

## Gemorrel aan instemmingsrecht OR bij pensioenbesluiten

Mark Heemskerk, actueel tot 02-07-2013

Actueel tot	02-07-2013
Auteur	Mark Heemskerk <sup>[1]</sup>
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



De reikwijdte van het wettelijk instemmingsrecht van de OR bij pensioenbesluiten van de ondernemer over verzekerde regelingen is voor zowel ondernemer als OR belangrijk, zeker in tijden van pensioenwijzigingen. Het vetorecht geeft de OR tanden, want dat kan dan pensioenbesluiten blokkeren. In deze bijdrage analyseer ik of het instemmingsrecht van de OR niet langer geldt voor uitvoeringsovereenkomsten, zoals bepleit door staatssecretaris Klijnsma in antwoord op Kamervragen.<sup>[1]</sup> Tevens bespreek ik het nieuwe instemmingsrecht van de OR bij sommige besluiten van de ondernemer over pensioenfondsen zoals dat volgt uit een op 28 mei 2013 aangenomen amendement.

## Instemmingsrecht OR bij verzekerde regelingen

Op 2 mei 2013 antwoordde staatssecretaris Klijnsma op Kamervragen dat de ondernemingsraad bij verzekerde regelingen niet langer instemmingsrecht heeft over de uitvoeringsovereenkomst, wel over de pensioenovereenkomst. Het wettelijk instemmingsrecht staat in art. 27, lid 1, onder a WOR:

‘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 (...).’

De OR heeft dus instemmingsrecht wanneer de ondernemer het pensioen laat uitvoeren bij een pensioenverzekeraar, zoals Aegon, Nationale-Nederlanden of Interpolis. De wet maakt niet duidelijk of het instemmingsrecht zich uitstrekt tot de pensioenovereenkomst en/of de uitvoeringsovereenkomst (waarover verderop meer). Het instemmingsrecht van de OR vervalt wanneer het verzekerde pensioen bij cao is geregeld (art. 27, lid 3 WOR). De vakbonden hebben dan het pensioenprimaat en de OR wijkt. Bij pensioenfondsen heeft de OR geen wettelijk instemmingsrecht; daar gelden andere medezeggenschapsregels.<sup>[2]</sup>

# Belang instemmingsrecht over uitvoeringsovereenkomst

Het belang van het instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst is groot, zowel voor de OR als voor de ondernemer. De uitvoeringsovereenkomst is een afspraak tussen werkgever en verzekeraar over de uitvoering van de pensioenovereenkomst (vergelijk art. 1 jo. art. 25 PW). Daarin staan financiële afspraken die van invloed zijn op de materiële inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen voor werknemers. De wijze waarop toeslagverlening (indexatie) plaatsvindt, beïnvloedt de hoogte van het pensioen (denk aan een geïndexeerde middelloonregeling).

Een ander sprekend voorbeeld is de kostenloading bij een premieovereenkomst, zoals switchkosten, aan- en verkoopkosten en de total expense ratio (TER). De inhouding van kosten beïnvloedt de hoogte van de pensioenuitkering. Maakt de werkgever geen of slechte afspraken over de mogelijkheid tot collectieve waardeoverdracht met de verzekeraar of over een exitvergoeding, of zijn er slechte condities om indexatiedepots, een overrenteaandeel of gesepareerde beleggingsdepots naar een nieuwe pensioenuitvoerder mee te nemen, dan kan dat grote effecten hebben voor aanspraakgerechtigden. Kortom, het is mogelijk om de pensioenhoogte te beïnvloeden door de financieringsafspraken te wijzigen. Met het instemmingsrecht heeft de OR een krachtig wapen in handen om de financiële afspraken tussen werkgever en verzekeraar te beïnvloeden. De OR kan schriftelijk de nietigheid van het pensioenbesluit inroepen als hij niet heeft ingestemd. Zonder instemming van de OR kan de ondernemer weliswaar vervangende toestemming vragen aan de kantonrechter (art. 27, lid 4 WOR), maar dat is een route buitenom die niet eenvoudig te realiseren is. Die route voert via bemiddeling door de bedrijfscommissie naar de kantonrechter, die slechts toestemming verleent wanneer het besluit van de OR om geen instemming te geven, onredelijk is of wanneer de ondernemer zwaarwegende redenen had voor het besluit. De ondernemer zal liever de OR buiten de deur houden en zelf willen besluiten. De OR wil graag medezeggenschap uitoefenen om financiële uitholling van het pensioen zonder inspraak te voorkomen. Heeft hij geen instemmingsrecht, dan is er op grond van de principes voor goed pensioenfondsbestuur een adviesrecht over (verlenging van) de uitvoeringsovereenkomst.<sup>13</sup> Maar dat adviesrecht heeft mijns inziens geen tanden. Een beroepsrecht conform de WOR waarbij de OR het besluit kan laten intrekken door de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam (vergelijk art. 25 en 26 WOR), staat niet in die principes. Bovendien is kwestieus of de OR *legal standing* heeft. De OR is namelijk geen rechtspersoon. De ondernemer kan dus advies vragen en bij een negatief advies gewoon doorgaan. Het instemmingsrecht heeft een hoog alles-of-niets gehalte voor zowel de ondernemer als de OR.

