

Doelstellingen en uitgangspunten bij de opdrachtaanvaarding door pensioenfondsen

Mr. M.W. Minnaard, datum 09-02-2016

Datum	09-02-2016
Auteur	Mr. M.W. Minnaard ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

1. Inleiding

Art. 102a PW en zijn evenknie art. 109a Wet verplichte beroepspensioenregeling^[2] worden vaak omschreven als de artikelen over de opdrachtaanvaarding.^[3] Art. 102a PW bevat echter meer dan alleen bepalingen over de opdrachtaanvaarding. In art. 102a PW zijn voorschriften en normen opgenomen die regelen dat een pensioenfonds een eenduidige, kenbare set aan doelstellingen en uitgangspunten ontwikkelt. Deze uitgangspunten dienen zowel voor de organen van het fonds als de sociale partners richtsnoer te zijn bij hun rol in de uitvoering van de pensioenregeling. In deze bijdrage bespreek ik art. 102a PW waarvan ik van mening ben dat de redactie op onderdelen aan duidelijkheid te wensen overlaat.

2. Inbedding in de Pensioenwet

Art. 102a PW is opgenomen in hoofdstuk 5 van de PW (algemene bepalingen voor pensioenfondsen) en is een gevolg van een door Tweede Kamerlid Omtzigt ingediend amendement ten tijde van de behandeling van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen.^[4] Art. 102a PW kent vier leden waarvan het vierde lid een delegatiebepaling bevat^[5] om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen. Deze nadere regels zijn opgenomen in art. 1a en art. 22 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en regelen wat onder het begrip risicohouding moet worden verstaan respectievelijk de haalbaarheidstoets.

3. Vastlegging doelstellingen en beleidsuitgangspunten

De eerste zin van art. 102a lid 1 PW is opgeknipt in twee delen die verschillende zaken regelen. De eerste zin bepaalt dat het bestuur van een pensioenfonds — in overleg met de overige organen van het fonds — zorg draagt voor de vastlegging van (1) de doelstellingen en (2) beleidsuitgangspunten van het pensioenfonds, waaronder de risicohouding. Art. 1a Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen omschrijft risicohouding als de mate waarin een pensioenfonds bereid is beleggingsrisico's te lopen om

de doelstellingen van het fonds te realiseren en de mate waarin het fonds beleggingsrisico's kan lopen gegeven de kenmerken van het fonds.

De wet dwingt niet een bepaalde vorm te gebruiken voor de vastlegging van doelstellingen en beleidsuitgangspunten dan wel hiervoor een apart document aan de bestaande fondsdocumenten toe te voegen. De enige eis die de wet stelt is dat de doelstellingen en beleidsuitgangspunten van het pensioenfonds worden geadresseerd. Aangezien de ABTN op grond van art. 145 lid 1 PW reeds een verklaring beleggingsbeginselen dient te bevatten lijkt voorshands de ABTN de natuurlijke plek om de risicohouding van het pensioenfonds vast te leggen. Het ligt dan ook voor de hand de doelstellingen en overige beleidsuitgangspunten daarin op te nemen zodat het pensioenfonds beschikt over één stuk met daarin de *modus operandi* van het fonds.

4. In of na overleg met de overige organen van het fonds?

De woorden 'in overleg met de overige organen van het fonds' roept een aantal vragen op. Worden hier de algemene bepalingen in hoofdstuk 5 PW over het adviesrecht en verantwoording uitgebreid? Hebben deze 'overige organen' een vetorecht nu er 'in overleg' staat en niet 'na overleg'? Een lezing van de toelichting bij het amendement levert geen inzichten op wat de opsteller precies bedoeld heeft met 'in overleg'. En ook de parlementaire geschiedenis levert weinig op. Staatssecretaris Klijsma was van mening dat het amendement overbodig zou zijn 'want het bestuur moet al uitgangspunten formuleren in de ABTN'.^[6] In de latere behandeling gaf zij aan het oordeel over te laten aan de Kamer.^[7] Veel meer dan deze woorden is niet te vinden bij de behandeling van het amendement. De hiervoor aangehaalde woorden indiceren op zijn minst dat sprake is van een eenzijdige handeling van het bestuur, ik kom hier later nader over te spreken.

