

Wijziging medezeggenschap OR over pensioen: niet alle knelpunten zijn opgelost

Mr. drs. E. Schop, datum 18-12-2016

Datum	18-12-2016
Auteur	Mr. drs. E. Schop ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Arbeidsrecht / Algemeen Arbeidsrecht / Medezeggenschapsrecht

De ondernemingsraad heeft op grond van art. 27 WOR instemmingsrecht over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dit artikel leverde in de praktijk veel knelpunten op. Voor het kabinet was dit aanleiding tot een fundamentele herziening van de wettelijke regels inzake de medezeggenschap bij pensioenregelingen. Dit heeft ertoe geleid dat de WOR op 1 oktober 2016 sterk is gewijzigd. Veel onduidelijkheden zijn weggenomen, echter zijn een aantal belangrijke knelpunten niet opgelost.

1. Inleiding

De ondernemingsraad (OR) heeft op grond van art. 27 Wet op de ondernemingsraden (WOR) instemmingsrecht over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Art. 27 WOR leverde in de praktijk echter een aantal knelpunten op. Voor het kabinet was dit in 2014 aanleiding tot een meer fundamentele discussie over de reikwijdte van het instemmingsrecht en de wettelijke regels inzake de medezeggenschap bij pensioenregelingen te verduidelijken, te stroomlijnen en lacunes in medezeggenschap weg te nemen.^[2] Dit heeft er toe geleid dat op 1 oktober 2016 een aanpassing van de WOR in werking is getreden.^[3] Het instemmingsrecht van de OR over pensioen is daarmee verhelderd en lacunes in de medezeggenschap op pensioengebied zijn weggenomen. Althans, volgens de wetgever.

In dit artikel ga ik eerst in op de aanleiding tot de wetwijzigingen (par. 1), vervolgens licht ik de nieuwe wettelijke regels inzake de medezeggenschap bij pensioenregelingen toe (par. 2). Ik sluit af met de vraag of sinds 1 oktober 2016 alle knelpunten zijn opgelost (par. 3).

2. Knelpunten

Tot 1979 had de werkgever voor alle besluiten met betrekking tot het vaststellen, wijzigen of intrekken van 'een pensioenregeling' de instemming van de OR nodig, ongeacht het type pensioenuitvoerder. Door het aannemen van het amendement Keja/de Korte zijn tijdens het wetgevingsproces tot aanpassing van de WOR de woorden 'een pensioenregeling' vervangen door 'een regeling met

betrekking tot een pensioenverzekering'.^[4] Het resultaat was dat art. 27 WOR alleen nog zag op een instemmingsrecht in het geval er sprake is van een rechtstreeks^[5] verzekerde pensioenregeling. Verder had 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 (art. 27 lid 3 WOR). In de loop van de tijd is grote behoefte ontstaan aan verduidelijking, stroomlijning en een meer fundamentele discussie over de wettelijke regels inzake medezeggenschap bij pensioenregelingen. Ik licht dat hierna toe.

2.1 Onduidelijkheid over toepassingsgebied

Wat te verstaan onder 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering' was mede door uitingen van de wetgever onduidelijk. Op de vraag of een OR – in het geval van een verzekerde regeling – zeggenschap had over de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst of over beide werd door de wetgever uiteenlopend geantwoord.^[6] Ook in de literatuur liepen de standpunten over de reikwijdte van het instemmingsrecht uiteen.^[7] Er is wel een poging gedaan een einde te maken aan deze onzekerheid. In de Tweede Kamer is een amendement in stemming gebracht om expliciet een instemmingsrecht ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst toe te kennen.^[8] Dit amendement is evenwel niet aangenomen. Onduidelijkheid over de reikwijdte van het instemmingsrecht bij een verzekerde pensioenregeling bleef bestaan.

