

Medezeggenschap bij PPI is gatenkaas



8



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



mr. dr. Roland de Greef is pensioenadvocaat bij HouthoffBuruma.

Vanaf 1 januari 2011¹ is de premiepensioeninstelling (PPI) een toegestane pensioenuitvoerder.² Inmiddels heeft een aantal PPI's het licht gezien en zijn er diverse vergunningen verleend door DNB.³ De PPI is actief op de pensioenmarkt en biedt werkgevers een alternatieve pensioenuitvoerder.⁴ Voordat een werkgever in zee gaat met een PPI moet hij instemming van de OR hebben. In deze bijdrage analyseren wij, na een korte weergave van de PPI-karakteristieken, de juridische lacunes bij de medezeggenschapsregels voor pensioenregelingen bij PPI's. Aan het slot doen wij voorstellen om die medezeggenschap wettelijk of contractueel goed te regelen.

Sinds 1 januari 2011 is het voor werkgevers mogelijk om een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI. Dat is uitsluitend mogelijk voor zover de pensioenovereenkomst een premieovereenkomst is en de PPI geen risico draagt.⁵ Een PPI mag geen verzekeringsrisico's dekken. De wetsgeschiedenis is daarover kristalhelder:

'Van een dekking door de PPI tegen biometrische risico's (langleven en overlijden) en/of een garantie met betrekking tot het beleggingsrendement of de hoogte van de uitkeringen kan geen sprake zijn.'⁶

De PPI kan dus geen arbeidsongeschiktheidspensioen of risiconabestaandenpensioen uitvoeren.⁷ Daarin verschilt een PPI van een pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij omdat die wel kunnen voorzien in een levenslange uitkering.

De PPI is een financiële instelling⁸ die los staat van de bijdragende onderneming.⁹ De PPI is werkzaam tijdens de opbouw-fase van pensioen. Op de ingangsdatum van het pensioen moet de waarde van de pensioenaanspraken worden overgedragen aan een pensioenuitvoerder die wel verzekeringsrisico's mag dekken.¹⁰ De PPI verricht onder meer de volgende taken:

- (a) administratie van de pensioenregeling en communicatie richting deelnemers;
- (b) incasso van de pensioenpremies;
- (c) inbreng van pensioenpremies of opgebouwd pensioenvermogen;
- (d) bepalen en besluiten beleggingsbeleid;
- (e) uitkering van pensioengeld bij bereiken omzettingsdatum of pensioendatum
- (f) waardeoverdracht van pensioen vóór omzettingsdatum.¹¹

REDENEN VOOR INSTAP OF OVERSTAP NAAR EEN PPI

Instappen of overstappen naar een PPI als nieuwe speler op de pensioenmarkt kan voor werkgevers aantrekkelijk zijn. Onder instappen bij een PPI verstaan wij de situatie waarin er geen pensioenovereenkomst was bij een andere pensioen-uitvoerder. Bij een overstap dient de bestaande pensioenovereenkomst te worden overgeheveld naar een PPI en een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met de PPI te worden gesloten. De oude uitvoeringsovereenkomst moet dan worden beëindigd.¹² Een aantrekkelijke gedachte voor werkgevers is dat de werkgeverslasten in een premieovereenkomst en uitvoeringskosten bij een PPI overzichtelijk zijn. Er is geen uitkeringshoogte overeengekomen. De hoogte van het pensioen hangt af van het rendement op de ingelegde pensioenpremies. Het beleggingsrisico komt voor rekening en risico van de aanspraakgerechtigden. Dat defined contribution karakter is boekhoudkundig prettig voor werkgevers maar kan ook bij een verzekeraar. Een arbeidsongeschiktheids- of nabestaandenpensioen moet de werkgever apart onderbrengen bij een andere pensioenuitvoerder want dat mag de PPI niet uitvoeren. PPI's hoeven geen technische voorzieningen of buffers aan te houden en er gelden geen herstelplannen.¹³ Wel geldt voor de PPI een minimumbedrag aan eigen vermogen om de beheerslasten en operationele risico's te dekken.¹⁴

