

# SER-advies over instemmingsrecht OR: een degelijke basis!

Staatssecretaris Klijnsma van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in haar brief van 27 mei 2013 de Tweede Kamer geïnformeerd over haar voornemen de regelgeving met betrekking tot de medezeggenschap van ondernemingsraden bij besluiten over pensioenregelingen meer fundamenteel te bezien. Naar aanleiding hiervan heeft ze de Sociaal-Economische Raad (SER) hierover om advies gevraagd. Dat advies, 'instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarden pensioen' genaamd, verscheen in juni jl. Het is een helder advies, dat de vinger op de zere plek legt en een adequaat voorstel bevat om een aantal belangrijke knelpunten op te lossen.

Het SER-advies gaat grondig in op de volgende 4 knelpunten:

1. de vraag of de OR een instemmingsrecht heeft op grond van art. 27, lid 7 WOR bij het wijzigen van een pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds;
2. de vraag of de OR een instemmingsrecht heeft op grond van art. 27, lid 1 WOR bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst of bij het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst;
3. de vraag of de OR een instemmingsrecht heeft bij het wijzigen van een regeling die is ondergebracht bij een Europees pensioenfonds of bij een premiepensioeninstelling op grond van art. 23, lid 4 PW juncto art. 27 WOR;
4. het overdragen van de bevoegdheid om de pensioenovereenkomst te wijzigen aan het bestuur van een pensioenfonds.

De SER geeft aan dat het voor ondernemingsraden en werkgevers volstrekt duidelijk moet zijn in welke situaties ondernemingsraden wel of geen instemmings-

recht hebben. Daar zijn wij het van harte mee eens. Het wijzigen van een pensioenregeling is een complexe zaak, waarover tussen partijen al meer dan voldoende discussie zal ontstaan.

## ■ INSTEMMINGSRECHT BIJ WIJZIGEN PENSIOENOVEREENKOMST

Op 7 augustus 2013 is de Wet versterking bestuur pensioenfonds van kracht geworden.<sup>1</sup> Onderdeel daarvan is het nieuw geïntroduceerde art. 27, lid 7, sub a WOR. Hierin is bepaald dat de ondernemer instemming van de ondernemingsraad behoeft voor een voorgenomen besluit tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds. Aanleiding voor deze wetwijziging was een amendement van 27 mei 2013 van Tweede Kamerlid Omtzigt. Niet opgenomen hierin was dat deze instemming ook nodig is voor een voorgenomen besluit tot wijziging van de pensioenovereenkomst.

Staatssecretaris Klijnsma gaf op 27 mei 2013, voorafgaand aan de stemmingen, haar reactie op dit amendement. Volgens haar maakte de indiener zich met name zorgen over de positie van werknemers bij een aantal specifieke bedrijven en organisaties waarbij de werkgever kennelijk een nieuw pensioenfonds kan oprichten, zonder dat de werknemers hierbij een instemmingsrecht hebben. Die hebben dan geen enkele vorm van zeggenschap ten aanzien van de versobering van, in dit geval, de nieuwe pensioenregeling. Het voorbeeld dat daarbij werd gegeven betrof de invoering van de nieuwe pensioenregeling bij Shell, waarbij het medezeggenschapstraject werd gepasseerd. Nieuwe werknemers kregen een beschikbare-premieregeling en bestaande werknemers behielden de (gunstige) eindloonregeling.

Na de inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfonds is er veel geschreven over de vraag waarom in art. 27, lid 7 WOR het woord wijzi-



**Roel Veugelers en Annemarie Hoogwerff Kroon**

Mr. R.J.G. Veugelers en mr. A.M. Hoogwerff Kroon zijn beiden advocaat bij Veugelers Advocatuur te Vlaardingen

<sup>1</sup> Zie R.J.G. Veugelers, 'Wet versterking bestuur pensioenfonds: nog complexer!', PM 2013, nr. 8/9.



