

Reactie: Overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder instemming OR? (TPV 2016/6)

Met naschrift prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. J. J. Los

mr. H.P Breuker, datum 06-04-2016

Datum	06-04-2016
Auteur	mr. H.P Breuker ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

In *TPV 2016/6* beschrijven Heemskerk en Los de rol van de ondernemingsraad bij de overstap naar een Algemeen pensioenfonds (hierna Apf). Zij concluderen (i) dat de OR geen wettelijk instemmingsrecht heeft voor voorgenomen besluiten van een ondernemer met betrekking tot de entree bij een algemeen pensioenfonds, (ii) dat totdat het wetsvoorstel 'Wijziging van de wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen', in werking treedt, er sprake is van een medezeggenschapsgat dat de overstap aantrekkelijk maakt voor werkgevers en (iii) dat een oplettende OR bij een exit van de bestaande pensioenuitvoerder instemmingsrecht kan claimen.

Het wachten is volgens hen op juridische clashes tussen werkgevers en ondernemingsraden over dit wat zij noemen, nieuwe schemergebied.

Met name of dat laatste het geval is, vraag ik me af. Overigens, in het Verslag van de Tweede Kamer worden hierover de nodige vragen gesteld, die op het moment van schrijven van deze reactie nog niet beantwoord zijn.^[2]

Vanaf de inwerkingtreding van het wetsvoorstel krijgt de OR instemmingsrecht bij het vaststellen, wijzigen of intrekken van een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst. Bij welk soort pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst is ondergebracht is vanaf dat moment niet meer relevant. Het instemmingsrecht geldt dus ook bij een Apf (uiteraard voor zover de arbeidsvoorwaarde pensioen niet tot stand komt in het cao-overleg).

1. Overstap^[3] onder de huidige wetgeving

Tot die tijd heeft de OR op basis van art. 27 lid 7 WOR, instemmingsrecht bij het vaststellen of het intrekken van een pensioenovereenkomst, die is ondergebracht bij een *ondernemingspensioenfonds* als bedoeld in art. 1 PW, en op basis van art 27 lid 1 WOR een instemmingsrecht bij het vaststellen, wijzigen of intrekken van een regeling met betrekking tot een *pensioenverzekering*.

De auteurs zijn van mening dat bij de overstap van ondernemingspensioenfonds naar Apf, de OR instemmingsrecht heeft omdat het zou gaan om een voorgenomen besluit van de werkgever tot intrekking van de pensioenovereenkomst, ondergebracht bij het ondernemingspensioenfonds.

Hierbij past wat mij betreft de kanttekening dat het instemmingsrecht als bedoeld in art. 27 lid 7 WOR alleen dan aan de orde is als de pensioenovereenkomst wordt 'vastgesteld' of wordt 'ingetrokken'. Dat is niet het geval als het gaat om een besluit om een bestaande pensioenovereenkomst elders onder te brengen. De bestaande pensioenovereenkomst wordt in dat geval niet (opnieuw) vastgesteld en van het intrekken van de pensioenovereenkomst bij de 'oude' pensioenuitvoerder is evenmin sprake. De pensioenovereenkomst blijft immers bestaan. Als geen sprake is van het vaststellen of intrekken van de pensioenovereenkomst, is naar mijn mening ook geen sprake van een instemmingsrecht. Dat geldt niet alleen bij de overstap naar een Apf maar ook bij een overstap van het ene ondernemingspensioenfonds naar het andere. Zo bezien kan niet gezegd worden dat sprake is van een (nieuwe) lacune.

Bij de overstap van een verzekerde regeling naar een (algemeen) pensioenfonds, rijst de vraag of de OR op basis van de huidige wetgeving eveneens buitenspel staat. Volgens de auteurs kan geredeneerd worden dat de exit bij de verzekeraar een voorgenomen besluit is tot wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, als bedoeld in artikel 27 lid 1 WOR. Dat lijkt mij juist, zij het dat wat mij betreft geredeneerd zou moeten worden dat het in die situatie gaat om een voorgenomen besluit tot wijziging van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering en niet om een besluit tot intrekking van de pensioenovereenkomst (de pensioenovereenkomst wordt niet ingetrokken). De wijziging van pensioenovereenkomst ziet dan met name op de gevolgen van hoofdstuk 6 PW, — het financieel toetsingskader voor pensioenfondsen — voor de pensioenovereenkomst, waaronder natuurlijk het kortingsartikel. Dat die wijziging niet bij de verzekeraar wordt doorgevoerd en dat om die reden art. 27 lid 1 WOR niet van toepassing zou zijn, lijkt mij een te beperkte interpretatie.

