

Wetsvoorstel OR en pensioen - *Analyse & Commentaar*

Reactie inzake 'Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen' (Dossier 34 378)



Studiegroep Medezeggenschap
Amsterdam, 11 februari 2016

Vereniging van Pensioenjuristen

De Vereniging van Pensioenjuristen (hierna “**VvPJ**”) is opgericht in 2001 en heeft als doel het bevorderen van de deskundige beroepsuitoefening van het pensioenrecht door haar leden. De VvPJ onderscheidt zich doordat zij het debat over juridisch-inhoudelijke pensioenonderwerpen wil stimuleren en ontwikkelen. Bij de VvPJ aangesloten pensioenjuristen en pensioenconsultants volgen de ontwikkelingen van het pensioenrecht op de voet. De pensioenjuristen dragen de titel CPL (*certified pension lawyer*), de pensioenconsultants de titel CPC (*certified pension consultant*). Ter waarborging van de kwaliteit moet, om deze titel te verwerven en te behouden, aan een aantal eisen worden voldaan. Eén daarvan is het met succes afronden van de Leergang Pensioenrecht aan de Law Academy van de *Vrije Universiteit Amsterdam*. Meer informatie is te vinden op www.vvpj.nl.

Studiegroep Medezeggenschap

De VvPJ ziet net als de minister van SZW medezeggenschap ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen van het grootste belang. Daarom heeft een aantal leden van de studiegroep Medezeggenschap besloten te reageren op het wetsvoorstel. De leden van de studiegroep Medezeggenschap zijn pensioenrechtdeskundig(e) en in de pensioenbranche beroepsmatig werkzaam als adviseur, bestuurder, advocaat of uitvoerder. De volgende leden hebben bijgedragen aan dit document:

mw. mr. C.M.C.P. (Corry) van Herpen-Thuring CPL	: directeur Pensioen Perspectief
mr. drs. E. (Edwin) Schop CPL (eindredactie)	: directeur Flexis Groep

Bijzonder waardering is er voor VvPJ-lid mr. drs. P. (Paulus) van den Bos CPL (advocaat – CMS DSB NV). In de (zeer) korte tijd die er voor stond heeft hij een waardevolle bijdrage geleverd aan het aanscherpen van dit document.

Verantwoording

Dit paper is het resultaat van gemeenschappelijke bevindingen van de leden van de studiegroep Medezeggenschap. De inhoud van deze reactie wordt gedragen door de leden van de studiegroep maar reflecteert niet per se de mening van ieder afzonderlijk lid en geldt niet als reactie van de VvPJ. De leden nemen op persoonlijke titel deel in de studiegroep.

Kopierechten

Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de VvPJ is het niet toegestaan om op welke wijze dan ook (een deel van) dit document geheel of gedeeltelijk over te nemen, op te slaan, te hergebruiken of anderszins te verveelvoudigen of openbaar te maken, tenzij de bron wordt vermeld. Als citeerregel hanteert u dan: Wetsvoorstel OR en pensioen - Analyse & Commentaar, Amsterdam: Vereniging van Pensioenjuristen 2016. Mocht u nog vragen hebben, u kunt ons altijd mailen: e.schop@vvpj.nl.

AANBEVELINGEN

In dit document zijn de volgende aanbevelingen uitgewerkt:

- (a) Verwijzing naar uitvoeringsreglement [artikel 27 lid 7 WOR (nieuw) en artikel 31f WOR (nieuw)] dient te vervallen (randnummer 3).
- (b) Expliciet instemmingsrecht bij buitenlandse pensioenuitvoerder [(artikel 27 lid 8 WOR (nieuw)] dient te vervallen (randnummer 8).
- (c) Ken OR instemmingsrecht toe over gehele uitvoeringsovereenkomst (randnummer 13).
- (d) Als geen (c), bepaal dan expliciet(er) wat te verstaan onder ‘direct, indirect en geen’ invloed op arbeidsvoorwaarde pensioen (randnummer 14).
- (e) Als geen (c), bepaal dan dat OR ook instemmingsrecht toekomt als sprake is van indirecte invloed op arbeidsvoorwaarde pensioen (randnummer 10).
- (f) Ken OR instemmingsrecht toe over keuze pensioenuitvoerder (randnummer 18).
- (g) Verhelder de status van het adviesrecht OR op grond van de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen (randnummer 15).
- (h) Schrap de uitzondering op het instemmingsrecht over een pensioenovereenkomst bij een verplichtgesteld Bpf [(artikel 27 lid 3 laatste zin WOR (nieuw)] (randnummer 23).
- (i) Ken bij uitvoering door een ondernemingspensioenfonds de wijzigingsbevoegdheid exclusief toe aan ondernemer en OR, en neem de lacune in medezeggenschap van ex-werknemers weg (randnummer 29);
- (j) Als geen (i), dus bij instandhouding wijzigingsbevoegdheid fondsbestuur, trek toets besluit ondernemer en fondsbestuur gelijk (randnummer 27);
- (k) Als geen (i), bepaal dan dat OR instemmingsrecht toekomt (randnummer 25).

1. WAT VOORAF GING

Met de brief van 17 januari 2014 is de Tweede Kamer geïnformeerd over het voornemen het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (hierna “**OR**”) bij voorgenomen besluiten over een pensioenregeling te vereenvoudigen en te verduidelijken en de resterende lacunes bij het instemmingsrecht te dichten.¹ In deze brief is aangekondigd dat de SER om advies wordt gevraagd over de daartoe noodzakelijke aanpassing van de medezeggenschap inzake pensioenen.

De SER heeft op 20 juni 2014 zijn advies uitgebracht. Dit advies is de Tweede Kamer op 14 oktober 2014 aangeboden.² De SER geeft in zijn advies de volgende beschrijving van de onduidelijkheden en lacunes van het huidige instemmingsrecht: “Zowel in de Wet op de Ondernemingsraden (artikel 27 WOR) als in de Pensioenwet (artikel 23 lid 4 PW) zijn de instemmingsrechten van de OR ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen geregeld. De reikwijdte van de WOR is begrensd. Zo heeft de OR geen instemmingsrecht voor zover het pensioen reeds inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.”

