

Overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder instemming OR?

Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. J. Los, datum 09-02-2016

| | |
|---------------|--|
| Datum | 09-02-2016 |
| Auteur | Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. J. Los ^[4] |
| Vakgebied(en) | Pensioenen (V) |

Kan een werkgever overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder de ondernemingsraad (OR) om instemming te verzoeken? Vanaf 1 januari 2016 is het algemeen pensioenfonds (APF) een feit.^[1] In deze bijdrage analyseren wij de rol van de ondernemingsraad indien een werkgever 'overstapt' naar een algemeen pensioenfonds. Bij voorgenomen besluiten van de ondernemer over de arbeidsvoorwaarde pensioen bij andere pensioenuitvoerders heeft de OR een wettelijk instemmingsrecht.^[2] Bij de introductie van het algemeen pensioenfonds heeft de wetgever de OR bij voorgenomen pensioenbesluiten van een ondernemer over een algemeen pensioenfonds geen wettelijk instemmingsrecht gegeven. Dat biedt werkgevers — in ieder geval tot inwerkingtreding van het wetsvoorstel dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaarde pensioen wijzigt^[3] — perspectieven om die overstap te vergemakkelijken. Een overstap van de werkgever van de huidige pensioenuitvoerder naar een algemeen pensioenfonds zonder de OR om instemming te hoeven vragen lijkt open te liggen, al kan de OR bij de exit van de oude uitvoeringsovereenkomst of pensioenovereenkomst alsnog instemmingsrecht hebben.

1. Inleiding

In deze bijdrage analyseren wij de rol van de ondernemingsraad indien een werkgever besluit de pensioenovereenkomst uit te laten voeren door een algemeen pensioenfonds. In paragraaf 2 gaan wij kort in op het algemeen pensioenfonds als nieuwe pensioenuitvoerder. De veronderstelde aantrekkingskracht van een algemeen pensioenfonds bespreken wij in de paragrafen 3 en 4. De overstap naar een algemeen pensioenfonds bestaat kort gezegd uit drie onderdelen: (1) vertrek (exit) bij de oude pensioenuitvoerder, (2) entree bij het algemeen pensioenfonds en (3) waarschijnlijk een pensioenovereenkomst met andere inhoud.

In paragraaf 5 benoemen wij enkele wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst en pensioenovereenkomst bij de overstap naar een algemeen pensioenfonds. In paragraaf 6 concluderen wij dat de OR geen instemmingsrecht heeft bij besluiten van de werkgever over de entree bij een algemeen pensioenfonds. In paragraaf 7 gaan wij na of het aangehaalde wetsvoorstel dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaarde pensioen wijzigt, dat medezeggenschapsgat repareert. Paragraaf 8 behandelt de mogelijkheden die de werkgever heeft om 'medezeggenschapsgat' over te stappen naar een APF. De vraag of de OR een voet tussen de deur kan zetten bij een door de werkgever geïnitieerde overstap naar een algemeen pensioenfonds komt aan de orde in paragraaf 9. Onze conclusie presenteren wij in paragraaf 10.

2. Nieuw: het algemeen pensioenfonds als pensioenuitvoerder

2.1 Interesse voor het algemeen pensioenfonds

Voordat wij ingaan op de rol van de OR lichten wij kort de kersverse pensioenuitvoerder algemeen pensioenfonds toe. Vanaf 1 januari 2016 is het algemeen pensioenfonds een wettelijk toegelaten pensioenuitvoerder.^[5] Er is veel interesse voor het algemeen pensioenfonds. Vrijwel alle verzekeraars hebben een vergunning aangevraagd bij DNB om een algemeen pensioenfonds te mogen starten.^[6] ‘Verzekeraars storten zich massaal op APF’, zo kopte het Financieel Dagblad op 4 januari 2016. In dat artikel staat dat verzekeraars denken de komende jaren massaal kleine pensioenfondsen in te kunnen lijven door hen onder te brengen bij een door de verzekeraar opgericht algemeen pensioenfonds.

2.2 Kenmerken van een algemeen pensioenfonds

Kenmerken van het algemeen pensioenfonds zijn (a) dat het pensioenfonds meerdere pensioenregelingen kan uitvoeren met (b) een afgescheiden vermogen per collectiviteitskring.^[7] Uit de wettelijke definitie volgt dat een algemeen pensioenfonds een of meerdere pensioenregelingen uitvoert en daarvoor een afgescheiden vermogen aanhoudt per collectiviteitskring. Uitgangspunt van de Pensioenwet (PW) is dat een pensioenfonds (ook met meerdere pensioenregelingen) financieel één geheel is.^[8] Dat verbod op ringfencing geldt niet voor het algemeen pensioenfonds, integendeel. Dat moet namelijk meerdere juridisch afgescheiden vermogens aanhouden.^[9] De collectiviteitskring bevat een of meerdere pensioenregelingen waarvoor een algemeen pensioenfonds een afgescheiden vermogen aanhoudt. De collectiviteitskring moet in de statuten van het pensioenfonds staan beschreven door verwijzing naar pensioenregelingen en uitvoeringsovereenkomst die onderdeel uitmaken van de kring.^[10]

Een werkgever kan dus zijn bestaande pensioenregeling (pensioenovereenkomst) laten uitvoeren bij het algemeen pensioenfonds met een financieel hek eromheen, het afgescheiden vermogen. Ieder afgescheiden vermogen moet afzonderlijk zijn beschreven in het jaarverslag en de jaarrekening van het algemeen pensioenfonds.^[11] In dit artikel gaan wij niet in op de commerciële beoordeling van de overstap naar een algemeen pensioenfonds of de inrichting en afbakening van de collectiviteitskringen.

