

## Instemmingsrecht OR bij pensioen: het was en blijft onduidelijk

Mr. T. Huijg en prof. mr. drs. M. Heemskerk, datum 06-04-2016

Datum	06-04-2016
Auteur	Mr. T. Huijg en prof. mr. drs. M. Heemskerk <sup>[3]</sup>
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Het wettelijk instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen is niet goed geregeld. Het wetsvoorstel OR en pensioen beoogt het wettelijk instemmingsrecht te verduidelijken en zou op 1 juli 2016 in werking moeten treden.<sup>[1]</sup> In deze bijdrage analyseren wij het wettelijk instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen vóór en na het wetsvoorstel.<sup>[2]</sup> Wij concluderen dat het wettelijk instemmingsrecht van de OR bij pensioen onduidelijk is en blijft en doen enkele aanbevelingen.

# 1. Het belang van de instemming van de OR bij pensioen

## 1.1 Het vetorecht van de OR: nietige pensioenbesluiten van de ondernemer

Veel pensioenwijzigingen door de ondernemer vereisen instemming van de OR.<sup>[4]</sup> Stemt de OR niet in maar neemt de ondernemer het besluit toch, dan kan de OR de nietigheid van dat besluit inroepen. Heeft de OR geen instemming verleend, dan kan de ondernemer vervangende toestemming verzoeken aan de kantonrechter. De drempel daarvoor ligt hoog. De kantonrechter verleent alleen toestemming indien de beslissing van de OR om geen instemming te geven onredelijk is of er zwaarwegende bedrijfsredenen zijn.<sup>[5]</sup> De bewijslast daarvoor rust op de ondernemer.<sup>[6]</sup>

Zeker bij pensioenbesluiten is niet altijd duidelijk of de OR instemmingsrecht heeft. Een praktijkvoorbeeld is het besluit van de ondernemer om de uitvoeringsovereenkomst te wijzigen of te beëindigen. Vraagt de ondernemer geen instemming aan de OR, omdat hij vindt dat de OR geen instemmingsrecht heeft, dan moet de OR binnen één maand nadat hem is gebleken dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan dat besluit, de nietigheid hebben ingeroepen. Dat is een fatale termijn. Toen de COR van Shell een beroep deed op het instemmingsrecht ten aanzien van het besluit van Shell om een nieuwe pensioenovereenkomst te laten uitvoeren door een tweede ondernemingspensioenfonds,<sup>[7]</sup> kwam de kantonrechter niet meer toe aan een inhoudelijk oordeel. Volgens hem had de OR meer dan één maand gewacht nadat Shell uitvoering had gegeven aan het besluit.<sup>[8]</sup>

## 1.2 Eenzijdige wijziging pensioenovereenkomst eenvoudiger met instemming OR

Zoals bekend vereist een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou

worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (vgl. art. 19 PW/art. 7:613 BW). De instemming van de OR maakt het voor werkgevers eenvoudiger om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. De instemming van de OR wordt namelijk door veel rechters aangemerkt als een belangrijke indicator dat er een zwaarwichtig belang is.<sup>[9]</sup> Het ontbreken van de instemming van de OR is uitgelegd als een vermoeden dat de werkgever geen zwaarwichtig belang heeft.<sup>[10]</sup> Meer dan een vuistregel is het niet. Er is rechtspraak waarbij de werkgever een zwaarwichtig belang had ondanks ontbrekende instemming van de OR. Onjuist achten wij de uitspraak waarin een zwaarwichtig belang werd aangenomen omdat er ondanks het ontbreken van instemming geen beroep op de nietigheid was gedaan door de OR.<sup>[11]</sup> Ter completering wijzen wij op de zaak waarin er geen rechtsgeldige eenzijdige wijziging van een eindloon- naar een middelloonregeling was, ondanks de instemming van de OR.<sup>[12]</sup>

## 2. De huidige (onduidelijke) positie van de OR bij pensioen

### 2.1 De cao-exceptie

Uitgangspunt van de WOR is dat er een instemmingsrecht is voor de OR over secundaire arbeidsvoorwaarden<sup>[13]</sup> die niet in de cao zijn geregeld. Is de arbeidsvoorwaarde pensioen inhoudelijk en uitputtend bij cao geregeld dan vervalt het instemmingsrecht van de OR.<sup>[14]</sup> Is er een cao, dan is de rol van de OR beperkt. Dit wordt wel de cao-exceptie genoemd.

Ook bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de rol van de OR beperkt. Dat is logisch omdat niet de ondernemer maar sociale partners/het pensioenfondsbestuur besluiten nemen.<sup>[15]</sup> Op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 zijn werkgevers en deelnemers verplicht de statuten en reglementen van het pensioenfonds na te leven. Binding vindt dan ook plaats op grond van de wet. Een (voorgenomen) besluit van de ondernemer is er niet.

### 2.2 Instemmingsrecht bij uitvoeringsovereenkomst bij verzekerde regelingen?

Heeft de ondernemer de pensioenovereenkomst ondergebracht bij een pensioenverzekeraar, dan is art. 27 lid 1 WOR van toepassing. De OR heeft dan instemmingsrecht bij voorgenomen besluiten van de ondernemer tot vaststelling, wijziging en intrekking van 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering'. Het instemmingsrecht heeft in ieder geval betrekking op pensioenovereenkomsten.

