

Concept wetsvoorstel

Wijziging Wet op de ondernemingsraden:

onduidelijk en ondoordacht

Reactie op internetconsultatie

Prof. Dr. E. Lutters

Hoogleraar Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam,

Expertisecentrum Pensioenrecht

1 maart 2015.

1. Inleiding – doel wetsvoorstel - een fundamentele visie op het instemmingsrecht ontbreekt

Een visie op de wenselijkheid en vormgeving van de zeggenschap van de ondernemingsraad ten aanzien van het onderwerp pensioen ontbreekt

Ter internetconsultatie is voorgelegd het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraden.¹ Het wetsvoorstel beoogt de ondernemingsraad (hierna: 'OR') instemmingsrecht te geven over de "arbeidsvoorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling" ongeacht de uitvoerder. Een lacune in het huidige instemmingsrecht zou hiermee worden gedicht, aldus de memorie van toelichting. Verduidelijking van het instemmingsrecht is hierbij blijkens de considerans van het wetsvoorstel het oogmerk.

Het wetsvoorstel neemt zonder verdere toelichting tot uitgangspunt dat het bestaande instemmingsrecht van de OR betreffende pensioenverzekeringen, ook toegepast moet worden bij uitvoering van een pensioenovereenkomst door een pensioenfonds of ongeacht welke andere uitvoerder.

Een lacune in het instemmingsrecht opgevuld

Er zijn goede redenen om ten aanzien van de pensioenovereenkomst geen onderscheid te maken in het instemmingsrecht van de OR naar type pensioenuitvoerder. De pensioenovereenkomst wordt immers vastgesteld door de werkgever, althans dat is het uitgangspunt waar de definitie van 'pensioenovereenkomst' in de Pensioenwet op drijft. Het onthouden van instemmingsrecht van de OR ten aanzien van de pensioenovereenkomst om reden dat werknemers zeggenschap hebben binnen de uitvoerder van de pensioenovereenkomst – het argument in de wetsgeschiedenis van de WOR om de OR geen instemmingsrecht toe te kennen bij uitvoering van de pensioenregeling door een pensioenfonds – is geen valide reden. Indien de werkgever de pensioenovereenkomst heeft vastgesteld en deze vervolgens ter uitvoering onderbrengt bij een pensioenfonds, betreft de zeggenschap van werknemers binnen het pensioenfonds enkel de (wijze van) uitvoering. Ten aanzien van de pensioenovereenkomst is er dan een medezeggenschaplacune.²

¹ En inzake beloning van bestuurders. Deze reactie beperkt zich tot de bevoegdheden van de ondernemingsraden ten aanzien van het onderwerp pensioen.

² Zie uitgebreid over deze 'onjuiste' reden E. Lutjens, *Wijziging van de pensioenregeling*, par. 9.4.3.1 in E. Lutjens (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer, 2013.

Wat in het wetsvoorstel ontbreekt is een meer fundamentele beschouwing over de functie van het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van het onderwerp pensioen. Aan de selectie van instemmingsplichtige onderwerpen van artikel 27 WOR ligt ten grondslag de idee dat de OR geen instemmingsrecht heeft over primaire arbeidsvoorwaarden. Voor het onderwerp pensioen is de classificatie van primair of niet primair echter niet relevant binnen de huidige tekst van artikel 27 WOR, omdat het onderwerp pensioen als zodanig onder de instemmingsplichtige besluiten is genoemd.³

Fundamentele visie ontbreekt en OR representeert niet alle belanghebbenden

Nu kan men alsnog discussie voeren over de vraag of de pensioenovereenkomst tot de primaire arbeidsvoorwaarden behoort en op basis van die indeling een standpunt bepalen. Een inhoudelijke benadering van aard en betekenis van de pensioenovereenkomst en de rol van de OR is nuttiger. De vraag is dan of gezien de aard en het karakter van en het financiële belang bij de pensioenregeling een instemmingsrecht van de OR passend is, mede gezien de betekenis van het instemmingsrecht. Een aantal aspecten zou hierbij overwogen dienen te worden:

- 1) een instemmingsrecht is een vetorecht. Gaat de OR door het hebben van een vetorecht niet te veel op de stoel van de ondernemer zitten? Wordt de eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer niet te veel ingeperkt? Die vraag kan men ook stellen voor andere instemmingsplichtige besluiten, maar geen ander instemmingsplichtig besluit heeft zoveel financiële impact als de pensioenregeling;
- 2) voorgaande vraag kan mede worden gesteld gezien ten eerste de omstandigheid dat de OR niet, zoals een vakbond bij cao-overleg, de pensioenregeling in het totale arbeidsvoorwaardenpakket beoordeelt, omdat alleen de pensioenregeling ter instemming voorligt. Het evenwichtige proces van beoordeling in onderlinge samenhang van diverse arbeidsvoorwaarden ontbreekt. Het instemmingsrecht van de OR betreft een one-issue onderwerp in de WOR (ook al zou de OR bij zijn beoordeling van een instemmingsverzoek ten aanzien van pensioen dat in een bredere context (kunnen) beoordelen);
- 3) die vraag kan ten tweede mede worden gesteld gezien de omstandigheid dat het onthouden van instemming door de OR slechts gepasseerd kan worden met vervangende

³ Zie Hoge Raad 24 januari 2014, PJ 2014/49 (*Stena Line*).

instemming van de kantonrechter (daargelaten de mogelijkheid dat de OR zich niet op nietigheid van een zonder instemming genomen besluit beroept) indien het besluit van de OR onredelijk is of gevergd wordt door zwaarwegende belangen. Dat zijn zware toetsen, waarbij niet het redelijke ondernemersbelang voor op staat. De vraag is of dit een juist evenwicht creëert;

- 4) voorts is zowel het democratisch gehalte van de OR als de mate van representativiteit niet gewaarborgd. Anders dan bij een vakbond ontbreekt verenigingsdemocratie en zeggenschap van leden. Niet gewaarborgd is dat de samenstelling van de OR een evenwichtige afspiegeling is van het werknemersbestand en of aldus de stem van alle belanghebbenden wel in de OR doorklinkt;
- 5) het voorgaande geldt des te meer jegens gewezen werknemers, waaronder gepensioneerden, die ook geraakt kunnen worden door een wijziging van de pensioenovereenkomst, maar niet door de OR worden gerepresenteerd. Dit is in ieder geval een bijzonder facet van de pensioenovereenkomst dat niet speelt bij andere instemmingsplichte besluiten;
- 6) verder is de deskundigheid van de OR ten aanzien van het onderwerp pensioen niet gewaarborgd. De OR mag weliswaar deskundigen raadplegen, maar ten eerste hoeft dat niet en ten tweede is niet bij voorbaat zeker dat de ondernemer daarvoor ook de financiële middelen ter beschikking stelt, hoewel dit laatste in de praktijk geen belangrijk struikelblok lijkt te zijn.

Deze aspecten zouden afgewogen moeten worden door de wetgever indien men kiest voor handhaving en zelfs verruiming van een zo zwaar middel als het instemmingsrecht.⁴ Dit mede omdat het instemmingsrecht van de OR een veel zwaarder middel is dan het onderhandelingsmiddel van de vakbond. De vakbond heeft hooguit een onderhandelingsrecht. Indien geen overeenstemming wordt bereikt met de vakbond, kan de ondernemer toch een besluit nemen en heeft de vakbond niet de mogelijkheid daar de nietigheid van in te roepen. De OR heeft die bevoegdheid wel. Is dat wel in evenwicht met elkaar? Die nietigheid kan de OR overigens ook invoeren indien geen overeenstemming met de vakbond wordt bereikt en de ondernemer toch het besluit over de pensioenregeling neemt. Het instemmingsrecht komt de OR immers niet toe indien het pensioen in een cao is geregeld, hetgeen dus niet het geval is (het in een cao geregeld zijn) indien daarover geen overeenstemming met de vakbonden wordt bereikt. Het is hierbij denkbaar dat er geen cao

⁴ Overigens ook in het SER advies over de bevoegdheid van de ondernemingsraad ontbreekt een afweging hierover.

komt terwijl vakbonden en ondernemer wel overeenstemming hebben over het onderwerp pensioen, maar het bereiken van een akkoord “hangt” op andere arbeidsvoorwaarden. Het proces van onderhandeling tussen vakbond en ondernemer kan dan verstoord worden door de OR die geen instemming geeft ten aanzien van hetgeen vakbonden en ondernemer ten aanzien van pensioen hebben uit onderhandeld.

Eerder heb ik gesuggereerd om wegens deze argumenten na te denken over een (eventueel versterkt) adviesrecht van de OR ten aanzien van het onderwerp pensioen, inclusief beroepsrecht bij kantonrechter of Ondernemingskamer.⁵ Hierop wordt in de toelichting op het wetsvoorstel niet op ingegaan.