3. Alternatief voor pensioenuitvoering bij (kleine) ondernemingspensioenfondsen?

Het is publiek geheim dat DNB (kleine) pensioenfondsen self assessments laat doen. De continuïteitsvraag is daarbij een vast onderdeel: heeft het pensioenfonds in de huidige vorm nog toekomst? De wetgever blijft de pensioensector intussen bestoken met een niet aflatende stroom aan wet- en regelgeving. Enerzijds zijn er de sterk toegenomen governance-eisen aan het (bestuur van het) pensioenfonds (Wet versterking bestuur pensioenfondsen^[12] en de Code pensioenfondsen)^[13] en de nieuwe wettelijke communicatievoorschriften (Wet pensioencommunicatie).^[14] Anderzijds is er de verscherpte regelgeving op het vlak van het financiële fundament van de pensioenfondsen (nieuw

FTK), de verlaging van de fiscaal maximale pensioenopbouw, de aftopping van het pensioengevend salaris en de verhoging van de AOW- én fiscale pensioen(richt)leeftijd. Het is slechts een kleine greep en er is meer op komst, zoals de komende Wet variabele pensioenuitkering.^[15] Voorts ligt bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een werkprogramma voor een pensioenstelsel met toekomst.^[16] Het pensioenlandschap verandert snel.

De vele wijzigingen maken het voor een klein(er) pensioenfonds lastig om de uitvoeringskosten per (ex-)deelnemer laag te houden. Niet voor niets zijn de afgelopen jaren veel pensioenfonds gefuseerd of geliquideerd met de wettelijk verplichte collectieve waardeoverdracht.^[17] Door de lage rentestand de afgelopen jaren waren verzekeraars niet meer bereid tot een zogenaamde buy-out van de pensioenverplichtingen van een pensioenfonds. Een lage dekkingsgraad van pensioenfonds en de door DNB geëiste vrijwaringsverklaring hielpen daar ook niet bij.^[18] Een van de gedachten is dat de uitvoerings-, toezichts- en beleggingskosten door schaalvoordelen lager kunnen worden bij een algemeen pensioenfonds. Om deze redenen wordt het algemeen pensioenfonds door en voor veel werkgevers (en ondernemingspensioenfonds) gezien als een aantrekkelijk alternatief.

4. Alternatief voor bestaande pensioenportefeuille bij verzekeraars

Het algemeen pensioenfonds wordt ook gezien als aantrekkelijk alternatief voor bestaande verzekerde regelingen. Verzekeringscontracten met lage rentestanden die moeten worden verlengd, leiden tot spectaculaire pensioenprijsstijgingen van soms meer dan 50%. De kiloprijs voor pensioen is door de lage rentestand fors gestegen. Verlenging van het verzekeringcontract met dezelfde voorwaarden maar een flink hogere prijs, klinkt niet aantrekkelijk. Schaalvoordelen maken een algemeen pensioenfonds aantrekkelijk, zo betoogt de wetsgeschiedenis herhaaldelijk.^[19] Of die veronderstelling juist is, en juist is voor de betreffende pensioenuitvoerders laten wij graag aan actuarissen over.

De overstap van een verzekeraar naar een algemeen pensioenfonds betekent in ieder geval een wijziging van pensioenuitvoerder. Niet langer is een pensioenverzekeraar de uitvoerder maar een pensioenfonds.

Dan zijn andere financiële spelregels (zoals het voor pensioenfonds toepasselijke FTK) van toepassing, zoals een bij pensioenfonds gangbare kortingsbepaling,^[20] indexatievoorschriften gekoppeld aan een beleidsdekkingsgraad — geen indexatie onder 110% dekkingsgraad^[21] — en andere regels over de hoogte van de vaststelling van de premie.^[22] Ook de governance en medezeggenschap binnen het algemeen pensioenfonds verschilt aanzienlijk van die bij een pensioenverzekeraar. Wij volstaan op deze plaats met de opmerking dat er binnen een algemeen pensioenfonds bijvoorbeeld een belanghebbendenorgaan moet worden geïnstalleerd per collectiviteitskring.

5. De wijziging door de overstap naar het APF voor pensioenbegunstigden

5.1 Overstappen is exit pensioenuitvoerder en entree algemeen pensioenfonds

Een werkgever die wil overstappen/switchen naar een algemeen pensioenfonds neemt meerdere besluiten. Ten eerste moet de bestaande uitvoeringsovereenkomst met de huidige pensioenuitvoerder worden beëindigd.^[23] Ten tweede moet er met het algemeen pensioenfonds een uitvoeringsovereenkomst worden gesloten, althans moet het uitvoeringsreglement van het algemeen pensioenfonds van toepassing worden. Dat zijn twee afzonderlijke besluiten van de werkgever over de pensioenuitvoering. Ten derde lijkt het ons waarschijnlijk dat de overstap naar een algemeen pensioenfonds leidt tot een andere pensioenovereenkomst (tabel 1).