In de gebruikelijke betekenis brengen de woorden 'in overleg' mee dat sprake is van medezeggenschap (in de letterlijke betekenis), terwijl de woorden 'na overleg' uitsluitend nopen tot het raadplegen van een bepaald orgaan.^[8] Dat zou betekenen dat de overige organen een vetorecht zouden hebben. Die conclusie gaat mijns inziens te ver. Daarvoor zie ik een aantal gronden. Zo spreekt art. 1a Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds van het 'na overleg met de organen van het fonds' vaststellen van de risicohouding van een fonds. Het zou wetstechnisch vreemd zijn wanneer art. 1a Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds (gebaseerd op de delegatiebepaling in art. 102a lid 4) afbreuk zou doen aan een vermeend instemmingsrecht in art. 102a lid 1 PW, nog los van het feit dat lagere regelgeving een wet in formele zin niet kan beperken. Vanuit wetstechnisch oogpunt dient bovendien een uitbreiding van bijvoorbeeld het adviesrecht van een verantwoordingsorgaan te worden geregeld in dezelfde artikelen waarin deze onderwerpen worden geregeld (te vinden in paragraaf 5.2 PW). Dat is niet gebeurd. Alles overwegende houd ik het erop dat sprake is van een onzorgvuldigheid van de opsteller van het amendement. Mijn conclusie is daarom dat art. 102a lid 1 PW de bepalingen in de PW over het adviesrecht en verantwoording niet uitbreidt, maar uitsluitend een werkwijze formuleert hoe het bestuur van het pensioenfonds de doelstellingen en beleidsuitgangspunten moet vastleggen, namelijk *na* overleg met de overige organen.

5. Gebruik doelstellingen en beleidsuitgangspunten bij

uitoefening taken

De tweede zin van art. 102a lid 1 PW bepaalt dat de organen van het pensioenfonds de eerder genoemde doelstellingen en uitgangspunten gebruiken bij de toetsing van de opdrachtaanvaarding van de door de *opdrachtgever* (zie volgende paragraaf) overeengekomen pensioenregelingen en (1) bij de besluitvorming, (2) de verantwoording, (3) de advisering, en (4) het toezicht binnen het pensioenfonds. Deze tweede zin richt zich op alle organen van het pensioenfonds terwijl de eerste zin van hetzelfde artikel gericht is op alleen het bestuur. Wetstechnisch is dit verschil niet fraai, maar de bedoeling is helder. Kort samengevat, alle organen (inclusief het bestuur zelf) dienen de door het bestuur geformuleerde doelstellingen en uitgangspunten als richtsnoer te gebruiken bij de uitoefening van hun taken binnen het pensioenfonds.

6. Wie is opdrachtgever?

De in de vorige paragraaf genoemde opdrachtgever betreft volgens de wettekst de vertegenwoordigers van werkgevers of werkgeversverenigingen en werknemers of werknemersverenigingen. Deze bewoordingen passen prima in de situatie van een uitvoering door een bedrijfstakpensioenfonds waar het de werkgeversverenigingen en vakorganisaties zijn die de pensioenregeling ontwerpen en ter uitvoering bij een bedrijfstakpensioenfonds onderbrengen. De opdrachtgever genoemd in art. 109a lid 1 Wet verplichte beroepspensioenregeling is de beroepsvereniging en ook dat is juist. Bij ondernemingspensioenfondsen passen deze bewoordingen echter niet goed. In een dergelijke situatie is het de werkgever die ingevolge de onderbrengingplicht van art. 23 PW de pensioenovereenkomst ter uitvoering bij het pensioenfonds onderbrengt. De werkgever is hier de opdrachtgever, zij het dat de werkgever daarbij vanzelfsprekend de pensioenovereenkomst in ogeschouw moet nemen bij de onderbrenging. Maar een rol voor de werknemer bij de opdrachtaanvaarding is er niet.

7. Verkrijgen duidelijkheid over uitgangspunten

Art. 102a lid 2 PW bepaalt dat het bestuur ernaar streeft van de opdrachtgever zo veel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over de doelstellingen, het ambitieniveau van de toeslagverlening en de risicohouding, die ten grondslag liggen aan de pensioenregelingen die de vertegenwoordigers als opdracht in uitvoering aan het pensioenfonds geven. Met andere woorden, alvorens een bestuur de uitvoering ter hand neemt dient het bestuur zich goed rekenschap te geven van wat de opdrachtgever precies wil. Dit is natuurlijk cruciaal en kan discussies over de wijze van uitvoering voorkomen. Ook zonder art. 102a PW zou dat de standaardpraktijk van iedere pensioenuitvoerder moeten zijn, en niet alleen van pensioenfondsen.

