

Consultatie Wetsvoorstel Wijziging Wet op de Ondernemingsraden en Pensioenwet

Inbreng CMS Nederland

Amsterdam, 16 maart 2015
Mondriaantoren
Amstelplein 8, 1096 BC
CMS Derks Star Busmann N.V.

Contactgegevens voor deze inbreng:

Mr. Katja van Kranenburg-Hanspians, advocaat arbeidsrecht, 020 3016 402, katja.vankranenburg@cms-dsb.com;

Mr. Drs. P.B. van den Bos, CPL, advocaat pensioenrecht, 030-212121555, paulus.vandenbos@cms-dsb.com

1. INLEIDING

- 1.1 CMS Nederland ("CMS") maakt deel uit van de internationale CMS organisatie. De internationale CMS organisatie heeft 59 kantoren in meer dan 30 landen, met ruim 2800 juristen en een totale staf van ongeveer 5000 medewerkers.
- 1.2 CMS maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden ("**WOR**") en van de Pensioenwet ("**PW**") waarmee twee bevoegdheden van de ondernemingsraad ("**OR**") worden hervormd. Het wetsvoorstel breidt de 'bevoegdheden' van de (ogenschijnlijk) OR uit ten aanzien van de beloningen van bestuurders van (grote) ondernemingen door te voorzien in een verplichting aan de onderneming om de arbeidsvoorwaardelijke regelingen aan de orde te laten komen in de overlegvergadering van de OR. Ten tweede beoogt het wetsvoorstel het instemmingsrecht van de OR te verduidelijken in verband met de arbeidsvoorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling. Het conceptwetsvoorstel is op 17 februari 2015 door het Ministerie van SZW ter consultatie gepubliceerd (hierna "**Wetsvoorstel WOR**" en "**Wetsvoorstel PW**").

DEEL 1: WETSVOORSTEL WOR

2. TOEPASSINGSBEREIK WETSVOORSTEL WOR

- 2.1 In de Memorie van Toelichting ("**MvT**") wordt uitgegaan van 7000 ondernemingen met meer dan 100 werknemers waarvan volgens het laatste Nalevingsonderzoek uit 2012 71% een ondernemingsraad heeft ingesteld.¹ Daarvan valt 25% onder de uitzondering in de wet en daarmee wordt in de Nota van Toelichting tot een totaal aantal van 3794 bedrijven gekomen waarvoor de gespreksverplichting zou komen te gelden.
- 2.2 Het CBS heeft voor het laatst een onderzoek naar het aantal werknemers per onderneming gepubliceerd in 2011.² In dit onderzoek werd geconcludeerd dat iets minder dan 1% van alle 864.000 bedrijven 100 of meer werkzame personen had. Dit zou neerkomen op ongeveer 8000 bedrijven (0,93%). Er is in het desbetreffende onderzoek niet onderzocht in hoeveel bedrijven ook daadwerkelijk een OR is ingesteld maar uit onderzoek van de SER volgt de conclusie dat ongeveer 70% van de bedrijven waarin in de regel 50 werknemers of meer werkzaam zijn, een OR is ingesteld.
- 2.3 Het wordt niet duidelijk uit de (summiere) MvT, of er onderzoek is geweest naar de wijze waarop ondernemingsraden sinds september 2006 invulling geven aan het bepaalde in artikel 31d, noch of uit feedback van ondernemingsraden een drempel wordt ervaren om, kort gezegd, de hoogte en inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen van het bestuur, tijdens een overlegvergadering te agenderen en/of ter sprake te brengen.

¹ Conceptwetsvoorstel Wijziging Bevoegdheden Ondernemingsraad Inzake Beloningen en Pensioen, p. 8 en 9.

² <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bedrijven/publicaties/artikelen/archief/2011/2011-3316-wm.htm>.

- 2.4 Het Wetvoorstel WOR is, zie ook de toelichting in de MvT, ingegeven door de maatschappelijke wens van individuen om hun (persoonlijke) mening kenbaar te maken over onder andere beloningen van bestuurders. In de MvT wordt verwezen naar de als onevenredig ervaren stijging van de beloningen van bestuurders vooral in die gevallen waarin de werknemer zelf werd geconfronteerd met een nullijn.
- 2.5 Zonder hiermee afbreuk te willen doen aan de vrijheid van een ieder om een mening te hebben over bijvoorbeeld de inhoud en hoogte van beloningen van anderen en/of de ontwikkeling daarvan, is er een zorg dat door de invoering van voornoemde 'verplichting' de indruk wordt gewekt dat er een bepaalde mate van zeggenschap ontstaat over de concrete invulling van de individuele beloning van de bestuurders van de onderneming. Het Wetsvoorstel WOR beoogt niets meer dan de reeds bestaande mogelijkheid van de OR om in de overlegvergadering de arbeidsvoorwaardelijke regelingen zoals bedoeld in artikel 31d lid 1 en 2 WOR, te bespreken. Voornoemd Wetsvoorstel leidt niet tot de verplichting van de bestuurder (in de zin van de WOR) om inzage te geven in de individuele beloningsafspraken die met het bestuur van de onderneming zijn gemaakt. De bepaling dat informatie dient te worden verstrekt over groepen van ten minste 5 werknemers blijft onverkort in stand hetgeen om redenen van privacy nog steeds terecht is.

