

MEMO



AAN Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Zijne excellentie de heer dr. Y.J. van Hijum

VAN Jorn de Bruin
Advocaat
TELEFOON +31 88 253 5177
E-MAIL jdebruin@akd.nl

DATUM 4 november 2024

POSTADRES Postbus 59280
1040 KG Amsterdam
WEBSITE www.akd.nl

ONDERWERP Onderzoek naar vraag of hoorrecht juridisch
voldoet

Hooggeachte heer,

Hierbij zend ik u mijn bevindingen inzake de Motie van de Leden Joseph en Vermeer (de **Motie**) over de vraag of het hoorrecht voor verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden juridisch voldoet.¹

1. Inleiding

- 1.1. In dit advies onderzoek ik of het hoorrecht voor verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden (het **Hoorrecht**) juridisch voldoet.
- 1.2. Daarbij past een belangrijke kanttekening op voorhand, namelijk dat mijn bevindingen een voorlopig karakter hebben.
 - 1.2.1. De per 1 juli 2023 in werking getreden Wet toekomst pensioenen² neemt tot uitgangspunt dat de pensioenaanspraken en -rechten die eerder – ook die onder een uitkeringsovereenkomst zijn opgebouwd – worden omgezet naar pensioenaanspraken en -rechten waarop de nieuwe regels van de Wet toekomst pensioenen van toepassing zijn. Deze omzetting is een zogenaamde collectieve waardeoverdracht. In het kader van de Wet toekomst pensioenen spreekt de wetgever – in navolging van sociale partners – ook wel van ‘invaren’.
 - 1.2.2. Sociale partners en hun pensioenuitvoerders zullen geleidelijk overgaan naar het herziene pensioenstelsel. Deze transitieperiode duurt – althans zo is nu voorzien

¹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 32 043, nr. 639.

² Wet van 3 juni 2023 tot wijziging van de Pensioenwet, de Wet inkomstenbelasting 2001 en enige andere wetten in verband met herziening van het pensioenstelsel, standaardisering van het nabestaandenpensioen, aanpassing van de fiscale behandeling van pensioen en enige andere wijzigingen ten aanzien van pensioen (Wet toekomst pensioenen), *Stb.* 2023/216.

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 22/2023 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

– tot uiterlijk 1 januari 2028.³ Deze laatste omstandigheid maakt dat we ons nu nog aan het begin van de transitie bevinden. Op dit moment zijn nog geen pensioenfondsen ingevaren. En zijn ook nog geen procedures gevoerd over dit invaren of het voornemen tot invaren.⁴ Jurisprudentie over de omgang met dit Hoorrecht in het kader van het invaren ontbreekt dus nog.

- 1.2.3. Het is op dit moment dus lastig te voorspellen wat de gevolgen zijn als sociale partners het Hoorrecht niet op de juiste wijze hebben toegepast. Gelet op de inhoud van de Motie – waarin verzocht wordt om een onderzoek binnen vijf maanden – heb ik mijn toevlucht moeten nemen tot het onderzoeken van de omgang met andere hoorrechten. Na afloop daarvan heb ik ook kort stilgestaan bij de vraag of andere vormen van inspraak niet passender waren geweest en schets ik het verband met de andere waarborgen, die de wetgever met de Wet toekomst pensioenen het licht heeft laten zien.

- 1.3. De inhoud van dit advies is als volgt.

2. Samenvatting
3. Juridisch kader hoorrecht
4. Vergelijking andere hoorrechten
5. Andere vormen van inspraak
6. Verhouding andere waarborgen

2. Samenvatting

- 2.1. Ik heb op dit moment geen aanwijzing dat het hoorrecht juridisch niet zou voldoen.
- 2.2. Uit onderstaand onderzoek naar andere hoorrechten volgt dat rechters niet schromen om bij gebrekkige toepassing van het desbetreffend hoorrecht, het aldus onjuist tot stand gekomen besluit te vernietigen of terug te draaien.
- 2.3. Ik zie geen redenen waarom het voorgaande niet ook ten aanzien van het Hoorrecht zou gelden. Dat zou betekenen dat als sociale partners het Hoorrecht hebben veronachtzaamd door niet of niet op de juiste wijze de respectieve vereniging van gewezen deelnemers of vereniging van pensioengerechtigden te hebben gehoord, dat verstrekkinge gevolgen zou kunnen hebben voor een invaarbesluit van het pensioenfonds. Immers, bij de voorbereiding van dat besluit zijn in dat geval niet de juiste formaliteiten in acht genomen.
- 2.4. Met het voorgaande is echter nog niet gezegd dat het Hoorrecht ook de meest passende vorm van inspraak is in een situatie als deze. Daarbij is van belang om oog te houden voor het feit dat het primaat van de arbeidsvoorwaardenvorming van oudsher bij sociale partners

³ De voormalige Minister voor Armoedebestrijding, Participatie en Pensioenen heeft toegezegd bij de parlementaire behandeling van de Wet toekomst pensioenen om de transitieperiode te verlengen, door transities toe te staan tot 1 januari 2028 in plaats van de nu nog in de wet vastgelegde datum van 1 januari 2027. Vgl. *Handelingen I* 2022-2023, nr. 32, item 3 - p. 6.

⁴ Met wellicht als enkele uitzondering de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 23 juli jl. waarin een oud-ambtenaar kort gezegd verklaringen voor recht vorderde dat de Staat – in haar hoedanigheid van werkgever – niet zou mogen invaren. De kantonrechter wees deze vorderingen af omdat de procedure prematuur was. Daarbij achtte de kantonrechter van belang dat op dat moment “er niets concreets te zeggen [viel] over de gevolgen van de transitie op basis van de Wet toekomst pensioenen voor het pensioen van de [oud-ambtenaar], zowel voor zijn opgebouwde ouderdomspensioen als voor zijn partnerpensioen.” Vgl. Rb. Den Haag 23 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:13255.

ligt. Met die verhouding verdraagt zich slecht dat (verenigingen van) gewezen deelnemers of (verenigingen van) pensioengerechtigden een separaat instemmingsrecht zouden krijgen. Daarbij komt dat het uit het voorgaande volgt dat wanneer sociale partners het Hoorrecht niet juist zouden toepassen, dit verstrekende gevolgen kan hebben. Bovendien zal het pensioenfondsbestuur in de uitvoeringsfase zich er van moeten vergewissen dat (i) het besluitvormingsproces zorgvuldig is doorlopen en daarnaast dat (ii) het voorgenomen besluit materieel evenwichtig is. Daarmee zijn de belangen van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden in de uitvoeringsfase nader geborgd.

- 2.5. Tot slot bieden de door de wetgever onderscheiden waarborgen nadere zekerheid. Zo heeft de raad van toezicht – die bij uitstek toezicht houdt op de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces – een aanvullend goedkeuringsrecht toebedeeld gekregen en toetst De Nederlandsche Bank N.V. (**DNB**) de voorgenomen invaarbevelen.
- 2.6. Gelet op het voorgaande zie ik geen reden om aan te nemen dat de belangen van gewezen deelnemers of pensioengerechtigden niet op afdoende wijze zijn geborgd. Om die reden is mijn oordeel dat ik geen reden heb om aan te nemen dat het Hoorrecht juridisch niet zou voldoen.