2.2 Onduidelijkheid bevoegdheid OR bij pensioenuitvoerders ex art. 23 lid 4 PW

Sinds 1 januari 2011 is een nieuwe pensioenuitvoerder toegevoegd aan de instellingen die op grond van de Pensioenwet (PW) een pensioenregeling kunnen uitvoeren: de premiepensioeninstelling (PPI).^[9] De onderbrenging van een pensioenregeling bij een PPI werd met art. 23 lid 4 PW instemmingsplichtig, naast het bestaande instemmingsrecht over de onderbrenging bij een pensioeninstelling uit een andere EU-lidstaat. Het instemmingsrecht werd niet in de WOR geregeld, maar art. 27 WOR werd van overeenkomstige toepassing verklaard. De PW maakte met de redactie 'onder te brengen' en 'van overeenkomstige toepassing' niet volstrekt duidelijk of de OR ook instemmingsrecht toekomt bij voorgenomen besluiten tot 'vaststelling, wijziging en intrekking' van pensioenovereenkomsten uitgevoerd door de in art. 23 lid 4 PW genoemde pensioenuitvoerders, of alleen ten aanzien van het onderbrengen ervan bij die uitvoerders.^[10] Volgens staatssecretaris Klijnsma was de bepaling echter volstrekt helder.^[11] Tevens was in art. 23 lid 4 PW de term pensioenovereenkomst gebruikt, maar art. 27 WOR van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit artikel hanteerde echter 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering'. Dezelfde voorschriften verschillend geregeld, aanleiding om de bepalingen op elkaar af te stemmen.

2.3 Verschillende termen en bevoegdheden afhankelijk van type pensioenuitvoerder

Per 7 augustus 2013 werd de bevoegdheid van de OR aangepast in de situatie dat een pensioenregeling wordt uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds (OPF).^[12] Op 28 mei 2013 nam de Tweede Kamer bij de behandeling van het Wetsvoorstel Versterking bestuur pensioenfondsen een amendement aan dat beoogde bestaande medezeggenschapslacunes van de OR bij pensioenfondsen weg te nemen.^[13] Hiermee werd aan art. 27 WOR een nieuw lid 7 toegevoegd waarin (onder a) het instemmingsrecht van de OR is uitgebreid naar het vaststellen of intrekken van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij onder meer een OPF. Het wijzigen van een pensioenovereenkomst werd in lid 7 onder a *niet* opgenomen, zoals dat

wel van toepassing is bij een verzekerde regeling (art. 27 lid 1 WOR) en bij een PPI of een buitenlandse uitvoerder (art. 23 lid 4 PW). De invoering van de PW in 2007 maakte daarentegen duidelijk dat als uitgangspunt heeft te gelden dat de inhoud van de pensioenovereenkomst de verantwoordelijkheid van de werkgever en de werknemers is. En (in beginsel) dus niet van het pensioenfondsbestuur.^[14] Dit uitgangspunt was echter niet terug te vinden in het nieuwe lid 7. De OR kwam daarmee verschillende bevoegdheden toe afhankelijk van het type pensioenuitvoerder, waartoe een rechtvaardiging leek te ontbreken.

2.4 Minder bescherming door pensioenfondsroute

Als onder b. aangegeven, de OR kwam geen zeggenschap toe over een *wijziging* van de pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een OPF.^[15] De pensioenovereenkomst kan dan worden gewijzigd door de ondernemer. Of, en dat komt in de praktijk vaker voor, door het fondsbestuur indien die wijzigingsbevoegdheid is overgedragen aan het pensioenfondsbestuur (hierover meer in par. 3 hierna). De pensioenovereenkomst is dan het in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde pensioenreglement.^[16] Het wijzigen van het pensioenreglement betekent dan dat (automatisch) de pensioenovereenkomst (overeenkomstig) wordt gewijzigd.^[17] Is in het pensioenreglement de bevoegdheid tot wijziging opgenomen, dan is daarmee – zo is de opvatting – de wijzigingsbevoegdheid ‘overgedragen’ aan het fondsbestuur.^[18]

Bij dit laatste (b)lijkt een andere (lichtere) toets van toepassing dan een wijziging van de pensioenovereenkomst door de ondernemer. Wijzigt de werkgever dan staat – bij toepassing van een eenzijdig wijzigingsbeding – art. 7:613 BW borg voor al te lichtvaardige aanpassingen. Daarentegen mag het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement wijzigen zonder een zwaarwichtig belang – in de zin van art. 7:613 BW – aan te tonen. Er resteert dan slechts een marginale toets: het fondsbestuur mag geen misbruik maken van haar wijzigingsbevoegdheid (art. 3:13 BW), aan het besluit moet een evenwichtige belangenafweging (art. 105 lid 2 PW) zijn voorafgegaan en de wijziging mag niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 BW).^[19] Deze route, ook wel ‘de pensioenfondsroute’ genoemd, omzeilt de zwaarwichtig-belang-toets die wel geldt voor eenzijdige wijziging door de ondernemer. Wijzigen van de afspraken met (ex-)werknemers lijkt onder die omstandigheden eenvoudiger. De mogelijkheid om de pensioenregeling te wijzigen kon daarmee ongewenst verschillend uitpakken per type pensioenuitvoerder.

