

De (rechts)positie van het verantwoordingsorgaan en zijn leden

TPV 2019/12

1. Inleiding

De Wet versterking bestuur pensioenfondsen leidde bij de meeste pensioenfondsen tot invoering van een verantwoordingsorgaan (hierna: Vo) als vervanging van de deelnemersraad.²

Recent zijn er spraakmakende zaken geweest die – direct of indirect – de rechtspositie van het Vo en zijn leden raakten. De meest in het oog springende zijn de zaken rondom pensioenfonds Tandtechniek en pensioenfonds Atos. In de zaak pensioenfonds Atos werden twee Vo-leden ontslagen door het bestuur. Dat is opmerkelijk, omdat het bestuur verantwoording aflegt aan het Vo. In de zaak pensioenfonds Tandtechniek lag de ontslagbevoegdheid bij de vakbonden. Het Vo bij pensioenfonds Tandtechniek had een enquêteprocedure gestart tegen het pensioenfonds. Dat verzoek was afgewezen. Terwijl het Vo zich beraadde op het instellen van beroep in cassatie, werden de Vo-leden door de vakbonden ontslagen. Dat ontslag gebeurde echter op verzoek van het pensioenfondsbestuur.

Deze zaken leidden tot vele vragen en onduidelijkheden. Voor ons is dit reden om de (rechts)positie van het Vo en zijn leden nader te onderzoeken. Wat is de rol van het Vo binnen de 'pension fund governance'? Wat zijn de taken van het Vo? Welke rechtsmiddelen heeft het Vo en wat is de rechtspositie van zijn leden, met name bij ontslag?

Eerst geven wij een schets van de 'pension fund governance' waarbinnen het Vo functioneert. Daarna gaan wij in op de taken van het Vo, zijn processuele rechtsmiddelen, en ten slotte op de rechtspositie van zijn leden.

In dit artikel gebruiken wij de term 'begunstigden' voor allen die een pensioenaanspraak op het pensioenfonds hebben. Het gaat om deelnemers, gewezen deelnemers, gepensioneerden, pensioengerechtigden en andere aanspraakgerechtigden. Voorts verwijzen wij enkel naar de artikelnummers in de Pensioenwet (PW) en niet ook naar die uit de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb).

2. Goede 'pension fund governance'

2.1 Wat is 'pension fund governance'?

De IORP II-richtlijn³ bevat geen definitie van het begrip 'pension fund governance'. De term is in een Nederlandse context verwarrend. 'Governance' wordt naar het Nederlands vertaald als 'bestuur'; '(good) pension fund governance' wordt vertaald als '(goed) pensioenfondsbestuur'. 'Pension fund governance' ziet echter op veel meer dan het bestuursorgaan van het pensioenfonds.⁴ Omwille van het onderscheid tussen de begrippen doelen we hierna met het begrip 'bestuur' op het bestuursorgaan en met 'governance' op het ruimere begrip pensioenfondsbestuur.

'Pension fund governance' is een variant van 'corporate governance'. Ook daarvan is niet zo makkelijk te duiden wat dit precies inhoudt, maar het 'kan worden omschreven als het geheel van regels betreffende het bestuur van vennootschappen en het toezicht daarop en de wijze waarop deze regels worden toegepast en nageleefd. Het gaat over het functioneren van de vennootschapsorganen (...). Meer concreet gaat het over de bevoegdheden van deze organen, de wijze waarop zij hiervan gebruikmaken, de verhouding tussen deze organen en wijze waarop zij elkaar controleren en corrigeren ('checks and balances').⁵ Vertaald naar 'pension fund governance' gaat het dus – wat korter en algemener gezegd – om de bevoegdheden van en verhoudingen tussen de organen van een rechtspersoon. Het gaat niet alleen om bestuur en toezicht, maar ook om verantwoording.⁶ In de pensioenwetgeving komt dat duidelijk terug.⁷

De Nederlandse pension fund governance-regels zijn op de eerste plaats terug te vinden in de pensioenwetgeving. De Code Pensioenfondsen 2018 geeft een uitwerking voor de pension fund governance. Naleving van de Code Pensioenfondsen 2018 is verplicht op een 'pas toe of leg uit'-basis. Dat betekent dat naleving van de Code

1 Mr. dr. P. Laaper is verbonden aan de Universiteit Utrecht en aan Keijser Van der Velden advocaten. Prof. dr. mr. H. van Meerten is eveneens verbonden aan de Universiteit Utrecht en daarnaast aan Westerbrink. Van Meerten was als zelfstandig advocaat betrokken bij de in dit artikel te bespreken uitspraak inzake pensioenfonds Tandtechniek. De auteurs hebben ervoor gewaakt dat dit geen afbreuk doet aan het wetenschappelijke karakter van dit artikel. Voorts danken de auteurs mw. L. Geerling (consultant bij Westerbrink) voor haar bijdrage en opmerkingen.

2 Kamerstukken II 2011/12, 33182, 2 en 3.

3 Richtlijn 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IORP II-Richtlijn).

4 Zie ook art. 33 lid 1 PW: 'Een pensioenuitvoerder richt zijn organisatie zodanig in dat een goed bestuur is gewaarborgd waardoor er in ieder geval a. verantwoording wordt afgelegd aan de aanspraak- en pensioengerechtigden; en b. intern toezicht is'. 'Bestuur' omvat hier zowel verantwoording als toezicht.

5 Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2012/32.

6 Vergelijkbare omschrijvingen van '(corporate) governance' geven Monitoring Commissie Corporate Governance, *Herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code. De belangrijkste wijzigingen in vogelvlucht*, 8 december 2016, p. 2; OECD, *Principles of Corporate Governance*, Paris: OECD 2004, p. 11; de Europese Commissie in een Mededeling aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance*, (COM/2012/0740 final); alsook de Code Pensioenfondsen 2018, p. 6 en de toelichting van de Pensioenfederatie daarop www.pensioenfederatie.nl/website/publicaties/servicedocumenten/code-pensioenfondsen-2018.

7 Zie voetnoot 4.

Pensioenfondsen 2018 in beginsel verplicht is, maar afwijking is toegestaan als de reden daarvoor wordt verantwoord in het jaarverslag.⁸

2.2 Het bestuur, het verantwoordingsorgaan en het interne toezicht

Het Nederlandse pensioenrecht kent vijf bestuursmodellen. Het Vo heeft een plek bij pensioenfondsen met een paritair, paritair gemengd of omgekeerd gemengd bestuursmodel.⁹ Naast het Vo zijn er het bestuur en een vorm van intern toezicht.

De Code Pensioenfondsen 2018 schrijft dat het bestuur verantwoordelijk is en zorgt voor de uitvoering van de pensioenregeling.¹⁰ Het bestuur stelt een missie, visie en strategie op, zorgt voor een heldere en gedocumenteerde beleids- en verantwoordingscyclus, toetst de effectiviteit van zijn beleid en stuurt zo nodig bij.¹¹ In algemene zin is het bestuur verantwoordelijk voor zowel de strategische koers van het pensioenfonds als de dagelijkse leiding.¹² Het interne toezicht wordt uitgeoefend door de niet-uitvoerende bestuurders (wanneer sprake is van een gemengd bestuur) of anderszins door een raad van toezicht (hierna: RvT) of een visitatiecommissie (hierna: VC).¹³ De RvT heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds. De RvT staat het bestuur met raad ter zijde en houdt voorts ten minste toezicht op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur.¹⁴ Diverse besluiten van het bestuur behoeven voorafgaande goedkeuring van de RvT.¹⁵

De organen van het pensioenfonds moeten de wettelijke taakverdeling tussen hen respecteren. Zij mogen de grenzen van hun bevoegdheden niet overschrijden en moeten zich in hun onderlinge verhoudingen gedragen naar hetgeen voortvloeit uit de wet, de gewoonte en de statuten.¹⁶ Het Vo mag geen bestuurstaken naar zich toetrekken door bijvoorbeeld te verlangen steeds voorafgaand aan

een bestuursbesluit bij de besluitvorming te worden betrokken.¹⁷

2.3 Toezicht houden en verantwoording afnemen

Zowel het bestuur als het interne toezicht leggen verantwoording af aan het Vo of het belanghebbendenorgaan.¹⁸ Het bestuur legt verantwoording af over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd.¹⁹ De RvT of VC legt verantwoording af over de uitvoering van diens toezichtstaken en bevoegdheden.²⁰ Het afleggen van verantwoording over het gevoerde beleid kan niet worden uitbesteed.²¹ Uit de aard van het houden van toezicht volgt dat het bestuur ook aan het interne toezicht verantwoording van zijn handelen geeft. Wat is dan het verschil tussen verantwoording en toezicht?