3. Juridisch kader Hoorrecht

Bezwaarrecht ex artikel 83 PW

- 3.1. De wetgever neemt tot uitgangspunt dat pensioenfondsen zullen invaren.⁵ Dat doen pensioenfondsen door middel van een zogenaamde interne collectieve waardeoverdracht. Bij een dergelijke collectieve waardeoverdracht verandert de pensioenuitvoerder niet, maar wijzigen wel de pensioenaanspraken en -rechten.
- 3.2. Voor de Wet toekomst pensioenen kende de Pensioenwet slechts de collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever (artikel 83 PW), de verplichte collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van de pensioenuitvoerder (artikel 84 PW), de collectieve waardeoverdracht naar een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of verzekeraar met zetel buiten Nederland (artikel 90 PW) en de collectieve waardeoverdracht van een pensioenfonds of premiepensioeninstelling naar een pensioeninstelling uit een andere lidstaat (artikel 90a PW).
- 3.3. Een tijdens de transitie aan de orde zijnde interne collectieve waardeoverdracht zou gekwalificeerd hebben als een artikel 83-collectieve waardeoverdracht, ware het niet dat de wetgever ervoor heeft gekozen om – in navolging van sociale partners die het pensioenakkoord sloten – een apart regulatorisch kader in het leven te roepen voor het beoogde invaren.
- 3.4. Dat heeft te maken met het feit dat artikel 83 PW onder andere als voorwaarde stelt dat de desbetreffende verzekerde geen bezwaren jegens de pensioenuitvoerder kenbaar heeft gemaakt nadat de verzekerde over de voorgenomen collectieve waardeoverdracht is

⁵ *Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 276: "Het uitgangspunt is dat wordt ingevaren, maar er wordt ruimte geboden voor maatwerk."* Artikel 150I, lid 2 PW bepaalt in dat kader expliciet dat (ook) een besluit van de werkgever om het pensioenfonds niet te verzoeken over te gaan tot collectieve waardeoverdracht evenwichtig moet zijn.

geïnformeerd. Maakt de verzekerde wel bezwaar, dan is het gevolg daarvan dat de pensioenaanspraken en -rechten van de bezwaarmaker niet mogen worden overgedragen.⁶ Dat laat onverlet dat de pensioenaanspraken en -rechten van de andere verzekerden wel mogen worden betrokken in de collectieve waardeoverdracht.

- 3.5. Al vroeg werd onderkend door sociale partners op landelijk niveau dat deze voorwaarde problematisch zou kunnen zijn bij invaren.⁷ Immers, als de populatie maar groot genoeg is, is er vrijwel altijd wel een verzekerde die bezwaar maakt. Daarbij komt dat doorgaans wordt aangenomen dat een dergelijk bezwaar niet gemotiveerd hoeft te worden, nu de wet niet als voorwaarde stelt dat bezwaren gemotiveerd moeten worden.⁸ Al in 2012 maakte de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bekend voornemens te zijn om voor de specifieke situatie van invaren de bezwaarmogelijkheid van artikel 83 PW te laten vervallen.⁹
- 3.6. Om te voorkomen dat een splitsing zou ontstaan in het deelnemersbestand tussen personen op wie de gewijzigde pensioenregeling wel wordt toegepast en de personen bij wie – door bezwaar te maken – op de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten de regels van vóór de transitie van toepassing blijven, heeft de wetgever specifiek voor invaren het bezwaarrecht laten vervallen.¹⁰ Aan die beslissing lagen verschillende redenen ten grondslag, waaronder de reden dat als slechts een klein deel van de verzekerden bezwaar zou maken, de nadelen voor alle verzekerden in het collectief groot zijn vanwege de complexiteit die samenhangt met het blijven uitvoeren van meerdere regelingen naast elkaar binnen één pensioenfonds.¹¹

Waarborgen evenwichtige transitie

- 3.7. In plaats van het bezwaarrecht heeft de wetgever voorzien in andere waarborgen om de belangen van verzekerden zeker te stellen.¹² De wetgever onderscheidde de volgende waarborgen.¹³
- a) De introductie van het Hoorrecht in de arbeidsvoorwaardelijke fase, teneinde verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden in staat te stellen om het perspectief van de geleiding waarvoor zij zijn ingesteld al tijdens de arbeidsvoorwaardelijke fase naar voren te brengen. De wetgever heeft bij de parlementaire behandeling van de Wet toekomst pensioenen opgemerkt dat “gewezen

⁶ Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 235-236: “Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de weigering van één of enkele deelnemers niet de hele overdracht kan blokkeren, maar uitsluitend de waardeoverdracht met betrekking tot hun pensioenaanspraken of -rechten.” Zie ook Rb. Amsterdam 23 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:344 en Rb. Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10722.

⁷ Vgl. bijvoorbeeld het ‘Uitvoeringsmemorandum Pensioenakkoord’ d.d. 9 juni 2011 van de Stichting van de Arbeid of het Sociaal Akkoord 2013: ‘Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020’.

⁸ Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 95.

⁹ Rapport ‘Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract’, bijlage bij Kamerstukken II, 2011-2012, 32 043, nr. 113, p. 31: “Om de overgang naar het reële pensioencontract soepel te laten verlopen is van belang dat voor deze specifieke situatie de thans geldende individuele bezwaarmogelijkheid voor de deelnemer wordt geschrapt. (...) Om het collectief invaren goed te laten verlopen zal de individuele mogelijkheid om waardeoverdracht te blokkeren voor de overgang van het bestaande naar het nieuwe reële pensioencontract moeten worden geschrapt.”

¹⁰ Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 95.

¹¹ Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 97.

¹² Voor de beschrijving van de waarborgen houd ik vast aan de memorie van toelichting bij de Wet toekomst pensioenen; Vgl. Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 97-100.

¹³ Een gedeelte van deze waarborgen zou overigens ook bij een reguliere interne collectieve waardeoverdracht aan de orde zijn geweest. Immers, ook dan had het pensioenfondsbestuur een evenwichtig besluit moeten nemen en had DNB de beoogde waardeoverdracht kunnen verbieden.

deelnemers en pensioengerechtigden veelal minder betrokken zijn bij de onderhandelingen over de nieuwe pensioenregeling en hebben dan ook geen formele positie bij de afspraken die sociale partners maken over het voornemen om de bestaande pensioenrechten in te varen in de nieuwe pensioenregeling.”¹⁴

- b) Opdrachtaanvaarding door het pensioenfonds en de rol van het pensioenfonds, waarbij de personen die beleid van dat pensioenfonds (mede)bepalen, gehouden zijn zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de verzekerden en werkgever(s) te richten en te zorgen dat zij zich door deze personen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.¹⁵
- c) Versterking rol fondsorganen en reflectiemoment door een adviesrecht toe te kennen aan het verantwoordingsorgaan¹⁶ of het belanghebbendenorgaan te voorzien van een goedkeuringsrecht.¹⁷
- d) Expliciete rol voor het intern toezicht als gevolg waarvan het pensioenfonds de goedkeuring nodig heeft van de raad van toezicht voor elk voorgenomen invaarbepaald.¹⁸
- e) Verbodsbevoegdheid DNB die maakt dat DNB – net als bij een reguliere collectieve waardeoverdracht – het recht heeft om een pensioenuitvoerder een verbod op te leggen.¹⁹ DNB zal de beoogde interne collectieve waardeoverdracht onder andere beoordelen aan de hand van de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces.
- f) Geschillenbeslechting, eruit bestaande dat het verantwoordingsorgaan beroep kan instellen op de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam als het bestuur van het pensioenfonds afwijkt van een negatief advies van het verantwoordingsorgaan. Daarnaast staat het individuele verzekerden vrij de rechter aan te zoeken als zij menen dat het invaarbepaald niet rechtmatig zou zijn. In dat kader is relevant dat met de komst van de Wet toekomst pensioenen pensioenuitvoerders – en dus ook pensioenfonds – verplicht dienen te zijn aangesloten bij een geschilleninstantie.²⁰ Inmiddels zag met ingang van 1 januari 2024 de Stichting Geschillen Instantie Pensioenfonds het licht.²¹ De geschilleninstantie strekt ertoe om in voldoende mate bij te dragen aan het oplossen van geschillen die hun oorsprong vinden in klachten over de uitvoering van pensioenregelingen.²² Over arbeidsvoorwaardelijke geschillen oordeelt de instantie niet. Onder uitvoering van het pensioenreglement wordt ook de uitvoering van het implementatieplan en de collectieve waardeoverdracht naar de gewijzigde pensioenregeling verstaan. Geschillen over de afspraken van sociale partners over de inhoud van de pensioenregeling vallen daar niet onder.²³

¹⁴ Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 97.