2.5 Zwakke rechtspositie ex-werknemers

Wordt de regeling uitgevoerd door een verzekerde pensioenregeling dan speelt het probleem van de niet-vertegenwoordigde ex-werknemers, de gewezen deelnemers (slapers) en de pensioengerechtigden. Hoewel art. 20 PW hun reeds opgebouwde pensioenen tegen wijziging beschermt kan een wijziging wel gevolgen hebben voor de toekomstige toeslagverlening. Ex-werknemers vallen echter buiten de medezeggenschap van de WOR, effectieve medezeggenschap (in collectieve zin)^[20] ontbreekt dan. Een vereniging van gepensioneerden kent bij verzekerde regelingen weliswaar een wettelijk hoorrecht (art. 22 PW), maar dit stelt niet veel voor.^[21] Een medezeggenschapstekort voor ex-werknemers was het gevolg.^[22]

3. Wijzigingen medezeggenschapsrechten per 1 oktober 2016

Staatssecretaris Klijnsma van SZW heeft in haar brief van 27 mei 2013 een meer fundamentele discussie aangekondigd over de reikwijdte van het instemmingsrecht. Mede, zo blijkt uit een latere brief van Klijnsma^[23], omdat met het betreffende amendement het instemmingsrecht van de OR bij pensioenfondsen is uitgebreid, maar mogelijk nog niet afdoende is geregeld. Dit heeft vervolg gekregen met de brief van Klijnsma van 17 januari 2014.^[24] In deze brief is aangekondigd dat de SER om advies wordt gevraagd, wat de Tweede Kamer op 14 oktober 2014 is aangeboden^[25], gevolgd door een wetsvoorstel.^[26] Tijdens de parlementaire behandeling is het wetsvoorstel op een aantal essentiële onderwerpen gewijzigd.^[27] Uiteindelijk zijn per 1 oktober 2016 belangrijke aanpassingen in de WOR en PW doorgevoerd. Hierna licht ik de doorgevoerde aanpassingen kort toe.

3.1 Instemmingsrecht ongeacht uitvoerder (lid 1, onder a), tenzij (lid 3)

De OR komt op grond van art. 27 lid 1 onder a WOR instemmingsrecht toe bij de vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder die de pensioenovereenkomst uitvoert. Dit gaat nu in ieder geval ook op voor een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een PPI en een algemeen pensioenfonds (APF).^[28] Ten aanzien van de PPI is daarom art. 23 lid 4 PW geschrapt.

De OR komt nu dus ook instemmingsrecht toe indien de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een OPF. Dit is echter alleen het geval als de werkgever en de OR gaan over de inhoud van de pensioenovereenkomst. Is de wijzigingsbevoegdheid overgedragen aan het bestuur van het OPF dan betreft de wijziging van de pensioenovereenkomst niet een besluit van de ondernemer (in de zin van de WOR) maar van het pensioenfondsbestuur. De OR komt dan geen instemmingsrecht toe. De regering maakt nog wel duidelijk dat *wél* instemming is vereist indien de werkgever voornemens is te besluiten de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst aan het pensioenfondsbestuur over te dragen.^[29]

Uitzondering op het voorgaande blijft de situatie dat sprake is van uitvoering van de regeling via een bedrijfspensioenfonds (BPF) of voor zover het pensioen reeds inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan (art. 27 lid 3 WOR). Derhalve is er geen instemmingsrecht ten aanzien van het wijzigen van een verplichte regeling. Wel is er instemming nodig voor een voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststellen en intrekken van het vrijwillige deel of tot vrijwillige aansluiting of voor een latere intrekking van de vrijwillige aansluiting bij een verplicht gesteld BPF.

3.2 Instemmingsrecht over delen uitvoeringsovereenkomst (lid 7)

Volgens de regering ziet het instemmingsrecht van de OR op de arbeidsvoorwaarde pensioen en niet op de uitvoering daarvan. Het kan, aldus de regering, voorkomen dat er elementen zijn of worden opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst. Dat wil zeggen, bepalingen die de uitkomsten van de pensioenregeling – het zogenaamde ‘pensioenresultaat’ – (kunnen) beïnvloeden. Met een niet-limitatieve opsomming maakt de regering duidelijk dat onder deze elementen in ieder geval worden begrepen de keuze van de pensioenuitvoerder, regelingen over de wijze waarop de premie wordt vastgesteld en de voorwaarden en de maatstaven voor de toeslagverlening. In de memorie van toelichting van het conceptwetsvoorstel en de nota van wijziging zijn nog als voorbeelden genoemd overeengekomen bijstortingsplicht van de werkgever, het afbouwen van een toeslagendepot bij een verzekeraar en een regeling voor premierestitutie.^[30] Geen invloed op de pensioenovereenkomst hebben elementen zoals

