

***Input op consultatie
'Wet versterking bestuur pensioenfondsen'***

*door werkgroep
Corporate Governance voor Pensioenfondsen
Van Houthoff Buruma*

1. Inleiding

- 1.1. Op 4 juli 2011 heeft het Ministerie van Sociale Zaken het voorontwerp “Wet versterking bestuur pensioenfondsen” (“**Voorontwerp**”) ter consultatie aangeboden om belanghebbenden en belangstellenden te informeren en de gelegenheid te geven om inhoudelijk te reageren op het Voorontwerp.
- 1.2. Houthoff Buruma Cooperatief U.A. (“**Houthoff Buruma**”) maakt graag van deze gelegenheid gebruik. In deze reactie op het Voorontwerp zal achtereenvolgens het volgende aan de orde komen;
 - (i) Achtergrond reactie Houthoff Buruma
 - (ii) Gesignaleerde lacunes in Voorontwerp;
 - (iii) Inhoudelijke Reactie op het Voorontwerp inclusief technisch commentaar.

2. Achtergrond Reactie Houthoff Buruma

- 2.1. De Pensioen Sector Groep van Houthoff Buruma beschouwt Pension Fund Governance (“**PFG**”) als een van de belangrijkste pijlers voor de legitimatie en instandhouding van pensioenfondsen in Nederland. Dat geldt voor de verplicht gestelde of niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, voor beroepspensioenfondsen en voor ondernemingspensioenfondsen. Als een van de weinige grote advocatenkantoren in Nederland beschikt Houthoff over een groot team met specialisten op alle juridische gebieden waar pensioenfondsbestuurders en pensioenfondsdirecties mee worden geconfronteerd. Wij kunnen daardoor geïntegreerd adviseren over complexe juridische problemen vanuit het pensioenrecht team, het toezicht team, het vermogensbeheer team en het ondernemingsrecht team. Gezien het overwegend juridische karakter van PFG en de vergelijking die kan worden gemaakt met de al langer geleden geïmplementeerde corporate governance bij ondernemingen in Nederland, waar nu door ons procedures over worden gevoerd, achten wij het van belang om de visie van pensioen-, toezicht- en ondernemingsrechtpraktijk van alle dag onder de aandacht te brengen.
- 2.2. Deze notitie vormt het resultaat van discussies die zijn gevoerd in een werkgroep PFG, bestaande uit advocaten met ruime praktijkervaring in toezicht (Hugo Oppelaar en Ronald Schulten), corporate governance (Bas Visée en Charlotte Niggebrugge) pensioenrecht, arbeidsrecht en medezeggenschapsrecht (Louis Kuypers, Edward de Bock, Roland de Greef, Maarten Minnaard, Hennie de Graaf, Mark Heemskerk en Lorenz van der Meij). Gezien de samenstelling van de commissie ligt de focus op een juridische analyse van het Voorontwerp.
- 2.3. Zoals in de Memorie van Toelichting van het Voorontwerp terecht wordt opgemerkt vragen de veranderende tijden op het gebied van pensioenen om een versterkte bestuursstructuur. Die structuur dient ervoor te zorgen dat (i) de expertise op het gebied van risicomanagement en vermogensbeheer (Commissie Frijns) wordt vergroot, (ii) er voldoende countervailing powers zijn binnen het bestuur maar ook tussen bestuur en uitvoeringsorganisaties en (iii) er recht gedaan wordt aan de verschuiving van het risicodragerschap naar de deelnemers en gepensioneerden. Ook zal de corporate governance voor pensioenuitvoerders zodanig moeten worden geregeld dat die regels ook worden nageleefd, hetgeen de afgelopen jaren zeker niet het geval is geweest getuige het rapport van de Commissie Streppel. De noodzaak tot verdere professionalisering en optimalisering van de deskundigheid van bestuurders,

beleidsbepalers en leden van medezeggenschapsorganen wordt alom als belangrijkste doelstelling genoemd.

3. Gesignaleerde lacunes in het Voorontwerp

- 3.1. Onzes inziens zijn de volgende punten helaas niet (voldoende) in het Voorontwerp meegenomen of geadresseerd:
 - a. Reikwijdte van de rol van de sociale partners in de bestuursstructuur;
 - b. De vraag wat de meest geschikte bestuursstructuur zou zijn;
 - c. Medezeggenschap andere pensioenuitvoerders.

Deze punten worden hieronder kort toegelicht.