¹⁵ Vgl. artikel 105 lid 2 PW.

¹⁶ Vgl. artikel 150m lid 5 PW.

¹⁷ Vgl. artikel 150m lid 6 PW.

¹⁸ Vgl. artikel 150m lid 7 PW.

¹⁹ Vgl. artikel 150m lid 2 PW.

²⁰ Vgl. artikel 48c lid 1 PW.

²¹ Aanwijzingsbesluit Stichting Geschillen Instantie Pensioenfonds van 18 december 2023, Stort. 2023/35499.

²² Vgl. artikel 14I, lid 1 onder b Besluit uitvoering PW.

²³ Besluit toekomst pensioenen, Nota van Toelichting, Stb. 2023/217, p. 78.

Hoorrecht nader beschouwd

- 3.8. De wetgever heeft bij de parlementaire behandeling herhaaldelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de arbeidsvoorwaardelijke fase – waarin sociale partners afspraken maken over de pensioenregeling – en anderzijds de fase waarin besluitvorming door het pensioenfonds plaatsvindt (ik zal die tweede fase aanduiden als de **uitvoeringsfase**).²⁴
- 3.9. Omdat gewezen deelnemers en pensioengerechtigden doorgaans op grotere afstand staan van het arbeidsvoorwaardelijk overleg tussen sociale partners, achtte de wetgever het belangrijk om in het kader van deze transitie expliciet te bepalen dat de stem van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden ook al tijdens de arbeidsvoorwaardelijke wordt gehoord.²⁵ Daarbij zal hebben meegewogen voor de wetgever dat het besluit van sociale partners over invaren ook voor gewezen deelnemers en pensioengerechtigden vergaande gevolgen heeft, terwijl besluiten van sociale partners zich doorgaans slechts beperken tot vormgeving van de nieuwe opbouw. De introductie van het Hoorrecht stelt sociale partners bovendien in staat om de inbreng van verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden direct al mee te nemen bij hun besluitvorming.
- 3.10. De wetgever wilde niet een instemmingsrecht creëren voor verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden.²⁶
- 3.11. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in haar advies de wetgever erop gewezen dat discussies over representativiteit breder spelen, dat steeds minder mensen lid zijn van de vakorganisaties en het afnemende ledenbestand van de vakorganisaties sterk vergrijsd is.²⁷ Tegen die achtergrond heeft de Afdeling zich afgevraagd waarom voor gewezen deelnemers en pensioengerechtigden wel een specifiek Hoorrecht in het leven werd geroepen, maar voor bijvoorbeeld jongeren niet. De wetgever stelde daar tegenover dat uit de Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2020 81,5% van de werknemers (zeer) tevreden is over hun cao en dat 79,7% van de werknemers (zeer) tevreden is over de vertegenwoordiging van hun belangen door de vakorganisaties. In de leeftijdscategorie 15-24 jaar liggen deze cijfers zelfs nog wat hoger met respectievelijk 88,4% en 84,5%. Over de door werkgevers en werknemersvertegenwoordigers overeengekomen pensioenregeling is 83% van de werknemers (zeer) tevreden. De wetgever zag in deze cijfers geen aanleiding om een hoorrecht specifiek voor jongeren te creëren. Ook oordeelde de wetgever dat de positie van jonge werknemers verschilt van die van gewezen werknemers en pensioengerechtigden in die zin dat laatstgenoemden geen rechtstreekse betrokkenheid hebben bij het arbeidsvoorwaardenoverleg in de betreffende sector of onderneming, en dus ook niet bij het transitieplan. Juist via het Hoorrecht worden zij in de gelegenheid gesteld om zich uit te spreken over de belangenafweging die sociale partners vastleggen in het transitieplan.
- 3.12. De werkgever moet het oordeel van de kwalificerende verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden op een zodanig tijdstip vragen dat het oordeel nog van “invloed” kan zijn op de inhoud van het transitieplan en de daarin

²⁴ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p.107 en p. 120.

²⁵ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 276.

²⁶ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 277.

²⁷ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 4, p. 13.

verantwoorde keuzes. Mij is eerlijk gezegd niet duidelijk waarom de wetgever in artikel 150g PW niet heeft vastgelegd dat het oordeel op een zodanig tijdstip gevraagd moet worden dat het nog van “*wezenlijke invloed*” kan zijn. De “*wezenlijke invloed*”-formulering is tamelijk gebruikelijk in het medezeggenschapsrecht.²⁸ Desalniettemin heeft de wetgever toegelicht dat deze voorwaarde bij het Hoorrecht met zich brengt dat het oordeel op een zodanig tijdstip gevraagd moet worden dat er nog tijd is voor aanpassingen, zoals ook te doen gebruikelijk is in het medezeggenschapsrecht.²⁹

- 3.13. De wijze waarop invulling wordt gegeven aan het Hoorrecht heeft de wetgever niet nader vastgelegd. Wel heeft de wetgever als mogelijkheid genoemd dat in afstemming met de desbetreffende vereniging gekozen kan worden voor een overleg waarin mondeling de inbreng kan worden geleverd of de vereniging in de gelegenheid wordt gesteld om schriftelijk inbreng te leveren.³⁰ Dit duidt erop dat de wetgever ervan uitgaat dat de vereniging betrokken wordt bij de wijze waarop het oordeel van de desbetreffende vereniging wordt gevraagd.
- 3.14. Alleen wanneer de respectieve vereniging kan aantonen een substantieel gedeelte van de desbetreffende geleding te vertegenwoordigen, komt aan die vereniging het Hoorrecht toe. Artikel 44a Besluit uitvoering PW concretiseert wanneer sprake is van een substantieel gedeelte, namelijk wanneer de vereniging 10% van alle gewezen deelnemers of pensioengerechtigden vertegenwoordigt, of wanneer de vereniging 1.000 gewezen deelnemers of pensioengerechtigden vertegenwoordigt. Daarnaast moet de vereniging volledige rechtsbevoegdheid bezitten, moet haar statutaire doel in elk geval omvatten de belangenbehartiging van gewezen deelnemers of pensioengerechtigden omvatten en moet de vereniging haar bestaan tijdig kenbaar hebben gemaakt aan de respectieve sociale partners.

4. Vergelijking andere hoorrechten

- 4.1. Binnen het bestek van dit advies zie ik vijf andere hoorrechten, te weten:

- a) De raadpleging van vakorganisaties binnen de kaders van de Wet melding collectief ontslag (**WMCO**);
- b) De raadpleging van betrokken vakorganisaties teneinde hen de gelegenheid te bieden hun oordeel te geven onder de SER Fusiegedragsregels 2015;
- c) Het horen van de met ontslag bedreigde statutair bestuurder; en
- d) Het gehoord worden in de bezwaarfase in geval van bezwaar tegen een bestuursrechtelijk besluit.