Misschien wel de grootste verwarring op dit moment is of het ook ziet op de uitvoeringsovereenkomst. Tot mei 2013 is in de parlementaire geschiedenis driemaal bevestigd dat de OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst.<sup>[16]</sup> Vervolgens draaide SZW volledig en stelde meerdere malen dat de OR geen instemmingsrecht toekwam bij de uitvoeringsovereenkomst.<sup>[17]</sup> Daardoor is er merkwaardig genoeg geen duidelijkheid of de OR instemmingsrecht heeft bij besluiten van de ondernemer om de uitvoeringsovereenkomst aan te gaan, te wijzigen of te beëindigen. De financiële belangen van een wijziging van pensioenuitvoerder zijn voor alle betrokkenen groot. Zo kan de overstap van een verzekeraar naar een algemeen pensioenfonds (APF) betekenen dat de mogelijkheid van korten ontstaat. Uit jurisprudentie blijkt bovendien dat het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst grote (financiële) gevolgen kan hebben voor werkgevers, (ex-)werknemers

[18]

en pensioenuitvoerders.<sup>[18]</sup> Dat verklaart waarom de OR graag instemmingsrecht wenst en de ondernemer niet. In hoofdstuk 4 laten wij zien dat deze onduidelijkheid ook na het wetsvoorstel blijft bestaan.

## 2.3 Beperkt instemmingsrecht OR bij pensioenfondsen

Vanaf 7 augustus 2013 is het instemmingsrecht van de OR uitgebreid voor pensioenbesluiten van ondernemers bij sommige pensioenfondsen.<sup>[19]</sup> Dat instemmingsrecht is beperkt tot voorgenomen besluiten van de ondernemer tot vaststelling en intrekking van de pensioenovereenkomst bij een ondernemingspensioenfonds, niet verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds of niet verplicht onderdeel bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.<sup>[20]</sup> De formulering wijkt in twee opzichten af van het instemmingsrecht bij verzekerde regelingen. Ten eerste: er is geen instemmingsrecht bij een *wijziging* van de pensioenovereenkomst door de ondernemer. Ten tweede: in art. 27 lid 7 WOR staat expliciet — anders dan bij verzekerde regelingen — dat er een instemmingsrecht is ten aanzien van de *pensioenovereenkomst*. Die formulering was aanleiding voor Ktr. Rotterdam om op 23 december 2015 te oordelen dat de OR van Aon geen instemmingsrecht had over een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds, *in casu* het wegvalLEN van een contractuele bijstortingsverplichting van Aon.<sup>[21]</sup> De conclusie dat de OR op grond van deze uitspraak bij alle pensioenuitvoerders geen instemmingsrecht heeft ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst, lijkt ons onjuist. De uitspraak is beperkt tot de situatie bij pensioenfondsen, waar de letter van het instemmingsrecht is beperkt tot pensioenovereenkomst. Voor verzekerde regelingen geldt die formulering niet, omdat de formulering daar ruimer is ('regeling met betrekking tot een pensioenverzekering'). Overigens is een relativering voor wat betreft pensioenfondsregelingen op zijn plaats. Een meer teleologische uitleg van het aangenomen amendement Omtzigt<sup>[22]</sup> — de basis voor het instemmingsrecht van de OR bij pensioenfondsen ex art. 27 lid 7 WOR — is onzes inziens mogelijk. In de toelichting staat namelijk dat de bedoeling van het amendement is om de entree en exit bij pensioenfondsen instemmingsplichtig te maken. Met een welwillende interpretatie vallen daar ook de gevolgen onder die beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst meebrengt.

## 2.4 Welk instemmingsrecht heeft de OR bij een PPI en buitenlandse pensioeninstelling?

Bij besluiten van de ondernemer om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI of buitenlandse pensioeninstelling is art. 27 WOR van overeenkomstige toepassing, zo staat in art. 23 lid 4 PW. De reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR in art. 27 WOR bij pensioenfondsen is beperkter (geen wijziging) dan bij verzekerde regelingen. Onduidelijk is welke regels gelden. Ten eerste is gelet op de tekst van de wet onduidelijk of het instemmingsrecht alleen geldt bij het voorgenomen besluit om de pensioenovereenkomst onder te brengen.<sup>[23]</sup> Ten tweede is met de uitbreiding van het instemmingsrecht van de OR ex lid 7 niet helder of het instemmingsrecht dat geldt voor verzekerde regelingen (lid 1) of pensioenfondsen (lid 7) van overeenkomstige toepassing is. Verdedigbaar lijkt om het instemmingsrecht bij de PPI op één lijn te stellen met dat van een verzekeraar. Die uitvoerders lijken op elkaar. Bovendien bestond de verwijzing naar het instemmingsrecht van de OR voor ondernemers die hun pensioenovereenkomst hebben ondergebracht bij pensioenfondsen (art. 27 lid 7 WOR) er nog niet toen art. 23 lid 4 PW het instemmingsrecht van de OR van toepassing verklaarde. Geen uitgemaakte zaak is welk instemmingsrecht de OR heeft bij een voorgenomen besluit van de ondernemer ten aanzien van (lid 1 of lid 7) een buitenlandse pensioeninstelling met trekken van een pensioenfonds.