3. JURIDISCH KADER EN ACHTERGROND

- 3.1 In een onderneming hebben zowel de Raad van Commissarissen (RvC), de algemene vergadering van aandeelhouders en de OR invloed op het uit te voeren beloningsbeleid van het bestuur.
- 3.2 Op grond van art. 2:135 BW wordt het beloningsbeleid rondom bezoldiging van het bestuur in beginsel vastgesteld door de algemene vergadering. Indien de vennootschap een OR heeft ingesteld, wordt op grond van art. 2:135 lid 2 BW het voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid aan de algemene vergadering aangeboden, nadat de OR tijdig in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen. Het ontbreken van het standpunt tast de besluitvorming inzake het bezoldigingsbeleid niet aan. Met andere woorden, de OR heeft op grond van lid 2 enkel een spreekrecht. Artikel 2:135 lid 4 BW bepaalt voorts dat de bezoldiging met inachtneming van het beleid door de algemene vergadering wordt vastgesteld, tenzij een ander orgaan hiervoor is aangewezen. Vaak geldt dat de RvC het uiteindelijke remuneratiebeleid van het (statutaire) bestuur vaststelt en bepaalt.
- 3.3 Als het doel van het Wetsvoorstel WOR daadwerkelijk is om het eenvoudiger te maken voor ondernemingsraden om informatie en uitleg te krijgen over beloningen van onder meer het (statutaire) bestuur, dan kan gesteld worden dat het een lacune is dat de OR het (verplichte) gesprek over de arbeidsvoorwaardelijke regelingen ex artikel 31d lid 1 en 2 WOR niet voert met de vertegenwoordigers van het orgaan dat de beloning van het (statutair) bestuur vaststelt. Veelal is de vertegenwoordiger van de onderneming, de bestuurder in de zin van de WOR, niet noodzakelijkerwijs degene die zelf enige inhoudelijke betrokkenheid heeft bij de totstandkoming van de beloning van het (statutair) bestuur. Het is de vraag wat de bestuurder na de overlegvergadering met de OR over bedoelde beloningen, terugkoppelt aan de algemene vergadering en/of RvC.

- 3.4 Wet Harrewijn: Reeds in 1990 schreef de Stichting van de Arbeid een aanbeveling over informatieverschaffing rondom beloningsverhoudingen.³ De discussie speelt in Nederland al enige tijd, maar pas sinds 2000 is middels verschillende wetten het beloningsbeleid daadwerkelijk ingeperkt waarbij gezegd moet worden dat de scherpste in het debat over beloningen (in de breedste zin van het woord) pas sinds 2008/2009 is geïntroduceerd. In 2000 is het Wetsvoorstel Openbaarheid Inkomens ingediend, waarbij invloed op de beloningsverhoudingen gewenst werd door middel van het informatierecht aan de OR en een publicatieplicht voor de individuele beloningen van bestuurders.⁴ Pas per september 2006 heeft het informatierecht van de OR aangaande beloningsverhoudingen werking gekregen met de Wet Harrewijn in de vorm van art. 31d en e van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het doel van de Wet Harrewijn was om de beloningen van verschillende groepen binnen een onderneming meer inzichtelijk te maken.⁵
- 3.5 Per september 2006 geldt daarom op grond van art. 31d WOR dat de ondernemer schriftelijke informatie dient te verstrekken aan de OR over de hoogte en inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken met het bestuur dat de rechtspersoon vertegenwoordigt en het totaal van de vergoedingen, dat wordt verstrekt aan het toezichthoudend orgaan. Daarbij werd tevens beoogd dat de OR de mogelijkheid heeft om aan de hand van de gegevens over het beloningsbeleid met de ondernemer in overleg te treden over de wenselijkheid van het daaraan ten grondslag liggende beleid.⁶ Hieraan werd toegevoegd dat een OR desgewenst gebruik kon maken van het initiatiefrecht om voorstellen te doen inzake de inhoud en ontwikkeling van de arbeidsvoorwaardenregelingen van de verschillende in de onderneming werkzame personen. Zoals hiervoor al benoemd, stelt de MvT dat het overleg tussen partijen aangaande het beloningsbeleid niet werd bewerkstelligd onder verwijzing naar de hiërarchische verhouding tussen bestuurder en werknemers uit de OR.⁷
- 3.6 Uit de praktijk blijkt echter niet concreet of de hiërarchie een knelpunt was bij het overleg over beloningsverhoudingen. Er is slechts één relevante uitspraak gepubliceerd over de toepassing van artikel 31d van de Wet Harrewijn. In deze uitspraak ging het om onduidelijkheden over de uitleg van het woord "groep" in de zin van "groepen werknemers" en de definitie van "arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken". In beginsel vormt de uitleg van "groep" met betrekking tot de beleidsbepalers geen probleem, omdat in lid 4 apart het bestuur en het toezichthoudend orgaan wordt vermeld. De Kantonrechter Tiel ging echter uit van een strenge uitleg bij het informatierecht over een afvloeiingsregeling die was getroffen met drie voormalige leden van het managementteam.⁸ De kantonrechter oordeelde over de reikwijdte van het specifieke informatierecht conform art. 31d WOR. Het doel van art. 31d WOR is de bespreking van 'de algemene gang van zaken' in de onderneming, niet om de met individuele leden van het bestuur gemaakte financiële afspraken openbaar te maken. De kantonrechter oordeelde dat goed in het oog

³Stichting van de Arbeid, Overwegingen en Aanbeveling aangaande informatieverschaffing over beloningsverhoudingen binnen ondernemingen, 3 januari 1990.

