

# Experts aan het woord

P. Borgdorff en prof. mr. M. Heemskerk

*Aan het woord zijn Peter Borgdorff en Mark Heemskerk. Peter Borgdorff is directeur van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn. Mark Heemskerk is bijzonder hoogleraar Pensioenrecht aan de Radboud Universiteit en advocaat bij Onno F. Blom advocaten. Aan hen werd gevraagd te reageren op onderstaande stellingen over medezeggenschap en pensioen.*

## **Een Bpf moet in geval van een bedrijfsovername achterstallige premies kunnen vorderen van beide partijen.**

*Peter Borgdorff:* Eens. Achterstallige premies zijn schulden die zijn opgebouwd door de vorige eigenaar van het bedrijf. De vorige eigenaar moet je aan kunnen spreken op die gemaakte schulden. De nieuwe eigenaar van het bedrijf heeft deze achterstallige premies kunnen zien in een due diligence en hiermee rekening kunnen houden in de onderhandelingen en een lagere koopprijs bedingen. Het minder betaalde bedrag voor de aankoop kan dan worden gestort ten gunste van de deelnemers. Op die manier kan de nieuwe eigenaar het belang van de deelnemers veilig stellen.

Het is wel zo dat het Bpf geen inzage en invloed heeft op het onderhandelingsproces en niet kan weten bij wie ze moeten aankloppen. Hoofdelijke aansprakelijkheid (ze kunnen allebei de werkgevers aanspreken voor het gehele bedrag) ligt dan voor de hand.

De deelnemers zouden in ieder geval geen last moeten krijgen van deze overgang van onderneming. Dit is tegen de geest van de regelgeving van overgang van onderneming en de Wet Bpf voor wat betreft verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.

*Mark Heemskerk:* Daar lijkt het wel op na een vonnis van vorig jaar (Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, JAR 2013, 191) maar ik aarzel of dat dogmatisch klopt. In één zin samengevat stond de rechtbank toe dat het bedrijfstakpensioenfonds op grond van de ovo-wetgeving premies vorderde van de koper van vóór de transactiedatum. De omvang van die verplichting werd pas laat bekend bij koper. Uit mijn hoofd ging het om zo'n €4 miljoen, in ieder geval een fors hoger bedrag dan waar rekening mee was gehouden (ook in de koopprijs). Dat het bedrijfstakpensioenfonds een zelfstandig recht zou ontleen aan de ovo-wetgeving om achterstallige premies te innen volgt niet uit de tekst van de wet (art. 7:663 BW). De ruime wetsuitleg beschermt niet zozeer de werknemers. Zij kunnen nakoming van hun pensioenovereenkomst vorderen, jegens zowel hun werkgever als het bedrijfstakpensioenfonds. De uitspraak is buitengewoon prettig voor bedrijfstakpensioenfonds die hun achterstallige premie niet hebben weggevoerd. Maar of die oprekkings van art. 7:663 BW tot een bevoegdheid van een bpf in plaats van de werknemer terecht is, valt te betwijfelen. Zeker omdat een verplicht bedrijfstakpensioenfonds de wettelijke bevoegdheid heeft om werkgevers die geen premies betalen na aanmaning en uitblijvende betaling binnen 30 dagen premies in te vorderen met een dwangbevel. Dat dwangbevel levert een executoriale titel op die ten uitvoer kan worden gelegd (zie art. 21 lid 1 en art. 4 Wet Bpf 2000). Dat instru-

ment geeft het bedrijfstakpensioenfonds tanden om premieachterstanden te lijf te gaan vóór de bedrijfsovername. De geboden bescherming van de ovo-wetgeving aan bedrijfstakpensioenfonds lijkt dan niet nodig en bovendien daar niet voor geschreven. Daarom ben ik nieuwsgierig of deze zaak in hoger beroep standhoudt.