## 2.5 Geen instemmingsrecht OR bij een algemeen pensioenfonds?

Soms is zelfs onduidelijk óf de OR een wettelijk instemmingsrecht heeft. Zo staat nergens in de wet dat de OR een instemmingsrecht heeft indien een ondernemer de pensioenovereenkomst onderbrengt bij een APF. Die omissie is eerder in dit blad besproken in de bijdrage van Heemskerk en Los, waarnaar wij verwijzen.<sup>[24]</sup>

## 3. Voorgestelde wijzigingen in het instemmingsrecht van de OR

Het mede op grond van het SER-advies gebaseerde wetsvoorstel regelt de volgende onderwerpen:<sup>[25]</sup>

- *Er is instemmingsrecht, ongeacht de aard van de pensioenuitvoerder.*  
Het verschil tussen verzekeraars, pensioenfonds, premiepensioeninstellingen en buitenlandse uitvoerders wordt daarmee opgeheven. <sup>[26]</sup> Dit is een van de belangrijkste verduidelijkingen van het wetsvoorstel. Er bestaat wel één uitzondering: het instemmingsrecht geldt niet bij — kort gezegd — verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. Zie hierover hoofdstuk 6.
- *Het instemmingsrecht geldt in alle gevallen voor het vaststellen, wijzigen en intrekken.*  
Het huidige onderscheid tussen verzekeraars (wijziging ook instemmingsplichtig; lid 1) en bepaalde pensioenfonds (wijziging niet instemmingsplichtig; lid 7) vervalft daarmee. Ook dit zien wij als een belangrijke verduidelijking.
- *Instemmingsrecht voor 'regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst'*  
Het instemmingsrecht uit lid 1 zal zien op 'regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst'. Daaronder vallen, blijkens het nieuwe lid 7, ook 'regelingen opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement (...) die direct van invloed zijn op de pensioenovereenkomst'. Zie hoofdstuk 4.
- *Een expliciet instemmingsrecht voor de keuze van een buitenlandse uitvoerder.*  
Zie hoofdstuk 5.
- *Een informatieplicht van de ondernemer betreffende de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.*  
Is het voornemen die overeenkomst/dat reglement vast te stellen, te wijzigen of in te trekken dan moet de ondernemer de OR dat zo spoedig mogelijk schriftelijk laten weten, aldus het voorgestelde art. 31f. Wij volstaan in deze bijdrage met twee opmerkingen. Ten eerste lijkt het ons niet de bedoeling (en ook ongewenst) dat deze informatieplicht zich ook uitstrekt tot voorgenomen besluiten van de uitvoerder. De ondernemer kan daar toch moeilijk zijn OR over informeren? Ten tweede oogt het onlogisch de informatieplicht te laten zien op het uitvoeringsreglement. Dat is volgens art. 1 PW een eenzijdig door de pensioenuitvoerder opgesteld document, waar de ondernemer nimmer een besluit over kan nemen. Dat kan wat ons betreft daarom uit het wetsvoorstel.

## 4. De pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst of allebei?

## 4.1 Inleiding

De vraag of het instemmingsrecht ziet op de uitvoeringsovereenkomst, de pensioenovereenkomst of allebei heeft de pensioenwereld de afgelopen jaren flink beziggehouden (vgl. paragraaf 2.2 en 2.3). Het wetsvoorstel hakt geen knopen door. In dit hoofdstuk bespreken wij of — en in welke mate — mutaties in de pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst instemmingsplichtig zijn.

## 4.2 De pensioenovereenkomst

De gehele pensioenovereenkomst valt onder het instemmingsrecht van de OR. Daar kan geen misverstand meer over bestaan. De WOR en het wetsvoorstel kennen wat dat betreft geen beperkingen. De pensioenovereenkomst is een in de Pensioenwet gedefinieerde term: 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen'.<sup>[27]</sup> Het behelst in ieder geval de afspraken die de ondernemer maakt met zijn werknemer omtrent ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen, partnerpensioen, wezenpensioen en, naar wij menen, premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid.<sup>[28]</sup>

Per geval moet bepaald worden wat de *pensioenovereenkomst* exact behelst. Dat betreft een kwestie van uitleg. Daarbij moet niet alleen gekeken worden naar wat werkgever en werknemer met elkaar op schrift zijn overeengekomen, maar zijn ook zaken als gebruik en gerechtvaardigd vertrouwen van belang. Bovendien moet onderzocht worden of de schriftelijke pensioenovereenkomst uit nog meer bestaat dan louter dat stuk. Denk aan incorporatiebedingen, waardoor bijvoorbeeld een personeelshandboek, het pensioenreglement en/of de uitvoeringsovereenkomst onderdeel uitmaken van de pensioenovereenkomst. Is dat het geval, dan vallen die stukken ook onder kwalificatie van pensioenovereenkomst en zijn zij instemmingsplichtig op grond van lid 1. Datzelfde geldt voor een — eventueel — in een uitvoeringsovereenkomst opgenomen derdenbeding.<sup>[29]</sup> Heeft de werknemer dat beding aanvaard? Dan kan goed verdedigd worden dat die daarmee ook — althans voor wat betreft de rechtsverhouding tussen de ondernemer en de werknemer — kwalificeert als *pensioenovereenkomst* en dus instemmingsplichtig is.

### 4.2.1 Waarom geen instemmingsrecht voor pensioengerelateerde onderwerpen?

Voorwaardelijk pensioen in de zin van art. 4 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 vallen niet onder de definitie van pensioenovereenkomst. Art. 65 lid 1 Invoerings- en aanpassingswet PW bepaalt immers dat zo'n regeling geen pensioen is in de zin van de Pensioenwet voor zover de uitkering daaronder nog niet is gefinancierd. Ook regelingen inzake VUT, functioneel leeftijdsontslag en gemoedsbezwaarden kwalificeren niet als pensioenovereenkomst<sup>[30]</sup> en vallen daarmee buiten het instemmingsrecht. Dogmatisch bezien is er voor deze regelingen een goede reden waarom ze niet kwalificeren als pensioen in de zin van de Pensioenwet. Dat kan echter niet gezegd worden voor wat betreft het regelingsbereik van de WOR. Wij pleiten er dan ook voor deze regelingen ook instemmingsplichtig te laten zijn.