De raadpleging van vakorganisaties binnen de kaders van de WMCO

- 4.2. Op grond van artikel 3 lid 1 WMCO is een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers, werkzaam in één werkgebied, op een of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen te beëindigen, dit

²⁸ Vgl. bijvoorbeeld artikelen 25 lid 2; 30 lid 2 en 35b lid 5 Wet op de ondernemingsraden, artikel 17 Wet medezeggenschap op scholen, artikel 7 lid 3 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018, artikel 4 lid 6 SER Fusiegedragsregels 2015 en artikelen 115a lid 5 en 115c lid 3 PW.

²⁹ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 401.

³⁰ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 401.

ter tijdige raadpleging schriftelijk aan de belanghebbende vakorganisaties te melden.

- 4.3. Onder belanghebbende vakorganisaties wordt verstaan een vakorganisatie die (i) in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt, (ii) krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemer te behartigen, (iii) als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is, (iv) ten minste twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid en (v) als zodanig aan de werkgever bekend is.³¹
- 4.4. Als de werkgever niet weet wie in zijn geval de belanghebbende vakorganisaties zijn, moet hij dit onderzoeken. De Uitvoeringsregels van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) geven aan dat de werkgever zich bijvoorbeeld kan laten informeren door de voor ontslag voorgedragen werknemers.³² Ook kan hij de werknemersorganisaties benaderen en hen, ongeacht hun betrokkenheid, informeren over de voorgenomen ontslagen. Het UWV of – indien van toepassing – de cao-ontslagcommissie kan toetsen of de werkgever zijn onderzoeksverplichting is nagekomen. De werkgever zal dan zijn inspanningen moeten kunnen aantonen, bijvoorbeeld door het overleggen van kopieën van brieven aan de vakorganisaties, publicaties en dergelijke.
- 4.5. Op grond van artikel 3 lid 1 WMCO moet de melding plaatsvinden op het moment dat de werkgever het voornemen heeft ten minste twintig werknemers binnen drie maanden te ontslaan. Het besluit mag dus nog niet genomen zijn. De achterliggende gedachte is dat de vakorganisaties nog invloed moeten kunnen uitoefenen op de besluitvorming. Immers, de raadpleging moet ten minste betrekking hebben op de mogelijkheden om collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten.³³ Het voorgaande laat onverlet dat de werkgever wel een zeker plan moeten hebben hoe hij voornemens is de beoogde reorganisatie in te steken. De door de werkgever te verstrekken informatie aan de belanghebbende vakorganisaties en UWV is zodanig gedetailleerd dat de werkgever nagedacht zal moeten hebben over de door hem voorgestane aanpak.
- 4.6. Bij de melding aan de vakorganisaties dient de werkgever opgave te doen van:³⁴
 - a) de overwegingen die tot het voorgenomen collectief ontslag hebben geleid;
 - b) het aantal werknemers dat de werkgever voornemens is te ontslaan met een onderverdeling naar beroep of functie, leeftijd en geslacht, alsmede van het aantal werknemers dat hij gewoonlijk in dienst heeft;
 - c) het tijdstip of de tijdstippen waarop de werkgever de arbeidsovereenkomsten volgens zijn voornemen zal beëindigen;
 - d) de criteria die aangelegd zullen worden bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers;
 - e) de wijze van berekening van eventuele afvloeiingsuitkeringen (in ieder geval de te betalen transitievergoedingen, met mogelijk extra vergoedingen op basis van een sociaal plan);
 - f) de wijze waarop de werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomsten met zijn

³¹ Vgl. artikel 3 lid 3 WMCO.

³² Vgl. artikel 5.3.14 Uitvoeringsregels.

³³ Vgl. artikel 3 lid 2 WMCO.

³⁴ Vgl. artikel 4 lid 1 en 2 WMCO.

werknemers te beëindigen.

- 4.7. Verburg stelt dat de melding gedocumenteerd dient te zijn, hetgeen met zich brengt dat tevens concrete gegevens betreffende recente bedrijfsresultaten, de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming en de toekomstkansen daarvan dienen te worden verstrekt.³⁵
- 4.8. De raadplegingsverplichting houdt in dat daadwerkelijk overleg moet hebben plaatsgevonden met de vakorganisaties.³⁶ Één dergelijk overleg geldt dus als minimum. Na een dergelijk overleg kan de werkgever zich in principe op het standpunt stellen aan de raadplegingsverplichting te hebben voldaan. Hiervoor is de werkgever niet afhankelijk van de instemming van de betrokken vakorganisatie: dat een vakorganisatie mogelijk meent dat de werkgever meer had moeten doen tijdens de raadpleging (bijvoorbeeld door vaker overleg te voeren of verdergaande concessies te doen), staat niet aan het voldaan hebben van de raadplegingsverplichting in de weg.³⁷ Zou dat anders zijn, dan zou volgens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een eis worden geïntroduceerd dat werkgever en vakorganisaties overeenstemming over het collectief ontslag moeten bereiken, welke eis juist niet bestaat.³⁸
- 4.9. Pas wanneer een werkgever heeft voldaan aan zijn raadplegingsverplichting op grond van de WMCO zal het UWV verzoeken om toestemming tot het mogen opzeggen van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers in behandeling nemen.³⁹ Dat maakt dat een werkgever in beginsel niet om deze verplichting heen kan. Dat is alleen anders als het UWV de verplichting tot raadpleging buiten toepassing heeft gelaten.⁴⁰ Dat doet het UWV slechts als de werkgever voldoende aannemelijk weet te maken dat de naleving van de verplichting tot raadpleging de met ontslag bedreigde werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers in de betrokken onderneming in gevaar zou brengen.
- 4.10. Voor het onverhoopte geval dat een werkgever toch is weggekomen met overtreding van de WMCO kent artikel 7 WMCO strenge sancties, namelijk dat de opzegging door de werkgever (behoudens de hiervoor besproken ontheffing door UWV) of een door hem gesloten vaststellingsovereenkomst kan worden vernietigd. De werknemer kan er ook voor kiezen om in plaats van vernietiging, een billijke vergoeding te verzoeken.

De raadpleging van betrokken vakorganisaties onder de SER Fusiegedragsregels 2015

- 4.11. De SER Fusiegedragsregels 2015 (**SER Fusiegedragsregels**) hebben geen wettelijke grondslag. In plaats daarvan zouden de SER Fusiegedragsregels moeten worden beschouwd als de neerslag van een breed gedragen opvatting over de rol van stakeholders bij fusies.⁴¹ Ze zijn gebaseerd op de bereidheid van het Nederlandse bedrijfsleven om de

³⁵ L.G. Verburg (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie (Monografieën Sociaal Recht nr. 31)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 92

³⁶ *Kamerstukken II 2011-2012, 32 718, nr. 6, p. 11*: "Onder raadpleging wordt in dit verband verstaan dat er daadwerkelijk overleg moet zijn geweest. Raadpleging impliceert niet dat er ook overeenstemming moet worden bereikt met de vakbonden over het voornemen tot ontslag en over het daarbij te voeren flankerend beleid."

³⁷ B. Filippo, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 1 t/m 9 Wet melding collectief ontslag, Den Haag: SDU 2024, aant. 4.4, p. 2385.

³⁸ *Kamerstukken II 2011/2012, 32 718, nr. 6, p. 12*.

³⁹ Vgl. artikel 6 lid 1 WMCO.