ging niet is opgenomen, terwijl in art. 27, lid 1 WOR expliciet is opgenomen dat de ondernemer instemming behoeft van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenverzekering. Ook in de vakliteratuur is hier al het nodige over gezegd. Het primaat van de pensioenovereenkomst ligt bij de afspraken hierover tussen de werknemer en de werkgever. De verschillende pensioenuitvoerders hebben uitsluitend de taak om de pensioenovereenkomst uit te voeren. Het blijft de vraag welke rol de pensioenuitvoerders en hun medezeggenschapsorganen hebben bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst. In zijn PM Mening van april 2014 werpt Veugelaers de vraag op of het ontbreken van het woord wijziging in art. 27, lid 7 WOR een kennelijke verschrijving of een bewuste keuze is geweest.<sup>2</sup> En in het Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken (TPV) vraagt Schop zich af of er ook met het huidige art. 27, lid 7 WOR sprake is van een tekortkoming in de medezeggenschap.<sup>3</sup> Van belang hierbij is dat bij een ondernemingspensioenfonds de invloed van de werkgever groot is. In datzelfde nummer van TPV bepleit ook Lutjens een grondige herbezinning op de medezeggenschap van de ondernemingsraad.<sup>4</sup> Hij wil een andere rol voor dit orgaan: wellicht is een adviesrecht passender. Daar is ook rechtsbescherming aan gekoppeld als de werkgever het advies niet opvolgt. Daarnaast pleit Lutjens voor een plek voor gepensioneerden in de OR en voor een commissaris namens de ondernemingsraad. Verder is hij van mening dat de wijzigingsbevoegdheid kan worden gedelegeerd aan het pensioenfonds; de Pensioenwet verbiedt dat niet. Dit is bevestigd in het Delta Lloyd-arrest.

#### ■ ADVIESAANVRAAG SER

Op 17 januari 2014 heeft staatssecretaris Klijnsma vervolgens een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin staat dat de SER, kort gezegd, het volgende moet onderzoeken:

- het instemmingsrecht van voorgenomen besluiten dient te worden vereenvoudigd en verduidelijkt;
- de differentiatie van het instemmingsrecht naar soort pensioenuitvoerder komt te vervallen;
- de lacune kan worden gedicht door aan art. 27, lid 1 WOR een algemene strekking te geven; in dat geval is er instemming nodig voor een voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenregeling, ongeacht de pensioenuitvoerder;
- er is geen aanleiding voor een materiële wijziging met betrekking tot uitvoeringsovereenkomsten; de vraag is wel of de huidige getrapte regeling voor de praktijk wel voldoende inzichtelijk is.

#### ■ ADVIES VAN DE SER

De SER adviseert iets te doen aan de lacune in de wet. In sommige situaties heeft de ondernemingsraad niets te zeggen over de veranderingen van de pensioenafspraken. Als een pensioen door de cao wordt geregeld, is dat volgens de SER geen probleem, omdat de vakbonden bij een wijziging zijn betrokken. Er zijn

echter ook situaties waarin de werkgever het pensioen zonder overleg met de vakbonden regelt (Shell).

#### Beperkingen art. 27 WOR

In zijn advies stelt de SER de volgende beperkingen van art. 27 WOR en art. 23, lid 4 PW vast:

- alleen voorgenomen besluiten van algemene strekking van de ondernemer zijn instemmingsplichtig;
- de ondernemingsraad van de werkgever heeft geen rol bij voorgenomen besluiten van de pensioenuitvoerder (pensioenfonds of verzekeraar);
- een pensioenregeling die door een pensioenfonds wordt uitgevoerd, kan worden gewijzigd zonder dat instemming van de ondernemingsraad is vereist;
- de ondernemingsraad heeft geen instemmingsrecht voor zover het pensioen reeds inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden is vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.

Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad heeft alleen betrekking op besluiten over de arbeidsvoorwaarde pensioen, niet over de uitvoering van de regeling. Dit is reeds geregeld in de Pensioenwet. Bij een verzekeraar of een premiepensioeninstelling is de medezeggenschap over de uitvoering geregeld in de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen. Daarbij merkt de SER op dat het aantal werkgevers toeneemt dat een pensioenregeling bij een premiepensioeninstelling of verzekeraar onderbrengt. Het aantal werknemers dat is aangesloten bij een ondernemingspensioenfonds

De SER wil de verschillen opheffen door een uniforme regeling in te voeren

neemt daarentegen af. En overigens zijn de meeste werknemers aangesloten bij een pensioenregeling via een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Ondernemingsraden hebben daar geen instemmingsrecht; daar zijn het de cao-partijen die over de onderhandelingen gaan. De SER wil deze verschillen opheffen door een uniforme regeling in te voeren, waarbij voor elke vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst instemming van de OR is vereist, ongeacht waar deze regeling is ondergebracht.

