

Instemmingsrecht OR uit Pensioenwet is gebrekkig



Mr. dr. M. Heemsker

Mark Heemsker is senior onderzoeker bij het VU Expertisecentrum Pensioenrecht en advocaat bij HouthoffBuruma.

In deze bijdrage analyseert de auteur, mede aan de hand van het instemmingsrecht uit de WOR, in welke gevallen de OR instemmingsrecht heeft op grond van de Pensioenwet bij het onderbrengen van een pensioenovereenkomst bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of bij een pensioenfonds met ontheffing.¹ Daarnaast wordt de reikwijdte besproken van het instemmingsrecht en hoe het zich verhoudt tot de WOR. De auteur concludeert dat het instemmingsrecht in de Pensioenwet gebrekkig is en doet een concreet voorstel tot verbetering.



Indien een werkgever het voornemen heeft om een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of bij een pensioenfonds met ontheffing, is artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing en heeft de OR instemmingsrecht (artikel 23 Pensioenwet). Dit instemmingsrecht is enigszins aan het oog onttrokken, maar wint aan belang bij introductie van premiepensioeninstellingen en onderbrenging van Nederlandse pensioenovereenkomsten bij buitenlandse pensioeninstellingen. Wordt het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel inzake premiepensioeninstellingen wet, dan krijgt de OR namelijk ook ten aanzien van de onderbrenging bij premiepensioeninstellingen instemmingsrecht.²

INSTEMMINGSRECHT OR INZAKE PENSIOEN OP GROND VAN DE WOR

Het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen is geregeld in artikel 27 WOR. Artikel 23 Pensioenwet verklaart artikel 27 WOR van overeenkom-

stige toepassing. Kennisname van artikel 27 WOR is derhalve essentieel om het instemmingsrecht van de OR uit de Pensioenwet te begrijpen.

Voor de arbeidsvoorwaarde pensioen in artikel 27 WOR is dat instemmingsrecht beperkt tot de vaststelling, wijziging of intrekking van een 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering.' De relevante passage uit artikel 27 WOR luidt als volgt:

'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, een winstdelingsregeling of een spaarregeling;

Duidelijk is dat de OR geen instemmingsrecht heeft indien de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een pensioenfonds. Dan is er immers geen sprake van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering. De ratio om de

OR geen instemmingsrecht te geven bij pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht bij pensioenfondsen, is dat de medezeggenschap al geacht wordt te zijn gewaarborgd door werknemersvertegenwoordiging in de fondsbesturen.³ Instemming van de OR zou leiden tot dubbele medezeggenschap. Op de (on)zuiverheid van die redenering ga ik in deze bijdrage niet in.⁴

Slechts bij verzekerde regelingen – pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht bij een pensioenverzekeraar⁵ – heeft de OR instemmingsrecht. Is het aanvullend pensioen inhoudelijk geregeld in de cao, dan vervalt het instemmingsrecht van de OR. Dat primaat van de vakbonden volgt uit artikel 27 lid 3 WOR. Het instemmingsrecht van de OR is dus beperkt tot verzekerde regelingen voor zover die niet zijn geregeld in de cao. Dat is in elk geval duidelijk.



Instemming over pensioenovereenkomst en/of uitvoeringsovereenkomst?

Minder duidelijk is of het instemmingsrecht bij verzekerde regelingen zich uitstrekt tot de pensioenovereenkomst en/of de uitvoeringsovereenkomst. Het komt dan aan op de uitleg van het begrip 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering'. Voor de OR en de ondernemer is het een groot verschil of de OR instemmingsrecht heeft over de pensioenovereenkomst of (ook) over de afspraken tussen werkgever en pensioenverzekeraar (uitvoeringsovereenkomst). Tijdens de parlementaire behandeling van de Veegwet Pensioenwet⁶ werd die vraag voorgelegd aan de wetgever. Deze antwoordde als volgt:

'(...) Dat betekent dat het instemmingsrecht in de praktijk geen rol speelt bij ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen, maar wel bij pensioenregelingen die bij verzekeraars zijn ondergebracht. De vraag is in feite dus of de uitvoeringsovereenkomst (het contract tussen werkgever en verzekeraar) als medeafspraken 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.'⁷

