

Wetsvoorstel (W)OR en pensioen: we zijn er bijna

Mr. drs. Edwin Schop CPL, datum 15-03-2016

Datum	15-03-2016
Auteur	Mr. drs. Edwin Schop CPL 1
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Aanvankelijk werd in het wetsvoorstel tot invoering van art. 27 Wet op de ondernemingsraden (hierna WOR) de ondernemingsraad (hierna OR) een instemmingsrecht toegekend betreffende 'een pensioenregeling'. Tijdens het wetgevingsproces zijn de woorden 'een pensioenregeling' via een amendement vervangen door 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering'. Het doel van dit amendement was, in het geval de uitvoering van een pensioenregeling plaatsvindt door een pensioenfonds, een samenloop van democratiseringsprocessen tussen de WOR en de Pensioenen spaarfondsenwet te voorkomen.

In de Tweede Kamer heeft de minister het amendement destijds ontraden. Desondanks is het amendement door de Tweede Kamer aangenomen en is in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer aangegeven dat de instemming van de OR niet nodig is bij besluiten door het fondsbestuur.

Werknemers kunnen, zo was de redenering, namelijk hun invloed laten gelden door onder meer hun deelname in het pensioenfondsbestuur en eventueel via een deelnemersvertegenwoordiging. Het resultaat was dat art. 27 WOR lange tijd alleen zag op een instemmingsrecht in het geval er sprake is van een rechtstreeks verzekerde pensioenregeling.

De OR heeft inmiddels een beperkt instemmingsrecht in het geval een pensioenregeling wordt uitgevoerd door een pensioenfonds. Op 28 mei 2013 nam de Tweede Kamer bij de behandeling van het *Wetsvoorstel Versterking bestuur pensioenfondsen* een amendement aan dat beoogt bestaande medezeggenschapslacunes van de OR bij pensioenfondsen weg te nemen.

Het amendement werd actueel door de *Shell-casus*. Deze speelde precies in de laatste fase van de behandeling van het betreffende wetsvoorstel. Shell passeerde de betrokken vakorganisaties en de OR bij de invoering van een beschikbare premiereregeling voor nieuwe medewerkers, uit te voeren door een nieuw op te richten ondernemingspensioenfonds (hierna Opf naast het bestaande Opf). Voor bestaande medewerkers bleef de eindloonregeling van toepassing. De vakorganisaties waren niet blij met deze manier van handelen en deden een oproep aan de Tweede Kamer. De OR van Shell zocht aandacht in de media. Met succes: het betreffende amendement van Kamerlid Omtzigt werd aanvaard. Hiermee werd aan art. 27 WOR een lid 7 toegevoegd waarin het instemmingsrecht van de OR is uitgebreid naar het vaststellen of intrekken van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij onder meer een Opf.

Artikel 27 WOR

7. De ondernemer behoeft 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; [cursivering ES]

De vraag die direct bij mij opkwam was waarom niet ook het wijzigen van een pensioenovereenkomst in lid 7 onder sub a is opgenomen, zoals dat wel van toepassing is bij een verzekerde regeling (art. 27 lid 1 WOR) en (via art. 23 lid 4 PW) bij een PPI? De Pensioenwet gaat er tenslotte van uit dat de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt bepaald door de werkgever en de werknemer. Is het dan niet logisch ook het wijzigen ervan onder het instemmingsrecht van de OR te laten vallen? Staatssecretaris Klijnsma van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in haar brief van 27 mei 2013 echter een meer fundamentele discussie aangekondigd over de reikwijdte van het instemmingsrecht: *“Daarnaast zal ik uitzoeken in welke mate een lacune in de wetgeving bestaat en of deze door het bovengenoemde amendement [het amendement van Omtzigt, ES] afdoende wordt opgelost. Dat kan tot gevolg hebben dat de bepaling over het instemmingsrecht met betrekking tot pensioenovereenkomsten die worden ondergebracht bij een pensioenfonds in een later stadium zal worden aangepast.”*

Mede, zo blijkt uit een latere brief van Klijnsma, omdat met het betreffende amendement het instemmingsrecht van de OR bij pensioenfondsen is uitgebreid, maar mogelijk nog niet afdoende is geregeld: *“er lijkt in elk geval voldoende aanleiding om de wettelijke regels inzake de medezeggenschap bij pensioenregelingen te verduidelijken en te stroomlijnen.”*