#### Het instemmingsrecht van art. 27, lid 1 WOR

Volgens de SER is niet duidelijk wat wordt bedoeld met een 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering' zoals genoemd in art. 27, lid 1 WOR. Dient de werkgever nu instemming te vragen voor het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst of voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst? Toenmalig minister Donner van SZW stelde destijds dat er slechts een instemmingsrecht is met betrekking tot de uitvoeringsovereenkomst. Dit is naderhand herhaald door zijn opvolger, minister Kamp. Nog later kwam staatssecretaris Klijnsma met de boodschap dat de OR een



instemmingsrecht heeft met betrekking tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst.

Hieruit kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste kan worden vastgesteld dat deze bepaling niet duidelijk is en dat ze dus moet worden verduidelijkt. En ten tweede is het niet wenselijk dat bewindslieden in het wilde weg hun mening geven over de uitleg van wetsbepalingen. Dat is namelijk een taak van rechters. Als bewindslieden van mening zijn dat een bepaald wetsartikel dient te worden verduidelijkt, dienen ze ervoor te zorgen dat de wet op dat punt wordt aangepast. Heemskerk zegt hierover: de ondernemer die een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar sluit, wijzigt of beëindigt zonder de OR om instemming te vragen, neemt het risico dat een scherpe OR de nietigheid hiervan inroept.<sup>5</sup>

Volgens de SER is het de bedoeling van de WOR dat de ondernemingsraad medezeggenschap heeft 'ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen'. Op grond daarvan dient de OR dus een instemmingsrecht te hebben bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst. De SER stelt terecht dat wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst ook van invloed kunnen zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen. De pensioenovereenkomst moet immers de kern van deze arbeidsvoorwaarde bevatten. De SER adviseert liever niet om de uitvoeringsovereenkomst als geheel onder het instemmingsrecht van de OR te brengen. Daarbij wordt aangegeven dat werkgevers vanwege de beperkte schaalgrootte weinig tot geen ruimte hebben bij het onderhandelen met verzekeraars. Onze ervaring is echter dat verzekeraars zich wel degelijk bewust zijn van het instemmingsrecht van een OR. Er zijn ook werkgevers die juist dat instemmingsrecht inzetten om zo op een meer evenwichtige wijze te kunnen onderhandelen met de grote verzekeraars. De SER vindt het een 'elegante' oplossing om de keuze welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst deel uitmaken van de pensioenovereenkomst, bij de werkgevers en de werknemers te laten liggen. Naar onze mening is echter een eenvoudiger oplossing mogelijk. De OR dient eenvoudigweg een instemmingsrecht te hebben wanneer pensioenrechten of pensioenaanspraken worden gewijzigd. En omdat de kans bestaat dat door een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst genoemde rechten of aanspraken worden gewijzigd, dient in dat geval naar onze mening de OR dan ook een instemmingsrecht te hebben.

#### *Niet voor bedrijfstakpensioenfondsen*

Het is uiteraard niet de bedoeling dat de OR een instemmingsrecht heeft bij het wijzigen van een verplicht gestelde regeling van een bedrijfstakpensioenfonds. Het is de vraag of een dergelijke regeling valt onder art. 27, lid 3 WOR. Een verplicht gestelde regeling van een bedrijfstakpensioenfonds is immers niet een collectieve arbeidsovereenkomst. Verder is het ook zeer de vraag of een bedrijfstakpensioenfonds kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijk orgaan als genoemd in art. 27, lid 3 WOR. Daarom stellen wij voor om aan art. 27, lid 3 toe te voegen dat 'geen instemming is vereist indien het reeds inhoudelijk is geregeld in een verplicht gestelde regeling

van een bedrijfstakpensioenfonds'.

Verder geeft de SER aan dat alleen besluiten van algemene strekking instemmingsplichtig zijn. Daarbij wordt verwezen naar de slotzin van art. 27, lid 1 WOR: 'Een en ander voor zover betrekking hebbende op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen.' Naar onze mening hoeft daarom het woord 'regeling' niet meer te worden opgenomen in art. 27 WOR. Uit de slotzin blijkt immers dat het moet gaan om een collectieve regeling. Het instemmingsrecht met betrekking tot winstdelingsregelingen en spaarregelingen moet separaat worden opgenomen. Aldus kan het wetsartikel als volgt luiden:

De onderneming behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van: een uitvoeringsovereenkomst, voor zover de vaststelling, wijziging of intrekking daarvan leidt tot wijziging van pensioenaanspraken en pensioenrechten en een pensioenovereenkomst....