3.2. *Reikwijdte van de rol van de sociale partners: Het pensioenfonds als opdrachtnemer vraagt om afstand tot opdrachtgever en extern toezicht*

- 3.2.1. Sinds de invoering van de Pensioenwet van 2007 is (nog) meer duidelijk geworden dat de inhoud van de pensioenregeling bij sociale partners ligt. Daar dient de rol van sociale partners te eindigen. Het pensioenfonds zal de vastgestelde pensioenregeling vervolgens uitvoeren op basis van de tussen het pensioenfonds en de werkgever(s) overeengekomen uitvoeringsovereenkomst (Opf), of op basis van het tussen het pensioenfonds en de sociale partners overeengekomen uitvoeringsreglement (Bpf), respectievelijk op basis van het tussen het pensioenfonds en de beroepsgenoten overeengekomen uitvoeringsreglement (Bpr). De werkgever, de sociale partners of de beroepsgenoten zijn dus opdrachtgever, het pensioenfonds is de opdrachtnemer. Het Pensioenfonds is daarmee een 'gewone' financiële instelling geworden. Dat was in 2007 zo en de afstand wordt steeds groter. Voor de meeste thans van kracht zijnde uitkeringsregelingen en kapitaalregelingen geldt dat de inhoud van de regeling een (overeengekomen) gegeven is en dat de pensioenuitvoerder voor de uitvoering daarvan een premie vaststelt.
- 3.2.2. Als het pensioencontract volgens het Pensioenakkoord het uitgangspunt wordt, zal de pensioenregeling er één zijn waarin de deelnemer de risicodragers wordt en waar de rol en aansprakelijkheid van de werkgever beperkt is tot de betaling van een gemaximeerde premie. Het pensioenfonds hoeft niet meer te onderhandelen over de premie - die staat immers vast - maar moet nu in de uitvoeringsovereenkomst met de werkgever (?) onderhandelen over de omvang van de uitkeringen die het pensioenfonds aan de werknemers kan toekennen.
- 3.2.3. In de werkelijkheid waarin het pensioenfonds de opdrachtnemer is en waarin de werkgever geen andere rol heeft dan premiebetaling past een paritaire bestuursvorm (in de vorm waarin de werkgeversvertegenwoordigers de helft van alle zetels bezetten en de vertegenwoordigers van de werknemers/pensioengerechtigden de andere helft) niet meer. Het is een relikwie uit een tijd waarin het arbeidsvoorwaardenoverleg geheel of nagenoeg geheel aan de bestuurstafel van het pensioenfonds plaats vond. De opdrachtgever kan niet tevens opdrachtnemer zijn.
- 3.2.4. Het pensioenfondsbestuur dient zijn taken als een professioneel en deskundig opdrachtnemer uit te voeren, niet als brievenbus tussen opdrachtgever en externe deskundigen. De bestuursstructuur dient te waarborgen dat alle (mede) beleidsbepalende personen zitting hebben in het bestuur, inclusief de directeur(en) en ongeacht de rechtsvorm.

3.3. *Meest geschikte bestuursstructuur*

- 3.3.1. Het Voorontwerp brengt naar onze mening niet de bestuursstructuur die past in deze veranderende tijden. Het Voorontwerp schiet in dat opzicht tekort en lijkt vooral verder te borduren op de vanuit juridische optiek pover vormgegeven Star-principes voor Goed Pensioenfondsbestuur, blijft gebaseerd op een – gezien de verschuiving van het risicodragerschap - achterhaalde paritaire bestuursvorm en schaaft slechts bij daar waar een veel verder gaande aanpassing geboden is.
- 3.3.2. Dat heeft er toe geleid dat er ondanks de vereenvoudigingen in het Voorontwerp, nog steeds een veelvoud van mogelijke structuren bestaat. Uit de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp blijkt niet waarom voor deze weg is gekozen noch of daar een uitgebreide afweging aan ten grondslag heeft gelegen over wat de opstellers het beste bestuurs/toezichtsmodel zouden vinden, op welke niveaus men welke belanghebbenden bevoegdheden wil geven, welke bevoegdheden dat dan zouden moeten zijn, etc.
- 3.3.3. Wij betreuren het dat niet meer aansluiting is gezocht bij de corporate governance van andere ondernemingsvormen in Boek 2 BW (Code Tabaksblat 2003 en Code Frijns 2008 en meer recent de door de Eerste Kamer aangenomen wijziging van Boek 2 in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen) en meer in het bijzonder de ontwikkeling van de governance bij vergelijkbare not-for-profit organisaties als woningbouwcorporaties, ziekenhuizen en andere ondernemingen in de gezondheidszorg en onderwijsinstellingen. De ervaringen die in die ondernemingen de afgelopen jaren zijn opgedaan zouden als voorbeeld moeten dienen hoe met governance moet of kan worden omgegaan in de pensioensector.
- 3.3.4. Bij een zwaardere rol voor het pensioenfondsbestuur hoort vanzelfsprekend een stevig intern toezicht, ofwel in de vorm van een one-tier board dan wel in een voor vennootschappen bekende two-tier board.
- 3.3.5. Wij zouden dan ook willen adviseren om in artikel 99 van het Voorontwerp het paritair bestuur te laten vervallen. Een pensioenfonds heeft dan een bestuur (i) bestaande uit uitvoerende bestuurders (waaronder naar onze mening ook de directeur(en) kunnen worden gerekend) en niet uitvoerende bestuurders (vertegenwoordigers van werknemers, gepensioneerden en de werkgevers), of (ii) bestaande uit externe bestuurders (waaronder naar onze mening eveneens de directeur(en) kunnen worden gerekend). In algemene zin zijn wij van mening dat de directeuren van pensioenfondsen, die medebeleidsbepaler zijn, er in de governance bekaaid vanaf komen. Wij zouden dan ook willen bepleiten om de functie van directeur (vergelijkbaar met de bestuurder van een NV of BV) meer aandacht te geven of in ieder geval vast te leggen dat een directeur die mede beleidsbepaler is ook deelneemt aan en een stem heeft in de besluitvorming door het bestuur. Voordeel van het laten vervallen van het paritair bestuur is ook dat de merkwaardige figuur van intern toezicht door een visitatiecommissie (die uniek is voor pensioenfondsen en niet voorkomt bij andere not-for-profit organisaties bij ons weten) kan vervallen. Het interne toezicht van een Opf met een extern bestuur kan prima worden georganiseerd met een Raad van Toezicht (“RvT”). Een alternatief als de visitatiecommissie moet alleen dan worden gehandhaafd indien de visitatiecommissie dezelfde bevoegdheden en rechten krijgt als de RvT (of de niet uitvoerende bestuurders in het pensioenfonds met een gemengd bestuur, zie ook 4.2.1 en verder).
- 3.3.6. Er zou ook nagedacht moeten worden over de vraag welke rechtsvormen geschikt zijn voor pensioenfondsen. Wij zijn van mening dat de onderlinge waarborgmaatschappij zeker ook geschikt is als rechtsvorm voor een pensioenfonds met een gemengd bestuur of een vereniging en zelfs ook de NV en de BV zijn geschikt zolang de aandelen

