

## Memorandum

AAN	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid	DATUM	17 maart 2015
		DOSSIER	55-40573183
VAN	Clifford Chance Employment, Pensions & Benefits	DOORKIESNUMMER	+31 20 711 9158

---

### **Betreft: Reactie in het kader van de internetconsultatie 'Wijziging bevoegdheden ondernemingsraden inzake beloningen en pensioen'**

#### **1. INLEIDING**

1.1 Op 17 februari jl. is het concept wetsvoorstel tot "wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de beloningen van bestuurders en inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen" als consultatiedocument gepubliceerd (het "**Voorstel**"). De sectie Employment, Pensions & Benefits van Clifford Chance LLP in Amsterdam ("**Clifford Chance**") maakt hierbij graag van de gelegenheid gebruik om op dit voorstel te reageren.

1.2 Het Voorstel omvat twee onderwerpen: ten eerste de uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ("**OR**") inzake de beloningen van bestuurders van grote ondernemingen (zie hieronder paragraaf 2) en ten tweede de verduidelijking van het instemmingsrecht van de OR over de arbeidsvoorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling (paragraaf 3). Wij sluiten af met een aantal aanbevelingen (paragraaf 4).

#### **2. UITBREIDING BEVOEGDHEDEN OR INZAKE DE BELONINGEN VAN BESTUURDERS VAN GROTE ONDERNEMINGEN**

2.1 Het Voorstel beoogt met de voorgestelde uitbreiding van de bevoegdheden van de OR ten aanzien van de beloningsverhoudingen binnen de onderneming een dialoog

129826-4-14628-v2.0

NL-8000-BD-CBD

CLIFFORD CHANCE LLP IS EEN LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP GEREgistREERD IN ENGELAND & WALES ONDER NUMMER OC323571. REGISTERED OFFICE EN HOOFDVESTIGING ZIJN 10 UPPER BANK STREET, LONDEN E14 5JJ, ENGELAND. HET WOORD "PARTNER" WORDT GEBRUIKT OM EEN "MEMBER" VAN CLIFFORD CHANCE LLP OF EEN WERKNEMER OF CONSULTANT MET OVEREENKOMSTIGE POSITIE EN STATUS AAN TE DUIDEN. CLIFFORD CHANCE LLP IS IN NEDERLAND INGESCHEVEN IN HET HANDELSREGISTER VAN DE KAMERS VAN KOOPHANDEL ONDER NUMMER 34360401.

DE (NOTARIËLE) DERDENGELDENREKENINGEN ZIJN VERMELD OP [WWW.CLIFFORDCHANCE.COM/NLREGULATORY](http://WWW.CLIFFORDCHANCE.COM/NLREGULATORY)

tot stand te brengen tussen de ondernemer en de OR, een en ander in het belang van de 'meningsvorming binnen de onderneming en de maatschappij over de zogenaamde topbeloningen' (blz. 5 Memorie van Toelichting (de "**Memorie van Toelichting**"))).

2.2 Clifford Chance vraagt zich af:

- 2.2.1 of het invoeren van een verplichting tot een jaarlijks gesprek over de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen binnen de onderneming een waardevolle toevoeging is aan de reeds bestaande rechten van de OR op grond van de Wet op de Ondernemingsraden ("**WOR**") en Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; en
- 2.2.2 wat (de verwachtingen zijn ten aanzien van hetgeen dat) de dialoog tussen de bestuurder en de OR zal opleveren.