Tabel 1 Overstap naar een algemeen pensioenfonds

| | |
|----|--|
| 1. | Beëindiging uitvoeringsovereenkomst huidige pensioenuitvoerder |
| 2. | Sluiten uitvoeringsovereenkomst algemeen pensioenfonds |
| 3. | Andere inhoud pensioenovereenkomst |

5.2 Wijziging van de status van de uitvoeringsovereenkomst

Linksom of rechtsom betekent de overstap naar het algemeen pensioenfonds een verandering. De bestaande uitvoeringsovereenkomst met bijvoorbeeld verzekeraar of pensioenfonds moet dan eerst door werkgever of bestaande pensioenuitvoerder worden opgezegd. De financiële gevolgen van beëindiging van die uitvoeringsovereenkomst voor werkgever, (ex-)werknemer en uitvoerder kunnen groot zijn, zoals ook blijkt uit jurisprudentie.^[24] Bestudering van de exitbepalingen en besluitvorming over collectieve waardeoverdracht naar een algemeen pensioenfonds is eigenlijk een must.

Vaststaat dat er met het algemeen pensioenfonds een andere pensioenuitvoerder is. Vaststaat eveneens dat er een andere uitvoeringsovereenkomst moet worden gesloten door de werkgever met het algemeen pensioenfonds. Het wettelijk kader van het uitvoeringsreglement is met de komst van het algemeen pensioenfonds uitgebreid.^[25]

Zo is het wettelijk verplicht om in de uitvoeringsovereenkomst bepalingen op te nemen over:

- de uitvoeringskosten van de pensioenregeling die in mindering worden gebracht op een afgescheiden vermogen van het algemeen pensioenfonds;
- de kosten die ten laste kunnen worden gebracht van de premie voor een afgescheiden vermogen aangehouden door het algemeen pensioenfonds;
- de afspraken die met een algemeen pensioenfonds worden gemaakt over de kwaliteit van de dienstverlening.^[26]

De kwalificatie van de wijziging van de status van de uitvoeringsovereenkomsten — intrekking, vaststelling of wijziging — bepaalt mede of de OR een instemmingsrecht heeft (zie daarover paragraaf 6).

5.3 Andere inhoud pensioenovereenkomst bij overstap van verzekeraar of PPI?

Betekent de introductie van het algemeen pensioenfonds als nieuwe pensioenuitvoerder dat de pensioenovereenkomst van de werkgever met zijn (ex-)werknemers wijzigt? Indien de werkgever de uitvoering van de pensioenovereenkomst bij een pensioenverzekeraar of PPI heeft verzekerd en voor de uitvoering 'overstapt' naar een algemeen pensioenfonds, is een wijziging van de pensioenovereenkomst volgens ons waarschijnlijk. De pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een algemeen pensioenfonds zal naar wij veronderstellen een kortingsbepaling kennen.^[27] Het

algemeen pensioenfonds is op grond van art. 35 PW verplicht een kortingsbepaling op te nemen in het pensioenreglement. Dat houdt een wijziging in van de pensioenovereenkomst, tenzij het pensioenreglement geen onderdeel is van de pensioenovereenkomst. Dat laatste achten wij onwaarschijnlijk. Kortom: wij zien niet hoe een werkgever met een verzekerde regeling kan volhouden dat een overstap naar een algemeen pensioenfonds geen wijziging van de pensioenovereenkomst betekent. Relevant voor het instemmingsrecht van de OR is of een werkgever in rechte kan volhouden dat die wijziging pas plaatsvindt bij het algemeen pensioenfonds en dus geen betrekking heeft op het besluit om de uitvoeringsovereenkomst te beëindigen (zie paragraaf 8).

5.4 Andere inhoud pensioenovereenkomst bij overstap van pensioenfonds?

Theoretisch is denkbaar dat een werkgever die 'overstapt' van een pensioenfonds naar een algemeen pensioenfonds de pensioenovereenkomst intact laat en slechts de uitvoeringsovereenkomst wijzigt (beëindiging oude uitvoeringsovereenkomst gevolgd door aangaan nieuwe uitvoeringsovereenkomst). In dat geval zou formeel geen sprake zijn van een andere pensioenovereenkomst of pas na het besluit. Dat is relevant omdat er dan mogelijk geen instemmingsrecht van de ondernemingsraad is. Het enkele feit dat die pensioenuitvoerder wordt vervangen, suggereert dat de inhoud van de pensioenovereenkomst anders wordt. Bij de gangbare pensioenovereenkomst in de vorm van een verwijzing vanuit de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement (incorporatie), staat de naam van de pensioenuitvoerder meestal in het pensioenreglement en daarmee ook in de pensioenovereenkomst. Een ander pensioenreglement uitgevoerd door een andere pensioenuitvoerder lijkt toch een wijziging in te houden.

Overigens achten wij de kans dat de pensioenovereenkomst bij een overstap van een pensioenfonds naar een algemeen pensioenfonds in werkelijkheid ongewijzigd blijft, gering, zeker bij meerdere collectiviteitskringen. Het algemeen pensioenfonds zal normaliter standaardisatie nastreven om niet (te) veel verschillende pensioenregelingen te hoeven uitvoeren. Dat leidt al snel tot een andere inhoud van de pensioenovereenkomst. Toegegeven, die andere inhoud van het pensioenreglement van een algemeen pensioenfonds wegens standaardisatie is niet noodzakelijk, onze ervaring is dat dit gebruikelijk is bij wisseling van pensioenuitvoerder.

