

Reactie op consultatiewetsvoorstel wijziging bevoegdheden ondernemingsraden inzake beloningen en pensioen

Hieronder vindt u het commentaar van de redactie van Tijdschrift Arbeid & Onderneming (TAO) op het consultatievoorstel wijziging bevoegdheden ondernemingsraden inzake beloningen en pensioen. Het commentaar bestaat uit twee delen. Het eerste deel heeft betrekking op de uitbreiding van de bevoegdheden van ondernemingsraden inzake beloningen. Het tweede deel ziet op het instemmingsrecht inzake pensioen.

1. De uitbreiding van de bevoegdheden van de OR inzake beloningen

Gaat het om een uitbreiding van rechten van de OR?

Het voorstel voorziet naar onze mening niet in een daadwerkelijke uitbreiding van de bevoegdheden van de OR. Op grond van art. 31d WOR heeft de OR reeds een informatierecht over de beloningsverhoudingen in de onderneming. Daarnaast kan de OR op grond van artikel 31 WOR zelfstandig informatie vragen over de beloningsverhoudingen en zullen de beloningsverhoudingen aan de orde kunnen komen bij de uitoefening van de bevoegdheden ex artikel 31b, 27, 28 en 30 WOR. Indien de OR hierover de dialoog met de bestuurder wil aangaan, staat de weg van artikel 23 lid 1 WOR open. De drempel waarover wordt gesproken in de Memorie van Toelichting bij het voorstel die zou worden veroorzaakt door de hiërarchische verhouding tussen het bestuur en de medewerkers wordt niet breed herkend in de praktijk en in ieder geval niet in een mate die overleg in de weg zou staan. Ondernemingsraden die interesse hebben in dit thema blijken zeer wel in staat dit aan de orde te stellen en zo nodig hierover te procederen, zoals mede blijkt uit de jurisprudentie (zie Kantonrechter Haarlem 16 november 2009, JAR 2009/5 en de commentaren van respectievelijk Verburg en Knipschild bij hierna te noemen uitspraak van de Kantonrechter Tiel in JOR 2009/283 en JAR 2009/212)

Wel is het zo dat dit voorstel het initiatief tot het houden van een dialoog over de beloningsverhoudingen bij de bestuurder legt. Van een uitbreiding van de bevoegdheden van de OR – zoals de titel van het voorstel doet vermoeden – is evenwel geen sprake.

Bevordert het wetsvoorstel het debat over topinkomens binnen de onderneming?

De wetsontwerp is met name ingegeven door maatschappelijke en politieke onvrede over stijgingen van beloningen van bestuurders, vooral in het geval de gemiddelde werknemer werd geconfronteerd met een nullijn. De OR moet zich met name kunnen mengen in het debat of de dialoog over de hoogte van het topinkomen binnen de onderneming. Bevordert het wetsvoorstel deze dialoog? Dat lijkt ons niet steeds zo. In het geval van beloningen van bestuurders is het immers weinig zinvol die dialoog met de bestuurder in de zin van de WOR aan te gaan, nu die bezoldiging in het algemeen door de AVA dan wel de RVC wordt vastgesteld. De Memorie van Toelichting noemt het debat als de belangrijkste reden om dit overleg op deze manier wettelijk vast te leggen, maar als dat debat de organen die over de beloning besluiten niet bereikt, is het de vraag welk doel dat debat dient. Dat geldt temeer nu die informatie – in verband met de privacy van betrokkenen – wordt beperkt tot hoofdlijnen en functiegroepen, waaronder het bestuur en het toezichthoudend orgaan. In de zaak de Unie overwoog de Kantonrechter Tiel dat de OR geen taak heeft op het gebied van arbeidsvoorwaarden van individuele personeelsleden en daarover gemaakte afspraken. De ondernemer dient de OR zodanige informatie te verschaffen over de gemaakte afspraken dat

de invloed van de afspraken op de financiële positie van de onderneming duidelijk wordt, zonder dat de informatie te herleiden is naar individuele personen. Wij nemen aan dat deze beperking ook zal gelden voor het recht op overleg van dit consultatievoorstel.

Is de voorgestelde dialoog noodzakelijk voor de OR voor het debat over topinkomens?