*Bestaande rechten onder de WOR en Boek 2 Burgerlijk Wetboek*

- 2.3 Artikel 31d WOR voorziet in een recht op informatie voor de OR omtrent binnen de onderneming geldende arbeidsvoorwaardelijke regelingen. Het artikel is van toepassing op ondernemingen waar in de regel tenminste 100 personen werkzaam zijn.
- 2.4 Dit voorschrift is per 1 september 2006, samen met de uitzondering van artikel 31e, geplaatst in hoofdstuk IVB van de WOR. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de verschillende soorten informatie die de ondernemer aan de OR dient te verschaffen. Het recht van de OR op informatie wordt in artikel 31 WOR gerelateerd aan de taken die de OR dient uit te oefenen.
- 2.5 Artikel 31d specificeert, evenals de artikelen 31a en 31b WOR, dat de informatie mede dient ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming (zoals bedoeld in artikel 24 WOR). Daarnaast staat het de OR uiteraard vrij om in het kader van zijn taakvervulling de ondernemer te verzoeken om in een overlegvergadering van gedachten te wisselen omtrent de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen binnen de onderneming (artikel 23 WOR).
- 2.6 In aanvulling op bovenstaande rechten heeft de OR van een NV het recht om zijn standpunt kenbaar te maken inzake het bezoldigingsbeleid (artikel 2:135 lid 2 BW). De voorzitter van de OR of een door hem aangewezen lid van de OR kan het standpunt van de OR in de algemene vergadering nader toelichten. Het voordeel van dit recht is dat de inzichten van de OR degene bereiken die uiteindelijk (de

hoogte van) de beloning van de bestuurders van de onderneming bepalen (te weten de algemene vergadering dan wel de Raad van Commissarissen).

*Dialogoog – wat zijn de verwachtingen?*

- 2.7 In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat er sprake zou zijn van "*onevenredig ervaren stijgingen van de beloningen van bestuurders*" en dat het ter sprake brengen van de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen binnen de onderneming (lees: van het bestuur van de onderneming) gevoelig zou liggen. Voordat in dit kader wordt overgegaan tot wetswijziging zou onzes inziens (i) objectief moeten worden bepaald of het voorgaande juist is, en (ii) of dat dient te worden geadresseerd door middel van een wijziging van de WOR. Van een wetswijziging zou naar onze mening slechts sprake moeten zijn indien voldoende objectief is vastgesteld dát er sprake is van een ongewenste ontwikkeling én een gerelateerde lacune in de wetgeving. Of hiervan sprake is, zou zorgvuldig moeten worden onderbouwd en gemotiveerd in de Memorie van Toelichting. Dat is, naar ons idee, op dit moment onvoldoende het geval.
- 2.8 Indien voorgaande vragen positief moeten worden beantwoord, is vervolgens de vraag of het Voorstel de gestelde lacune zal repareren. Oftewel: zal het jaarlijks agenderen van dit onderwerp resulteren in een effectieve dialoog tussen de ondernemer en de OR over de topbeloningen binnen de onderneming? Als de OR in de praktijk al moeite zou hebben dit onderwerp op eigen initiatief aan te snijden, is het wat ons betreft onwaarschijnlijk dat het voorgestelde verplichte gesprek in een *diepgaande* discussie tussen de OR en de ondernemer zal resulteren als het (uiteindelijk) komt op de beloning van het bestuurder zelf. Daar komt bij dat (i) de verstrekte informatie, in verband met privacy en het feit dat de OR niet gaat over individuele arbeidsvoorwaarden, slechts hoofdlijnen per functiegroep zal bevatten, en (ii) de bestuurder niet gaat over zijn eigen beloning. Die bevoegdheid ligt, als eerder gesteld, bij de algemene vergadering dan wel de Raad van Commissarissen.
- 2.9 In de Memorie van Toelichting wordt in dit kader opgemerkt dat de besluitvorming over de hoogte van de beloning uiteraard blijft voorbehouden aan de eigenaren / aandeelhouders van de onderneming, maar dat bij de verantwoording over deze besluitvorming het werknemersbelang ook een rol speelt. Clifford Chance kan deze opmerking niet goed duiden. Wordt bedoeld dat de besluitvorming omtrent de bezoldiging van het bestuur aan de werknemers (achteraf) verantwoord moet worden? Indien dit zo is, vragen wij ons af of de bestuurder de aangewezen persoon is als het gaat om de verantwoording van de aan het bestuur toegekende beloning.

