

Zijne excellentie de heer L.F. Asscher
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Anna van Hannoverstraat 4
2595 BJ DEN HAAG

Datum 17 maart 2015
Onze ref. 80092753 / - 4201261/int2
Inzake Conceptvoorstel van wet 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

Hooggeachte heer Asscher,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van uw conceptvoorstel van wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de beloningsverhoudingen binnen de onderneming en inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Met u menen wij dat de Wet op de ondernemingsraden ('**WOR**') herzien dient te worden ten aanzien van de medezeggenschap over pensioen. Minder overtuigd zijn wij van de noodzaak tot wijziging van de WOR met als doel het vergroten van de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de beloningsverhoudingen binnen de onderneming. Beide aspecten lichten wij hieronder toe.

1 **PENSIOEN**

Dat de WOR en ook de Pensioenwet op het terrein van medezeggenschap over pensioen aanpassing behoeven, staat als een paal boven water. De gebreken in de huidige regeling zijn in de literatuur vele malen beschreven. In uw voorstel van wet volgt u ten aanzien van pensioen de drie aanbevelingen van de SER. Wij menen dat u, *indien u kiest voor instemmingsrecht van ondernemingsraden ten aanzien van pensioen*, daaraan verstandig doet: de voorstellen van de SER leiden overwegend tot medezeggenschapswetgeving die maatwerk mogelijk maakt en toekomstbestendig is. Echter, op onderdelen leidt deze aanpak tot een suboptimaal resultaat. In het navolgende lichten wij dat toe. Daarbij geven we telkens een aanbeveling hoe het in onze ogen beter kan.

1.1 Materiële benadering (in art. 27 lid 1 sub a en 31f)

Terecht kiest u met het voorgestelde artikel 27 lid 1 sub a voor een “materiële” benadering. Daarmee bedoelen wij: uitsluitend hetgeen dat wordt geregeld ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen doet ter zake bij de vraag welke zeggenschapsrechten de ondernemingsraad heeft, en niet waar dat is geregeld (pensioenovereenkomst, uitvoeringsovereenkomst, algemene voorwaarden bij een verzekeringscontract, statuten van een pensioenfonds, etc.). Deze materiële benadering staat centraal bij alle in de WOR geregelde instemmingsrechten (en overigens ook adviesrechten), biedt de meeste mogelijkheden voor maatwerk door een zo veel mogelijk op de specifieke casus toegesneden beoordeling (eventueel door de rechter) en voorkomt misbruik. Kortom: sterke waarborgen voor toekomstbestendige wetgeving.

Artikel 31 f voorziet in een informatieplicht ter zake de uitvoeringsovereenkomst. Dit mechanisme completeert de werking van de in het voorstel opgenomen bepaling artikel 27 lid 1 sub a en maakt duidelijk dat er *in beginsel geen* instemmingsrecht is ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer die betrekking hebben op de uitvoeringsovereenkomst tenzij de ondernemingsraad kan aantonen dat er evident arbeidsvoorwaardelijke elementen in die overeenkomst geregeld (gaan) worden. Slechts vanuit dit perspectief is het voorgestelde artikel 31f, naar wij menen, een zinvolle regeling. Immers: de WOR ziet op arbeidsvoorwaarden, ondernemingsraden zijn uitsluitend bevoegd op het terrein van arbeidsvoorwaarden en derhalve zou het de reikwijdte van de WOR en de functie van ondernemingsraden overspannen, wanneer informatierechten worden toegekend die op andere zaken betrekking hebben dan die arbeidsvoorwaarden.

Aanbeveling: Maak duidelijk dat het informatierecht in artikel 31f slechts ertoe strekt de ondernemingsraad te kunnen laten controleren of in een contract met de pensioenuitvoerder arbeidsvoorwaardelijke aspecten van pensioen worden geregeld. Een bredere reikwijdte zou deze bepaling onzes inziens niet moeten hebben.