⁴⁰ Vgl. artikel 6 lid 2 WMCO.

⁴¹ Van der Grinten duidt de SER Fusiegedragsregels aan met de term 'pseudowetgeving'. Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en de Besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 38.

regels vrijwillig na te leven en zijn een vorm van zelfregulering.⁴² Het is dus niet verplicht om de SER Fusiegedragsregels na te leven.

- 4.12. De kern van de SER Fusiegedragsregels is neergelegd in artikelen 3 en 4. Artikel 3 SER Fusiegedragsregels bepaalt dat voordat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan de betrokken vakorganisaties van de inhoud daarvan in kennis worden gesteld.
- 4.13. Artikel 4 lid 2 SER Fusiegedragsregels werkt deze meldingsverplichting verder uit door te bepalen dat betrokken vakorganisaties voorzien moeten worden van een in beginsel schriftelijke uiteenzetting inzake de motieven voor de fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de in dat kader te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen.
- 4.14. In het verlengde daarvan stellen bij de fusie betrokken partijen de betrokken vakorganisaties in de gelegenheid hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van de in de onderneming werkzame personen. Ook moeten bij de fusie betrokken partijen de betrokken vakorganisaties in de gelegenheid stellen om in een bespreking aandacht te besteden aan onder andere de grondslagen van het in verband met de fusie te voeren ondernemingsbeleid en de grondslagen van maatregelen tot het voorkomen, wegnemen of verminderen van eventuele nadelige gevolgen voor de in de onderneming werkzame personen.
- 4.15. Desgevraagd moeten bij de fusie betrokken partijen nadere informatie verstrekken aan de betrokken vakorganisaties voor zover die gegevens voor hun oordeelsvorming redelijkerwijs nodig moeten worden geacht en voor zover de verstrekking daarvan redelijkerwijs kan worden gevegd.⁴³ Ook moeten bij de fusie betrokken partijen op zodanige wijze uitvoering geven aan hun meldingsverplichtingen, dat het oordeel van de betrokken vakorganisaties van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan.⁴⁴
- 4.16. De bij de fusie betrokken partijen dienen het aldus verkregen oordeel van de betrokken vakorganisaties te delen met hun respectieve ondernemingsraden, opdat die ondernemingsraden met deze oordelen rekening kunnen houden bij het uitbrengen van hun advies onder de Wet op de ondernemingsraden.⁴⁵
- 4.17. Tegelijkertijd met de melding aan de betrokken vakorganisaties zijn de bij de fusie betrokken partijen gehouden om een overeenkomstige kennisgeving te versturen aan het secretariaat van de Sociaal-Economische Raad (**SER**).⁴⁶ Indien bij de fusie betrokken partijen van mening zijn dat de SER Fusiegedragsregels niet van toepassing zijn op de voorgenomen fusie, kan het secretariaat van de SER een verkorte kennisgeving zenden aan de betrokken vakorganisaties.

⁴² Aldus de SER zelf in de toelichting op de SER Fusiegedragsregels 2015, p. 25.

⁴³ Vgl. artikel 4 lid 5 SER Fusiegedragsregels 2015.

⁴⁴ Vgl. artikel 4 lid 6 SER Fusiegedragsregels 2015.

⁴⁵ Vgl. artikel 4 lid 7 SER Fusiegedragsregels 2015.

⁴⁶ Vgl. artikel 8 SER Fusiegedragsregels 2015.

- 4.18. Betrokken vakorganisaties als ook bij de fusie betrokken partijen kunnen geschillen over de naleving van de SER Fusiegedragsregels aanhangig maken bij de Geschillencommissie Fusiegedragsregels (de **Geschillencommissie**).⁴⁷ De beslissing van de Geschillencommissie is openbaar.⁴⁸ Die beslissing kan inhouden het oordeel dat een bij de fusie betrokken partij of een betrokken vakorganisatie de SER Fusiegedragsregels niet naar behoren heeft nageleefd. Ook kan de Geschillencommissie uitspreken dat de niet-naleving of niet behoorlijke naleving een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is.⁴⁹ Dergelijke oordelen resulteren doorgaans in negatieve publiciteit voor bij de fusie betrokken partijen.
- 4.19. In de literatuur is ook wel verdedigd dat het niet voldoen aan de SER Fusiegedragsregels ook in civiele procedures van betekenis kan zijn.⁵⁰ Verdedigd zou bijvoorbeeld kunnen worden dat het in strijd handelen met de SER Fusiegedragsregels feitelijk een handelen betreft in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, en dus aanleiding kan zijn om een onrechtmatige daad aan te nemen. Ook in het kader van een enquête procedure bij de Ondernemingskamer is denkbaar dat een reflexwerking uitgaat van de SER Fusiegedragsregels. Er zijn echter weinig procedures waarin de schending van de SER Fusiegedragsregels aan de orde komt, bij de Geschillencommissie maar al helemaal bij de civiele rechter.
- 4.20. De beperkte handhavingsmanieren zijn vermoedelijk niet los te zien van het feit dat de SER Fusiegedragsregels geen wetgeving zijn. In de literatuur is al een lans gebroken om de SER Fusiegedragsregels neer te leggen in wetgeving.⁵¹ De SER heeft zelf al in 1996 verzocht om de SER Fusiegedragsregels algemeen verbindend te verklaren.⁵² Vooralsnog zijn deze pleidooien zonder resultaat gebleven.
- 4.21. De sancties op overtreding van de SER Fusiegedragsregels – namelijk negatieve publiciteit – staan in schril contrast met de sancties op de andere te bespreken hoorrechten.
- De verplichting de met ontslag bedreigde statutair bestuurder te horen*
- 4.22. Op grond van artikel 2:8 lid 1 BW moeten een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken zich jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Het is vaste jurisprudentie dat deze redelijkheid en billijkheid onder andere maken dat de met ontslag bedreigde bestuurder gehoord dient te worden zodat de bestuurder de mogelijkheid heeft zich tegen het voorgenomen ontslag te verdedigen, althans zijn zienswijze kenbaar te maken.⁵³

⁴⁷ Vgl. artikel 18 SER Fusiegedragsregels 2015.

⁴⁸ Vgl. artikel 33 lid 2 SER Fusiegedragsregels 2015.

⁴⁹ Vgl. artikel 32 SER Fusiegedragsregels 2015.

⁵⁰ I. Zaal, 'Naleving van de Fusiegedragsregels: van openbare berisping naar harde sancties?', *Ondernemingsrecht* 2014/128. L.C.J. Sprengers, 'Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende of concurrerende vaten', *cao-recht in beweging*, Den Haag: Sdu 2005 en G.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, Deventer: Kluwer 2002, p. 140.

⁵¹ L.C.J. Sprengers, 'Overheidssectoren ook onder de werking SER Fusiegedragsregels', *Ondernemingsrecht* 2014/126 en I. Zaal, 'Naleving van de Fusiegedragsregels: van openbare berisping naar harde sancties?', *Ondernemingsrecht* 2014/128.

⁵² R.A.A. Duk, 'Fusiegedragsregels 2000: een wettelijke basis?', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 74.

⁵³ Vgl. HR 29 januari 1943, *NJ* 1943/198 (*Sinis/Schipper*), Hof Amsterdam 18 mei 1989, *NJ* 1990/591 (*WTC/Van der Wiel*), Rb Roermond 24 december 1991, *KG* 1992/54 (*Alfabet*), Rb. Rotterdam 9 maart 1993, *KG* 1993/401 (*De Groot/Brabo*); Rb. Haarlem 11 maart 1994, *KG* 1994, 144 (*Niessner/Vetira*); Hof Den Bosch 11 juli 1995, *KG* 1995, 375 (*Enta-Lactona*) en HR 10 maart 1995, *ECLI:NL:HR:1995:ZC1657*, *NJ* 1995/595 m.nt. J.M.M. Maeijer (Janssen Pers).