Verder zijn alleen voorgenomen besluiten van de ondernemer (werkgever) die betrekking hebben op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen instemmingsplichtig. Tot slot kan een pensioenregeling die door een ondernemingspensioenfonds (hierna “**Opf**”) wordt uitgevoerd, worden gewijzigd zonder dat daarvoor instemming van de OR vereist is. In artikel 27 lid 7 WOR is aan de OR immers alleen een instemmingsrecht gegeven ten aanzien van besluiten tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een Opf. De Pensioenwet maakt op zijn beurt niet volstrekt duidelijk of de OR ook instemmingsrecht toekomt bij voorgenomen besluiten tot *vaststelling, wijziging en intrekking* van pensioenovereenkomsten van in artikel 23 lid 4 PW genoemde pensioenuitvoerders (waaronder pensioeninstellingen uit een andere lidstaat), of alleen ten aanzien van het *onderbrengen* van een pensioenovereenkomst bij die pensioenuitvoerders.

Om deze lacunes op te lossen heeft de SER de volgende aanbevelingen gedaan:

1. *Instemming pensioenovereenkomst ongeacht uitvoerder.* De SER adviseert om de term ‘regeling met betrekking tot een pensioenverzekering’ in het eerste lid, onderdeel a, van artikel 27 van de WOR te wijzigen in ‘regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst’, zodat de OR instemmingsrecht krijgt over de arbeidsvoorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling ongeacht de pensioenuitvoerder. De SER pleit voor hantering van de term ‘pensioenovereenkomst’ omdat deze het arbeidsvoorwaardelijke aspect centraal stelt.
2. *Laat instemmingsrecht uitvoeringsovereenkomst over aan partijen.* De SER onderschrijft de opvatting dat het instemmingsrecht van de OR ziet op de arbeidsvoorwaarde pensioen en niet op de uitvoering daarvan. Omdat de grens tussen inhoud van de pensioenregeling en de uitvoering ervan moeilijk te trekken is, adviseert de SER om het primaat welke onderdelen

¹ Kamerstukken II 2013-14, 33 182, nr. 54.

² Sociaal Economische Raad, Advies 14/05, Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen, juni 2014. Bijlage bij Kamerstukken II 2014-15, 33 182, nr. 56.

van de uitvoeringsovereenkomst deel uitmaken van de pensioenovereenkomst bij werkgevers en werknemers te laten liggen. Indien het vragen van instemming door de OR in een bepaald geval minder duidelijk is, dan dient de OR in een gerechtelijke procedure te stellen en te bewijzen dat het betreffende uitvoeringsaspect wel degelijk de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt.

3. *Geef OR instemmingsrecht over wijzigingsbesluit fondsbestuur.* Voor de situatie dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen van de ondernemer naar het pensioenfonds, stond de SER twee oplossingen voor:
 - a. in artikel 27 WOR opnemen dat de OR instemmingsrecht heeft op een voorgenomen besluit van een pensioenfondsbestuur; of
 - b. een dergelijk besluit wordt de ondernemer toegerekend, waardoor de OR op grond van artikel 27 WOR instemmingsrecht heeft.

Het ontwerp-wetsvoorstel is van 17 februari tot 17 maart 2015 ter internetconsultatie voorgelegd.³

Uit de internetconsultatie komt het volgende naar voren:

- het wetsvoorstel heft de gesignaleerde lacune in het huidige instemmingsrecht van de OR deels op, en een aantal onduidelijkheden blijft bestaan;
- de grootste onduidelijkheid betreft de onderdelen uit de uitvoeringsovereenkomst die de arbeidsvoorwaarde pensioen raken en daardoor instemmingsplichtig zijn. Een nadere concretisering van de onderdelen die instemmingsplichtig is noodzakelijk: waar gaat het wel om en waar gaat het niet om, ten einde procedures van de OR te voorkomen;
- het ontwerp-wetsvoorstel gaat niet in op de positie van de OR wanneer sprake is van deelname in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (hierna “**Bpf**”). Die duidelijkheid geeft het huidige artikel 27 lid 7 WOR wel. Het is echter de bedoeling dat dit artikellid komt te vervallen;
- tevens is een aantal praktische problemen genoemd. Zo is gewezen op de veel voorkomende situatie dat een verplichtgesteld Bpf voor duizenden ondernemers op vrijwillige basis tevens een excedentregeling uitvoert. Moet het Bpf dan, wanneer het fondsbestuur om wat voor reden dan ook het nodig acht de excedentregeling te wijzigen, afhankelijk zijn van de instemming van de ondernemingsraden van al deze ondernemers? Verder zijn kanttekeningen geplaatst bij de juridische figuur van toerekening van het wijzigingsbesluit van het fondsbestuur aan de ondernemer.

³ https://www.internetconsultatie.nl/wijziging_van_de_wor

2. WETSVOORSTEL

2.1 Doelstellingen

De bestaande regeling voor het instemmingsrecht met betrekking tot pensioen is onduidelijk. Bovendien is er sprake van een lacune waardoor de OR niet in alle gevallen instemmingsrecht heeft. Het ‘Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen’ verduidelijkt dat de OR instemmingsrecht heeft over de arbeidsvoorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling, ongeacht of de pensioenuitvoerder een pensioenfonds is, een verzekeraar of een premiepensioeninstelling.⁴ Daarmee wordt de gesignaleerde lacune in het huidige instemmingsrecht gedicht.⁵

2.2 Inhoud

Het wetsvoorstel leunt sterk op het advies van de SER, maar stelt ook de uitkomsten van de consultatieronde te hebben meegenomen. Daarnaast benadrukt de wetgever dat bij de bepaling van de reikwijdte van het instemmingsrecht rekening is gehouden met de driehoeksverhouding op pensioengebied tussen de werkgever, de werknemer en de pensioenuitvoerder en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheidsverdeling: werkgevers en werknemers zijn verantwoordelijk voor de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen (de pensioenovereenkomst), de pensioenuitvoerder is verantwoordelijk voor de uitvoering van de pensioenovereenkomst op basis van de uitvoeringsovereenkomst.⁶

De volgende wijzigingen worden voorgesteld:

1. *Instemming pensioenovereenkomst ongeacht uitvoerder.* De wetgever neemt hiermee het advies van de SER over.
2. *Laat instemmingsrecht uitvoeringsovereenkomst over aan partijen.* De wetgever neemt het advies van de SER over, en noemt – zonder volledig te willen/kunnen zijn – een aantal onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst dat in ieder geval onder het instemmingsrecht valt.
3. *Expliciet instemmingsrecht bij onderbrengen pensioenovereenkomst bij buitenlandse instelling.* De OR krijgt expliciet een instemmingsrecht ten aanzien van het voornemen van de ondernemer om de pensioenovereenkomsten van alle of een deel van de werknemers onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of bij een verzekeraar met zetel buiten Nederland.