de wijze waarop en termijnen waarin de verschuldigde premie door de werkgever moet worden voldaan aan de pensioenuitvoerder en de informatie die door de werkgever aan de pensioenuitvoerder wordt verstrekt.^[31] De reden daarvoor is dat deze onderdelen de onderlinge relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder betreffen. Is een element niet genoemd als wel/geen invloed dan zal steeds per geval moeten worden bepaald door de OR en de ondernemer of een onderwerp instemmingsplichtig is of niet. Op de OR rust dan de bewijslast.^[32]

3.3 Informatieplicht over uitvoeringsovereenkomst (art. 31f WOR)

Om ervoor te zorgen dat de OR tijdig kennis kan nemen van voorgenomen wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst, zodat de OR kan stellen en bewijzen dat het betreffende element wel degelijk de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt, is in art. 31f WOR een informatieplicht voor de ondernemer opgenomen in het kader van iedere voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder.

4. Alle knelpunten opgelost?

De nieuwe wet heeft veel verduidelijkt, lacunes en knelpunten zijn weggenomen. Maar niet alle knelpunten. Opvallend is dat de regering zich op een aantal essentiële vraagstukken van het medezeggenschap er wat makkelijk van af heeft gemaakt.

4.1 Invloed op arbeidsvoorwaarde pensioen kan leiden tot onduidelijkheden

De wetgever stelt dat het toekennen van instemmingsrecht over de gehele uitvoeringsovereenkomst niet past bij de verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder.^[33] Op grond van die verdeling zijn werkgevers en werknemers verantwoordelijk voor de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dat betekent volgens de wetgever dat alleen elementen uit de uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen, instemmingsplichtig zijn. Dit is nu ook als zodanig in art. 27 lid 7 WOR opgenomen. (In de wettekst staat 'die van invloed zijn', in de toelichting staat echter '[...] het pensioenresultaat *kan* beïnvloeden', wat veel ruimer is en snel de meeste bepalingen bevat).^[34] Hiermee zijn nog steeds niet alle onduidelijkheden opgelost. Hoe subtiel het verschil is, blijkt uit een voorbeeld dat de wetgever zelf geeft:

“Geen invloed op de pensioenovereenkomst hebben elementen zoals de wijze waarop en termijnen waarin de verschuldigde premie door de werkgever moet worden voldaan aan de pensioenuitvoerder en de informatie die door de werkgever aan de pensioenuitvoerder wordt verstrekt. De reden daarvoor is dat deze onderdelen de onderlinge relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder betreffen.”^[35]

Is sprake van een beschikbare premiereregeling dan is het wijzigen van een premietermijn van een jaar (vooraf) naar een maand wel degelijk van invloed op het pensioenresultaat. Bovendien kan ook het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst gevolgen hebben voor het pensioenresultaat van (ex-)werknemers. Over dit laatste is in de (totstandkoming van de) wet niets bepaald. En zo zijn er meer te bedenken. Winst is dat expliciet wordt gemaakt dat de OR instemming heeft ter zake van bepalingen in de uitvoeringsovereenkomst die 'van invloed zijn op de pensioenovereenkomst', maar aan de volgens

het wetsvoorstel te realiseren duidelijkheid wordt hiermee (nog steeds) niet voldaan.

Waarom niet de OR instemmingsrecht toekennen over de gehele uitvoeringsovereenkomst? Welke bepalingen in de uitvoeringsovereenkomst zijn van die aard, dat de OR hierover 'bemoeienis' moet worden ontzegd. In art. 25 PW zijn de verplicht voorgeschreven en de (niet uitputtend) vrijwillige onderdelen van een uitvoeringsovereenkomst bepaald. Welke van deze bepalingen kunnen niet van invloed zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen? En als ze niet van invloed kunnen zijn, waarom zouden ze dan (toch) niet onder het instemmingsrecht vallen.^[36] Het is voor alle partijen efficiënter de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht te brengen, dan op grond van een algemeen criterium partijen onderling te laten uitmaken wat hier wel en niet onder valt, met nog steeds risico's op geschillen en procedures. De kans dat de OR gebruikmaakt van zijn vetorecht (art. 27 lid 5 en 6 WOR) over onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst die feitelijk zien op de relatie tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder is beperkt en een beroep hierop zal gezien de zwaarte van de toets niet snel gerechtvaardigd zijn.