- 4.23. Naast het feit dat de bestuurder het recht heeft om te worden gehoord over zijn voorgenomen ontslag, heeft de bestuurder van een vennootschap tevens het recht om een raadgevende stem in de aandeelhoudersvergadering te geven.⁵⁴ Beide rechten van de bestuurder hangen nauw samen, maar dienen een ander doel. Maeijer vatte dat als volgt samen in zijn annotatie bij het Janssen Pers arrest: *“Het raadplegen geschiedt in het belang van het functioneren van de vennootschap; het horen met het oog op de belangen van de bestuurder in privé.”*⁵⁵
- 4.24. Als een vennootschap het hoorrecht van de bestuurder heeft veronachtzaamd, zal een vennootschap in voorkomend geval vaak ook de raadgevende stem van de bestuurder niet in acht hebben genomen. Vaak kleven er dan ook verdere formele gebreken aan de besluitvorming, zoals bijvoorbeeld een onjuiste bijeenroeping van de algemene vergadering van aandeelhouders of onvolledige beschrijving van de redenen die ten grondslag lagen aan het voorgenomen ontslagbesluit. Dat maakt het soms lastiger om te bepalen welke sanctie het directe gevolg is van het nalaten te horen.
- 4.25. Veelzeggend is in elk geval het oordeel van de Rechtbank Midden-Nederland waaruit volgt dat de bestuurder feitelijk de mogelijkheid moet hebben om zich gedegen te kunnen voorbereiden in de uitoefening van zijn hoorrecht en adviesrecht.⁵⁶ Ook oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat het voorgaande niet anders is als het hoorrecht en adviesrecht het voorgenomen besluit toch niet hadden kunnen wijzigen. Hieruit leidt de rechtbank juist af dat het ontslagbesluit in de algemene vergadering van aandeelhouders niet meer open stond voor discussie. De door de gewezen werknemer gevorderde billijke vergoeding wees de rechter, mede vanwege voornoemde omstandigheden, toe.
- 4.26. Het voorgaande laat onverlet dat een vennootschappelijk ontslagbesluit vernietigbaar is wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. De schending van het hoorrecht en/of de raadgevende stem vormt de basis voor de nodige hoeveelheid jurisprudentie. Dat heeft alles te maken met het feit dat bestuurders vaak slechts op deze wijze hun vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit kunnen aanvechten.⁵⁷ Schouten destilleert uit de beschikbare jurisprudentie dat de rechter over het algemeen gevoelig is voor schending van de procedurele regels uit Boek 2 BW rondom het ontslag van de statutair bestuurder.⁵⁸ Een fraai voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Rechtbank Zwolle, waarin het enkel voorlezen van een notitie zonder dat daarbij werd ingegaan op de bezwaren van de bestuurder, niet stand hield. De rechter oordeelde dat uit deze gang van zaken volgde dat de bestuurder zich dus niet inhoudelijk heeft kunnen verweren.⁵⁹
- 4.27. Wanneer een vennootschap zijn met ontslag bedreigde bestuurder niet hoort of hem zijn raadgevende stem ontzegt, kan dat ertoe leiden dat het gegeven vennootschapsrechtelijk ontslag geen standhoudt.

⁵⁴ Vgl. artikelen 2:117 lid 4 en 2:227 lid 7 BW.

⁵⁵ HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1657, NJ 1995/595 m.nt. J.M.M. Maeijer (Janssen Pers).

⁵⁶ Rb Midden-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1857, JAR 2023/152.

⁵⁷ Hof Arnhem 18 april 2000, JAR 2000/206; Hof Arnhem 5 februari 2002, JOR 2002/153, HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK2001, JAR 2010/20; Rb. Zutphen 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK0181, JAR 2010/35; Rb. Noord-Holland 30 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5438 en Rb. Noord-Holland 14 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2482.

⁵⁸ B. Schouten, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, statutair bestuurder, Den Haag: SDU 2024, aant. 4.1, p. 2827.

⁵⁹ Rb. Zwolle 29 november 2000, JOR 2001/80.

Het recht gehoord te worden in de bestuursrechtelijke bezwaarfase

- 4.28. De algemene wet bestuursrecht bepaalt dat belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord, voordat het bestuursorgaan een beslissing op bezwaar neemt. De hoorplicht in bezwaar wordt in het algemeen gezien als een essentieel onderdeel van de bezwaarprocedure.⁶⁰
- 4.29. Het grote gewicht dat uitgaat van het horen in bezwaarprocedures hangt samen met de vier functies die door de wetgever aan het horen worden toegekend.⁶¹ Zo vormt het horen het belangrijkste moment waarop belanghebbenden mondeling hun standpunt kunnen toelichten. Ook kan door horen – indien nodig – nadere informatie vergaard worden. Ten derde noemt de wetgever de mogelijkheid dat partijen ter hoorzitting een minnelijke oplossing bereiken voor hun geschil. Tot slot heeft het horen een legitimerende functie.
- 4.30. Sinds 2015 lijkt evenwel een kentering zichtbaar in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State. Toepassing van artikel 6:22 Awb – het ontbreken van een benadeling – bij schending van de hoorplicht is volgens de drie hoge colleges van staat mogelijk als de belanghebbende alsnog in de beroepsfase of op een ander moment in de procedure alsnog voldoende in de gelegenheid is geweest om diens standpunt naar voren te brengen.⁶² Als datgene wat de betrokkene naar voren had willen brengen op de hoorzitting van invloed had kunnen zijn op het te nemen besluit, dan zullen de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in beginsel geen toepassing geven aan artikel 6:22 Awb.⁶³
- 4.31. De Hoge Raad is strenger en geeft slechts toepassing aan artikel 6:22 Awb, wanneer (i) de betrokkene diens bezwaren in beroep en hoger beroep schriftelijk uiteen heeft kunnen zetten en mondeling heeft kunnen toelichten, (ii) omtrent de van belang zijnde feiten en de waardering daarvan geen verschil van mening bestaat en (iii) het geschil betrekking heeft op een aangelegenheid waarbij de belastinginspecteur geen beleidsvrijheid toekomt.⁶⁴
- 4.32. Welbeschouwd zal het niet in acht nemen van de hoorplicht dus leiden tot een aantastbaar besluit. Dat is alleen anders wanneer de betrokkene tijdens de procedure in elk geval afdoende in de gelegenheid is geweest om alsnog diens standpunten naar voren te brengen.

Tussenconclusie

- 4.33. Wat opvalt is dat de niet-naleving van hoorrechten in algemene zin strikt gesanctioneerd is. In voorkomend geval leidt het niet naleven van hoorrechten ertoe dat het aldus onjuist tot stand gekomen besluit vernietigbaar is. Dat lijkt ook zo te zijn wanneer het hoorrecht niet in de geest van de wet wordt toegepast, bijvoorbeeld door wel te horen, maar niet in te gaan op de naar voren gebrachte punten.

⁶⁰ Vgl. PG Awb I, p. 329; L.M. Koenraad, 'Afzien van het horen. De betekenis van art. 7:3 Awb', *Gst.* 2008/7294, 45, p. 201-202. In de jurisprudentie van de bestuursrechter is dat ook meermalen aangegeven, zie AbRvS 2 december 2009, AB 2009/342; CRvB 7 februari 2001, AB 2001/178; CRvB 23 december 1996, AB 1997/239.