⁴Kamerstukken 2000-2001 || 27 900, nr. 3 (MvT).

⁵F.G. Laagland, SDU commentaar art. 31d (en 31e) WOR, p. 2.

⁶Kamerstukken 2001-2002 || 28 163, A (Advies RvS), p. 2.

⁷Memorie van Toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 5.

⁸Ktr. Tiel, 15 juli 2009, JOR 2009/283 met annotatie prof. Mr. L.G. Verburg.

dient te worden gehouden dat de OR geen taak heeft op het gebied van arbeidsvoorwaarden van individuele personeelsleden en daarover gemaakte afspraken. Naar het oordeel van de kantonrechter dient de OR zodanige informatie te worden verschafte dat de invloed van de afspraken op de financiële positie wordt verduidelijkt, zodanig dat de informatie niet is te herleiden naar individuele personeelsleden.

- 3.7 Naast het recht op informatie uit artikel 31d WOR heeft de OR een instemmingsrecht op grond van art. 27 lid 1 sub c WOR ten aanzien van het beloningssysteem. Echter, het beloningssysteem van bestuurders vormt in dit geval een uitzondering, omdat artikel 27 lid 1 WOR ziet op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen. Art. 1 lid 4 WOR bepaalt dat het bestuur van een onderneming niet wordt geacht te behoren tot de in de onderneming werkzame personen.
- 3.8 Met betrekking tot art. 31d WOR is voor zover ons bekend geen andere rechtspraak gepubliceerd over de uitleg van het artikel of de werking in de praktijk. Naast het feit dat art. 31d WOR onduidelijkheden met zich mee brengt, blijkt niet in hoeverre de Wet Harrewijn in de praktijk van toegevoegde waarde is. De vraag resteert of een toevoeging van de verplichting om het beloningsbeleid aan de orde te laten komen in de overlegvergadering dan ook effectief zal zijn. Hoewel er in de MvT wordt gesteld dat het Wetsvoorstel WOR leidt tot een rapportage over beloningsverhoudingen is het goed om de tekst en toelichting van artikel 31d WOR voor ogen te houden bij de uitleg van het begrip beloningsverhoudingen. In onze lezing wordt namelijk met het Wetsvoorstel WOR niet beoogd om een nieuwe verplichting te introduceren die er toe leidt dat er exact inzage wordt gegeven in de beloningsverhouding tussen de hoogste en laagstbetaalde persoon binnen de onderneming. Immers, artikel 31d WOR bepaalt dat informatie dient te worden gegeven per groep over de inkomensontwikkeling ten opzichte van het vorige jaar en over de inkomensontwikkeling tussen de afzonderlijke groepen.
- 3.9 De voorgestelde wijziging heeft tot doel om de WOR zodanig aan te passen dat een jaarlijks gesprek tussen de bestuurder en de OR ten aanzien van de beloningsverhoudingen verplicht wordt gesteld. Echter, wederom gaat de bevoegdheid van de OR niet verder dan het aandragen van een standpunt.

4. VARIA: DISCUSSIES OVER BELONINGEN EN BELONINGSSVERHOUDINGEN

- 4.1 Op 29 januari 2015 is het onderzoek van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (de Commissie) gepubliceerd waarin speciaal aandacht is besteed aan beloningsverhoudingen.⁹ Uit het onderzoek blijkt dat de wijze van opvolgen van de Guidance van Commissie Streppel ten aanzien van het meewegen van beloningsverhoudingen bij het vaststellen van de beloning van de bestuurder, een aandachtspunt is. Vennootschappen maken vaak geen melding van het meewegen van beloningsverhoudingen in het jaarverslag en tevens wordt geen inzicht gegeven in de wijze waarop dit gebeurt.¹⁰ Uit het onderzoek volgt de aanbeveling om vennootschappen meer te

⁹ Rapport Monitoring Boekjaar 2013.

¹⁰ Rapport Monitoring Boekjaar 2013, p. 10.

stimuleren om verantwoording af te leggen over de verhouding tussen de werkelijk uitgekeerde beloningen en het vigerende beleid.