gehouden worden door een administrateur (die weer bestuurd kan worden door de niet uitvoerende bestuurders of door de leden van de Raad van Toezicht).

3.3.7. Waar wij hierna opmerkingen maken over artikelen die betrekking hebben op het paritaire bestuursmodel beogen wij niet terug te komen op de hiervoor ingenomen standpunten. Veel van die artikelen zijn hoe dan ook van toepassing op het externe bestuur met raad van toezicht en Belanghebbendenorgaan of het gemengde bestuur met raad van toezicht en deelnemersraad.

3.4. Medezeggenschap andere pensioenuitvoerders: Geen aandacht voor medezeggenschap andere pensioenuitvoerders

3.4.1. Bij een herziening van de medezeggenschap beperkt het Voorontwerp zich tot pensioenfondsen. Medezeggenschap ten aanzien van andere pensioenuitvoerders komt niet aan de orde. Dat is wellicht begrijpelijk omdat de aandacht in het Voorontwerp ligt op herziening van bestuur en medezeggenschap bij pensioenfondsen, maar wij achten dat een gemiste kans.

3.4.2. In de rechtspraak bestaat onduidelijkheid over een aantal medezeggenschapspunten die nu niet worden geadresseerd. Wij roepen u graag op om die punten mee te nemen. Het betreft onder meer de volgende punten

3.4.3. Positie pensioengerechtigden bij verzekerde pensioenregelingen

- a. Pensioengerechtigden in verzekerde pensioenregelingen – ondergebracht bij een pensioenverzekeraar - hebben vaak geen medezeggenschap over besluiten die hun pensioenrechten beïnvloeden. De OR heeft weliswaar instemmingsrecht (27 WOR) maar de OR bestaat slechts uit werkzame personen en niet uit pensioengerechtigden.
- b. Het hoorrecht (artikel 22 Pensioenwet) van de Vereniging van Gepensioneerden is een papieren tijger. Ten eerste zijn er nauwelijks Verenigingen van Gepensioneerden die aan de formele, strenge vereisten voor het hoorrecht voldoen. De eis aan een dergelijke Vereniging van Gepensioneerden van minimaal 10% leden en 250 werknemers en gepensioneerden is een effectieve drempel. Evaluatie uit juni 2010 toont aan dat het hoorrecht nauwelijks van de grond is gekomen en zelden wordt toegepast (bijlage bij Kamerstukken II 2009-2010, 28 294, nr. 41, Bureau Bartels, Medezeggenschap pensioengerechtigden bij rechtstreeks verzekerde regelingen). Slechts in 0,5 to 1% van de verzekerde regeling bestaat een dergelijke Vereniging van Gepensioneerden.
- c. Ten tweede is het recht om gehoord te worden precies zoals het klinkt. Na gehoord te zijn kan het besluit genomen worden zonder enige rekening te houden met hetgeen namens de pensioengerechtigden naar voren is gebracht. Het hoorrecht is een papieren tijger. Waar pensioengerechtigden bij pensioenfondsen een sterkere medezeggenschapspositie en dito rechtsmiddelen verkrijgen, bestaat bij verzekerde regelingen een medezeggenschapslacune voor pensioengerechtigden.
- d. Het voorontwerp en overigens ook het initiatiefwetsvoorstel van de Kamerleden Koser Kaya en Blok gaat vreemd genoeg geheel aan deze problematiek voorbij. Een oplossingsrichting voor de lacune zou kunnen zijn om pensioengerechtigden bij verzekerde regelingen ten aanzien van onderwerpen die hen raken (het schoolvoorbeeld is indexatie) een advies- en beroepsrecht toe te kennen zoals de Deelnemersraad en het Belanghebbendenorgaan (een uitgebreidere uiteenzetting is te vinden in het onderzoek van M. Heemsker, OR en pensioen, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2010).

