

# Werknemers binden aan instemming van de OR en het fondsbestuur?



20



**Mr. dr. Mark Heemskerk**  
is senior-onderzoeker bij het VU  
Expertisecentrum Pensioenrecht  
en advocaat bij HouthoffBuruma

**Instemming van de Ondernemingsraad met wijziging van arbeidsvoorwaarden betekent niet automatisch dat die wijziging werknemers bindt. Dat is duidelijk. Maar die binding kan wel worden afgesproken in de arbeidsovereenkomst. Werknemer en werkgever hebben hun contractsvrijheid voor die wijziging dan overgedragen aan de OR en daar hun handtekening onder gezet. Dat standpunt beschreef ik in mijn boek *Ondernemingsraad en pensioen*.<sup>1</sup>**

Recentelijk bevestigde minister Kamp dit standpunt naar aanleiding van Kamervragen over mijn onderzoek.<sup>2</sup> Schop meent dat zo'n vooraf overeengekomen wijziging niet mogelijk is omdat eenzijdige wijziging door de werkgever een zwaarwichtig belang vereist.<sup>3</sup> Met genoegen voldoe ik aan het verzoek van de redactie om te reageren op het prikkelende betoog van Schop. Na een weergave van het praktijkbelang zet ik uiteen waarom werknemers mijns inziens contractueel gebonden kunnen worden maar dat die mogelijkheid eigenlijk niet past in het wettelijk systeem.

## **PRAKTIJKBELANG VAN AUTOMATISCHE BINDING**

Het praktijkbelang van de vraag of werknemers gebonden kunnen worden door instemming van de OR kan niet worden overschat. Het vooraf overeenkomen dat instemming van de OR met een wijziging van de arbeidsvoorwaarde direct doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst biedt mogelijkheden voor werkgevers om collectief de arbeidsvoorwaarde te wijzigen zonder individuele instemming van de werknemers. In de arbeidsovereenkomst staat dan bijvoorbeeld dat instemming van de OR met een wijziging automatisch doorwerkt in

de arbeidsovereenkomst. In deze bijdrage beperk ik mij tot de arbeidsvoorwaarde pensioen. Duidelijk zal zijn dat deze constructie voor alle arbeidsvoorwaarden kan gelden, voor zover die niet bij CAO zijn geregeld.

Een wijziging van een geïndexeerde middelloonregeling naar een premieovereenkomst die de goedkeuring van de OR heeft is dan in een keer doorgevoerd. Anders gezegd: met de OR aan boord is de pensioenovereenkomst automatisch gewijzigd zonder dat werknemers gegrond kunnen protesteren tegen die wijziging. De automatische binding na instemming is immers de kern van de afspraak die is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst. Werkgevers met verzekerde regelingen die hun pensioenregeling wilden aanpassen waren toch al afhankelijk van de OR. De instemming van de OR bij vaststelling, wijziging of intrekking van een 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering' is op grond van de WOR immers al vereist bij verzekerde regelingen (artikel 27 lid 1 onder a WOR).<sup>4</sup> Aangezien die instemming al vereist is – tenzij het pensioen bij CAO is geregeld<sup>5</sup> – zal automatische binding van de OR bij wijziging van verzekerde regelingen voor werkgevers interessant zijn. Heeft de werkgever instemming van de OR over

wijziging van de pensioenregeling dan is daarmee de wijziging ook doorgevoerd jegens zijn werknemers. Wil hij slapers en pensioengerechtigden binden dan kan de contractuele binding wellicht zo worden geformuleerd in de arbeidsovereenkomst dat ook slapers en pensioengerechtigden kunnen worden gebonden aan wijzigingen die door de OR zijn geacordeerd.<sup>6</sup>