6. Het wettelijk instemmingsrecht voor de OR bij pensioen

6.1 Instemmingsrecht OR bij pensioen is rommelig

Het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen is rommelig en heeft trekken van een lappendeken (tabel 2).^[29] Niet voor niets is er een wetsvoorstel ingediend dat moet zorgen voor meer eenheid.^[29]

Tabel 2 Instemmingsrecht OR afhankelijk van pensioenuitvoerder

| Pensioenuitvoerder | Wettelijke grondslag | Aandachtspunt |
|--------------------------|----------------------|-------------------------------------|
| Buitenland en PPI | 23 lid 4 PW | WOR van toepassing |
| Verzekerde regeling | 27 lid 1 WOR | regeling m.b.t. pensioenverzekering |
| Benoemde pensioenfondsen | 27 lid 7 WOR | niet: wijziging |
| Algemeen pensioenfonds | geen | OR bij exit naar andere uitvoerder |

6.2 Geen instemmingsrecht bij overstap naar algemeen pensioenfonds

De OR heeft bij het voorgenomen besluit van de werkgever om de pensioenovereenkomst uit te laten voeren door een algemeen pensioenfonds geen wettelijk instemmingsrecht, voor zover het gaat om de entree bij het algemeen pensioenfonds. Een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt. De OR kan bij de exit vanuit de bestaande pensioenuitvoerder wel instemmingsrecht hebben.

6.2.1 Instemmingsrecht OR bij andere pensioenfondsen

Het lijkt logisch te veronderstellen dat het instemmingsrecht van de OR bij een algemeen pensioenfonds is geregeld in art. 27 lid 7 WOR. Daarin is immers vanaf augustus 2013 het instemmingsrecht van de OR bij pensioenfondsen geregeld om het medezeggenschapsgat van de Shell-route te dichten.^[30] Toen Shell de eindloonregeling bij Shell pensioenfonds I in stand liet voor zittend personeel en een premieovereenkomst voor nieuw personeel onderbracht in Shell pensioenfonds II, bleek dat de OR van Shell geen wettelijk instemmingsrecht had. De wet regelde dat toen gewoon niet indien daar een pensioenfonds bij betrokken was. In augustus 2013 is dat gat (gedeeltelijk) gedicht door het opnemen in de WOR van een beperkt instemmingsrecht voor bestaande pensioenfondsoorten ten aanzien van de vaststelling en intrekking van de pensioenovereenkomsten.^[31] Samengevat gaat het om voorgenomen ondernemersbesluiten tot:

- a. vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds als bedoeld in art. 1 PW;
- b. vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een niet verplicht bedrijfstakpensioenfonds;
- c. vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in art. 1 PW, voor het deel van de pensioenovereenkomst dat niet verplicht door dat bedrijfstakpensioenfonds hoeft te worden uitgevoerd.^[32]

Wie dit leest, moet concluderen dat er geen wettelijk instemmingsrecht is bij vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst bij een *algemeen pensioenfonds*.

6.2.2 Instemmingsrecht OR bij algemeen pensioenfonds ontbreekt

Er is geen wettelijk instemmingsrecht voor de OR bij een algemeen pensioenfonds. Dat is niet vreemd want in 2013 bestond het algemeen pensioenfonds nog niet. Een analoge toepassing of het 'inlezen' van een wettelijk instemmingsrecht voor een OR bij een algemeen pensioenfonds vraagt veel denkacrobatiek en een welwillende teleologische uitleg van een rechter. Het is zelfs een anachronisme omdat in 2013 ten tijde van de wet het algemeen pensioenfonds niet bestond. Nergens in de wet of de parlementaire stukken is er serieuze aandacht voor de rol van de OR bij het algemeen pensioenfonds.

Dat is raar. Bij andere pensioenuitvoerders zoals verzekeraars, ondernemingspensioenfondsen of verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de rol van de OR ook niet altijd even duidelijk, maar is er in ieder geval een wettelijke regeling. Die ontbreekt bij het algemeen pensioenfonds.

Kortom: heeft een ondernemer een voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van de pensioenovereenkomst bij een algemeen pensioenfonds, dan heeft de OR over dat besluit geen instemmingsrecht. Dat is een nieuw medezeggenschapsgat vanaf 1 januari 2016.

7. Repareert het wetsvoorstel de algemeen pensioenfonds lacune?

7.1 Uitvoerderneutraal instemmingsrecht voor de ondernemingsraad

Op 23 december 2015 is een wetsvoorstel bij het parlement ingediend over de rol van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen.^[33] Over het wetsvoorstel valt veel te zeggen. Wij volstaan met enkele opmerkingen die betrekking hebben op de vraag of het medezeggenschapsgat voor het algemeen pensioenfonds wordt gerepareerd in het wetsvoorstel.

Een van de kernpunten van het wetsvoorstel is dat het instemmingsrecht van de OR uitvoerderneutraal wordt.^[34] Dat wil zeggen dat de OR instemmingsrecht heeft bij voorgenomen besluiten van de werkgever tot vaststelling, wijziging of intrekking van regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst (art. 27 lid 1 nieuw WOR). Dat geldt dan voor werkgeversbesluiten over pensioen bij elke pensioenuitvoerder, dus ook bij een algemeen pensioenfonds.