## Tot driemaal toe instemmingsrecht in wetsgeschiedenis

Het antwoord op de hamvraag of de OR instemmingsrecht heeft over de uitvoeringsovereenkomst, is afhankelijk van de uitleg van de term 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering'. Deze term is niet gedefinieerd in de WOR, maar is het resultaat van het aangenomen amendement Keja/de Korte uit de vorige eeuw. Dat amendement beoogde te verduidelijken dat de OR geen wettelijk

instemmingsrecht had bij pensioenregelingen uitgevoerd door pensioenfondsen.<sup>[4]</sup> De ratio was preventie van dubbele medezeggenschap van de OR en het pensioenfondsbestuur met werknemersvertegenwoordiging. De toelichting bij het amendement biedt geen enkel aanknopingspunt voor de vraag of hier pensioenovereenkomst en/of uitvoeringsovereenkomst is bedoeld. Die met de Pensioenwet geïntroduceerde wettelijke definities bestonden toen nog niet.

Het was dan ook niet verwonderlijk dat bij de behandeling van de Pensioenwet werd gevraagd naar de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR.<sup>[5]</sup> Minister Donner antwoordde daarop dat er instemmingsrecht was van de OR over de uitvoeringsovereenkomst: 'De vraag is in feite dus of de uitvoeringsovereenkomst (het contract tussen werkgever en verzekeraar) alsmede afspraken over het niveau van dienstverlening (die in principe in dit contract neerslaan) onder de reikwijdte van artikel 27, eerste lid onderdeel a van de WOR vallen. Dat is inderdaad zo.'<sup>[6]</sup> In de Eerste Kamer bevestigde hij dat nogmaals: 'De regering ziet (...) derhalve geen aanleiding zijn mening dat onder pensioenverzekering in art. 27, eerste lid, onderdeel a, van de Wet op de ondernemingsraden de uitvoeringsovereenkomst moet worden begrepen, te herzien.'<sup>[7]</sup> Bij de Veegwet Pensioenwet bevestigde hij ten slotte nogmaals dat de OR instemmingsrecht had over de uitvoeringsovereenkomst.<sup>[8]</sup> Staatssecretaris Klijnsma legt met haar antwoord op Kamervragen de wet evenwel anders uit dan haar ambtsvoorgangers. Het is twijfelachtig of Klijnsma de wet met een beroep op de niet onderbouwde 'heersende opinie' via Kamervragen, dus zonder parlementaire controle, op deze wijze mag wijzigen, zeker nu daar drie andersluidende uitlatingen in de wetsgeschiedenis tegenover staan. Uit rechtspraak blijkt dat rechters niet gebonden zijn aan 'buitenparlementaire' uitlatingen van de staatssecretaris.<sup>[9]</sup>