#### **Instemmingsrecht op grond van art. 23, lid 4 PW juncto art. 27 WOR**

In art. 23, lid 4 PW is bepaald dat art. 27 WOR van toepassing is wanneer een werkgever pensioenregelingen laat uitvoeren door een premiepensioeninstelling of een Europees pensioenfonds. Daarbij bestaat discussie over de vraag of de OR in dat geval alleen een instemmingsrecht heeft op het moment dat de regeling bij een dergelijke instelling wordt ondergebracht, of dat dit tevens het geval is bij het wijzigen van die regeling. De SER is van mening dat de OR ook bij een wijziging een instemmingsrecht heeft. Dat standpunt lijkt ons juist, omdat er anders sprake zou zijn van een lacune in de medezeggenschap. Het zou dan immers mogelijk zijn om met instemming van de OR een pensioenregeling onder te brengen bij een premiepensioeninstelling of een Europees pensioenfonds en vervolgens deze regeling zonder instemming van de OR aanzienlijk te beperken.

#### **Overdragen van de wijzigingsbevoegdheid**

In het SER-advies wordt uitvoerig ingegaan op het overdragen van de wijzigingsbevoegdheid aan het pensioenfonds. Hiervoor zijn we reeds uitvoerig ingegaan op de pensioenovereenkomst. Dat is een belangrijke overeenkomst tussen werkgever en werknemer. Zonder pensioenovereenkomst is ook geen uitvoeringsovereenkomst nodig, net zomin als een pensioenreglement en een pensioenuitvoerder. Toch is deze zeer belangrijke overeenkomst in de praktijk

- 2 R.J.G. Veugelers, Instemmingsrecht voor OR een goede zaak!, PM 2014, nr. 4.
- 3 E. Schop, Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door Opf: de discussie is nog niet voorbij, TPV 2014, nr. 2.
- 4 E. Lutjens, Weg met OR-instemmingsrecht over pensioen, TPV 2014, nr. 2.
- 5 M. Heemskerk, Gemorrel aan instemmingsrecht OR bij pensioenbesluiten, PM 2013, nr. 6/7.



vaak niet meer dan één regel in de arbeidsovereenkomst. Daarin is dan bijvoorbeeld het volgende opgenomen: 'u neemt deel in de pensioenregeling van werkgever X, die door pensioenfonds X wordt uitgevoerd.' Met een beetje geluk wordt dan nog het pensioenreglement van dat pensioenfonds bijgevoegd. In dat reglement staat uiteraard vermeld dat het door het bestuur kan worden gewijzigd.

Hebben partijen hiermee nu beoogd om het volledige pensioenreglement in de pensioenovereenkomst te incorporeren en hebben zij beoogd om de wijzigingsbevoegdheid van het reglement over te dragen aan het bestuur van het pensioenfonds? Naar mijn mening is dat nadrukkelijk niet het geval. Uiteraard is in het reglement opgenomen dat het kan worden gewijzigd. In art. 35 PW is immers bepaald dat de pensioenuitvoerder een pensioenreglement moet opstellen in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst. Als de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd, moet uiteraard het bestuur van het pensioenfonds of de verzekeraar het pensioenreglement daaraan kunnen aanpassen. Daarmee is echter niet beoogd om het bestuur van het pensioenfonds de bevoegdheid te geven om een pensioenovereenkomst aan te passen.

Naar onze mening hebben uitsluitend werkgever en werknemer het recht om een pensioenovereenkomst aan te passen. Daarbij is het dan wel van belang om vast te stellen welke elementen ten minste als onderdeel van de pensioenovereenkomst moeten worden beschouwd en welke meer een uitvoeringskarakter hebben. Het wijzigen van het opbouwpercentage, het karakter van de pensioenovereenkomst (uitkeringsovereenkomst of premieovereenkomst), de pensioenleeftijd, het toekennen van nabestaandenpensioen op risicobasis of op opbouwbasis zijn volgens ons elementen van de pensioenovereenkomst. Bij het wijzigen daarvan dient dus de ondernemingsraad een instemmingsrecht te hebben. Als uitvoeringszaken beschouwen wij daarentegen het aanpassen van flexibiliseringsfactoren, het invoeren of afschaffen van bepaalde vormen van flexibilisering, en het vaststellen van de criteria waaraan moet worden voldaan bij het ontvangen van pensioen (zoals het verstrekken van informatie over arbeidsongeschiktheid). Voor dat soort zaken achten wij het niet noodzakelijk dat de ondernemingsraad een instemmingsrecht heeft. Het bestuur van het pensioenfonds of de verzekeraar zal dit op zorgvuldige wijze moeten uitvoeren. Daarbij zijn er op grond van de Wet versterking bestuur pensioenfonds voldoende checks en balances ingebouwd. En op grond van de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen wordt de ondernemingsraad de gelegenheid geboden te adviseren over het verlengen van de uitvoeringsovereenkomst. Daarbij kunnen genoemde punten aan de orde komen.