3.4.4. Medezeggenschap OR in Pensioenwet is gebrekkig

- a. Bij pensioenuitvoerders zoals de PPI (premiepensioeninstelling), pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een pensioenfonds met ontheffing heeft de OR instemmingsrecht ten aanzien van het voornemen van de werkgever om een pensioenovereenkomst bij die uitvoerder onder te brengen. Naast de tekstuele discrepanties ten opzichte van de WOR – werkgever in plaats van ondernemer, voornemen in plaats van voorgenomen besluit – is een belangrijke inhoudelijke beperking dat de OR na te hebben ingestemd met de onderbrenging ten aanzien van wijziging of intrekking geen instemmingsrecht meer heeft.
- b. Die uitkomst heeft tot gevolg dat na één keer instemmen door de OR er geen medezeggenschap meer is bij wijziging of intrekking van de pensioenregeling. Dat is niet consistent met de tekst en bedoeling van de medezeggenschap uit de WOR. Wij dringen er bij u op aan om deze weeffout te herstellen (vergelijk M. Heemskerk, Instemmingsrecht OR uit Pensioenwet is gebrekkig, P&P 2010/10, p. 9-14).

3.4.5. Verhouding tot wetsvoorstel van de Kamerleden Koser Kaya en Blok

- a. Het Voorontwerp handhaaft voor het paritair samengestelde niet uitvoerende deel van het bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds de strikte verdeling tussen werkgeverszetels enerzijds en werknemers/gepensioneerdensetels anderzijds zoals nu in de Pensioenwet is neergelegd. Tevens is er een maximum gesteld aan het aantal zetels voor pensioengerechtigden. Dit is niet in lijn met het wetsvoorstel van de Kamerleden Koser Kaya en Blok tot een evenwichtige samenstelling van en de medezeggenschap in pensioenfondsbesturen. In de memorie van toelichting bij het Voorontwerp wordt gesteld dat het Voorontwerp uitdrukkelijk kiest om af te wijken van het wetsontwerp dat bij de Eerste kamer ligt, om te voorkomen dat een deelbelang in het bestuur een blokkerende macht kan vormen en dat werkgevers zo in de minderheid kunnen komen. Waarom dit argument niet telt voor de situatie dat de gepensioneerden (of de werknemers) in de minderheid kunnen komen, wordt niet nader toegelicht. Het argument in de memorie van toelichting dat het nu voorliggende voorstel zou aansluiten bij de "bestaande praktijk" van de paritaire besturen gaat naar onze mening niet op. De bestaande praktijk van het paritaire stelsel houdt immers niet voldoende rekening met de positie van de gepensioneerden. Dat is juist de reden waarom het wetsvoorstel door de Kamerleden Koser Kaya en Blok is ingediend (en door de Tweede Kamer is aangenomen).
- a. In het Voorontwerp wordt evenmin het beroepsrecht voor een minderheid van de deelnemersraad overgenomen zoals voorgesteld in het bij de Eerste Kamer liggende wetsvoorstel. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat er al "genoeg mogelijkheden zijn voor bewaar en beroep". Het beroepsrecht voor een minderheid zou "ook niet nodig zijn omdat het intern toezicht toeziet op een evenwichtige belangenbehartiging". Met andere woorden: de minderheid in de deelnemersraad (bijvoorbeeld de pensioengerechtigden) verliezen ten opzichte van het door de Tweede Kamer aangenomen initiatief wetsvoorstel een formeel beroepsrecht dat getuige dat wetsvoorstel noodzakelijk werd geacht. De gedachte dat dit verlies gecompenseerd wordt door intern toezicht op de evenwichtige belangenbehartiging van het bestuur van het pensioenfonds houdt naar onze mening geen, althans onvoldoende, rekening met de werkelijkheid die het beroepsrecht in de eerste plaats noodzakelijk maakte. Immers, de evenwichtige belangenbehartiging van het bestuur is nu ook al in de Pensioenwet (artikel 105 lid 2) neergelegd en diende (impliciet) op grond van regel C3 van de PFG door het

interne toezicht beoordeeld te worden. Het is overigens niet juist dat in het wetsvoorstel "het interne toezicht" op een evenwichtige belangenbehartiging toeziet. Dit geldt alleen wanneer het interne toezicht wordt uitgeoefend in de vorm van een Raad van Toezicht. Een visitatiecommissie heeft die opdracht/taak niet. Althans, dat volgt niet uit artikel 106 van het wetsvoorstel. Wanneer het interne toezicht bestaat uit een one-tierboard is in het wetsvoorstel überhaupt niets geregeld over taken en bevoegdheden van de niet uitvoerende bestuurders (zie ook hier voor).

- b. Wij achten het dan ook teleurstellend dat het wetsvoorstel niet integraal is overgenomen in het Voorontwerp. Als het paritaire model inderdaad vervalt – zoals wij bepleiten – dan vervallen vermoedelijk ook de bezwaren tegen het initiatief wetsvoorstel waar het de bestuurssamenstelling betreft en kan de behandeling in de Eerste Kamer van het voorstel zich toespitsen op het recht van een minderheid in de deelnemersraad om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer.