**Aanbeveling 1:** Laat regelingen omtrent voorwaardelijk pensioen, VUT, functioneel leeftijdsontslag en gemoedsbezwaarden onder het instemmingsrecht vallen.

## 4.3 De uitvoeringsovereenkomst

De uitvoeringsovereenkomst en het uitvoeringsreglement<sup>[31]</sup> als geheel vallen niet onder het instemmingsrecht van de OR.<sup>[32]</sup> De toelichting bij het wetsvoorstel zegt daarover het volgende: 'De OR heeft in beginsel geen instemmingsrecht over de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder.'<sup>[33]</sup> Hiermee lijkt de roep naar duidelijkheid gehoor te hebben gekregen. Schijn bedriegt.

In het wetsvoorstel staat namelijk (lid 7) dat het instemmingsrecht ook ziet op onderwerpen uit een uitvoeringsovereenkomst die direct van invloed zijn op de pensioenovereenkomst. Heeft het onderwerp directe invloed op de arbeidsvoorwaarde pensioen, dan heeft de OR een instemmingsrecht.<sup>[34]</sup> Cruciaal daarbij zijn de woorden 'directe invloed' (hierna: het vereiste van *directe invloed*). Dit criterium gaat tot onduidelijkheid, en daarmee onzekerheid, leiden.

#### 4.3.1 Onduidelijkheid 1: hoe ver gaat het instemmingsrecht over premie en indexatie?

De volgende onderwerpen uit de uitvoeringsovereenkomst voldoen *ipso facto* aan het vereiste van *directe invloed*: (1) premievaststelling (2) toeslagmaatstaven en (3) toeslagvoorwaarden.<sup>[35]</sup> Het belang van de vraag of een besluit onder een van deze onderwerpen valt, is als volgt. Deze onderwerpen voldoen door wetsduiding aan het vereiste van *directe invloed*.<sup>[36]</sup> Een afzonderlijke toets op het vereiste van *directe invloed* is bij die onderwerpen dan ook niet (meer) vereist.

De vraag is echter wat onder die onderwerpen moet worden verstaan. Daar waar het wetsvoorstel beoogt duidelijkheid te bieden, doet het dat juist niet. Ten eerste bepaalt art. 13 PW al dat de toeslagmaatstaven en -voorwaarden onderdeel moeten zijn van de pensioenovereenkomst. Die onderwerpen zijn dus al instemmingsplichtig op grond van art. 27 lid 1 WOR. Ten tweede is niet uitgewerkt waarover de ondernemer met betrekking tot de drie onderwerpen nu precies instemming moet vragen van de OR. Het wetsvoorstel bevat immers geen definitie daaromtrent. De PW bevat evenmin een wettelijke definitie van premievaststelling, toeslagmaatstaven en -voorwaarden.

Bepleitbaar is een uitleg van deze begrippen conform de Pensioenwet. Deze drie onderwerpen komen namelijk woordelijk overeen met de in art. 25 lid 1 onderdeel a (v.w.b. premievaststelling) en onderdeel f (v.w.b. toeslagverlening)<sup>[37]</sup> PW benoemde verplichte onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst. Het lijkt daarom logisch bij de uitleg van de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR aansluiting te zoeken bij de bijbehorende regels, wetsgeschiedenis en enkele uitlatingen van DNB. Die stukken rechtvaardigen de conclusie dat nagenoeg alle onderwerpen betreffende toeslag daaronder vallen. De OR zou dan instemmingsrecht toekomen over (i) de toeslagmaatstaf c.q. -ambitie,<sup>[38]</sup> (ii) alle toepasselijke voorwaarden voor daadwerkelijke indexatieverlening,<sup>[39]</sup> de toeslagfinanciering,<sup>[40]</sup> afspraken omtrent de toekomstbestendige indexatieregeling en inhaalindexatie<sup>[41]</sup> en het (overige) toeslagbeleid van een pensioenfonds.<sup>[42]</sup> Voor premievaststelling zou bij die uitleg de OR om instemming moeten worden verzocht bij voorgenomen besluiten over: de hoogte van de premie,<sup>[43]</sup> het premiebeleid<sup>[44]</sup> (inclusief de uitwerking van de regels uit art. 128 en 129 PW), de gehanteerde parameters<sup>[45]</sup>, de tarieven bij een verzekerde regeling,<sup>[46]</sup> een premievaste periode en/of een premiemaximering.<sup>[47]</sup>

Zou de gedachte — aansluiting te zoeken bij art 25 lid 1 onderdeel a en f PW — juist zijn, dan heeft de OR over die onderwerpen een wettelijk instemmingsrecht, zonder afzonderlijke toets. *A-contrario*: voor de andere genoemde onderwerpen in art. 25 PW zou dan nog wel een aparte toets vereist zijn. Het gaat dan om zaken als: de betalingswijze, de betalingstermijn, de procedures bij premieachterstand, de uitgangspunten omtrent vermogenstekorten en overschotten, de kosten die een APF in mindering mag

brengen op de ingelegde premies en het afgescheiden vermogen, enz.? Zeker wat betreft de laatste voorbeelden, komt het ons enigszins vreemd voor dat zij wel aan de toets van *directe invloed* onderhevig zouden zijn, terwijl dat niet zou gelden voor bijvoorbeeld de gehanteerde parameters bij de premievaststelling.

