

## Instemmingsrecht voor de OR: nog enkele aandachtspunten

Roel Veugelers, actueel tot 03-03-2016

Actueel tot	03-03-2016
Auteur	Roel Veugelers <sup>[1]</sup>
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



Het vlak voor de kerst door staatssecretaris Klijnsma van SZW bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel over het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij het wijzigen van pensioenovereenkomsten is overzichtelijk en duidelijk. Ook het uitgangspunt is helder: het instemmingsrecht geldt ongeacht de vraag waar de pensioenovereenkomst wordt ondergebracht. Dat is een compliment waard. Is dit wetsvoorstel dan perfect? Dat ook weer niet; een aantal punten moet nog worden aangepakt. Een mooie klus voor de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel wijkt overigens slechts op een paar punten af van het voorontwerp uit de internetconsultatie dat ik in het aprilnummer van 2015 heb becommentarieerd.<sup>[2]</sup> In dit artikel ga ik nader in op enkele overgebleven knelpunten.

Als de Wet op de ondernemingsraden (WOR) niet had bestaan, hadden ondernemingsraden waarschijnlijk slechts zeer beperkte bevoegdheden gehad. In die situatie zou slechts een beperkt aantal werkgevers bereid zijn om de ondernemingsraad (OR) bevoegdheden te geven; tussen werkgevers en werknemers is immers geen sprake van een gelijkwaardige (machts) verhouding. Met de WOR is getracht daar wat aan te doen. Vanwege die van nature scheve machtsverhouding is het daarbij niet wenselijk dat werkgever en OR zelf bepalen welke bevoegdheden de OR heeft. De wetgever heeft hier dus een belangrijke taak: hij moet zo nauwkeurig mogelijk vaststellen welke rechten een OR heeft.

## Duidelijke keuzes

In het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR zijn duidelijke keuzes gemaakt. De OR heeft wel medezeggenschap over het wijzigen van een pensioenovereenkomst, maar niet over het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst. Verder heeft de OR een instemmingsrecht als een pensioenregeling wordt ondergebracht bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. Voor het medezeggenschapsrecht van de OR is het dus niet meer van belang of de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds, een verzekeraar of een PPI. Dat zorgt voor een aanzienlijke verbetering ten opzichte van de oude systematiek. Toen moest eerst worden gekeken waar de pensioenregeling wordt ondergebracht, voordat kon worden vastgesteld of de OR al dan niet een instemmingsrecht had. De OR heeft geen instemmingsrecht in geval van een wijziging van een verplichte regeling die door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds wordt uitgevoerd. In die situatie geldt de regeling immers voor

de hele branche. In het wetsvoorstel is dit nu duidelijk verwoord in art. 27, lid 3.

Zoals gezegd ligt de kracht van dit wetsvoorstel wat mij betreft in de eenvoud en de helderheid. Vanuit dat oogpunt dient de WOR naadloos aan te sluiten op de Pensioenwet. Dezelfde begrippen en dezelfde definities moeten worden gebruikt.

## Pensioenovereenkomst wel, uitvoeringsovereenkomst niet

In dit wetsvoorstel is er zoals gezegd duidelijk voor gekozen om de OR wel een instemmingsrecht te geven voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst, maar niet voor het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst. Deze duidelijke keuze valt te waarderen. Verder voorziet het wetsvoorstel in een nieuw art. 27, lid 7. Dat luidt als volgt:

**7. Onder regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst zoals 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 wordt begrepen: regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld en de maatstaven voor en voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt.**

Deze bepaling doet naar mijn mening afbreuk aan de helderheid van het wetsvoorstel. Er was een duidelijke keuze gemaakt om de OR een instemmingsrecht te geven met betrekking tot het wijzigen van pensioenovereenkomsten. Daar worden nu op een complexe wijze elementen van de uitvoeringsovereenkomst aan toegevoegd. Dat is niet nodig, want in art. 13 PW staat al het volgende: 'In de pensioenovereenkomst wordt bepaald of er toeslagen worden verleend en, zo ja, wat het ambitieniveau is en welke voorwaarden gelden bij de toeslagverlening.' De toeslagverlening moet dus al in de pensioenovereenkomst worden vermeld. Als de regeling voor de toeslagverlening wijzigt, is er dan ook sprake van een wijziging van de pensioenovereenkomst. Op basis van dit wetsvoorstel heeft de OR dan een instemmingsrecht. De complexe regeling van lid 7 is dus helemaal niet nodig om vast te leggen dat de OR bij het wijzigen van de toeslagregeling een instemmingsrecht heeft.