Anders dan Schop denk ik niet dat deze methode – instemming van de OR die direct doorwerkt in de arbeidsovereenkomst van werknemers – vaak voorkomt. Ik zie het in de praktijk slechts bij uitzondering. Indien instemming van de OR niet nodig is – de pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door een pensioenfonds – zal de werkgever niet snel geneigd zijn de OR instemmingsrecht te geven.<sup>7</sup> Een bovenwettelijk instemmingsrecht geeft de OR een vetorecht over pensioenwijzigingen. Ondanks het voordeel van directe doorwerking in de arbeidsovereenkomst van werknemers zullen werkgevers zonder verzekerde regeling naar mijn verwachting niet happig zijn op zo'n machtspositie van de OR. Zonder instemming van de OR moet de werkgever die zijn pensioenregeling wil wijzigen buitenom: vervangende toestemming van de kantonrechter na bemiddeling en advies door de bedrijfscommissie.<sup>8</sup> De kantonrechter verleent alleen vervangende toestemming indien de weigering van de OR om in te stemmen met het voorgenomen besluit tot wijziging van de pensioenovereenkomst onredelijk is of zwaarwegende omstandigheden het besluit noodzakelijk maken. Dat is bepaald geen aantrekkelijke route voor werkgevers. Bij pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht bij een pensioenfonds speelt evenwel een variant die lijkt op binding aan de OR, namelijk binding van werknemers aan besluiten van het fondsbestuur om het pensioenreglement te wijzigen.

#### AUTOMATISCHE BINDING WERKNEMERS?

Het beginsel dat vooraf kan worden afgesproken dat werknemers hun contractsvrijheid hebben overgedragen aan de OR is ook toepasbaar bij pensioenovereenkomsten die worden uitgevoerd door pensioenfonds.<sup>9</sup> Het idee is eenvoudig en laat zich omschrijven als pensioenreglementincorporatie.<sup>10</sup> De arbeidsovereenkomst verwijst naar het pensioenreglement door een beding dat er op neerkomt dat op de werknemer van toepassing is het pensioenreglement van pensioenfonds X. In het pensioenreglement staat dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is het reglement te wijzigen jegens deelnemers, slapers en pensioengerechtigden. De facto zijn de werknemer, slaper en pensioengerechtigde daarmee contractueel gebonden aan besluiten van het fondsbestuur.<sup>11</sup> Deze route maakt het bijvoorbeeld eenvoudiger om invaarbesluiten te nemen waarbij de oude pensioenaanspraken door waardeoverdracht worden overgeheveld naar de nieuwe pensioenovereenkomst die voorwaardelijke pensioenaanspraken kent. Het fondsbestuur wijzigt het pensioenreglement en vervolgens verzoekt de werkgever om interne waardeoverdracht ex artikel 83 Pen-

sioenwet. Wordt het vetorecht van aanspraakgerechtigden tegen waardeoverdracht geschrapt dan is invaren mogelijk omdat het verbod om opgebouwde pensioenaanspraken te wijzigen (zie artikel 20 Pensioenwet) niet geldt voor interne waardeoverdracht.<sup>12</sup>

De aantrekkelijkheid van het vooraf doorcontracteren van de wijzigingsbevoegdheid geldt des te meer in een tijdvak waarin grote wijzigingen van het pensioenstelsel (Pensioenakkoord, Wandelgangenakkoord) onherroepelijk zullen leiden tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen.

#### CONTRACTUELE BINDING DOOR INSTEMMING VAN OR EN FONDSBESTUUR

In essentie meen ik dat er drie elementen te onderscheiden zijn in de discussie over binding van werknemers aan instemming van de OR:

- + instemming van de OR met wijziging van de pensioenovereenkomst bindt werknemers in beginsel niet;
- + contractueel kan worden overeengekomen dat instemming van de OR werknemers bindt, dat is geen eenzijdig wijzigingsbeding door de werkgever en daarom is geen zwaarwichtig belang vereist;
- + de mogelijkheid van contractuele binding past niet in het wettelijk systeem omdat de instemming van de werknemers vooraf door de werkgever kan worden weggecontracteerd zonder zwaarwichtig belang van de werkgever.