2. Overstap onder de nieuwe wetgeving

Zoals gezegd krijgt de OR na inwerkingtreding van het wetsvoorstel, ongeacht de pensioenuitvoerder instemmingsrecht bij het vaststellen, wijzigen of intrekken van een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst.

Vraag is dan in hoeverre de positie van de OR na inwerkingtreding van het wetsvoorstel verandert als het gaat om de overstap naar een Apf.

Gesteld kan worden dat voor het enkele (voorgenomen) besluit van de werkgever om de pensioenovereenkomst voortaan onder te brengen bij een Apf, de OR geen instemmingsrecht heeft. De WOR kent, ook na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel immers geen bepaling die dat met zoveel woorden zegt. Het besluit om de pensioenovereenkomst bij een bepaalde pensioenuitvoerder onder te brengen is een besluit van de werkgever dat op zichzelf de arbeidsvoorwaarde pensioen inhoudelijk niet raakt.

Dat is in lijn met de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.

“Als er sprake is van een indirect effect op de pensioenovereenkomst, dan heeft de OR geen instemmingsrecht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de keuze van de werkgever voor een bepaalde pensioenuitvoerder waar hij het pensioen wil onderbrengen. Hier is geen sprake van een direct effect op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Bovendien past het toekennen van instemmingsrecht wat betreft de keuze van de pensioenuitvoerder niet bij de verantwoordelijkheidsverdeling op pensioengebied. Het is immers de verantwoordelijkheid van de werkgever om de pensioenovereenkomst via een uitvoeringsovereenkomst bij een pensioenuitvoerder onder te brengen.”

Ook het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met een Apf is in beginsel (zie hierna) niet onderhevig aan een instemmingsrecht van de OR. Zie daarvoor ook door de auteurs gememoreerde uitspraak van Rb. Rotterdam van 23 december 2015 (*Aon*), waarin de kantonrechter de staatssecretaris citeert [cursivering HB]:

“De tekst van artikel 27 lid 7 WOR is duidelijk. Op grond daarvan heeft de OR instemmingsrecht ten aanzien van een voorgenomen besluit tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst en niet ten aanzien van een uitvoeringsovereenkomst. *Met voormelde wetwijziging is ook niet beoogd om de OR instemmingsrecht te geven ten aanzien van een voorgenomen besluit tot vaststelling of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst.* Daarvoor biedt steun de brief van Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 21 mei 2013 naar aanleiding van vragen van de Kamer ten aanzien van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen. Daarin is de volgende passage opgenomen:

Essentieel bij de pensioenovereenkomst is de koppeling aan de arbeidsovereenkomst en daarmee aan de pensioenafpraak tussen werkgever en werknemer. Binnen die context moet, zoals hierboven uiteen gezet, het instemmingsrecht van de OR worden geplaatst. Een uitvoeringsovereenkomst wordt evenwel aangegaan tussen de pensioenuitvoerder en werkgever en onttrekt zich daarmee aan het toepassingsgebied van de WOR en de invloedssfeer van de OR.”

In het voorbeeld dat een bij een ondernemingspensioenfonds ondergebrachte pensioenovereenkomst wordt ondergebracht bij een Apf, is er naar mijn mening dan ook geen sprake van een — wettelijk — instemmingsrecht van de OR als de pensioenovereenkomst niet inhoudelijk en materieel wijzigt. Dat na inwerkingtreding van het wetsvoorstel de OR ook een instemmingsrecht heeft bij wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst die de arbeidsvoorwaarde pensioen direct raken, betekent naar mijn mening niet en zeker niet per definitie, dat de OR in dit voorbeeld een instemmingsrecht heeft.

Iets anders is dan dat de OR na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel instemmingsrecht heeft ten aanzien van de *wijziging* van de pensioenovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder. Van een (hernieuwd) vaststellen van de pensioenovereenkomst bij de overstap naar een Apf is zoals gezegd naar mijn mening geen sprake, noch is er in dat geval sprake van het intrekken van de bestaande pensioenovereenkomst bij de oude pensioenuitvoerder.