Op grond van Boek 2 BW heeft de OR reeds bevoegdheden ten aanzien van de beloning van bestuurders. Ondernemingsraden van een NV moeten op grond van art. 2:135 lid 2 BW in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt kenbaar te maken ten aanzien van het bezoldigingsbeleid. Tevens heeft de OR het recht dit standpunt toe te lichten op de AVA. Dit standpuntbepalingsrecht en het spreekrecht kennen geen sanctie, maar voor de praktijk zijn deze zeker niet zonder betekenis. Het uitoefenen van deze rechten leidt tot overleg in een voorfase waardoor voorkomen kan worden dat tegenstrijdige geluiden de AVA bereiken. Een belangrijk verschil met de bevoegdheid zoals voorgesteld in het consultatievoorstel is dat de dialoog op basis van het spreekrecht aangegaan wordt met het orgaan dat daadwerkelijk bevoegd is te beslissen over het beleid inzake de bezoldiging (de AVA). Overigens blijkt uit onderzoek van Eumedion dat de OR weinig gebruikt maakt van deze bevoegdheid. Het creëren van een nieuwe vergelijkbare bevoegdheid heeft dan weinig zin. Voor de volledigheid merken wij op dat de reden dat de OR weinig gebruik maakt van dit recht gelegen kan zijn in het overleg dat in de voorfase plaatsvindt.

Maar ook anderszins is de voorgestelde dialoog niet noodzakelijk voor het debat over topinkomens. Door verplicht overleg tussen ondernemer en OR over de beloningsverhoudingen wordt dit debat inhoudelijk immers niet beïnvloed. De informatie benodigd voor het kunnen voeren van een dergelijke debat is de OR immers al schriftelijk aangereikt en hij heeft daarmee de mogelijkheid om het thema bij het bestuur aan de orde te stellen. Wanneer hij dit - om welke reden ook - nalaat, heeft de verplichting dit nogmaals te bespreken geen toegevoegde waarde.

Daarbij is het overigens de vraag of het juist is dat de beloning van bestuurders binnen alle ondernemingen met 100 of meer werknemers onevenredig gestegen is. In de Memorie van Toelichting staat dat het gaat om “als onevenredig ervaren stijgingen”. Deze subjectieve waarneming zou op objectieve waarde getoetst moeten worden om vervolgens te bezien of dat inderdaad leidt tot de gestelde aantasting van de arbeidsverhoudingen. Mocht dat het geval zijn, dan lijkt het bestaande middel van het enquêterecht passend om excessen te voorkomen. De toetsing van de vraag of sprake is van 'onevenredigheid' of 'uitwassen' ligt dan waar deze hoort te liggen: bij de rechter.

Ons advies

Wij adviseren de minister geen aanvullende overlegverplichting in te voeren als antwoord op maatschappelijke onrust, maar in plaats daarvan te onderzoeken of wel sprake is van een lacune die, kijkend naar de praktijk, opgevuld zou moeten worden. Indien en voor zover sprake zou zijn van exorbitante beloningen van bestuurders kan onder omstandigheden het wettelijk enquêterecht worden ingezet. Uit onder meer de zaken Getronics en PCM blijkt dat (uitvoering geven aan) een beloningsregeling in strijd kan zijn met elementaire beginselen van goed ondernemerschap. Op dit moment kunnen – van werknemerszijde – de vakorganisaties gebruik maken van dit krachtige enquêtewapen. Een versterking van de

positie van de OR binnen de BV is denkbaar, bijvoorbeeld door uitbreiding van het recht op standpuntbepaling en het spreekrecht naar de BV.

Het voorstel legt bovendien erg veel nadruk op arbeidsvoorwaarden en niet op de strategie van de onderneming. Uit onderzoek blijkt dat ondernemingsraden achterblijven op het terrein van strategisch beleid, daar waar zij juist voor arbeidsvoorwaarden een warme belangstelling tonen. Het strategisch denken moet veel meer bij de OR tot ontwikkeling komen. Het overleg inzake arbeidsvoorwaarden is bij het instemmingsrecht bovendien uitdrukkelijk primair belegd bij de vakbonden in plaats van bij de OR. De thans voorgestelde afwijking van dat principe wordt spijtig genoeg niet onderbouwd en werpt vragen op over een mogelijke verschuiving van invloed van de vakbonden naar de OR.

2. de rol van de OR inzake pensioen

Met het voorstel om het instemmingsrecht ter zake de pensioenovereenkomst toe te kennen aan de OR, ongeacht bij welke soort pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst wordt ondergebracht, wordt naar ons oordeel recht gedaan aan de zogenaamde ‘driehoeksrelatie’ van werkgever-werknemer-pensioenuitvoerder waardoor de pensioenovereenkomst wordt gekenmerkt.