In een later stadium bevestigde de wetgever nogmaals dat de uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht van de OR viel.⁸ Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer werd aangegeven dat onduidelijk was wat precies onder een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering moest worden verstaan. Gevraagd werd of zowel de uitvoeringsovereenkomst als pensioenovereenkomst onder het instemmingsrecht viel. De minister antwoordde daarop:

'Het hier bedoelde instemmingsrecht heeft geen betrekking op de pensioenovereenkomst, maar wel op de uitvoeringsovereenkomst.'⁹

Dat lijkt mij een onjuiste interpretatie van artikel 27 WOR. De medezeggenschap strekt zich in die uitleg uit tot de relatie werkgever-verzekeraar (uitvoeringsovereenkomst) en niet over de inhoud van de pensioenafspraken tussen werknemer en werkgever. Anders geformuleerd: de OR mag zich niet bemoeien met de totstandkoming van de pensioenafspraken tussen werkgever en werknemer, maar wel met de uitvoering ervan. Dat standpunt is niet vol te houden¹⁰, want het past niet in de systematiek van de WOR. De basisgedachte is medezeggenschap over de arbeidsvoorwaarde pensioen en die wordt ingevuld door werkgever en werknemer en pas daarna uitgewerkt. Het lijkt mij, gelet op de parlementaire geschiedenis van de WOR, evident dat de pensioenovereenkomst – hetgeen werkgever en werknemer afspreken over pensioen – instemmingsplichtig zou moeten zijn. Het betreft hier besluiten van de ondernemer over de arbeidsvoorwaarde pensioen. De ratio van de medezeggenschap die uit artikel 27 WOR voortvloeit, is om die besluiten van de ondernemer die het aanvullend pensioen van de werknemers beïnvloeden onder de paraplu van de medezeggenschap te brengen. Ik houd het er op dat het ondanks deze opvatting in de wetgeschiedenis van de Veegwet Pensioenwet geldend recht is dat OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van pensioenovereenkomsten en uitvoeringsovereenkomsten

Het belang van het instemmingsrecht van de OR

Aangezien artikel 23 Pensioenwet artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing verklaart, is de instemmingsprocedure uit de WOR van toepassing. De ondernemer verzoekt de OR schriftelijk om in te stemmen met het voorgenomen

besluit, waarbij hij zijn beweegredenen en de personele gevolgen beschrijft. Vervolgens vindt ten minste eenmaal overleg plaats in de overlegvergadering, waarna de OR zijn beslissing neemt.¹¹

Neemt de ondernemer een (pensioen)besluit zonder instemming van de OR, dan kan de OR het besluit nietig verklaren. Vereist is dat de OR dat (1) schriftelijk doet en (2) binnen een maand nadat de ondernemer hem het besluit heeft

meegedeeld of dat de OR is gebleken dat de ondernemer uitvoering of toepassing heeft gegeven aan zijn besluit.¹² De ondernemer kan de kantonrechter om vervangende toestemming vragen, na verplichte bemiddeling door de bedrijfscommissie. Zonder die bemiddeling is de ondernemer niet-ontvankelijk in zijn verzoek aan de kantonrechter.¹³ De lat voor de ondernemer ligt hoog. De kantonrechter moet – kort gezegd – van oordeel zijn dat het niet geven van instemming door de OR onredelijk is of dat de ondernemer zwaarwegende bedrijfsredenen voor het besluit heeft.¹⁴ Wegen de argumenten even zwaar, dan verleent de rechter geen vervangende toestem-

~ De OR mag zich niet bemoeien met de totstandkoming van de pensioenafspraken ~

ming, tenzij de ondernemer aantoont zwaarwegende redenen voor zijn besluit te hebben.¹⁵

De OR kan de kantonrechter verzoeken de ondernemer te bevelen om uitvoering of toepassing van het nietige besluit te staken.¹⁶

Het voorgaande toont aan dat het instemmingsrecht een krachtig instrument is van de OR. Voor de ondernemer is de opstelling van de OR van groot gewicht. Naast het reguliere besluitvormingstraject legt instemming van de OR gewicht in de schaal indien moet worden gewogen of er voldoende zwaarwichtige belangen aan de kant van de werkgever aanwezig zijn voor een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst ex artikel 7:613 BW of 19 Pensioenwet. Instemming van de OR bindt individuele werknemers niet, maar heeft betekenis bij door de werkgever gewenste eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst.