Een eerste verschil ligt in de vorm van de betrokkenheid. Toezicht wordt in het algemeen beschouwd als een taak, terwijl bij verantwoording veeleer wordt gedacht aan bepaalde rechten die zijn toegekend aan een orgaan met het oog op het afnemen van verantwoording. Voorts gebeurt het afnemen van verantwoording in de regel periodiek en achteraf. Toezicht impliceert dat bij (belangrijke) besluiten gedurende het proces kan worden 'meegestuurd' en zo nodig ingegrepen. Dat vereist een meer continue betrokkenheid bij de uitoefening van het bestuur dan wanneer verantwoording wordt afgenomen.²² Een RvT heeft dan ook meer bevoegdheden en in de regel meer contactmomenten dan een Vo.²³ Het toezicht door de niet-uitvoerende bestuurders in een gemengd bestuursmodel is het meest continu en direct.²⁴

Een tweede verschil ligt in de functie. Volgens de wetgever heeft toezicht betrekking op het kritisch bekijken van het functioneren van het pensioenfondsbestuur door on-

8 Art. 11 lid 2 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroeps-pensioenregeling.
 9 Pensioenfondsen met een onafhankelijk of onafhankelijk gemengd bestuursmodel hebben geen Vo maar een belanghebbendenorgaan. Een belanghebbendenorgaan heeft sterkere bevoegdheden dan een Vo, omdat de pariteit (de vertegenwoordigers van de begunstigen en de werkgever(s)) niet ook in het bestuur is vertegenwoordigd.
 10 Norm 2 Code Pensioenfondsen 2018. Te downloaden op: www.pensioenfederatie.nl/website/publicaties/servicedocumenten/code-pensioenfondsen-2018.
 11 Norm 3 Code Pensioenfondsen 2018.
 12 Art. 2:291 lid 1 BW: het bestuur bestuurt. Over de inhoud van de bestuurstaak, zie Asser 2-I*, nr. 189.
 13 Art. 103 PW.
 14 Art. 104 lid 2 PW.
 15 Art. 104 lid 3 PW.
 16 HR 21 januari 1955, NJ 1959/43, m.nt. Hijmans van den Bergh (*Forumbank*), bevestigd in HR 13 juli 2007, JOR 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme (*ABN Amro*) en HR 9 juli 2010, JOR 2010/228, m.nt. Van Ginneken (*ASMI*).

17 Zie Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378, JOR 2018/95, m.nt. Maatman, PJ 2018/42, r.o. 3.6 e.v. (*Pensioenfondsen Tandtechniek*).
 Wel kan er onduidelijkheid ontstaan wat precies tot de bestuurstaken gerekend moet worden. De omvang en inhoud van de bestuurstaak is niet scherp te definiëren, omdat ze afhangt van alle omstandigheden van het geval waaronder de aard en omvang van de bestuurde rechtspersoon. Zie verder over de inhoud van de bestuurstaak: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 189; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 389-393; en – specifiek voor stichtingen – Asser/Rensen 2-III*, nr. 334.
 18 Voor het bestuur volgt dit uit art. 115a lid 1 en art. 115c lid 6 PW. Voor eventuele niet-uitvoerende bestuurders in een gemengd bestuur volgt dit uit dezelfde bepalingen. Is er sprake van een RvT, dan is dit vastgelegd in art. 104 lid 2 PW. Voor de VC volgt dit uit art. 104 lid 8 PW.
 19 Art. 115a lid 1, art. 115c lid 6 PW. Norm 5 van de Code Pensioenfondsen 2018 formuleert het als 'verantwoording (...) over het beleid dat het voert, de gerealiseerde uitkomsten van dit beleid en de beleidskeuzes die het eventueel voor de toekomst maakt'.
 20 Art. 104 lid 2 en lid 8 PW, en art. 110a lid 2.
 21 Art. 34 lid 2 onderdeel a PW.
 22 A.F. Verdam, 'Toezicht en verantwoording binnen het pensioenfonds', WPNR 2011/6871, p. 65.
 23 Het minimale aantal contactmomenten met het bestuur is voor RvT en Vo gelijk. Zij komen allebei ten minste tweemaal per jaar met het bestuur in vergadering bijeen (art. 104 lid 7 en art. 115 lid 11 PW).
 24 Alleen de VC heeft minder contactmomenten met het bestuur dan het Vo. Daaraan ligt ten grondslag dat de VC bestaat om intern toezicht mogelijk te maken bij pensioenfondsen waarvoor het optuigen van een RvT een onevenredig zware belasting is.

afhankelijke deskundigen,²⁵ en ligt de focus op het beoordelen van beleids- en bestuursprocedures en -processen, de ‘checks and balances’, de wijze waarop de uitvoering van de regeling wordt bestuurd en aangestuurd, en de wijze waarop wordt omgegaan met de risico’s op de langere termijn voor (de dekkinggraad van) het pensioenfonds. Bij verantwoording gaat het daarentegen om het behoud van vertrouwen of het herstel daarvan, en om de vraag of er met alle belangen voldoende rekening is gehouden.²⁶

Het Vo kan uiteraard niet alleen voor behoud of herstel van verloren vertrouwen zorgen. Het komt ons voor dat het Vo primair de rol heeft om te zorgen dat er voldoende met alle belangen rekening wordt gehouden, opdat er vertrouwen zal zijn.

3. Taken van het verantwoordingsorgaan

3.1 Algemeen

Het Vo heeft in grote lijnen taken op het terrein van beleidsvoorbereiding, advisering aan het bestuur, verantwoording afnemen en benoeming en ontslag bij andere organen van het pensioenfonds. Voorts kunnen de statuten het Vo verdere bevoegdheden toekennen, zoals adviesrecht over andere onderwerpen dan in de wet genoemd.

In dit artikel gaan wij niet apart in op zulke bovenwettelijke taken. Een beoordeling hoe zij passen binnen de pension fund governance hangt nauw samen met omvang en inhoud van deze taken. Wij merken enkel op dat naarmate het Vo meer adviesrechten krijgt, het afnemen van verantwoording en het geven van een onafhankelijk oordeel over het beleid van het bestuur en de wijze van uitvoering ervan, lastiger worden. Het Vo raakt namelijk steeds meer betrokken bij de (voorgenomen) besluitvorming.²⁷ Dat geldt des te sterker indien het Vo goedkeuringrechten krijgt toebedeeld. Toebedeling van goedkeuringrechten leidt er bovendien toe dat de leden van het Vo medebeleidsbepaler worden. Zij moeten dan aan deskundigheidseisen voldoen.²⁸ Die zullen niet voor iedereen haalbaar zijn, bijvoorbeeld vanwege beschikbare tijd of opleidingsniveau. Dat is weer een belemmering voor de representativiteit van het Vo.