Men kan redeneren dat de ondernemer die deze sterke bevoegdheid van de OR niet gewenst vindt, met vakbonden een cao moet sluiten. Het instemmingsrecht van de OR heeft in zeker opzicht het karakter van driekwart-dwingend recht: bij cao-afspraken kan dat instemmingsrecht opzij gezet worden. Dat is een praktisch misschien wat gezochte en niet toegepaste, maar juridisch een mogelijke invalshoek die de betekenis van het instemmingsrecht van de OR relativeert en reden zou kunnen zijn niet zo zwaar te tillen aan het sterke instemmingsrecht. De ontwikkeling van een visie van de kant van de regering hierop zou in dit wetsvoorstel echter niet misstaan.

2. Inhoud wetsvoorstel – instemmingsrecht ten aanzien van pensioen

De inhoud van het wetsvoorstel roept meer vragen op dan dat het de beoogde duidelijkheid geeft en lijkt niet erg doordacht te zijn.

Regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst

Volgens de huidige tekst van artikel 27 lid 1 onder a WOR heeft de OR instemmingsrecht ten aanzien van besluiten over een “regeling met betrekking tot een pensioenverzekering”. Dit wordt gewijzigd in “regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst”. Hiermee is duidelijk gemaakt dat het instemmingsrecht niet alleen geldt wanneer een pensioenverzekeraar bij (de uitvoering van) de pensioenovereenkomst is betrokken, maar dat het instemmingsrecht betrekking heeft op elke pensioenovereenkomst, ongeacht de uitvoerder.

⁵ Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2014/2.

Ook besluit tot wijziging pensioenovereenkomst

In de huidige tekst van artikel 27 lid 7 WOR komt de OR instemmingsrecht ten aanzien van besluiten tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst ondergebracht bij een pensioenfonds, maar niet ten aanzien van besluit tot de wijziging van de pensioenovereenkomst. De aanhef van artikel 27 lid WOR spreekt over een besluit tot “vaststelling, wijziging of intrekking” en maakt hiermee duidelijk dat ook het besluit tot wijziging van regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst onder het instemmingsrecht vallen.

Regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst

Het wetsvoorstel heeft het echter niet over besluiten betreffende een pensioenovereenkomst waarop het instemmingsrecht van de OR ziet, maar over “regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst”. Het betreft tekstueel gezien kennelijk een ruimer onderwerp dan alleen de pensioenovereenkomst zelf, maar ook (andere) regelingen met betrekking tot die pensioenovereenkomst.

Volgens de memorie van toelichting heeft dit de volgende bedoeling: “Onder “regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst” wordt ook verstaan arbeidsvoorwaardelijke aspecten die zijn opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst”. Daar is aan toegevoegd dat de OR “in beginsel” geen instemmingsrecht heeft over de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder. Maar een uitzondering hierop geldt volgens de toelichting indien het betreft “een aspect uit de uitvoeringsovereenkomst, dat de arbeidsvoorwaarde pensioen duidelijk raakt”. Dan zou er in de uitvoeringsovereenkomst blijkbaar een “regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst” staan waarop volgens de voorgestelde tekst het instemmingsrecht van de OR van toepassing is.

Om de OR in staat te stellen te beoordelen of de uitvoeringsovereenkomst dergelijke arbeidsvoorwaardelijke aspecten omvat, wordt in een toe te voegen artikel 31f WOR opgenomen dat de ondernemer verplicht is de OR zo spoedig mogelijk schriftelijk te informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst. Niet de hele uitvoeringsovereenkomst zou dan onder het instemmingsrecht vallen, maar slechts de “arbeidsvoorwaardelijke aspecten” daarvan. Wat omvat dat dan? Dat is niet vastgelegd in het wetsvoorstel. De memorie van toelichting geeft als voorbeelden: “het schrappen van een bijstortverplichting van de werkgever of het

afbouwen van een indexatiedepot bij de verzekeraar". Waarom is dat arbeidsvoorwaardelijk? De memorie van toelichting geeft geen criterium. Dit is derhalve niet duidelijk en zal een bron van discussie omtrent de omvang van het instemmingsrecht worden. Aan de volgens het wetsvoorstel te realiseren duidelijkheid wordt hiermee niet voldaan. In de toelichting wordt aangehaald en onderschreven wat de SER in zijn advies hierover had aangegeven, namelijk dat indien (in de woorden van de memorie van toelichting): "het vragen van instemming door de OR in een bepaald geval minder duidelijk is, dan dient de OR in een gerechtelijke procedure te stellen en te bewijzen dat het betreffende uitvoeringsaspect wel degelijk de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt". Om de OR in staat te stellen aan deze stellen en bewijsplicht te voldoen, had de SER de in artikel 31f-nieuw WOR in het wetsvoorstel opgenomen informatieplicht voorgesteld. Het wetsvoorstel neemt dit SER-voorstel over. Of dat nou ordentelijke wetgeving is, kan men zich afvragen: geef een onduidelijke regel en de OR moet maar naar de rechter stappen indien hij duidelijkheid wil. Dat het niet mogelijk is vooraf een limitatieve catalogus te geven van hetgeen als arbeidsvoorwaardelijk in de uitvoeringsovereenkomst is aan te merken, dat zie ik. Maar meer handvat voor zowel ondernemer, OR als rechter zou toch wel gewenst zijn. Bijvoorbeeld zou als behorende tot de pensioenovereenkomst aangemerkt kunnen worden:

- elke afspraak omtrent de betaling van bijdragen,
- elke afspraak met directe gevolgen voor de (wijze van) toeslagverlening,
- elke afspraak die de hoogte van de uitkering of het kapitaal kan beïnvloeden (waaronder ook wijziging in het beleggingsbeleid).

Maar hoe ver moet hiermee worden gegaan? Is de selectie van uitvoerder niet ook (mogelijk) van invloed op de pensioenuitkomsten (de kwaliteit, performance, in rekening te brengen kosten zijn toch van belang)?

Er is nog een meer principiële vraag bij dit aspect. Zou niet geoordeeld moeten worden dat het opnemen van arbeidsvoorwaardelijke aspecten in de uitvoeringsovereenkomst onderdelen betreft die eigenlijk tot het domein van de pensioenovereenkomst behoren? En is het opnemen van die aspecten in de uitvoeringsovereenkomst dan niet aan te merken als een aanvulling op of andere wijziging van de pensioenovereenkomst? Waarvoor (op grond van het wetsvoorstel) de OR instemmingsrecht sowieso toekomst. Dit maakt het vraagstuk wat arbeidsvoorwaardelijk / des pensioenovereenkomst is en wat niet overigens niet anders.

Een gedachte zou kunnen zijn dat de OR simpelweg geen instemming aan de pensioenovereenkomst geeft, indien de uitvoeringsovereenkomst niet ook ter instemming

aan hem is voorgelegd. Vanwege de verbondenheid van pensioenovereenkomst en correcte uitvoering daarvan, is daar vanuit de optiek van de OR wel wat voor te zeggen. Het probleem hiervan is dat de OR aldus instemmingsrecht kan claimen op onderwerpen die niet onder zijn instemmingsrecht vallen. Het onthouden van instemming aan een wijziging van de pensioenovereenkomst om reden dat niet instemmingsplichtige onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst niet ter instemming zijn voorgelegd, zal naar mijn oordeel als onredelijk aangemerkt moeten worden, zodat de kantonrechter des gevorderd vervangende instemming zal geven.

Kortom: het wetsvoorstel heeft blijkens de considerans tot doel “dat het instemmingsrecht van de OR over de arbeidsvoorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling worden verduidelijkt” maar dat doel wordt geenszins gerealiseerd.

Besluit tot uitvoering bij buitenlandse uitvoerder

Voor het besluit tot onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een buitenlandse uitvoerder (pensioeninstelling of verzekeraar) wordt in artikel 27 lid 7 WOR een nieuw instemmingsrecht voorgesteld. Dat vervangt artikel 23 lid 4 Pensioenwet. De tekst van dat artikel 23 Pensioenwet werd in de literatuur op verschillende manieren uitgelegd wat betreft de reikwijdte van het instemmingsrecht. De nu voorgestelde tekst van artikel 27 lid 7 WOR maakt duidelijk dat het hier niet gaat om de uitvoeringsovereenkomst waar het instemmingsrecht betrekking op heeft, maar het besluit tot onderbrenging als zodanig. De uitvoeringsovereenkomst zou wel onder het instemmingsrecht kunnen vallen indien hierin “arbeidsvoorwaardelijke aspecten” zijn opgenomen, zoals hierboven beschreven.

Besluit tot wijziging overgedragen aan pensioenfonds

Het is mogelijk dat materieel tot een wijziging van de pensioenovereenkomst besloten wordt door de pensioenuitvoerder. Met name in geval de uitvoering van een pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een pensioenfonds komt het voor dat voor de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt verwezen naar het door dat fonds opgestelde pensioenreglement. Het pensioenreglement is (als het ware) geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst en wijzigingen in het reglement werken automatisch door in de pensioenovereenkomst, zonder dat getoetst hoeft te worden aan de norm van artikel 7:613 BW of artikel 19 Pensioenwet zoals wanneer de werkgever de pensioenovereenkomst

wijzig.⁶ De memorie van toelichting merkt op dat een besluit van een pensioenfondsbestuur “geldt” als besluit van de ondernemer “indien de werkgever de wijzigingsbevoegdheid van een pensioenovereenkomst heeft overgedragen aan het pensioenfondsbestuur”.