INSTEMMINGSRECHT OR OP GROND VAN DE PENSIOENWET

De Pensioenwet geeft de OR een wettelijk instemmingsrecht ten aanzien van voorgenomen besluiten van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of bij een pensioenfonds met een vrijstelling van de verplichting om een paritair bestuur en/of een deelnemersraad te hebben. Dat blijkt uit artikel 23 lid 4 PW:

‘Wanneer een werkgever het voornemen heeft een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat 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.’

De Pensioenwet breidt het instemmingsrecht van de OR uit ten aanzien van drie soorten voorgenomen besluiten van de ondernemer (ervan uitgaand dat de premiepensioeninstelling aan het instemmingsarsenaal wordt toegevoegd):

- ♦ pensioeninstelling andere lidstaat;
- ♦ pensioenfonds met ontheffing;
- ♦ premiepensioeninstelling.¹⁷

De Pensioenwet verklaart artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing. Dat betekent dat daarmee de gehele instemmingsprocedure (zie hiervoor) van toepassing is.

Onderbrenging bij pensioeninstelling uit andere lidstaat

De werkgever kan – mits voldaan wordt aan een aantal voorwaarden – een uitvoeringsovereenkomst sluiten met een pensioeninstelling met zetel in een andere lidstaat (zie artikel 23 lid 1 Pensioenwet). Die pensioeninstelling moet dan (1) een vergunning hebben van de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de

pensioeninstelling is gezeteld en (2) de bevoegde autoriteiten hebben genotificeerd van het voornemen om een Nederlandse pensioenovereenkomst uit te voeren.¹⁸ Is aan die voorwaarden

voldaan, dan kan de Nederlandse werkgever een uitvoeringsovereenkomst sluiten met bijvoorbeeld een Belgische pensioeninstelling.

Door dit instemmingsrecht krijgt de OR dus een behoorlijke vinger in de pap. De OR doet er – nog los van de inhoud van de pensioenovereenkomst en/of uitvoeringsovereenkomst – in ieder geval goed aan om de werkgever te vragen of voldaan is aan de vergunningsplicht en notificatieplicht.

Het instemmingsrecht is een krachtig instrument van de OR

Instemmingsrecht OR bij pensioenfonds met ontheffing paritair bestuur en/of deelnemersraad

In bijzondere gevallen kan de toezichthouder ontheffing verlenen van de wettelijke eis dat het bestuur van een pensioenfonds paritair moet zijn samengesteld of de eis tot instelling van een deelnemersraad. De ontheffingsmogelijkheid blijkt uit artikel 212 lid 2 Pensioenwet:

‘De toezichthouder kan desgevraagd in bijzondere gevallen van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 99, 100, 101, 109 en 110 ontheffing verlenen, indien het pensioenfonds ook pensioenregelingen uitvoert waarop de sociale en arbeidswetgeving van een andere lidstaat van toepassing is.’

De ontheffing wordt alleen verleend wanneer een pensioeninstelling uit een andere lidstaat de pensioenregeling uitvoert of wanneer een in Nederland gevestigd pensioenfonds een buitenlandse pensioenregeling uitvoert. Ontheffing van de verplichting tot paritaire bestuurssamenstelling kan zich voordoen indien de werkgever na faillissement niet meer bestaat, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.¹⁹ Heeft een werkgever het voornemen om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenfonds met ontheffing voor paritaire bestuurssamenstelling en/of het instellen van een deelnemersraad, dan heeft de OR instemmingsrecht.