Opgemerkt wordt nog dat thans een initiatiefwet aanhangig is, waarin is voorgesteld het Vo een goedkeuringrecht te geven ten aanzien van het uitsluitingenbeleid van het pensioenfonds.²⁹ Dat zou het Vo grote invloed geven op de keuze in welke ondernemingen of sectoren het pensioenfonds niet zal investeren. Deze initiatiefwet blijft verder onbesproken. Daarnaast voorzagt het wetsvoorstel

ter implementatie van de IORP II-richtlijn erin het Vo een goedkeuringrecht te geven ten aanzien van grensoverschrijdende waardeoverdracht. De voorgestelde goedkeuringbevoegdheid is uiteindelijk niet in de wet opgenomen.³⁰

3.2 Beleidsvoorbereiding

Een eerste taak van een Vo – dat vaak over het hoofd wordt gezien³¹ – ligt op het terrein van beleidsvoorbereiding. Het bestuur legt de doelstellingen en beleidsuitgangspunten – waaronder de risicohouding – van het pensioenfonds vast. Hij moet dat doen in overleg met de overige organen van het fonds.³² Daartoe behoort ook het Vo. Dit is een belangrijke taak, omdat het Vo hiermede de strategische koers van het fonds uitzet. Bovendien neemt het Vo verantwoording af van het bestuur en het interne toezicht aan de hand van deze doelstellingen en beleidsuitgangspunten.³³

3.3 Advisering over belangrijke onderwerpen

Het Vo heeft een adviesrecht over:

- het beleid inzake beloningen;
- de vorm en inrichting van het intern toezicht;
- de profielschets voor leden van de raad van toezicht;
- het vaststellen en wijzigen van een interne klachten- en geschillenprocedure;
- het vaststellen en wijzigen van het communicatie- en voorlichtingsbeleid;
- gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds;
- liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds;
- het sluiten, wijzigen of beëindigen van een uitvoeringsovereenkomst;
- het omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm; en de samenstelling van de feitelijke premie en de hoogte van de premiecomponenten.³⁴

Thans is een wetsvoorstel aanhangig waarin is voorgesteld aan de huidige wettelijke lijst van onderwerpen het maatschappelijk verantwoord beleggingsbeleid toe te voegen.³⁵

Wil het bestuur een besluit nemen over een van deze onderwerpen dan moet het bestuur daaraan eerst advies van het Vo vragen. Het bestuur moet het advies op een zodanig tijdstip vragen dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het nog te nemen besluit.³⁶ Het bestuur moet het Vo een overzicht geven van de beweegredenen voor het besluit en van de gevolgen die het besluit naar verwachting voor de begunstigden zal hebben. Het Vo kan voorts bij het bestuur

25 De invoering van de Wet versterking bestuur pensioenfonds maakt een uitzondering op het idee dat onafhankelijke deskundigen toezicht houden op het pensioenfondsbestuur. In het omgekeerd gemengde bestuursmodel worden de niet-uitvoerende bestuurders (die het interne toezicht uitoefenen) paritair gekozen. Daar staat tegenover dat in dat bestuursmodel de bestuurders onafhankelijk zijn.

26 *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 14, p. 3.*

27 Zie ook P.M. Siegman, ‘Opinie: Verantwoordingsorganen: opgelet!’, *TPV 2014/32*.

28 Zie Beleidsregel geschiktheid 2012.

29 *Kamerstukken II 2018/19, 35101, 3.*

30 Zie H. van Meerten & L. Geerling, ‘Build that wall? Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende waardeoverdrachten van pensioenregelingen’, *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2019, 2.

31 Deze taak wordt ook niet genoemd in art. 115a PW dat als kopje draagt ‘taken Vo’. De taak ligt meer impliciet besloten in het voorschrift van art. 102a lid 1 PW.

32 Art. 102a lid 1 PW.

33 Art. 102a lid 1 PW.

34 Art. 115a lid 3 PW.

35 *Kamerstukken II 2018/19, 35101, 3 (Wetsvoorstel Van Weyenberg)*.

36 Art. 115a lid 5 PW.

alle informatie opvragen die het denkt nodig te hebben. Het bestuur is verplicht alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die het Vo voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft.³⁷ Nadat het Vo zijn advies heeft uitgebracht, deelt het bestuur het Vo zo spoedig mogelijk schriftelijk mee of het advies wordt opgevolgd. Wordt het advies niet of niet geheel opgevolgd, dan geeft het bestuur aan waarom van het advies afweken wordt.³⁸ Wordt het advies van het Vo niet opgevolgd, dan staat beroep open bij de Ondernemingskamer.³⁹

3.4 Verantwoording en oordeel

De kerntaak van het Vo is het afnemen van verantwoording van het bestuur en het geven van een oordeel daarover. Het bestuur legt verantwoording af over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd.⁴⁰ Het oordeel van het Vo betreft dus de gehele bedrijfsvoering van het pensioenfonds. Het Vo geeft zijn oordeel aan de hand van de doelstellingen en beleidsuitgangspunten die het bestuur in overleg met onder andere het Vo heeft vastgelegd.⁴¹ Het oordeel wordt, samen met de reactie van het bestuur daarop, in het bestuursverslag opgenomen.⁴² Dit lijkt een 'softe' bevoegdheid. Echter, het pensioenfonds publiceert het bestuursverslag, samen met de reactie van het bestuur daarop, op zijn website.⁴³ Een kritisch of zelfs negatief oordeel blijft dus niet 'binnenskamers'. Het is daarmee een krachtig signaal van het Vo. Het bestuur kan een kritisch of negatief oordeel niet zomaar negeren. Zeker wanneer het Vo over langere periode kritisch of negatief oordeelt, kan dat voor het Vo aanleiding zijn een enquêteprocedure te starten.⁴⁴ Het bestuursverslag wordt echter ook aan DNB gezonden.⁴⁵ Kritische of negatieve oordelen van het Vo kunnen voor DNB aanleiding zijn eigen onderzoek in te stellen en handhavingsmaatregelen te nemen. Opmerkelijk is dat het interne toezicht weliswaar ook verantwoording aflegt aan het Vo, maar het Vo desondanks geen taak heeft een oordeel te geven over het functioneren van het interne toezicht.

3.5 Adviesplicht bij disfunctioneren

De RvT zit dichterbij het functioneren van het bestuur dan het Vo.⁴⁶ De RvT zal als regel eerder dan het Vo in de gaten hebben wanneer het bestuur disfunctioneert. Als de RvT meent dat het bestuur disfunctioneert, meldt de RvT dat bij het Vo en bij 'de partij die bevoegd is het bestuur te benoemen'. Als de benoemende partij niet binnen een redelijke termijn naar tevredenheid van de RvT handelt, meldt de RvT het disfunctioneren bij DNB.⁴⁷ Ontvangt het Vo een melding van de RvT over disfunctio-

neren van het bestuur, dan moet het Vo het bestuur over dat disfunctioneren adviseren.⁴⁸ Het is de vraag wat dat advies teweeg kan brengen. Ook de RvT heeft een advies-taak naar het bestuur.⁴⁹ De raadgevingen van de RvT hebben kennelijk niet tot een tevredenstemmend functioneren van het bestuur geleid. Het Vo heeft minder zicht op het functioneren van het bestuur dan de RvT. Het ligt dan niet in de rede dat het advies van het Vo bereikt wat de RvT niet is gelukt.