Het is niet duidelijk wat de toelichting hier onder “overgedragen” verstaat, maar mogelijk is dat de genoemde situatie van incorporering van het pensioenreglement. Het is niet duidelijk welke bevoegdheid het wetsvoorstel dan aan de OR toekent en met welk rechtsgevolg. Moet de ondernemer dan het voorgenomen besluit van het pensioenfonds voorleggen aan de OR? Jegens wie moet de OR de nietigheid inroepen? Wat betekent het inroepen van de nietigheid jegens de ondernemer voor de geldigheid van het besluit van het pensioenfonds? Moet de ondernemer de vervangende instemming inroepen over een niet door hem genomen besluit? Hoe verhoudt zich deze medezeggenschap van de OR ten opzichte van de zeggenschap van werknemers in het pensioenfondsbestuur of in het belanghebbendenorgaan? Heeft de OR van elke bij het pensioenfonds, ondernemings- zowel als bedrijfstakpensioenfonds, aangesloten werkgever afzonderlijk het instemmingsrecht? Ook bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen? Indien elke OR van elke onderneming afzonderlijk instemmingsrecht heeft en sommige OR'en geven instemming en andere OR'en niet, welke betekenis heeft dat voor de rechtsgeldigheid van het besluit van het pensioenfonds? Vragen waarop het wetsvoorstel geen antwoord geeft.

Overigens wordt volgens het wetsvoorstel in artikel 110 lid 2 Pensioenwet opgenomen de bepaling dat het instemmingsrecht van de OR op grond van artikel 27 lid 1 onder a WOR niet als een nietig goedkeuringsrecht in de zin van dat artikel 110 Pensioenwet geldt. Wellicht dat hier de gedachte aan ten grondslag ligt dat het besluit van het pensioenfondsbestuur goedkeuring van de OR behoeft? Uitgesproken wordt dat niet en zonder nadere hiertoe strekkende expliciete bepaling zal dit niet het geval zijn.

De memorie van toelichting zegt over het ontbreken van instemming bij het “overgedragen” zijn van de bevoegdheid aan het pensioenfonds nog wel het volgende: “Als de instemming van de ondernemingsraad ontbreekt voor een dergelijk besluit tot wijziging van de pensioenovereenkomst dan zal de werkgever de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder moeten aanpassen”. En verder: “Ook kan de werkgever bij de overdracht van de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst aan de pensioenuitvoerder regelen dat rekening gehouden moet worden met het instemmingsrecht

⁶ Zie Hof Amsterdam 12 juni 2012, PJ 2012/119 (*Delta Lloyd*).

van de ondernemingsraad". Deze opmerkingen maken het bepaald niet duidelijker. Het ontbreken van instemming brengt mee dat er geen rechtsgeldig besluit genomen kan worden, althans een besluit waarvan de nietigheid kan worden ingeroepen. Volgens deze passage van de memorie van toelichting is dat echter niet de idee, maar moet de uitvoeringsovereenkomst worden gewijzigd. Waarom de uitvoeringsovereenkomst? Het gaat toch over (een wijziging van) de pensioenovereenkomst? Wat en met welk doel en resultaat moet dan de uitvoeringsovereenkomst worden gewijzigd. Dit maakt de toelichting niet duidelijk en ik kan me er niets bij voorstellen. En dan de opmerking dat het pensioenfonds rekening kan houden met het instemmingsrecht van de OR. Natuurlijk, dat is mogelijk. Maar rekening houden met is toch wel iets anders dan het ontbreken van instemming of goedkeuring.

De positie van ex-werknemers, waaronder gepensioneerden

Voor de belangen van deze personen heb ik ook in verband met de representativiteit van de OR hierboven aandacht gevraagd. Het belang van deze personen en de medezeggenschap van hen is in het wetsvoorstel in het geheel niet meer terug te vinden. Het zou minstens toegelicht dienen te worden waarom hier geen aandacht voor is.

3. Conclusie

Het wetsvoorstel roept veel vragen op. Een bijdrage aan de nagestreefde duidelijkheid levert het wetsvoorstel in tal van opzichten niet op. Verduidelijking van tekst en bedoeling is gewenst, naast een beschouwing over een aantal fundamentele basisvragen ten aanzien van rol, positie en taak van de OR

Prof. dr. E. Lutters

Hoogleraar Pensioenrecht

Faculteit der Rechtsgeleerdheid *Vrije Universiteit Amsterdam* Expertisecentrum Pensioenrecht

T (020) 59 86268 | F (020) 59 86280 | M 06 52 418408 | E e.lutters@vu.nl |