Voor de situatie dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen van de ondernemer naar het pensioenfondsbestuur neemt de wetgever het advies van de SER niet

⁴ Kamerstukken II 2015-16, 34 378, nr. 2.

⁵ Kamerstukken II 2015-16, 34 378, nr. 3, p. 3.

⁶ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3.

over. Rechtstreekse medezeggenschap van de OR ten aanzien van besluiten van het pensioenfondsbestuur acht de wetgever niet wenselijk, aan toerekenen van het bestuursbesluit ziet de wetgever belangrijke nadelen verbonden.

Tekstuele wijzigingen

Hieronder zijn de voorgestelde wijzigingen in de Wet op de Ondernemingsraden en Pensioenwet aangegeven (huidige tekst doorgehaald, voorgestelde tekst onderstreept).

Artikel 27 WOR

1. De ondernemer heeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van:
 - a. ~~een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering~~ regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst, een winstdelingsregeling of een spaarregeling;
3. (...) Instemming is eveneens niet vereist indien de pensioenovereenkomst, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, is ondergebracht bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet, voor het deel van de pensioenovereenkomst dat verplicht door dat bedrijfstakpensioenfonds wordt uitgevoerd.
7. ~~De ondernemer heeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit:~~
 - a. ~~tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet;~~
 - b. ~~tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een niet verplicht bedrijfstakpensioenfonds;~~
 - c. ~~tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet, voor het deel van de pensioenovereenkomst dat niet verplicht door dat bedrijfstakpensioenfonds hoeft te worden uitgevoerd;~~

~~voor zover hetgeen in de pensioenovereenkomst is of wordt bepaald overeenkomt met hetgeen in pensioenovereenkomsten van alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen is of wordt bepaald. Het tweede tot en met zesde lid zijn van overeenkomstige toepassing. Het tweede tot en met zesde lid zijn van overeenkomstige toepassing.~~

Onder regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, worden mede verstaan regelingen opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst of een uitvoeringsreglement als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet die direct van invloed zijn op de pensioenovereenkomst waaronder in ieder geval worden begrepen: regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld en de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt.
8. De ondernemer heeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot onderbrenging van de pensioenovereenkomsten van alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat als bedoeld in artikel 23, eerste lid, onderdeel b, van de Pensioenwet of een verzekeraar met een zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, onderdeel c, van de Pensioenwet. Het tweede tot en met zesde lid is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 31f

De ondernemer is verplicht de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk schriftelijk te informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet.

Artikel 23 PW

~~4. Wanneer een werkgever het voornemen heeft een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een premiepensioeninstelling of bij een pensioenfonds dat een ontheffing heeft gekregen als bedoeld in artikel 212, tweede lid, is artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden van overeenkomstige toepassing.~~

2.3 Analyse & Commentaar

Met dit wetsvoorstel wordt een aantal wijzigingen voorgesteld. De belangrijkste worden hierna ingeleid en van commentaar voorzien.

Instemmingsrecht ongeacht uitvoerder

1. De OR komt instemmingsrecht toe bij de vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder die de pensioenregeling uitvoert. Uitzondering blijft de situatie dat sprake is van uitvoering van de regeling via een Bpf of voor zover het pensioen reeds inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.
2. Met deze aanpassing in artikel 27 lid 1 sub a. WOR wordt duidelijk dat instemmingsrecht bestaat met betrekking tot een Algemeen Pensioenfonds (hierna “**Apf**”). In de (totstandkoming van de) Wet Algemeen pensioenfonds⁷ is dit niet aan de orde geweest. Zonder aanpassing van het huidige artikel 27 lid 1 en lid 7 WOR ontbreekt het de OR aan instemmingsrecht bij de vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt uitgevoerd door een Apf. Het Apf is wel een pensioenfonds, maar geen Bpf of Opf. Het voorgestelde lid 1 sub a. herstelt dit.
3. De verwijzing naar het uitvoeringsreglement in het voorgestelde artikel 27 lid 7 WOR en artikel 31f WOR kan overigens leiden tot verwarring. Gezien de specifieke rol van het uitvoeringsreglement (namelijk alleen bij een Bpf, en dus in situaties dat de werkgever alleen beslist over vrijwillige aansluiting of beëindiging daarvan) heeft het de voorkeur de verwijzing naar het uitvoeringsreglement te wijzigen. Of, ervan uitgaande dat het uitvoeringsreglement hier alleen genoemd wordt in relatie tot de andere rol die het kan hebben, te weten de in artikel 1 sub b. PW genoemde gevallen, zijnde een uitvoeringsreglement voor de eigen werknemers

⁷ Wet van 23 december 2015 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (Stb. 2015, 549).

van een pensioenuitvoerder, zou de verwijzing ernaar geconcretiseerd kunnen worden, door dat met zoveel woorden te stellen. We begrijpen de gelijke redactie in de verschillende artikelen, maar nu het hier gaat om een uitvoeringsovereenkomst lijkt het ons beter om in artikel 31f te verwijzen naar "*totstandkoming, wijziging of beëindiging* van een uitvoeringsovereenkomst (...)".