3.6 Benoeming en ontslag bij andere organen

Het Vo heeft ook taken bij de benoeming of het ontslag van (leden van) andere organen van het pensioenfonds. De taken variëren naargelang het bestuursmodel en het orgaan ten aanzien waarvan het betreft. Het voert te ver om alle varianten hier op te sommen. Van belang is dat de wetgever en de Pensioenfederatie een stelsel hebben opgetuigd waarbij de organen elkaars medewerking nodig hebben bij benoemingen of ontslag. Op die grond adviseert het Vo bijvoorbeeld over profielschetsen, doet een bindende voordracht bij benoeming, of geeft een bindend advies bij ontslag.⁵⁰

3.7 Medezeggenschap van een of andere aard

In de literatuur is het Vo wel vergeleken met de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) van een NV of BV.⁵¹ Die vergelijking gaat mank. De aandeelhouders van een NV of BV zijn eigenaren van de onderneming; de begunstigden van een pensioenfonds zijn geen eigenaar, maar hebben een verbintenisrechtelijke aanspraak op het fonds.⁵² De Ondernemingskamer maakt daarentegen de vergelijking met een medezeggenschapsorgaan.⁵³ Maatman noemt dat in zijn annotatie bij die uitspraak een overschatting,⁵⁴ maar lijkt bij de term medezeggenschap vooral aan 'medebeleidsbepaling' te denken. De term medezeggenschap wordt in het spraakgebruik ook wel gebruikt voor inspraakvormen die minder sterk of direct zijn, zoals een ondernemingsraad of de cliëntenraad bij een zorginstelling. Opvallend is dat zowel een ondernemingsraad als een cliëntenraad een adviesrecht hebben ten aanzien van – kort gezegd – belangrijke beslissingen, dat op vergelijkbare wijze is vormgegeven als het adviesrecht van het Vo.⁵⁵ Ook kent de pensioenwetgeving het Vo diverse rechten toe door verwijzing naar de Wet op de ondernemingsraden.⁵⁶ De Ondernemingskamer concludeert terecht dat

37 Art. 115 lid 12 PW.

38 Art. 115e PW.

39 Het beroepsrecht komt aan bod in par. 4.4.

40 Art. 115a lid 1 PW.

41 Art. 102a lid 1 PW.

42 Art. 115a lid 2 PW.

43 Art. 46a lid 1 onderdeel d PW.

44 De enquêteprocedure behandelen wij in par. 4.1 en 4.2.

45 Art. 147 lid 2 en 3 PW.

46 Zie par. 2.3.

47 Art. 104 lid 5 PW.

48 Art. 115a lid 4 PW.

49 Art. 104 lid 2 PW: 'De RvT staat het bestuur met raad ter zijde'.

50 Bijlage 1 bij de Code Pensioenfonds 2018 geeft per bestuursmodel een overzicht van de bevoegdheden van de organen bij benoeming of ontslag van leden van organen.

51 A.F. Verdam, 'Toezicht en verantwoording binnen het pensioenfonds', *WPNR* 2011/6871.

52 Evenzo de minister in *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 17, p. 74.

53 Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378 (*Pensioenfonds Tandtechniek*), r.o. 3.5.

54 Annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, *JOR* 2018/95, m.nt. Maatman (*Pensioenfonds Tandtechniek*), nr. 15.

55 Art. 25 en 26 WOR en art. 3 en 4 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen.

56 Art. 115g PW.

het Vo een soort medezeggenschapsorgaan is. De medezeggenschap heeft niet het karakter van medebeleidsbepaling, maar kan ook niet eenvoudig genegeerd worden, omdat het Vo over sterke bevoegdheden beschikt. Het Vo kan daardoor grote invloed uitoefenen op het beleid.

4. De enquêteprocedure en andere rechtsmiddelen

4.1 *Het recht van enquête*

Het Vo heeft het recht van enquête.⁵⁷ Het recht van enquête houdt in dat het Vo de Ondernemingskamer schriftelijk kan verzoeken om een of meer personen te benoemen om een onderzoek uit te voeren naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een gedeelte of een bepaald tijdvak.⁵⁸ In een enquêteprocedure is dus niet het optreden van bestuurders aan de orde, maar wordt onderzoek gedaan naar het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon.⁵⁹ De Ondernemingskamer oordeelt op basis van het onderzoek of sprake is van wanbeleid en kan desgewenst voorzieningen treffen. Het enquêterecht is een zwaar en voor de rechtspersoon belastend middel. Doeleinden van een enquête zijn sanering van en herstel van gezonde verhoudingen, opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, terwijl van de mogelijkheid een enquête in te stellen een preventieve werking kan uitgaan.⁶⁰

4.1.1 *Procedure en hoger beroep*

Een enquêteverzoek mag niet 'rauwelijks' worden ingediend. Het Vo moet zijn bezwaren tegen het beleid vooraf schriftelijk aan het bestuur kenbaar maken en een redelijke termijn gunnen om de bezwaren te onderzoeken en eventueel naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Doet het Vo dat niet, dan is het niet ontvankelijk.⁶¹ De Ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe als blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.⁶²

Vaak wordt met het verzoek tot het gelasten van een enquête tevens een verzoek ingediend tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Zij kunnen in elke stand van het geding worden getroffen.⁶³ Is nog geen onderzoek gelast, dan is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen bovendien vereist dat naar het *voorlopige* oordeel van de Ondernemingskamer sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken.⁶⁴ Onmiddellijke voorzieningen zijn een uiterst effectief middel om ongewenste handelingen van het bestuur te blokkeren. De Ondernemingskamer kan in begin-

sel elke voorziening treffen die het wenselijk acht, zoals schorsing van een besluit, schorsing van een bestuurder of tijdelijke benoeming van een bestuurder. Opgelegde voorzieningen mogen zelfs afwijken van de statuten en dwingend recht.⁶⁵ De opgelegde voorziening moet wel vereist zijn in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek.⁶⁶ Bovendien moet de getroffen voorziening naar zijn aard tijdelijk zijn, al mogen de gevolgen onomkeerbaar zijn.⁶⁷ Zo kan schorsing of benoeming van een bestuurder ertoe leiden dat het bestuur besluit mee te werken aan een collectieve waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder, terwijl het dat besluit anders niet zou hebben genomen. Wijst de Ondernemingskamer het verzoek toe, dan benoemt hij personen tot onderzoeker.⁶⁸ De onderzoekers zijn gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van het fonds, waarvan zij de kennisneming tot een juiste vervulling van hun taak nodig achten.⁶⁹ De bestuurders, alsmede degenen die in dienst zijn van het fonds, zijn verplicht alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Dit geldt ook voor de bestuurders die in dienst waren bij het fonds gedurende het tijdvak waarover het onderzoek zich uitstrekt. De onderzoekers stellen een verslag op van hun bevindingen.⁷⁰ Degenen die in het verslag worden genoemd worden in de gelegenheid gesteld om opmerkingen te maken ten aanzien van de bevindingen die op hen betrekking hebben.⁷¹

Blijkt uit het verslag van de onderzoekers van wanbeleid, dan kan de Ondernemingskamer op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers:

1. besluiten van enig orgaan van het pensioenfonds schorsen of vernietigen;
2. bestuurders of leden van de RvT⁷² schorsen of ontslaan;
3. tijdelijke bestuurders of leden van de RvT aanstellen; en
4. bepalen dat tijdelijk moet worden afgeweken van specifieke statutaire bepalingen.⁷³

Tegen de uitspraak van de Ondernemingskamer staat enkel beroep in cassatie open.⁷⁴

De kosten die het Vo maakt in verband met de procedure voor de Ondernemingskamer, zoals het inhuren van juridische expertise, komen ten laste van het pensioenfonds

57 Art. 219 lid 1 PW. Het recht van enquête is geregeld in Afdeling 2 Titel 8 Boek 2 BW.

58 Art. 2:345 lid 1 BW.

59 Zie ook: M. Dommerholt, J.R. Wirschell (red.) *Tekst & Commentaar Pensioenrecht*, 2018.

60 HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 (*Ogem*).

61 Art. 2:349 BW.

62 Art. 2:350 lid 1 BW.

63 Art. 2:349a lid 2 BW.

64 Art. 2:349a lid 3 BW.

65 HR 14 september 2007, NJ 2007/ 611; JOR 2007/238 (*Versatel II*).

66 Art. 2:349a lid 2 BW.

67 HR 11 juli 2014, JOR 2014/263 (*Novero*), OK 18 januari 2001, JOR 2001/35 (*SkyGate*).

68 Art. 2:350 lid 4 BW.

69 Art. 2:351 lid 1 BW.

70 Art. 2:351 lid 4 BW.

71 Art. 2:351 lid 4 BW.

72 De wet heeft het over 'commissarissen', niet over 'leden van de RvT'. Dat verschil in woordgebruik heeft geen betekenis: bij stichtingen spreekt men veelal van 'Raden van Toezicht', daarbuiten veelal van 'Raden van Commissarissen'.