#### *Instemming van de OR bindt werknemers niet*

Instemming van de OR met een besluit van de ondernemer tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde betekent niet dat werknemers aan die wijziging zijn gebonden. Dat is herhaaldelijk overwogen in de wetsgeschiedenis van de WOR.<sup>13</sup> Ik volsta hier met de volgende passage bij de herziening van de WOR in 1996:

*'Overeenstemming tussen de ondernemer en de ondernemingsraad over een arbeidsvoorwaardenregeling werkt niet automatisch en dwingend door in de individuele arbeidsovereenkomsten. Indien de ondernemer en de ondernemingsraad het eens zijn over de (wijziging van de) arbeidsvoorwaarden dan dient dit nog verwerkt te worden in de individuele arbeidsovereenkomsten, hetzij door middel van verkregen overeenstemming met de werknemers, hetzij door een beroep te doen op artikel 7:613 BW.'*<sup>14</sup>

Dat is ook de vaste lijn in de jurisprudentie. Uit diverse uitspraken blijkt dat de werknemer ondanks instemming van de OR niet gebonden was aan de door de werkgever gewenste wijziging.<sup>15</sup> Gelet hierop is het niet verwonderlijk dat Minister Kamp aangaf dat instemming van de OR werknemers niet automatisch bindt. Overigens is instemming van de OR een belangrijke vingerwijzing dat sprake is van een zwaarwichtig belang. Anders geformuleerd: heeft de OR ingestemd met de wijziging van de pensioenovereenkomst dan is er een vermoe-

den dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft bij de eenzijdige wijziging.<sup>16</sup> Dat vermoeden stond met zoveel woorden in een vervallen artikellid van artikel 7:613 BW dat in de praktijk nog steeds betekenis heeft.<sup>17</sup> Dat vermoeden neemt niet weg dat er altijd nog een belangenafweging op individueel niveau moet plaatsvinden dat in het voordeel van de werknemer kan uitvallen.<sup>18</sup>

***Contractuele binding aan instemming van de OR kan worden overeengekomen***

Schop stelt in zijn bijdrage in dit nummer dat het niet mogelijk is om af te spreken dat de arbeidsvoorwaarde (pensioen) kan worden gewijzigd door instemming van de OR. Hij verdedigt dat standpunt met het argument dat (feitelijk) sprake is van eenzijdige wijziging door de werkgever. Daarom geldt volgens Schop de toets van het zwaarwichtig belang. De werknemer kan volgens hem protesteren indien de werkgever geen zwaarwichtig belang heeft ondanks het feit dat hij in de arbeidsovereenkomst heeft aanvaard dat hij gebonden wordt. Ik ben dat niet met hem eens. Schop wil u en mij met enige denkbare tactiek doen geloven dat een tweezijdige afspraak die werknemer en werkgever bindt een eenzijdige wijziging door de werkgever is, althans dat dit zo moet worden uitgelegd. Dat is mijns inziens geen juiste gedachte. Het eenzijdig wijzigingsbeding en de toets aan het zwaarwichtig belang gaan uit van eenzijdige wijziging door de werkgever. Dat volgt linea recta uit de wettekst van artikel 19 PW (vergelijk ook artikel 7:613 BW):

*Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.*

De van tevoren bedongen afspraak in de arbeidsovereenkomst dat werknemer en werkgever zijn gebonden aan instemming van de OR is (a) geen eenzijdige wijziging en/of (b) geen wijziging door de werkgever. Ten eerste is er geen sprake van een eenzijdig wijzigingsbeding maar van een tevoren overeengekomen wijzigingsbevoegdheid. Een eenzijdig wijzigingsbeding is veelal zo geformuleerd dat de werkgever het recht heeft om de arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen indien hij daarvoor een zwaarwichtig belang heeft waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het is een specifiek beding in de arbeidsovereenkomst en/of pensioenreglement. De afspraak of het beding waarin staat dat instemming van de OR betekent dat die wijziging doorwerkt is een ander soort beding.<sup>19</sup> Ten tweede is er geen sprake van eenzijdige wijziging door de werkgever. Het is niet de werkgever zelf die wijzigt omdat hij instemming van de OR nodig heeft. Ten derde is er geen sprake van wijziging zonder instemming van de werknemer. De werknemer heeft zijn handtekening gezet onder de arbeidsovereenkomst en daarmee aanvaard dat de OR voor

hem onderhandelt. Stemt de OR in dan wordt er toepassing gegeven aan de tweezijdige van te voren overeengekomen wijzigingsbevoegdheid.