Als de OR het instemmingsrecht krijgt met betrekking tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst, is het van belang om vast te stellen wat in die overeenkomst moet worden opgenomen. De Pensioenwet is op dat punt naar onze mening nog onvoldoende duidelijk. Die wet dient ons inziens ten minste voor te schrij-

ven dat ook de pensioenleeftijd en het opbouwpercentage in de pensioenovereenkomst worden opgenomen. Wetgeving alleen lijkt echter niet voldoende; werkgevers en werknemers zullen zelf ook meer op een goed uitgewerkte pensioenovereenkomst – eventueel op te nemen in de arbeidsovereenkomst – moeten aandringen.

Zo'n 15 jaar geleden bestond ook een uitvoeringsovereenkomst – destijds financieringsovereenkomst genaamd – vaak uit niet meer dan één regel: 'Werkgever zal aan het fonds de middelen ter beschikking stellen die nodig zijn voor de uitvoering van de pensioenregeling.' Een degelijke oneliner is naar huidige maatstaven volstrekt onvoldoende en komt dan ook niet meer voor. Wij hopen van harte dat we bij de pensioenovereenkomst een vergelijkbare ontwikkeling gaan zien. De pensioenuitvoerder dient zich intussen te beperken tot het uitvoeren van de pensioenregeling. Daarbij moet hij de evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2 PW in acht nemen. Volgens de SER kan dit strijdig zijn met de toets van art. 19 PW. Wij denken dat de pensioenuitvoerder zich inderdaad moet beperken tot de uitvoering van een pensioenovereenkomst en geen rol moet spelen bij het wijzigen ervan. Wat ons betreft wordt daarom in de Pensioenwet opgenomen dat de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst niet kan worden overgedragen of gedelegeerd aan de pensioenuitvoerder.

## ■ TEN SLOTTE

De SER adviseert om art. 27, lid 1, onder a WOR zodanig aan te passen dat de OR een instemmingsrecht heeft bij het vaststellen, wijzigen of intrekken van een pensioenovereenkomst. Daarmee wordt bereikt dat de OR een instemmingsrecht heeft bij elke wijziging van de pensioenovereenkomst die wordt uitgevoerd door zowel een verzekeraar en een pensioenfonds, als een Europees pensioenfonds en een premiepensioeninstelling. Daardoor kunnen art. 27, lid 7 WOR en art. 23, lid 4 PW vervallen. Wij achten dit een goed advies, met name vanwege de eenvoud en duidelijkheid. Met enkele aanpassingen, zoals we ze in deze bijdrage hebben aangegeven, kan het voorstel nog verder worden verbeterd.

Verder is het van belang dat er meer duidelijkheid komt over de onderwerpen die deel uitmaken van de pensioenovereenkomst – en waarvoor dus een instemmingsrecht geldt – en de onderwerpen die er geen deel van uitmaken omdat ze kunnen worden aangemerkt als uitvoeringselementen – waarvoor de pensioenuitvoerder verantwoordelijk is. Pensioenuitvoerders moeten geen rol hebben bij het wijzigen van pensioenovereenkomsten. Daar gaan werkgever en werknemers over. Wel is het raadzaam om bij een voorgenomen wijziging de uitvoerder, vanwege zijn veelal grote kennis van zaken, te raadplegen.

In de eerder aangehaalde column van april jl. werd de wens uitgesproken dat we ten aanzien van deze problematiek een stukje fundamentele wetgeving tegemoet zouden mogen zien. Met dit SER-advies gaat dat zeker de goede kant op. Nu maar weer hopen dat regering en parlement dit advies ter harte nemen. ●