

De Veegwet Pensioenwet; de pensioenwetgeving nu op orde?

Vrijwel direct na de plaatsing van de Pensioenwet in het Staatsblad, bleek een veegwet noodzakelijk om de Pensioenwet op enkele punten aan te passen. Ruim anderhalf jaar na de inwerkingtreding van de Pensioenwet is de Veegwet Pensioenwet' (hierna: 'Veegwet') uiteindelijk een feit. Het merendeel van de wijzigingen heeft betrekking op 'technische onvolkomenheden'. Er zijn echter ook artikelen die direct voor de praktijk van belang zijn. In dit artikel zullen wij enkele onderwerpen uitlichten. We behandelen het vermeende recht op collectieve waardeoverdracht, medezeggenschap van pensioengerechtigden, het instemmingsrecht van de OR en de overgang van onderneming.

mr. M.D. van den Broek (pensioenjurist) en mr. R.J.G. Veugelers (pensioenadvocaat)
werkzaam bij Bergamin & Gielink pensioenrechtadvies B.V

RECHT OP COLLECTIEVE WAARDEOVERDRACHT, OF TOCH NIET?

In art. 25 PW zijn de onderdelen opgenomen die in een uitvoeringsovereenkomst moeten worden geregeld. Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet is in eerste instantie een amendement opgesteld dat een expliciet recht op collectieve waardeoverdracht behelst.¹ De minister heeft toen echter aangegeven dat een algemeen recht op collectieve waardeoverdracht te ver zou reiken.² Als reactie is een nieuw amendement opgesteld en middels dit amendement³ is onderdeel h aan art. 25 toegevoegd. Dit onderdeel bepaalt dat in een uitvoeringsovereenkomst de voorwaarden die gelden bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst moeten worden opgenomen. Daarbij moeten de belangen van de werkgever en verzekeraar op evenwichtige wijze worden gewaarborgd. De opstellers van dit amendement zijn ervan uitgegaan dat het amendement voorziet in een recht op collectieve waardeoverdracht, gezien de toelichting die zij hierbij geven.⁴



Marthe van den Broek



Roel Veugelers

1 Enige wijzigingen in de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en enige andere wetten, Tweede en Eerste Kamer, Kamerstukken 31 226, vergaderjaar 2007-2008.

2 Amendement Bibi de Vries c.s., Kamerstukken II, 30 413, nr. 36.

3 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II, 30 413, nr. 53.

4 Amendement Bibi de Vries c.s., Kamerstukken II, 30 413, nr. 65.

5 Amendement Bibi de Vries c.s., Kamerstukken II, 30 413, nr. 65.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Veegwet is gerefereerd aan dit amendement en is nogmaals aangegeven dat met dit amendement is beoogd een recht op collectieve waardeoverdracht te regelen.⁶ De regering heeft hierop gereageerd en gesteld dat er door het amendement geen recht op collectieve waardeoverdracht is gecreëerd. Volgens de regering moeten er vooraf duidelijke en eerlijke afspraken worden gemaakt over de beëindiging van het contract. Voorop staat de contractsvrijheid van partijen. Kern van het probleem is volgens de regering niet zozeer de collectieve waardeoverdracht als wel de 'nette afhandeling' van het verzekeringscontract.

Ook tijdens de parlementaire behandeling van de Veegwet is over dit onderwerp een amendement⁷ opgesteld en aangenomen. Op grond van dit amendement is de volgende zin toegevoegd aan art. 25, lid 1, onderdeel h: 'De regeling kan geen uitsluiting van collectieve waardeoverdracht inhouden.' De toelichting op dit amendement is duidelijk: 'Met dit amendement wordt bereikt dat een uitvoeringsovereenkomst altijd een recht behelst voor de werkgever voor een collectieve waardeoverdracht aan het eind van het contract.' Op grond van de letterlijke tekst van de Veegwet bestaat dat recht echter niet. De vraag is nu hoe verzekeraars en werkgevers met deze bepaling zullen omgaan. Zullen zij conform de geest van de bepaling een redelijke regeling voor waardeoverdracht opnemen? Of zullen de verzekeraars zich houden aan de letter van de wet en zoeken naar allerlei contractuele mogelijkheden om collectieve waardeoverdracht (toch) uit te sluiten? Naar de letter van de wet kunnen verzekeraars er bijvoorbeeld voor kiezen om een redelijke regeling voor de beëindiging op te nemen, zonder een recht op collectieve waardeoverdracht toe te kennen. Dit kan bijvoorbeeld door middel van een premievrije aanspraak, in principe is dit niet onredelijk. Bij de in de Pensioenwet afgesproken evaluatie over twee jaar is het wenselijk om ook te evalueren op welke wijze art. 25, lid 1, onderdeel h, PW in de praktijk is toegepast en of dan een wettelijk recht op waardeoverdracht alsnog moet worden ingevoerd.

