

De Horsterkamp 12
Postbus 91
7250 AB Vorden
T (0575) 55 30 50

Barbara Strozziilaan 101
Postbus 7922
1008 AC Amsterdam
T (020) 24 02 293

Reactie op internetconsultatie

Concept wetsvoorstel tot wijziging van
de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet
in verband met de bevoegdheden van ondernemingsraden
inzake de beloningen van bestuurders en
inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen

9 maart 2015

INLEIDING

Pensioen Perspectief maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van ondernemingsraden inzake de beloningen van bestuurders en inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen.

In onze reactie zullen wij alleen ingaan op de voorgestelde wijzigingen in verband met de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Werkgevers en werknemers zijn in beginsel verantwoordelijk voor de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen. Indien er sprake is van een cao waarin het onderwerp pensioen inhoudelijk wordt geregeld, dan is de medezeggenschap van werknemers verzekerd door de vertegenwoordiging door de vakbonden. Indien er geen cao van toepassing is dient de medezeggenschap van de werknemers te worden gerealiseerd door instemming van de ondernemingsraad.

Wij onderschrijven dat de huidige regelgeving voor dit instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaarde pensioen niet duidelijk is vastgelegd en vragen oproept. Door de wijziging eind augustus 2013 is reeds een deel van de lacune bij het onderbrengen en intrekken van de pensioenovereenkomst bij ondernemingspensioenfondsen weggenomen, maar er is nog wel degelijk sprake een lacune in het instemmingsrecht van de ondernemingsraad.

Dat het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voornemens is het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij voorgenomen besluiten over een pensioenregeling te vereenvoudigen en te verduidelijken en de resterende lacune bij het instemmingsrecht te dichten, juichen wij dan ook van harte toe. In het voorliggende concept Wetsvoorstel zien wij echter nog wel essentiële onvolkomenheden, waar wij hieronder in volgorde van het concept Wetsvoorstel nader op in zullen gaan.

1. Wijziging artikel 110 PW; overgedragen wijzigingsbevoegdheid door werkgever aan bestuur pensioenfonds

Werkgevers die hun wijzigingsbevoegdheid hebben overgedragen aan het bestuur van het pensioenfonds omzeilen door deze overdracht het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Doordat niet langer de werkgever -een regeling met betrekking tot- de arbeidsovereenkomst wijzigt, maar het bestuur, is volgens artikel 27 lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) geen instemming van de ondernemingsraad vereist voor dit voorgenomen besluit. Het is immers een voorgenomen besluit van het bestuur, en niet de werkgever (ondernemer). Daarnaast is elk goedkeuringsrecht van een partij die geen orgaan is van het pensioenfonds nietig, aldus artikel 110 Pensioenwet.

De oplossing geboden in dit wetsvoorstel is om aan artikel 110 Pensioenwet toe te voegen dat een instemmingsrecht van de ondernemingsraad wordt uitgezonderd en dus toegestaan. Maar hiermee is nog niet wettelijk vastgelegd dat de ondernemingsraad ook daadwerkelijk een instemmingsrecht heeft. Artikel 27 lid 1 bepaalt nog steeds dat alleen het voorgenomen besluit van *de werkgever* instemming behoeft. Er gaat dus iets mis op deze manier. In de MvT wordt toegelicht dat een voorgenomen besluit van het bestuur van het pensioenfonds in dit geval moet worden gelijkgesteld aan een voorgenomen besluit van de werkgever. Dit zou derhalve ook in de wet moeten worden verankerd, bij voorkeur in artikel 27 WOR.

Aanbeveling 1. De voorgestelde wijziging is onvolledig en bewerkstelligt niet de doelstelling van de wijziging zoals aangegeven in de MvT. Wij raden aan om nadrukkelijk in de wet op te nemen dat de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft op voorgenomen besluiten van de werkgever tot vaststelling, wijziging of intrekking (...) én op dergelijke voorgenomen besluiten van het bestuur van het pensioenfonds, alsof besluiten van de werkgever betreffen, indien de werkgever zijn bevoegdheid heeft overgedragen aan het bestuur van het pensioenfonds. Daarmee wordt de instemming van de ondernemingsraad wettelijk verankerd. Dat dit instemmingsrecht vervolgens wordt uitgezonderd van nietige besluiten in artikel 110 Pensioenwet zorgt voor een complete vervulling van het doel de ondernemingsraad van instemmingsrecht te voorzien.