4. Inhoudelijke reactie op het Voorontwerp

- 4.1. Blijkens de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp, beoogt het Voorontwerp te voorzien in:
 - a. De versterking van de deskundigheid van het bestuur en versterking van het intern toezicht;
 - b. Adequate vertegenwoordiging van alle risicodragers door versterking van de positie van deelnemers en pensioengerechtigden;
 - c. Stroomlijning van taken en organen onder meer door het laten vervallen van het verantwoordingsorgaan.
- 4.1.2. Ook geeft de minister aan voorstander te zijn van meer mogelijkheden tot bestuursparticipatie van pensioengerechtigden.
- 4.2. Het bovenstaande in samenhang met het Voorontwerp geven aanleiding tot de volgende algemene opmerkingen en technische commentaren vanuit corporate governance oogpunt.
 - 4.2.1. De thans voorgestelde bestuursmodellen leiden tot verschillende niveaus van inspraak en toezicht/professionaliteit al naar gelang het gekozen model.
 - 4.2.2. Zo maakt het bijvoorbeeld onder het Voorontwerp voor het toezicht veel uit of gekozen (kan) worden voor toezicht door een visitatiecommissie of niet. Het wetsvoorstel stelt wel deskundigheidseisen aan de leden van de RvT maar niet aan de leden van de visitatiecommissie. (Zie artikel 108 lid 2 Voorontwerp.)
 - 4.2.3. Daarnaast worden bij een Opf, waar het interne toezicht is opgedragen aan een visitatiecommissie, de goedkeurings- en adviesrechten die een eventuele RvT zou hebben gehad niet verleend aan de Deelnemersraad die alleen een adviesrecht heeft (vergelijk de artt. 106 en 155a Voorontwerp).
 - 4.2.4. Dat betekent dat het gekozen toezicht en bestuursmodel van belang worden bij de vraag of een bepaald pensioenfonds al dan niet aantrekkelijk is. Het is de vraag of dat wenselijk is. Wij denken bovendien dat veel fondsen een negatieve keuze zullen maken voor de visitatiecommissie om de RvT met veel verdergaande bevoegdheden uit te sluiten.

- 4.2.5. Er zou bijvoorbeeld ook kunnen worden gekozen voor een structuur waarbij ieder pensioenfonds twee organen heeft (een bestuursorgaan en een toezichtorgaan) met waarborgen dat ten minste in één van beide organen de aanspraakgerechtigden zijn vertegenwoordigd. Ten einde te kunnen bepalen welke besluiten onderhevig dienen te zijn aan de goedkeuring van het toezichtorgaan en/of het orgaan waarin de belanghebbenden vertegenwoordigd zijn, zou moeten worden nagegaan welke besluiten vanuit een medezeggenschapsoogpunt aan de belanghebbenden zouden moeten worden voorgelegd en welke besluiten vanuit het oogpunt van stevig toezicht /verdere professionalisering aan het toezichtorgaan zouden moeten worden voorgelegd. Sommige besluiten zullen mogelijk zowel aan de belanghebbenden als aan het toezichtorgaan (voor zover dat niet het orgaan is waar de belanghebbenden in zijn vertegenwoordigd) moeten worden voorgelegd.

Voordracht en benoemingsprocedure

- 4.3. Er zijn verschillende wijzen waarop bestuurders van werkgeverszijde, van werknemerszijde en van gepensioneerden zijde benoemd worden in het bestuur. Artikel 100, lid 5 Voorontwerp bepaalt voor de werknemers de wijze waarop zij in het bestuur benoemd kunnen worden. Dat kan:
- na verkiezing door deelnemers;
 - op voordracht van vertegenwoordigers van deelnemers in de deelnemersraad (inclusief gepensioneerden op grond van artikel 115, lid 2);
 - op voordracht van de ondernemingsraad;
 - op een andere wijze, mits de ondernemingsraad daarmee heeft ingestemd.
- 4.3.1. Voor gepensioneerden geldt slechts dat (vertegenwoordigers van) gepensioneerden benoemd kunnen worden na verkiezing van de vertegenwoordigers door de pensioengerechtigden (artikel 104, lid 3). Dat komt overeen met alleen de eerste mogelijkheid zoals die bij de werknemers geldt: verkiezing door de deelnemers. De voordracht door de ondernemingsraad is voor de gepensioneerden uiteraard niet relevant. Voor gepensioneerden zou als equivalent gekozen kunnen worden voor de voordracht van bestuurders namens de gepensioneerden door representatieve verenigingen of federaties van verenigingen van gepensioneerden. In het bestuur van het pensioenfonds gekozen zouden kunnen worden. Ook kunnen bestuurders van de zijde van gepensioneerden worden benoemd op voordracht van vertegenwoordigers van gepensioneerden in de deelnemersraad. Wij zien althans geen reden waarom dat niet zou moeten of kunnen.
- 4.3.2. Het voorgaande geldt eveneens voor de samenstelling van het Belanghebbendenorgaan, waar in het tweede lid van het voorgestelde artikel 115b de artikelen 100 en 104 van overeenkomstige toepassing worden verklaard.
- 4.3.3. Van belang hierbij is nog dat het voorstel thans niet voorziet in de mogelijkheid dat eenmaal voorgedragen en benoemde kandidaat (van werkgevers-, werknemers- of gepensioneerdenzijde), ook weer op dezelfde wijze en door deelnemers c.q. gepensioneerden of hun vertegenwoordigers kunnen worden teruggetrokken uit het bestuur. Het bestuur benoemt en ontslaat immers de voorgedragen kandidaten volgens de daarvoor geëigende statutaire procedures.
- 4.3.4. Het zou onzes inziens logisch zijn indien vertegenwoordigers van werknemers dan wel vertegenwoordigers van gepensioneerden in het bestuur ook op voordracht van de benoemende organen weer ontslagen zouden kunnen worden. Dat bewerkstelligt een betere garantie voor wat betreft de countervailing powers van de vertegenwoordigers van werknemers en gepensioneerden.