Essentieel is dat het contractuele beding waarin instemming van de OR direct doorwerkt in de arbeidsovereenkomst de instemming van de werknemer al bevat (ex ante). De wijzigingsbevoegdheid is al afgesproken. Er is geen eenzijdige wijziging door de werkgever. Bovendien wordt niet gewijzigd zonder instemming van de werknemer. In het arbeidsrecht of het pensioenrecht staat bij mijn weten nergens dat het niet is toegestaan om werknemers te binden aan instemming van de OR. Bij pensioenfondsbesturen geldt eveneens dat het niet de werkgever is die wijzigt. Daarmee is de kous af: het eenzijdig wijzigingsbeding en de eisen daarvan zijn niet van toepassing.

***Wegcontracteren toets zwaarwichtig belang past niet in het wettelijk systeem***

Het gevolg van de contractuele binding is dat de criteria van het eenzijdig wijzigingsbeding – zwaarwichtig belang belangenafweging – niet van toepassing zijn. De werkgever kan de voorwaarden voor eenzijdige wijziging dus contractueel ontlopen.<sup>20</sup> Schop en ik kunnen elkaar wellicht vinden in de gedachte dat het niet past in het arbeidsrecht en het pensioenrecht om het vereiste van zwaarwichtig belang weg te laten contracteren door werkgevers. De arbeids- en pensioenwetgeving is er op gericht werknemers te beschermen tegen eenzijdige wijziging van hun arbeidsvoorwaarden. Het vooraf laten instemmen van de werknemer met de binding aan instemming van de OR of besluiten van het fondsbestuur doet afbreuk aan die gedachte. De werknemer kan zonder toetsing aan het zwaarwichtig belang worden geconfronteerd met wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die hij vooraf niet kent. De toetsing die nog resteert is de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Kantonrechters kunnen dat instrument hanteren om werknemers te beschermen, al ligt de juridische lat hoog. Zowel het arbeidsrecht als het pensioenrecht gaat uit van de gedachte van werknemersbescherming en waarborgen van de zwakkere partij. Het vereiste van een zwaarwichtig belang voor eenzijdige wijziging vormt daar een voorbeeld van. Het van tevoren wegcontracteren van het zwaarwichtig belang is vanuit dat perspectief onwenselijk.<sup>21</sup> Niet voor niets sloot ik mijn boek Ondernemingsraad en pensioen af met de aanbeveling de wenselijkheid te onderzoeken van het ontlopen van de criteria voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever die via het beding in de pensioenovereenkomst dat het pensioenreglement van toepassing is, de vaststelling en ook de wijzigingsbevoegdheid bij het pensioenfondsbestuur legt. Dat is niet wezenlijk anders indien de wijziging wordt overeengekomen met de OR en de wijziging jegens werknemers niet getoetst wordt aan een zwaarwichtig belang van de werkgever. De belangenafweging tussen het belang van de werkgever bij wijziging en het belang van de werknemer bij ongewijzigde voort-

zetting van de pensioenovereenkomst zou een plaats moeten hebben in het systeem van het arbeids- en pensioenrecht.

Dat gezegd hebbend zit er licht tussen wenselijk recht – geen wijziging van arbeidsvoorwaarde pensioen zonder zwaarwichtig belang van de werkgever - en het geldende recht, dat toestaat dat werknemers contractueel worden gebonden aan instemming van de OR of besluiten van het fondsbestuur. Schop meent dat het geldend recht is dat wijzigingen van de pensioenovereenkomst jegens werknemers getoetst kunnen worden aan de eis van een zwaarwichtig belang. Hoe sympathiek die gedachte ook mag zijn, mij lijkt dat geen juiste toepassing van de wet. Tegelijkertijd weet ik dat er manieren zijn om de gewenste uitkomst juridisch 'rond te redeneren'. De rechtspraak die Schop aanhaalt laat mijns inziens zien hoe wisselend kantonrechters om kunnen gaan met begrippen als eenzijdig wijzigingsbeding versus incorporatiebeding en criteria voor wijziging.<sup>22</sup> Rondredeneren kan bijvoorbeeld door op te merken dat het vooraf wegcontracteren via een beding 'zozeer op één lijn te stellen is'<sup>23</sup> met een eenzijdig wijzigingsbeding dat het zwaarwichtig belang toch getoetst moet worden. Hoe praktisch die oplossing ook moge zijn, dogmatisch lijkt mij dat onzuiver.