4.2 Positie inactieven niet opgelost

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.^[37] De staatssecretaris meende dat het belang van ex-werknemers bij medezeggenschap beperkt is door de bescherming van art. 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 fondsbestuur 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.^[38] Echter, dit speelt niet bij een OPF waarbij de wijzigingsbevoegdheid niet aan 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 art. 20 PW valt, bijvoorbeeld bij nog te verwerven aanspraken en (de voorwaarden van) voorwaardelijke indexatie. In de literatuur zijn voor de achtergestelde positie van de inactieven diverse oplossingen voorgesteld.^[39] Wellicht niet alle even effectief of uitvoerbaar, maar bij een fundamentele herziening van het medezeggenschapsrecht moet toch ruimte zijn voor het afwegen van mogelijke alternatieven. De regering maakt zich er hier makkelijk vanaf. Nu inactieven feitelijk geen positie meer richting de werkgever hebben maar de OR die wel heeft, is het – aldus de regering – 'logisch' dat de OR rekening houdt met de belangen van ex-werknemers. Maar dat is niet de taak van de OR. Die ziet namelijk op het vertegenwoordigen van de belangen van de in de organisatie werkzame personen.^[40] Daarnaast heeft, aldus nog steeds de regering, het verantwoordingsorgaan van het pensioenfonds een adviesrecht over het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst (art. 115a PW) en moet in de uitvoeringsovereenkomst een regeling zijn opgenomen met betrekking tot de maatstaven en voorwaarden waaronder toeslagregeling plaatsvindt (art. 25 PW).^[41] De vraag is echter in hoeverre het verantwoordings- of belanghebbendenorgaan wel een adviesrecht toekomt over een *inhoudelijke* wijziging van het pensioenreglement of dat dit adviesrecht alleen ziet op de *uitvoering* hiervan (vertaling van overeenkomst naar reglement). In de uitvoeringsovereenkomst moet zijn vastgelegd op welke wijze een wijziging wordt vastgelegd (art. 25 lid 1 onder e PW). Dit impliceert onder meer dat het adviesrecht op grond van art. 115 lid 2 onder b PW alleen betrekking heeft op een juiste vertaling van de gewijzigde pensioenovereenkomst naar een nieuw pensioenreglement. Het adviesrecht strekt zich – zo lijkt het – niet uit tot de gewijzigde inhoud

van de pensioenovereenkomst zelf. Daarnaast zegt het feit dat toeslagverlening moet zijn opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst niets over de positie van inactieven bij een wijziging daarvan.^[42]

4.3 Pensioenfondsenroute staat nog steeds open

Zowel de SER als de wetgever blijven weg van de discussie of een overdracht van wijzigingsbevoegdheden aan derden (in dit geval het bestuur van een OPF) überhaupt wel mogelijk is door te stellen dat in de literatuur^[43] en in de rechtspraak^[44] een dergelijke overdracht wordt aangenomen. De vraag is of dit ten principale juist is. Of een OPF als pensioenuitvoerder zo'n overdracht wel mag aanvaarden – in plaats van zich te beperken tot een advies- of de uitvoerdersrol – en dergelijke bevoegdheden niet doeloverschrijdend zijn laat ik dan nog even buiten beschouwing.^[45] De vraag dringt zich op of een overdracht van de bevoegdheid door de werkgever – en werknemers – aan een fondsbestuur wel toegestaan is^[46] 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.^[47] Mogelijk is dat contractsvrijheid, via delegatie of volmacht dan wel lastgeving (art. 7:414 BW), tot stand te brengen door middel incorporatie in de – individuele – arbeidsovereenkomst van het pensioenreglement waarin de wijzigingsbevoegdheid van het bestuur is opgenomen. Mogelijk kan de vergelijking getrokken worden met de wettelijke toepassing (art. 9 Wet-CAO-werknemer) of de incorporatie van een cao (art. 14 Wet-CAO-werknemer). Lutjens stelt: “Dat is vergelijkbaar met de doorwerking van een in een arbeidsovereenkomst geïncorporeerde cao”.^[48] Hier ligt echter een gebalanceerd wettelijk stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming aan ten grondslag met cao-binding.^[49] Zo kent art. 7:655 lid 1 onder j BW expliciet de verplichting te verwijzen naar de op de arbeidsovereenkomst toepasselijke cao. Deze bepaling kan worden gezien als de wettelijke grondslag om een cao in de arbeidsovereenkomst te incorporeren, een wettelijke basis voor de overdracht van de bevoegdheid aan derden om de inhoud van de arbeidsovereenkomst te bepalen. Een dergelijke systematiek ontbreekt bij overdracht van een wijzigingsbevoegdheid aan derden buiten cao-partijen. Eenzelfde discussie is te voeren over de mogelijkheid om afspraken die de werkgever maakt met de OR via een contractuele bepaling automatisch door te laten werken in de arbeidsovereenkomst. Heemskerk stelt dat het arbeids- en pensioenrecht zich hier niet tegen verzet. Hij ziet in het incorporatiebeding geen eenzijdige wijziging door de werkgever. De wijziging is tenslotte verdisconteerd in de afspraken die zijn gemaakt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Het is niet de werkgever die eenzijdig wijzigt, maar tweezijdig met de OR.^[50] Ook Lutjens acht een dergelijke contractuele overdracht mogelijk.^[51] Voor overdracht is naar mijn mening echter geen grondslag aanwezig.^[52]