Het instemmingsrecht is in deze situatie dus wel van toepassing op Nederlandse pensioenfonds. Dat wijkt af van de WOR. Daar is het instemmingsrecht van de OR immers beperkt tot voorgenomen besluiten van de ondernemer ten aanzien van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering. De ratio daarvoor is, samengevat, dat er bij pensioenfonds al medezeggenschap is omdat het pensioenfonds paritair is samengesteld – werknemersvertegenwoordigers hebben zitting in het bestuur van het pensioenfonds – en het pensioenfonds medezeggenschapsorganen kan bevatten (zoals de deelnemersraad). Dat kan verklaren waarom de OR in afwijking van de WOR een instemmingsrecht heeft bij pensioenfonds met ontheffing. De paritaire samenstelling is bij die pensioenfonds

niet gegarandeerd, zodat de werknemersvertegenwoordiging onzeker is.

Instemmingsrecht bij onderbrenging in PPI

De OR zal eveneens instemmingsrecht krijgen ten aanzien van een voornemen van de werkgever om een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een algemene pensioeninstelling. Dat blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet.

'De onderbrenging van een pensioenregeling bij een API is vergelijkbaar met de onderbrenging van een regeling bij een verzekeraar. (...)

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.²⁰

In het wetsvoorstel introductie premiepensioeninstellingen (PPI) is opgemerkt dat de OR instemmingsrecht heeft indien de werkgever het pensioen wil onderbrengen bij een PPI.²¹ Het wetsvoorstel PPI is ten tijde van dit schrijven (september 2010) aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is aanhangig bij de Eerste Kamer. In het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer staat de wijziging als volgt geformuleerd:

'Artikel 23 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid wordt een zin toegevoegd, luidende: De werkgever kan bij een premiepensioeninstelling uitsluitend onderbrengen een premieovereenkomst waarbij de premiepensioeninstelling geen risico draagt.
2. In het vierde lid wordt «een pensioeninstelling uit een andere lidstaat» vervangen door: een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een premiepensioeninstelling.²²

Aanname van het huidige voorstel zou meebrengen dat de OR op grond van artikel 23 lid 4 Pensioenwet ook instemmingsrecht krijgt bij voorgenomen besluiten van de werkgever om een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een premiepensioeninstelling.

Dat betekent dat de OR een voorgenomen besluit van de werkgever tot onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een premiepensioeninstelling kan blokkeren door instemming te onthouden. De ondernemer moet dan na bemiddeling door de bedrijfscommissie vervangende toestemming van de kantonrechter verkrijgen en aantonen dat het – eenvoudig gezegd – onredelijk is dat de OR niet heeft ingestemd.

VERHOUDING INSTEMMINGSRECHT PENSIOENWET EN WOR

In de vorige paragrafen heb ik de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR uit de Pensioenwet aangegeven. De formulering in de Pensioenwet wijkt op verschillende punten

af van de formulering van de WOR. Anders dan in de WOR is het niet de ondernemer maar de *werkgever* die bij onderbrenging van het aanvullend pensioen naar een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een pensioenfonds met ontheffing de OR moet verzoeken om in te stemmen. Dat onderscheid oogt

niet consistent maar is verklaarbaar. De Pensioenwet neemt de tussen werknemer en werkgever gesloten pensioenovereenkomst tot uitgangspunt, terwijl de WOR het begrip ondernemer een centrale plaats geeft.

Ook op een ander punt oogt de formulering in de Pensioenwet inconsistent. Waar volgens de WOR de OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van een *voorgenomen besluit*

van de ondernemer, suggereert de Pensioenwet dat het *voornemen* van de werkgever voldoende is. Een voorgenomen besluit van de ondernemer bevat een hogere gradatie van concreetheid dan het vagere voornemen van de werkgever.

Het voornemen van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een buitenlandse pensioeninstelling of een pensioenfonds met ontheffing *lijkt* voldoende grond voor het instemmingsrecht. Ik schrijf met nadruk *lijkt* omdat artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Bedoeld zal zijn dat bij het voornemen van de werkgever artikel 27 WOR van toepassing is. Dat betekent mijns inziens dat de OR pas instemmingsrecht heeft indien het voornemen van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een buitenlandse pensioeninstelling of een pensioenfonds met ontheffing leidt tot een voorgenomen besluit van de ondernemer. Zo staat dat immers uitgewerkt in artikel 27 WOR. De formulering in de Pensioenwet eist – naast kennis van zowel WOR als Pensioenwet – leesacrobatiek en zet de niet-alerte lezer op het verkeerde been. Ter voorkoming van interpretatiegeschillen en rechtsonzekerheid is consistentie met de tekst van de WOR aanbevelenswaardig.