Zoals in de memorie van toelichting bij de Pensioenwet tot uitdrukking is gebracht is het van belang dat er een heldere verantwoordelijkheidsverdeling plaatsvindt in de rol en bevoegdheden van deze drie partijen.

In deze driehoek gaat de wetgever er vanuit dat de pensioenovereenkomst c.q. de inhoud daarvan tot stand komt in het overleg tussen de werkgever en de werknemers respectievelijk hun vertegenwoordigers (sociale partners). Naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is pensioen een arbeidsvoorwaarde.

Deze pensioenovereenkomst c.q. arbeidsvoorwaarde dient de werkgever vervolgens onder te brengen bij een pensioenuitvoerder in de zin van de Pensioenwet. Uitgangspunt van de Pensioenwet is dat de pensioenuitvoerder uitvoert wat de sociale partners zijn overeengekomen en dit vastlegt in een pensioenreglement. Ook een wijziging van de pensioenovereenkomst dient eerst door de sociale partners overeengekomen te worden alvorens de pensioenuitvoerder deze wijziging vastlegt in een gewijzigd pensioenreglement. Daarmee ligt een wijziging van de pensioenovereenkomst naar de letter en bedoeling van de Pensioenwet dus niet op de tafel van de pensioenuitvoerder maar op die van de sociale partners.

In dat kader is het naar ons oordeel passend dat de OR over deze arbeidsvoorwaarde medezeggenschap krijgt en dat het daarbij niet relevant is waar de pensioenovereenkomst uiteindelijk wordt ondergebracht. Het onderscheid in medezeggenschap voor ondernemingsraden dat thans wordt gemaakt in de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet wordt terecht opgeheven en wordt daarmee de noodzakelijke duidelijkheid voor de praktijk geboden.

Met het wetsvoorstel wordt dus een voor de praktijk verbeterd en verduidelijkt kader voor het instemmingsrecht van de OR ter zake de pensioenovereenkomst verschaft.

Niettemin signaleren wij nog de volgende elementen die naar ons oordeel in het definitieve wetsvoorstel verduidelijking behoeven.

Handhaving aparte bepaling onderbrenging buitenlandse pensioenuitvoerder

Uit de toelichting op het voorstel om het instemmingsrecht ter zake de onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een buitenlandse pensioenuitvoerder (artikel 27 lid 7 WOR (nieuw)) blijkt niet duidelijk waarom dit onderdeel van artikel 23 lid 4 van de Pensioenwet wordt gehandhaafd, hoewel de SER concludeert dat bij wijziging van artikel 27 lid 1 sub a WOR zoals voorgesteld, artikel 23 lid 4 Pensioenwet in zijn geheel kan vervallen.

Is met het bepaalde in 27 lid 7 (nieuw) beoogd te bepalen dat de OR in het geval van een beoogd onderbrengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder instemmingsrecht heeft op dit specifieke besluit? Stelt de minister daarmee dan niet ook dat de OR geen instemmingsrecht heeft ten aanzien van de keuze van de werkgever om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een anderssoortige pensioenuitvoerder (pensioenfonds, verzekeraar, PPI)? Indien dat laatste niet is beoogd, zien wij niet in welke toegevoegde waarde het instemmingsrecht van artikel 27 lid 7 WOR heeft. In dat geval is immers de keuze van de pensioenuitvoerder waar de pensioenovereenkomst wordt ondergebracht ook onderdeel van het instemmingsrecht.

Instemmingsrecht uitvoeringsovereenkomst

In het wetsvoorstel ontbreekt naar ons oordeel een duidelijke stellingname over de medezeggenschap ter zake de uitvoeringsovereenkomst c.q. het zou de voorkeur verdienen dat er een duidelijke afbakening wordt gegeven ter zake de reikwijdte van het instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst. Door te stellen dat het instemmingsrecht wel betrekking heeft op aspecten uit de uitvoeringsovereenkomst die 'de arbeidsvoorwaarde pensioen duidelijk raakt' maar de vaststelling daarvan over te laten aan de sociale partners dan wel de rechter, zal in vele gevallen onduidelijkheid blijven bestaan, hetgeen ons niet wenselijk voorkomt.