In het voorbeeld van de overstap van een verzekerde regeling naar een Apf en een als gevolg daarvan gewijzigde pensioenovereenkomst door het — wettelijke verplicht — opnemen van de kortingsbepaling, heeft de OR een instemmingsrecht ten aanzien van de wijziging van de pensioenovereenkomst. Dat is naar mijn mening dus al zo onder de huidige wetgeving en onder de nieuwe wetgeving kan daarover — als gevolg van het instemmingsrecht bij wijziging van de pensioenovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder — al helemaal geen twijfel meer bestaan. Zou de OR niet met deze wijziging van de pensioenovereenkomst instemmen, dan is een gevolg daarvan dat het onderbrengen bij het Apf een probleem wordt; de kortingsbepaling moet immers in pensioenreglementen die zijn ondergebracht bij pensioenfondsen worden opgenomen. De OR heeft dus instemmingsrecht omdat de pensioenovereenkomst wijzigt. Voor alle duidelijkheid; het besluit ‘sec’ om de pensioenovereenkomst bij een bepaalde pensioenuitvoerder onder te brengen is niet aan de instemming van de OR onderhevig.

Daarnaast kan geredeneerd worden dat het enkele aangaan van een uitvoeringsovereenkomst met een Apf, in de situatie van een overstap vanuit een verzekerde regeling, instemmingsplichtig is, omdat er sprake is van een direct effect op de arbeidsvoorwaarde pensioen, door de toepassing van de regels

van hoofdstuk 5 PW, op dat pensioen.

Onlogisch is dat niet. De ondernemingsraad heeft bevoegdheden als het gaat om de inhoudelijke aspecten van de arbeidsvoorwaarde pensioen. Het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst met een (algemeen) pensioenfonds, in geval tot het moment van de overgang de pensioenen bij een verzekeraar zijn ondergebracht, impliceert per definitie een wijziging van de pensioenovereenkomst.

Gaat het om de bepalingen over premiebetaling en toeslagverlening die in de uitvoeringsovereenkomst zijn opgenomen, dan is overigens wat mij betreft maar zeer de vraag of een instemmingsrecht van de OR hier gepast is. De financiering ziet op afspraken tussen fonds en werkgever en deze raken de arbeidsvoorwaarde pensioen als zodanig niet. In de uitvoeringsovereenkomst worden immers geen bepalingen opgenomen die de verdeling van de premie tussen werkgever en werknemer regelen. Dat is iets wat in (collectieve) arbeidsovereenkomsten is opgenomen en de medezeggenschap is op dat niveau geregeld. Bepalingen over toeslagverlening in de uitvoeringsovereenkomsten zullen altijd in de pensioenovereenkomst opgenomen zijn, omdat dit immers een onderdeel hoort te zijn van de pensioenovereenkomst. En waar sprake is van een in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen (discretionaire) bevoegdheid van het fonds om al dan niet toeslagen te verlenen — binnen de wettelijke grenzen uiteraard — is dat geen bevoegdheid die aan de instemming van de OR onderhevig hoort te zijn.

3. Conclusie

Ik concludeer dat de OR onder de stand van de huidige wetgeving instemmingsrecht heeft bij de overstap van verzekeraar naar een Apf, omdat daardoor de pensioenovereenkomst inhoudelijk en materieel wijzigt. Voor de overstap van ondernemingspensioenfonds naar een Apf, geldt — net als bij de overstap van het ene naar het andere pensioenfonds — geen instemmingsrecht.

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel zoals dat nu — medio maart 2016 — bij de Tweede Kamer ligt, heeft de OR instemmingsrecht bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst ongeacht de uitvoerder. Voor de overstap naar het Apf geldt hetzelfde als onder de huidige wetgeving met dien verstande dat in geval de overstap van ondernemingspensioenfonds naar een Apf gepaard zou gaan met een inhoudelijke en materiële wijziging van de pensioenovereenkomst, er ook in dat geval instemmingsrecht is. Dat is — anders dan bij de overstap van verzekeraar naar Apf — niet per definitie het geval.

Naschrift van prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. J.J. Los^[4]

Met waardering lazen wij de reactie van Hans Breuker op ons artikel 'Overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder instemming OR?', *TPV* 2016/6. Bij nadere lezing constateren wij dat onze conclusies over het al dan niet ontbreken van instemmingsrecht van de OR bij het algemeen pensioenfonds niet ver uit elkaar liggen.