Waarom het instemmingsrecht van de OR niet is geconcentreerd in de WOR maar apart staat beschreven in de Pensioenwet, is mij niet helder. Denkbaar is dat het een bijzonder instemmingsrecht is dat is ingebed in de Pensioenwet. Duidelijk is dat zowel WOR als Pensioenwet moet worden geraadpleegd om de catalogus aan instemmingsplichtige besluiten te overzien. Om redenen van overzicht acht ik concentratie van alle instemmingsplichtige besluiten in artikel 27 WOR wenselijk.

Uitvoeringsovereenkomst

De werkgever is op grond van artikel 23 lid 1 sub b Pensioenwet verplicht om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met de pensioeninstelling uit een andere lidstaat. Ook een ondernemingspensioenfonds moet op grond van artikel 23 Pensi-

oewet een uitvoeringsovereenkomst hebben gesloten met de werkgever.

Wordt het aanvullend pensioen ondergebracht bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of pensioenfonds met ontheffing, dan suggereert de Pensioenwet dat de OR slechts instemmingsrecht heeft over de pensioenovereenkomst en niet over de uitvoeringsovereenkomst. Artikel 23 hanteert slechts het begrip pensioenovereenkomst. Net als hiervoor kan de wet – met enige moeite, dat dan weer wel – zo worden geïnterpreteerd dat artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing is en dat dientengevolge de ruime interpretatie van ‘een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering’ in de zin van artikel 27 WOR de OR instemmingsrecht geeft over de uitvoeringsovereenkomst. De redenering is dan dat toepassing van artikel 27 WOR er toe leidt dat de uitvoeringsovereenkomst onder de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR valt.

Wie verwacht over deze materie aanknopingspunten aan te treffen in de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet, komt bedrogen uit.

Verduidelijking dat het instemmingsrecht van de OR uit de Pensioenwet zich uitstrekt tot de uitvoeringsovereenkomst lijkt daarom wenselijk.

De buitenlandse pensioenverzekeraar

Een werkgever heeft de mogelijkheid om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij, kort gezegd, een buitenlandse pensioenverzekeraar. Dat volgt uit artikel 23 lid 1 sub c Pensioenwet:

‘De werkgever brengt een pensioenovereenkomst, uiterlijk wanneer een werknemer pensioenaanspraken verwerft, onder door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met en in stand te houden bij:

(...)

c. een verzekeraar met een zetel buiten Nederland, mits die verzekeraar op grond van de Wet op het financieel toezicht in Nederland het bedrijf van levensverzekeraar of schadeverzekeraar mag uitoefenen.’

Gelet op de formulering van artikel 27 WOR lijkt het mij dat de OR een instemmingsrecht heeft over – kort gezegd – totstandkoming, wijziging en intrekking van pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst die zijn ondergebracht bij een buitenlandse verzekeraar. Ik ga er vanuit dat het begrip ‘regeling met betrekking tot een pensioenverzekering’ zo kan worden uitgelegd dat ook de buitenlandse ‘regeling met betrekking tot een pensioenverzekering’ daaronder valt. Het betreft immers Nederlands recht, waarbij de Nederlandse medezeggenschapsregels van toepassing zijn.

Wijziging en intrekking van pensioen- en uitvoeringsovereenkomsten

Als gezegd heeft de OR een instemmingsrecht over het voorgenomen besluit van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een pensioenfonds met ontheffing en naar verwachting in de toekomst een premiepensioeninstelling. Artikel 27 WOR wordt van overeenkomstige toepassing verklaard.