- 4.2 De FNV heeft in 2009 een voorstel gedaan om een vaste topbeloning te hanteren van maximaal 20 keer het laagste salaris in de onderneming.¹¹ De toelichting die hierbij wordt gegeven luidt dat indien wordt uitgegaan van een maximum van 130% van het Wettelijk Minimumloon, dit een vast salaris van ongeveer 500.000 euro oplevert, afhankelijk van het niveau van het laagste salaris. Slechts in enkele uitzonderingsgevallen kan er zich een reden voordoen dat van deze norm kan worden afgeweken. Of zich een uitzonderingssituatie voordoet kan daarbij afhankelijk zijn van de omvang van de onderneming, het internationale karakter van de onderneming, een aantoonbare benchmark in een realistische referentiemarkt die aangeeft dat de 'peers' elders duidelijk meer verdienen of aantoonbare problemen om een topkader te werven/behouden. In deze gevallen zou van de zogenaamde 1:20 regel mogen worden afgeweken volgens het FNV.
- 4.3 In Zwitserland werden in 2013 twee verschillende referenda gehouden ten aanzien van de invloed van werknemers op het beloningsbeleid. Het eerste referendum zag, kort gezegd, op het afschaffen van de gouden handdruk en de mogelijkheid om het beloningsvoorstel af te keuren door de aandeelhouders werd met een meerderheid van 67% aangenomen.¹² Het voorstel dat hierop volgde was het 1:12 initiatief. Uit statistieken volgde dat in Zwitserland de salarissen van CEO's ongeveer 100 keer zo veel waren als de inkomens van de laagst betaalde werknemers. Om deze reden werd het 1:12 initiatief geïntroduceerd waarbij bestuurders niet meer dan 12 keer meer zouden mogen verdienen als het laagste inkomen in de onderneming. Het idee achter deze regeling was dat als de topinkomens omlaag zouden gaan, er geld zou overblijven waarvan een deel zou kunnen terug vloeien naar de lagere inkomens. Het argument daartegen was dat Zwitserland hiermee een minder interessant land zou worden voor multinationals om zich aldaar te vestigen. Ook zouden verschillende bedrijven overwegen het land te verlaten indien de wet zou worden aangenomen. Voorstanders van het initiatief stelden zich daarentegen op het standpunt dat het kunnen betalen van hoge salarissen niet doorslaggevend is voor de vraag of een bedrijf zich wel of niet een land wil vestigen. Uiteindelijk is het referendum tot het 1:12 initiatief in 2013 afgewezen met 65% van de stemmen.¹³
- 4.4 In de Verenigde Staten bestaat geen medezeggenschap in de vorm van een ondernemingsraad. Wel is in 2010 het beloningsbeleid aan banden gelegd door middel van de Dodd-Frank Act.¹⁴ Deze wet is het gevolg geweest van de economische crisis en hervormt het bestaande financiële toezicht dan ook ingrijpend. De wet voorziet in regels ten aanzien van de bezoldiging van beleidsbepalers, die zijn gaan gelden voor de Amerikaanse beursgenoteerde ondernemingen. Ten eerste geldt dat aandeelhouders ten minste eenmaal in de drie jaar in de gelegenheid moeten worden gebracht om een adviserende stem uit te brengen over de bezoldiging van beleidsbepalers,

¹¹ Brochure FNV Bondgenoten, Grenzen aan topbeloning, p. 5 en 6.

¹² <http://www.theguardian.com/world/2013/mar/03/swiss-referendum-executive-pay>.

<http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/mar/06/switzerland-voted-against-executive-pay>.

¹³ <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-11-24/swiss-voters-reject-strictest-executive-pay-limits>.

¹⁴ Mr. B.A. Boersma, Dodd-Frank Act hervormt meer dan het Amerikaanse financiële toezichtstelsel; corporate governance-regels opgenomen in de Dodd-Frank Act in vogelvlucht.

de zogenaamde 'say on pay' regeling. Het gaat daarbij om een adviserende stem en de vennootschap kan hieraan dus niet worden gebonden. Voorts is met de Dodd Frank Act de claw-back mogelijkheid hervormd in die zin dat een onderneming wordt verplicht om regelgeving rondom claw-back te creëren. Variabele beloning van het bestuur kan worden teruggevorderd indien de beloning is gebaseerd op verkeerde gronden. Tot slot verplicht de Dodd Frank act de Amerikaanse ondernemingen meer inzicht te verschaffen in de hoogte van de bestuurdersbeloning. Een onderneming is verplicht om de correlatie tussen de beloning van de beleidsbepalers en de financiële prestatie van de onderneming te publiceren en daarnaast moet de ratio tussen de beloning van een CEO en het gemiddelde salaris van werknemers (zonder het salaris van de CEO) worden gepubliceerd.

4.5 Met als doel onder meer vergroting van transparantie, zeggenschap en discussie over beloningen binnen beursgenoteerde ondernemingen, introduceerde de Europese Commissie in april 2014 een herziening van de Richtlijn Aandeelhoudersrechten. Kort gezegd is een van de voorstellen van de Europese Commissie om aandeelhouders stemrecht te geven over het beloningsbeleid en over de jaarlijkse beloningsrapport. Uit het voorstel volgt dat een afkeurende stem van aandeelhouders over bijvoorbeeld het beloningsbeleid niet betekent dat de beloning niet kan worden uitgekeerd. Er ontstaat vervolgens de verplichting om in het volgende verslag over beloningen zichtbaar te maken op welke wijze rekening is gehouden met de stem van de aandeelhouder. De voorstellen uit bedoelde herziening zijn nog niet in de Nederlandse wet geïmplementeerd.