Zeker in tijden van stijgende pensioenlasten zullen werkgevers een prikkel krijgen om met een PPI in zee te gaan. Een ander verondersteld voordeel van PPI's is dat zij geen topzware organisatie en administratielasten uit het verleden meetersen maar met een schone (administratieve) lei kunnen beginnen. Ook dat greenfield kan kostendrukkend werken. De separate kosten van niet bij de PPI onder te brengen risicoverzekeringen in de pensioenregelingen – arbeidsongeschiktheids- en overlijdensrisicodekking – moeten worden meegewogen in de beslissing, evenals exit kosten bij een overstap.

Bij de introductie van de PPI werd er vanuit gegaan dat het een vehikel was voor de buitenlandse DC-markt.¹⁵ Complicerende factor is dat het sociaal- en arbeidsrecht van de lidstaat waar de regeling tot stand is gekomen van toepassing is. De Nederlandse PPI die een Duitse pensioenregeling uitvoert moet de Duitse wetgeving dus toepassen voor zover die betrekking heeft op de pensioenregeling. Inmiddels lijkt de PPI (in eerste instantie?) vooral te worden ingezet voor de uitvoering van Nederlandse DC-regelingen. De PPI concurreert dan met verzekerde regelingen in de vorm van een premieovereenkomst. Gelet op de ontwikkelingen in het Pensioenakkoord – denk aan de 'waarheid als een koe'

dat pensioenambitie = pensioen plus rendement - lijkt er een beweging te zijn richting premieovereenkomsten. Die ontwikkeling kan de PPI een groter bereik geven op de Nederlandse markt. Voordat de werkgever instapt of overstapt naar een PPI moet de OR om instemming worden gevraagd.

HET INSTEMMINGSRECHT VAN DE OR BIJ ONDERBRENGING NAAR EEN PPI

Een werkgever die zijn pensioenovereenkomst wil onderbrengen bij een PPI moet instemming verkrijgen van de OR. Dat volgt uit artikel 23 lid 4 Pensioenwet:

'Wanneer een werkgever het voornemen heeft een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een premiepensioeninstelling (onderstreping MH, RdG) 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.'¹⁶

De Pensioenwet bepaalt dat bij het onderbrengen van een pensioenovereenkomst bij een PPI, artikel

27 WOR van overeenkomstige toepassing is. In dat artikel staat het instemmingsrecht van de OR en de procedurevoorschriften beschreven. De reikwijdte van het instemmingsrecht volgt uit de volgende passage:

'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 (...)'

Het instemmingsrecht van de OR bij pensioen geldt voor pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht bij pensioenverzekeraars (verzekerde pensioenregelingen). De Pensioenwet regelt dat de OR ook instemmingsrecht heeft bij de onderbrenging bij een PPI en dat de overige bepalingen uit artikel 27 WOR van toepassing zijn. Dat betekent bijvoorbeeld dat de keuze voor een PPI bij CAO meebrengt dat het instemmingsrecht van de OR vervalt. Heemskerck¹⁷ Waarom de medezeggenschap bij de PPI niet net als voor verzekerde regelingen in de WOR is opgenomen is ons niet bekend. Voor pensioenfonds is de medezeggenschap anders georganiseerd. De gedachte is dat de medezeggenschap in dat geval is gewaarborgd door werknemersvertegenwoordiging in de fondsbesturen.¹⁸ Bovendien is de deelnemersraad als medezeggenschapsorgaan voor verplichte bedrijfstakpensioenfonds verplicht en voor ondernemingspensioenfonds usance.¹⁹ Het thans aanhangige wetsvoorstel wet versterking bestuur pensioenfonds laten wij op deze plaats onbesproken.²⁰