7.2 Instemmingsrecht: over welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst?

Onder regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst vallen volgens het wetsvoorstel ook regelingen in een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement die direct van invloed zijn op de pensioenovereenkomst (art. 27 lid 7 nieuw WOR). In ieder geval de wijze waarop de premies worden vastgesteld en de indexatie vallen daaronder volgens de huidige redactie van het wetsvoorstel en de parlementaire toelichting. De rest mogen werkgever en OR blijkbaar aan de onderhandelingstafel uitvechten of — indien u dat beter vindt klinken — wordt overgelaten aan het poldermodel. Welk deel van de uitvoeringsovereenkomst instemmingsplichtig is, wordt ongetwijfeld nog besproken in literatuur en hopelijk aangekaart tijdens de parlementaire behandeling. Noemenswaardig is eveneens dat de keuze van de werkgever voor een bepaalde pensioenuitvoerder niet instemmingsplichtig is, zo staat het tenminste omschreven in het wetsvoorstel.^[35]

7.3 Instemmingsrecht wordt gerepareerd, maar het tijdelijk gat blijft

Waarschijnlijk wordt het medezeggenschapsgat bij het algemeen pensioenfonds van voorbijgaande aard. Theoretisch is zelfs denkbaar dat de wetgever besluit om art. 27 WOR voor wat betreft het algemeen pensioenfonds terugwerkende kracht te verlenen tot 1 januari 2016. Dat lijkt ons onwaarschijnlijk. Ten eerste staat dat niet in het wetsvoorstel.^[36] Ten tweede is de wetgever terecht terughoudend om met terugwerkende kracht wettelijke bepalingen in te voeren. Ter illustratie: bij de Shell-route was er geen wettelijk instemmingsrecht van de OR bij voorgenomen besluiten van de werkgever tot oprichting van een ondernemingspensioenfonds en vaststelling van de pensioenovereenkomst. Dat gat werd met het aangenomen amendement Omtzigt gedicht via art. 27 lid

7 WOR met de uitdrukkelijke aantekening dat dit geen effect zou hebben voor de casus Shell. Relevant is natuurlijk de vraag *wanneer* het medezeggenschapsgat gedicht gaat worden. Treedt de wet in werking op 1 juli 2016 of per 1 januari 2017? Wetsvoorstellen blijven politieke besluiten, gedragen door een meerderheid in het parlement bestaande uit verschillende politieke partijen met ieder een eigen pensioenagenda: wij geloven het pas als het in het Staatsblad staat. Zolang het medezeggenschapsgat bestaat is het aantrekkelijk voor werkgevers om 'snel' over te stappen naar een algemeen pensioenfonds zonder een in hun ogen soms lastige OR daarbij te betrekken of in ieder geval zo min mogelijk.

8. Overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder de OR?

8.1 Een nieuwe pensioenovereenkomst bij een algemeen pensioenfonds

Een overstap naar een algemeen pensioenfonds kan grote gevolgen hebben voor werkgevers, werknemers en pensioenbegunstigden. Een nieuwe pensioenregeling, andere financiële afspraken, andere pensioenvooruitzichten. Hiervoor gaven wij aan of door een overstap van de werkgever naar een algemeen pensioenfonds de uitvoeringsovereenkomst en pensioenfonds wijzigen. Dat bepaalt mede of de OR een instemmingsrecht heeft.

Heeft een werkgever nog geen pensioenovereenkomst, dan is er geen overstap maar een instap. In dat geval heeft de OR geen wettelijk instemmingsrecht. Immers, een wettelijke grondslag voor de OR bij een voorgenomen besluit van de werkgever om een pensioenovereenkomst te laten uitvoeren door een algemeen pensioenfonds ontbreekt.^[37] Art. 27 lid 7 WOR is niet van toepassing op besluiten van de ondernemer voor zover het de entree bij een algemeen pensioenfonds betreft. Er was geen oude pensioenovereenkomst of oude uitvoerder. Er waren dus ook geen besluiten nodig van de werkgever om de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen of de pensioenovereenkomst in te trekken of te wijzigen. Hier lijkt de weg vrij om naar een algemeen pensioenfonds te gaan zonder de OR om instemming te hoeven verzoeken. Dat de OR buiten spel staat bij zo'n besluit past niet in het wettelijk systeem. Ter relativering merken wij op dat de OR meestal bij een nieuwe pensioenovereenkomst weinig reden heeft om te protesteren, tenzij de nieuwe pensioenovereenkomst wordt gefinancierd uit (budget voor) andere arbeidsvoorwaarden.

8.2 Geen instemmingsrecht bij entreebesluit algemeen pensioenfonds

Als gezegd concluderen wij dat een OR momenteel geen wettelijk instemmingsrecht heeft bij een voorgenomen besluit van een ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van de pensioenovereenkomst bij een algemeen pensioenfonds.

In werkelijkheid is de entree maar een deel van de besluitvorming bij de overstap naar een algemeen pensioenfonds (paragraaf 5).

Bij een bestaande pensioenovereenkomst en bestaande uitvoeringsovereenkomst kan de OR voor dat gedeelte een instemmingsrecht hebben. De overstap vereist namelijk opzegging van de bestaande uitvoeringsovereenkomst en vaak krijgt de pensioenovereenkomst een andere inhoud. Daar komt de OR soms terug aan tafel.