Verder kunnen volgens mij ook de woorden 'een regeling met betrekking tot' komen te vervallen. De tekst van het eerste lid onderdeel a. kan dan eenvoudigweg worden beperkt tot 'een pensioenovereenkomst'. De volledige tekst luidt dan:

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

Op basis van genoemd lid 7 heeft de OR ook een instemmingsrecht voor wat betreft de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld. In de meeste gevallen bestaat er een directe relatie tussen het vaststellen van de premie en het pensioen dat uiteindelijk wordt ontvangen. Ik ben er dan ook een voorstander van dat in de pensioenovereenkomst wordt vastgelegd op welke wijze de verschuldigde premie wordt vastgesteld. Zoals ik ook vind dat de pensioenovereenkomst een veel belangrijker rol toekomt. Daarin moeten de belangrijkste elementen van de pensioenregeling worden weergegeven. Ik pleit er dan ook voor om in par. 2.2 PW (art. 10 e.v.) een bepaling op te nemen die vergelijkbaar is met art. 25 PW; dat artikel schrijft voor welke elementen in de uitvoeringsovereenkomst

moeten worden opgenomen. In art. 13 zou bijvoorbeeld het volgende kunnen staan:

### **Eisen inzake inhoud pensioenovereenkomst**

**In de pensioenovereenkomst wordt in ieder geval een regeling opgenomen met betrekking tot de volgende onderwerpen:**

- **de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld;**
- **de maatstaven voor en voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt.**

Op die wijze is duidelijk dat in de pensioenovereenkomst een regeling voor toeslagen moet worden opgenomen en moet worden aangegeven hoe de premie wordt vastgesteld. In dat geval kan de bepaling van lid 7 komen te vervallen. Bij een wijziging van de vaststelling van de verschuldigde premie of een wijziging van de methodiek voor de toeslagverlening is er dan automatisch sprake van een wijziging van de pensioenovereenkomst en heeft de OR een instemmingsrecht.

## **De pensioenfondsenroute**

Er bestaat momenteel veel onduidelijkheid over de 'pensioenfondsenroute'. Daarbij dient natuurlijk als eerste de vraag te worden beantwoord wat daarmee wordt bedoeld. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt het omschreven als 'de situatie dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen van de ondernemer naar het pensioenfonds'. De vraag is hoe deze rechtshandeling moet worden gekwalificeerd. Naar mijn mening is dat vrij eenvoudig. Als je iemand anders verzoekt om namens jou een overeenkomst te wijzigen, geef je die ander een volmacht. In dit geval geeft de ondernemer dus een volmacht aan het pensioenfonds om namens hem de pensioenovereenkomst te wijzigen. Nadat het pensioenfonds dat heeft gedaan, valt het er tussenuit. Het fonds is immers zelf geen partij bij deze overeenkomst; contractspartijen zijn en blijven de ondernemer (werkgever) en de werknemer. Het enige verschil is dat het pensioenfonds de overeenkomst op verzoek van de werkgever heeft gewijzigd. De werkgever had bij wijze van spreken ook een andere deskundige kunnen vragen om namens hem de pensioenovereenkomst te wijzigen.

### **Wenselijk of niet?**

Voordat ik nader inga op de toelichting op het wetsvoorstel moeten we eerst vaststellen of het wel zo wenselijk is dat een werkgever de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst aan een pensioenfonds overdraagt. Vóór de invoering van de Wet Versterking bestuur pensioenfonds was in art. 111, lid 2 PW opgenomen dat de deelnemersraad een adviesrecht had bij het wijzigen van de reglementen. Die had daarmee een adviesrecht met betrekking tot de inhoud van de pensioenregeling. Dat was niet wenselijk; de uitvoerder dient uitsluitend zorg te dragen voor de uitvoering van de pensioenregeling en de inhoud van de pensioenregeling is voorbehouden aan de sociale partners. Maar door het pensioenfonds de bevoegdheid te geven om de pensioenovereenkomst uit te onderhandelen, gaat de uitvoerder zich toch weer bemoeien met de inhoud van de regeling. Dat was uitdrukkelijk niet de bedoeling. Ik vind het dan ook niet wenselijk dat pensioenfonds zeggenschap hebben over de inhoud van de pensioenovereenkomst.