~ Werkgevers zullen een prikkel krijgen om met een PPI in zee te gaan ~

Hoe dan ook, het instemmingsrecht betekent de facto dat de OR een overstap naar de PPI kan blokkeren. Besluit de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI zonder instemming van de OR dan kan dat besluit nietig worden verklaard.²¹ Het enige dat de OR hoeft te doen is binnen een maand nadat haar het besluit van de werkgever om het pensioen onder te brengen bij een PPI haar is meegedeeld (dat is verplicht) een beroep te doen op de nietigheid. De werkgever die is overgestapt naar de PPI maar het instemmingsrecht van de OR is vergeten (al dan niet bewust) in de hoop dat de nietigheidstermijn van een maand daarmee is verstreken komt van een koude kermis thuis. Speelt de werkgever geen open kaart door het besluit om onder te brengen bij de PPI niet te melden dan start de nietigheidstermijn van een maand op het moment dat de OR is gebleken dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan zijn besluit.

De OR doet er verstandig aan de werkgever te vragen om bewijs dat de beoogde PPI een vergunning van DNB heeft. Andere vragen kunnen zien op de aan- of afwezigheid van (kosten van) nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen en beëindiging van de bestaande verzekeringsovereenkomst. Daarnaast roept de constructie van de PPI ook vragen op over de uitbesteding, uitvoeringsovereenkomst, beleggingsbeleid, restitutie- en dergelijke vraagstukken. Op de voorvraag of de OR een instemmingsrecht heeft terzake komen wij verderop in deze bijdrage terug.

VERVANGENDE TOESTEMMING VAN DE KANTONRECHTER OM ONDER TE BRENGEN BIJ DE PPI?

Stemt de OR niet in met het onderbrengen bij een PPI dan is het mogelijk om vervangende toestemming voor het besluit te vragen aan de kantonrechter. Die route buitenom is hobbelig en kent hoge drempels.²² Naast een verplicht rondje bemiddeling en advies bij de bedrijfscommissie²³ moet de ondernemer bewijzen dat de beslissing van de OR om niet in te stemmen met het onderbrengen bij een PPI onredelijk is of zwaarwegende bedrijfsredenen (argumenten) aanvoeren. Zijn argumenten moeten (veel) redelijker zijn dan die van de OR. Bij een overstap van verzekeraar naar PPI tegen de wens van de OR dient de ondernemer met een overtuigend verhaal te komen. Ook uit de rechtspraak blijkt dat de drempel voor vervangende toestemming van de kantonrechter hoog ligt.²⁴ Al met al is deze route buitenom niet aantrekkelijk voor werkgevers.

GEEN INSTEMMINGSRECHT OR BIJ WIJZIGING OF INTREKKING PPI-REGELING

Uit de wetsgeschiedenis van de wet introductie premiepensioeninstellingen (PPI) blijkt dat de OR instemmingsrecht

heeft indien de werkgever het pensioen wil onderbrengen bij een PPI.²⁵ Wie de Pensioenwet goed leest, ziet dat het instemmingsrecht van de OR beperkt is tot het voornemen van de werkgever (in plaats van het voorgenomen besluit van de ondernemer bij verzekerde regelingen)²⁶ om de pensioenovereenkomst bij een PPI onder te brengen. Belangrijker is wat er niet in de Pensioenwet staat. De OR heeft geen instemmingsrecht bij wijziging of intrekking van de pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een PPI.²⁷ Eenmaal aan boord van de PPI zijn alle medezeggenschapsrechten weg. Dat oogt vreemd want inconsistent met de ruimere reikwijdte van instemmingsrecht bij verzekerde regelingen ex artikel 27 WOR (wijziging en intrekking naast vaststelling van de pensioenregeling). Toch wordt die conclusie gestaafd door de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet:

‘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.’²⁸

Na het besluit tot onderbrenging bij de PPI²⁹ en tijdens de looptijd (wijziging) heeft de OR geen instemmingsrecht meer.