⁶¹ Vgl. PG Awb I, p. 329.

⁶² ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1719; ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2244, NJB 2015/1498; CRvB 31 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:371, AB 2017/103; CBb 14 november 2023, ECLI:NL:CBB:2023:630.

⁶³ ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2058; CRvB 20 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3815, TAR 2015/24.

⁶⁴ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2829, NJB 2017/221.

- 4.34. Alleen voor de SER Fusiegedragsregels valt op dat de sanctie veel lichter, namelijk – kort gezegd – negatieve publiciteit. Dat lijkt echter het gevolg van het feit dat het hier gaat om pseudowetgeving: partijen zijn niet wettelijk verplicht – althans niet op grond van de SER Fusiegedragsregels zelf – om de SER Fusiegedragsregels na te leven.
- 4.35. Het lijkt aannemelijk dat een rechter – indien aangezocht – het Hoorrecht niet anders zal toepassen dan hiervoor besproken hoorrechten, met dien verstande dat het Hoorrecht verschilt van de raadgegingsverplichting onder de SER Fusiegedragsregels omdat het Hoorrecht wel dwingend recht is. Dat zou betekenen dat als sociale partners het Hoorrecht hebben veronachtzaamd door niet of niet op de juiste wijze de respectieve vereniging van gewezen deelnemers of vereniging van pensioengerechtigden te hebben gehoord, dat verstrekking gevolgen zou kunnen hebben voor een invaarbesluit van het pensioenfonds. Immers, bij de voorbereiding van dat besluit zijn in dat geval niet de juiste formaliteiten in acht genomen. Voor zover herstel in de arbeidsvoorwaardelijke fase niet meer mogelijk zou zijn, doet het pensioenfondsbestuur er goed aan om zelf zich ervan te vergewissen dat de gezichtspunten van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden en zo nodig zelf nog de verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden alsnog te horen.

5. Andere vormen van inspraak

- 5.1. Dat rechters aan hoorrechten strikt de hand plegen te houden is goed nieuws, maar daarmee is nog niet gegeven dat een hoorrecht ook de meest passende vorm van inspraak is voor (verenigingen van) gewezen deelnemers en pensioengerechtigden.
- 5.2. Daarbij is van belang om oog te houden voor het feit dat het primaat van de arbeidsvoorwaardenvorming van oudsher bij sociale partners ligt – ook waar het gaat om de arbeidsvoorwaarde pensioen.⁶⁵ Met dat primaat verdraagt zich slecht dat (verenigingen van) gewezen deelnemers of (verenigingen van) pensioengerechtigden een separaat instemmingsrecht zouden krijgen. Daardoor zouden zij immers onderdeel worden van de arbeidsvoorwaardenvorming, hetgeen een stijlbreuk met het verleden zou opleveren.
- 5.3. Terzijde noteer ik nog dat momenteel überhaupt onduidelijkheid bestaat over de verhouding tussen sociale partners enerzijds en gewezen werknemers en pensioengerechtigden anderzijds. Het gaat dan specifiek over de vraag of sociale partners ook ten aanzien van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden eerst de onderliggende pensioenovereenkomst moeten wijzigen, alvorens het pensioenfonds rechtsgeldig kan invaren. De literatuur is verdeeld op dit punt.
 - a) Lutjens betoogt dat de rechtsverhoudingen binnen de pensioendriehoek maken dat eerst de pensioenovereenkomst met gewezen werknemers gewijzigd moeten worden, alvorens het pensioenfonds zijn uitvoering in lijn kan brengen met die gewijzigde pensioenovereenkomst.⁶⁶ Dat zou betekenen dat sociale partners ook de met gewezen

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 2: “De pensioenen behoren tot de verantwoordelijkheid van sociale partners. Pensioen is immers een arbeidsvoorwaarde. Zij bepalen de inhoud van de pensioenovereenkomst.”

⁶⁶ E. Lutjens “Wijziging van de pensioenregeling en pensioenaanspraken en -rechten onder de Wet Toekomst pensioenen”, *TPV* 2023/1, “Reactie: Invaren zonder wijziging van de pensioenovereenkomst ook voor opgebouwde aanspraken en rechten werkt niet” *TPV* 2023/21, “Reactie: Invaren is het vervolg op een wijziging van de pensioenovereenkomst” *TPV* 2024/22 en een Naschrift onder *TPV* 2024/26.

deelnemers en pensioengerechtigden gesloten pensioenovereenkomsten moeten wijzigen, en dan uiteraard op een zodanige wijze dat de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden aan die wijziging gebonden zijn.

- b) Daartegenover staan Van Marwijk Kooy en Breuker die het niet logisch vinden dat binnen de door Lutjens voorgestane systematiek bij een reguliere interne collectieve waardeoverdracht de werkgever eerst de gewezen deelnemer of pensioengerechtigde voor akkoord zou moeten benaderen, en vervolgens de gewezen werknemer ook nog een bezwaarrecht toekomt.⁶⁷ Daarnaast wijst Van Marwijk Kooy erop dat de op de werkgever rustende verbintenissen – zoals aanmelding en premiebetaling – inmiddels vervuld en dus tenietgegaan zijn. Die omstandigheid maakt dat hij het ook niet logisch acht als een werkgever zich nog tot zijn gewezen werknemers moet wenden om instemming te vragen op de gewijzigde pensioenovereenkomst.⁶⁸ De argumentatie van Van Marwijk Kooy sluit aan op de gedachte dat gewezen werknemers ook niet meer betrokken zijn bij de arbeidsvoorwaardenvorming.

N.B. De vraag dient zich aan of binnen de door Van Marwijk Kooy en Breuker verdedigde verantwoordelijkheidsverdeling het Hoorrecht nog wel nodig is: die vraag kunnen zij uiteraard het beste zelf beantwoorden. Dat de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden in hun visie niet direct door sociale partners worden gebonden, maar langs de weg van de collectieve waardeoverdracht, dus via het pensioenfonds, laat echter onverlet dat de beslissingen van sociale partners ten aanzien van invaren grote gevolgen kunnen hebben voor gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Van Marwijk Kooy en Breuker hebben dan ook niet de stelling ingenomen dat het Hoorrecht onnodig zou zijn.

- 5.4. Een ander alternatief – namelijk een instemmingsrecht voor elke gewezen deelnemer of pensioengerechtigde – heeft de wetgever juist bewust willen voorkomen. Immers, de wetgever heeft in navolging van sociale partners er bewust voor gekozen om het bezwaarrecht van verzekerden te laten vervallen, omdat dit een effectieve overgang naar het nieuwe pensioenstelsel zou kunnen frustreren.⁶⁹ Een enkele bezwaarmaker – of een enkele verzekerde die zijn instemming onthoudt – zou kunnen voorkomen dat een pensioenfonds volledig kan invaren.
- 5.5. Dan resteert al snel het Hoorrecht. Tegengeworpen zou kunnen worden dat het Hoorrecht slechts een formaliteit is: sociale partners te kwader trouw zouden de formaliteiten rond het Hoorrecht strak in acht kunnen nemen maar tegelijkertijd materieel zich weinig gelegen kunnen laten liggen aan de door verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden naar voren gebrachte gezichtspunten. Een dergelijke opstelling is niet in lijn met de bedoeling van de wetgever. Goed mogelijk is bovendien dat een dergelijke terughoudende opstelling – voor zover aantoonbaar – ook gesanctioneerd kan worden door de rechter. Een dergelijk oordeel zou bijvoorbeeld aansluiten op hiervoor

⁶⁷ Invaarverzoek onder WTP vergt GEEN voorafgaande wijziging opgebouwde aanspraken" TPV 2023/20 en "Reactie: Invaren opgebouwde aanspraken en wijziging pensioenregeling zijn al ingewikkeld genoeg" TPV 2024/26. Van H. Breuker "Gaat aan invaren een wijziging van de pensioenovereenkomst vooraf?" TPV 2024/21.