1. Van verzekeraar naar APF: instemmingsrecht OR

Lezen wij het goed, dan vinden Breuker en wij elkaar in de opvatting dat een overstap vanuit een verzekerde regeling naar een algemeen pensioenfonds linksom of rechtsom betekent dat de OR instemmingsrecht heeft op grond van art. 27 lid 1 WOR. Volgens Breuker is het een wijziging van de pensioenovereenkomst bij de verzekeraar, wij gaven aan dat het een wijzigings- of intrekkingbesluit is. Of het nu een voorgenomen wijziging is van de pensioenovereenkomst is bij de verzekeraar of de intrekking van de verzekerde regeling, langs beide wegen heeft de OR instemmingsrecht. Hoe dan ook moet de pensioenovereenkomst namelijk worden aangepast en bij de verzekeraar beëindigd doordat het nFTK een plaats krijgt in het pensioenreglement van het algemeen pensioenfonds.

2. Van pensioenfonds naar algemeen pensioenfonds zonder instemmingsrecht OR?

Breuker is in zijn reactie heel stellig over de situatie waarbij de werkgever besluit de pensioenovereenkomst van pensioenfonds onder te brengen naar een algemeen pensioenfonds: geen instemmingsrecht voor de OR. Volgens art. 27 lid 7 WOR is een *wijziging* van de pensioenovereenkomst bij een ondernemingspensioenfonds niet instemmingsplichtig. Van een vaststelling of intrekking van de pensioenovereenkomst is volgens Breuker geen sprake. Hij verwijst net als wij naar het Aon-vonnis van 23 december 2015. Daarmee onderstreept Breuker eigenlijk onze conclusie dat er een medezeggenschapsgat is bij het overstappen van pensioenfonds naar algemeen pensioenfonds. Wij zijn minder stellig dan Breuker dat de OR geen instemmingsrecht heeft bij een besluit van de ondernemer om van pensioenfonds naar algemeen pensioenfonds te gaan. De parlementaire toelichting op art. 27 lid 7 WOR biedt aanknopingspunten voor een welwillende uitleg door de kantonrechter dat de OR instemmingsrecht heeft bij een voorgenomen exit-besluit van de werkgever ten aanzien van een ondernemingspensioenfonds (zie paragraaf 8.4.1).

3. Het wetsvoorstel OR en pensioen

Het tijdelijke medezeggenschapsgat wordt gedicht in het wetsvoorstel OR en pensioen. Daarin krijgt de OR ook bij het algemeen pensioenfonds instemmingsrecht omdat het instemmingsrecht uitvoerderneutraal wordt. Breuker benadrukt in zijn reactie dat de keuze voor de pensioenuitvoerder niet instemmingsplichtig is. Dat is inderdaad zoals het wetsvoorstel het omschrijft. Bij de overstap van een ondernemingspensioenfonds naar een algemeen pensioenfonds geldt volgens Breuker geen instemmingsrecht voor de OR, omdat de pensioenovereenkomst niet wijzigt. Dat lijkt ons niet houdbaar, omdat dit in theorie (via de in de PW verankerde driehoeksverhouding) wel het geval lijkt te zijn, maar in de praktijk de pensioenovereenkomst vrijwel altijd wijzigt (zie paragraaf 5.4 van onze bijdrage). Identieke pensioenfondsen en pensioenregelingen/overeenkomsten bestaan niet. Dat betekent dat de OR vanwege de wijziging van de pensioenovereenkomst (vrijwel altijd) instemmingsrecht heeft ook als overstap plaatsvindt naar een algemeen pensioenfonds. Bovendien staat in veel pensioenovereenkomsten de naam van de pensioenuitvoerder. In dat geval is dat onderdeel van de pensioenovereenkomst en dus instemmingsplichtig.

Voetnoten

[1]

Mr. H.P Breuker is hoofd Pensioenadvies bij TKP te Groningen.

[2]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 5.](#)

[3]

Met 'overstap' wordt bedoeld op de situatie waarin alleen de toekomstige opbouw plaatsvindt bij het Apf. Gaat het om een collectieve waardeoverdracht van opgebouwd pensioen, dan gelden uiteraard art. 83 PW en (bij liquidatie van het pensioenfonds) art. 84 PW.

[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.