Over de uitleg/de reikwijdte van de expliciet genoemde onderwerpen (premievaststelling, toeslagmaatstaven en -voorwaarden) zal onduidelijkheid blijven ontstaan indien de wetgever niet expliciet in de toelichting aangeeft dat met de genoemde onderwerpen aansluiting is gezocht bij art. 25 lid 1 onderdeel a en f PW. Wij raden de wetgever daarom aan in de parlementaire stukken daaromtrent duidelijkheid te geven.

**Aanbeveling 2:** Verduidelijk in het wetsvoorstel of voor de uitleg van de instemmingsplichtige onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst (premievaststelling en toeslagmaatstaven/-voorwaarden) aangesloten dient te worden bij de uitleg van art. 25 lid 1 onderdeel a en f PW. Is die uitleg niet bedoeld, definieer dan wat moet worden verstaan onder premievaststelling, toeslagmaatstaven en -voorwaarden.

#### 4.3.2 Onduidelijkheid 2: welke onderdelen uitvoeringsovereenkomst voldoen aan het directe invloed-vereiste?

De meest in het oog springende onduidelijkheid betreft de niet expliciet in lid 7 genoemde onderwerpen uit een uitvoeringsovereenkomst. Die onderwerpen kunnen namelijk ook instemmingsplichtig zijn, maar daarvoor geldt wel het vereiste van *directe invloed*.<sup>[48]</sup> Per geval zal steeds moeten worden bepaald door de OR en ondernemer of een onderwerp instemmingsplichtig is of niet. Op de OR rust de bewijslast.<sup>[49]</sup> Die keuze van de wetgever betekent dat een OR bij twijfel (of een weigerachtige ondernemer) naar de rechter moet stappen om bijvoorbeeld een verklaring voor recht te vragen dat het betreffende onderdeel van de uitvoeringsovereenkomst valt onder het wettelijk instemmingsrecht. Bij een indirect effect op de pensioenovereenkomst heeft de OR geen instemmingsrecht. Wat een direct of indirect effect op de pensioenovereenkomst is, wordt niet uitgewerkt. Volstaan wordt met het voorbeeld dat de keuze van de werkgever voor een bepaalde uitvoerder geen direct effect heeft op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Voor de buitenlandse pensioenuitvoerder wordt een uitzondering gemaakt (zie hoofdstuk 5).

Het wetsvoorstel suggereert dat OR en ondernemer in een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR afspraken kunnen maken wat wel en niet instemmingsplichtig is. Dat is een praktische polderoplossing. Uiteraard is dat mogelijk, hoewel wij ons afvragen of ondernemers daar happig op zijn nu de OR de bewijslast draagt en het om bovenwettelijke rechten gaat. De WOR is geen driekwartdwingend recht. Vallen onderdelen onder het wettelijk instemmingsrecht, dan kan dat niet bij convenant in de ondernemingsovereenkomst worden weggecontracteerd.

Op dit punt verwachten wij de meeste reikwijdte-geschillen. De wetgever zou er naar onze mening goed aan doen kleur te bekennen; maak de gehele uitvoeringsovereenkomst instemmingsplichtig of juist in het geheel niet. De gekozen tussenoplossing leidt alleen maar tot onnodige onduidelijkheid en procedures.

**Aanbeveling 3:** Verduidelijk de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR of maak de gehele uitvoeringsovereenkomst instemmingsplichtig.

# 5. Het instemmingsrecht bij de keuze voor een buitenlandse pensioenuitvoerder

## 5.1 Inleiding

Het wetsvoorstel introduceert in lid 8 een afzonderlijk instemmingsrecht voor *de keuze* van de pensioenuitvoerder, en enkel voor zover die keuze is gevallen op een buitenlandse pensioeninstelling of verzekeraar. Die keuze *sec* is instemmingsplichtig onder dit lid 8. Al het overige moet beoordeeld worden aan de hand van lid 1 en 7, aldus de toelichting.<sup>[50]</sup>

Dat impliceert — *a-contrario* — dat het algemene instemmingsrecht van art. 27 lid 1 PW niet ziet op de keuze van de uitvoerder. Ook niet indien het daarbij gaat om een Nederlandse pensioenuitvoerder. Een instemmingsrecht op de keuze zou volgens de wetgever namelijk niet passen binnen de wettelijke verantwoordelijkheidsverdeling en, voor zover een beroep wordt gedaan op lid 7, niet voldoen aan het vereiste van *directe invloed*.<sup>[51]</sup>

## 5.2 Rechtvaardiging voor verschil in behandeling?

Het instemmingsrecht van de OR bij de keuze voor een buitenlandse pensioenuitvoerder resulteert in een ongelijke behandeling die afhangt van de nationaliteit van de pensioenuitvoerder. Wij menen dat dit onderscheid inbreuk maakt op het beginsel van vrij verkeer van diensten in de zin van art. 56 VWEU. Weliswaar is dat geen absoluut beginsel, maar de rechtvaardiging die het kabinet daarvoor geeft vinden wij slecht verdedigbaar.

De gegeven rechtvaardiging is dat bij een buitenlandse uitvoerder een ander toezichtkader en financieel toetsingskader gaan gelden, namelijk dat van het land van die uitvoerder. En dat heeft ook gevolgen voor de arbeidsvoorwaarde pensioen, aldus het kabinet.<sup>[52]</sup> Met de Raad van State<sup>[53]</sup> menen wij dat dat ook geldt bij een puur Nederlandse overstap, bijvoorbeeld van levensverzekeraar naar pensioenfonds. Ook dan wijzigt het financieel toetsingskader. Het argument van het kabinet rechtvaardigt het onderscheid dan ook niet.