Stemt de OR in met onderbrenging zonder voorwaarden te stellen aan die instemming, dan is zij haar medezeggenschapsrechten kwijt. Iedere wijziging van de pensioenregeling is dan mogelijk zonder dat de OR daar zeggenschap over heeft. Het is een vrijbrief voor het doorvoeren van veranderingen in de pensioenregeling. Deelnemers kunnen zich nog wel verzetten tegen een eenzijdige wijziging van hun pensioenovereenkomst door hun werkgever.³⁰ Deze beperkte medezeggenschap bij PPI's past niet in het medezeggenschapssysteem. De wetgever heeft dat volgens ons over het hoofd gezien.³¹ Voor ondernemingsraden die wel alert zijn of goed geadviseerd worden zijn er twee oplossingen voor besluiten over de PPI (1) instemming onder voorwaarde en (2) contractuele afspraken over bovenwettelijke instemmingsrechten bij wijziging en intrekking.³² Instemming onder voorwaarden (erkenning of toekenning instemmingsrechten OR bij wijziging en intrekking) is een juridisch riskante route 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. Anders gezegd: de werkgever zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de instemming is verleend (ook al is dat onder voorwaarden) en dat daarom een beroep op de nietigheid niet mogelijk is. Bezien vanuit de OR verdient het daarom de voorkeur om in een ondernemingsovereenkomst tussen OR en ondernemer vast te leggen dat na instemming met de onderbrenging bij de PPI ook een instemmingsrecht voor wijziging en intrekking geldt.

De OR kan een overstap naar de PPI blokkeren

INSTEMMINGSRECHT OVER UITVOERINGSOVEREENKOMST PPI IS ONDUIDELIJK

De werkgever die een pensioenovereenkomst onderbrengt bij een PPI moet een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst sluiten.³³ Niet duidelijk is of de OR een instemmingsrecht heeft over die uitvoeringsovereenkomst. De uitvoeringsovereenkomst staat in tegenstelling tot de pensioenovereenkomst niet genoemd als onderdeel van het instemmingsrecht van de OR. De Pensioenwet bepaalt dat bij het voornemen van een werkgever om een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een PPI artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing is. Dat kan een indicatie zijn dat het instemmingsrecht is beperkt tot de pensioenovereenkomst. Daar staat tegenover dat (a) het onderbrengen duidt op de uitvoeringsovereenkomst en (b) het toepassen van artikel 27 WOR tot de conclusie zou leiden dat de OR instemmingsrecht heeft over de uitvoeringsovereenkomst. Naar aanleiding van Kamervragen over het boek Ondernemingsraad en Pensioen³⁴ bevestigde Minister Kamp dat het instemmingsrecht van de OR over de 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering' zowel zag op de pensioenovereenkomst als de uitvoeringsovereenkomst.³⁵ Het komt ons voor dat de OR dan ook een instemmingsrecht heeft over de uitvoeringsovereenkomst die wordt ondergebracht bij een PPI. Ons kan nog worden tegengeworpen dat technisch gezien geen sprake is van een verzekerde regeling/verzekeringsovereenkomst³⁶ bij een PPI³⁷ en artikel 27 WOR daarom niet van toepassing is. Aangezien de PPI geen verzekeringsrisico's afdekt, heeft de uitvoeringsovereenkomst die de werkgever met de PPI sluit niet het karakter van een verzekerde regeling ex artikel 27 WOR, zo zou betoogd kunnen worden. Die wetsuitleg lijkt ons niet houdbaar nu die lezing (1) in strijd is met doel en strekking van artikel 23 Pensioenwet om de OR instemmingsrecht te verlenen bij onderbrenging bij een PPI en (b) tot het onaannemelijke rechtsgevolg zou leiden dat de OR in het geheel geen instemmingsrecht toekomt omdat immers ook bij het onderbrengen van de pensioenovereenkomst geen sprake is van een verzekerde regeling ex artikel 27 WOR. Dit zou leiden tot een concurrentievoordeel van de PPI ten opzichte van verzekeraars en in mindere mate ten opzichte van pensioenfondsen, nu deze laatste nauwelijks op de vrije markt kunnen opereren. Wij houden het er op dat de OR instemmingsrecht heeft over het onderbrengen van de pensioenovereenkomst en het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst met de PPI.

