

Reactie: De volgorde der dingen in relatie tot de opdrachtaanvaarding (TPV 2016/3)

Met naschrift mr. M.W. Minnaard

TPV 2016/43

1. Inleiding

In TPV van februari 2016 heeft mr. M.W. Minnaard art. 102a Pensioenwet (hierna: PW) van analyse voorzien. Onder andere ging hij nader in op de opdrachtaanvaarding zoals vermeld in art. 102a PW. De heer Minnaard refereert in zijn bijdrage naar een eerder schrijven van mijn hand in *Pensioen & Praktijk*.² Graag reageer ik daarop.

In mijn reactie concentreer ik mij op hetgeen de heer Minnaard schrijft over de opdrachtaanvaarding. De heer Minnaard vermeldt³ 'Dat er persé een nieuw juridisch document zou moeten komen volgt niet uit de wettekst en evenmin op 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)'. In mijn reactie zet ik graag uiteen waarom ik nog steeds van mening ben dat de formele opdrachtaanvaarding mijns inziens het beste kan worden vastgelegd in een juridisch document, een overeenkomst van sociale partners en het pensioenfondsbestuur (hierna 'overeenkomst van opdracht').

2. Het begin

Met de invoering van de Pensioenwet in 2007 is de zogenaamde pensioendriehoek verduidelijkt. De pensioendriehoek start met de pensioenovereenkomst waarin de pensioenafspraken tussen werkgever en werknemers worden vastgelegd, die door de werkgever onmiddellijk buiten het risico van de onderneming moet worden gebracht middels een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement (indien er sprake is van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds) bij een wettelijk erkende pensioenuitvoerder. De rechten en plichten tussen pensioenuitvoerder en werknemer (inmiddels door deelname aan de pensioenregeling deelnemer geworden) worden vastgelegd in het pensioenreglement.

En toen was daar plotseling in 2014, ingebracht via een amendement⁴ tijdens de parlementaire behandeling van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, art. 102a PW met daarin de opdrachtaanvaarding.

1 Mr. M.W.J. Swalef is pensioenjurist.

2 'Met een heldere opdrachtaanvaarding gezonder besturen', *Pensioen & Praktijk*, augustus-september 2014, hierna: *Pensioen & Praktijk*.

3 TPV 2016/3, p. 3.

4 Amendement van het lid Omtzigt, 15 mei 2013, *Kamerstukken II 2012/13*, 33182, 23.

3. Zonder pensioenovereenkomst geen opdracht, en zonder opdracht geen aanvaarding

Art. 102a PW verankert de zogenaamde opdrachtaanvaarding in de wet. Hierdoor draagt het bestuur van een pensioenfonds zorg voor de formele opdrachtaanvaarding van de door sociale partners aan het pensioenfonds opgedragen pensioenregelingen.

Aanvaarding kan echter in mijn opinie alleen geschieden met een opdracht. En zo staat het mijns inziens ook verwoord in art. 102a PW. En met de rechtshandelingen van het verstrekken van een opdracht en het aanvaarden van die opdracht ontstaat een overeenkomst (art. 6:217 BW). Vandaar mijn standpunt dat uit art. 102a PW volgt dat dit leidt tot een overeenkomst waaruit de overeenstemming blijkt tussen opdrachtgever en opdrachtnemer c.q. de partij die de opdracht aanvaardt. Een overeenkomst dus tussen sociale partners en het bestuur van het pensioenfonds. Die overeenkomst moet naar mijn mening helder worden vastgelegd in een overeenkomst van opdracht, waarin aanbod en aanvaarding correct, evenwichtig en duidelijk worden vastgelegd, met ondertekening van de drie betrokken partijen: het pensioenfondsbestuur, de (vertegenwoordigers van) werkgevers(organisaties) en de (vertegenwoordigers van) werknemers(organisaties).

Sociale partners zullen daarom eerst de opdracht ter uitvoering van de pensioenovereenkomst, overeengekomen in het arbeidsvoorwaardenoverleg, kenbaar moeten maken aan het pensioenfondsbestuur. Ook moeten sociale partners laten weten wat zij van het pensioenfondsbestuur in dit kader verwachten.