- 2.10 Eerder zouden wij verwachten dat wordt beoogd te borgen dat in de besluitvorming omtrent de bezoldiging van het bestuur het werknemersbelang wordt meegenomen. Wij denken aan de rationale voor de reeds eerder genoemde invoering van het spreekrecht van de OR op de algemene vergadering van NV's voor wat betreft de vaststelling van het bezoldigingsbeleid, in 2010. Dit zou moeten bewerkstelligen dat de werknemers nauwer dan daarvoor betrokken zouden kunnen worden bij de gedachtevorming over inkomens en inkomensverhoudingen binnen de onderneming, en dat aldus het draagvlak voor het te voeren beleid vergroot zou kunnen worden.
- 2.11 Het is onzes inzien aldus de vraag of de OR in de voorgestelde (gewenste) dialoog met de ondernemer over de topbeloningen "zijn ei" wel kwijt kan. Is het aan de bestuurder om de door de OR (namens de werknemers) gevoerde discussie over dit onderwerp over te brengen aan de aandeelhouders of commissarissen? Dan ligt het toch meer voor de hand om dit onderwerp expliciet te koppelen aan de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming (artikel 24 WOR), in het bijzijn van (vertegenwoordigers van) de commissarissen en de bestuurders van moederverenootschap? Als alternatief kan worden overwogen om de standpuntbepaling en het spreekrecht uit te breiden zodat het bijvoorbeeld ook van toepassing is op BV's. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de inzichten van de OR tijdig worden gedeeld met degene die gaan over de bezoldiging van de bestuurder.<sup>1</sup>

### **3. VERDUIDELIJKING INSTEMMINGSRECHT OR OVER DE ARBEIDS- VOORWAARDELIJKE ASPECTEN VAN DE PENSIOENREGELING**

- 3.1 Clifford Chance kan zich vinden in het uitgangspunt dat de huidige regeling inzake het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van pensioen (artikel 27 WOR), verduidelijking behoeft. Daarnaast is het een goede zaak om de mate waarin de OR medezeggenschap heeft ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen, niet langer meer afhankelijk te maken van de gekozen pensioenuitvoerder. Desalniettemin wil Clifford Chance graag enige kanttekeningen plaatsen bij Voorstel.

#### *Uitbreiding kring van uitvoerders*

- 3.2 Het voorstel is om in het eerste lid van artikel 27, onderdeel a, van de WOR "een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering" te wijzigen in "regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst". Dit om het instemmingsrecht van

---

<sup>1</sup> Aansluiting zoeken bij artikel 30 WOR, zoals wel geopperd, is niet wenselijk omdat dan de privacy van de bestuurder in het geding zal komen en de OR niet gaat over de bezoldiging van individuele werknemers.

de OR niet langer te beperken tot het vaststellen, wijzigen of intrekken van een pensioenregeling die bij een verzekeraar<sup>2</sup> is ondergebracht.

- 3.3 Bij de arbeidsvoorwaarde pensioen zijn niet alleen de werknemer en de werkgever (dan wel sociale partners) betrokken, maar ook de pensioenuitvoerder. De *pensioenovereenkomst* is daarbij de overeenkomst tussen werkgever en werknemer die de basis vormt voor het pensioenreglement. Het *pensioenreglement* is weer een document van de pensioenuitvoerder die op basis van een met de werkgever gesloten *uitvoeringsovereenkomst*, de pensioenovereenkomst uitvoert.
- 3.4 De keuze voor "regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst" is met het oog op het voorgaande ongelukkig omdat hierdoor niet de gewenste duidelijkheid wordt geschapen over waar het instemmingsrecht betrekking op heeft. De inhoud van de pensioenovereenkomst zelf kan immers heel beperkt zijn. Veelal is het op basis van de inhoud van de pensioenovereenkomst door de pensioenuitvoerder vastgestelde pensioenreglement vanuit arbeidsvoorwaardelijk oogpunt veel interessanter.