73 Art. 2:355 lid 1 jo 2:356 BW. Volgens dit artikel kan de Ondernemingskamer – in theorie – ook het pensioenfonds ontbinden of bepalen dat de aandelen in het pensioenfonds moeten worden overgedragen. De laatste mogelijkheid veronderstelt dat het pensioenfonds zelf een kapitaalvennootschap is (een NV of BV), hetgeen hoogst ongebruikelijk is.

74 Art. 2:359 BW.

indien zij redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van het Vo en het pensioenfonds van de te maken kosten vooraf in kennis is gesteld.⁷⁵

4.1.2 Wanbeleid bij pensioenfondsen

De Ondernemingskamer is het bevoegde gerecht in enquêteprocedures. In zijn uitspraken heeft hij een nadere omlijning gegeven van het begrip wanbeleid, maar enkel bij andere rechtspersonen dan pensioenfondsen.⁷⁶ De enige maal dat de Ondernemingskamer oordeelde over een enquêteverzoek bij een pensioenfonds, wees hij het verzoek af, waardoor hij niet toekwam aan een oordeel over het begrip wanbeleid.⁷⁷

Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat in ieder geval sprake kan zijn van wanbeleid als:

- a. wordt gehandeld in strijd met wet of statuten. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer het bestuur, in strijd met de bevoegdhedenverdeling zoals zij in de vennootschappelijke structuur ligt besloten, na laat de raad van commissarissen op zorgvuldige wijze te betrekken;⁷⁸
- b. er sprake is van belangenverstrengeling;⁷⁹
- c. het bestuur onvoldoende of onjuiste informatie verstrekt;⁸⁰
- d. de continuïteit van de rechtspersoon wordt bedreigd door verlamming van de besluitvorming of bedrijfsvoering als gevolg van een impasse in de leiding;⁸¹
- e. onvoldoende overleg op grond van bijvoorbeeld de WOR of cao wordt gevoerd (wanbeleid op sociaal gebied);⁸²
- f. aangegane verplichtingen onvoldoende worden gedekt, (te) grote beleggingsrisico's worden genomen of de bedrijfsadministratie onvolledig is (wanbeleid op bedrijfseconomisch gebied).⁸³

De term wanbeleid is niet uniek voor het enquêterecht. In de Pensioenwet is 'wanbeleid' één van de gronden om een bewindvoerder aan te stellen.⁸⁴ Wanbeleid in deze zin ('pensioenrechtelijk wanbeleid') wordt niet vastgesteld door de Ondernemingskamer, maar in de eerste plaats door DNB en bij betwisting hiervan door de bestuursrechter. Recente uitspraken over 'pensioenrechtelijk wanbeleid' zijn er niet. Wel heeft de vroegere Verzekeringskamer in het verleden geoordeeld dat van pensioenrechtelijk wanbeleid sprake is wanneer tekort wordt geschoten ten aanzien van het beheer over het vermogen of de zorg voor het verkrijgen van inkomsten van de stichting.⁸⁵ Het is niet helemaal zeker of aan 'pen-

sioenrechtelijk wanbeleid' en 'enquêterechtelijk wanbeleid' geheel dezelfde betekenis kan worden toegekend, al zullen de begrippen waarschijnlijk ook dan niet veel uiteenlopen.

4.2 Het beroepsrecht

Het Vo heeft een beroepsrecht ten aanzien van onderwerpen waarover het adviesrecht heeft.⁸⁶ Dat beroepsrecht houdt in dat het Vo bij de Ondernemingskamer beroep kan instellen tegen een besluit van het bestuur als:⁸⁷

- a. het Vo niet voorafgaand in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen over dat besluit;
- b. dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van het Vo; of
- c. feiten of omstandigheden bekend zijn geworden die, als ze bij het Vo bekend waren geweest op het moment dat het zijn advies uitbracht, aanleiding had kunnen zijn om een ander advies uit te brengen dan het heeft uitgebracht.⁸⁸

De opzet van deze procedure vertoont grote gelijkheid met het beroepsrecht van de Ondernemingsraad in verband met diens adviesrecht.⁸⁹

Nadat het Vo van het besluit in kennis is gesteld, kan het Vo binnen acht weken beroep instellen.⁹⁰ Beroep is niet mogelijk als de toezichthouder – DNB of de AFM – met betrekking tot dezelfde aangelegenheid een aanwijzing heeft gegeven.⁹¹ Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld op de grond dat het pensioenfonds bij de afweging van de betrokken belangen 'niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen'.⁹² Het gaat om een marginale toetsing.⁹³ De Ondernemingskamer kan ook een voorlopige voorziening treffen door het pensioenfonds te verplichten het bestreden besluit geheel of ten dele in te trekken, bepaalde gevolgen van dat besluit ongedaan te maken en/of het pensioenfonds te verbieden om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het bestreden besluit of onderdelen daarvan.⁹⁴

4.3 Andere middelen: de nakomingsvordering

Het Vo heeft recht op onder meer 'alle inlichtingen en gegevens die het voor de vervulling van zijn taak redelijker-

75 Art. 219 lid 3 PW.

76 Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/795.

77 Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378, JOR 2018/95, m.nt. Maatman, PJ 2018/42 (*Pensioenfonds Tandtechniek*). Zie voor een uiteenzetting: J. de Bruin, 'Het verantwoordingsorgaan: een tandeloze tijger in een te grote broek?', *PensioenMagazine* 2018/93.

78 HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem*).

79 Bijvoorbeeld: OK 17 maart 1983, NJ 1984, 462 (*Handelsvereniging*).

80 HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem*).

81 OK 18 januari 2001, JOR 2001/35 (*SkyGate*).

82 OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (*Batco*).

83 OK 9 juli 1998, NJ 1998, 882; JOR 1998/122 (*Vie d'Or*).

84 Art. 173 PW.

85 HR 3 januari 1975, NJ 1975, 222.

86 Zie par. 3.3.

87 Art. 217 lid 1 PW.

88 De literatuur over dit artikel is schaars. Enkele opmerkingen zijn te vinden in: G. Rieter, 'Bevoegdheden verantwoordingsorgaan: meer dan marginale toetsing', *PensioenMagazine*, 2012/38 en M. Dommerholt, J.R. Wirschell (red.), *Tekst & Commentaar Pensioenrecht*, 2018.

89 Art. 26 WOR.

90 Art. 217 lid 2 PW.

91 Art. 217 lid 4 PW. Een aanwijzing is een instructie van de toezichthouder om ten aanzien van bepaalde punten een bepaalde gedragslijn te volgen. De toezichthouder kan een aanwijzing geven als het pensioenfonds de wet overtreedt of als hij tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit, de liquiditeit of de bedrijfsvoering in gevaar kunnen brengen (art. 171 PW).