Hierbij moet nog vermeld worden dat art. 25 PW vanaf 1 januari 2009 in werking treedt voor verzekeraars. Door de minister is aangegeven dat verzekeraars al hun lopende contracten opnieuw moeten uitonderhandelen. Zij zijn hierbij gehouden eerlijke beëindigingsvoorwaarden in het contract op te nemen.⁸ Daarbij mogen ze een recht op collectieve waardeoverdracht niet uitsluiten.

MEDEZEGGENSCHAP PENSIOEN-GERECHTIGDEN

Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet, heeft de regering ervoor gekozen om de aanbevelingen van het Tweede Medezeggenschapsconvenant in de wet te verankeren.⁹ Deze aanbevelingen zijn opgenomen in art. 101 PW. Op grond van art. 101 dient er bij ondernemingspensioenfondsen (met een bepaald aantal pensioengerechtigden) een raadpleging plaats te vinden over de wijze waarop de medezeggenschap van pensioengerechtigden wordt vormgegeven. Deze medezeggenschap kan plaatsvinden

door middel van bestuursdeelname of het instellen van een deelnemersraad. Indien beide vormen van medezeggenschap al aanwezig zijn bij het pensioenfonds, kan de raadpleging achterwege worden gelaten, op grond van art. 100, lid 2, PW.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Veegwet zijn over deze medezeggenschap enkele vragen gerezen.¹⁰ Art. 101 PW moet worden gelezen in samenhang met art. 100 PW. Indien wordt gekozen voor vertegenwoordigers in het bestuur dan dient op grond van art. 101, lid 1, PW de verdeling van de zetels tussen werknemers en pensioengerechtigden plaats te vinden op basis van de onderlinge getalsverhouding. Indien wordt gekozen voor een deelnemersraad dan is art. 101 PW in principe niet van toepassing.

De vraag was ontstaan wat er moet gebeuren, als er wordt gekozen voor een deelnemersraad, terwijl wel reeds pensioengerechtigden in het bestuur zitten. In dat geval kan er overeenkomstig art. 100 PW voor gekozen worden om geen vertegenwoordigers van de gepensioneerden meer op te nemen in het bestuur. Er kan ook voor gekozen worden om 'ondanks' het instellen van een deelnemersraad, de vertegenwoordiging van de pensioengerechtigden te handhaven. De vraag was of in die situatie de verdeling in het bestuur tussen werknemers en pensioengerechtigden ook op basis van de onderlinge getalsverhouding dient plaats te vinden. Op grond van het bij de Veegwet ingevoerde nieuwe lid 3 van art. 101 PW bestaat nu de mogelijkheid om gebruik te maken van een 'tussenoplossing'. Pensioengerechtigden kunnen in het bestuur blijven zitten, maar het is mogelijk om af te wijken van de onderlinge getalsverhouding. Het volgende voorbeeld illustreert de nieuwe mogelijkheid.

Voorbeeld

Bij ondernemingspensioenfonds Jansen hebben pensioengerechtigden zitting in het bestuur. Er bestaat geen deelnemersraad. In het bestuur zitten vier vertegenwoordigers van de werkgever, twee van de werknemers en twee van de pensioengerechtigden conform de onderlinge getalsverhouding. Op basis van raadpleging onder de pensioengerechtigden wordt gekozen voor medezeggenschap door middel van een deelnemersraad. Op grond van het nieuwe lid 3 van art. 101 PW kan nu worden gekozen voor de 'tussenoplossing', waarbij enerzijds een deelnemersraad wordt ingesteld, maar anderzijds het aantal pensioengerechtigden in het bestuur wordt teruggebracht tot één.

6 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 31 226, nr. 7.

7 Amendement Omtzigt en Hamer, Kamerstukken II, 31 226, nr. 32.

8 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II, 31 226, nr. 25.

9 Derde nota van wijziging, Kamerstukken II, 30 413, nr. 25.

10 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 31 226, nr. 7.