## **Het instemmingsrecht van de OR strekt zich ook uit over de uitvoeringsovereenkomst (of zou zich daarover moeten uitstrekken).**

*Peter Borgdorff:* Het instemmingsrecht van de OR kan zich uitstrekken over de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder. Dit kan niet bij een verplichtgesteld Bpf, omdat de werkgever en de werknemers eenvoudigweg verplicht zijn tot deelname in het pensioenfonds. Er is dan ook geen sprake van een uitvoeringsovereenkomst, maar van een uitvoeringsreglement, vastgesteld door (sociale partners in) het bestuur.

Indien geen sprake is van een verplichtgesteld Bpf en de CAO-partijen geen bepalingen in de CAO hebben opgenomen over de uitvoering van de pensioenregeling of dit in de CAO bij de OR hebben neergelegd, zou een instemmingsrecht van de OR op een besluit van de werkgever met betrekking tot aangaan, wijzigen en opzeggen van een uitvoeringsovereenkomst best een goede mogelijkheid kunnen zijn.

*Mark Heemskerk:* Vreemd genoeg is die vraag lastig te beantwoorden. De wet is vaag, de wetsgeschiedenis nog vager. Vond minister Donner nog dat de OR wel instemmingsrecht had bij de uitvoeringsovereenkomst van verzekerde regelingen, de huidige staatssecretaris (Klijnsma) vindt dat niet langer. Leuker kunnen ze het niet maken bij de overheid. De medezeggenschap bij pensioen is (1) ingewikkeld en (2) bedroevend slecht geregeld. Bij pensioenfonds heeft nu nog de deelnemersraad en vanaf 1 juli a.s. het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan (afhankelijk van het gekozen bestuursmodel) een adviesrecht á la WOR bij voorgenomen besluiten van het pensioenfonds inzake de uitvoeringsovereenkomst. De wet geeft de OR instemmingsrecht over voorgenomen besluiten van de ondernemer inzake 'een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering.' Duidelijk is dat de OR instemmingsrecht heeft bij totstandkoming, wijziging of beëindiging van de pensioenovereenkomst (lees: het pensioenreglement) bij verzekerde regelingen. Onduidelijk is of de OR instemmingsrecht heeft bij de uitvoeringsovereenkomst (het verzekeringscontract tussen werkgever en verzekeraar). Dat is natuurlijk van groot belang. Iedereen begrijpt dat de financiële afspraken uit de uitvoeringsovereenkomst linksom of rechtsom doorwerken in de kwaliteit van het pensioenreglement. Ondernemers willen materiële pensioenwijzigingen doorvoeren in de uitvoeringsovereenkomst zonder het pensioenreglement te wijzigen en dus zonder de OR. De rechtsonzekerheid zorgt voor veel onduidelijkheid en moeizame onderhandelingen bij de lopende wijzigingstrajecten (wel of niet instemming vragen; wel of niet inroepen nietigheid). Voor mij is die

scheiding tussen uitvoeringsovereenkomst en pensioenreglement technisch en kunstmatig. De medezeggenschap zou moeten gaan om de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen (materieel criterium). Als een inhoudelijke wijziging in de uitvoeringsovereenkomst staat in plaats van in het pensioenreglement zou dat wat mij betreft ook instemmingsplichtig moeten zijn.

**Wanneer de medezeggenschap van de OR ten aanzien van het pensioen wordt uitgebreid (zoals staatssecretaris Klijnsma in de Kamerbrief voorstelt) ontstaat een (ongewenste) samenloop tussen de medezeggenschap van de OR en de medezeggenschap binnen het pensioenfonds.**

*Peter Borgdorff:* De hier bedoelde samenloop ontstaat gelukkig niet. De staatssecretaris sluit aan bij het principiële onderscheid dat de Pensioenwet maakt tussen enerzijds de afspraken die worden gemaakt over het pensioen als arbeidsvoorwaarde, anderzijds een correcte uitvoering door de partij bij wie de pensioenregeling moet worden ondergebracht (verzekeringsmaatschappij, pensioenfonds). De afspraken die worden gemaakt over het pensioen als arbeidsvoorwaarde, worden meestal vastgelegd in een CAO. Uit art. 32 WOR volgt dat de OR geen medezeggenschapsrechten heeft voor zover de betrokken aangelegenheid inhoudelijk al in een CAO of een publiekrechtelijke arbeidsvoorwaardenregeling is geregeld. Daarmee wordt ongewenste samenloop voorkomen.