## 5.3 Symboolpolitiek?

Het instemmingsrecht van de OR bij een keuze voor een buitenlandse pensioenuitvoerder heeft trekken van symboolpolitiek. Voorgenomen besluiten van de ondernemer over de pensioenovereenkomst zijn instemmingsplichtig volgens lid 1. In vrijwel alle gevallen zal (de keuze van) de pensioenuitvoerder onderdeel zijn van de pensioenovereenkomst. Soms direct, doordat in de arbeidsovereenkomst of personeelsgids de naam van de uitvoerder is opgenomen. Maar in vrijwel alle gevallen toch zeker wel indirect, doordat de naam van uitvoerder is opgenomen in het pensioenreglement en dat reglement middels incorporatie onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst en dus de pensioenovereenkomst. Feitelijk zal de keuze van uitvoerder daardoor vrijwel altijd instemmingsplichtig zijn op grond van lid 1. Daarom lijkt deze bepaling symboolpolitiek.

**Aanbeveling 4:** Schrap of rechtvaardig het instemmingsrecht van de OR bij een keuze van de ondernemer voor een buitenlandse pensioenuitvoerder.



# 6. Geen instemmingsrecht bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds?

## 6.1 Inleiding

Het instemmingsrecht ziet blijkens de voorgestelde aanvulling op lid 3 niet op de pensioenovereenkomst die 'is onderbracht bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (...) voor het deel van de pensioenovereenkomst dat verplicht door dat bedrijfstakpensioenfonds wordt uitgevoerd'. Het beoogt de cao-exceptie — instemmingsrecht van de OR vervalt indien het uitputtend in de cao is vastgelegd — op één lijn te stellen met de situatie waarin de pensioenovereenkomst verplicht wordt uitgevoerd door een bedrijfstakpensioenfonds.

Bij het lezen van deze aanvulling moet onderscheid gemaakt worden tussen het deel dat het bedrijfstakpensioenfonds *op basis van een verplichtstelling* uitvoert (categorie 1) en het deel dat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds *vrijwillig* uitvoert en waarvoor geen verplichtstelling geldt (categorie 2). Ter verduidelijking: het gaat wel steeds om een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.<sup>[54]</sup>

Bijzonder aan de categorie 1-pensioenovereenkomst is dat het instemmingsrecht in geen enkel geval geldt. Ook niet indien de desbetreffende ondernemer zich *vrijwillig* heeft aangesloten bij de desbetreffende regeling op grond van art. 121 of 122 PW. Bij deze categorie is louter het perspectief van het bedrijfstakpensioenfonds van belang. De vraag moet steeds zijn: is het fonds wettelijk verplicht de bijbehorende pensioenovereenkomst uit te voeren? Dat kan ook een wettelijke plicht zijn jegens andere ondernemers. Is dat het geval, dan brengt lid 3 met zich dat er geen instemmingsrecht is onder lid 1.

Dat de categorie 1-pensioenovereenkomsten zijn uitgezonderd van het instemmingsrecht is blijkens de memorie van toelichting te rechtvaardigen daar de inbreng van de georganiseerde sociale partners al is gerealiseerd via de verplichtstelling.<sup>[55]</sup> Voor wat betreft de vrijwillige aansluiting zou de rechtvaardiging zijn (i) dat de ondernemer bij vrijwillige aansluiting geen mogelijkheid heeft zelfstandig de regeling te wijzigen<sup>[56]</sup> en (ii) dat er geen sprake is van een (voorgenomen) besluit van de ondernemer.<sup>[57]</sup>

Voor wat betreft de categorie 2-pensioenovereenkomsten (is daaromtrent geen enkele verplichtstelling) geldt dat het instemmingsrecht volop geldt; voor iedere ondernemer. Hierover kan geen misverstand bestaan. Wij kunnen ons daar ook volledig in vinden. Daarom gaan wij op deze categorie hierna niet meer in.

## 6.2 De aanvulling is overbodig en creëert een lacune in het medezeggenschap

Wij menen dat de voorgestelde aanvulling op lid 3 overbodig is. De aanvulling is overbodig omdat voor de ondernemers die verplicht deelnemen er per definitie geen medezeggenschap geldt onder lid 1. Het fondsbestuur neemt immers het besluit, niet de ondernemer. Voor de ondernemers die vrijwillig deelnemen is dat niet veel anders. Zij zullen toekomstige wijzigingen in het pensioenreglement (en doorgaans ook het uitvoeringsreglement) geïncorporeerd hebben in hun pensioenafspraken, waardoor ook wat hen betreft geldt dat wijzigingen veroorzaakt worden door het besluit van het fondsbestuur.

De aanvulling leidt bovendien tot een ongewenste lacune doordat voor beide soorten ondernemingen (de verplichte en de vrijwillig deelnemende ondernemer) de situatie kan ontstaan dat zij een relevant besluit nemen. De verplicht deelnemende ondernemer kan bijvoorbeeld besluiten een vrijstellingsverzoek in te dienen of tot collectieve waardeoverdracht. De vrijwillig deelnemende ondernemer kan besluiten zich aan te sluiten of de vrijwillige aansluiting te beëindigen. Denkbaar is ook dat de ondernemer een vrijwaring afgeeft. In al die gevallen lijkt ons een instemmingsrecht op zijn plaats. Het voorgestelde lid 3 ontnemt dat instemmingsrecht nu, waardoor er een lacune in de medezeggenschap zal ontstaan. Dat lijkt ons ongewenst.

**Aanbeveling 5:** Verduidelijk in de parlementaire behandeling dat er bij de verplicht uitgevoerde onderdelen door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds geen instemmingsrecht is voor de OR en verwijder de aanvulling op lid 3.

