

# Instemmingsrecht OR bij PPI: rustig slapen of opletten?



14

*Prof. mr. drs. Mark Heemskerk is hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en pensioenadvocaat bij Blom c.s. advocaten. Mr. dr. Roland de Greef is pensioenadvocaat bij Houthoff Buruma.*

**Ons artikel Medezeggenschap bij PPI is gatenkaas<sup>1</sup> leidde tot een prikkelende reactie van Erik Lutjens.<sup>2</sup> Volgens hem zijn onze conclusies over leemten en onduidelijkheden in het instemmingsrecht van de OR bij de PPI onjuist. Wij zijn op onze beurt na lezing van Lutjens' reactie niet overtuigd. Zijn reactie is welkom want wakkert het debat over de medezeggenschap bij de PPI aan en stelt ons in staat om te verduidelijken waarom en op welke punten wij zijn visie niet delen.**

De OR heeft een instemmingsrecht inzake voorgenomen besluiten van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering' (artikel 27 lid 1 WOR). Lutjens is het met ons eens dat het na beantwoording door de Minister van Kamervragen<sup>3</sup> over de publicatie Ondernemingsraad en Pensioen<sup>4</sup> geldend recht is dat naast de pensioenovereenkomst ook de uitvoeringsovereenkomst bij de verzekerde regeling onder het instemmingsrecht van de OR valt. Hij acht dit weliswaar een onjuiste wetsuitleg maar accepteert schoorvoetend dat de werkgever daar anders over denkt.

Wij kunnen elkaar ook vinden in de lacune dat werknemers bij pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht bij een

pensioenfonds geen medezeggenschap hebben over voorgenomen besluiten van de ondernemer over de pensioenovereenkomst (zoals het besluit om over te stappen van of naar een pensioenfonds). Wij verschillen van mening over de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR bij de PPI.

## **INSTEMMINGSRECHT OR BIJ WIJZIGING EN INTREKKING PENSIOENOVEREENKOMST ONDERGEBRACHT BIJ PPI?**

Wij blijven er ook na kennisname van Lutjens' reactie bij dat lezing van de wet en de parlementaire toelichting er toe leidt dat de OR geen instemmingsrecht heeft bij wijziging of intrekking van de pensioenovereenkomst die (met instem-

ming van de OR) is ondergebracht bij de PPI. Cruciaal is dat in artikel 23 lid 4 Pensioenwet staat dat artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing is wanneer een werkgever het voornemen heeft de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI:

‘Wanneer een werkgever het voornemen heeft een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een premiepensioeninstelling of bij een pensioenfonds dat op grond van artikel 212 ontheffing heeft gekregen van het bepaalde in de artikelen 99, 100, 101, 109 en 110, is artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden van overeenkomstige toepassing.’

### VOORNEMEN ONDERBRENGEN INSTEMMINGSPLICHTIG

In de Pensioenwet staat dat de OR instemmingsrecht heeft in de zin van artikel 27 WOR bij het voornemen van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI. Er staat dus niet dat de OR instemmingsrecht heeft bij wijziging en intrekking van de pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij de PPI. Artikel 23 gaat ook over het onderbrengen van pensioenovereenkomsten. Volgens Lutjens is artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing en heeft de OR dus ook instemmingsrecht bij intrekking en wijziging van de pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij de PPI. Hij verschuift daarmee het accent van het voornemen van de werkgever tot onderbrenging (artikel 23 lid 4 Pensioenwet) naar de ruime reikwijdte (ook intrekking en wijziging) van artikel 27 WOR. De verwijzing naar artikel 27 WOR kan ook wijzen op de toepasselijkheid van procedurele voorschriften die horen bij het instemmingstraject (nietigheidssanctie, vervangende toestemming kantonrechter). Wij zouden menen dat het meer voor de hand ligt om uit te gaan van de beperking van de reikwijdte van artikel 27 WOR die de Pensioenwet als *lex specialis* voor de medezeggenschap bij de PPI omschrijft (alleen het voornemen tot onderbrenging).