1.2 Handreikingen materiële benadering in toelichting wetsvoorstel

In de regel zal de uitvoeringsovereenkomst niet de kern van de arbeidsvoorwaarde pensioen regelen, maar voorzien in de uitvoering / administratie van dat pensioen door de pensioenuitvoerder. Door de ondernemingsraad een informatierecht ten aanzien van deze overeenkomst te geven, ontstaat een controlemogelijkheid. De ondernemingsraad kan controleren of niet *en passant* het voornemen is alsnog iets arbeidsvoorwaardelijks vast te leggen in de betreffende uitvoeringsovereenkomst.

Aanbeveling: de praktijk heeft behoefte aan vingerwijzingen welke (materiële elementen) van een pensioenregeling instemmingsplichtig zijn. Wanneer de ondernemingsraad gebruik maakt van zijn informatierecht op grond van artikel 31f, hebben zowel ondernemer als ondernemingsraad er behoefte aan vast te kunnen stellen welke elementen van de overeenkomst waarover zij aldus worden geïnformeerd volgens de wetgever mogelijk toch instemmingsplichtig zijn. Er zou over gedacht kunnen worden om een (afdoende gemotiveerde) catalogus van instemmingsplichtige elementen (niet limitatief, maar wel uitgebreid) te benoemen in de toelichting bij het wetsvoorstel. Dit vergroot de praktische bruikbaarheid van het voorstel en versterkt de rechtszekerheid.

1.3 Toerekening aan werkgevers en artikel 110 Pensioenwet

Aanbeveling 3 van de SER (volgens de nummering in de memorie van toelichting) betreft de situatie waarin "de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen van de ondernemer naar het pensioenfonds." In het voorstel van wet wordt voor die situatie geen bijzondere regeling vastgelegd, nu een besluit tot wijziging van een pensioenfondsbestuur kennelijk aan de ondernemer wordt "toegerekend".

Aanbeveling: Toerekening van rechtshandelingen is een complex juridisch terrein. Dat rechtshandelingen van de een voorshands kunnen worden toegerekend aan de ander, komt slechts bij hoge uitzondering voor. Dat heeft goede redenen: de autonomie van (rechts)personen is een van de centrale waarden in het Nederlands burgerlijk recht. Het is dan ook sterk de vraag wat nu met "toerekening" in het wetsvoorstel wordt bedoeld en of deze term nu wel zo gelukkig is gekozen. Is de gedachte dat zelfs bij voornoemde overdracht van de bevoegdheden door de ondernemer, veronderstelt wordt een wijziging een voorgenomen besluit van de ondernemer impliceert? Dit behoeft verduidelijking.

Afgezien hiervan zijn er enkele grote bezwaren tegen voornoemd toerekeningsmechanisme. Het voorstel, althans de memorie van toelichting, gaat ten onrechte uit van de premisse dat de werkgever met de pensioenuitvoerder de uitvoeringsovereenkomst zal kunnen wijzigen (o.a. indien een ondernemingsraad niet instemt met een wijziging door de pensioenuitvoerder in het geval dat aan die uitvoerder een wijzigingsbevoegdheid is overgedragen). Dat een werkgever over een dergelijke de facto eenzijdige wijzigingsbevoegdheid beschikt, is niet aannemelijk. Thans lopende contracten zullen op dit punt opgebroken moeten worden. Dit is een kostbare exercitie waarbij werkgevers en pensioenuitvoerders opnieuw om de onderhandelingstafel moeten.

Voorts: onzes inziens kan een werkgever niet zijn verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaarden overdragen aan een derde partij. Dit staat immers haaks op artikel 7:613 BW respectievelijk 19 Pensioenwet, welke artikelen bepalen dat een werkgever slechts eenzijdig arbeidsvoorwaarden kan wijzigen in geval van een zwaarwichtig belang, waarvoor het belang van de werknemer dient te wijken.