8. Formele opdrachtaanvaarding

In het derde lid van art. 102a PW staat dat het bestuur zorg draagt voor de formele opdrachtaanvaarding van de door sociale partners aan het pensioenfonds opgedragen

pensioenregelingen. Het bestuur toetst bij de opdrachtaanvaarding voor het pensioenfonds als geheel en voor de relevante beleidsgebieden aan de door het bestuur geformuleerde doelstellingen en uitgangspunten. Met name dit derde artikellid blijkt in de praktijk voor de meeste onduidelijkheid te zorgen bij pensioenfonds. De onduidelijkheid zit in de woorden 'formele vastlegging' en de vraag wat voor soort (rechts)handeling hier precies bedoeld wordt bij de vastlegging. Het normadressaat van het derde lid is het pensioenfondsbestuur. Het bestuur dient te zorgen voor de formele opdrachtaanvaarding nadat de eerder in art. 102a lid 1 PW beschreven stappen zijn gezet. Wellicht dat het woord 'formeel', dat niet wordt gedefinieerd, de lezer op het verkeerde been zet of de suggestie geeft dat het hier een stuk betreft waarvoor een speciale procedure vereist is. Aan het woord 'formeel' dient mijns inziens niet meer betekenis te worden toegekend dan dat wordt voldaan aan de interne (statutaire) regels van het pensioenfonds. Daarbij dient met name gedacht te worden aan de regels omtrent vertegenwoordigingsbevoegdheid.

9. De opdrachtaanvaarding is een eenzijdige (rechts)handeling

Van een overeenkomst is geen sprake bij de opdrachtaanvaarding. Een overeenkomst is volgens art. 6:213 BW een meezijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere partijen een verbintenis aangaan. Daarvan is hier geen sprake: opdrachtgever (sociale partners of werkgever) en opdrachtnemer (pensioenfonds) zijn reeds jegens elkaar verbintenissen aangegaan, namelijk langs de weg van de uitvoeringsovereenkomst waartoe art. 23 PW (de onderbrengingsplicht) verplicht. Althans, als het gaat om een uitvoering door een ondernemingspensioenfonds.

Bij uitvoering door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ontbreekt de figuur van een uitvoeringsovereenkomst, maar is de uitvoering een gevolg van een verplichtstelling die is aangevraagd door de sociale partners van de betreffende bedrijfstak. Van Marwijk Kooy⁹ betoogt dat deze lacune in de wet moet worden ingevuld door de introductie van een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst, een idee dat de schrijver van dit artikel omarmt, omdat niet zelden bedrijfstakpensioenfonds worden opgezet met besluiteloosheid van sociale partners, zie bijvoorbeeld daar waar de kostendeckende premie niet meer toereikend is voor de ondergebrachte pensioenregeling.^[10]

Gezien de wettekst zou de opdrachtaanvaarding kunnen worden gekarakteriseerd als een eenzijdige rechtshandeling van het bestuur van het pensioenfonds. Een rechtshandeling vereist ingevolge art. 3:33 BW een op een rechtsgevolg gerichte wil. Het rechtsgevolg zou dan zijn dat de uitvoering van de door sociale partners aan het pensioenfonds opgedragen pensioenregelingen wordt aanvaard op de door het pensioenfonds vastgelegde wijze.

Interessant is de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 22 mei 2015^[11] waarin werd geoordeeld dat het verstrekken van een UPO geen rechtshandeling zou betreffen, maar dat het betreffende pensioenfonds daarmee alleen heeft willen voldoen aan de in art. 38 PW genoemde verplichting om haar deelnemers jaarlijks te informeren. Daarmee werd een beroep op het leerstuk van gerechtvaardigd vertrouwen ex. art. 3:35 BW afgesneden. Langs deze weg zou de opdrachtaanvaarding geen rechtshandeling zijn maar een rechtsfeit.

Zoals gezegd kan de opdrachtaanvaarding in bestaande fondsdocumenten worden opgenomen,

maar ook in een specifiek daartoe geschreven stuk. In de praktijk bestaan ook vragen over de wijze waarop de opdrachtaanvaarding moet worden vastgelegd. Swalef¹²¹ betoogt dat er een nieuw juridisch document dient te komen met daarin de formele opdrachtaanvaarding, soms nog met handtekeningen van pensioenfondsen en sociale partners. Dat er per se een nieuw juridisch document zou moeten komen volgt niet uit de wetteksten en evenmin uit de toelichting op het amendement. Zou er werkelijk een nieuw juridisch document moeten komen dan zou het voor de hand hebben gelegen daarvoor een wettelijke basis te bieden zoals in ieder geval een definitie in art. 1 PW.