92 Art. 217 lid 5 PW.

93 M. Dommerholt, J.R. Wirschell (red.), *Tekst & Commentaar Pensioenrecht*, 2018.

94 Art. 217 lid 6 en lid 9 PW. Geheel ten overvloede voegt de wetgever in art. 217 lid 7 PW nog toe dat het pensioenfonds gehouden is de opgelegde voorziening na te leven.

wijze nodig heeft'.⁹⁵ Het kan bijvoorbeeld vragen stellen aan het bestuur, de RvT of VC, en medewerkers van het fonds. Denkbaar is ook dat het Vo door het bestuur ingewonnen adviezen of contracten met derden opvraagt. Voorts heeft het Vo recht op het gebruik van voorzieningen,⁹⁶ inschakelen van deskundigen en vergoeding van redelijkerwijs gemaakte kosten.⁹⁷ Indien het bestuur van het pensioenfonds zulke rechten frustreert, kan het Vo nakoming vorderen.⁹⁸ Daarbij wordt de rechter gevraagd het pensioenfonds te veroordelen dat te geven, te doen of na te laten, waartoe het verplicht is.

5. De rechtspositie van de leden van het verantwoordingsorgaan

5.1 *Vertegenwoordigingen in het Vo*

In het Vo zijn de deelnemers en de pensioengerechtigden evenredig aan hun onderlinge getalsverhoudingen vertegenwoordigd.⁹⁹ Bij een algemeen pensioenfonds gaat het om evenredigheid naar onderlinge getalsverhoudingen binnen de collectiviteitkring waarvoor het Vo is ingesteld. Verder moeten de leden van het Vo een zo evenwichtig mogelijke afspiegeling vormen van de betreffende geleiding. De werkgever kan vertegenwoordigd zijn in het Vo, indien de werkgever of de deelnemers en pensioengerechtigden dit wensen.¹⁰⁰

Bij de vervulling van een vacature moet het pensioenfonds actief zoeken of actief oproepen om te zoeken naar kandidaten die passen in de diversiteitsdoelstellingen.¹⁰¹ Zo moet er tenminste één man en één vrouw in het Vo zitting hebben.¹⁰² Daarnaast dient ten minste één lid boven en één lid onder de veertig jaar te zijn.¹⁰³ In de praktijk wordt dit overigens veelal niet gehaald.

5.2 *De wijze van benoeming van leden uit het Vo*

De leden uit het Vo worden gekozen door middel van een verkiezing¹⁰⁴ of zonder verkiezing.¹⁰⁵ In geval van verkiezing kunnen de kandidaten worden voorgedragen door verenigingen en door begunstigten.¹⁰⁶ Het bestuur van het fonds gaat over tot verkiezing van Vo-leden op eigen initiatief van het pensioenfonds of indien dit wordt verzocht door ten minste 1% van de begunstigten of door ten minste 500 begunstigten.¹⁰⁷ In de praktijk komt het wel voor dat een bestuur invloed uitoefent op de verkiezingen, bijvoorbeeld door 'selectiegesprekken' te houden met kandidaten. Dat is ongepast. Het is niet aan het bestuur om te sturen aan wie het verantwoording aflegt.

95 Art. 115 lid 12 PW.

96 Art. 115g lid 1 PW.

97 Art. 115g lid 2 PW jo. art. 16 en 22 WOR.

98 Art. 3:296 BW.

99 Art. 115 lid 2 PW.

100 Art. 115 lid 2 PW. In de praktijk kan deze bepaling tot verschil van mening leiden over de wenselijkheid hiervan. Het Vo neemt dan de 'normale' stemprocedure in acht.

101 Norm 37 Code Pensioenfonds 2018.

102 Norm 33 Code Pensioenfonds 2018.

103 Norm 33 Code Pensioenfonds 2018.

104 Art. 115 lid 5 PW.

105 Art. 115 lid 6 PW.

106 Art. 115 lid 5 PW.

107 Art. 115 lid 8 PW.

De wijze waarop de leden van het Vo worden benoemd is onderdeel van de 'governance' waar pensioenfonds zelf verantwoordelijk voor zijn. De wijze van benoeming van Vo-leden moet worden vastgelegd in de statuten.¹⁰⁸ Normen voor de wijze van benoeming zijn te vinden in de Code Pensioenfonds 2018. De Code Pensioenfonds 2014 bepaalde dat benoeming moest worden uitgevoerd door belanghebbenden, zo mogelijk door het orgaan zelf, met betrokkenheid van een ander orgaan van het pensioenfonds.¹⁰⁹ Een concrete bepaling met betrekking tot de benoeming van Vo-leden bestond niet. De Code Pensioenfonds 2018 bevat wel een concrete norm: 'Een lid van het verantwoordingsorgaan wordt benoemd door het bestuur'.¹¹⁰

Voor zover er geen verkiezing plaatsvindt voor de benoeming van Vo-leden, worden de leden benoemd door de verenigingen.¹¹¹ Deze verenigingen moeten volledige rechtsbevoegdheid bezitten.¹¹² Het statutaire doel van de vereniging moet mede het behartigen van de belangen van haar leden als belanghebbenden bij een pensioenfonds omvatten. Voorbeelden van zulke verenigingen zijn de FNV en CNV.

In beginsel is het bestuur het orgaan dat bevoegd is tot benoeming van Vo-leden, maar onder omstandigheden kan hiervan worden afgeweken. Zoals eerder genoemd is de naleving van de Code Pensioenfonds 2018 verplicht, maar mag hiervan worden afgeweken onder vermelding van de reden daarvoor in het jaarverslag van het pensioenfonds. Wij menen dat het niet goed in 'good governance' van een pensioenfonds past als een bestuur Vo-leden benoemt. Het bestuur legt immers verantwoording af aan het Vo. Benoeming zou moeten plaatsvinden door het orgaan zelf (lees: door het vorige Vo), door de begunstigten (als automatisch gevolg van verkiezing, zonder dat nog enige handeling van een ander orgaan vereist is) of door belanghebbenden. Maar ook bij benoeming door belanghebbenden (veelal: vakbonden) kan men zich de vraag stellen wie zij vertegenwoordigen: de begunstigten of de belanghebbenden?

5.3 *De wijze van ontslag van leden uit het Vo*

De wijze waarop de leden van het Vo worden ontslagen is evenals de wijze van benoeming van Vo-leden onderdeel van de 'governance' waar pensioenfonds zelf verantwoordelijk voor zijn. De wijze van ontslag moet worden vastgelegd in de statuten.¹¹³

Normen voor de wijze van ontslag zijn te vinden in de Code Pensioenfonds 2018. De Code Pensioenfonds 2014 bepaalde dat ontslag moest worden uitgevoerd door belanghebbenden, zo mogelijk door het orgaan zelf, met betrokkenheid van een ander orgaan van het pensioen-

108 Art. 111 lid 1 onderdeel j PW.

109 Norm 45 Code Pensioenfonds 2014.

110 Norm 39 Code Pensioenfonds 2018.

111 Volgens de Code Pensioenfonds 2018 *benoemen* deze verenigingen niet de Vo-leden, maar *dragen zij hen voor*. Wij laten hier in het midden wat de wetgever bedoeld heeft, maar merken op dat de woordkeuzes in ieder geval niet overeenstemmen.