Het verdient derhalve de voorkeur dat de wetgever een duidelijke afbakening geeft van het instemmingsrecht van de OR. Mogelijk kan dit bewerkstelligd worden door een koppeling met bepaalde onderdelen van artikel 25 Pensioenwet te maken waar is bepaald wat in de uitvoeringsovereenkomst moet worden vastgelegd. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een instemmingsrecht met betrekking tot het bepaalde in de artikelen 25 lid 1 sub a en f en lid 2 sub b en c Pensioenwet. Dit heeft betrekking op de volgende onderwerpen:

- de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld (25 lid 1 sub a);
- de maatstaven voor en voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt (25 lid 1 sub f);
- in geval van premiekorting of terugstorting: de voorwaarden waaronder sprake is van premiekorting of terugstorting, de wijze van vaststelling van de hoogte van de premiekorting of terugstorting en de bestemming ervan (25 lid 2 sub b);
- ingeval van een bijstortingsverplichting van de werkgever: onder welke voorwaarden sprake is van een bijstortingsverplichting en hoe de hoogte ervan wordt bepaald (25 lid 2 sub c).

Adviesrecht vs instemmingsrecht uitvoeringsovereenkomst.

Op grond van artikel 33 Pensioenwet juncto artikel 11 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling heeft de ‘Code Rechtstreeks verzekerde regelingen’ (hierna te noemen: Code) zoals geformuleerd door het Verbond van Verzekeraars op 18 december 2013 een wettelijke verankering gekregen. De Code is van toepassing in het geval van pensioenregelingen c.q. –overeenkomsten die zijn ondergebracht bij verzekeraars.

Ten deze is relevant dat in de Code is bepaald:

Advies/zeggenschap

7. De werkgever stelt de ondernemingsraad, in aanvulling op artikel 27 WOR, (...) in staat te adviseren over de (verlenging van de) uitvoeringsovereenkomst.

8. De werkgever wint advies in bij de ondernemingsraad (...) over het niveau van de serviceverlening dat de werkgever voornemens is overeen te komen met de verzekeraar. Het advies moet gemotiveerd zijn. Als de werkgever het advies niet (geheel) opvolgt, moet hij zijn besluit motiveren.

Onduidelijk is wat de reikwijdte is van het voormelde adviesrecht van de OR mede in relatie tot het instemmingsrecht van de OR met betrekking tot de uitvoeringsovereenkomst zoals uiteengezet in het wetsvoorstel.

Het zou naar ons oordeel aanbeveling verdienen als de minister in het definitieve wetsvoorstel zou toelichten wat de reikwijdte is van het adviesrecht in de Code (en indirect de Pensioenwet) in relatie tot het wetsvoorstel om het instemmingsrecht terzake de pensioenovereenkomst te regelen. Nu het voorliggende wetsvoorstel feitelijk ook een (partiël) instemmingsrecht op de uitvoeringsovereenkomst mogelijk maakt, lijkt ons het handhaven van een adviesrecht over dezelfde uitvoeringsovereenkomst niet voor de hand te liggen. Het uitsluiten van de Code op dit punt kan worden bewerkstelligd door hierop een uitzondering te maken in artikel 11 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling

Overdracht wijziging bevoegdheid

In het wetsvoorstel wordt met een voorstel voor artikel 110 lid 2 Pensioenwet geregeld dat de nietigheid van artikel 110 lid 1 Pensioenwet (“*Iedere bepaling die een goedkeuringsrecht inhoudt van een partij, die geen orgaan is van het pensioenfonds, inzake een besluit of voorgenomen besluit van het pensioenfonds is nietig, tenzij in deze wet anders is bepaald.*”) niet geldt voor het instemmingsrecht van de OR als bedoeld in artikel 27 lid 1 sub a WOR.

Deze bepaling heeft tot doel te voorzien in de situatie dat ‘de werkgever de wijzigingsbevoegdheid van een pensioenovereenkomst heeft overgedragen aan het pensioenfondsbestuur’.

In het wetsvoorstel ontbreekt evenwel een toelichting waarom de minister van oordeel is dat de werkgever (eenzijdig?) de juridische mogelijkheid heeft om de (eenzijdige?) wijzigingsbevoegdheid over te dragen aan het bestuur van een ondernemingspensioenfonds (ongeacht of dit een paritair, onafhankelijk of gemengd bestuur is) c.q. of en wanneer een dergelijke overdracht wenselijk is.

Zoals hiervoor is aangegeven is met de Pensioenwet beoogd een heldere verantwoordelijkheidsverdeling aan te brengen in de rol van de drie partijen bij de pensioenovereenkomst.