Met welke vorm van vertegenwoordiging is de pensioengerechtigde beter af? Bij vertegenwoordiging in het bestuur of door middel van een deelnemersraad? Hierbij moet worden opgemerkt dat het adviesrecht van de deelnemersraad effectiever kan zijn voor de pensioengerechtigde dan de directe instemming in het bestuur. Indien in het bestuur discussie ontstaat tussen enerzijds de werkgever en anderzijds de werknemers en pensioengerechtigden zullen deze moeten proberen om tenminste een vertegenwoordiger van de werkgever te overtuigen (uitgaande van besluitvorming op basis van een gewone meerderheid). Indien er echter sprake is van een deelnemersraad, dan kan deze gebruikmaken van haar beroepsrecht, indien het niet lukt om het bestuur te overtuigen. Het beroepsrecht biedt de deelnemersraad een concrete mogelijkheid om een geschil aan de rechter voor te leggen. Individuele bestuurders hebben niet een dergelijke concrete mogelijkheid om geschillen aan de rechter voor te leggen.

INSTEMMINGSRECHT OR

Op grond van art. 27, lid 1, onderdeel a, Wet op de ondernemingsraden (hierna: 'WOR'), heeft de OR een instemmingsrecht bij elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering. De terminologie van art. 27 WOR sluit niet aan bij de begrippen/definities van de Pensioenwet. Tijdens de parlementaire behandeling van de Veegwet is dan ook gevraagd wat er precies onder dit instemmingsrecht verstaan moet worden. Gaat het hier om instemmingsrecht op de besluiten aangaande de pensioenovereenkomst (de overeenkomst tussen werkgever en werknemer) of de uitvoeringsovereenkomst (de overeenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder) of behoeven wellicht beide overeenkomsten de instemming van de OR? Het komt er volgens de minister op neer dat de uitvoeringsovereenkomst en de SLA (Service Level Agreement) vallen onder de reikwijdte van art. 27 WOR.¹¹ Tijdens de behandeling van de Veegwet in de Eerste Kamer is wederom de vraag gesteld wat precies onder een 'pensioenverzekering', zoals is opgenomen in art. 27 WOR, moet worden verstaan. De minister heeft hierop gereageerd door het volgende te stellen: 'het hier bedoelde instemmingsrecht heeft geen betrekking op de pensioenovereenkomst, maar wel op de uitvoeringsovereenkomst'.¹²

In de literatuur is inmiddels een aantal artikelen over dit onderwerp verschenen.¹³ Het blijft vreemd dat art. 27 WOR

wel zou voorzien in een instemmingsrecht voor de uitvoeringsovereenkomst, aangezien de uitvoeringsovereenkomst ziet op de relatie tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder. In eerste instantie is hierbij geen direct belang van werknemers gemoeid. Dit is echter wel het geval bij de totstandkoming van de pensioenovereenkomst.

Met welke vorm van vertegenwoordiging is de pensioengerechtigde beter af?

Een instemmingsrecht van de OR bij de totstandkoming van de pensioenovereenkomst lijkt hier dan ook veel meer op zijn plaats. Het was dan ook wenselijk geweest indien art. 27 WOR aan de terminologie van de Pensioenwet was aangepast. Naar onze mening dient art. 27, lid 1, onderdeel a, WOR als volgt te luiden: 'a. een pensioenovereenkomst die overeenkomstig artikel 23 van de Pensioenwet is ondergebracht bij een verzekeraar, een winstdelingsregeling of een spaarregeling.'

PENSIOEN BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMING

Met de komst van de Pensioenwet is de term 'pensioentoezegging' verdwenen en is de nieuwe term 'pensioenovereenkomst' geïntroduceerd. Zoals is aangegeven tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet is met deze wijziging geen inhoudelijke wijziging beoogd. Voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst is aanvaarding van de kant van de werknemer vereist. Hier is volgens de memorie van antwoord geen verschil ten opzichte van de pensioentoezegging, in de jurisprudentie en in de literatuur gaat men ervan uit dat ook een pensioentoezegging aanvaard moet worden door een werknemer.¹⁴

Naar aanleiding van de wijziging van het begrip pensioentoezegging in pensioenovereenkomst zijn enkele aanverwante wetsbepalingen gewijzigd, waaronder art. 7:664 BW. Echter, deze aanpassing is de eerste keer niet volledig gedaan, zodat er in het lid 1, onderdeel a nog steeds sprake was van een pensioentoezegging. In de Veegwet is dit onderdeel ook aangepast, hetgeen heeft geleid tot de nodige discussies.