Dit heeft vervolg gekregen met de brief van Klijnsma van 17 januari 2014. Met deze brief is de Tweede Kamer geïnformeerd over het voornemen het instemmingsrecht van de OR bij voorgenomen besluiten over een pensioenregeling te vereenvoudigen en te verduidelijken en de resterende lacune bij het instemmingsrecht te dichten ([Kamerstukken II 2013-14, 33 182, nr. 54](#)). 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 (Advies 14/05, *Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen*, juni 2014). De SER heeft in zijn advies de volgende aanbevelingen gedaan:

1 *Instemming pensioenovereenkomst ongeacht uitvoerder.*

De SER adviseert om de term ‘regeling met betrekking tot een pensioenverzekering’ in het art. 27 lid 1 sub a. 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 de inhoud van de pensioenregeling en de uitvoering ervan moeilijk te trekken is, adviseert de SER om het besluit welke onderdelen 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:

- in artikel 27 WOR opnemen dat de OR instemmingsrecht heeft op een voorgenomen besluit van een pensioenfondsbestuur; of
- een dergelijk besluit wordt de ondernemer toegerekend, waardoor de OR op grond van artikel 27 WOR instemmingsrecht heeft.

Naar aanleiding van het advies heeft Staatssecretaris Klijnsma een ontwerp-wetsvoorstel opgesteld. Dit is van 17 februari tot 17 maart 2015 ter internetconsultatie voorgelegd. Uit de internetconsultatie komt met name het volgende naar voren:

- het wetsvoorstel heft de gesignaleerde lacune in het huidige instemmingsrecht van de OR deels op, 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 zijn is noodzakelijk: waar gaat het wel om en waar gaat het niet om, ten einde procedures te voorkomen;
- het ontwerp-wetsvoorstel gaat niet in op de positie van de OR wanneer sprake is van deelname in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Die duidelijkheid geeft het huidige art. 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 verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds voor duizenden ondernemers op vrijwillige basis tevens een excedentregeling uitvoert. Moet het bedrijfstakpensioenfonds 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 van een Opf aan de ondernemer.

Op 17 december 2015 heeft Staatssecretaris Klijnsma het wetsvoorstel tot wijziging van de *'Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen'* (hierna: het wetsvoorstel) aangeboden aan de Tweede Kamer ([Kamerstukken II 2015-16, 34 378, nr. 3](#)).

Wetsvoorstel

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 wetsvoorstel wil de onduidelijkheid hierover wegnemen. 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.

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 een zetel buiten Nederland.

Voor de situatie dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen van de ondernemer aan het pensioenfondsbestuur neemt de wetgever het advies van de SER niet 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 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~~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 behoeft 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.

Deze wijzigingen worden hierna ingeleid en van commentaar voorzien.

Instemmingsrecht ongeacht uitvoerder

- 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 bedrijfstakpensioenfonds of voor zover het pensioen reeds inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.
- Met deze aanpassing in art. 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 pensioenfonds (*Stb.* 2015, 549) is dit niet aan de orde geweest. Zonder aanpassing van het huidige art. 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 bedrijfstak- of ondernemingspensioenfonds. Het voorgestelde lid 1 sub a. herstelt dit.

Expliciet instemmingsrecht bij buitenlandse uitvoerder

- Het instemmingsrecht bestaat nu ook al bij het onderbrengen van een regeling bij een buitenlandse uitvoerder (art. 23 lid 4 WOR). Dit artikel maakt, aldus de wetgever, niet volstrekt duidelijk of de OR ook instemmingsrecht toekomt bij voorgenomen besluiten tot vaststelling, wijziging en intrekking van pensioenovereenkomsten van in art. 23 lid 4 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 ([Kamerstukken II 2012-13, 33 182, nr. 46](#), p. 11).
- Door de nieuwe opzet van art. 27 lid 1 sub a. WOR wordt die vermeende onduidelijkheid nu in de wet (tekst) weggenomen. Toch wordt het door de 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, aldus de toelichting, 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.
- 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) een instemmingsrecht bij een voorgenomen besluit tot onderbrengen van de pensioenovereenkomst. Dit wringt met artikel 56 VWEU. 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 VWEU tussen de lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één enkele lidstaat (HvJ EU 11 december 2014, C-678/11, ECLI:EU:C:2014:2434, nr. 38). 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..." (Advies d.d. 13 november 2015, W12.15.0343/III, p. 2).

- De vraag is überhaupt waarom een aparte bepaling moet gelden als art. 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 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 art. 27 WOR. Aan de volgens het wetsvoorstel te realiseren duidelijkheid wordt hiermee niet voldaan.
- Artikel 27 lid 7 WOR moet daarom vervallen.