112 Art. 115 lid 7 PW.

113 Art. 111 lid 1 onderdeel j PW.

fonds.¹¹⁴ De Code Pensioenfondsen 2014 kende geen concrete bepaling voor de wijze van ontslag van Vo-leden. De Code Pensioenfondsen 2018 bracht naast de concrete bepaling voor de wijze van benoeming van Vo-leden ook een concrete bepaling voor de wijze van ontslag van Vo-leden: 'Een lid van het verantwoordingsorgaan wordt ontslagen door het verantwoordingsorgaan zelf'.¹¹⁵ Ook hier verdient aandacht dat van de Code Pensioenfondsen 2018 kan worden afgeweken.

Ontslag van Vo-leden vindt plaats na het horen van het betreffende Vo-lid en de RvT of VC in een paritair model.¹¹⁶ In geval van een omgekeerd gemengd model of een paritair gemengd model vindt ontslag van Vo-leden plaats na het horen van het betreffende lid en de niet-uitvoerende bestuurders. Het benodigde quorum voor het ontslag en de stemverhoudingen worden in de statuten geregeld. Een Vo-lid wordt door het bestuur ontslagen na goedkeuring door de RvT (of VC) of niet-uitvoerende bestuurders als:¹¹⁷

1. het lid geen verklaring omtrent het gedrag meer ontvangt die relevant is voor financiële instellingen;
2. het lid de interne gedragscode en/of integriteitregeling van fonds of werkgever overtreedt;
3. het lid niet meer voldoet aan de kwalificatie als actieve deelnemer, gewezen deelnemer of pensioenge-rechtigde als die bij benoeming gevraagd werd;
4. er een andere zwaarwegende reden is die erom vraagt dat een benoeming eindigt'.

De eerste drie gronden zijn objectief; de laatste grond is subjectief.

5.4 Twee ontslagcasussen

Recentelijk zijn er twee zaken geweest waarbij Vo-leden zijn ontslagen en die vraagtekens oproepen. Zij vormden de primaire aanleiding voor het onderzoek voor dit artikel.

5.4.1 Ontslag door het bestuur

In 2017 werden de statuten van pensioenfonds Atos gewijzigd, zodat het bestuur Vo-leden kon ontslaan bij integriteitsproblemen. De reden hiervoor was volgens opgave van het bestuur dat het pensioenfonds in 2017 integriteitsproblemen kende die het had gemeld bij DNB.¹¹⁸ Andere nieuw opgenomen redenen voor ontslag zijn dat een Vo-lid zijn verantwoordelijkheid niet neemt, de vereiste taken niet verricht of het pensioenfonds reputatieschade berokkent. Kort na de statutenwijziging werden twee leden van het Vo door het bestuur ontslagen.

De gang van zaken leidde tot Kamervragen. De minister antwoordde dat pensioenfondsen zelf verantwoordelijk zijn voor de regels van benoeming en ontslag van Vo-

leden.¹¹⁹ Ook wees hij erop dat een bestuur 'nooit geheel eigenhandig' kan besluiten wie lid zijn van het Vo. Leden worden immers benoemd na verkiezingen of op voordracht van een vereniging, in de praktijk meestal vakbonden.

Het past niet goed bij 'good governance' van een pensioenfonds wanneer het bestuur leden van een Vo kan ontslaan.¹²⁰ Het bestuur moet verantwoording afleggen aan het Vo. Wanneer het bestuur de bevoegdheid heeft om het Vo wegens zo een subjectieve grond te ontslaan, komen integriteitswaarborgen en de behoorlijke taakvervulling van de leden van het Vo in het gedrang. De leden van het Vo moeten hun functie kunnen uitoefenen zonder 'bang' te zijn voor verlies van hun lidmaatschap van het Vo.

Wij pleiten ervoor dat de subjectieve ontslagbevoegdheid voor het bestuur uit de Code Pensioenfondsen 2018 wordt geschrapt. Het is ondenkbaar dat een bestuur van een onderneming leden van een Ondernemingsraad of cliëntenraad zou kunnen ontslaan.

Dat laat onverlet dat ontslag van disfunctionerende of niet-integere Vo-leden mogelijk moet zijn. Dat ontslag moet echter niet van het bestuur komen, dat immers een eigen belang kan hebben. Voor een alternatief ontslagmodel is inspiratie te putten uit het wettelijke ontslagmodel voor bestuurders van stichtingen. Iedere belanghebbende kan het ontslag vragen van een stichtingsbestuurder die iets doet of nalaat in strijd met de wet of statuten, of zich schuldig maakt aan wanbeheer.¹²¹ Indien de rechter de bevoegdheid krijgt om Vo-leden die iets doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten te ontslaan, bestaat wel de mogelijkheid om disfunctionerende of niet-integere Vo-leden te ontslaan, terwijl er een adequate waarborg is tegen misbruik van bevoegdheid of de schijn ervan.

5.4.2 Ontslag door belanghebbenden

Ontslag door belanghebbenden deed zich voor bij pensioenfonds Tandtechniek.¹²² De leden van het Vo waren verkozen door belanghebbenden, in casu de vakbonden FNV, CNV en De Unie. Het Vo had bij de OK een enquêteverzoek tegen het pensioenfonds ingediend, welk door de OK was afgewezen. Het Vo overwoog om tegen die beslissing in cassatie te gaan. Hierop verzocht het bestuur de belanghebbenden om hun leden uit het Vo 'terug te trek-

114 Norm 45 Code Pensioenfondsen 2014.

115 Norm 39 Code Pensioenfondsen 2018.

116 Bijlage 1 Code Pensioenfondsen 2018, p. 35. In geval van een omgekeerd gemengd model of een paritair gemengd model vindt ontslag van Vo-leden plaats na het horen van het betreffende lid en de niet-uitvoerende bestuurders, bijlage 1 Code Pensioenfondsen 2018, p. 39.

117 Bijlage 1 Code Pensioenfondsen 2018, p. 39.

118 Zie pensioenpro.nl/nieuws/30017202/vo-leden-pensioenfonds-atos-door-bestuur-ontslagen.

119 *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 1041, p. 2.

120 Zie de gronden, genoemd in de vorige paragraaf.

121 Art. 2:298 lid 1 onderdeel a BW. De wetgever onderkende dat zonder deze bepaling ontslag van een stichtingsbestuurder onmogelijk kan zijn. Een stichting pensioenfonds heeft weliswaar diverse wettelijk voorgeschreven organen; de basisvorm van een stichting kent enkel een bestuur. De bevoegdheid tot ontslag van het bestuur zou bij datzelfde bestuur liggen. Zeker als dat bestuur uit een enkele persoon bestaat, is ontslag van het disfunctionerende bestuurslid een illusie.

122 Zie uitgebreid J. de Bruin, 'Het verantwoordingsorgaan: een tandeloze tinger in een te grote broek?', *PensioenMagazine* 2018/93, en zijn schets over de afloop van de zaak.

ken'.¹²³ Aan die oproep gaven zij gehoor.¹²⁴ Wellicht wilden de belanghebbenden liever 'rust in de tent' dan een eventuele cassatieprocedure. De gang van zaken, waarbij het ontslag geschiedde op verzoek van het bestuur, verdient 'geen schoonheidsprijs'.¹²⁵

5.5 **Rechtspersonenrechtelijke ontslagbescherming**

Een Vo-lid dat meent op oneigenlijke gronden uit het Vo te zijn ontslagen kan dat ontslag mogelijk op rechtspersonenrechtelijke gronden aanvechten.¹²⁶ Een dergelijke aanvechting door een ontslagen Vo-lid heeft zich tot op heden nog niet voorgedaan. Voor de aanvechting is van belang dat het ontslagbesluit een besluit van een orgaan van de rechtspersoon is. Besluiten van organen kunnen nietig of vernietigbaar zijn. Een nietig ontslag heeft geen gevolg – het lid is nooit ontslagen; een vernietigd ontslag heeft tot gevolg dat het ontslagen lid met terugwerkende kracht nooit is ontslagen.