Medezeggenschap

- 4.4. Ten aanzien van de medezeggenschap geldt dat het zwaartepunt nog steeds bij de werkgevers lijkt te liggen, terwijl de tendens is dat de risico's steeds meer voor rekening van deelnemers, pensioengerechtigden en slapers komen. Vertegenwoordiging van de pensioengerechtigden en "slapers" gaat ten koste van vertegenwoordiging van de werknemers en niet de werkgevers.
- 4.4.1. Vertegenwoordiging van de "slapers" is nauwelijks geregeld. Zij hebben alleen de mogelijkheid om in de Deelnemersraad te worden vertegenwoordigd en niet in het Belanghebbendenorgaan, wat betekent dat zij in beginsel niet worden vertegenwoordigd in pensioenfondsen met een extern bestuur.
- 4.4.2. Het Belanghebbendenorgaan heeft zowel een adviesrecht als een goedkeuringsrecht ten aanzien van bepaalde voorgenomen besluiten (artikel 115 c). Deelnemersraad alleen adviesrecht.
- 4.4.3. Ten aanzien van het adviesrecht wordt aan het Belanghebbendenorgaan een beroepsrecht toegekend (artikel 217 Pensioenwet) zodat het Belanghebbendenorgaan een door het extern bestuur passeren van een advies van het Belanghebbendenorgaan kan voorleggen aan de Ondernemingskamer. Niet duidelijk is of het goedkeuringsrecht van het Belanghebbendenorgaan eveneens in rechte afdwingbaar is voor het Belanghebbendenorgaan. Vergelijk het instemmingsrecht van de OR met beroep op eventuele nietigheid van het besluit (vergelijk artikel 27 WOR). Het lijkt er op dat hier slechts een intern goedkeuringsrecht is bedoeld. Althans de tekst van het Voorontwerp suggereert het laatste nu is bepaald dat het ontbreken van goedkeuring de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aantast (zie ook 5.6)
- 4.4.4. Verduidelijking van de reikwijdte van het goedkeuringsrecht van het Belanghebbendenorgaan is hier op zijn plaats.
- 4.4.5. Houthoff Buruma adviseert overigens om de medezeggenschap uitsluitend in te vullen met een Deelnemersraad. De invloed van de werkgever kan worden ingevuld met intern toezicht.

5. Technisch commentaar artikel I onderdeel D

- 5.1. Artikel 99
 - 5.1.1. In onze visie zou er een tweedeling moeten zijn tussen een pensioenfonds met een one-tier board (het gemengde model) en met een two-tier board (het externe model met een raad van toezicht). Wij zouden er voor willen pleiten dat bepalingen zoals opgenomen in Titel 4 (NV), Afdeling 5 (uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders) en Afdeling 6 (commissarissen), respectievelijk Titel 5 (BV), Afdeling 5 (uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders) en Afdeling 6 (commissarissen), van Boek 2 BW, voor zover relevant worden overgenomen in de Pensioenwet, nu dergelijke bepalingen in ieder geval niet in Titel 6 (Stichting) of Titel 3 (Onderlinge Waarborgmaatschappij) zijn opgenomen. Titel 1 van Boek 2 is in ieder geval van toepassing op (het bestuur van) een pensioenfonds. De formuleringen zouden zoveel mogelijk in lijn moeten zijn met Boek 2. (Zie ook de opmerkingen in paragraaf 3.3.)
- 5.2. Artikel 100
 - 5.2.1. Lid 1: Wij vragen ons af waarom vertegenwoordigers van werknemersverenigingen niet meer zetels zouden mogen bezetten dan werkgeversverenigingen (zoals in lid 3). Zou een evenredige verdeling tussen de verschillende groepen belanghebbenden niet meer

op zijn plaats zijn. Wij missen een relatie tussen vertegenwoordigers en stemrecht (zie ook lid 2);