Kan contractsvrijheid dan zover 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. Wat het tweede betreft: 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 mijn mening niet. De werkgever blijft 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 pensioenovereenkomsten.^[53] Tenzij de OR dit recht (expliciet) heeft afgestaan komt de OR op dit moment een instemmingsrecht toe op

grond van art. 27 lid 7 WOR.^[54] De vraag is dan of het überhaupt mogelijk is dat de OR afstand doet van dat recht en op welke wijze dit dan is gerealiseerd. De SER ziet die mogelijkheid tot overdracht overigens ook niet,^[55] de wetgever dus wel.^[56] De gedachte is sympathiek, maar ook hier wordt niet duidelijk wat de grond is van dit recht. En wordt er blijkbaar van uitgegaan dat voor bestaande gevallen die overdracht van het recht tot wijzigen dus al met instemming is overgedragen.

Ook wetstechnisch lijkt de mogelijkheid tot overdracht van de wijzigingsbevoegdheid te knellen. Zo is in art. 1 PW de pensioenovereenkomst gedefinieerd als 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen' en noemt de wetgever in de memorie van toelichting dat 'de term pensioenovereenkomst de voorkeur verdient omdat deze, beter dan het in de PSW gehanteerde begrip pensioentoezegging, uitdrukt dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is die werkgever en werknemer samen overeenkomen' En is in de PW Hoofdstuk 2

(Pensioenovereenkomst) alleen gericht tot de werkgever en is elders in de PW niet opgenomen dat de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst mag worden overgedragen aan een pensioenuitvoerder? Ook kan dit niet, als die gedachte mocht opkomen, in art. 25 lid 1 aanhef en onder e PW worden ingelezen. Uitgangspunt van de PW is derhalve dat de pensioenuitvoerder uitvoert wat de sociale partners zijn overeengekomen en dit vastlegt in een pensioenreglement. Ook een wijziging van de pensioenovereenkomst dient dan eerst door de sociale partners overeengekomen te worden alvorens de pensioenuitvoerder deze wijziging vastlegt in een gewijzigd pensioenreglement. Daarmee ligt een wijziging van de pensioenovereenkomst naar de letter en bedoeling van de PW dus niet op de tafel van de pensioenuitvoerder maar op die van de sociale partners.^[57]

Een recht tot wijziging kan slechts worden ingeroepen als dit ook expliciet is overeengekomen (art. 7:613 BW en art. 19 PW). Art. 3:83 BW stelt daarentegen dat een recht alleen overdraagbaar is als dit betreft een eigendom, een beperkt recht, een vorderingsrecht (art. 3:83 lid 1 BW) of dat dit recht bij wetsbepaling is toegekend (art. 3:83 lid 3 BW).^[58] Een overeengekomen recht tot wijziging van de pensioenovereenkomst is geen van voornoemde, nergens is overdracht van dit recht bij wetsbepaling geregeld.