5.5.1 **Nietig ontslagbesluit**

Tenzij uit de wet iets anders voortvloeit, is een ontslagbesluit nietig indien het is genomen in strijd met de wet of de statuten.¹²⁷ Daarvan is sprake als het ontslagbesluit is genomen door een orgaan dat of belanghebbende die niet bevoegd is om het Vo-lid te ontslaan.

5.5.2 **Vernietigbaar ontslagbesluit**

Een ontslagbesluit is vernietigbaar wegens:¹²⁸

- strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen;
- strijd met de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid;¹²⁹
- strijd met een reglement.

Bij de eerste grond – strijd met wettelijke of statutaire totstandkomingsbepalingen – kan men denken aan een ontslagbesluit dat is genomen zonder dat is voldaan aan de vereiste meerderheid of aan quorum-eisen, of dat is genomen in een vergadering die niet op de voorgeschreven wijze is opgeroepen.¹³⁰ Van een ontslag in strijd met de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid kan sprake zijn wanneer het Vo-lid wegens disfunctioneren wordt ontslagen, zonder dat hem de gelegenheid is geboden zich tegen het voorgenomen ontslag te verdedigen.¹³¹

123 Art. 3 lid 1 Reglement van het Verantwoordingsorgaan bepaalde dat de door de vakbonden benoemde leden van het Vo ook door de vakbonden konden worden ontslagen.

124 Zie pensioenpro.nl/pensioenpro/30018417/vakbonden-trekken-leden-votandtechniek-terug. De werkgeversvertegenwoordiger in het Vo is dan al eigener beweging opgestapt (J. de Bruin, 'Het verantwoordingsorgaan: een tandeloze tijger in een te grote broek?', *PensioenMagazine* 2018/93).

125 R.H. Maatman, *PJ* 2018/42.

126 Art. 2:14 en 2:15 BW.

127 Art. 2:14 BW.

128 Art. 2:15 lid 1 BW.

129 Het gaat om de redelijkheid en billijkheid die op grond van art. 2:8 BW geëist wordt van de rechtspersoon en ieder die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken.

130 Zie verder Asser/*Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/306.

131 Vergelijk Hof Amsterdam 18 mei 1989, *NJ* 1990/591 (*WTC*) waar het ging om ontslag van een bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders.

5.6 **Arbeidsrechtelijke ontslagbescherming**

Veel van de leden van het Vo zijn tevens werknemer van een (van de) aangesloten werkgever(s). De leden van het Vo worden in hun arbeidsrechtelijke positie beschermd: de werkgever kan de arbeidsovereenkomst met een werknemer die lid is van het Vo niet opzeggen.¹³² Uitzonderingen bestaan in geval van opzegging gedurende de proeftijd, wegens een dringende reden, indien de werknemer schriftelijk met de opzegging instemt of indien de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met een lid van een Vo wel via de kantonrechter ontbinden wegens bijvoorbeeld disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie.¹³³ Ondanks het opzegverbod kan de kantonrechter een ontbindingsverzoek van de werkgever toch toewijzen als het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben, of er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen.¹³⁴

Voorts mag een werkgever een lid van een Vo niet benadelen.¹³⁵ Van benadeling is sprake als een lid op oneigenlijke gronden ontslagen wordt, omdat het eigenlijk gaat om het wegwerken van een lastig lid van het Vo.

6. **Conclusie**

In dit artikel hebben wij de positie van het Vo en zijn leden binnen de 'pension fund governance' geschetst. Wij hebben de belangrijkste taken en bevoegdheden van het Vo beschreven, en de benoeming en (bescherming tegen) het ontslag van Vo-leden uiteengezet.

Uit ons onderzoek blijkt dat het Vo een positie heeft die sterk lijkt op die van een medezeggenschapsorgaan zoals een Ondernemingsraad of de Cliëntenraad bij een zorginstelling. Het heeft sterke bevoegdheden en zijn adviezen en oordelen kunnen niet worden genegeerd.

In de literatuur en media wordt het Vo weleens als overbodig orgaan of tandeloze tijger weggezet.¹³⁶ Wij delen beide opvattingen in beginsel niet. Het Vo is niet overbodig, omdat het een heel andere functie vervult dan een RvT. Het is geen tandeloze tijger, maar heeft met nakomingsvordering, beroepsrecht en zelfs enquêterecht een volledig ontwikkeld gebit om, zo nodig, de uitoefening van zijn bevoegdheden af te dwingen. Het afdwingen van bevoegdheden kan wel een punt van zorg zijn waar de statuten het bestuur de bevoegdheid geven om Vo-leden te ontslaan. Het gevaar bestaat dat het die bevoegdheid

132 Art. 108 lid 4 PW.

133 Art. 7:669 lid 3 onderdeel d en g BW.

134 Art. 7:671b lid 6 BW.

135 Vergelijk ook art. 21 WOR voor OR-leden.

136 Zie bijv. J. de Bruin, 'Het verantwoordingsorgaan: een tandeloze tijger in een te grote broek?', *PensioenMagazine*, 2018/93; B. van Tilburg & N. Opdam, 'Opinie: Rol verantwoordingsorgaan moet op de schop', *Pensioen Pro* 22 februari 2019. Andere geluiden zijn overigens ook te horen, zoals A.G. van Dijk, 'Governance pensioenfondsen is ook effectieve taakuitoefening verantwoordingsorgaan', *TPV* 2016/2.

gebruikt om op oneigenlijke gronden 'opstandige' leden van een Vo te ontslaan en zo de tijger muilkorft.

Onze analyse van de pension fund governance wijst uit dat de benoeming en vooral ontslagbescherming van Vo-leden niet goed is geregeld. Het bestuur legt verantwoording af aan het Vo. Het past dan niet goed binnen 'good pension fund governance' als het bestuur zelf de personen benoemt en – vooral – ontslaat aan wie het verantwoording aflegt. De leden van het Vo moeten onafhankelijk zijn van het bestuur. Zij moeten niet het risico lopen op repercussies van de zijde van het bestuur wanneer zij in de uitoefening van hun verantwoordelijkheden andere keuzes maken dan het bestuur graag had gezien. Voor het geval dat een Vo-lid niet functioneert, zou niet het bestuur ontslagbevoegd moeten zijn. Een wettelijk geregelde ingang bij een rechter voorkomt (schijn van) misbruik van bevoegdheid.

Voor een Vo lijkt er, tot slot, niet gauw reden om tot uitoefening van zijn processuele rechten over te gaan als een bestuur open en transparant verantwoording aflegt of uitlegt waarom het van een advies van het Vo afwijkt. De primaire verantwoordelijkheid voor de gang van zaken in het fonds ligt bij het bestuur. Het enkele gegeven dat een Vo wellicht een andere beslissing zou nemen, maakt een beslissing van het bestuur nog niet onjuist. Waar het om gaat, is of het bestuur kan uitleggen waarom het deze of gene beslissing heeft genomen. Het is in de huidige wettelijke verdeling van bevoegdheden daarom ook niet nodig om deskundigheidseisen te stellen aan Vo-leden, zoals in de literatuur wel wordt bepleit.¹³⁷ Wie niet eenvoudig het beleid of de wijze van uitvoering kan uitleggen, begrijpt het zelf nog niet goed genoeg.¹³⁸

137 P.M. Siegman, 'Opinie: Verantwoordingsorganen: opgelet!', *TPV* 2014/32; M. Swalef, 'Behandeling evaluatie Wet versterking bestuur pensioenfondsen. Is sprake van selectieve perceptie?', *P&P* 2018/3, p. 17.

138 'If you can't explain it simply, you don't understand it well enough'. Het citaat wordt toegeschreven aan Albert Einstein.