5. CONCLUSIE WETSVORSTEL WOR

Het Wetsvoorstel WOR brengt geen inhoudelijke wijziging voor de bevoegdheden die de OR thans heeft op grond van artikel 23 en artikel 31d van de WOR. Als dat het doel was van het wetsvoorstel dan is men daar niet in geslaagd. De informatie over arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken met het bestuur dient omwille van privacy nog steeds geclusterd te worden aangeleverd en de OR heeft geen inzage in individuele afspraken. De OR krijgt evenmin een advies- of informatierecht met betrekking tot beloningsverhoudingen binnen de onderneming. Met andere woorden, de bestuurder is niet gehouden enige verantwoording af te leggen over de ratio tussen de beloning van de hoogst betaalde werknemer en de laagst betaalde werknemer. Wij menen dat het niet past om private ondernemingen te verplichten een bepaalde ratio aan te houden maar het is wel denkbaar dat de verplichting in de WOR wordt geïntroduceerd voor de bestuurder om eenmaal per jaar een dialoog met de OR aan te gaan waarin de hiervoor bedoelde ratio wordt besproken en toegelicht. Deze exercitie kan de vertegenwoordigers van de organen die het beloningsbeleid van het (statutaire) bestuur vaststellen helpen bij het vinden van de juiste argumenten om de beloning (opnieuw) vast te stellen.

DEEL 2: WETSVOORSTEL PW: Instemmingsrecht OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen

6. UITVOERING ALLEEN RELEVANT VOOR ZOVER VAN INVLOED OP DE ARBEIDSVOORWAARDE PENSIOEN?

- 6.1 In aansluiting op het in de MvT aangehaalde SER-advies van 20 juni 2014 ("het SER-advies"), wordt er voor gekozen, om het instemmingsrecht ten aanzien van de *uitvoering* van de pensioenovereenkomst te beperken tot die elementen daarvan, die van invloed zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Een en ander door in artikel 27 lid 1 WOR te verwijzen naar: "*regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst.*" Ook door de SER werd echter al onderkend, dat met die aanpak een grijs gebied ontstaat, waaromtrent niet voorshands duidelijk is, of er sprake is van in dit kader relevante uitvoeringsaspecten¹⁵. Als oplossing daarvoor wordt in het onderhavige wetsvoorstel vervolgens aangegeven, dat het bij onduidelijkheden aan de OR is om te stellen en te bewijzen, dat wel sprake is van relevante uitvoeringsaspecten en dat uiteindelijk de rechter maar uitsluitsel zal moeten geven. Dit laatste verder ook nog tegen de achtergrond van de constatering (door de SER), dat soms pas na vele jaren zal blijken, of wel of niet sprake was van relevante uitvoeringsaspecten.¹⁶
- 6.2 Aldus wordt al op voorhand onderkend, dat het wetsvoorstel op dit vlak nog steeds voor lang niet alle gevallen een helder en eenduidig antwoord gaat verschaffen op de vragen die in de praktijk ter zake opkomen. Daarnaast zijn onjuiste of discutabele inschattingen bepaald niet uitgesloten en zal soms pas na lange tijd definitieve duidelijkheid worden verkregen. Rechtsonzekerheid, met vervolgens conflicten en extra advieskosten tot gevolg, zullen bij de voorgestelde opzet aldus niet vermeden worden. Ter vermijding van deze nadelen van het wetsvoorstel lijkt het ons dan ook beter om ervoor te kiezen, dat alle uitvoeringsaspecten onder het instemmingsrecht komen te vallen. Dat creëert ten minste helderheid.
- 6.3 Ter ondersteuning van ons voorstel wijzen wij er volledigheidshalve op, dat tegen een dergelijke alternatieve aanpak ook geen relevante inhoudelijke bezwaren zijn aangevoerd. Uit het SER-advies blijkt in dat kader niet van zwaarwegende of bijzondere redenen, waarom "*kale*" uitvoering wél zou moeten worden uitgesloten. Men kan daarin slechts lezen dat de SER: "*er terughoudend in is om te adviseren dat de uitvoeringsovereenkomst als geheel (...) onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad te brengen*". Maar dat is op zich al geen negatief advies. Hoogstens de vaststelling, dat de SER niet alleen voordelen heeft gezien van het toepassen van het instemmingsrecht op alle facetten van de uitvoering.
- 6.4 In dat kader blijkt er bij de SER verder in ieder geval ook geen *principieel bezwaar* te bestaan tegen de toepassing van het instemmingsrecht op de uitvoering. Zo stelt de SER juist voor om de mogelijkheid open te laten, dat sociale partners in voorkomende gevallen zelf alsnog overeen

¹⁵ Zie bijvoorbeeld het gestelde in paragraaf 3.2 en op p. 50 van het SER-advies omtrent de wijze waarop de diverse aspecten van de pensioenovereenkomst en de uitvoering daarvan in de praktijk door elkaar heen lopen.

¹⁶ p. 51 SER-advies.

zullen komen om het instemmingsrecht toe te passen op de uitvoering. Hetzij door uitvoeringsaspecten op te nemen in de pensioenovereenkomst, hetzij door ter zake een aanvullende ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR te sluiten.