Nu de wetgever aanneemt dat de pensioenfondsroute wél is toegestaan, had het op zijn weg gelegen duidelijk te motiveren en vast te leggen welke gevolgen dat heeft voor het instemmingsrecht van de OR. Een enkele opmerking in de toelichting op het wetsvoorstel met een verwijzing naar één uitspraak van een gerechtshof (waarin feitelijk bezien niet eens sprake is van de pensioenfondsroute) is daarbij niet voldoende.^[59]

4.4 Adviesrechten onduidelijk

In de in art. 33 lid 2 PW verankerde Code Rechtstreeks verzekerde regelingen wordt in art. 7 aangegeven dat de OR in aanvulling op art. 27 WOR een adviesrecht heeft als het gaat om de uitvoeringsovereenkomst ingeval er sprake is van een uitkeringsovereenkomst (eindloon- of middelloonregeling). Dat zou niets anders betekenen dan dat het instemmingsrecht van art. 27 WOR niet ziet op de uitvoeringsovereenkomst, maar dat op grond van de Code wel een adviesrecht geldt. Het kabinet zag dat niettemin anders en verklaart de passage 'in aanvulling op' met de redenering dat het bij art. 7 Code Rechtstreeks verzekerde regelingen om een ruimere kring gaat dan alleen de OR, namelijk ook de personeelsvergadering.^[60] Dat lijkt wat vergezocht, mogelijk was dit een hersenspinsel om de stelling te onderbouwen dat er sprake was van instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst, en geen adviesrecht. Hoe het ook zij, nu sprake is van instemmingsrecht over delen van de uitvoeringsovereenkomst is door de regering niet duidelijk gemaakt wat de

verhouding (nog) is tussen art. 27 lid 7 WOR en art. 7 Code Rechtstreeks verzekerde regelingen. Moet het zo worden gelezen dat de OR nu instemmingsrecht heeft over arbeidsvoorwaardelijke elementen in de uitvoeringsovereenkomst en adviesrecht, dat bovendien anders is dan het adviesrecht van de WOR, over de uitvoeringselementen in de uitvoeringsovereenkomst? De regering komt niet verder dan op te merken dat de Code een initiatief is van het Verbond van Verzekeraars en de Stichting van de Arbeid en het wenselijk is dat deze partijen bezien of na inwerkingtreding van het wetsvoorstel de Code geactualiseerd moet worden.^[61]

Voetnoten

[1]

Mr. drs. Edwin Schop CPL is oprichter en consulting partner van Flexis Groep, adviseurs verzekerde arbeidsvoorwaarden.

[2]

Kamerstukken II 2013/14, 33182, 54.

[3]

Stb. 2016, 249.

[4]

Kamerstukken II 1977/78, 13954, 169.

[5]

Ondergebracht bij een verzekeraar, niet zijnde het onderbrengen bij een verzekeraar via het fonds door middel van herverzekering; [Kamerstukken II 1978/79, 13954, 8d](#), p. 23.

[6]

Kamerstukken II 2007/08, 31226, 14, p. 22; [Kamerstukken I](#) 2007/08, 31226, G, p. 5; *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, 2601, p. 3; *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 2259, p. 1; [Kamerstukken I](#) 2012/13, 33182, D, p. 21; [Kamerstukken II](#) 2013/14, 33182, 54, p. 5.

[7]

Zie E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 618.

[8]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 48.

[9]

Stb. 2010, 887.

[10]

Zie E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 619.

[11]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 46, p. 11.

[12]

Stb. 2013, 330.

[13]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 49.

[14]

Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3.

[15]

Tenzij hierover bovenwettelijke afspraken zijn gemaakt op grond van art. 32 WOR.

[16]

Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 10 en 27; [Kamerstukken I 2005/06, 30413, C](#), p. 23; zie voor rechtspraak E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 152.

[17]

E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 152 en 531.

[18]

Zie ook: E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 492 en 518.

[19]

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

[20]

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

[21]

Zie ook het onderzoek van Bureau Bartels 2010, bijlage bij [Kamerstukken II 2009/10, 28294, 41](#).

[22]

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

[23]

Brief van Klijnsma d.d. 4 november 2013, referentie 2013-0000144710.

[24]

[Kamerstukken II 2013/14, 33182, 54](#).

[25]

SER Advies 14/05, [Kamerstukken II 2014/15, 33182, 56](#).

[26]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3.

[27]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6.

[28]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 4.

[29]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3](#), p. 7.

[30]

Bijlage bij [Kamerstukken II 2014/15, 33182, 57](#), p. 8; [Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6](#), p. 6.

[31]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 6.

[32]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3](#), p. 4.

[33]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 5; [Kamerstukken II 2012/13, 33182, 48](#).

[34]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 6.

[35]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6](#), p. 6.