2. Geen onderscheid naar pensioenuitvoerder

Zowel in het advies van de SER d.d.20 juni 2014, als in de Memorie van Toelichting d.d. 17 februari 2015 (MvT) wordt nadrukkelijk naar voren gebracht dat het onwenselijk is dat er nog langer onderscheid in medezeggenschap bestaat naar de soort pensioenuitvoerder. Daartoe is in het concept Wetsvoorstel opgenomen dat artikel 27 lid 1 WOR zal worden gewijzigd, met als gevolg dat de ondernemingsraad instemmingsrecht verkrijgt over elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een 'regeling met betrekking tot de pensioenovereenkomst'. Uiteraard met uitzondering van het derde lid van artikel 27 WOR (als pensioen inhoudelijk bij cao is geregeld). De ondernemingsraad dient een instemmingsrecht te verkrijgen, ongeacht of de pensioenuitvoerder 'een pensioenfonds, een verzekeraar, ppi of buitenlandse pensioenuitvoerder is'. Dit onderschrijven wij volledig.

3. Onderbrengen pensioenovereenkomst bij buitenlandse pensioenuitvoerder

Het huidige lid 7 van artikel 27 WOR komt te vervallen. Daarvoor in de plaats wordt het voorgestelde lid 7 toegewijd aan het *onderbrengen* van de pensioenovereenkomst bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. Het gaat hier om een verplaatsing van de medezeggenschap van de OR van artikel 23 lid 4 Pensioenwet (die komt te vervallen) naar nieuw lid 7 artikel 27 WOR. De MvT licht nader toe dat het instemmingsrecht voor de inhoud van de regeling terzake van de pensioenovereenkomsten volgt uit lid 1 van artikel 27 WOR. Dit nieuwe lid 7 werkt dan ook alleen maar verwarrend, omdat men in dit lid zou kunnen lezen dat 'slechts' de onderbrenging instemmingsplichtig is als het gaat om een buitenlandse pensioenuitvoerder. In praktijk zal bij de keuze een pensioenregeling onder te brengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder ook altijd de pensioenovereenkomst, dan wel een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst worden vastgesteld, gewijzigd dan wel ingetrokken. Daarmee is in het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij onderbrenging van de pensioenregeling bij een buitenlandse pensioenuitvoerder reeds voorzien door (het gewijzigde) lid 1 van artikel 27 WOR.

Aanbeveling 2. Het nieuwe lid 7, dat een instemmingsrecht bij de onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een buitenlandse pensioenuitvoerder vastlegt, heeft geen toegevoegde waarde en werkt verwarrend. Immers, het instemmingsrecht van de ondernemingsraad is reeds geregeld in lid 1 van artikel 27. Daarnaast zou men, door de afzonderlijke plaatsing in lid 7, kunnen lezen dat er een uitzondering geldt voor de buitenlandse uitvoerder en alleen de "onderbrenging" van de pensioenovereenkomst instemmingsplichtig is. Wij raden dan ook aan dat dit overbodige nieuwe lid volledig komt te vervallen, zulks ter voorkoming van verwarring.

4. 'Regeling met betrekking tot de pensioenovereenkomst'

Lang is er gediscussieerd of het instemmingsrecht van de ondernemingsraad 'slechts' toeziet op de pensioenovereenkomst of ook op de uitvoeringsovereenkomst. In de MvT bij het concept wetsvoorstel en het advies van de SER eerder in 2014 werd beredeneerd dat het *niet* wenselijk is een instemmingsrecht van de ondernemingsraad *op de gehele uitvoeringsovereenkomst* te bewerkstelligen. Daarom is nu gekozen lid 1 van artikel 27 WOR aan te passen en elk voorgenomen besluit tot wijziging van 'een regeling met betrekking tot de pensioenovereenkomst' instemmingsplichtig te maken. Daaronder worden volgens de MvT ook verstaan: 'alle arbeidsvoorwaardelijke aspecten die zijn opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst'. Maar om welke arbeidsvoorwaardelijke aspecten –onderwerpen– het precies gaat is niet gespecificeerd. Het blijft dus gissen of een onderwerp uit de uitvoeringsovereenkomst (of een andere regeling) de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt. Dit leidt in de praktijk tot onduidelijkheden. Onze aanbeveling voor dit punt voegen wij samen met de aanbeveling voor punt 5.