Medezeggenschap van de OR over de materiële inhoud van de pensioenregeling (zoals de pensioenleeftijd en de aard en hoogte van de pensioenaanspraken) bestond al, maar was beperkt tot gevallen waarin de pensioenregeling was ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij. Deze onevenwichtigheid wordt weggenomen. In de nieuwe opzet krijgt de OR óók medezeggenschap in gevallen waarin de pensioenregeling is ondergebracht bij een pensioenfonds, voorzover dit niet is geregeld in een CAO.

Is de pensioenregeling bij een pensioenfonds ondergebracht, dan is het uiteraard van belang dat het pensioenfonds de regeling correct uitvoert. Dit gaat dan over zaken als indexatie van pensioenrechten, premiebeleid, beleggingsbeleid en voorlichting. Voor dit traject, de uitvoering, geldt een afzonderlijk medezeggenschapsregime, dat voor pensioenfondsen is geregeld in de Pensioenwet. Per 1 juli 2014 dient elk fonds een verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan ingesteld te hebben. Bij PFZW heeft het verantwoordingsorgaan onder meer een goedkeuringsrecht op wijzigingen in (de tekst van) het pensioenreglement.

Het voorgaande geeft het volgende beeld:

- Indien een werkgever verplicht of vrijwillig is aangesloten bij een bepaald Bpf, is sprake van een pensioenregeling die op bedrijfstakniveau is vastgesteld door de sociale partners. De OR heeft dan geen medezeggenschapsrechten ten aanzien van de inhoud van de pensioenregeling. Bij een vrijwillige aansluiting heeft de OR wel medezeggenschap ten aanzien van besluiten over de keuze van de uitvoerder en de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst;
- Indien een werkgever zijn pensioenregeling heeft ondergebracht bij een Opf zal hij de pensioenregeling meestal zijn overeengekomen met de vakbonden. Een OR heeft dan geen medezeggenschapsrechten ten aanzien van de inhoud van de pensioenregeling. De

medezeggenschap bij een Opf is geregeld in de Pensioenwet, en betreft dus niet de materiële inhoud van de regeling maar de vraag of deze correct wordt uitgevoerd. Indien een werkgever die zijn pensioenregeling heeft ondergebracht bij een Opf de medezeggenschap zou willen stroomlijnen, zou hij een lidmaatschap van de OR kunnen combineren met het lidmaatschap van het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan;

- Pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij een verzekeraar of PPI zijn over het algemeen niet overeengekomen door werkgevers of werkgeversverenigingen met de vakbonden. Daarom zijn dit meestal geen CAO's. Dit betekent dat een OR hier medezeggenschap op de inhoud van de pensioenregeling zou kunnen krijgen. Dat zou een welkome aanvulling kunnen zijn.

*Mark Heemskerk:* Klijnsma stelt in haar brief van 17 januari voor de medezeggenschap bij pensioen te uniformeren. Dat klinkt mooi. De OR krijgt in dat plan bij totstandkoming, wijziging en beëindiging van de pensioenovereenkomst instemmingsrecht, zowel bij verzekerde regelingen als bij pensioenfondsen. Het risico op samenloop en afbakeningsvragen blijft bestaan in de driehoeksverhouding. Een voorgenomen besluit van de ondernemer moet langs de OR. Maar wat als het pensioenfonds het reglement wijzigt (pardon: voornemt te wijzigen). Staat de OR dan buitenspel? Het adviesrecht van het medezeggenschapsorgaan van het pensioenfonds (deelnemersraad of verantwoordingsorgaan) heeft minder tanden, zeker omdat in de medezeggenschap nieuwe stijl de werkgever in het verantwoordingsorgaan zit en een veto heeft om de gang naar de Ondernemingskamer te blokkeren. Kortom: er zijn strategieën om de meest gunstige medezeggenschapsroute te bepalen. De Shell-route – nu gerepareerd in art. 27 lid 7 WOR – laat zien dat het ontgaan of beperken van medezeggenschap bij pensioen geen theorie is. Het (medezeggenschaps)recht is voor de waken, niet voor de slapenden.