#### *Uitvoeringsovereenkomst*

- 3.5 Maar het pensioenreglement is geen document dat is vastgesteld door de werkgever en leent zich, in beginsel, dus niet voor een aan de OR toebedeeld instemmingsrecht. Daarnaast kunnen ook in de uitvoeringsovereenkomst zaken zijn geregeld die van invloed zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen, maar niet hoeven te leiden tot een wijziging van de pensioenovereenkomst. De 'arbeidsvoorwaardelijke' invloed van de uitvoeringsovereenkomst wordt in het consultatievoorstel erkend, maar is dat nu een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst?
- 3.6 In het Voorstel wordt hiervoor als oplossing gekozen om aan de WOR een nieuw artikel 31f toe te voegen waarin is geregeld dat de ondernemer verplicht is om de OR te informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van de uitvoeringsovereenkomst. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat dit er toe moet leiden dat de OR instemmingsrecht heeft over aspecten van de uitvoeringsovereenkomst die de arbeidsvoorwaarde pensioen duidelijk raken. Welke dat zijn, is niet nader benoemd en dus wordt het aan de OR overgelaten om zelf te stellen en bewijzen dat er sprake is van een instemmingsrecht. Dit is vragen om conflicten.

---

<sup>2</sup> Hierbij dient ex artikel 23 lid 4 Pensioenwet mede te worden begrepen een pensioeninstelling uit een andere lidstaat, een premiepensioeninstelling of een pensioenfonds dat een ontheffing heeft gekregen als bedoeld in artikel 212, tweede lid Pensioenwet.

- 3.7 Tegelijkertijd is het lastig om een concrete opsomming te geven met daarbij het risico onvolledig te zijn. Het moet in onze visie gaan om elementen van de uitvoeringsovereenkomst die van invloed (kunnen) zijn op de rechten en verplichtingen van de (oud)werknemers.<sup>3</sup> Dat omvat in ieder geval de bijdragen van zowel werkgever als werknemer in ruime zin (met inbegrip van bijstortingsverplichtingen) en de systematiek van toeslagverlening. Maar ook een regeling voor de wijziging van het pensioenreglement en de wijze waarop de uitvoeringsovereenkomst kan worden opgezegd, evenals in hoeverre er bij opzegging iets geregeld is over de uitloopverplichtingen voor de ondernemer die zo bepalend kunnen zijn voor de borging van de rechten en aanspraken. Het verdient in dat kader aanbeveling om te onderzoeken of aansluiting kan worden gezocht bij artikel 25 Pensioenwet waarin immers expliciet is opgenomen welke onderwerpen in de uitvoeringsovereenkomst aan bod dienen te komen.

#### *Pensioenreglement*

- 3.8 Het Voorstel gaat niet in op het door de pensioenuitvoerder vastgestelde pensioenreglement. De Memorie van Toelichting gaat wel in op de situatie waarbij de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen aan het pensioenfondsbestuur. In onze visie is dat een situatie die niet zou mogen voorkomen omdat de inhoud van de pensioenovereenkomst de basis vormt voor de uitvoering, maar de vaststelling daarvan een puur arbeidsvoorwaardelijke zaak is die niet aan de uitvoerder valt over te dragen.
- 3.9 De in de Memorie van Antwoord gekozen oplossing, een toerekening aan de ondernemer van een bestuursbesluit tot wijziging van de pensioenovereenkomst, is onvoldoende en onwenselijk. Ten eerste lijkt daarmee een situatie te worden geaccepteerd die niet correct is en ten tweede wordt nagelaten om deze toerekening dan ook expliciet in de wet te regelen. Wat daarbij bovendien opvalt is dat niet wordt ingegaan op de vraag hoe dient te worden omgegaan met een wijziging van het pensioenreglement door het bestuur, terwijl juist dat document - vaak meer nog dan de pensioenovereenkomst - van arbeidsvoorwaardelijk belang is.