## 7. Conclusies en aanbevelingen

Het wettelijk instemmingsrecht van de OR bij pensioen is onduidelijk en blijft ook na het wetsvoorstel onduidelijk. De aangekondigde fundamentele herbezinning<sup>[58]</sup> is wat ons betreft niet waargemaakt.<sup>[59]</sup> Onduidelijk blijft over welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst de OR een instemmingsrecht heeft en krijgt. Het directe invloed criterium is multi-interpretabel. De premievaststelling en de toeslagmaatstaven en -voorwaarden die volgens het wetsvoorstel instemmingsplichtig zijn, zijn niet uitgewerkt. Is er iets onduidelijk, dan heeft de OR de bewijslast. Dat kan ondernemers ertoe uitnodigen om de inhoud van de pensioenovereenkomst te beperken en meer af te spreken in de in beginsel niet instemmingsplichtige uitvoeringsovereenkomst. De volgens het wetsvoorstel instemmingsplichtige keuze voor een buitenlandse pensioenuitvoerder staat op gespannen voet met het vrij verkeer van diensten, terwijl die keuze wellicht sowieso instemmingsplichtig is omdat het tot de pensioenovereenkomst behoort. In deze bijdrage hebben wij ons beperkt tot een aantal verbeterpunten en vijf aanbevelingen gedaan.<sup>[60]</sup> Invoering van het wetsvoorstel in de huidige vorm is een recept voor geschillen tussen OR en ondernemer over de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Voetnoten

[1]

[Kamerstukken II 2015/16, 32043, 301, p. 1.](#)

[2]

Andere bevoegdheden van de OR dan het instemmingsrecht, zoals het — overigens juridisch discutabel — adviesrecht bij (verlenging van) de uitvoeringsovereenkomst op grond van de wettelijk verankerde principes voor goed pensioenfondsbetuur vallen buiten het bestek van dit artikel. Art. 33 PW jo. Code Pensioenfondsen en de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen.

[3]

Mr. T. Huijg is pensioenrechtadvocaat bij Stibbe te Amsterdam. Prof. mr. drs. M. Heemskerk is advocaat bij Blom c.s Advocaten te Nieuwegein en bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

[4]

De zogenoemde pensioenfondsrouten bespreken wij niet in dit artikel. Wel merken wij op dat de wijze waarop in het wetsvoorstel de pensioenfondsrouten wordt omschreven onvolkomen en onjuist oogt. Een fundamentele analyse ontbreekt helaas. Vgl. R. Veugelers, 'Instemmingsrecht voor de OR: nog enkele aandachtspunten', *PM* 2016/37; VVPJ, Studiegroep Medezeggenschap, 11 februari 2016;

[5]

Art. 27 lid 4 en 5 WOR.

[6]

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159, *PJ* 2014, 49, m.nt. E. Lutjens (*Stena Line*) en Rb. Amsterdam 25 juni 1997, *JAR* 1997/149.

[7]

Art. 27 lid 7 WOR bestond ten tijde van dat besluit nog niet.

[8]

Ktr. Den Haag 27 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4198, *PJ* 2014/95, m.nt. C.M.C.P. van Herpen-Thuring.

[9]

Hof Arnhem 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1305, *PJ* 2011/78, m.nt. H.P. Breuker (*Fundeon*) r.o. 5.12 en Ktr. Arnhem 30 juni 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY3823.

[10]

Ktr. Utrecht 20 april 2000, *JAR* 2000/130.

[11]

Ktr. Amersfoort 4 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:531, *PJ* 2015, 69, m.nt. E. Schop (*Veritas*).

[12]

Ktr. Rotterdam 23 december 2009, *PJ* 2013, 82, m.nt. H.P. Breuker (*FNV/KLM*).

[13]

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159, *PJ* 2014/49, m.nt. E. Lutjens (*Stena Line*).

[14]

Art. 27 lid 3 WOR.

[15]

De verplichtstelling moet zijn gebaseerd op een verzoek van sociale partners die een belangrijke meerderheid in de bedrijfstak vertegenwoordigen, art. 2 Wet Bpf 2000 en de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

[16]

Zie [Kamerstukken II 2007/08, 31226, 14](#), p. 22, [Kamerstukken II 2007/08, 31226, G](#), p. 5 en *Handelingen II* 2011/12, 2259, p. 1.

[17]

Zie *Handelingen II* 2012/13, 2122, p. 2, [Kamerstukken II 2012/13, 33182, 46](#) (bijlage), p. 1, *Kamerstukken II* 33182, 46, p. 11, [Kamerstukken I 2012/13, 33182, D](#), p. 21-22 en [Kamerstukken II 2013/14, 33182, 54](#), p. 4.

[18]

Zie Hof Den Haag 9 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2873, *PJ* 2014/163, m.nt. T. Huijg (*Alcatel*); Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1451, *PJ* 2014/67, m.nt. H.P. Breuker (*Smit*) en HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3242, *PJ* 2016;6, m.nt. H.P. Breuker (*PNO Medio*).

[19]

*Stb.* 2013, 302.

[20]

E. Schop, 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door Opf: de discussie is nog niet af', *TPV* 2014/15.

[21]

Ktr. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9803.

[22]

[Kamerstukken II 2012/13, 33182, 49](#).

[23]

Zie bijv.: M. Heemskerk & R.M.J.M. de Greef, 'Medezeggenschap bij PPI is gatenkaas', *P&P* 2012/9 en E. Lutjens, 'Instemmingsrecht OR bij PPI', *P&P* 2012/9.