Aanbeveling: er zijn geen goede redenen voor de gedachte dat een ondernemingsraad vrijwillig afstand kan doen van zijn WOR-rechten, wanneer de ondernemingsraad zulks om hem moverende redenen - bijvoorbeeld een gunstiger pensioenregeling (hogere uitkeringen, lagere premies) - aantrekkelijk voorkomt. Dit betekent dat wanneer een ondernemingsraad - onder de in het voorstel van wet neergelegde regeling - beschikt over het instemmingsrecht ten aanzien van pensioen, hij zou moeten kunnen beslissen om voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd afstand te doen van dat instemmingsrecht. Bijvoorbeeld door in te stemmen met de overdracht van wijzigingsbevoegdheden aan een pensioenuitvoerder. Er wordt in dit scenario niet aan de ondernemingsraad een bevoegdheid ontnomen. Neen, de ondernemingsraad beslist weloverwogen over deze afstand van zeggenschap. Dit is een keuzerecht - waarbij wellicht wettelijke waarborgen gesteld kunnen worden, bijvoorbeeld maximaal voor een termijn van 5 jaar of maximaal voor de duur van de uitvoeringsovereenkomst indien deze voor *bepaalde* tijd is etc. - waarvan het zonder toelichting - die in het voorstel van wet ontbreekt - niet duidelijk is waarom dat niet zou mogen toekomen aan een ondernemingsraad. Een gedegen motivering op dit punt is gewenst.

Het wetsvoorstel stelt voor om aan artikel 110 van de Pensioenwet een nieuw tweede lid toe te voegen. In de kern komt dat nieuwe tweede lid erop neer dat het verbod op goedkeuringsrechten van een partij die geen orgaan is van een pensioenfonds, inzake een besluit of voorgenomen besluit van het pensioenfonds *niet* nietig is indien het betreft het instemmingsrecht de ondernemingsraad in het kader van artikel 27 lid 1 sub a van de WOR.

Aanbeveling: Het voorgestelde tweede lid van artikel 110 Pensioenwet wordt bij voorkeur geschrapt. Deze bepaling is onnodig en roept en vragen op. Immers welk besluit of voorgenomen besluit van een pensioenfonds is instemmingsplichtig op grond van de WOR? Geen enkel. Immers artikel 27 lid 1 sub a van de WOR betreft uitsluitend voorgenomen besluiten van de ondernemer (ook in de gedachtelijn van het wetsvoorstel waarbij besluiten aan hem worden "toegerekend"). Het voorgestelde tweede lid roept mogelijk de vraag op of een ondernemingsraad toch instemmingsrechten toekomt ten aanzien van besluiten of voorgenomen besluiten van een pensioenfonds. Dat is gezien de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel - terecht - niet de beoogd. Kortom: het voorgestelde tweede lid van artikel 110 PW is een dode letter die slechts verwarring kan creëren.

1.4 Verplichtgestelde pensioenfonds en pensioenregelingen

Het voorstel gaat niet nader in op de positie waarin sprake is van deelname in een verplichtgesteld (bedrijf)stak)pensioenfonds of verplichtgestelde beroepspensioenregeling. Wij kunnen ons voorstellen dat in de WOR wordt geëxpliciteerd dat in dat geval geen instemmingsrecht aan de ondernemingsraad toekomt. Dit is naar wij menen in het bijzonder van belang indien u mocht vasthouden aan eerder geschetste systematiek van "toerekening" van besluiten van een pensioenfonds aan de ondernemer.

Aanbeveling: Het verdient aanbeveling om in het voorstel van wet eveneens een artikel 27 lid 3 aan te passen door na de woorden "collectieve arbeidsovereenkomst" in te voegen: ", het reglement van een pensioenfonds of van een pensioenregeling, waarin deelname bij wet is verplichtgesteld,". Dit zou kunnen leiden tot een als volgt geformuleerd artikel 27 lid 3:

"De in het eerste lid bedoelde instemming is niet vereist, voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in:

(a) een collectieve arbeidsovereenkomst,

(b) het reglement van een pensioenfonds of van een pensioenregeling, waarin deelname bij wet is verplichtgesteld, of

(c) een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan."