Een sterker argument is de verwerping van het amendement Omtzigt bij het Wetsvoorstel versterking bestuur pensioenfondsen, dat de uitvoeringsovereenkomst expliciet benoemde als instemmingsplichtig.<sup>[10]</sup> Is daarmee zonneklaar dat de OR niet langer instemmingsrecht heeft bij uitvoeringsovereenkomsten? Mijns inziens niet. Het amendement beoogde een verduidelijking van het bestaande instemmingsrecht over uitvoeringsovereenkomsten, zo staat ook in de toelichting. De status quo over de uitleg van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering blijft. Het is voer voor pensioenjuristen en advocaten en zuchten voor de OR en de ondernemer wat geldt. Werkgevers die blind vertrouwen op de antwoorden van Klijnsma dat er geen instemmingsrecht is over de uitvoeringsovereenkomst, nemen een risico. De rechter zou namelijk wel eens kunnen oordelen dat de OR wel instemmingsrecht heeft over de uitvoeringsovereenkomst, of over elementen daarvan die de pensioenovereenkomst raken. Scherpe ondernemingsraden zullen het instemmingsrecht willen behouden door dat op te nemen in een convenant (bovenwettelijk instemmingsrecht ex art. 32 WOR), of door niet in te stemmen met een wijziging van de pensioenovereenkomst als de uitvoeringsovereenkomst (volledig) buiten schot blijft.

## Instemmingsrecht bij PPI niet waterdicht

Het instemmingsrecht van de OR bij de PPI is evenmin waterdicht. De Pensioenwet bepaalt dat bij het voornemen van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI, de OR instemmingsrecht heeft en dat art. 27 WOR van overeenkomstige toepassing is. Ik vind die formulering ongelukkig. Uit de tekst blijkt niet duidelijk of het instemmingsrecht van de OR is beperkt tot het onderbrengen van de pensioenovereenkomst. Anders dan in art. 27 WOR staat er niet expliciet dat wijzigingen of intrekingsbesluiten langs de OR moeten. De wetsgeschiedenis

suggereert zelfs dat de medezeggenschap bij de PPI is beperkt tot het besluit om in zee te gaan met de PPI.<sup>[11]</sup> De werkgever die dan de eenmaal bij de PPI ondergebrachte pensioenovereenkomst wijzigt of beëindigt, zou dan niet langs de OR moeten. Daarover is fel gedebatteerd in de literatuur<sup>[12]</sup> en in het FD.<sup>[13]</sup> Volgens Lutjens en Van Meerten c.s. is met de verwijzing naar art. 27 WOR glashelder dat de OR ook bij wijziging en intrekking een instemmingsrecht heeft bij een PPI. Voor ondernemingsraden die geen risico willen lopen, adviseer ik om via een medezeggenschapsconvenant – conform art. 32 WOR – veilig te stellen dat de OR instemmingsrecht heeft bij wijziging en intrekking van de pensioenovereenkomst (en de uitvoeringsovereenkomst).

## OR krijgt beperkt instemmingsrecht bij pensioenfondsen

Naar verwachting gaat de OR een beperkt instemmingsrecht bij pensioenfondsen krijgen. Op 28 mei 2013 nam de Tweede Kamer bij de behandeling van het Wetsvoorstel versterking bestuur pensioenfondsen een amendement van CDA'er Omtzigt aan dat beoogt bestaande medezeggenschapslacunes van de OR bij pensioenfondsen weg te nemen.<sup>[14]</sup> Het gaat samengevat om het sluiten en beëindigen van een pensioenovereenkomst bij:

- een ondernemingspensioenfonds (onderbrenging en exit);
- een vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds (onderbrenging en exit); en
- een verplicht bedrijfstakpensioenfonds voor het gedeelte dat niet verplicht wordt uitgevoerd door dat fonds (denk aan excedentregelingen).

Directe aanleiding om dit medezeggenschapstekort te dichten is de Shell-casus, die ook volop in de media was. Shell handhaaft voor bestaande medewerkers de eindloonregeling. Voor nieuw personeel geldt vanaf 1 juli 2013 een premieovereenkomst, die wordt uitgevoerd door een nieuw pensioenfonds. Over de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarde pensioen – de premieovereenkomst – bestaat dan geen verplichte medezeggenschap, noch van de OR, noch vanuit het pensioenfonds dat de overeengekomen pensioenovereenkomst moet uitvoeren. De vakbonden waren not amused over deze Shell-route. Dat bleek uit de krantenkop: 'Bonden boos op pensioenplannen Shell'.