Via de uitvoeringsovereenkomst c.q. het uitvoeringsreglement kan deze formele vastlegging van de opdracht naar mijn mening niet geschieden. De uitvoeringsovereenkomst is de juridische vastlegging van rechten en verplichtingen tussen pensioenfondsbestuur en de werkgever(s). Het uitvoeringsreglement wordt eenzijdig opgesteld door het bestuur van het (verplichtgestelde) bedrijfstakpensioenfonds. Een brief vanuit het pensioenfonds aan sociale partners, zoals de heer Minnaard oppert,⁵ betreft een eenzijdige rechtshandeling, en daardoor komt geen overeenkomst tot stand, waardoor er in mijn opinie geen sprake kan zijn van een formele opdrachtaanvaarding.

4. Samenhang pensioenovereenkomst, opdrachtverstrekking, opdrachtaanvaarding, uitvoeringsovereenkomst

Mede aan de hand van de parlementaire geschiedenis zal ik hieronder de samenhang tussen de pensioenovereen-

5 TPV 2016/3, p. 14.

komst, opdrachtverstrekking, opdrachtaanvaarding en uitvoeringsovereenkomst uiteenzetten.

4.1 **Pensioenovereenkomst tussen sociale partners**

Het uitgangspunt is dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is en in overleg tussen sociale partners tot stand komt.^{6,7} Werkgever(s)(organisaties) en werknemer(s)(organisaties) (hierna: sociale partners) gaan derhalve over de inhoud van de pensioenovereenkomst, daarover is geen twijfel.

4.2 **Opdrachtverstrekking door sociale partners**

Duidelijk is wel dat de inhoud van de pensioenregeling bij sociale partners ligt. Dat verandert niet. Wat anders zal worden,⁸ is dat de inhoud van de pensioenregeling explicieter wordt.⁹

Sociale partners bepalen gezamenlijk de inhoud van de regeling. Zij maken keuzes over premiehoogte, het (geambieerde) uitkeringsniveau, jaarlijkse opbouw, indexatie, franchise enz. Daarnaast maken ze de keuze voor een pensioenuitvoerder. Hoewel de werkgever degene is die de uitvoeringsovereenkomst afsluit, zijn werknemers doorgaans betrokken bij deze keuze.¹⁰

Samenvattend, de expliciet geformuleerde pensioenregeling, met alle hiervoor genoemde elementen uitgewerkt, wordt door sociale partners als opdracht aangeboden aan het pensioenfondsbestuur.

4.3 **Opdrachtaanvaarding door het pensioenfondsbestuur**

Voordat het bestuur afspraken in uitvoering neemt, toetst het deze aan de wet, waaronder art. 102a PW, op financiële soliditeit en uitvoerbaarheid (en uitlegbaarheid). Het bestuur is zich daarbij bewust van zijn positie en zijn verantwoordelijkheid.¹¹

Het bestuur zal voorafgaand aan de onderbrenging bij het fonds, op basis van een onafhankelijke en kritische afweging moeten beoordelen of het bestuur dit contract daadwerkelijk kan uitvoeren. Het pensioenfondsbestuur doet dit met inachtneming van de plicht tot evenwichtige belangenafweging. Als blijkt dat er sprake is van strijdigheid dan mag het bestuur de afspraken van de cao-tafel niet accepteren.¹²

4.4 **Uitvoeringsovereenkomst**

Het pensioenfondsbestuur zal de vastgestelde pensioenregeling vervolgens uitvoeren op basis van de tussen het pensioenfonds en de werkgever(s) overeengekomen uitvoeringsovereenkomst, of op basis van het tussen het

pensioenfonds en de sociale partners overeengekomen uitvoeringsreglement, respectievelijk op basis van de tussen het pensioenfonds en de beroepsgenoten overeengekomen uitvoeringsovereenkomst.¹³