8.3 Instemmingsrecht OR bij exit bestaande pensioenuitvoerder

Was er al een bestaande pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst, dan kan de OR mogelijk een instemmingsrecht hebben. Wij onderscheiden daarbij twee situaties, exit vanuit een: (1) verzekerde regeling en (2) bestaand pensioenfonds.^[38]

8.3.1 Opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar

Stel dat er sprake is van een verzekerde regeling. Vereist is dan een beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Is een opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar instemmingsplichtig want een 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering' ex art. 27 lid 1 WOR? Daar wordt zeer verschillend over gedacht.^[39] De parlementaire geschiedenis^[40] (uitvoeringsovereenkomst is instemmingsplichtig) is niet in lijn met antwoord op Kamervragen (uitvoeringsovereenkomst is niet instemmingsplichtig).^[41] Dat debat gaan wij hier niet overdoen. Wij houden het erop dat werkgevers kunnen verdedigen dat opzegging van de uitvoeringsovereenkomst niet instemmingsplichtig is. De OR moet dan tijdig — binnen een maand na bekendheid met het besluit — de nietigheid inroepen om instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst te claimen. Soms is in de uitvoeringsovereenkomst al afgesproken dat de uitvoeringsovereenkomst automatisch eindigt na vijf jaar (dus zonder stilzwijgende verlenging). Is er geen besluit van de ondernemer omdat het automatisch eindigen al bij de vorige besluitvormingsronde is opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst, dan is er geen instemming van de OR vereist.

8.3.2 Opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds

Het recente *Aon*-vonnis van 23 december 2015 biedt steun voor de opvatting dat een OR geen instemmingsrecht heeft bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst.^[42] De kantonrechter oordeelde over de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met het Aon pensioenfonds (art. 27 lid 7 WOR waarin staat vaststelling en intrekking van de *pensioenovereenkomst*). De kwestie ging over het wegvallen van een bijbetalingsverplichting in de oude uitvoeringsovereenkomst van de werkgever. De kantonrechter sloot aan bij de tekst van de wet en oordeelde dat het de rechtsvormende taak te buiten zou gaan om daar ook de uitvoeringsovereenkomst onder te laten vallen nu de wetgever twee verschillende overeenkomsten benoemt, uitvoeringsovereenkomst en pensioenovereenkomst. Ons is niet bekend of hoger beroep is ingesteld. Werkgevers voelen zich met de *Aon*-uitspraak in de hand gesterkt om besluitvorming over (de beëindiging van) de uitvoeringsovereenkomst niet ter instemming voor te leggen aan de OR. Dat uitgangspunt maakt ook een overstap naar een algemeen pensioenfonds eenvoudiger. Maar dat het met de uitspraak van de kantonrechter allemaal duidelijk is geworden, is wat ons betreft een stap te ver, nog los van eventueel hoger beroep.

8.4 Wijziging of intrekking van de pensioenovereenkomst instemmingsplichtig?

De overstap door de werkgever van verzekeraar naar een algemeen pensioenfonds lijkt ons in beginsel niet mogelijk zonder de OR daarbij te betrekken.^[43] De inhoud van de pensioenovereenkomst zal wijzigen door bijvoorbeeld een kortingsbepaling die bij pensioenfondsgebruikelijk is, als het al niet verplicht is.^[44] Door het besluit van de werkgever om het nieuwe pensioenreglement van het algemeen pensioenfonds met de kortingsbepaling toe te passen, wijzigt de inhoud van de pensioenovereenkomst. Tegengeworpen kan worden dat de OR geen instemmingsrecht heeft voor het opnemen van een kortingsbepaling omdat dit pensioenreglement geen besluit is van de werkgever maar van het pensioenfonds. Het besluit van de werkgever om over te stappen naar het

algemeen pensioenfonds en dat pensioenreglement toe te passen lijkt ons toch te kwalificeren als een wijzigings- of intrekkingbesluit van de werkgever. Ook dan kan de zeer scherpe werkgever nog bepleiten dat hier geen instemmingsrecht is voor de OR, juist omdat de wijziging pas plaatsvindt bij de entree van het algemeen pensioenfonds. Dat besluit is niet instemmingsplichtig.

Bij dat vertrekpunt ligt alle druk voor de aanwezigheid van het instemmingsrecht van de OR bij het voorgenomen besluit van de ondernemer om de uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar (of het pensioenfonds) te beëindigen. Verdedigbaar lijkt ons dat de exit (het vertrek) van de werkgever bij de verzekeraar of het pensioenfonds instemmingsplichtig is. Bij een exit vanuit een verzekeraar is de redenering dat de exit (1) een voorgenomen besluit is van de werkgever tot wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering ex art. 27 lid 1 WOR. Bij een exit vanuit een pensioenfonds is de redenering dat dit een voorgenomen besluit is van de werkgever tot intrekking van de pensioenovereenkomst bij het pensioenfonds (zie hieronder 8.4.1).

8.4.1 Instemmingsrecht OR bij exit oude pensioenovereenkomst/uitvoerder?

Is de bestaande pensioenovereenkomst ondergebracht bij een pensioenfonds dan is het geen wetmatigheid dat de OR een instemmingsrecht heeft. Dat is namelijk volgens de wettekst alleen het geval bij een voorgenomen besluit tot *vaststelling* of *intrekking* van de pensioenovereenkomst van een ondernemingspensioenfonds. De werkgever zal stellen dat geen sprake is van een intrekking van de pensioenovereenkomst bij het pensioenfonds, omdat deze wordt voortgezet bij het algemeen pensioenfonds. Een *wijziging* van de pensioenovereenkomst bij een algemeen pensioenfonds is niet instemmingsplichtig.