- 6.5 Aan de terughoudendheid van de SER lijken dan ook slechts twee argumenten ten grondslag te liggen. Als eerste argument wordt genoemd, dat in de uitvoeringsovereenkomst ook andere zaken worden opgenomen. Gesteld wordt: "*in de uitvoeringsovereenkomst worden immers ook andere voorwaarden opgenomen waarop geen instemmingsrecht is geregeld.*"¹⁷ Maar dat is op zich nu nog steeds maar de vraag. Zoals de SER ook zelf aangeeft, bestaat daaromtrent juist discussie in de literatuur.¹⁸
- 6.6 Het tweede argument betreft één verondersteld nadeel van het insluiten van de uitvoering: afwijzing van een bepaalde wijze van uitvoering zou onder omstandigheden een praktisch probleem opleveren, als gevolg van het ontbreken van voldoende onderhandelingsruimte bij verzekerde regelingen.¹⁹ Opnieuw onderhandelen met een verzekeraar na afwijzing door de OR van het met die verzekeraar bereikte resultaat zou, zo wordt gesteld, geen optie zijn.
- 6.7 Bezien tegen de achtergrond van de praktische gang van zaken rond de totstandkoming van een verzekerde pensioenregeling, dient evenwel vastgesteld te worden dat het hier vooral een theoretisch probleem betreft. Bij de totstandkoming van een nieuwe of aangepaste verzekerde regeling, gaat het in de regel om een unieke combinatie van pensioenregeling en uitvoeringsafspraken. Uniek omdat iedere verzekeraar zijn eigen basismodellen aanbiedt voor wat betreft de opzet van een pensioenregeling, met maar beperkte nadere invullings- en afwijkingsmogelijkheden. Relevante offertes behelzen in de regel dan ook al een combinatie van pensioenregeling en bijbehorende uitvoeringsvoorwaarden. Al dan niet al met input van de OR of de pensioencommissie daaruit, wordt vervolgens een keuze gemaakt voor de meest geëigende optie c.q. combinatie van pensioenregeling en uitvoering. Die combinatie, die aldus al het "totaalplaatje" geeft, wordt vervolgens aan de OR ter instemming voorgelegd. Een andere procedure, waarbij eerst alleen instemming met een voorstel voor een pensioenregeling wordt gevraagd, nog zonder dat al een uitvoerder in beeld is, zou zeer onpraktisch zijn en wordt in de praktijk dan ook niet of nauwelijks gevolgd. Werkgevers bieden in beginsel ook pas een bepaalde pensioenovereenkomst aan, als ze ook zicht hebben op de uitvoeringskosten ervan. Bovendien zou een dergelijke procedure ook in de voorgestelde opzet niet zonder risico's zijn, indien in de uitvoeringsovereenkomst ook nog – hetgeen ook volgens de SER eerder regel dan uitzondering lijkt – arbeidsvoorwaardelijke aspecten aan de orde komen.
- 6.8 Een bijkomend voordeel van de toepassing van het instemmingsrecht op alle onderdelen van de uitvoering zou verder zijn, dat daarmee de relevantie van het huidige (krachteloze) adviesrecht van de OR in relatie tot de uitvoering in ieder geval ook definitief van de baan is. Daarmee kan

¹⁷ Zie p. 32 SER-advies.

¹⁸ Zie p. 28 SER-advies.

¹⁹ Zie p. 32. SER-advies.

hetgeen ter zake bepaald is in artikel 33 lid 2 Pensioenwet jo. de punten 7 en 8 van de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen ook meteen vervallen.²⁰ Dat heeft weer tot gevolg dat het aantal bepalingen in relatie tot de rechten van de OR ook verder wordt beperkt en geconcentreerd.

7. TOEREKENING

7.1 Gekozen is voor de insteek, waarbij een besluit van het bestuur van een ondernemingspensioenfonds aan de ondernemer wordt toegerekend, indien deze de wijzigingsbevoegdheid heeft overgedragen aan het pensioenfondsbestuur. Dat zou als consequentie hebben dat de ondernemer de instemming van de OR voor dergelijke besluiten dient te verkrijgen. De middelen die evenwel worden beschreven om te bewerkstelligen dat het ter zake aan de OR toegekende instemmingsrecht ook effectief kan zijn, roepen de nodige vragen op. Wij zien redenen om te veronderstellen, dat de regeling met deze instrumenten in de praktijk geen effectief instrument zal blijken te zijn.

7.2 Zo lijkt uit de beschrijving te volgen, dat van de ondernemer bijvoorbeeld verwacht wordt dat die het nodige zal doen, om te bewerkstelligen dat een wijziging van de pensioenovereenkomst (die wordt bewerkstelligd door een ondernemingspensioenfonds) toch slechts plaats zal vinden met instemming van de OR. Voorts lijkt te volgen, dat een en ander in principe zowel *vooraf* als *achteraf* zeker zou kunnen worden gesteld. Indien dat *vooraf* zou moeten, zou volgens de MvT vereist zijn dat een en ander al geregeld wordt bij de overdracht van de wijzigingsbevoegdheid. Aangezien die overdracht in de regel reeds (lang) geleden zal hebben plaatsgevonden, lijkt het ons zinvol om te bepalen dat een en ander ook nog naderhand kan geschieden, via een aanpassing van de uitvoeringsovereenkomst.