Op grond van art. 34 PW mag de pensioenuitvoerder bepaalde werkzaamheden niet uitbesteden omdat die daarvoor te belangrijk worden geacht. Zo moet het pensioenfonds op grond van art. 12 Besluit PW zelf het dagelijks beleid vaststellen. Naar analogie daarvan zou je kunnen stellen dat sociale partners zelf de inhoud van de pensioenovereenkomst moeten vaststellen en dat niet mogen overlaten aan

andere partijen. Denkbaar is ook dat de bevoegdheid tot het vaststellen van de pensioenovereenkomst niet mag worden overgedragen aan een pensioenuitvoerder, omdat deze uitsluitend gaat over de uitvoering van deze regeling.

Natuurlijk weet ik dat pensioenfondsen zeer veel kennis hebben over pensioenovereenkomsten. Deze kennis moet ook zeker worden gebruikt. Ik acht het dan ook van groot belang dat pensioenfondsen sociale partners adviseren over de uitvoerbaarheid van pensioenovereenkomsten, maar verder dan dat dient het niet te gaan. Sociale partners moeten zelf de inhoud van de pensioenovereenkomst vaststellen en dat niet aan de uitvoerders overlaten. Kortom, wat mij betreft wordt in hoofdstuk 2.2 PW opgenomen dat de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst niet mag worden overgedragen aan een pensioenuitvoerder. Dat mag ook niet, omdat op die manier enerzijds het instemmingsrecht van de OR eenvoudig kan worden omzeild en anderzijds op de werknemersleden in de besturen van een pensioenfonds een oneigenlijke en onevenredig zware last drukt om te toetsen of een wijziging van de pensioenovereenkomst redelijk is. De taak van die werknemersleden is immers om de pensioenregeling uit te voeren en niet om de inhoud van de pensioenovereenkomst vast te stellen.

## **Twee oplossingen**

De SER had twee oplossingen voor de pensioenfondsenroute voorgesteld. De eerste is om in art. 27 op te nemen dat de OR een instemmingsrecht heeft ten aanzien van een voorgenomen besluit van een pensioenfondsbestuur. De regering wil deze oplossing niet overnemen, omdat dit volgens haar zou betekenen dat de OR rechtstreeks medezeggenschap verkrijgt ten aanzien van besluiten van het pensioenfondsbestuur, hetgeen onwenselijk is. Naar mijn mening een vreemde redenering, omdat dit suggereert dat het pensioenfonds zelfstandig de pensioenovereenkomst met de werknemer sluit. En dat is volstrekt in strijd met de systematiek van de Pensioenwet, zoals ik hiervoor heb uiteengezet. Zodra het pensioenfonds een nieuwe pensioenovereenkomst heeft uitonderhandeld, zal dat fonds het resultaat moeten terugkoppelen naar de ondernemer. En die zal het voorgenomen besluit vervolgens ter instemming moeten voorleggen aan de OR, conform het wetsvoorstel.

Als tweede oplossing geeft de SER aan dat in de toelichting op de wijziging van art. 27, lid 1, onder a. moet worden verduidelijkt dat bij overdracht van de wijzigingsbevoegdheid een wijzigingsbesluit van het pensioenfondsbestuur aan de ondernemer wordt toegerekend. Volgens de regering kleven ook aan deze oplossing belangrijke nadelen; niet duidelijk zou zijn wat in dat geval de gevolgen zijn van het ontbreken van de instemming van de OR. Naar mijn mening klopt ook deze redenering niet. Het gaat immers om een wijzigingsbesluit van de ondernemer, waarbij deze het pensioenfonds de bevoegdheid heeft gegeven om namens hem de pensioenovereenkomst te wijzigen.

## **Ongelukkig**

Tot slot wordt in de toelichting vermeld dat instemming van de OR is vereist als de werkgever de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst zal overdragen aan het pensioenfondsbestuur. Naar mijn mening is ook dat niet juist. Het pensioenfonds treedt immers uitsluitend op als gevolmachtigde. Het gaat nog steeds om een voorgenomen besluit van de werkgever om de pensioenovereenkomst te wijzigen. De werkgever blijft partij bij de pensioenovereenkomst; hij is het dan ook die voor elke wijziging van de pensioenovereenkomst instemming aan de OR moet vragen. Verder vind ik het bijzonder ongelukkig dat hier een uitleg van de wet wordt gegeven. Daar gaat de wetgever niet over; het is aan de rechterlijke macht om dat te doen. In het verleden hebben verschillende ministers van Sociale Zaken ook al tegenstrijdige uitleg gegeven over wettelijke

bepalingen rond dit onderwerp. Dat maakt de boel er alleen maar onduidelijker op.

