijzen naar te maken afspraken met de OR.

[5]

Mr. M.W. Minnaard, Het beroepsrecht van deelnemingsraden: 13 jaar, 11 uitspraken, *TPV*2013/38.

[6]

Hoge Raad, 6 september 2013, nr. 12/00490, *PJ* 2013/161. Zie onder andere de boeiende polemiek in *TPV*, 2013/6, 7 en 8 tussen Heemskerk en Breuker over de uitgewerkte rechtsverhouding.