7.3 Maar daarnaast is met name de vraag, wat exact de reikwijdte kan worden van: "*rekening gehouden moet worden met*"? Wordt het dan mogelijk om contractueel te bepalen dat aan de OR ter zake een direct instemmings- of goedkeuringsrecht toekomt? Als dat inderdaad de bedoeling is, is de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot alle overwegingen die destijds een rol hebben gespeeld om het harde verbod ter zake van artikel 110 Pensioenwet in het leven te roepen. Als een dergelijk "hard" goedkeuringsrecht anderzijds níet de bedoeling is, is de vraag wat dit "rekening houden met" dan nog voorstelt? Gesteld zou kunnen worden dat het bestuur van het pensioenfonds sowieso al, op grond van het bepaalde in artikel 105 lid 2 Pensioenwet, (ook) met de visie van de OR rekening dient te houden. Dat is echter maar een deelbelang, naast de andere belangen die ook in het oog moeten worden gehouden door het bestuur. Zelfs als de ondernemer ter zake uiteindelijk tegen het pensioenfonds zou gaan procederen, zou hij dit belangrijke argument in ieder geval tegengeworpen kunnen krijgen. Dat zou al eens te meer gelden, indien er sprake zou zijn van meerdere ondernemingsraden, met tegengestelde visies.

7.4 Een tweede belangrijke vraag is in dit kader, hoe vaak het in de praktijk zal gaan voorkomen, dat

²⁰ Zie p. 22 SER-advies.

de ondernemer alsnog een dergelijke contractuele bepaling in zal gaan voeren. Voor de ondernemer zelf lijkt daar niet zoveel bij te winnen. Als hij die beperking van het instemmingsrecht die het gevolg is van de delegatie echt onwenselijk zou vinden, zou hij beter de delegatie op zich terug kunnen draaien.

7.5 Als alternatieve oplossing wordt in de MvT voorts de mogelijkheid beschreven, dat de ondernemer *achteraf* tot actie over zou gaan. Dat zou dan kunnen gebeuren in een situatie waarin het pensioenfonds tot een besluit komt waarvoor de ondernemer geen instemming van de OR heeft weten te verkrijgen. In dat geval zou de ondernemer, zo wordt gesteld: "*de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder moeten aanpassen*". De vraag is dan alleen, hoe dat dan zou moeten? De SER heeft daaromtrent het volgende treffend verwoord in haar advies: "*Een bestaande uitvoeringsovereenkomst laat zich niet eenzijdig wijzigen*"²¹. Met het voorstel wordt aldus miskend, dat een uitvoeringsovereenkomst een *tweezijdige overeenkomst* is, die in de regel niet voorziet, noch zal kunnen voorzien, in de mogelijkheid dat de ondernemer deze overeenkomst zomaar eenzijdig wijzigt. Daarvoor zullen aldus onderhandelingen nodig zijn tussen twee partijen (pensioenfonds en ondernemer) die niet heel erg veel te winnen zullen hebben bij een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst.

7.6 De voorgaande opmerking verwijst al naar de zo mogelijk nog belangrijker vraag, op welke onderdelen de uitvoeringsovereenkomst dan eigenlijk zou moeten worden gewijzigd? Moeten bijvoorbeeld (eenzijdig) de pensioenpremies verlaagd worden, waarmee die evenwel (in strijd met de wet²²) niet meer kostendekkend zouden zijn? Of zou er een ander soort *straf* of *boete* eenzijdig aan het pensioenfonds moeten worden opgelegd door de ondernemer? Mogelijk zou de uitvoeringsovereenkomst wel kunnen worden opgezegd, , maar dat zal vaak tot aanzienlijke kosten leiden, waarmee het veelal per saldo geen reëel middel is.

8. AANPASSING ARTIKEL 110 PENSIOENWET

8.1 Voorgesteld wordt om artikel 110 Pensioenwet aan te passen. De reden voor de aanpassing is, zo begrijpen wij, dat dit nodig zou zijn in verband met de beoogde uitbreiding van het instemmingsrecht van de OR, dat ook zou moeten zien op pensioenovereenkomsten die worden uitgevoerd door ondernemingspensioenfonds. Van belang is hierbij, dat artikel 110 Pensioenwet in zijn huidige vorm een algemeen verbod voor goedkeuringsrechten kent van derden met betrekking tot besluiten van het *bestuur van het pensioenfonds*. Het beoogde instemmingsrecht uit hoofde van de WOR ziet evenwel, ook al is sprake van toerekening, op *besluiten van de ondernemer*. In het licht van dit uitgangspunt is de noodzaak van de voorgestelde wijziging van artikel 110 Pensioenwet ons niet duidelijk. Met het nieuwe instemmingsrecht worden aan de OR namelijk geen bevoegdheden toegekend in relatie tot het ondernemingspensioenfonds, noch in relatie tot de besluitvorming van haar bestuur. De voorgestelde opzet houdt juist in, dat relevante besluiten van het bestuur aan de ondernemer worden toegerekend.