De opdrachtaanvaarding *kan* daarom wel degelijk in bestaande documenten worden opgenomen zoals de uitvoeringsovereenkomst (of een uitvoeringsreglement in het geval van een bedrijfstakpensioenfonds). Omdat de aanvang van een opdracht niet noodzakelijkerwijs gelijkloopt met de aanvang en looptijd van een uitvoeringsovereenkomst (de opdracht is immers gekoppeld aan de ter uitvoering opgedragen pensioenregelingen die gedurende de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst kunnen wijzigen), ligt het niet voor de hand de opdrachtaanvaarding in de uitvoeringsovereenkomst op te nemen. Bovendien zou daarmee de eenzijdige rechtshandeling van het pensioenfondsbestuur van kleur kunnen verschieten, althans de perceptie is anders. Als de aanvang van een opdracht wel gelijkloopt met de aanvang van de uitvoeringsovereenkomst dan zou de opdrachtaanvaarding als bijlage aan de uitvoeringsovereenkomst kunnen worden gehecht.

In alle andere gevallen kan de opdrachtaanvaarding het beste worden opgenomen in een brief van het pensioenfondsbestuur aan sociale partners (bij een bedrijfstakpensioenfonds) of aan de werkgever (bij een ondernemingspensioenfonds) waarin het bestuur ten eerste vastlegt op welke wijze duidelijkheid is verkregen over de doelstellingen, het ambitieniveau van de toeslagverlening en de risicohouding die ten grondslag liggen aan de pensioenregelingen die aan hen ter uitvoering worden gelegd en ten tweede expliciteert dat en hoe de opdracht wordt aanvaard. Langs die weg wordt het doel van de wet, het komen tot een eenduidige en kenbare set aan doelstellingen en uitgangspunten, het beste gediend.

10. Conclusie

Art. 102a PW verdient geen schoonheidsprijs en is meer een goedbedoeld product van een ijverig Kamerlid dan een bouwsteen van een coherent wetstechnisch systeem. Maar met enig passen en meten is art. 102a PW goed toepasbaar in de praktijk. Wel zou ik de wetgever vriendelijk willen verzoeken de woorden 'in overleg' in art. 102a lid 1 bij gelegenheid van een aanpassing van de wet meteen te vervangen door 'na overleg'.

Artikel	Kern	Door wie?	Hoe en waar?
102a lid 1 (eerste zin)	Vastlegging van doelstellingen en beleidsuitgangspunten	Bestuur in overleg met andere organen van het fonds	In bestaande fondsdocumentatie (ABTN) of speciaal document dat eventueel een bijlage kan vormen van bestaande fondsdocumentatie.
102a lid 1 (tweede zin)	Gebruiken doelstellingen en beleidsuitgangspunten bij uitoefening taken	Alle organen van het fonds	Bij de uitoefening van de taken van het betreffende orgaan.
102a lid 2	Voor opdrachtaanvaarding duidelijkheid verkrijgen over de doelstellingen, het ambitieniveau van de toeslagverlening en de risicohouding die ten grondslag liggen aan de pensioenregelingen.	Bestuur	Per brief, e-mail of mondeling, maar een schriftelijke vastlegging of een e-mailwisseling verdient de sterke voorkeur om discussie achteraf te voorkomen.
102a lid 3	Formele opdrachtaanvaarding	Bestuur	In bestaande fondsdocumentatie of speciaal document

Voetnoten

[1]

Mr. M.W. Minnaard is advocaat pensioenrecht werkzaam bij Houthoff Buruma te Amsterdam, tevens fiscalist.

[2]

Omdat art. 109a Wet verplichte beroepspensioenregeling nagenoeg gelijk is aan art. 102a PW wordt in deze bijdrage alleen aan art. 109a aandacht besteed waar dat relevant is.

[3]

Zie bijv. Mr. M. Swalef, 'Met een heldere opdrachtaanvaarding gezonder besturen', *Pensioen & Praktijk* september 2014.

[4]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 37, inwerkingtreding per 1 juli 2014.

[5]

Op een later moment ingevoegd bij wet van 17 december 2014 (Wet aanpassing financieel toetsingskader).

[6]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 82.

[7]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 85.

[8]

Zie als voorbeeld Rb. Amsterdam 1 december 2014, *RAR* 2015/44 (ECLI:NL:RBAMS:2014:8279).

[9]

Mr. A.G. van Marwijk Kooy CPL, 'Bedrijfstakpensioenregelingen en onderbrenging: de Pensioenwet nader beschouwd', *TPV* december 2013.

[10]

Zie mr. dr. M. Heemskerk en mr. M.W. Minnaard, 'Premie: kostendekkend, feitelijk of budgettair?', *PensioenMagazine*.

[11]

ECLI:NL:RBROT:2015:3491, *PJ* 2015/138.

[12]

Mr. M. Swalef, 'Met een heldere opdrachtaanvaarding gezonder besturen', *Pensioen & Praktijk* september 2014.