Door middel van de Veegwet is de volgende bepaling ontstaan:

'1. Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet indien:

a. de verkrijger met de werknemer, bedoeld in artikel 663, dezelfde pensioenovereenkomst sluit, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gesloten met zijn werknemers;'

11 Nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken II, 31 226, nr. 14.

12 Memorie van antwoord, Kamerstukken I, 31 226, nr. D.

13 Zie bijvoorbeeld: prof.dr. E. Lutjens, 'Instemmingsrecht ondernemingsraad', *Pensioen & Praktijk* 2008, nr. 5.

14 Memorie van toelichting, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3.

In de memorie van toelichting op de Veegwet heeft de minister aangegeven dat deze wijziging verband houdt met een aanpassing van de terminologie aan de Pensioenwet.¹⁵ Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer zijn hierover vragen gesteld. Hierbij ging het over het doen van een aanbod van een pensioenovereenkomst. Een werknemer kan, zo werd gesteld, het aanbod weigeren en aanspraak blijven maken op zijn oude pensioenregeling. Vervolgens werd de vraag gesteld of de verkrijger een keuzerecht heeft om te kiezen tussen de oude of nieuwe pensioenregeling en tevens of de werknemer dit aanbod moet accepteren. De minister heeft nogmaals aangegeven dat hier géén materiële wijziging is beoogd en dat slechts is beoogd de terminologie van dit artikel in overeenstemming te brengen met de terminologie van de Pensioenwet. De minister heeft wel toegezegd dat, om misverstanden te voorkomen, dit artikel met een volgende wijziging zal worden verbeterd.¹⁶ In de nadere memorie van antwoord heeft de minister dit standpunt nogmaals herhaald. Daarbij heeft hij tevens benadrukt dat het keuzerecht voor de overnemende werkgever is beoogd bij de totstandkoming van dit artikel en dat het niet de bedoeling is geweest werknemers het behoud van hun oude pensioenregeling te garanderen.¹⁷ Wij gaan ervan uit dat art. 7:664, lid 1, onderdeel a, BW (na de genoemde 'toezegging' van de minister) als volgt zal gaan luiden:

'a. de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in artikel 663, dezelfde pensioenovereenkomst aanbiedt, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft aangeboden aan zijn werknemers;'

INWERKINGTREDING

De gewijzigde tekst van de Pensioenwet is met ingang van 1 augustus 2008 in werking getreden¹⁸, met uitzondering van enkele bepalingen. Voor enkele bepalingen van de Pensioenwet geldt de inwerkingtreding van de Veegwet met terugwerkende kracht tot 1 januari 2007. Dit betreft allereerst de overgangsbepaling voor de raadpleging van art. 101 PW. Op grond van deze overgangsbepaling¹⁹ kan de raadpleging achterwege blijven indien de keuze van medezeggenschap al vóór de totstandkoming van het tweede medezeggenschapsconvenant (op 28 februari 2003) is gemaakt en dat het bestuur kan aantonen dat de gekozen vorm van medezeggenschap de instemming van de pensioengerechtigden heeft. Een andere bepaling die terugwerkt tot 1 januari 2007 betreft de aanpassing van het hier niet besproken art. 134 PW. In lid 1, onderdeel c is de wijziging van de hersteltermijn van één naar drie jaar op grond van een amendement per abuis nog niet verwerkt.

Bij brief van 15 september 2008²⁰ heeft de minister aangekondigd dat er nog een verzamelwet zal komen waarin enkele aanpassingen zullen worden meegenomen. Het wetsvoorstel zal volgens de minister nog dit najaar aan de Tweede Kamer worden aangeboden.

Samenvatting

De Veegwet leidt nog tot enkele inhoudelijke wijzigingen van de Pensioenwet. Op een aantal punten is het wenselijk om het een en ander nog beter te laten aansluiten op de Pensioenwet. Zoals betoogd, sluiten art. 27 WOR en art. 7:664 BW nog niet geheel aan op de Pensioenwet. Zoals hierboven is aangegeven, zal de minister nog met een verzamelwet komen, waarin nog enkele aanpassingen zullen worden meegenomen. Dit is voor de minister een finale kans om de nog opengebleven punten te dichten.

¹⁵ Memorie van toelichting, Kamerstukken II, 31 226, nr. 3.

¹⁶ Memorie van antwoord, Kamerstukken I, 31 226, nr. D.

¹⁷ Nadere memorie van antwoord, Kamerstukken I, 31 226, nr. G.

¹⁸ Besluit van 15 juli 2008, Stb. 2008, 315.

¹⁹ Art. 45a Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet.

²⁰ Brief van 15 september 2008 van minister Donner over Kamervragen van het lid Blok over de Pensioenwet en achterblijvende partners.