²¹ Zie p. 32 SER-advies.

²² Artikel 128 Pensioenwet.

8.2 Voor zover voor het eigenlijke bestuursbesluit van het pensioenfonds dan ook geen instemming is verkregen, heeft dat geen consequenties voor de formele bevoegdheid van het bestuur van het pensioenfonds, noch voor de rechtsgeldigheid van haar besluiten ter zake. In lijn daarmee wordt in de MvT ook aangegeven, dat wanneer voor het desbetreffende bestuursbesluit geen instemming is of wordt verkregen, het aan de ondernemer is om het nodige te doen om ervoor te zorgen dat de visie van de OR wel wordt gevolgd. Maar ook voor de ondernemer zelf geldt dat aan hem in dit kader geen (statutair) goedkeuringsrecht wordt toebedeeld of door hem wordt gebruikt. Hij wordt slechts geacht gebruik te maken van zijn bestaande contractuele bevoegdheden via de uitvoeringsovereenkomst. Samenvattend voorziet de toerekeningsconstructie voor de nieuwe regeling aldus niet in de mogelijkheid tot het verlenen van een formeel goedkeuringsrecht aan de OR in relatie tot besluiten van het pensioenfondsbestuur, waarmee de voorgestelde wijziging van artikel 110 Pensioenwet dan ook achterwege kan blijven.

8.3 Aanpassing van artikel 110 Pensioenwet zou eventueel wel nodig kunnen zijn, maar dan in andere zin, om de in de MvT aangegeven optie mogelijk te maken, dat het pensioenfonds "rekening moet houden" met de visie van de OR. Indien die optie erin zou kunnen uitmonden, dat contractueel wel een "hard" goedkeuringsrecht wordt toegekend aan de OR, zou een aanpassing van artikel 110 op zich wel vereist zijn. Uit de wetsgeschiedenis volgt namelijk, dat het toepasselijke verbod ook ziet op dergelijke contractueel bedongen goedkeuringsrechten.²³ Maar dan behoort een uitzondering op artikel 110 Pensioenwet aldus niet te zien op het instemmingsrecht ex 27 WOR, maar op contractueel bedongen goedkeurings- respectievelijk instemmingsrechten.

8.4 Voor zover het evenwel ook niet de bedoeling is, dat dergelijke contractuele goedkeuringsrechten mogelijk worden gemaakt, zou ook een dergelijke uitzondering niet nodig zijn. Dan zou hoogstens nog een aanvulling van artikel 110 nodig zijn die aangeeft, in hoeverre een zwakkere contractuele bepaling omtrent "rekening houden met" wel of niet een toegelaten uitzondering op artikel 110 is. Maar voor die insteek zou eventueel ook volstaan kunnen worden met een uitleg in de MvT op dat vlak, waaruit blijkt hoe een dergelijke contractuele bepaling zich verhoudt tot de huidige tekst van artikel 110.

9. ONDERBRENGINGSPLICHT EN KOSTEN WIJZIGING

9.1 Het voorstel is om het instemmingsrecht alleen te handhaven in relatie tot twee specifieke gevallen van buitenlandse onderbrenging van een pensioenovereenkomst en het verder niet toe te passen op alle andere vormen van onderbrenging. Allereerst is de vraag of de handhaving van het onderscheid, wanneer wel/niet instemmingsrecht ten aanzien van onderbrenging, wel gerechtvaardigd te achten valt. Het lijkt toch in ieder geval enigszins op gespannen voet te staan met de basisgedachte van één Europese interne markt. Anderzijds kunnen ook tegen bepaalde

²³ Zie Langemeijer op p. 294 van Tekst & Commentaar Pensioenrecht, Vierde Druk.

Nederlandse uitvoerders, bijvoorbeeld gezien historie of omvang, gerechtvaardigde bezwaren bestaan. Daarnaast lijkt het gegeven dat niet voor iedere onderbrenging een instemmingsrecht dient te bestaan, toch ook weer een nieuw grensconflict op te leveren tussen enerzijds uitvoering en anderzijds onderbrenging. Gezien dat uitgangspunt, lijkt het ook raadzamer om onderbrenging in algemene zin onder het instemmingsrecht te brengen. In de praktijk zullen bezwaren tegen onderbrenging veelal toch niets anders zijn dan inhoudelijke bezwaren tegen de wijze waarop de desbetreffende uitvoerder de pensioenregeling gaat uitvoeren.

9.2 In relatie tot de regeldruk wordt de verwachting uitgesproken, dat de kosten voor de wijziging van de pensioenregeling gemiddeld € 1.700,- zullen bedragen. Wij menen dat dit een te optimistische inschatting is. Juist doordat voor een bepaalde groep gevallen wordt gekozen voor de wat diffuse structuur van toerekening van relevante besluiten van het fonds aan de ondernemer, ligt het eerder in de lijn der verwachting dat de kosten van de ter zake in te schakelen deskundigen, in voorkomende gevallen veel substantiëler van omvang kunnen worden.

Wij zijn graag bereid deze visie mondeling toe te lichten mocht hier prijs op worden gesteld.

Met vriendelijke groet,

K. van Kranenburg-Hanspians en P.B. van den Bos