- 5.2.2. Lid 2: Wij vragen ons af waarom stemgerechtigde vertegenwoordigers van vrijwillig aangesloten werkgevers als vertegenwoordigers van werknemersverenigingen worden geteld. Of is vertegenwoordiging van "andere" werkgevers onmogelijk en wordt hier uitsluitend bedoeld op vertegenwoordigers van gepensioneerden. Wij zouden dat dan ook zo formuleren;
- 5.2.3. Lid 3: Wij missen een relatie tussen zetels en stemrecht (zie ook lid 1 en lid 2);
- 5.2.4. Lid 1 en Lid 3: Wij wijzen op het feit dat artikel 9 van Boek 2 BW van toepassing is op de uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Er zou nog eens moeten worden gezien of de formulering van artikel 2:129 BW (of 2:239 BW) niet kan worden overgenomen (aangevuld met de evenwichtige vertegenwoordiging). Overigens pleiten wij er voor dat het bestuur, ongeacht het model hoe dan ook onafhankelijk is;
- 5.2.5. Lid 4: Zou iedere onderneming in een multi opf niet moeten worden vertegenwoordigd door zowel een werkgevers, werknemers en pensioengerechtigden vertegenwoordiger?;
- 5.2.6. Lid 5 (en artikel 104 leden 1 tot en met 3): Wij missen een regeling voor de benoeming, schorsing en ontslag van de bestuurders door het bestuur (coöptatie) of door de Raad van Toezicht. Daarbij maakt het niet uit of sprake is van een Opf of van een Bpf. Indien in die omissie wordt voorzien kan een algemene bepaling volgen dat bestuurders van werkgeverszijde worden benoemd (door bestuur of RvT) op voordracht van de werkgever of de werkgeversverenigingen. Voor schorsing en ontslag geldt dan hetzelfde, met dien verstande dat het bestuur (al dan niet in overleg met de RvT) ook zelf een einde moet kunnen maken aan het bestuurderschap van een wanpresterende bestuurder indien daar dringende redenen voor zijn (wijzigingen in integriteit, deskundigheid en dergelijke na benoeming). Er zijn verder nog andere gronden te noemen die van rechtswege leiden tot einde van de bestuursfunctie. Voor de benoeming van de vertegenwoordigers van werknemerszijde geldt dan hetzelfde, met handhaving van de wijzen van voordracht in a tot en met d. Ook voor ontslag geldt de voorgaande uitwerking. De inhoud van artikel 104 zou moeten worden verplaatst naar artikel 100;
- 5.2.7. Lid 6: Hier wordt uitsluitend bedoeld op vertegenwoordigers van gepensioneerden. Wij zouden dat dan ook zo formuleren;
- 5.3. Artikel 101
 - 5.3.1. Wij missen regels inzake benoeming en ontslag van de externe bestuurders. Dat kan door coöptatie of door de Raad van Toezicht, tenzij het pensioenfonds een NV, BV of OWM is, in welk geval Boek 2 voorziet in de benoemingsprocedure. Zie ook ons commentaar hiervoor bij artikel 99 en artikel 100 lid 5 (5.2.6).
- 5.4. Artikel 102
 - 5.4.1. Lid 1: Wij adviseren om, naast lid 5 en 6, de tekst van artikel 2:129a/239a BW2 over te nemen.
 - 5.4.2. Lid 3: Ons commentaar bij artikel 100 (samengesmolten met 104) geldt ook hier voor. Sterker nog, artikel 100/104 kan volgens ons worden omgewerkt naar het gemengde model, waarbij de paritaire samenstelling geldt voor de niet uitvoerende bestuurders;
 - 5.4.3. Lid 4 en 106 lid 3: Onzes inziens zou voor het nemen van besluiten door een gemengd bestuur expliciet gemaakt moeten worden dat de besluiten waarvoor volgens artikel 106 bij een extern bestuur goedkeuring van de RvT moet worden verkregen de instemming

van de niet uitvoerende bestuurders behoeven, met dezelfde mogelijkheden voor niet uitvoerende bestuurders om tegen incorrecte besluitvorming op te komen gelijk de RvT. Dat is ook een commentaar op artikel 106: Welke juridische mogelijkheden hebben de RvT (of de visitatiecommissie) indien het bestuur een afkeuring door of aanwijzing van de RvT naast zich neerlegt. Is een dergelijk besluit nietig of moet het intern toezicht de nietigheid inroepen (vergelijk ook artikel 25 en 27 WOR). Vergelijk ook het beroepsrecht van het Belanghebbendenorgaan en de deelnemersraad;

