

Memo

Juridische Zaken

Aan Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
Van Syntrus Achmea Pensioenbeheer
Datum 17 maart 2015
Onderwerp **Consultatie wijziging instemmingsrecht
ondernemingsraad inzake pensioen**

Postadres
Postbus 3183
3502 GD Utrecht
Bezoekadres
Rijnzathe 10
3454 PV De Meern
T (0) 6 – 51 005 909
F (0) 30 – 245 34 88
www.syntrusachmea.nl

Inleiding

Syntrus Achmea Pensioenbeheer geeft graag een reactie op uw voornemen te komen tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), zoals neergelegd in het concept wetsvoorstel gevoegd bij uw brief van 17 februari 2015 aan de Tweede Kamer.¹ Onze reactie heeft betrekking op het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (OR) bij voorgenomen besluiten over een pensioenregeling.

Verduidelijking van het instemmingsrecht van de OR voor de arbeidsvoorwaarde pensioen vinden wij een goede zaak. In het bijzonder omdat hierdoor een lacune in de medezeggenschap wordt gedicht. De voorgestelde uitbreiding van het instemmingsrecht tot pensioenaspecten in de uitvoeringsovereenkomst roept bij ons echter vragen op. Het wetsvoorstel geeft geen duidelijkheid over de reikwijdte van deze uitbreiding. Bovendien doet deze uitbreiding afbreuk aan de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder, zoals de Pensioenwet (PW) die beoogt te regelen. Dit maakt het wijzigen van pensioenregelingen een stuk moeilijker. Dat kan ertoe leiden dat een nieuwe of gewijzigde pensioenregeling niet tijdig kan worden ondergebracht bij een pensioenuitvoerder. We lichten dit hieronder toe.

Pensioendriehoek

De PW verving de ‘pensioentoezegging’ door de ‘pensioenovereenkomst’. De wetgever wilde hiermee de verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder verduidelijken. Werkgever en werknemer maken inhoudelijke afspraken over pensioen in de pensioenovereenkomst. De werkgever brengt de pensioenovereenkomst vervolgens onder bij een pensioenuitvoerder, door het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst. De pensioenuitvoerder is verplicht een pensioenreglement vast te stellen, dat in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst. Het pensioenreglement bevat een gedetailleerde uitwerking van de pensioenregeling.

Het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst staat onder een zekere tijdsdruk. De werkgever brengt de pensioenovereenkomst, uiterlijk wanneer een werknemer pensioenaanspraken verwerft, onder door *onmiddellijk* een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met een pensioenuitvoerder (artikel 23 lid 1 aanhef PW). Als de pensioenovereenkomst of de wijziging daarvan niet is ondergebracht door het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst, dan kan nog geen uitvoering aan de (gewijzigde) pensioenovereenkomst worden gegeven, zodat de beoogde pensioenaanspraken nog niet verworven kunnen worden. Het vaststellen of wijzigen van de pensioenregeling op grond van de pensioenovereenkomst² gaat vooraf aan het onderbrengen daarvan via

¹ Kamerstukken II 2014-15, 33 182, nr. 57.

² Definitie ‘pensioenregeling’ in artikel 1 PW. Met het begrip pensioenregeling wordt bedoeld op het kader waarop de individuele pensioenovereenkomsten tussen werkgever en werknemer kunnen zijn gebaseerd; Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 163. De door sociale partners, dan wel de werkgever en de OR afgesproken

de uitvoeringsovereenkomst. Dit is ook noodzakelijk om te kunnen voldoen aan de formele opdrachtaanvaarding zoals bedoeld in artikel 102a, derde lid, PW.

Medezeggenschap over de pensioenovereenkomst

Tot voor kort was onduidelijk of het instemmingsrecht van de OR betrekking heeft op vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst, dan wel van een uitvoeringsovereenkomst. De heersende opvatting was dat de OR bij een verzekerde pensioenregeling instemmingsrecht heeft over de inhoud van de pensioenovereenkomst, omdat het gaat om de arbeidsvoorwaarde tussen werkgever en werknemer. Staatssecretaris Klijnsma sloot zich in mei 2013 aan bij deze opvatting. Zij gaf aan dat de OR instemmingsrecht heeft op de pensioenovereenkomst, en niet op de uitvoeringsovereenkomst, omdat de OR anders instemming zou krijgen over een verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar, waarbij de OR geen partij is.³ Dit is wat ons betreft een zuiver uitgangspunt dat recht doet aan de verhoudingen binnen de pensioendriehoek. Ook de Tweede Kamer kon zich in dit uitgangspunten vinden blijkens het aannemen van het amendement Omtzigt.⁴ Dat regelde in een nieuw lid 7 van artikel 27 WOR dat de medezeggenschap van de OR met ingang van 7 augustus 2013 kort gezegd werd uitgebreid tot de vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een pensioenfonds. Het instemmingsrecht ziet derhalve op de pensioenovereenkomst. Hiermee ontstond wel een lacune voor een wijziging van een pensioenovereenkomst.