**Totdat sprake is van duidelijkheid over de rol van de OR bij de (wijziging van) pensioenregelingen en de uitvoeringsovereenkomst is het aan te raden de rol van de OR vast te leggen in een ondernemingsovereenkomst.**

*Peter Borgdorff:* Het staat werkgevers en ondernemingsraden uiteraard vrij om een ondernemingsovereenkomst af te sluiten, waarbij de OR alvast medezeggenschapsrechten krijgt met betrekking tot het pensioenreglement. Hierbij is het wel van belang om goed in de gaten te houden of deze medezeggenschapsrechten niet worden doorkruist door wettelijke bepalingen of CAO's. Het zou natuurlijk jammer zijn om de OR bevoegdheden te geven die zij niet kan uitvoeren of dat deze bevoegdheden zouden leiden tot ongewenste samenloop.

*Mark Heemskerk:* In een harmoniemodel biedt een medezeggenschapsconvenant als ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR perspectief om tot werkafspraken te komen en medezeggenschapsrechten vast te leggen. Mijn waarneming tot nu toe is dat hier weinig gebruik van wordt gemaakt. Enerzijds maakt onbekend onbemind. Anderzijds is de animo bij (een deel van de) werkgevers om convenanten te sluiten laag.

**Het voorstel van Klijnsma legt alle pensioenfondsen langs dezelfde lat, terwijl de fondsen sterk van elkaar verschillen. Er moet meer ruimte komen voor de fondsen zelf om te bepalen hoe zij zorgen voor een evenwichtige verdeling over generaties.**

*Peter Borgdorff:* Eens. Elk fonds is verschillend, waardoor de uitkomst op de vraag wat een 'evenwichtige verdeling tussen generaties' inhoudt, per fonds kan verschillen. Dat neemt niet weg dat een evenwichtige verdeling tussen generaties heel belangrijk is.

*Mark Heemskerk:* Meer ruimte is niet per se goed. De financiële spelregels voor pensioenfondsen in het voorstel van Klijnsma (het wetsvoorstel ligt bij de RvS en is nog niet openbaar) beïnvloeden de dekkingsgraad van pensioenfondsen en daarmee de kans op indexatie of korting, de hoogte van de pensioenpremie en latente pensioenaanspraken. Dezelfde financiële spelregels waarborgen uniformiteit en voorkomen wildgroei. Onwenselijk is dat pensioenfonds 1 zich rijk rekent door uit te gaan van hoge veronderstelde rendementen en daardoor een veel hogere dekkingsgraad heeft dan pensioenfonds 2 dat voorzichtiger rekent. Pensioen is al ingewikkeld genoeg zonder rekentrucs. Consensus over de juiste rekenregels of in ieder geval duidelijkheid daarover is wenselijk. Of de weg die wordt ingeslagen juist is, is vers één. Het overlaten aan de fondsen wat een evenwichtige verdeling is tussen generaties juich ik niet toe. Iedereen is voor een evenwichtige verdeling. Interessant wordt ook hoe DNB de zogenaamde generatietoets gaat uitvoeren: toetsen of de belangen goed zijn afgewogen in het bestuur ex art. 105 lid 2 Pensioenwet oogt softer dan de leeftijdsdiscriminatietoets uit de WGBL. Dat laatste instrument zullen jongeren en ouderen uit de gereedschapskist halen, vermoed ik.

**Indien een pensioenregeling wordt gewijzigd door het pensioenfonds moet ook steeds de (juridische) norm van 'zwaarwichtig belang' gelden.**

*Peter Borgdorff:* Een pensioenregeling wordt niet gewijzigd door het pensioenfonds, maar door de sociale partners die de regeling uitoonderhandelen en vaststellen. Het pensioenfonds voert deze regeling slechts uit.