Reeds in 2010 beschreef ik dit medezeggenschapstekort in Ondernemingsraad en Pensioen.<sup>[15]</sup> Als ook de Eerste Kamer het wetsvoorstel aanneemt, wordt dat gat nu gedicht. Of dat ook geldt voor Shell zelf, hangt af van de inwerkingtredingsregels (onmiddellijke werking of uitgestelde werking).

## Conclusie

De ondernemer die een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar sluit, wijzigt of beëindigt zonder de OR om instemming te vragen, neemt het risico dat een scherpe OR de nietigheid ervan inroept. Het blijft uitermate behoedzaam manoeuvreren in wijzigingstrajecten voor en met de OR. Binnenkort krijgt de OR waarschijnlijk instemmingsrecht bij start en exit van pensioenovereenkomsten bij ondernemingspensioenfondsen, vrijwillig bedrijfstakpensioenfondsen en excedentregelingen die niet verplicht worden uitgevoerd bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen. Het instemmingsrecht van de OR blijft een belangrijk aandachtspunt bij pensioenbesluiten.

## Voetnoten



Prof. mr. drs. M. Heemskerk is hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en pensioenadvocaat bij Onno F. Blom Advocaten te Nieuwegein

[1]

Aanhangsel Handelingen II 2012-2013, 2122.

[2]

De ontwikkeling van de medezeggenschap bij pensioenfondsen laat ik, m.u.v. de OR, in deze bijdrage buiten beschouwing.

[3]

Principe D9. De principes zijn aangewezen op grond van artikel 33 lid 2 Pensioenwet, zie art. 11 Besluit uitvoering PW.

[4]

[Kamerstukken II 1977-78, 13 954, nr. 169](#) (amendement Keja en de Korte).

[5]

[Kamerstukken II 2007-08, 31 226, nr. 14](#), p. 22.

[6]

[Kamerstukken II 2007-08, 31 226, nr. 14](#), p. 22.

[7]

[Kamerstukken I 2007-08, 31 226, nr. G](#), p. 5.

[8]

[Kamerstukken I 2007-08, 31 226, nr. D](#), p. 15.

[9]

CRvB 8 december 1994, *AB* 1994, 440; vergelijk HR 5 januari 2001, *PJ* 2001, 4, *NJ* 2001, 661.

[10]

Kamerstukken II 2012-2013, nr. 48 (Omtzigt).

[11]

[Kamerstukken II 2007-08, 30 413, nr. 106](#), p. 8.

[12]

M. Heemskerk, R.M.J.M. de Greef, Medezeggenschap bij PPI is gatenkaas, *P&P* 2012-9; E. Lutjens, Instemmingsrecht OR bij PPI, *P&P* 2012-9; M. Heemskerk, R.M.J.M. de Greef, Instemmingsrecht OR bij PPI: rustig slapen of opletten?, *P&P* 2012-12; E. Lutjens, Instemmingsrecht OR bij PPI heeft geen wetswijziging, *P&P* 2012-12; H. van Meerten, H.W.P. van den Hout, Instemmingsrecht OR bij PPI: gatenkaas of zonneklaar?, *P&P* 2013-1; M. Heemskerk, R.M.J.M. de Greef, Instemmingsrecht OR bij PPI: goed geregeld of toch niet?, *P&P* 2013-1.

[13]

M.W. Minnaard, Bewindspersonen moeten geen invulling geven aan de wet, dat is voorbehouden aan de rechter, FD 10 mei 2013, H. van Meerten, E. Lutjens, Standpunt over Klijnsma is miskenning van haar bevoegdheid, FD 14 mei 2013, M. Heemskerk, Koerswijziging damt medezeggenschap ondernemingsraad in, FD 16 mei 2013.

[14]

[Kamerstukken II 2012-2013, 33 182, nr. 49](#) (Omtzigt).

[15]

M. Heemskerk, OR en pensioen, VU 2010.