Ik leid hieruit af dat, pas nadat de pensioenregeling in opdracht is gegeven en het bestuur van het pensioenfonds de opdracht heeft aanvaard, de uitvoeringsovereenkomst kan worden gesloten tussen werkgever en pensioenfonds. De afspraken die sociale partners hebben gemaakt over de pensioenregeling liggen vast in de pensioenovereenkomst en in de uitvoeringsovereenkomst. Deze afspraken zijn dus niet meer tussentijds te wijzigen.¹⁴

Mijns inziens kunnen de (financiële) afspraken tussen partijen conform art. 25 PW, die overigens van invloed zijn op de inhoud van de pensioenregeling, pas worden vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst of de opdracht ter uitvoering van de pensioenregeling die door sociale partners is verstrekt en door het pensioenfonds is aanvaard, en daarmee de opdracht en de uitvoering helder is. Ik ben daarom van mening dat de overeenkomst van opdracht dezelfde looptijd zou moeten hebben als de uitvoeringsovereenkomst. Als dat niet het geval is, hoe zouden partijen dan moeten handelen als de opdracht wordt ingetrokken, opgezegd of niet verstrekt, terwijl er wel een uitvoeringsovereenkomst loopt?

4.5 **Uitvoeringsreglement**

Indien er sprake is van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, moet het proces zoals hiervoor beschreven ook worden doorlopen. Echter, wat te doen als sociale partners en het pensioenfondsbestuur geen overeenstemming bereiken over de opdracht? Bijvoorbeeld omdat de risicohouding van sociale partners sterk verschilt van de risicohouding van het pensioenfonds, terwijl er een verplichtstelling is. Kunnen sociale partners de eerder gegeven opdracht dan opzeggen en/of kan het pensioenfondsbestuur de opdracht dan weigeren, en wat dan? Een interessante vraag om verder over na te denken, maar gaat te ver voor deze reactie.

5. **Resumerend**

Om de inhoud van de pensioenovereenkomst definitief vast te kunnen stellen, zullen sociale partners overeenstemming met elkaar en hun achterban moeten bereiken over onder andere de doelstellingen, het ambitieniveau van de toeslagverlening en de risicohouding die ten grondslag liggen aan de pensioenovereenkomst. Op de pensioenovereenkomst hebben de financiële opzet van een pensioenfonds, de wijze waarop de premie wordt samengesteld, het (strategisch) beleggingsbeleid, maar ook de voorwaarden die door het pensioenfonds worden gehanteerd, invloed. Sociale partners zullen zich daarom zeer bewust moeten zijn van die invloed op het pensioenresultaat, alvorens ze over kunnen gaan tot het daadwerkelijk vaststellen van de pensioenovereenkomst, het vervolgens vaststellen van de gezamenlijke opdracht aan het

6 MvT, 1. Inleiding, p. 7, *Kamerstukken II 2011/12*, 22 februari 2012, 33182, 3.

7 Alle verwijzingen in dit artikel naar de parlementaire behandeling staan ook op p. 31 t/m 41 Swalef, 2015 Wet versterking bestuur pensioenfondsen.

8 Inmiddels is art. 102a PW van kracht en kan hier worden gelezen 'is geworden'.

9 MvT, Algemeen deel, p. 9, *Kamerstukken II 2011/12*, 27 februari 2012, 33182, 3.

10 MvT, 1. Inleiding, p. 7, *Kamerstukken II 2011/12*, 22 februari 2012, 33182, 3.

11 Code pensioenfondsen 2.1 Taken en werkwijze bestuur, september 2013, nr. 2.

12 MvT, Algemeen deel, p. 9, *Kamerstukken II 2011/12*, 27 februari 2012, 33182, 3.

13 MvT, Algemeen deel, p. 9, *Kamerstukken II 2011/12*, 27 februari 2012, 33182, 3.

14 MvT, 1. Inleiding, p. 7, *Kamerstukken II 2011/12*, 22 februari 2012, 33182, 3.

pensioenfonds en het door de werkgever onmiddellijk onderbrengen van de pensioenovereenkomst door het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds (ondernemingspensioenfonds, algemeen pensioenfonds, vrijwillige regeling bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds).