Dat gezegd hebbende: pensioen is juridisch gezien een zeer lang lopende overeenkomst. Het zou onrealistisch zijn om te verwachten dat je onder geen enkele omstandigheid kan wijzigen. Aan de andere kant rekenen de deelnemers, slapers en gepensioneerden ook op een bepaald bestaansniveau. Dat zijn zeer gegronde belangen, die bovendien ook niet altijd gelijk lopen. Aan een wijziging van de pensioenregeling dient daarom een zeer zorgvuldige belangenafweging vooraf te gaan. De norm 'zwaarwichtig belang' zou daar bij kunnen passen.

*Mark Heemskerk:* Dat geldt niet voor verplichte bedrijfstakpensioenfondsen. Het geldt evenmin voor ondernemingspensioenfondsen (HR 8 november 2013, JAR 2013, 300 Delta Lloyd). Bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen is een rechtsgeldige wijziging van het pensioenreglement voldoende. Op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 zijn deelnemers en werkgevers gebonden aan de statuten en reglementen van het bpf. Bij ondernemingspensioenfondsen is de zwaarwichtig belang toets niet van toepassing omdat niet de werkgever eenzijdig wijzigt (dat staat in de wet, zowel art. 19 Pensi-

oenwet als art. 7:613 BW). Voor (rechtsgeldige) wijzigingen van het pensioenreglement door het pensioenfondsbestuur is geen zwaarwichtig belang vereist. Het besluit mag weliswaar niet onevenwichtig (art. 105 lid 2 Pensioenwet) of onaanvaardbaar zijn of misbruik van bevoegdheid meebrengen. Dat is een veel mildere toets. Ook hier vraag ik mij af of de wettelijke regels voor (eenzijdige)wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen door een derde (het pensioenfonds) voldoende doordacht en gewaarborgd is. Een arbeidsrechtelijke c.q. pensioenrechtelijke visie van de wetgever op de toetsing van wijzigingen zou niet misstaan in tijden van fundamentele pensioenherziening.

**Er moet een pensioenfonds voor zzp'ers komen.**

*Peter Borgdorff:* Er wordt op dit moment verkend op welke wijze een pensioenfonds voor zzp'ers tot stand gebracht zou kunnen worden. Althans, dat wordt gezegd. Tot nu toe zien wij bewegingen die zich feitelijk in de 'derde pijler' afspeelen. Dan kan je niet spreken van een echt pensioenfonds, in mijn optiek. Daarbij speelt ook nog wel de vraag of het vanuit het perspectief van risicodeling logisch is om alle zzp'ers in één fonds onder te brengen. Je moet ook kijken naar de onderliggende profielen. Dan kan wellicht vrijwillige voortzetting een logischer optie zijn. Daarnaast kijkt PFZW naar de wenselijkheid om in de toekomst eventueel vrijwillige aansluiting voor zelfstandigen mogelijk te maken. Mogelijk is dat in de toekomst ook een logisch alternatief. Dat vergt dan wel een wetsaanpassing. Maar uiteindelijk is de vraag of er een pensioenfonds voor zzp'ers moet komen vooral een vraag voor de zzp'ers zelf.

*Mark Heemskerk:* Dat er een verplicht pensioenfonds moet komen lijkt mij niet gewenst. Zelfstandigen zijn geen werknemers maar ondernemers, althans zouden dat moeten zijn. Voor zelfstandigen zijn andere mogelijkheden om pensioen op te bouwen dan voor werknemers: het zijn geen gelijke gevallen. Het economische probleem is dat grote groepen zelfstandigen eigenlijk werknemers zijn die tot zelfstandigheid worden gedwongen. Het benutten of verruimen van bestaande mogelijkheden in de tweede pijler ligt voor de hand. Zo kunnen zelfstandigen die hun werknemersstatus verliezen vaak vrijwillig aangesloten blijven bij de pensioenregeling. Bedrijfstakpensioenfondsen kunnen via hun werkingssfeerbepaling ook zelfstandigen binnen het bereik brengen ('iedereen werkzaam in de sector neemt verplicht deel aan de pensioenregeling'), hetgeen incidenteel ook gebeurt. Een apart pensioenfonds voor zzp'ers is mogelijk in de derde pijler, maar dan wel op vrijwillige basis zodat de ondernemers kunnen kiezen of zij hun pensioen daar willen onderbrengen.