De uitbreiding tot wijziging en intrekking van de regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, is ook curieus om een andere reden. PPI's mogen van de werkgever geen biometrische risico's (langlevens en overlijdens) dekken zodat de verwijzing naar het begrip pensioenverzekering in artikel 27 WOR onlogisch is.<sup>5</sup>

### DE VERGELIJKING MET DE MEDEZEGGENSCHAP BIJ DE API

Belangrijker nog vinden wij dat de werkgever nadrukkelijk heeft aangegeven in de wetsgeschiedenis, al dan niet via een hoofdlijnennotitie als bijlage, dat bij de API de medezeggenschap stopt zodra de pensioenovereenkomst is ondergebracht: ‘In artikel 27 van de WOR staat dat bij collectieve pensioenregelingen de ondernemer de instemming nodig heeft van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, winstdelingsregeling

of een spaarregeling. Dat betekent dat medezeggenschap eigenlijk vooraf gaat aan de contractuele onderbrenging bij de API. Medezeggenschap is na het besluit tot onderbrenging en gedurende de looptijd van het contract niet meer aan de orde.’ Hier staat toch (opnieuw) dat na onderbrenging, in dat geval bij de API, er geen medezeggenschap is. Dat sluit aan bij de PPI formulering. Volgens Lutjens kan het niet de bedoeling zijn dat de minister hier heeft bedoeld te ontcrachten dat wijziging en intrekking buiten de medezeggenschap vallen. Wij willen dat nuanceren: die opvatting past niet in het medezeggenschapsrecht. Dat constateerden wij ook en daarin heeft Lutjens gelijk. Niettemin vrezen wij dat de Minister precies bedoelt wat hij opschrijft: geen medezeggenschap na het onderbrengingsbesluit. Dat de Minister dit heeft gezegd in het kader van de parlementaire behandeling van een andere wet dan de Pensioenwet doet daar niet aan af: wetten worden geregeld gewijzigd via andere wetten. Juist omdat wij het onwenselijk vinden (net als Lutjens) dat de minister het medezeggenschapsrecht in het geval van de PPI heeft ingeperkt, hebben wij in onze bijdragen betoogd dit wettelijk en contractueel op te lossen.

### CONCLUSIE

Bij het instemmingsrecht van de OR voor pensioenovereenkomsten die worden ondergebracht bij PPI's is de wenselijke uitkomst, gezien vanuit de consequenties van de thans van kracht zijnde systematiek van de medezeggenschap in ons rechtssysteem, dat de OR ook instemmingrecht heeft bij wijziging en intrekking. Volgens Lutjens is het nu goed (genoeg) geregeld en is er juridisch geen vuilte aan de lucht. Wij delen dat optimisme van Lutjens niet, zeker in tijden waarin de medezeggenschap onder druk staat. Zowel de wetteksten als de parlementaire toelichting suggereren dat de OR die heeft ingestemd met het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij de PPI daarna geen medezeggenschapsrecht meer heeft. Wij zouden als OR bij een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een PPI er niet op vertrouwen dat er instemmingsrecht blijft bestaan voor wijziging en intrekking. Wij zouden het toejuichen indien via Kamervragen kan worden bereikt dat de Minister uitsprekt dat het de bedoeling is dat de OR instemmingsrecht houdt over wijziging en intrekking van de pensioenovereenkomst na onderbrenging bij de PPI of nog beter dat bij wet verduidelijkt. Tot die tijd adviseren wij om het contractueel te regelen en de onduidelijkheid weg te schrijven in medezeggenschapsconvenanten en/of ondernemingsovereenkomsten.

### Noten

- 1 M. Heemsker, R.M.J.M de Greef, Medezeggenschap bij PPI is gatenkaas, P&P 2012-9.
- 2 E. Lutjens, Instemmingsrecht OR bij PPI, P&P 2012-9.
- 3 Aanhangsel Kamerstukken II 2011-12, nr. 2259.
- 4 M. Heemsker, Ondernemingsraad en Pensioen, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2011.
- 5 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 19.