Expliciet instemmingsrecht bij buitenlandse uitvoerder

4. Het instemmingsrecht bestaat nu ook al bij het onderbrengen van een regeling bij een buitenlandse uitvoerder (artikel 23 lid 4 WOR). Dit artikel maakt, aldus de wetgever, echter niet volstrekt duidelijk of de OR ook instemmingsrecht toekomt bij voorgenomen besluiten tot vaststelling, wijziging en intrekking van pensioenovereenkomsten van in artikel 23, vierde lid, van de PW genoemde pensioenuitvoerders, of alleen ten aanzien van het onderbrengen van een pensioenovereenkomst bij die pensioenuitvoerders. Over dit onderwerp zijn in de pensioenliteratuur de degen gekruist, volgens staatssecretaris Klijnsma is volstrekt helder dat de OR instemmingsrecht heeft over voorgenomen besluiten tot vaststelling, wijziging en intrekking van de pensioenovereenkomst.⁸
5. Door de nieuwe opzet van artikel 27 lid 1 sub a. WOR wordt die vermeende onduidelijkheid ook in de wet(tekst) weggenomen. Toch wordt het door wetgever noodzakelijk geacht een aparte bepaling te handhaven voor zover het gaat om het onderbrengen van de pensioenovereenkomsten bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. Hiervoor is gekozen omdat bij een dergelijke onderbrenging een ander toezichtkader en een ander financieel toetsingskader van toepassing zal zijn. Op Europees niveau bestaat er immers geen geharmoniseerd toezichtkader. Het overbrengen van een pensioenregeling naar een buitenlandse pensioenuitvoerder heeft via het daar geldende toezichtkader en het lokale financieel toetsingskader dan ook gevolgen voor de arbeidsvoorwaarde pensioen. Minder of juist meer zekerheidswaarborgen, andere voorwaarden voor premiestelling en andere indexatievoorwaarden zijn immers van invloed op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Daarmee verkrijgt de OR een expliciet instemmingsrecht ten aanzien van het voornemen van de ondernemer om de pensioenovereenkomsten van alle of een deel van de werknemers onder te brengen bij (alleen) een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of bij een verzekeraar met zetel buiten Nederland.
6. De vraag is waarom een aparte bepaling moet gelden als artikel 27 lid 1 sub a. WOR al instemmingsrecht toekent bij het vaststellen van een pensioenovereenkomst ongeacht het soort uitvoerder, dus ook in het geval van een besluit tot vaststelling van een pensioenovereenkomst die wordt uitgevoerd door een buitenlandse pensioenuitvoerder. Daarnaast, de OR zal instemmingsrecht toekomen bij het wijzigen van uitvoerder waarbij de zekerheidsmaatstaf wijzigt. De keuze voor een uitvoerder met een andere zekerheidsmaatstaf (financieel kader) en andere governance voorschriften heeft direct effect op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dit

⁸ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 182, nr. 46, p. 11.

is echter ook het geval als sprake is van een uitkeringsovereenkomst en het type uitvoerder wijzigt van een verzekeraar (zekerheidsmaatstaf 99,5%) naar een (algemeen) pensioenfonds (zekerheidsmaatstaf 97,5%). Maar hiervoor is *geen* extra bepaling opgenomen in artikel 27 WOR. Aan de volgens het wetsvoorstel te realiseren duidelijkheid wordt hiermee niet voldaan.

7. Daarmee krijgt de OR met het voorgestelde artikel 27 lid 8 WOR een extra instemmingsrecht toebedeeld: instemmingsrecht bij voorgenomen besluit tot vaststelling van de pensioenovereenkomst (lid 1) en een instemmingsrecht bij een voorgenomen besluit tot onderbrengen van de pensioenovereenkomst. Dit wringt met artikel 56 WVEU. Dit artikel verzet zich tegen de toepassing van een nationale regeling die ertoe leidt dat het verrichten van diensten in de zin van artikel 57 WVEU tussen de lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één enkele lidstaat.⁹ In gelijke zin oordeelde eerder de Raad van State: “...Een dergelijke belemmering kan toegestaan zijn, indien daarvoor een rechtvaardiging bestaat en de desbetreffende maatregel voldoet aan eisen van non-discriminatie en proportionaliteit. Daarvan blijkt vooralsnog niet....”¹⁰
8. Artikel 27 lid 8 WOR dient daarom volgens ons te vervallen.

Instemmingsrecht over delen van uitvoeringsovereenkomst

9. Het wetsvoorstel beoogt duidelijkheid te creëren over de vraag of de OR ook instemmingsrecht heeft met betrekking tot (delen van de) uitvoeringsovereenkomst. Zowel de SER als de wetgever maken zich, zo is de indruk, nogal eenvoudig van deze discussie af door te stellen dat dit (grotendeels) een zaak is van afstemming tussen werkgevers en werknemers. Grotendeels, omdat nu in de wetsvoorstel is opgenomen dat de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld en de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt direct onder het instemmingsrecht ressorteren.
10. Winst is dat expliciet wordt gemaakt dat de OR instemming heeft terzake van bepalingen (volgens het wetsvoorstel: een regeling) in de uitvoeringsovereenkomst die “direct van invloed zijn op de pensioenovereenkomst” (artikel 27 lid 7 WOR). Is er sprake is van een indirecte invloed op de pensioenovereenkomst, dan heeft de OR geen instemmingsrecht. Waarom er onderscheid moet worden gemaakt naar directe en indirecte invloed is niet helder. Bij indirecte invloed er tenslotte toch ook sprake van invloed? En of in een concreet geval dan sprake is van directe of indirecte invloed dienen betrokken partijen dat blijkbaar zelf, van geval tot geval, te bepalen? En komen ze daar niet uit dan moet de rechter zich daar maar over uitspreken. Aan de volgens het wetsvoorstel te realiseren duidelijkheid wordt hiermee niet voldaan.

⁹ HvJ EU 11 december 2014, C-678/11, ECLI:EU:C:2014:2434 m.nt. E.A.P. Schouten, *PJ* 2015/49, onder punt 38.

¹⁰ Advies Raad van State in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake pensioen d.d. 13 november 2015, W12.15.0343/III, p. 2. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014-15, 33 182, nr. 56.