De doelstelling van art. 27 lid 7 WOR en de toelichting bij het aangenomen amendement dat heeft geleid tot dat wetsartikel wijzen erop dat het de bedoeling is om de exit bij het pensioenfonds instemmingsplichtig te laten zijn. De toelichting op het amendement spreekt van onderbrenging, aansluiting en vertrek (exit) die instemmingsplichtig is.^[45] Daarin wordt dus wel uitgegaan van een instemmingsrecht voor de OR bij voorgenomen besluiten van de werkgever die leiden tot een exit bij een ondernemingspensioenfonds, niet verplicht bedrijfstakpensioenfonds of niet verplichte onderdelen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Met een teleologische uitleg van art. 27 lid 7 WOR heeft de OR een instemmingsrecht bij een exit vanuit het pensioenfonds. Bij verzekerde regelingen kan de OR naar analogie bepleiten dat de exit kwalificeert als een intrekking van een regeling met betrekking tot een verzekering. Kortom: een uitleg waarbij de OR instemmingsrecht heeft bij de exit van de pensioenuitvoerder achten wij goed verdedigbaar.

9. Instemmingsrecht voor de OR bij de overstap naar algemeen pensioenfonds

Hoewel de entree naar een algemeen pensioenfonds momenteel niet onder het OR instemmingsrecht valt, kan de exit bij de oude pensioenuitvoerder en de daarmee samenhangende wijziging van de pensioenovereenkomst na die entree de OR handvatten bieden om invloed uit te oefenen. De werkgever zal het instemmingsverzoek (if any) klein willen houden en beperken tot de gevolgen van de intrekking van de pensioenovereenkomst (minimuminstemming over exit, geen uitvoeringsovereenkomst en entree algemeen pensioenfonds). De OR kan in het instemmingstraject het op grond van art. 27 lid 2 WOR door de ondernemer verplicht te verstrekken overzicht van de

beweegredenen voor het voorgenomen besluit en de pensioengevolgen daarvan aanwenden om zoveel mogelijk informatie te verkrijgen over de pensioen- en uitvoeringsovereenkomst na het besluit (maximuminstemming exit en entree algemeen pensioenfonds).^[46] Een OR zal de pensioengevolgen zo uitleggen dat daaronder ook de pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst met het algemeen pensioenfonds vallen.

Wil de OR zijn rechten voorbehouden ten aanzien van de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst, dan is een tijdig beroep op de nietigheid (binnen een maand na bekendheid) vereist. Is de OR te laat, dan heeft hij zijn rechten verspeeld.^[47] Een meer constructieve approach voor werkgever en OR is om in een convenant of zogenaamd ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR afspraken te maken over de rechten en bevoegdheden van de OR. De werkgever zal daartoe bereid moeten of kunnen zijn.

Hiervoor markeerden wij de mogelijke belangentegenstelling tussen werkgever en ondernemingsraad. Beiden hebben natuurlijk belang bij een constructieve opstelling en oplossing. Voor werkgevers is het aantrekkelijk om de OR aan boord te hebben. Niet alleen wegens het dreigende vetorecht van de OR maar ook doordat instemming van de OR zwaar meeweegt bij de rechtsgeldigheid van door de werkgever gewenste eenzijdige wijzigingen van de pensioenovereenkomsten met werknemers.

10. Conclusie

Er is veel belangstelling voor het algemeen pensioenfonds maar vreemd genoeg niet voor de rol van de ondernemingsraad daarbij. Anders dan bij alle andere pensioenuitvoerders heeft de OR geen wettelijk instemmingsrecht voor voorgenomen besluiten van een ondernemer met betrekking tot de entree bij een algemeen pensioenfonds. Totdat het wetsvoorstel in werking treedt — op die datum is nu nog geen zicht — is er een medezeggenschapsgat, dat een overstap naar het algemeen pensioenfonds aantrekkelijk maakt voor een werkgever. Alle druk voor het instemmingsrecht van de OR indien een werkgever een voorgenomen besluit heeft om over te stappen naar een algemeen pensioenfonds ligt bij de exit van de huidige pensioenuitvoerder.

De wetgever heeft de deur opengezet voor avontuurlijke ondernemers om de OR bij een overstap naar een algemeen pensioenfonds deels buitenspel te zetten of in ieder geval slechts summier bij die overstap te betrekken. Een oplettende OR kan bij een exit van de bestaande pensioenuitvoerder instemmingsrecht claimen. Als de pensioenbelangen maar groot genoeg zijn, is het wachten op juridische clashes tussen werkgevers en ondernemingsraden over dit nieuwe schemergebied.

Voetnoten

^[1]

Wet van 23 december 2015, *Stb.* 2015, 549 (Wet algemeen pensioenfonds).

^[2]

Tenzij sprake is van een cao waarin het pensioen uitputtend is geregeld (art. 27 lid 3 WOR) of een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

^[3]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 1. Wetsontwerp 'Wijziging van de wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen'.

^[4]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. J. Los zijn advocaten bij Blom c.s Advocaten te Nieuwegein. Heemskerk is daarnaast bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

[5]

Zie de definitie van pensioenuitvoerder in art. 1 PW.

[6]

Vergunning is vereist op grond van art. 112a PW.

[7]

Zie de definitie van algemeen pensioenfonds in art. 1 PW en art. 123 PW, waarin voor een algemeen pensioenfonds het verbod van ringfencing niet geldt.

[8]

Art. 123 PW.

[9]

Zie [Kamerstukken II 2014/15, 34117, 3](#), p. 11. Uitgebreid over deze materie R.H. Maatman en S. Steneker, 'Ringfencing binnen het algemeen pensioenfonds (APF) en andere pensioenuitvoerders', *Netspar NEA paper 60*, 2015.