#### *Doublure van medezeggenschap?*

- 3.10 Wat wel is geregeld in het consultatievoorstel is dat artikel 100 van de Pensioenwet, dat gaat over de nietigheid van het goedkeuringsrecht van een partij die geen

---

<sup>3</sup> Hierbij wordt nog opgemerkt dat het Voorstel en de Memorie van Toelichting onvoldoende aandacht besteden aan de positie van oud-werknemers. Hier speelt een vraagstuk van legitimiteit omdat de OR de oud-werknemers in beginsel niet kan vertegenwoordigen. Op zijn minst zou moeten worden bepaald dat de OR de rechten van oud-werknemers op redelijke wijze dient te betrekken in zijn besluitvorming.

orgaan is van het pensioenfonds, niet van toepassing is ten aanzien van het instemmingsrecht van de OR. Wat echter niet is geregeld, ook niet in de Memorie van Toelichting, is hoe het instemmingsrecht van de OR zich verhoudt tot de rechten van het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan, de raad van toezicht en de visitatiecommissie.

- 3.11 In hoeverre er sprake is van een doublure van de medezeggenschap, hangt af van wie de uitvoerder is; pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling? Het verdient dus aanbeveling om als er inderdaad gekozen wordt voor de toerekening van bestuursbesluiten aan de ondernemer (en dan niet alleen met betrekking tot de pensioenovereenkomst, maar ook met betrekking tot de uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement), dit nader te bekijken en uit te werken.
- 3.12 Dit geldt tevens ten aanzien van de verhouding tussen de rechten van de OR indien de aangelegenheid reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst. Dit laatste zal immers zien op de *pensioenovereenkomst* maar niet op die onderdelen van de *uitvoeringsovereenkomst* die de arbeidsvoorwaarden betreffen. Behoudt de OR op deze onderdelen dan alsnog haar instemmingsrecht?
- 3.13 Als gezegd kunnen wij ons vinden in de idee om de rechten van de OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen te verduidelijken. Gelet op al het bovenstaande verdient het naar ons idee evenwel aanbeveling om de wijze waarop dit dient te gebeuren te heroverwegen en te verzekeren dat de in te voeren bepalingen helder en eenduidig zijn.

#### 4. **AANBEVELINGEN**

In het licht van bovenstaande zijn onze aanbevelingen als volgt.

- 4.1 **Uitbreiding bevoegdheden OR inzake de beloningen van bestuurders van grote ondernemingen**
- 4.1.1 De noodzaak van de beoogde wijziging zou objectief moeten worden bepaald.
- 4.1.2 Indien er sprake is van een lancune zou deze helder moeten worden onderbouwd in de Memorie van Toelichting.
- 4.1.3 Indien en voor zover vaststaat dat er sprake is van een lancune zou deze naar onze mening moeten worden geadresseerd via artikel 24 WOR dan wel een uitbreiding van de standpuntbepaling en het spreekrecht in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

#### 4.2 **Verduidelijking instemmingsrecht OR over de arbeids-voorwaardelijke aspecten van de pensioenregeling**

- 4.2.1 Wij kunnen ons vinden in het uitgangspunt dat de huidige regeling inzake het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van pensioen, verduidelijking behoeft.
- 4.2.2 Het Voorstel komt evenwel onvoldoende tegemoet aan de gewenste rechtszekerheid.
- 4.2.3 Wij bevelen aan om duidelijk te maken dat de OR een instemmingsrecht heeft ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen, om daarmee te ondervangen dat arbeidsvoorwaardelijke zaken ook geregeld kunnen zijn in andere documenten dan de pensioenovereenkomst. Expliciet zou moeten worden verwoord op welke onderdelen het instemmingsrecht ziet.
- 4.2.4 Wij bevelen aan om de rechten van de OR ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst expliciet te benoemen middels een koppeling naar artikel 25 Pensioenwet (waarbij artikel 25 lid 1, sub h zou moeten worden uitgebreid met een regeling voor de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds).
- 4.2.5 Wij bevelen aan om te adresseren hoe de rechten van de OR zich verhouden tot de rechten van overige betrokken gremia teneinde doublures te voorkomen.

#### **Clifford Chance** **Employment, Pensions & Benefits**

Floris van de Bult

Hein van den Hout

Wijnanda Rutten

Sara Schermerhorn