De Pensioenwet maakt niet duidelijk of de OR ook instemmingsrecht toekomt voor voorgenomen besluiten tot *wijziging en intrekking* van pensioenovereenkomsten en uitvoeringsover-

eenkomsten van genoemde pensioenuitvoerders. Pensioenwet en WOR zijn hierin niet consistent. De reikwijdte van artikel 27 WOR omvat voorgenomen besluiten tot wijziging en intrekking. Artikel 23 Pensioenwet beperkt zich evenwel tot het onderbrengen van de pensioenovereenkomst. Ook de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet suggereert dat het instemmingsrecht – in ieder geval bij de premiepensioeninstelling – is beperkt

tot het voorgenomen besluit van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen:

‘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.’²³

Uit de parlementaire behandeling en de tekst van artikel 23 Pensioenwet leid ik af dat het de bedoeling van de wetgever is om artikel 27 WOR niet van toepassing te laten zijn voor zover het de wijziging en intrekking van de pensioenovereenkomst betreft. De Pensioenwet is de *lex specialis* die contrasteert met de WOR. De bijzondere regeling van de Pensioenwet is een aanwijzing dat de OR slechts instemmingsrecht heeft ten aanzien van de onderbrenging van de pensioenovereenkomst, zo verduidelijkt de wetsgeschiedenis. Na het besluit tot onderbrenging en tijdens de looptijd (wijziging) heeft de OR geen instemmingsrecht. De OR is bij deze gewaarschuwd. Kwestieus is of die uitkomst wenselijk is. Het strookt niet met doel en strekking van de WOR. In de WOR zijn immers nadrukkelijk de vaststelling, wijziging en intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering instemmingsplichtig.

Aangezien artikel 23 Pensioenwet bepaalt dat artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing is, is verdedigbaar om de OR instemmingsrecht te verlenen ten aanzien van de wijziging en intrekking van pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht bij (1) pensioeninstellingen uit een andere lidstaat, (2) pensioenfondsen met ontheffing en (3) premiepensioeninstellingen.

~ Na het besluit tot onderbrenging heeft de OR geen instemmingsrecht ~

Dat vereist mijns inziens wijziging, althans verduidelijking van artikel 23 Pensioenwet.

De huidige formulering leidt tot een medezeggenschapstekort en strookt niet met de bedoeling van de WOR. De OR die instemt met de onderbrenging bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een pensioenfonds met ontheffing of een PPI moet zich realiseren dat er na de instemming geen medezeggenschapsrechten zijn. Blijvende medezeggenschap van de OR – instemmingsrecht ten aanzien van wijzigingen en intrekking van de pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst – moet afgedwongen worden bij ondernemingsovereenkomst. De WOR maakt zo'n bovenwettelijk instemmingsrecht mogelijk in artikel 32 WOR. Een instemming onder voorwaarden is juridisch riskant omdat een beroep op de nietigheid van het besluit op grond van artikel 27 lid 5 WOR slechts mogelijk is indien de OR zijn instemming heeft onthouden.



VOORSTEL AANPASSING INSTEMMINGSRECHT OR UIT PENSIOENWET

Uit het voorgaande blijkt mijns inziens dat de wettelijke regeling van het instemmingsrecht van de OR in de Pensioenwet gebrekkig is en voor verbetering vatbaar. Voor de volgende elementen acht ik aanpassing wenselijk vanuit rechtszekerheid, doel en systematiek van de medezeggenschapswetgeving:

- verduidelijking dat het *voorgenomen besluit* van de werkgever ertoe leidt dat de OR instemmingsrecht heeft overeenkomstig artikel 27 WOR;
- verduidelijking dat de OR instemmingsrecht heeft over voorgenomen besluiten van de ondernemer tot vaststelling van de *uitvoeringsovereenkomst*;
- de OR heeft ten onrechte geen instemmingsrecht over voorgenomen besluiten van de ondernemer tot *wijziging of intrekking* van de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst;
- verduidelijking dat de OR instemmingsrecht toekomt ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer om de pensioenovereenkomst/uitvoeringsovereenkomst onder te brengen bij een *buitenlandse pensioenverzekeraar*.