GEEN INSTEMMINGSRECHT OR BIJ WIJZIGING OF INTREKKING UITVOERINGSOVEREENKOMST

Met de conclusie dat de OR bij onderbrenging van de pensioenovereenkomst instemmingsrecht heeft voor zowel de

pensioenovereenkomst als de uitvoeringsovereenkomst is de onduidelijkheid nog niet weggenomen. De vraag blijft of de OR instemmingsrecht heeft over wijziging of beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Wij houden het er op dat hiervoor hetzelfde geldt als in de wetsgeschiedenis is overwogen voor de pensioenovereenkomst: medezeggenschap is na het besluit tot onderbrenging en gedurende de looptijd van het contract niet meer aan de orde.³⁸ Ook hier zal de OR die instemt met onderbrenging in de ondernemingsovereenkomst willen vastleggen dat wijziging en beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst instemmingsplichtig is.

ADVIESRECHT OVER VERLENGING UITVOERINGSOVEREENKOMST EN SLA

Als fallback scenario kan de OR nog een beroep doen op de principes voor goed pensioenfondsbestuur. Die principes zijn ook van toepassing op de PPI.³⁹ De STAR principes kennen de OR een adviesrecht toe bij (verlenging van) de uitvoeringsovereenkomst (principe D9) en het niveau van de serviceverlening van de werkgever met de verzekeraar (principe D10). De wetgever heeft in artikel 11 Besluit Uitvoering Pensioenwet de Aanbevelingen voor goed pensioenfondsbestuur van de Stichting van de Arbeid van 16 december 2005 als deze principes aangewezen en daarmee een wettelijke status gegeven.⁴⁰ De principes verklaren de WOR niet van overeenkomstige toepassing. Dat betekent dat er geen wettelijke grondslag is voor bijvoorbeeld een beroepsrecht van de OR bij de Ondernemingskamer (artikel 26 WOR). De OR moet wegens het ontbreken van procesbevoegdheid – de OR is geen rechtspersoon - een processuele horde nemen om nakoming te kunnen vorderen van de principes, waaronder het adviesrecht. Het potentiële gebrek aan legal standing van de OR doet ernstig afbreuk aan de effectiviteit van het adviesrecht en de principes. Of dat gebrek aan rechtsbescherming voldoende is om de OR zonder wettelijke grondslag procesbevoegdheid te verlenen, is kwestieus.⁴¹ De remedie voor de OR is bekend: regel het in de ondernemingsovereenkomst. Daarvoor is medewerking van de werkgever vereist en die kan wel eens een tegengesteld belang hebben. Dat maakt het lastig onderhandelen.

INSTEMMINGSRECHT OR BIJ VERZEKEREN DOOR PPI VAN UITKERINGSFASE

Een belangrijk verschil tussen een verzekeraar en een PPI is – het zij herhaald – het feit dat de PPI geen risico's mag dragen. De PPI is geen verzekeraar. Dat betekent dat risicoverzekeringen niet met de PPI gesloten kunnen worden en dat het ouderdomspensioen op de pensioendatum moet worden overgedragen naar de verzekeraar vanwege het

Het potentiële gebrek aan legal standing van de OR doet afbreuk aan de effectiviteit

langleven risico dat de PPI anders zou gaan lopen.⁴² Omdat de PPI echter geen risico's mag lopen zal de PPI slechts in (de opbouwfase van) het ouderdomspensioen als pensioenuitvoerder optreden. Over die uitvoeringsovereenkomst met de PPI heeft de OR instemmingsrecht (zie hiervoor). Instemmingsrecht heeft de OR ook over de pensioensoorten met een verzekeringselement - nabestaanden-, wezen-, en aanvullend arbeidsongeschiktheidspensioen - die door de werkgever rechtstreeks (eventueel met de PPI optredend als bemiddelaar)⁴³ als direct verzekerde regeling met een verzekeraar gesloten moeten worden. De PPI is daarin geen partij maar er wordt een pensioenverzekering ondergebracht bij een verzekeraar door de ondernemer. Artikel 27 WOR schrijft dwingend voor dat de OR – in dit geval voor wat betreft die risico verzekeringen - een instemmingsrecht heeft.