[24]

M. Heemskerk & J. Los, 'Overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder instemming OR?', *TPV* 2016/6.

[25]

Zie voor enige voorgeschiedenis: *Kamerstukken II* 2013/14, 33182, 54 en het SER-advies *Instemmingsrecht OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen* (advies van 20 juni 2014, SER 2014/05), Den Haag: SER 2014, p. 33.

[26]

Uitgezonderd het keuzerecht voor een buitenlandse pensioenuitvoerder ex lid 8. Zie hoofdstuk 5.

[27]

Art. 1 PW.

[28]

Het gaat daarbij — gegeven de diverse wettelijke definities — om onderwerpen die de uitkering als zodanig beïnvloeden (opbouwpercentage, de pensioengevende emolumenten, de franchise, indexatie, enz.). Wij menen echter dat daaronder ook onderwerpen vallen als premiehoogte, premieverdeling, premievoorbehoud en flexibiliseringsmogelijkheden.

[29]

Reeds bij de totstandkoming van de PSW (1950) las de wetgever een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst. In de MvT stond: "Deze [de uitvoeringsovereenkomst, *toev. auteurs*] [...] komt neer op een door de werkgever gemaakt beding ten behoeve van een derde (de werknemer), dat door het burgerlijk recht geregeerd wordt." (*Kamerstukken II* 1949/50, 1730, 3, p. 7). Zie in gelijke zin meer recent: *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 24. Zie voor rechtspraak: HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.1 (*DSM/Fox*); Ktr. Amsterdam 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6170, r.o. 4.3; Ktr. Arnhem 16 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI1185, r.o. 3.9 en Ktr. Tiel 25 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0494, r.o. 4.1.

[30]

Art. 2 lid 4 t/m 6 PW. Zie wat betreft functioneel leeftijdsontslag met name ook: *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 16 en 178 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 17, p. 36.

[31]

In het vervolg spreken wij alleen nog over de uitvoeringsovereenkomst. Het uitvoeringsreglement moet naar onze mening uit lid 7 gehaald worden, omdat dit blijkens de wettelijke definitie daarvan een eenzijdig door het fondsbestuur opgesteld stuk is en de ondernemer daaromtrent dus nimmer een besluit tot bijv. wijziging kan nemen. Alleen al daarom zal er nooit sprake zijn van een instemmingsrecht en is het uitvoeringsreglement als onderdeel van lid 7 overbodig.

[32]

Behalve als deze is geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst of de werknemers daarbij partij zijn door middel van een aanvaard derdenbeding.

[33]

*Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 4.

[34]

*Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 4, 5 en 8.

[35]

Overigens geeft de memorie van het wetsvoorstel ook twee voorbeelden van onderwerpen die per definitie niet zouden voldoen aan het vereiste van *directe invloed*, namelijk (i) de keuze van pensioenuitvoerder en (ii) onderdelen van het pensioenreglement. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 4 en 5. Wij vinden deze voorbeelden ongelukkig gekozen — is bijv. het pensioenreglement geen onderdeel van de pensioenovereenkomst? — maar laten dit verder buiten beschouwing.

[36]

Dat volgt uit de tekst van lid 7, en wordt ook gesuggereerd in de bijbehorende MvT. Zie: *Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 4.

[37]

En in zekere mate zijn de bewoordingen omtrent toeslagverlening ook ontleend aan art. 13 PW.

[38]

Zie [Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3](#), p. 36, [Kamerstukken II 2013/14, 33972, 3](#), p. 26 en art. 15 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

[39]

[Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3](#), p. 42 en 115 en de toelichting bij het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (*Stb.* 2006/709, p. 47).

[40]

Zie p. 3 van de brief (*Indiening geactualiseerde abtn*) d.d. 30 april 2015 van DNB ([www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-233331.pdf](http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-233331.pdf))

[41]

Zie p. 3 van de sectorbrief (*Wijzigingen in de pensioenwet: wat verwacht DNB van uw fonds*) d.d. 16 januari 2015 van DNB ([www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-232604.pdf](http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-232604.pdf)).

[42]

[Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3](#), p. 57 en [Kamerstukken II 2013/14, 33972, 6](#), p. 5.

[43]

[Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3](#), p. 56.

[44]

[Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3](#), p. 56 en 193 en [Kamerstukken II 2013/14, 33972, 6](#), p. 5.

[45]

Toelichting bij het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen, *Stb.* 2006/710, p. 31.

[46]

[Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3](#), p. 193.

[47]

Zie p. 3 van de brief (*Indiening geactualiseerde abtn*) d.d. 30 april 2015 van DNB ([www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-233331.pdf](http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-233331.pdf)).

[48]

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

[49]

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

[50]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3](#), p. 8.

[51]

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

[52]

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

[53]

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

[54]

De aanvulling geldt namelijk niet voor vrijwillige bedrijfstakpensioenfondsen. Daar is geen verplichtstellingsbeschikking, zodat het instemmingsrecht van lid 1 van toepassing is.

[55]

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

[56]

---

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

[57]

[Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 6.](#)

[58]

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

[59]

Vgl. E. Lutjens, 'Wet met OR-instemmingsrecht over pensioen', *TPV* 2014/12.

[60]

Voor meer aanbevelingen vgl. VVPJ, Studiegroep Medezeggenschap, 11 februari 2016; [www.vvpj.nl/dev/wp-content/uploads/2014/07/VVPJ-Wetsvoorstel-OR-en-pensioen-1-0x.pdf](http://www.vvpj.nl/dev/wp-content/uploads/2014/07/VVPJ-Wetsvoorstel-OR-en-pensioen-1-0x.pdf); V. Gerlach, 'De herziening van artikel 27 WOR en het vergeten belang van de ex-werknemer', *TPV* 2014/48.