Instemmingsrecht over delen van uitvoeringsovereenkomst

- 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 het wetsvoorstel is opgenomen dat de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld en de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt onder het instemmingsrecht vallen.
- Winst is dat nu expliciet wordt gemaakt dat de OR instemming heeft als een bepaling in de uitvoeringsovereenkomst 'direct invloed heeft op de arbeidsvoorwaarde pensioen' (art. 27 lid 7 WOR). Is er sprake van een indirect effect op de pensioenovereenkomst, dan heeft de OR geen instemmingsrecht. Om de OR in staat te stellen aan deze stel- en bewijsplicht te voldoen, had de SER de in art. 31f WOR opgenomen informatieplicht voorgesteld. Het wetsvoorstel neemt dit voorstel over.
- 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. En wat moet onder directe invloed worden verstaan? Dat is nu slechts ten dele vastgelegd in het wetsvoorstel. De memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel ten behoeve van de internetconsultatie noemde 'het schrappen van een bijstortverplichting van de werkgever of het afbouwen van een indexatiedepot bij de verzekeraar'. De memorie van toelichting geeft echter geen criterium voor direct of indirect dan wel wat moet worden verstaan onder de arbeidsvoorwaarde pensioen. Daarmee zal discussie over de reikwijdte van het

instemmingsrecht blijven bestaan. Dat het niet mogelijk is in de wet een limitatieve opsomming op te nemen welke regelingen in de uitvoeringsovereenkomst directe invloed hebben op de arbeidsvoorwaarde pensioen, daar valt mee te leven. Maar meer handvatten dan welke nu worden geboden is op zijn minst aan te bevelen.

- 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. Het zelfde geldt voor ‘indirecte invloed’. Discussie over de reikwijdte van het instemmingsrecht zal daarom blijven.
- 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.
- 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 art. 27 WOR, en de omschrijving van een pensioenovereenkomst verder aan te vullen.
- 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

- 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 (...).” ([Kamerstukken II 2015-16, 34 378, nr. 3](#), p. 4). 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 PPI’s. 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 is dit allemaal te vangen onder de noemer 'indirect'?

- Veelal wordt de pensioenovereenkomst bepaald door incorporatie van het pensioenreglement van de uitvoerder. Als nu expliciet in de pensioenovereenkomst is bepaald dat een bepaalde uitvoerder de pensioenregeling(en) uitvoert, is een wijziging van uitvoerder dan wel instemmingsplichtig?
- 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.”* Daarnaast rust op de werkgever de plicht rust de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (art. 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.

Geen instemmingsrecht bij overgedragen bevoegdheid aan bestuur

- Vaak komt het voor dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenregeling is gedelegeerd aan het bestuur van het ondernemingspensioenfonds. Was in deze situatie in het (ter consultatie aangeboden) concept wetsvoorstel nog sprake van instemmingsrecht van de OR betreffende voorgenomen besluiten van het fondsbestuur (via toerekening hiervan aan de werkgever), deze juridische figuur komt niet meer terug in het wetsvoorstel. Het gevolg is dat de OR geen instemmingsrecht heeft bij overdracht van de wijzigingsbevoegdheid aan het bestuur van het pensioenfonds. De huidige situatie wijzigt derhalve niet.
- 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 literatuur en in de rechtspraak 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 Opf als pensioenuitvoerder zo'n overdracht wel mag aanvaarden – in plaats van zich te beperken tot een advies- of de uitvoerdersrol – blijft 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 is 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. 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? Ik denk van 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.^[2] 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. De vraag is dan, is het überhaupt mogelijk dat de OR afstand doet van dat recht 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.

Conclusie

Het wetsvoorstel verbetert de huidige regels. Het wetsvoorstel heeft echter als doelstelling bestaande onduidelijkheden over het instemmingsrecht van de OR weg te nemen. Hierin slaagt de wetgever niet ten aanzien van met name de volgende onderdelen:

- wat te verstaan onder de arbeidsvoorwaarde pensioen, een regeling in de uitvoeringsovereenkomst met directe invloed, en direct is niet duidelijk en zal discussies blijven oproepen.
- waarom het onderbrengen van de uitvoering bij een buitenlandse uitvoerder expliciet moet worden geregeld is niet helder.

Voetnoten

[1]

Partner Flexis Groep, adviseurs arbeidsvoorwaarden.

[2]

Inwerkingtredingsbesluit Wet versterking bestuur pensioenfondsen (Stb. 2013, 330).