Daarnaast zal de PPI een overeenkomst moeten aangaan met een verzekeraar teneinde de uitkeringsfase van het ouderdomspensioen te verzekeren. Onduidelijk is of dan instemming is vereist van de OR indien niet de ondernemer maar de PPI de overeenkomst aangaat. Naar de letter is niet langer sprake van een voorgenomen besluit van de ondernemer. Bij herverzekerde pensioenfondsen is om die reden geen sprake van een instemmingsplichtig besluit ondanks de pensioenverzekering. Het argument daar was dat niet de ondernemer maar het pensioenfonds besloot tot herverzekering.⁴⁴ De OR heeft daarom geen instemmingsrecht voor voorgenomen besluiten ten aanzien van de herverzekering.⁴⁵ Vanuit de WOR is deze gedachte logisch. Er is geen voorgenomen besluit van de ondernemer in de zin van artikel 27 WOR. Het besluit van het pensioenfonds is een uitvoeringsbesluit. De medezeggenschap op dat niveau is vormgegeven via de bestuursdeelname van werknemersvertegenwoordigers in het pensioenfonds. Werknemersvertegenwoordigers kunnen zich op bestuursniveau uitspreken over de beslissing om al dan niet over te gaan tot herverzekering. Voor de PPI geldt dat niet. Er is geen enkele werknemersvertegenwoordiging. Daarom achten wij die vergelijking niet opgaan. Waar het om gaat is dat het de bedoeling van de wetgever is om ten aanzien van het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij de PPI te waarborgen dat sprake is van medezeggenschap. Het onderbrengen van de pensioenovereenkomst omvat naar ons inzicht eveneens het besluit van de PPI om de uitkeringsfase te verzekeren. Voor zover dat besluit niet al kan worden toegerekend aan de ondernemer (als ware het zijn besluit), is dat te plaatsen onder de uitvoeringsovereenkomst van de ondernemer c.q. moet dat zo worden uitgelegd. Anders geformuleerd lijkt ons de conclusie gerechtvaardigd dat de OR instemmingsrecht heeft voor het besluit om het ouderdomspensioen te verzekeren.

CONCLUSIE EN VOORSTEL

In de afgelopen jaren is een aantal PPI's opgericht. Zij lijken zich (vooralsnog) te richten op de Nederlandse markt voor premieovereenkomsten. Een werkgever die wil instappen of

overstappen naar een PPI heeft instemming van de OR nodig. Het huidige instemmingsrecht van de OR die in aanraking komt met de PPI is wettelijk zo gebrekkig geregeld dat het een juridische gatenkaas is. Dat is een prima voedingsbodem voor geschillen tussen ondernemingsraden, werkgevers, PPI's en toezichthouders. Daarom is het wenselijk om duidelijkheid te scheppen wat de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR is bij pensioenovereenkomsten die worden ondergebracht bij een PPI. Waar mogelijk hebben wij onze visie gegeven en voorstellen gedaan om tekortkomingen contractueel op te lossen, bijvoorbeeld in de ondernemingsovereenkomst. Gelet op de belangentegenstelling tussen OR en werkgever is dat geen eenvoudig te bereiken resultaat. In deze bijdrage hebben wij onder meer de volgende medezeggenschapslacunes en onduidelijkheden benoemd:

- Er is geen wettelijk instemmingsrecht voor de OR bij wijziging of intrekking van de pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij de PPI.
- Het is niet duidelijk of de OR een instemmingsrecht heeft bij de totstandkoming van de uitvoeringsovereenkomst.
- Er is geen wettelijk instemmingsrecht voor de OR bij wijziging of intrekking van de uitvoeringsovereenkomst met de PPI.
- Het is niet duidelijk of de OR instemmingsrecht heeft indien de PPI en niet de werkgever een verzekeringscontract sluit.