5. Informatieplicht ondernemer voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking uitvoeringsovereenkomst

Om de ondernemingsraad in staat te stellen te beoordelen of er door een voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van de uitvoeringsovereenkomst arbeidsvoorwaardelijke aspecten worden geraakt, hetgeen dus instemmingsplichtig is, wordt er een artikel toegevoegd (31f) aan de WOR. Dit artikel verplicht de werkgever bij een voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van de uitvoeringsovereenkomst de ondernemingsraad hier over zo spoedig mogelijk te informeren.

Indien het niet duidelijk is of een onderwerp uit de uitvoeringsovereenkomst instemmingsplichtig is, en de ondernemingsraad niet om instemming wordt gevraagd, dient de ondernemingsraad te stellen en te bewijzen dat het (de) betreffende uitvoeringsaspect(en) wel degelijk de arbeidsvoorwaarde pensioen raken. De SER merkt in haar advies hier over op dat 'die onduidelijkheid zich vaak pas na jaren openbaart'.

Deze bewijslast die bij de ondernemingsraad wordt neergelegd is in de praktijk te zwaar. Een ondernemingsraad beschikt meestal niet zelfstandig over voldoende kennis betreffende het lastige onderwerp pensioen, en zal daarnaast gezien het machtsverschil de werkgever volgen in haar oordeel. Als jaren later blijkt dat een wijziging wel degelijk de arbeidsvoorwaarde pensioen heeft geraakt is een ondernemingsraad veranderd van samenstelling en is het feit dat instemming gevraagd had moeten worden derhalve nog lastiger te bewijzen of is de termijn voor het invoeren van de nietigheid (artikel 27 lid 5 WOR) reeds (lange tijd) verstreken.

Een oplossing zou gevonden kunnen worden in het omkeren van de bewijslast: werkgever dient te bewijzen dat de arbeidsvoorwaarde pensioen niet wordt geraakt. Maar dit doorkruist de huidige bewijslast inzake het instemmingsrecht WOR.

Een alternatieve oplossing is gelegen in het omschrijven van arbeidsvoorwaardelijke aspecten die in ieder geval tot het instemmingsrecht behoren. Dit voorkomt overloze discussies tussen werkgever en OR, terwijl een nauwe samenwerking tussen werkgever en OR juist de kwaliteit van de uitvoeringsovereenkomst ten goede komt.

Aanbeveling 3. Het beoogde doel achter de invoering van artikel 31f WOR is om die aspecten in de uitvoeringsovereenkomst die de arbeidsvoorwaarde pensioen raken, onder het instemmingsrecht van de OR te laten vallen. Dit wordt door deze invoering niet voldoende verzekerd.

Wij stellen voor om aan artikel 27 een nieuw lid 7 toe te voegen (het in conceptvoorstel opgenomen lid 7 komt te vervallen):

“Onder een regeling als bedoeld in het eerste lid sub a wordt onder meer begrepen de uitvoeringsovereenkomst indien en voor zover deze arbeidsvoorwaardelijke elementen bevat die de pensioenovereenkomst raken of kunnen raken. “

Ten aanzien van de navolgende bepalingen uit de uitvoeringsovereenkomst behoeft de ondernemer in ieder geval instemming (eerste voorzet):

- a. Bepalingen die de hoogte van de uitkering of het kapitaal beïnvloeden, waaronder bepalingen aangaande de toeslagverlening, kosten en beleggingsmogelijkheden;
- b. Bepalingen die (premie)bijdragen van de ondernemer en/of werknemer(s) raken;
- c. Bepalingen die voorbehouden van de uitvoerder en/of ondernemer bevatten.