De vraag dringt zich in de eerste plaats op of het binnen deze verantwoordelijkheidsverdeling past dat een pensioenfondsbestuur de pensioenovereenkomst (eenzijdig?) mag wijzigen, nu dit een afspraak is tussen werkgever en werknemer en dus eigenlijk niet thuis hoort op het bord van de uitvoerder van die pensioenregeling.

Dit zou naar ons oordeel des te meer klemmen indien het bestuur niet paritair is samengesteld, maar is gebaseerd op het onafhankelijke of gemengde model. Maar ook in het geval van een paritair samengesteld bestuur dringt de vraag zich op of de wijziging van de pensioenovereenkomst op de tafel van het pensioenfondsbestuur kan worden gelegd en of dit wenselijk is. Ons inziens kan worden gesteld dat de overdracht van de bevoegdheid van de werkgever aan een pensioenfondsbestuur eigenlijk niet past in de driehoeksverhouding die ten grondslag ligt aan de Pensioenwet en welke mede tot doel heeft gehad een duidelijke afbakening te geven aan de rol van de drie partijen. Het pensioenfonds is de *pensioenuitvoerder* van de pensioenregeling en bepaalt daarvan niet de inhoud. Uitgangspunt van de Pensioenwet is dat werkgever en werknemer de pensioenovereenkomst bepalen en dat dit door het pensioenfonds moet worden uitgewerkt in het pensioenreglement. Daarin past niet dat de bevoegdheid tot wijziging daarvan wordt overgedragen aan het pensioenfonds.

Bovendien is het naar ons oordeel de vraag of de werkgever eenzijdig mag besluiten de wijzigingsbevoegdheid over te dragen of dat dit alleen kan met instemming van de deelnemer(s).

Voorts wijzen wij u in dat kader nog op hetgeen de SER dienaangaande heeft gesteld in het advies 'Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen':

“2) Toets van zwaarwichtig belang

De toets van artikel 19 PW (en daarmee de toets van zwaarwichtig belang zoals artikel 7:613 BW die ook voorschrijft) geldt ook na aanpassing van lid 1 onder a van artikel 27 WOR niet indien de eenzijdige wijziging van de inhoud van het pensioen (de pensioenovereenkomst) is overgedragen aan het pensioenfonds. Om de toets van zwaarwichtig belang in dat geval wel van toepassing te kunnen laten zijn, zou artikel 19 PW moeten worden geherformuleerd dan wel zou in de toelichting bij het artikel kunnen worden aangegeven dat de toets van zwaarwichtig belang ook van toepassing is op besluiten van het pensioenfondsbestuur tot wijziging van de pensioenovereenkomst.

Bezwaar daarbij is echter dat voor besluiten van een bestuur de veel bredere norm geldt van 'evenwichtige belangenbehartiging' (nu artikel 105 lid 2 PW). Die twee normen kunnen strijdig zijn en de instructie van artikel 105 lid 2 PW kan een bestuur niet negeren. Daaruit blijkt ook weer dat deze wijze van arbeidsvoorwaardenvorming – het delegeren van de wijzigingsbevoegdheid door cao-partijen aan een pensioenfondsbestuur – niet is te verenigen met de wettelijke taak die een pensioenfondsbestuur heeft.”

Uit de vorenstaande passage moet ons inziens worden afgeleid dat de SER meent dat de overdracht van de wijzigingsbevoegdheid aan het bestuur van een ondernemingspensioenfonds eigenlijk niet wenselijk is en ook allerhande juridische knelpunten heeft. Dat lijkt ons een juist opvatting.

Naast de door de SER gesignaleerde onduidelijkheid omtrent de voor het pensioenfondsbestuur geldende normstelling moet worden geregeld welk medezeggenschapsorgaan door het pensioenfondsbestuur (of de werkgever?) moet worden geraadpleegd: is dit de OR op grond van artikel 27 lid 1 sub a WOR (op basis van de door de minister vermelde toerekening) of is dit het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan op grond van het bepaalde in de Pensioenwet?

Naar ons oordeel zou de Minister derhalve duidelijkheid moeten verschaffen wat (i) de juridische grondslag is c.q. zou kunnen zijn voor het overdragen van de wijzigingsbevoegdheid van de pensioenovereenkomst aan het bestuur van een ondernemingspensioenfonds, (ii) of een dergelijke overdracht wenselijk is, (iii) wat in dat geval het medezeggenschapsproces is c.q. welke medezeggenschapsbevoegdheden dan gelden voor OR dan wel verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan en (iv) welke normstelling dan in acht moet worden genomen.