## Geen voorstander

Ik ben geen voorstander van de pensioenfondsenroute. Maar goed, het is aan de wetgever om hier een duidelijke keuze in te maken. Als hij de pensioenfondsenroute niet toestaat, zal hij dat expliciet in de Pensioenwet moeten vastleggen. Staat hij die route wel toe, dan zal hij duidelijk moeten vastleggen welke gevolgen dat heeft voor het instemmingsrecht van de OR. Een enkele opmerking in de toelichting op het wetsvoorstel is daarbij niet voldoende. Wijzigt het pensioenfonds vervolgens het pensioenreglement, dan is er naar mijn mening sprake van een wijziging van de tussen werkgever en werknemer tot stand gekomen pensioenovereenkomst. Op basis van het wetsvoorstel is daarvoor de instemming van de OR vereist. Als de wetgever vindt dat de OR in die situatie geen instemmingsrecht heeft, zal hij dat expliciet moeten vastleggen.

Verder wordt in de toelichting ingegaan op de situatie dat een bedrijfstakpensioenfonds voor een reeks ondernemers op vrijwillige basis een excedentregeling uitvoert. Bij zo'n regeling heeft de OR in principe een instemmingsrecht. Het wordt in die situatie echter niet wenselijk gevonden dat het fonds afhankelijk is van de instemming van alle ondernemingsraden. Ik zou de vraag willen omdraaien. Stel dat een bedrijfstakpensioenfonds de excedentregeling fors wil versoberen en er daardoor een forse premieverlaging ontstaat die geheel ten gunste komt van de werkgevers. Moeten de werknemers dat dan klakkeloos accepteren? Volgens mij is er dan sprake van een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Dit dient dan ook aan de OR te worden voorgelegd. Best mogelijk dat er voor het bedrijfstakpensioenfonds zwaarwegende redenen zijn om de excedentregeling te versoberen. Maar het is evengoed mogelijk dat de OR daar toch niet mee akkoord gaat, bijvoorbeeld omdat de werkgever de werknemers hier onvoldoende voor compenseert en er zelf wel volledig de vruchten van plukt. Juist dan dient de OR zijn instemmingsrecht te behouden.

## Onderbrenging bij een buitenlandse pensioenuitvoerder

De OR heeft ook een instemmingsrecht als een ondernemer de pensioenovereenkomst wil onderbrengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. In de toelichting staat hierover het volgende: 'Op Europees niveau bestaat er geen geharmoniseerd toezichtskader. Het overbrengen van een pensioenregeling naar een buitenlandse pensioenuitvoerder heeft via het daar geldende toezichtskader en het lokale financieel toetsingskader 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 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.' Dat is helemaal juist. Maar ook binnen Nederland bestaat er geen geharmoniseerd toezichtskader. Het financieel toetsingskader voor pensioenfondsen is niet gelijk aan dat voor verzekeraars. Verzekeraars kunnen niet korten. Ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen mogen dat wel, al moeten ze dat wel op gelijke wijze voor alle deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden doen, omdat ze niet mogen ringfencen. Een algemeen pensioenfonds mag ook



voor een groep deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden een korting doorvoeren; zo'n fonds mag immers wel ringfencen. Als je de motivering uit de toelichting volgt, zou de OR dus ook een instemmingsrecht moeten hebben als de ondernemer de pensioenregeling wil onderbrengen bij een PPI in plaats van bij een ondernemingspensioenfonds, of bij een algemeen pensioenfonds in plaats van bij een verzekeraar.

In de toelichting is echter expliciet opgenomen dat de OR geen instemmingsrecht heeft bij de keuze van de werkgever voor een bepaalde pensioenuitvoerder. Er staat: 'Als er sprake is van een indirect effect op de pensioenovereenkomst, dan heeft de OR geen instemmingsrecht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de keuze van de werkgever voor een bepaalde pensioenuitvoerder waar hij het pensioen wil onderbrengen. Hier is geen sprake van een direct effect op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Bovendien past het toekennen van instemmingsrecht wat betreft de keuze van de pensioenuitvoerder niet bij de verantwoordelijkheidsverdeling op pensioengebied.' Helemaal juist is dit overigens niet, omdat zoals gezegd een pensioenfonds wel kan korten en een verzekeraar niet.

## Strijd met Europees recht?

Andersom kan de vraag worden gesteld wat het verschil is tussen een Nederlandse en een buitenlandse verzekeraar. Verzekeraar elipsLife heeft een goede reputatie in Nederland, maar is gevestigd in Liechtenstein. Als nu een werkgever zijn bij ASR lopende pensioenregeling ergens anders wil onderbrengen, is het dan redelijk dat de OR wel een instemmingsrecht heeft als de regeling naar elipsLife gaat, maar niet als ze bij Aegon wordt ondergebracht? De kans is groot dat dan wordt geconstateerd dat dit in strijd is met de Europese vrijheid van dienstverlening. Er wordt immers een extra blokkade opgeworpen – in de vorm van instemming van de OR – als de pensioenregeling wordt ondergebracht bij een buitenlandse verzekeraar.