2 BELONINGEN VAN BESTUURDERS

Het doel van de regering is de Wet op de ondernemingsraden zodanig aan te passen dat jaarlijks een gesprek tussen de bestuurder en de ondernemingsraad over de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen, inclusief die van het bestuur, verplicht wordt gesteld. De regering wil hiermee meningsvorming binnen de onderneming over "topbeloningen" stimuleren. De verplichting zal alleen van toepassing zijn op "grote" ondernemingen waarin doorgaans meer dan 100 personen werken.

We hebben de navolgende punten van kritiek. Daarbij geven we telkens een aanbeveling hoe het in onze ogen beter kan.

2.1 Primaire beloningen geen rol voor ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft weinig tot geen zeggenschap over (primaire) beloningen binnen de onderneming en lijkt dus niet het aangewezen orgaan om de beloningsverhoudingen te kunnen beïnvloeden. Zo zal de beloning van "reguliere" werknemers doorgaans onder het bereik van een collectieve arbeidsovereenkomst vallen en is het dus eerder aan de vakbonden om de beloningsverhoudingen binnen de onderneming c.q. de sector in de gaten te houden. Ten aanzien van het bestuur geldt dat het beloningsbeleid wordt vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders, waarbij de ondernemingsraad overigens spreekrecht heeft. Bij grote ondernemingen is de bevoegdheid om individuele beloningen toe te kennen aan bestuursleden doorgaans gedelegeerd aan de Raad van Commissarissen. Hier is in principe geen rol weggelegd voor de ondernemingsraad. Bij structuurvennootschappen is de Raad van Commissarissen bevoegd.

Aanbeveling: Als de regering hecht aan passende beloningsverhoudingen binnen de onderneming en meer resultaat wil bereiken dan enkel het bewerkstelligen van 'meningsvorming', zou de algemene vergadering van aandeelhouders dan wel Raad van Commissarissen het orgaan moeten zijn dat de verantwoordelijkheid krijgt c.q. verplicht wordt om bij het toekennen van bestuurdersbeloningen rekening te houden met de beloningsverhoudingen binnen de onderneming en betrokken wordt bij de dialoog bestuur - ondernemingsraad.

2.2 Raad van Commissarissen

Als de regering van mening blijft dat de ondernemingsraad een grotere rol zou moeten krijgen bij de meningsvorming over beloningsverhoudingen, ligt het voor de hand het overleg te laten plaatsvinden tussen ondernemingsraad en bestuur (ten aanzien van "reguliere" beloningen) c.q. ondernemingsraad en Raad van Commissarissen (ten aanzien van bestuurdersbeloningen). Ons inziens komt het logisch voor de ondernemingsraad invloed te laten uitoefenen op het niveau waar ook daadwerkelijk de beslissingen worden genomen. Het bestuur gaat immers niet over zijn eigen beloning.

Aanbeveling: De ondernemingsraad zou een andere gesprekspartner moeten hebben dan het bestuur als het gaat over de hoogte van de bestuurdersbeloningen. In dit verband raden we aan het aan de ondernemingsraad toegekende spreekrecht (art.2:135 lid 2 BW) met betrekking tot het beloningsbeleid van het bestuur zodanig te modelleren dat het komt te zien op individuele bestuurdersbeloningen. Gelet op de onbekendheid van ondernemingsraden met het spreekrecht en de beperkte invulling die hier aan wordt gegeven¹, is het bovendien aan te raden het spreekrecht "tanden" te geven bij niet of onjuiste naleving ervan. Zo ontstaat een robuust recht voor de ondernemingsraad, in plaats van een lappendeken van hele en halve bevoegdheden.

¹ Blijkens haar brief van 7 maart 2014 ziet de regering een rol weggelegd voor de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap voor specifieke voorlichting over de mogelijkheden van ondernemingsraden op dit terrein (Kamerstukken II 2013 - 2014, 30 111, nr. 67, p. 2).