- 5.4.4. Lid 4: Wij zien niet in waarom de uitvoerende bestuurders bij de one-tier-board rechtspersonen zouden moeten kunnen zijn. Dat lijkt onwenselijk en indruisen tegen de te betrachten transparantie. Meer in het algemeen zouden wij willen pleiten voor een hoofdregel dat uitvoerende, niet uitvoerende en externe bestuurders (waaronder directeuren) natuurlijke personen moeten zijn. Hetzelfde artikel kan dan gelden voor intern toezicht, Belanghebbendenorgaan en deelnemersraad;
- 5.5. Artikel 103
 - 5.5.1. Dit artikel zou onzes inziens moeten vervallen of in de gevallen genoemd in a en b dwingend voorschrijven dat vertegenwoordiging van gepensioneerden verplicht is. Bepaalde pensioenfondsen hebben straks een verplichte deelnemersraad. De reden voor de enquête over bestuursdeelname of participatie in de deelnemersraad vervalt daarmee. Normaliter zal toch iedere gepensioneerde moeten stemmen voor vertegenwoordiging voor gepensioneerden? Dan is het beter om die vertegenwoordiging (naar rato van het aantal gepensioneerden ten opzichte van het aantal slapers en deelnemers) dwingend voor te schrijven in de hier bedoelde gevallen. Nog eenvoudiger zou het zijn om ook de slapers evenredig te laten vertegenwoordigen. Bij veel pensioenfondsen overtreft het aantal slapers het aantal deelnemers en gepensioneerden met een veelvoud. Wellicht zou dat ook een reden zijn om het gewicht af te meten naar financieel belang: hoe hoger de waarde van iemands aanspraken, des te meer aandeel hij heeft in de zeggenschap. Dat zou vermoedelijk betekenen dat de gepensioneerden een veel zwaardere stem krijgen omdat hun aanspraken nu eenmaal veel meer waard zijn dan van jongere deelnemers.
- 5.6. Artikel 104
 - 5.6.1. Verplaatsen naar 100 (of het artikel over gemengd bestuur);
- 5.7. Artikel 105
 - 5.7.1. Wij spreken een voorkeur uit voor een two-tier board met een Raad van Toezicht (Afdeling 6 van titel 4 van Boek 2 BW) of een one-tier board (2:129a BW);
- 5.8. Artikel 106
 - 5.8.1. Lid 1: In onze visie zouden (naast de onafhankelijke leden) de leden van de RvT kunnen worden benoemd door de RvT op voordracht van de geledingen van werkgever(s)(verenigingen), werknemers(verenigingen) en gepensioneerden(verenigingen). In plaats van onafhankelijkheid voor te schrijven zouden ook incompatibele functies kunnen worden benoemd. Dat een lid van de RvT moet functioneren zonder last of ruggespraak zou wel kunnen worden vastgelegd;
 - 5.8.2. Lid 3: Zie opmerkingen in paragraaf 5.4.3.
 - 5.8.3. Lid 4: bij een paritair bestuur zijn aanvullende besluiten aan de goedkeuring van de RvT onderworpen. Dat geldt niet bij extern bestuur en gemengd bestuur vermoedelijk omdat die besluiten in dat geval al onderhevig zouden zijn aan advies van de deelnemersraad of de niet uitvoerende bestuurders. Wij merken op dat dat voor de goedkeuring van de

vaststelling van het kortetermijnherstelplan niet het geval is, zie artikel I onder D in artikel 115c lid 10.

- 5.8.4. Lid 6: Zou de visitatiecommissie niet net als de RvT moeten kijken (voor zo ver mogelijk) of er een evenwichtige belangenbehartiging heeft plaatsgevonden?
- 5.9. Artikel 108
- 5.9.1. Wij beperken ons tot de opmerking dat er een set regels moet gelden voor financiële instellingen. Dit artikel zou dus kunnen verwijzen naar de Wft. Aan dit artikel zou ook het beloningsbeleid van de uitvoerende bestuurders en directeuren kunnen worden toegevoegd en verder ingevuld naar voorbeeld van de Wft.
- 5.10. Artikel 109
- 5.10.1. Wij vinden dit een wat magere bepaling met veel open einden. Zou de regeling van artikel 2:166 BW niet kunnen worden overgenomen?
- 5.11. Artikel 115b
- 5.11.1. In onze visie heeft een Belanghebbendenorgaan geen toegevoegde waarde als de RvT bij een extern bestuur wordt benoemd op voordracht van werkgevers, werknemers en gepensioneerden. Bovendien komt dan langs een achterdeur een vorm van verantwoordingsorgaan terug waar wij nu net van af dreigen te zijn;
- 5.11.2. Als het belanghebbendenorgaan wordt gehandhaafd, dan behoren de taken en bevoegdheden vergelijkbaar te zijn met de deelnemersraad. Het is niet nodig om meer bevoegdheden aan het Belanghebbendenorgaan te verlenen omdat er altijd een RvT zal zijn die het recht van enquête moet hebben.

6. Afsluiting

- 6.1. Het Voorontwerp voldoet niet aan de doelstellingen waarvoor het is geschreven. Het borduurt voort op de bestaande praktijk en ontbeert de visie die in de sterk veranderende pensioenwereld zo dringend is gewenst.
- 6.2. In de huidige tijd is het paritaire bestuursmodel niet langer een vanzelfsprekendheid. Het Voorontwerp gaat er te gemakkelijk van uit dat dit wel het geval is.
- 6.3. Het Voorontwerp zou meer rekening moeten houden met de recente ontwikkelingen op het gebied van de corporate governance.
- 6.4. Het medezeggenschapsvraagstuk ten aanzien van pensioenuitvoerders die geen pensioenfondsen zijn, komt onvoldoende uit de verf.
- 6.5. Mocht u naar aanleiding van deze reactie op het Voorontwerp vragen hebben, aarzelt u dan niet om contact op te nemen met mr. A.C.M. Kuypers op i.kuypers@houthoff.com of 020 – 605 6125. Vanzelfsprekend zijn wij graag tot nadere toelichting bereid.