[36]

Zie ook R.M. Beltzer e.a., 'Reactie op consultatiewetsvoorstel wijziging bevoegdheden ondernemingsraden inzake beloning en pensioen', *TAO* 2015/1.

[37]

Kamerstukken II 2013/14, 32043, 206, p. 36.

[38]

SER-advies 2014/05, p. 8.

[39]

E. Schop, 'Instemmingsrecht OR: twee punten', *PM* 2016/56; V. Gerlach, 'De herziening van artikel 27 WOR en het vergeten belang van de ex-werknemer', *TVP* 2014/48; E. Schop, 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door OPF: de discussie is nog niet af', *TVP* 2014/15; E. Lutjens, 'Weg met OR-instemmingsrecht over pensioen', *TVP* 2014/12; M. Heemskerk, *Ondernemingsraad en pensioen*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2010, p. 25.

[40]

Art. 2 lid 1 WOR.

[41]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 7.

[42]

Ook: M. Kuyt-Fokkens, 'Adviesrecht Deelnemersraad', *P&P* 2008/7-8.

[43]

E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 623; R. Veugeliers, 'Instemmingsrecht voor de OR: nog enkele aandachtspunten', *PM* 2016/37; M. Heemskerk e.a. 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', *TVP* 2012/42, p. 25-35; E. Lutjens, 'Het wijzigen van een pensioenregeling. De problemen van een driehoeksverhouding', *TVP* 2005/6, p. 166-167; H. Breuker, 'Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst', *P&P* 2008/3. Anders: *Wetsvoorstel OR en pensioen - Analyse & Commentaar*, Amsterdam: Vereniging van Pensioenjuristen 2016, p. 15; J. de Bruin & L. van Geest, 'OR en Pensioen: eindelijk de arbeidsvoorwaarde centraal!', *P&P* 2015/5-6.

[44]

HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134, *JAR* 2013/300 (*Delta Lloyd*), maar daar ging het feitelijk om een afspraak (pensioenovereenkomst) tussen sociale partners vooraf aan de wijziging van het pensioenreglement in overeenstemming met de nieuwe pensioenovereenkomst door het pensioenfonds (r.o. 3.1). Later oordeelde Hof, 's-Hertogenbosch 15 december 2015, *JAR* 2016/56, m.nt. M. Heemskerk (*MSD*) dat de pensioenroute is toegestaan (r.o. 3.9). Anders: Rb. Rotterdam 9 april 2010, *PJ* 2010/137 (*Marsh*). Lutjens staat echter een andere interpretatie voor die erop neerkomt dat de uitspraak niet is te zien als een afwijking van de opvatting dat een incorporatie van het pensioenreglement de werknemer aan dat reglement bindt, E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 518.

[45]

M. Heemskerk e.a., 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', *TVP* 2012/6.

[46]

Ook: A.G. van Marwijk Kooy, 'Bedrijfstakpensioenfondsen en onderbrenging: de Pensioenwet nader beschouwd', *TVP* 2013/52, voetnoot 58.

[47]

Ook: R.M. Beltzer e.a., 'Reactie op consultatiewetsvoorstel wijziging bevoegdheden ondernemingsraden inzake beloning en pensioen', TAO 2015/1.

[48]

E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 518.

[49]

Zie ook: E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 492.

[50]

M. Heemskerck, 'Werknemers binden aan instemming van de OR en het fondsbestuur?', *P&P* 2012/6.

[51]

Zie ook: E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 492, 506 en 520.

[52]

Uitgebreid: E. Schop, 'Binding van werknemers aan instemming van de OR via een incorporatiebeding', *P&P* 2012/6. Ook: S. van der Vegt, 'Eenzijdig wijzigingsbeding in de rechtsverhouding met werknemers', par. 9.2, in: *Wijziging van de Pensioenregeling*, Publicatie Vereniging van Pensioenjuristen 2013.

[53]

Stb. 2013, 330.

[54]

J. de Bruin & L. van Geest, a.w. Ik ben het eens met hun zienswijze.

[55]

SER Advies 14/05, p. 44.

[56]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 7.

[57]

Ook: R.M. Beltzer e.a., a.w.

[58]

Inzicht mede ontleend aan VU-lezing Pensioenrecht 28 september 2016 'Pensioenfondsrouten?', A-G. van Marwijk Kooy.

[59]

Ook: R. Veugelers, 'Instemmingsrecht voor de OR: nog enkele aandachtspunten', *PM* 2016/37.

[60]

Kamerstukken I 2007/08, 31226, G, p. 5.

[61]

Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 3.