Pensioenaspecten in de uitvoeringsovereenkomst

Uitgangspunt zou dus moeten zijn dat het instemmingsrecht van de OR geen betrekking heeft op de uitvoeringsovereenkomst. Ook bij pensioenfonds is van belang dat dit een overeenkomst is, waarbij de OR geen partij is. Blijkens artikel 25 PW zijn daarin voornamelijk uitvoeringsaspecten geregeld alsmede procedurele aspecten met betrekking tot de besluitvorming. Blijkens het SER-advies van 20 juni 2014 is er verschil tussen de leer en de praktijk. Het onderscheid tussen inhoud en uitvoering van de pensioenregeling wordt in de praktijk niet altijd even strikt aangehouden. In de praktijk komt het namelijk voor dat bepaalde inhoudelijke aspecten van een pensioenregeling die van materiële invloed zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen, in de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder zijn geregeld in plaats van in de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer(s). De SER noemt een aantal voorbeelden van inhoudelijke aspecten van een pensioenregeling die van materiële invloed (kunnen) zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen, maar die in de uitvoeringsovereenkomst zijn geregeld. Als de pensioenuitvoerder een pensioenfonds is, horen naar onze mening enkele van deze voorbeelden tot de verantwoordelijkheid van het pensioenfonds, zoals kortingen op de premie en terugstorting (zie artikel 129 PW) en nadere invulling van het indexatiebeleid (zie artikel 15 Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds). In de toelichting bij het concept wetsvoorstel wordt als voorbeeld genoemd het schrappen van een bijstortverplichting van de werkgever. Dat hoort in onze optiek bij uitstek te worden geregeld in de pensioenovereenkomst.

Inhoudelijke pensioenaspecten horen in de pensioenovereenkomst te zijn geregeld. Het lijkt ons dan ook een goede zaak werkgevers te stimuleren om inhoudelijke pensioenaspecten zoveel mogelijk in de pensioenovereenkomst te regelen, en niet in de uitvoeringsovereenkomst. Anders gaan de verantwoordelijkheden van de werkgever en de pensioenuitvoerder door elkaar lopen, wat de besluitvorming extra compliceert, omdat de pensioenuitvoerder dan eveneens zeggenschap zou krijgen over deze aspecten. Het is beter een zuiver onderscheid te maken tussen inhoud en uitvoering van de pensioenregeling. Wij zouden het toejuichen als in de toelichting bij het wetsvoorstel dit onderscheid kan worden verduidelijkt.

pensioenregeling wordt opgenomen in pensioenovereenkomsten tussen de werkgever en een individuele werknemer.

³ Brief van 21 mei 2013 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2012-13, 33 182, nr. 46 en Aangangsel Kamerstukken II 2012-13, nr. 2122.

⁴ Kamerstukken II 2012-13, 33 182, nr. 49.

Over het sluiten, wijzigen of beëindigen van een uitvoeringsovereenkomst heeft het verantwoordingsorgaan, dan wel het belanghebbendenorgaan reeds een wettelijk adviesrecht.⁵ De Wet versterking bestuur pensioenfondsen heeft taken en bevoegdheden van organen bij het pensioenfonds gestroomlijnd. Als de OR instemmingsrecht zou krijgen over bepaalde aspecten van de uitvoeringsovereenkomst, zou dit leiden tot dubbele medezeggenschap. Dat doet afbreuk aan de beoogde stroomlijning. Hoe zou gehandeld moeten worden bij een patstelling als de OR een ander standpunt inneemt dan het verantwoordingsorgaan, dan wel het belanghebbendenorgaan?

Pensioenaspecten in de uitvoeringsovereenkomst zijn te zien als een nadere uitwerking van de afspraken in de pensioenovereenkomst. Dit is vergelijkbaar met het pensioenreglement. Dat bevat inhoudelijke pensioenaspecten op detailniveau, die een uitwerking vormen van de afspraken op hoofdlijnen in de pensioenovereenkomst. Ook over deze pensioenaspecten heeft de OR geen instemmingsrecht. Dat zou een verboden goedkeuringsrecht zijn als bedoeld in artikel 110 PW.

Lacune opgelost, maar wijze waarop is problematisch

Het concept wetsvoorstel strekt ertoe de OR instemmingsrecht te geven over pensioenaspecten, ook als die niet zijn geregeld in de pensioenovereenkomst maar in de uitvoeringsovereenkomst. Dat het instemmingsrecht mede ziet op de uitvoeringsovereenkomst wordt echter niet in de wet geregeld. Dat geeft geen houvast aan de praktijk en zal dan ook volgens ons aanleiding zijn voor discussies over de reikwijdte van het instemmingsrecht.