Een echte remedie en verduidelijking moeten van de wetgever komen. Dat valt niet (snel) te verwachten zodat voorlopig de contractuele weg moet worden bewandeld. Aanpassing van artikel 23 lid 4 Pensioenwet of integratie bij artikel 27 WOR zou wenselijk zijn. Wij steken graag ons hoofd boven het maaiveld voor een eerste aanzet tot wijziging van artikel 23 lid 4 Pensioenwet:

'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 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.'⁴⁶

Deze wijziging brengt de medezeggenschapsbepaling van de Pensioenwet voor de PPI 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. In de toelichting zou dan nog verduidelijkt moeten worden dat het sluiten van een verzekeringsovereenkomst door de PPI met een verzekeraar instemmingsplichtig is.

Noten

- 1 Wet introductie premiepensioeninstelling van 23 december 2010, Stb 2010, 887, Kamerstukken 2008-2009, 31 891.
- 2 Zie artikel 1 Pensioenwet, waar de premiepensioeninstelling wordt genoemd in de definitie van pensioenuitvoerder.
- 3 Voor de vergunningseis zie artikel 2.54g Wft. De voorwaarden voor een vergunning en het vergunningstraject laten wij buiten beschouwing.
- 4 Dat geldt vanzelfsprekend niet voor werkgevers die vallen onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.
- 5 Zie artikel 23 lid 1 Pensioenwet.
- 6 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 32. Dat principe komt op meerdere plaatsen in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking, zie ook p. 4, 19 van hetzelfde Kamerstuk.
- 7 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 19.
- 8 Vergelijk 1:1 Wft.
- 9 Vergelijk art. 3:35a lid 2 Wft jo. art. 8 IORP-richtlijn 2003/41, zie ook Kamerstukken II 2009/10, 31 891, nr. 3 (MvT), p. 38.
- 10 Vergelijk over de PPI ondermeer ook R.H. Maatman en A. Steneker, De premiepensioeninstelling, TOR 2009, 114; E. Lutjens, De Premiepensioeninstelling, TPV 2008/3; R.M.J.M. de Greef, De PPI: een wassen of een lange neus (1), TPV 2009/3; R.M.J.M. de Greef en J. Peters Sengers, De PPI: een wassen of een lange neus, deel II, TPV 2010/1; J.H.J. Meijer en B. Starink, Het wetsvoorstel PPI: een tussenbalans, PM 2010/1; H. van Meerten, De premiepensioeninstelling: van, maar ook op vele markten thuis?, NTER 2008/12; E.M.F. Schols-van Oppen, Gooit Nederland met de premiepensioeninstelling haar goede naam te grabbel?, PM 2008/8, M.L. Esser en R. van der Spek, Anderhalf jaar PPI: een update, PM 2012/6; A. Boutens, Rol pensioenbewaarder en bescherming van deelnemers in een PPI, TPV 2012/6.
- 11 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 9.
- 12 Dat vergt grondige bestudering van de exit clausules.
- 13 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 4.
- 14 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 6. Dit bedraagt momenteel € 225.000 op grond van het Besluit introductie premiepensioeninstelling.
- 15 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 2-3.
- 16 Het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van pensioenfondsen met ontheffing of pensioeninstellingen uit een andere lidstaat laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing.
- 17 Artikel 27 lid 3 WOR is immers van toepassing op grond waarvan het instemmingsrecht van de OR vervalt indien het onderwerp bij CAO is afgekaart.