2.3 Volledige inzage

De regering heeft voor de overlegverplichting aansluiting gezocht bij de reeds bestaande informatieverplichting ten aanzien van de beloningsverhoudingen in de onderneming (de "wet Harrewijn"). Deze wet heeft echter zo zijn beperkingen in de praktijk, met name omdat geen informatie over de beloningen van individuele bestuurders hoeft te worden verschaft. Om privacyredenen gaat de wet Harrewijn uit van het verstrekken van geaggregeerde informatie aan de ondernemingsraad (in clusters van 5 personen), waarbij de beloningsinformatie in geval van een bestuur met minder dan 5 personen mag worden aangevuld met beloningsgegevens van niet-bestuurders. Dit maakt de te verstrekken informatie vaak weinig inzichtelijk. De vraag is bovendien of het noodzakelijk is. Op grond van de regels voor jaarverslaggeving dienen 'open' naamloze vennootschappen reeds te publiceren over individuele bestuurdersbeloningen (artikel 2:383 c BW). Naar onze mening is er een grote overlap tussen 'grote' ondernemingen in de zin van de WOR en 'open' naamloze vennootschappen in de zin van het BW en dus is het privacybelang van de betrokken bestuurders beperkt²

Aanbeveling: Geef de ondernemingsraad volledige inzage in de individuele bestuurdersbeloningen. Het betreft informatie die in veel gevallen ook uit het jaarverslag kan worden gehaald en dit verbetert de positie van de ondernemingsraad om een zinvolle discussie over de hoogte en inhoud van bestuurdersbeloningen te kunnen voeren.

3 CONCLUSIE

Het voorstel van wet kiest ter zake het onderwerp pensioen een benadering waarbij bepalend is voor het instemmingsrecht van een ondernemingsraad of een werkgever een voorgenomen besluit ter zake de arbeidsvoorwaarde pensioen neemt. Waar die arbeidsvoorwaarde precies is vastgelegd - in de pensioenovereenkomst of uitvoeringsovereenkomst - doet niet ter zake. Deze materiële benadering ondersteunen wij gaarne. Het biedt ruimte voor maatwerk en toekomstbestendige wetgeving. Bovendien sluit het aan bij de praktijk van de WOR ten aanzien van andere arbeidsvoorwaarden. Kortom: een consistente, praktische benadering.

Toch zien wij nog enige ruimte voor verdere verbetering. Dit hebben wij in het voorgaande toegelicht.

Ten eerste vragen wij ons af of het nu wel zo verstandig is om – in de woorden van de concept memorie van toelichting – een besluit tot wijziging aan de ondernemer toe te rekenen. Onzes inziens kan een werkgever niet zijn verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaarden overdragen aan een derde partij. Dit staat immers haaks op artikel 7:613 BW respectievelijk 19 Pensioenwet, welke artikelen bepalen dat een werkgever slechts eenzijdig arbeidsvoorwaarden kan wijzigen in geval van een zwaarwichtig belang, waarvoor het belang van de werknemer dient te wijken.

² Sterker nog, ook ondernemingen met beduidend meer werknemers dan gemiddeld 100 zijn met enige regelmaat van de wet Harrewijn (en daarmee ook van de nieuw te introduceren overlegverplichting) uitgezonderd, omdat voor hen het verlichte jaarverslaggevings-regime geldt (artikel 31e lid b WOR jo. artikel 2:397 BW). Deze ondernemingen dienen echter in principe wel de individuele bestuurdersbeloningen in het jaarverslag te publiceren.

Wanneer een pensioenfonds door feitelijk handelen de *uitvoering* van de pensioenregeling wijzigt en de werkgever dat (al dan niet stilzwijgend) accepteert, dan kwalificeert die acceptatie als een besluit, dat op grond van het voorgestelde artikel 27 lid 1 onderdeel a WOR instemmingsplichtig is. Het voorgestelde artikel 110 lid 2 kan wat ons betreft eveneens vervallen.