11. Wat ‘directe invloed’ is, is niet vastgelegd in het wetsvoorstel. De memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel geeft als voorbeelden: “...het schrappen van een bijstortverplichting van de werkgever of het afbouwen van een indexatiedepot bij de verzekeraar”.¹¹ In artikel 27 lid 7 WOR is hierover nu wel opgenomen “...waaronder in ieder geval worden begrepen: regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld en de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt”. Waarom dit arbeidsvoorwaardelijk is wordt niet duidelijk gemaakt, ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geeft geen criterium.¹² Het zelfde geldt voor ‘indirecte invloed’. Discussie over de reikwijdte van het instemmingsrecht zal daarom blijven.
12. Evenmin wordt (expliciet) gerefereerd aan de mogelijkheid dat in de uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding besloten ligt: na aanvaarding van het beding valt een derde (bijvoorbeeld: de werknemer) aan te merken als partij bij de uitvoeringsovereenkomst. Dientengevolge kan de uitvoeringsovereenkomst, althans het betreffende beding, niet worden gewijzigd zonder diens toestemming. Niet duidelijk wordt gemaakt of een derdenbeding al dan niet (te allen tijde) ‘direct invloed’ heeft.
13. De onduidelijkheid over de ‘directe invloed’ leidt onherroepelijk tot discussies over de reikwijdte van het instemmingsrecht. Waarom de OR niet instemmingsrecht toekennen over de gehele uitvoeringsovereenkomst? Welke bepaling in de uitvoeringsovereenkomst zijn van die aard, dat de OR hierover ‘bemoeienis’ moet worden ontzegd. In artikel 25 PW zijn de verplicht voorgeschreven en de (niet uitputtend) vrijwillige onderdelen van een uitvoeringsovereenkomst bepaald. Welke van deze bepalingen is niet (in)direct van invloed op de arbeidsvoorwaarde pensioen? En als ze niet van (in)directe invloed zijn, waarom zouden ze dan (toch) niet onder het instemmingsrecht kunnen vallen. Het is voor alle partijen van een groter belang de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht te brengen, dan op grond van een vaag criterium partijen onderling te laten uitmaken wat hier wel en niet onder valt met risico’s op geschillen en procedures.
14. Blijft het uitgangspunt dat de OR instemmingsrecht heeft over delen van de uitvoeringsovereenkomst dan dient expliciet(er) (een langere niet-limitatieve lijst) te worden geduid welke bepalingen (regelingen) uit de uitvoeringsovereenkomst direct invloed hebben op de arbeidsvoorwaarde pensioen, en welke indirect. Alternatief is om een limitatieve lijst te maken van uitvoeringsaspecten die niét onder het instemmingsrecht vallen, op te nemen in een apart lid van artikel 27 WOR, en de omschrijving van een pensioenovereenkomst verder aan te vullen op, bijvoorbeeld, de navolgende wijze:

¹¹ Consultatieversie concept wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden, p. 8.

¹² Eerder is als criterium voorgesteld “een gewijzigde pensioenresultaat als uitkomst van een ALM-verschillenanalyse”, www.pensioenweblog.nl d.d. 8 februari 2016, H. van Meerten en F. Valkenburg. Dit lijkt ons geen universeel en praktisch toepasbaar criterium.

De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van:

a. ~~een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering~~ een pensioenovereenkomst, waaronder mede te begrijpen de onderbrenging en uitvoering daarvan, een winstdelingsregeling of een spaarregeling;

15. Onduidelijk blijft ook de status van het adviesrecht van de OR op grond van de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen. Hierin is bepaald dat, voor zover het gaat over een uitkeringsovereenkomst, de werkgever de OR, in aanvulling op artikel 27 WOR, [...] in staat stelt te adviseren over de (verlenging van de) uitvoeringsovereenkomst. Het wetsvoorstel en de toelichting merken hier niets over op. Daarbij opgemerkt dat, nu sanctiebepalingen ontbreken, dit slechts een ‘papieren tijger’ is. Althans, de plichten zijn juridisch niet afdwingbaar.

Keuze pensioenuitvoerder valt niet onder instemmingsrecht

16. Volgens de toelichting op het wetsvoorstel is er sprake van indirect effect bij de keuze van de werkgever om de pensioenregeling onder te brengen bij een bepaalde pensioenuitvoerder: “(...) dan heeft de OR geen instemmingsrecht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de keuze van de werkgever voor een *bepaalde* [curs. red.] pensioenuitvoerder (...).”¹³ Hoewel dit niet zo wordt gesteld, lijkt hier met ‘bepaalde’ te worden bedoeld de keuze binnen een ‘bepaald type’ pensioenuitvoerder, en niet een wisseling tussen (algemene) pensioenfondsen, verzekeraars of premiepensioeninstellingen. Maar brengt een wijziging van uitvoerder (al dan niet van hetzelfde type) niet altijd mee dat sprake is van een wijziging van de pensioenovereenkomst, met direct effect op de arbeidsvoorwaarde pensioen? Verschillende zekerheidsmaatstaven, verschillende financiële positie, verschillende productvormen, verschillende invulling van dezelfde producten? Of dienen al deze aspecten aangemerkt te worden als ‘indirect’?
17. Veelal wordt de pensioenovereenkomst bepaald door incorporatie van het pensioenreglement van de uitvoerder. Als nu expliciet in de pensioenovereenkomst (met naam) is bepaald dat een bepaalde uitvoerder de pensioenregeling(en) uitvoert, is een wijziging van uitvoerder dan *wel* instemmingsplichtig?
18. De wetgever doet hierbij een beroep op de eerder genoemde verantwoordelijkheidsverdeling: werkgevers en werknemers zijn verantwoordelijk voor de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen (de pensioenovereenkomst), de pensioenuitvoerder is verantwoordelijk voor de uitvoering van de pensioenovereenkomst op basis van de uitvoeringsovereenkomst. Aldus het wetsvoorstel: “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.”¹⁴ Daarnaast rust, aldus

¹³ *Kamerstukken II* 2015-16, 34 378, nr. 3, p. 4.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2015-16, 34 378, nr. 3, p. 4.

de regering, op de werkgever de plicht de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (artikel 23 lid 1 PW).