- 18 Kamerstukken II 1977-78, 13 954, nr. 169.
- 19 Artikelen 109/110 Pensioenwet.
- 20 Kamerstukken II 33 182.
- 21 Artikel 27 lid 5 WOR.
- 22 Artikel 27 lid 4 WOR.
- 23 Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 29 november 1994, JAR 1995, 140 (RDM); Ktr. Tilburg mei 1996, JAR 1996, 176 (Campina); vergelijk artikel 36 lid 3 WOR.
- 24 Vergelijk Rb. Amsterdam 25 juni 1997, JAR 1997, 149 (KPN Risicom II); Ktr. Tilburg 23 mei 1996, JAR 1996, 176 (Campina); Ktr. Hilversum 2 december 1996, JAR 1997, 2 (KPN Risicom I).
- 25 Kamerstukken II 2009-10, 31 891, nr. 6, p. 11.
- 26 Zie artikel 27 lid 1 WOR.
- 27 Zie ook M. Heemskerck, Instemmingsrecht OR uit Pensioenwet is gebrekkig, P&P 2010-10.
- 28 Kamerstukken II 2007-08, 30 413, nr. 106, p. 8.
- 29 Naar ons inzicht moeten ook de API en PPI voor wat betreft de medezeggenschap op één lijn gebracht worden.
- 30 Vereist is een zwaarwegend belang ex artikel 7:613 BW jo. 19 Pensioenwet. Wij gaan er vanuit dat er geen wederzijds goedvinden is of ex ante contractuele wijzigingsbevoegdheid.
- 31 Dit leidt ook tot oneerlijke concurrentie op het vlak van medezeggenschap ten opzichte van andere typen pensioenuitvoerders. Indien dat de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest, zouden wij verwachten dat de wetgever dat expliciet had gemaakt en had aangegeven waarom een versoberd medezeggenschapsregime voor de PPI van toepassing zou moeten zijn.
- 32 Zie artikel 32 WOR.
- 33 Artikel 23 Pensioenwet. Als gezegd kwalificeert de PPI als pensioenuitvoerder.
- 34 M. Heemskerck, Ondernemingsraad en pensioen, VU Expertisecentrum 2010.
- 35 Aanhangsel Kamerstukken II 2011-12, nr. 2259. In de beantwoording van de Kamervragen staat weliswaar instemmingsrecht ten aanzien van de uitkeringsovereenkomst. Dat is volgens ons een kennelijke verschrijving; bedoeld moet zijn uitvoeringsovereenkomst, hetgeen ook uit de vraagstelling blijkt.
- 36 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 18.
- 37 Hoewel het denkbaar is dat in de situatie van overlijden van een deelnemer het saldo van de opgebouwde aanspraken(sterftewinst) toekomt aan de PPI of aan de overige deelnemers, zodat er sprake zou kunnen zijn van een – zij het positief – risico, waardoor er in dat geval toch sprake zou kunnen zijn van een verzekeringsovereenkomst. Wij laten dit punt verder onbesproken. Zie ook M.L. Esser en R. van der Spek, Anderhalf jaar PPI: een update, PM 2012/6.
- 38 Kamerstukken II 2007-08, 30 413, nr. 106, p. 8.
- 39 Kamerstukken II 2008-09, 31 891, nr. 3, p. 7-8.
- 40 De bevoegdheid daartoe is ontleend aan artikel 33 lid 2 Pensioenwet, vergelijk ook artikel 11 Besluit Uitvoering Pensioenwet, Stb. 2006, 709 en STAR, Principes voor goed pensioenfondsbestuur 16 december 2005, nr. 2005/10.
- 41 Een opening daarvoor biedt HR 3 december 1992, NJ 1994, 375 (Van Hall instituut).
- 42 Art. 23, lid 1 Pw en art. 81a Pw.
- 43 Art. 1.1 Wft, Kamerstukken II 2008-2009, 31 891, nr. 3, o.a. p. 19 en 32.
- 44 Kamerstukken I 1978-79, 13 954, nr. 8d, p. 23.
- 45 Uitgebreid, M. Heemskerck, OR en pensioen, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2010.
- 46 Bij integratie in de WOR kan de laatste zin uiteraard vervallen.