[10]

Art. 1 jo. 123 lid 2 PW.

[11]

Art. 146 lid 2 PW.

[12]

Wet van 7 augustus 2013, *Stb.* 2013, 302.

[13]

www.pensioenfederatie.nl/Document/Publicaties/Service-documenten/Code_Pensioenfondsen_2013_3.pdf.

[14]

Wet van 20 mei 2015, *Stb.* 2015, 193.

[15]

S. Boer-Koeberg en J. Los, 'Wet variabele pensioenuitkering; reddingsboei voor werknemer met premie- of kapitaalovereenkomst?', *PM* 2015-10, p. 25-29.

[16]

Zie *Kamerstukken II* 32043, nr. E met het werkprogramma voor een pensioenstelsel met toekomst.

[17]

Art. 83 en 84 PW.

[18]

Q&A 01155; 'Collectieve waardeoverdracht liquiderende pensioenfondsen'; in te zien via www.dnb.nl.

[19]

Kamerstukken II 2014/15, 34117, 3.

[20]

Art. 134 PW.

[21]

Art. 15 lid 2 Besluit FTK.

[22]

Art. 128 PW.

[23]

Wij gaan ervan uit dat de uitvoeringsovereenkomst niet automatisch eindigt maar dat opzegging vereist is.

[24]

Hof 's-Gravenhage 9 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2873, *PJ* 2014/163 (*Alcatel-Lucent*); Rb. Rotterdam 26 februari 2014, *PJ* 2014/76 (*Smit*). Volledigheidshalve merken wij op dat ons kantoor als advocaat van Alcatel-Lucent optrad.

[25]

Zie art. 1 PW, definitie uitvoeringsreglement; art. 23a en 25 lid 1 onder h en lid 3 PW.

[26]

Art. 25 lid 1 onder j, k en l PW. Bij AMVB zijn voor de uitvoeringskosten en de service level agreement nadere regels gesteld (zie art. 10c en 10d Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling; *Stb.* 2015, 552).

[27]

Art. 134 jo. 35 PW.

[28]

J.W. Boelhouwer, 'Instemmingsrecht en pensioen: onduidelijkheid houdt aan', *AR* 2014/6; E. Lutjens, 'Weg met instemmingsrecht OR bij pensioen', *TPV* 2014/12; E. Schop, 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door opf: de discussie is nog niet voorbij', *TPV* 2014/15.

[29]

Zie noot 3.

[30]

M. Heemskerk, 'Gemorrel aan instemmingsrecht OR bij pensioenbesluiten', *PM* 2013- 6/7, p. 34-36.

[31]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 49. Dit amendement 'Omtzigt' is door de Tweede Kamer aangenomen in het kader van de parlementaire behandeling van het wetsontwerp 'Wet versterking bestuur pensioenfondsen'.

[32]

Zie art. 27 lid 7 WOR.

[33]

Zie noot 3.

[34]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 3: 'De voorgestelde wijziging zal tot gevolg hebben dat de OR instemmingsrecht verkrijgt over elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot de pensioenovereenkomst, ongeacht of de pensioenuitvoerder een pensioenfonds is, een verzekeraar, een premiepensioeninstelling of een buitenlandse uitvoerder'.

[35]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3](#), p. 4.

[36]

Per de datum van afsluiten van deze publicatie (25 januari 2016).

[37]

De mogelijkheid van een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR waarin bovenwettelijke instemmingsrechten zijn vastgelegd over pensioen aan de OR lijkt dan evenmin aannemelijk.

[38]

Wij beperken ons tot ondernemingspensioenfondsen, niet verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfondsen of niet verplichtgesteld gedeelte (van de pensioenregeling) bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

[39]

M. Heemskerk en R.M.J.M de Greef, 'Medezeggenschap bij PPI is gatenkaas', *Pensioen & Praktijk* 2012-9; E. Lutjens, 'Instemmingsrecht OR bij PPI', *Pensioen & Praktijk* 2012-9; M. Heemskerk en R.M.J.M de Greef, 'Instemmingsrecht OR bij PPI: rustig slapen of opletten?', *Pensioen & Praktijk* 2012-12; E. Lutjens, 'Instemmingsrecht OR bij PPI heeft geen wetswijziging', *Pensioen &*

Praktijk 2012-12; H. van Meerten en H.W.P. van den Hout, 'Instemmingsrecht OR bij PPI: gatenkaas of zonneklaar?', *Pensioen & Praktijk* 2013-1; M. Heemskerk en R.M.J.M de Greef, 'Instemmingsrecht OR bij PPI: goed geregeld of toch niet?', *Pensioen & Praktijk* 2013-1.

[40]

Kamerstukken II 2007/08, 31226, 14, p. 22; [Kamerstukken II 2011/12, Handelingen, 2259](#).

[41]

Kamervragen met antwoorden; *Kamerstukken II* 2012/13, *Aanhangsel Handelingen* 2122.

[42]

Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9803.

[43]

Dat is mogelijk anders indien er door het automatisch eindigen van de uitvoeringsovereenkomst geen exitbesluit en intrekking is door de werkgever en voor de entree bij het algemeen pensioenfonds geen wettelijk instemmingsrecht is.

[44]

Art. 35 jo. 134 PW.

[45]

Zie noot 32.

[46]

Art. 27 lid 2 WOR.

[47]

Ktr. Den Haag 27 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4198, *JAR* 2014/111; *PJ* 2014/95 (*COR Shell*).