Door het verschil in toezichtskader is het voor een werknemer van belang of de pensioenregeling bij een ondernemingspensioenfonds, een verzekeraar of een algemeen pensioenfonds wordt ondergebracht. Vanuit die optiek vind ik het wenselijk dat de OR een instemmingsrecht heeft als de pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder wordt ondergebracht. Het gaat echter te ver om de OR een instemmingsrecht te geven over de uitvoeringsovereenkomst. De wetgever heeft terecht de keuze gemaakt dat de OR ten aanzien daarvan geen instemmingsrecht heeft. Dit kan worden opgelost door de verplichting op te nemen dat in de pensioenovereenkomst moet worden vastgelegd bij welke pensioenuitvoerder de pensioenregeling wordt ondergebracht. Bij een wijziging van pensioenuitvoerder – een buitenlandse of een Nederlandse – is er dan sprake van een wijziging van de pensioenovereenkomst en heeft de OR een instemmingsrecht. Hiermee wordt ook vermeden dat er discussie kan ontstaan over de vraag of het instemmingsrecht bij het onderbrengen bij een buitenlandse uitvoerder instemmingsplichtig is. Die bepaling kan dan immers komen te vervallen.

## Pensioengerechtigde en gewezen deelnemers staan in de kou

Op grond van het oude art. 111, lid 2, onder b PW had de deelnemersraad een adviesrecht bij het wijzigen van het pensioenreglement en dus ook bij wijziging van de toeslagregeling. Werd dat advies niet gevolgd, dan kon de deelnemersraad een procedure bij de Ondernemingskamer starten. In deze raad waren de deelnemers en pensioengerechtigden op basis van de onderlinge getalsverhouding

vertegenwoordigd. Op die manier was de medezeggenschap van de pensioengerechtigden gewaarborgd. Het oude art. 111 is komen te vervallen. De opvolger van de deelnemersraad, het verantwoordingsorgaan, heeft geen adviesrecht bij wijziging van het reglement. Op zich is dat juist; de uitvoerder, waar het verantwoordingsorgaan deel van uitmaakt, dient geen zeggenschap te hebben over de inhoud van de pensioenovereenkomst. Het is dan ook terecht dat die medezeggenschap bij de OR wordt neergelegd. In de OR zitten echter per definitie geen pensioengerechtigden. Door deze constructie vallen zij dus buiten de boot, evenals de gewezen deelnemers.

Daar valt een mouw aan te passen. Met dit wetsvoorstel wordt de medezeggenschap gelijk getrokken voor alle pensioenuitvoerders. In het verlengde daarvan kan ook art. 22 PW worden aangepast. In dat artikel is een hoorrecht opgenomen voor een vereniging van pensioengerechtigden als de regeling is ondergebracht bij een verzekeraar. Deze bepaling kan op vrij eenvoudige wijze zodanig worden aangepast dat zo'n vereniging altijd een hoorrecht heeft, ongeacht de pensioenuitvoerder. In lid 1 van art. 22 kan daartoe eenvoudigweg de volgende tekst worden geschrappt: 'in het kader van een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar.' Deze stroomlijning is geheel in overeenstemming met het wetsvoorstel. Met dit hoorrecht hebben verenigingen van gepensioneerden de mogelijkheid om bij een wijziging van de toeslagregeling vooraf in overleg te treden met de werkgever. Daarmee worden wellicht ook procedures voorkomen die anders na het wijzigen van de toeslagregeling aanhangig zouden worden gemaakt.

## Conclusie

Het wetsvoorstel biedt veel meer duidelijkheid over de medezeggenschap bij pensioenregelingen. Er komt echter ook een aantal knelpunten aan het licht, zoals de pensioenfondsenroute, de medezeggenschap bij buitenlandse uitvoerders en de positie van pensioengerechtigden. Het is wenselijk om deze knelpunten nu aan te pakken. Niemand zit te wachten op reparatiewetgeving; daar hebben we er al te veel van.

Voetnoten

[1]

Mr. R.J.G. Veugelers is advocaat bij Veugelers Advocatuur te Vlaardingen

[2]

R.J.G. Veugelers, Eindelijk duidelijkheid over instemmingsrecht OR, Pensioen Magazine nr. 4, 2015.