De toelichting bij het concept wetsvoorstel wijst primair op het mogelijk gebruik van de ondernemingsovereenkomst als bedoeld in artikel 32 WOR. De SER noemt deze mogelijkheid echter slechts in tweede instantie en wel voor de bijzondere situatie dat de ondernemer en de OR afspraken maken over een eventueel bovenwettelijk instemmingsrecht. Dat zal de meeste ondernemers niet voor ogen staan zodat de ondernemingsovereenkomst niet snel in de praktijk gebruikt zal worden.

Het zou kunnen dat de ondernemer en de OR het eens zijn over welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst deel uitmaken van de pensioenovereenkomst. Maar juist omdat de grens tussen inhoud van de pensioenregeling en de uitvoering ervan moeilijk te trekken is, zullen partijen wellicht juist vaak geen overeenstemming hierover bereiken. Dan moet de OR in een gerechtelijke procedure bewijzen dat een uitvoeringsaspect de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt. In de praktijk zal langdurig juridisch getouwtrek een tijdige invoering van de nieuwe of gewijzigde pensioenregeling blokkeren. Het verwerven van pensioenaanspraken op grond van de nieuwe of gewijzigde pensioenregeling moet dan worden opgeschort. De pensioenuitvoerder kan aan nieuwe werknemers ook niet tijdig een startbrief verstrekken. Onder omstandigheden kan ook de oude pensioenregeling niet meer worden uitgevoerd.

Mogelijke oplossing

In theorie is de beste oplossing een zuiver onderscheid tussen wat wordt geregeld in de pensioenovereenkomst (de inhoud van de pensioenregeling) en wat wordt geregeld in de uitvoeringsovereenkomst (de uitvoering van de pensioenregeling). Als dat onverhoopt niet het geval mocht zijn, omdat er toch inhoudelijke pensioenaspecten in de uitvoeringsovereenkomst worden opgenomen die niet ook in de pensioenovereenkomst zijn opgenomen, dan zal de ondernemer dat uitdrukkelijk moeten aangeven richting de OR in de schriftelijke voorlegging als bedoeld in artikel 27, tweede lid, WOR. De beoordeling welke uitvoeringsaspecten tot de pensioenovereenkomst behoren kan procedureel niet aan de OR worden overgelaten. De ondernemer moet immers alle inhoudelijke pensioenaspecten aan de OR voorleggen die verbonden zijn aan de pensioenregeling met daarbij een overzicht van de beweegredenen voor het besluit, alsmede van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben. Doorgaans laat de ondernemer zich bij de besluitvorming over een nieuwe of gewijzigde pensioenregeling adviseren door een pensioendeskundige, die kan beoordelen

⁵ Artikel 115a, derde lid, onderdeel h, en artikel 115c, tweede lid, onderdeel d, PW.

kort gezegd welke uitvoeringsaspecten tot de pensioenovereenkomst behoren. Als deze lijn wordt gevolgd hoeft geen informatieplicht met betrekking tot de uitvoeringsovereenkomst in de WOR te worden opgenomen.

Verdere aandachtspunten

- Volgens de voorgestelde wettekst krijgt de OR een instemmingsrecht voor elk voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst, een winstdelingsregeling of een spaarregeling. Het is ons niet duidelijk waarom hier de meervoudsvorm 'regelingen' wordt gehanteerd. Doorgaans zal sprake zijn van vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenregeling. Het lijkt dan ook beter 'regelingen' te wijzigen in 'een regeling'. Verder is ons niet duidelijk wat wordt bedoeld met 'regelingen met betrekking tot een winstdelingsregeling of een spaarregeling' (dit lijkt dubbelop).
- Als de informatieplicht met betrekking tot de uitvoeringsovereenkomst wordt gehandhaafd, zien wij nog twee aandachtspunten. Ten eerste is deze verplichting in zijn algemeenheid geformuleerd, terwijl dit niet aan de orde is als de pensioenregeling inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst. Verder is niet duidelijk of de integrale uitvoeringsovereenkomst moet worden overgelegd, of alleen de bepalingen daarin die pensioenaspecten raken.
- Uit het huidige artikel 27 lid 7 WOR blijkt duidelijk dat het instemmingsrecht van de OR niet ziet op verplichtgestelde pensioenregelingen bij een bedrijfstakpensioenfonds. Uit de voorgestelde wettekst blijkt dit echter niet. Het lijkt ons wenselijk dat in de toelichting te verduidelijken.