Om tegemoet te komen aan deze punten kan artikel 23 lid 4 Pensioenwet als volgt worden vormgegeven of worden geïntegreerd in artikel 27 WOR. De onderstrepingen maken de tekstwijzigingen duidelijk:

'De ondernemer behoeft de instemming van de OR voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst en/of uitvoeringsovereenkomst bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een premiepensioeninstelling, een verzekeraar met zetel buiten Nederland, mits die verzekeraar op grond van de Wet op het financieel toezicht in Nederland het bedrijf van levensverzekeraar of schadeverzekeraar mag uitoefenen 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. Artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden is van overeenkomstige toepassing.²⁴

Deze wijziging brengt de medezeggenschapsbepaling van de Pensioenwet in lijn met de WOR en verduidelijkt de reikwijdte van de medezeggenschap. Verduidelijkt wordt dat de OR niet alleen instemmingsrecht heeft ten aanzien van de vaststelling (dit omvat de onderbrenging) van de pensioenovereenkomst, maar ook ten aanzien van de wijziging en intrekking daarvan. Bovendien is verduidelijkt dat de OR net als bij de WOR instemmingsrecht heeft ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst. Helder is eveneens dat de OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van een voorgenomen besluit van de ondernemer om de pensioenovereenkomst onder te brengen, te wijzigen of in te trekken van een buitenlandse pensioenverzekeraar.

Noten

1. Deze bijdrage is een bewerking van een deel van het onderzoek dat de auteur voor het Expertisecentrum Pensioenrecht heeft uitgevoerd naar de rol en positie van de OR bij pensioen: M. Heemskerk, *OR en pensioen*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2010. Het onderzoek is het resultaat van een samenwerkingsverband tussen het VU Expertisecentrum Pensioenrecht en pensioenconsultancybedrijf Pensioen Perspectief. De gehele publicatie is te bestellen bij het Expertisecentrum Pensioenrecht, zie <http://www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/onderzoeksinstituten-en-centra/expertisecentrum-pensioenrecht/index.asp> of via e-mail: e.lutjens@vu.nl.
2. Kamerstukken I 2009-10, 31 891, nr. A.
3. Kamerstukken II 1977-78, 13 954, nr. 169 (amendement-Keja en de Korte); SER, Advies over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden, SER 17 oktober 1975, advies 1975/14.
4. Uitgebreid, M. Heemskerk, *OR en pensioen*, Expertisecentrum Pensioenrecht 2010, n.n.g.
5. Met pensioenverzekeraar bedoel ik een pensioenuitvoerder in de zin van artikel 23 Pensioenwet die verzekeringsmaatschappij is.
6. Enige wijzigingen in de Pensioenwet, de Wet verplichte beroeps-pensioenregeling en enige andere wetten, Kamerstukken 31 226.
7. Kamerstukken II 2007-08, 31 226, nr. 14, p. 22.
8. Kamerstukken II 2007-08, 31 226, nr. G, p. 5.
9. Kamerstukken I 2007-08, 31 226, nr. D, p. 15.
10. A.w. M.D. van den Broek, R.J.G. Veugelers, *De Veegwet Pensioenwet; de pensioenwetgeving nu op orde?*, *Pensioen Actief* oktober 2008; E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*; Deventer: Kluwer 2008, p. 388-392; E. Lutjens, *Instemmingsrecht OR*, P&P 2008/5.
11. Artikel 27 lid 2 WOR.
12. Artikel 27 lid 5 WOR.
13. Zie artikel 36 lid 3 WOR; Ktr. Rotterdam 29 november 1994, JAR 1995, 140 (RDM); Ktr. Tilburg 23 mei 1996, JAR 1996, 176 (Campina).
14. Artikel 27 lid 4 WOR.
15. Rb. Amsterdam 25 juni 1997, JAR 1997/149 (KPN Risicom II); Ktr. Rotterdam 29 november 1994, JAR 1995, 140 (RDM).
16. Artikel 27 lid 6 WOR.
17. Dit is ten tijde van het schrijven (september 2010) nog wetsvoorstel.
18. Vergelijk artikel 199 Pensioenwet.
19. Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 131-132.
20. Kamerstukken II 2007-08, 30 413, nr. 106, p. 8.
21. Kamerstukken II 2009-10, 31 891, nr. 6, p. 11.
22. Kamerstukken I 2009-10, 31 891, nr. A, p. 13.
23. Kamerstukken II 2007-08, 30 413, nr. 106, p. 8.
24. Bij integratie in de WOR kan de laatste zin uiteraard vervallen.