⁶⁸ A.G. van Marwijk Kooy, 'Reactie: Invaren opgebouwde aanspraken en wijziging pensioenregeling zijn al ingewikkeld genoeg', TPV 2024/26.

⁶⁹ Zie hiervoor vanaf randnummer 3.4 e.v.

besproken jurisprudentie.⁷⁰

- 5.6. Los van de onwenselijkheid van een dergelijke opstelling, biedt de besluitvorming in de uitvoerende fase voldoende waarborgen om voldoende zeker te stellen dat bij het uiteindelijke invaarbesluit in beginsel ook ten aanzien van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden sprake kan zijn van een evenwichtig besluit. Onderstaand sta ik daar nog kort bij stil.

6. Verhouding met andere waarborgen

- 6.1. Allereerst geldt dat op de arbeidsvoorwaardelijke fase de uitvoeringsfase volgt. In die fase zal het pensioenfondsbestuur zich een eigenstandig oordeel dienen te vormen over de evenwichtigheid van het voorgenomen invaarbesluit. Ook de wetgever heeft dat onderkend.⁷¹ Overigens, zelfs al zou de wetgever daar niet al omstandig aandacht voor hebben gevraagd, dan concentreren eventuele aansprakelijkheidsrisico's zich met name op het pensioenfondsbestuur.⁷² Alleen die omstandigheid maakt al dat pensioenfondsbestuurders slechts een invaarbesluit zouden moeten willen nemen waar zij zich volkomen comfortabel bij voelen.
- 6.2. In dat kader doet het pensioenfondsbestuur er niet alleen goed aan om zeker te zijn van de materiele evenwichtigheid van het voorgenomen invaarbesluit, maar ook om de formele evenwichtigheid – die betrekking heeft op het gevolgde proces, en dus onder andere op de vraag of het Hoorrecht op de juiste wijze is toegepast – te borgen. Als wellicht sociale partners het Hoorrecht niet volkomen juist hebben toegepast, dan kan ik mij goed voorstellen dat het pensioenfondsbestuur aandringt op een hernieuwd horen door sociale partners of zo nodig zelf het gesprek aangaat met de verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden. Wil het pensioenfondsbestuur kunnen instaan voor de evenwichtigheid van het invaarbesluit, dan zullen de gezichtspunten van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden immers bekend moeten zijn.
- 6.3. Net zoals bij reguliere collectieve waardeoverdracht, beschikt DNB ook nu over de bevoegdheid een verbod op te leggen. DNB beoordeelt de beoogde collectieve waardeoverdracht beoordelen op de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces.⁷³ Daarnaast zal DNB aan de hand van de financiële effecten en risico's toetsen of ook tijdens de transitie sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering.⁷⁴ Tot slot toetst DNB marginaal of het pensioenfonds op de juiste wijze invulling heeft gegeven aan de

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle 29 november 2000, JOR 2001/80.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 407: "... maar het pensioenfonds weigert de collectieve waardeoverdracht ook indien het, op basis van eigen afwegingen, van oordeel is dat er onevenwichtig nadeel is voor bepaalde groepen. Het gegeven dat de werkgever die onevenwichtigheid niet heeft onderkend (immers de werkgever heeft het verzoek tot waardeoverdracht gedaan) ontslaat het pensioenfonds niet van de eigen verantwoordelijkheid dit te beoordelen en, indien nodig, het verzoek af te wijzen."

⁷² Zie ook het advies van 15 oktober 2024 van Prof. Niek Peters aan de Vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

⁷³ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 99: "DNB zal een dergelijke collectieve waardeoverdracht enerzijds beoordelen op (de zorgvuldigheid van en de verstrekte informatie tijdens) het besluitvormingsproces."

⁷⁴ *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 100: "Naast deze meer procedurele beoordeling, kijkt DNB ook naar de financiële effecten en (financiële en niet financiële) risico's van het collectief invaren van de opgebouwde pensioen. DNB toetst hierbij op beheerste en integere bedrijfsvoering en of de transitie beheerst en integer kan worden uitgevoerd."

verplichting tot evenwichtige belangenafweging.⁷⁵ Die marginale toetsing staat er niet aan in de weg dat DNB vragen kan stellen over de wijze waarop een pensioenfonds de belangen van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, of juist van andere geledingen, heeft meegewogen.

- 6.4. Ook het extra aan de raad van toezicht toegekende goedkeuringsrecht maakt dat het besluitvormingsproces naar verwachting (nog) meer aandacht zal krijgen.⁷⁶
- 6.5. De verschillende waarborgen in onderlinge samenhang bezien, in combinatie met de strakke handhaving van andere hoorrechten, maken mijns inziens dat afdoende gewaarborgd is dat in het uiteindelijke invaarbepaalt ook de belangen van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden voldoende worden meegewogen. Tegen die achtergrond heb ik geen om aan te nemen dat het Hoorrecht juridisch niet zou voldoen.

AKD N.V.

Jorn de Bruin

advocaat

⁷⁵ Vgl. CBb 10 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:104 waarin het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde dat het in eerste instantie aan het pensioenfonds zelf is om aan het pensioenfondsen gerichte normen – in dit geval de prudent-person regel – uit te leggen. Dat maakt dat DNB een meer terughoudende rol toekomt: *“Het is vervolgens aan DNB als toezichthouder om te toetsen of het pensioenfonds dit op juiste wijze heeft gedaan en of het pensioenfonds aldus aan de tot hem gerichte open norm heeft voldaan. Bij deze toets zal DNB in aanmerking moeten nemen dat het gegeven dat het hier gaat om een tot de pensioenfondsen gerichte open norm met zich brengt dat de pensioenfondsen een zekere ruimte hebben om hun beleggingsbeleid zo in te richten dat aan de norm wordt voldaan. Daarbij zullen zij keuzes moeten maken die DNB, zolang die keuzes er niet toe leiden dat niet aan de norm wordt voldaan, heeft te respecteren. Bij zijn toets zal DNB telkens de specifieke omstandigheden van het pensioenfonds in kwestie moeten betrekken en per geval moeten onderzoeken of aan de prudent-person regel wordt voldaan. Het is dan ook niet zozeer DNB die hier ruimte heeft om te beoordelen of aan genoemde regel wordt voldaan, maar veeleer het pensioenfonds dat ruimte toekomt bij de inrichting van het beleggingsbeleid, welke ruimte als gezegd beperkt wordt door de prudent-person regel.”* Zie ook Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 127.

⁷⁶ Kamerstukken II 2021-2022, 36 067, nr. 3, p. 99: *“De raad van toezicht krijgt hiernaast, in aansluiting op hun bestaande goedkeuringsrechten, een afzonderlijk goedkeuringsrecht op het voorgenomen besluit tot invaren door het bestuur. (...) De rol van het intern toezicht is meer procesmatig en minder inhoudelijk. Het betreft dan ook vooral een beoordeling van het besluitvormingsproces tot invaren, met andere woorden: of alle relevante informatie is meegewogen in het uiteindelijke besluit.”*