Dat mag dan het uitgangspunt zijn, niet valt in te zien – nu de keuze van uitvoerder van invloed is op de arbeidsvoorwaarde pensioen – waarom de keuze voor een bepaalde uitvoerder niet tot het domein van werkgever en werknemers wordt gerekend. Dan kan na de keuze van de uitvoerder de uitvoering geheel voor de verantwoordelijkheid komen van de betreffende uitvoerder. Zie in het verlengde hiervan het voornemen van de regering om een wetsvoorstel in te dienen waarin is bepaald dat sociale partners kiezen voor een pensioenuitvoerder.¹⁵

Geen instemming bij vrijwillige aansluiting Bpf

19. Het wetsvoorstel gaat er hier van uit dat sprake is van verplichte deelname aan een verplicht deel van de pensioenovereenkomst van een Bpf. Een en ander is vreemd verwoord. Immers in deze situatie is geen sprake van een voorgenomen besluit van de ondernemer, evenmin van een pensioenovereenkomst of onderbrenging van de pensioenovereenkomst. De verplichte deelname is gebaseerd op de wet c.q. de verplichtstellingsbeschikking. Het wetsvoorstel schept daarmee verwarring. Vergelijk de beschreven uitzondering van artikel 664 lid 1 sub b. BW (overgang van onderneming), waar ook het begrip pensioenovereenkomst wordt gebezigd in de situatie van een verplicht gesteld Bpf. Mogelijk vanwege de gelijkstellingsbepaling in artikel 2 PW? Maar kan de gelijkstelling zonder meer worden doorgetrokken naar andere wetgeving?
20. Volgens de artikelsgewijze toelichting van het wetsvoorstel is in bedoelde situatie geen instemmingsrecht (lees: medezeggenschap) nodig, omdat de sociale partners het onderwerp al inhoudelijk hebben geregeld. Dat klopt, en het zullen ook de sociale partners zijn die wijzigingen aanbrengen. Voor het niet-verplichte deel, bijvoorbeeld een vrijwillige excedentregeling, is (in het licht van de toelichting) kennelijk wel medezeggenschap nodig. Daar valt over op te merken dat het betreffende niet-verplichte deel in de praktijk (vaak) ook inhoudelijk door de sociale partners wordt geregeld. Dan is ook voor het wijzigen door de sociale partners van het niet-verplichte deel geen medezeggenschap nodig. Terwijl voor het vaststellen en later intrekken van het vrijwillige deel weer wel medezeggenschap nodig is, althans als dat plaatsvindt op basis van een besluit van de ondernemer.
21. Verder is volgens de artikelsgewijze toelichting het instemmingsrecht ook niet van toepassing voor ondernemers die zich vrijwillig aansluiten bij een verplichtgesteld Bpf. Het wetsvoorstel gaat overigens uit van een pensioenovereenkomst die “is”, en niet “wordt”, ondergebracht bij een verplichtgesteld Bpf. Dus geen uitzondering voor het vaststellen van de pensioenovereenkomst? Ook schept verwarring dat voor de betreffende ondernemer het geen verplichtgesteld fonds is, want deze sluit zich vrijwillig aan. Volgens de toelichting hebben bij vrijwillige aansluiting de ondernemers niet de mogelijkheid om zelfstandig de regeling te wijzigen. Een terechte opmerking. Hier valt tegen in te brengen dat het (na te zijn

¹⁵ *Kamerstukken II* 2015-16, 32 043, nr. 291.

ondergebracht) later intrekken van de vrijwillige aansluiting juist wél op basis van een besluit van de ondernemer plaats vindt. Hier is sprake van een lacune, in ieder geval aangaande het intrekken en mogelijk ook aangaande het vaststellen van de pensioenovereenkomst.

22. De conclusie is enerzijds dat het wetsvoorstel een uitzondering regelt die al uit de systematiek van de WOR voortvloeit. De OR heeft namelijk sowieso alleen instemmingsrecht over een besluit van de ondernemer (niet van bijvoorbeeld de sociale partners dan wel het bestuur van het pensioenfonds). Anderzijds vertoont het wetsvoorstel een lacune: geen instemmingsrecht bij het (vaststellen of) intrekken van het vrijwillige deel of de vrijwillige aansluiting, terwijl die medezeggenschap wel op zijn plaats is.
23. De oplossing, die direct uit het voorgaande voortvloeit, is om simpelweg de voorgestelde extra zin in lid 3 van artikel 27 WOR te schrappen. Daarmee wordt zowel de overbodige regelgeving als de te ver gaande regelgeving in één penningstreek verwijderd. De OR heeft instemmingsrecht bij een voorgenomen besluit van de ondernemer, tenzij de uitzondering ten aanzien van de cao/regeling publiekrechtelijk orgaan van toepassing is (huidige artikel 27 lid 3 WOR).

Wijziging via gedelegeerde wijzigingsbevoegdheid is geen besluit ondernemer

24. Voor de situatie dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen van de ondernemer aan het pensioenfondsbestuur, stond de SER twee oplossingen voor: (a) in artikel 27 WOR opnemen dat de OR instemmingsrecht heeft op een voorgenomen besluit van een pensioenfondsbestuur, of (b) een dergelijk besluit wordt de ondernemer toegerekend, waardoor de OR op grond van artikel 27 WOR instemmingsrecht heeft.
25. Zowel de SER als de wetgever blijven weg van de (mogelijk dogmatische) discussie of een overdracht van wijzigingsbevoegdheden aan derden überhaupt wel mogelijk is. Hoewel in de literatuur¹⁶ en in de rechtspraak¹⁷ een dergelijke overdracht wordt aangenomen, is de vraag of dit ten principale juist is. Zou niet elk besluit door een derde aangaande arbeidsvoorwaarden arbeidsrechtelijk en medezeggenschapsrechtelijk aan de werkgever toegerekend (moeten) worden? De vraag of een ondernemingspensioenfonds als pensioenuitvoerder zo'n overdracht wel mag aanvaarden – in plaats van zich te beperken tot een advies- of de uitvoerdersrol – laten we dan nog buiten beschouwing. De vraag dringt zich op of een dergelijke delegatie van bevoegdheid door de werkgever — en werknemers — aan een fondsbestuur wel toegestaan

¹⁶ Zie M. Heemskerk e.a. 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', *TPV* 2012/42, p. 25-35; als ook E. Lutjens in *Pensioenwet: Analyse en Commentaar* (3e druk), p. 394; E. Lutjens, 'Het wijzigen van een pensioenregeling. De problemen van een driehoeksverhouding', *TPV* 2005, afl. 6, p. 166-167; H. Breuker, 'Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst', *P&P* 2008/3. Anders: J. de Bruin en L. van Geest, 'OR en Pensioen: eindelijk de arbeidsvoorwaarde centraal!', *P&P* 2015 mei-juni, p. 18 e.v.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119 (*Delta Lloyd*). Anders: Rb. Rotterdam 9 april 2010, *PJ* 2010/137 (*Marsh*).