Naar mijn mening is de opdrachtverstrekking en opdracht-aanvaarding een overeenkomst. Overeenkomsten worden door twee of meer partijen gesloten, krachtens art. 102a PW betreffen dit sociale partners en pensioenfondsbestuur. Omdat de uitvoeringsovereenkomst slechts wordt ondertekend door de werkgever en het pensioenfondsbestuur en niet door (vertegenwoordigers van) werknemers(organisaties) past de overeenkomst van opdracht mijns inziens dan ook niet in de uitvoeringsovereenkomst, en ook niet in het uitvoeringsreglement en kan deze daarom ook niet eenzijdig door het pensioenfondsbestuur aan sociale partners worden bevestigd. Simpelweg omdat dan de handtekeningen van (een van de) sociale partners ontbreekt, en de overeenkomst daarmee niet tot stand komt.

In de praktijk zal het proces van het definitief maken van de pensioenovereenkomst, verstrekken en aanvaarden van de opdracht, en het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst, parallel moeten lopen, waarbij telkens de nodige zorgvuldigheid, afstemming en consistentie moeten worden gewaarborgd.

Naschrift mr. M.W. Minnaard¹⁵

Met belangstelling las ik de reactie van mr. Swalef op mijn artikel in *TPV* over de opdrachtaanvaarding. Kort samengevat betwist Swalef dat de opdrachtaanvaarding ingevolge art. 102a lid 2 PW in bestaande fondsdocumenten of een apart eenzijdig document kan worden opgenomen. De opdrachtaanvaarding zou in de visie van Swalef een overeenkomst van opdracht zijn die dus in een aparte overeenkomst moet worden gegoten, te ondertekenen door sociale partners en pensioenfondsbestuur. Ik noem deze buitenwettelijke constructie hierna de 'opdrachtaanvaardingsovereenkomst', een overeenkomst die in de lezing van Swalef als een soort van uitbouw aan de welbekende pensioendriehoek wordt gebouwd. Ik vrees echter dat Swalef in art. 102a PW meer leest dan er staat.

In de wetssystematiek van de Pensioenwet is de volgorde der dingen helder. De pensioenovereenkomst verplicht de werkgever onmiddellijk tot onderbrenging en dus tot het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst, ongeacht of er langs parallelle wegen door het pensioenfonds een opdrachtaanvaardingsovereenkomst is of wordt uitonderhandeld met sociale partners of niet. Daar komt nog bij dat, in geval van een ondernemingspensioenfonds, sociale partners vaak niet betrokken zijn bij de totstandkoming van de pensioenovereenkomst. Hoe het ook zij, het pensioenfonds contracteert in het wettelijk systeem niet met sociale partners maar – bij een ondernemingspensi-

oenfonds – uitsluitend met de werkgever. Het opstellen van een opdrachtaanvaardingsovereenkomst leidt daarom tot een overbodig juridisch document, overlapping met de uitvoeringsovereenkomst en tot een versterkte onderhandelingspositie van een van de sociale partners die langs de opdrachtaanvaarding de pensioenovereenkomst verder zou kunnen inkleuren (bijv. door weigeren te tekenen). Volgens mij niet gewenst en niet bedoeld. Natuurlijk moet een pensioenfonds duidelijkheid verkrijgen over de doelstellingen, het ambitieniveau van de toelagverlening en de risicohouding. En precies dat (maar niet meer) is wat art. 102a lid 2 PW voorschrijft. Art. 102a lid 3 PW schrijft vervolgens dat het bestuur zorg draagt voor de formele opdrachtaanvaarding en niet dat de opdrachtaanvaarding in een overeenkomst van opdracht moet worden vastgelegd. Het gaat dus om een eenzijdige handeling van het pensioenfondsbestuur, hoezeer het bestuur vooraf de opdracht helder moet krijgen.

¹⁵ Mr. M.W. Minnaard is advocaat pensioenrecht werkzaam bij Houthoff. Buruma te Amsterdam, tevens fiscalist.