Een tweede aspect betreft de mate waarin het wetsvoorstel in zijn huidige vorm - met name de daarbij gaande memorie van toelichting - tegemoet komt aan de in de praktijk veel gehoorde behoefte aan duidelijkheid over de reikwijdte van instemmingsrecht ter zake pensioen. Wanneer moet de ondernemer nu wel en wanneer hoeft hij niet langs de OR? Zolang de wet deze situaties niet zo exact mogelijk beschrijft - is dan het idee van sommige critici - voldoet het voorstel van wet niet. Wij kunnen ons tot op zekere hoogte hier iets bij voorstellen, maar beseffen ons tegelijkertijd terdege dat het limitatief benoemen van alle mogelijke instemmingsplichtige aspecten geen haalbare kaart is. Het dwingend voorschrijven van opsommingen van onderdelen van pensioenregeling die tot de arbeidsvoorwaarde gerekend worden of van typen overeenkomsten (bijvoorbeeld wel of niet de uitvoeringsovereenkomst) die tot het zeggenschapsdomein van de OR behoren, biedt ruimte voor ontwijkgedrag en misbruik.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat nadere voorbeelden van wat nu wel en wat nu niet tot de arbeidsvoorwaarde pensioen te rekenen zou zijn, wenselijk zouden zijn voor de praktijk. De concept memorie van toelichting noemt reeds het schrappen van een bijstortverplichting van de werkgever of het afbouwen van een indexatiedepot. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat de wetgever hier elementen aan toevoegt. Het is naar wij menen vooral van belang dat de wetgever nadrukkelijk motiveert waarom hij deze elementen als arbeidsvoorwaardelijk bestempelt.

Voorts kunnen wij ons vinden in de benadering waarbij medezeggenschapsrechten zo veel mogelijk worden geregeld in één wet, namelijk de WOR. Een gespreide regeling over meerdere wetten (o.a. naast de WOR de Pensioenwet) verhoogt het risico op onduidelijkheden door de wetgevingstechniek van het "van overeenkomstige toepassing verklaren". Dat de zeggenschapsrechten van de OR gelijk getrokken worden voor elk type pensioenuitvoerder ondersteunen wij eveneens.

Met betrekking tot de voorgenomen uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de beloningen van bestuurders van grote ondernemingen, creëert dit concept wetsvoorstel een overlegverplichting. Wij menen dat hiermee de positie van de ondernemingsraad niet voldoende recht wordt gedaan. Veeleer lijkt sprake van symboolpolitiek, die bijdraagt aan het ontstaan van een lappendeken van hele en halve bevoegdheden.

Als de regering hecht aan passende beloningsverhoudingen binnen de onderneming en meer resultaat wil bereiken dan enkel het bewerkstelligen van 'meningsvorming', zou de algemene vergadering van aandeelhouders dan wel Raad van Commissarissen het orgaan moeten zijn dat de verantwoordelijkheid krijgt c.q. verplicht wordt om bij het toekennen van bestuurdersbeloningen rekening te houden met de beloningsverhoudingen binnen de onderneming en betrokken wordt bij de dialoog bestuur - OR.

Met betrekking tot de hoogte van de bestuurdersbeloningen, zou de ondernemingsraad een andere gesprekspartner moeten hebben dan het bestuur. We adviseren het aan het aan de ondernemingsraad toegekende spreekrecht (art.2:135 lid 2 BW) met betrekking tot het beloningsbeleid van het bestuur zodanig

te modelleren dat het komt te zien op individuele bestuurdersbeloningen. Wil sprake zijn van een robuust recht van de ondernemingsraad, dan raden wij aan het spreekrecht "tanden" te geven bij niet of onjuiste naleving ervan. Op dit moment geniet dit spreekrecht nog weinig bekend, getuige de beperkte toepassing ervan.

Tot slot menen wij dat de ondernemingsraad volledige inzage dient te hebben in de individuele bestuurdersbeloningen. Deze informatie is nu veelal reeds beschikbaar middels het jaarverslag. Toekenning van dit recht aan de ondernemingsraad verbetert de positie van de ondernemingsraad om een zinvolle discussie over de hoogte en inhoud van bestuurdersbeloningen te kunnen voeren.

Met vriendelijke groet,

Van Doorne N.V.

Sijbren Kuiper en Constant van Tuyll van Serooskerken
Advocaten