is¹⁸ of past binnen de duidelijke afbakening in verantwoordelijkheden tussen sociale partners en pensioenuitvoerders zoals de wetgever dat heeft beoogd, en wat alsdan de juridische grondslag is van een dergelijke overdracht van bevoegdheden. Mogelijk is dat contractsvrijheid, via delegatie of volmacht dan wel lastgeving ex artikel 7:414 BW, tot stand te brengen door middel incorporatie in de – individuele – arbeidsovereenkomst van het pensioenreglement en de statuten waarin de wijzigingsbevoegdheid van het bestuur is opgenomen. Ook de Pensioenfederatie spreekt over de verantwoordelijkheidsverdeling tussen sociale partners en het fondsbestuur van een mogelijk ‘mandaat’ van sociale partners aan het fonds.¹⁹ Mandaat is echter de bevoegdheid om in naam van een ander te handelen, maar zonder de daarbij horende verantwoordelijkheid. Er worden geen bevoegdheden overgedragen, de mandaatgever blijft zelf bevoegd. Dit in tegenstelling tot delegeren, wat wel het overdragen van bevoegdheden betekent, inclusief de verantwoordelijkheid

Maar de vraag is of die vrijheid zover kan gaan dat afbreuk wordt gedaan aan individuele of collectieve zeggenschapsrechten. Wat het eerste betreft: als een werkgever met een derde contracteert dat deze (namens de werkgever) de arbeidsovereenkomsten met de werknemers wijzigt, hebben die individuele werknemers dan het nakijken? Nee, hun (individuele) instemming is nog steeds nodig. Collectief werkt het niet anders. Mogelijk heeft een werkgever zijn beslissingsbevoegdheid overgedragen aan het bestuur van een pensioenfonds, maar ontslaat dit de werkgever van het nakomen van zijn verplichtingen op grond van de pensioenovereenkomst? Naar onze mening niet. De werkgever blijft dus verantwoordelijk voor de door het pensioenfondsbestuur genomen beslissingen. Dit geldt ook of zeker in zijn relatie met de OR. De OR heeft sinds 7 augustus 2013 een instemmingsrecht voor bij Opf en ondergebrachte pensioenregelingen.²⁰ Tenzij de OR dit recht (expliciet) heeft afgestaan komt de OR op dit moment een instemmingsrecht toe op grond van artikel 27 lid 7 WOR.²¹ De vraag is dan, is het überhaupt mogelijk dat de OR afstand doet van dat recht – hetgeen wij betwijfelen²² – en op welke wijze is dit dan gerealiseerd? Naar onze mening heeft de OR op grond van deze wettelijke bepaling dus instemmingsrecht, ook bij ‘overdracht’ van bevoegdheden.

Vergelijk in deze ook de discussie over het ‘wegcontracteren’ van de toets van artikel 7:613 BW/artikel 19 PW door (ex-ante in de individuele arbeidsovereenkomst) te bepalen dat overeenstemming tussen de werkgever en de OR de betreffende werknemer bindt. Volgens ons is zo’n bepaling nietig, ook waar het gaat om de arbeidsvoorwaarde pensioen.²³

¹⁸ Zie ook: A.G. van Marwijk Kooy, ‘Bedrijfstakpensioenfonds en onderbrenging: de Pensioenwet nader beschouwd’, TPV 2013/52, voetnoot 58.

¹⁹ Document ‘Verantwoordelijkheidsverdeling sociale partners - pensioenfondsbestuur’ 2011, pensioenfederatie.nl.

²⁰ Inwerkingtredingsbesluit Wet versterking bestuur pensioenfonds (Stb. 2013, 330).

²¹ J. de Bruin en L. van Geest, ‘OR en Pensioen: eindelijk de arbeidsvoorwaarde centraal!’, P&P 2015 mei-juni, p. 18 e.v. Wij zijn het eens met hun zienswijze.

²² Ook: J. de Bruin en L. van Geest, a.w.

²³ Zie daarover E. Schop, ‘Binding van werknemers aan besluit OR’, P&P 2012 juni; anders: M. Heemskerk, ‘Werknemers binden aan de OR en het fondsbestuur’, P&P 2012 juni.

26. De regering is van mening dat aan de door de SER geboden oplossingen teveel haken en ogen zitten en volgt het advies van de SER daarom niet op. Is de bevoegdheid tot wijziging overgedragen aan het pensioenfondsbestuur, dan heeft de OR geen instemmingsrecht: “Ter verduidelijking wordt hier vermeld dat wel instemming van de ondernemingsraad vereist is indien de werkgever de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst wil overdragen aan het pensioenfondsbestuur.”²⁴ De gedachte is sympathiek, maar ook hier is de vraag wat de grond is van dit recht.
27. Het gevolg van de keuze door de wetgever is wel dat een wijziging door het fondsbestuur een andere (lichtere) toets kent dan een wijziging door de ondernemer. In het laatste geval staat, uitgaande van de aanwezigheid van een eenzijdig wijzigingsbeding, artikel 7:613 BW borg, in het eerste geval wijzigt niet de werkgever het pensioenreglement maar het pensioenfondsbestuur. Volgens rechtspraak mag het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement wijzigen zonder een zwaarwichtig belang aan te tonen.²⁵ Er resteert dan een marginale toets: het fondsbestuur mag geen misbruik maken van haar wijzigingsbevoegdheid (artikel 3:13 BW), aan het besluit moet een evenwichtige belangenafweging (artikel 105 lid 2 PW) zijn voorafgegaan, en de wijziging mag niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (artikel 6:248 BW). Deze route, ook wel ‘de pensioenfondsroute’ genoemd, omzeilt de zwaarwichtig belang toets (die wel geldt voor eenzijdige wijziging door werkgevers). Het pensioenreglement kan dan worden gewijzigd zonder protest van werknemers en gepensioneerden. Het lijkt er daarmee op dat wijziging van de afspraken met ex-werknemers onder die omstandigheden eenvoudiger is.
28. Hoewel dit niet direct ziet op het vraagstuk van medezeggenschap van de OR, eenzelfde lichtere toets lijkt van toepassing bij wijziging door de ex-werkgever van een arbeidsvoorwaarde van een ex-werknemer. Over die situatie oordeelde de Hoge Raad in ECN/OMEN, kort gezegd, dat “...de werkgever in beginsel gebruik kan maken van het wijzigingsbeding jegens ex-werknemers, tenzij (a) dit leidt tot misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) of (b) uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW).”²⁶ ECN/OMEN speelde onder toepassing van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Niet bekend is waarom de Hoge Raad in ECN/Omen niet heeft getoetst aan artikel 7:613 BW terwijl er wel een wijzigingsbeding was overeengekomen. Aan artikel 19 PW kon in ieder geval niet worden getoetst, omdat – aldus de Hoge Raad – dit artikel nog niet in werking was getreden. Bij eenzijdige wijzigingen na 2007 (invoering Pensioenwet) zou voorzichtig kunnen worden geconcludeerd²⁷ dat getoetst kan worden aan artikel 19 PW, maar helder is dat niet.

²⁴ *Kamerstukken II* 2015-16, 34 378, nr. 3, p. 7.

²⁵ HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134 (*Delta Lloyd*).

²⁶ HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566 (*ECN/OMEN*).

²⁷ Zie ook annotator H. Breuker bij Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4007 (*PJ* 2014/164).

Op 24 september 2014 oordeelde Hof Amsterdam daarentegen expliciet dat de norm van artikel 7:613 BW *wél* van toepassing is in de relatie tussen een ex-werkgever en ex-werknemer bij een andere arbeidsvoorwaarde dan pensioen, die doorloopt na de pensioendatum (het betrof in dit geval een vergoeding als bijdrage in de ziektekostenpremie na het einde van de arbeidsovereenkomst).²⁸ Een vorm van nawerking dus, nu artikel 7:613 BW is geschreven voor de werkgever en de werknemer. Zou ECN/OMEN ook na 2007 toepassing vinden (dat wil zeggen: geen toets aan artikel 7:613 BW en niet aan artikel 19 PW), dan betekent dat (volgens Hof Amsterdam) een verschillende toets naar soort arbeidsvoorwaarden. Door artikel 7:613 BW ook van toepassing te laten zijn op verbintenissen na einde van de arbeidsovereenkomst, wordt deze rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid weggenomen.

29. Een andere optie bleef in het SER-advies en in de wetsvoorstellen onbesproken: op grond van de verantwoordelijkheidsverdeling en (het streven naar) heldere expliciete pensioenovereenkomsten komt het primaat van (het vaststellen en wijzigen van) de inhoud van de pensioenovereenkomst te liggen bij de werkgevers en de werknemers. Het bestuur van een niet-verplicht Bpf aanvaardt dan de opdracht tot uitvoering van de pensioenovereenkomst tegen de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen bepalingen. Het pensioenfondsbestuur komt dan geen wijzigingsbevoegdheid toe.

Bij deze optie wordt wel het probleem van de niet-vertegenwoordigde ex-werknemers - de gewezen deelnemers en de pensioengerechtigden - binnengehaald. Dit speelt bij een (ondernemings)pensioenfondsbestuur zonderwijzigingsbevoegdheid, maar evenzeer bij een rechtstreeks verzekerde regeling. De ex-werknemers vallen buiten de medezeggenschap van de WOR, effectieve medezeggenschap (in collectieve zin)²⁹ ontbreekt. Hier is dus sprake van een medezeggenschapstekort voor de ex-werknemer.³⁰ De CDA-fractie in de Tweede Kamer vroeg de staatssecretaris eerder of in de adviesaanvraag aan de SER de medezeggenschapspositie van ex-werknemers zou kunnen worden meegenomen.³¹ De staatssecretaris meende dat het belang van ex-werknemers bij medezeggenschap beperkt is door de bescherming van artikel 20 PW. Dit zou, aldus de staatssecretaris, anders liggen voor indexatie, waar wel een belang is voor ex-werknemers. Bij uitvoering van de pensioenregeling door een pensioenfonds worden dergelijke besluiten in het algemeen door dat fonds genomen, en daar heeft de pensioengerechtigde (mede)zeggenschap, aldus nog steeds de staatssecretaris. Het SER-advies oordeelt (wellicht daarom) dat deze problematiek buiten het bereik van de aanvraag viel.³² Echter, dit speelt niet bij een Opf waarbij de wijzigingsbevoegdheid niet aan

²⁸ Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4007 (*PJ* 2014/164, m.nt. H. Breuker).

²⁹ Ex-werknemers behouden wel hun recht op individuele instemming, behoudens eenzijdige wijzigingsbevoegdheden bij de werkgever, al dan niet beperkt door artikel 7:613 BW/19 PW.

³⁰ V. Gerlach, 'De herziening van artikel 27 WOR en het vergeten belang van de ex-werknemer', *TPV* 2014/48; E. Schop, 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door Opf: de discussie is nog niet af', *TPV* 2014/15; M. Heemskerk, *Ondernemingsraad en pensioen*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2010, p. 25.

³¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 32 043, nr. 206, p. 36

³² SER advies van juni 2014, Instemmingsrecht OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen, nr. 2014/05, p. 8.

het fondsbestuur is gedelegeerd, en bij een rechtstreeks verzekerde regeling. Een ex-werknemer kan dan wel degelijk belang hebben bij datgene dat buiten het bereik van artikel 20 PW valt, bijvoorbeeld bij nog te verwerven aanspraken en (de voorwaarden van) voorwaardelijke indexatie. Het wetsvoorstel besteedt ook nu aan de ex-werknemer in het geheel geen aandacht.

Denkbaar is om de medezeggenschap van ex-werknemers beter te regelen. De betrokkenheid van de ex-werknemer bij de onderneming eindigt dan niet met de arbeidsovereenkomst. Een verplichting voor de OR om mede rekening te houden met de belangen van ex-werknemers, al dan niet gecombineerd met een inspreekrecht, is eerder al eens als voorstel uitgewerkt.³³

³³ V. Gerlach, 'De herziening van artikel 27 WOR en het vergeten belang van de ex-werknemer', Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 2014/48; E. Schop, 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door Opf: de discussie is nog niet af', *TPV* 2014/15.