## CONCLUSIE

Instemming van de OR met wijziging van de pensioenregeling betekent niet dat die wijziging automatisch doorwerkt in de arbeidsovereenkomst van werknemers. Mijns inziens staat de wet het toe om in de arbeidsovereenkomst af te spreken dat de werknemer gebonden is aan instemming van de OR of aan wijzigingen van het pensioenfondsbestuur dat bevoegd is het pensioenreglement te wijzigen. Dat biedt werkgevers ruime mogelijkheden om een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst door te voeren en werknemers te binden aan die wijziging. Het vooraf wegcontracteren van de instemming van de werknemer in de arbeidsovereenkomst aan de OR of het pensioenfondsbestuur past eigenlijk niet goed in het wettelijk systeem dat bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever uitgaat van werknemersbescherming (ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht) en deelnemersbescherming (pensioenrecht) door de eis te stellen dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft bij die wijziging waarvoor het belang van de werknemer moet wijken. Herijking van de wet c.q. een verduidelijking van de koers van de wetgever zou wenselijk zijn. Die koers laat doorgaans op zich wachten. Tot die tijd houd ik het er op dat doorcontracteren van de instemming van de werknemer om de pensioenovereenkomst te wijzigen aan de OR of het pensioenfondsbestuur wel kan maar niet zou moeten mogen.

## Noten

- 1 M. Heemskerk, Ondernemingsraad en pensioen, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2010.
- 2 Aanhangel Kamerstukken II 2011-12, nr. 2259.
- 3 Zie de bijdrage van Schop elders in dit nummer. Vergelijk voor het vereiste van zwaarwichtig belang artikel 19 PW en artikel 7:613 BW.

- 4 Het instemmingsrecht ziet op de regeling met betrekking tot de pensioenverzekering, dat is naast de pensioenovereenkomst ook de uitvoeringsovereenkomst, zie M. Heemskerk, Ondernemingsraad en pensioen, VU Expertisecentrum 2010 en Aanhangel Kamerstukken II 2011-12, nr. 2259. In de beantwoording van de Kamervragen staat weliswaar instemmingsrecht ten aanzien van de uitkeringsovereenkomst, dit is mijns inziens een kennelijke verschrijving; bedoeld moet zijn uitvoeringsovereenkomst, hetgeen ook uit de vraagstelling blijkt.
- 5 Zie artikel 27 lid 3 WOR.
- 6 De binding van slapers en pensioengerechtigden laat ik verder in deze bijdrage buiten beschouwing.
- 7 Een bovenwettelijk instemmingsrecht ex artikel 32 WOR is mogelijk bij ondernemingsovereenkomst.
- 8 Artikel 27 lid 4 WOR.
- 9 Vergelijk J. Röder, Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst, P&P 2007/12, H.P. Breuker, Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst, P&P 2008/3.
- 10 E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse en commentaar, Kluwer, Deventer, hoofdstuk 9.
- 11 Bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds zijn deelnemers gebonden aan het gewijzigde reglement op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000. Slapers en pensioengerechtigden staan niet genoemd in dat artikel. In de praktijk is de binding van slapers en pensioengerechtigden contractueel vastgelegd.
- 12 Er staat in artikel 20 immers een uitzondering voor toepassing van artikel 83 Pensioenwet.
- 13 Kamerstukken II 1969-70, 10 335, nr. 6, p. 15; Kamerstukken II 1975-76, 13 954, nr. 3, p. 43.
- 14 Kamerstukken II 1996-97, 24 615 nr. 9, p. 31, vergelijk ook p. 6.
- 15 Hof 's-Gravenhage 31 maart 2006, JAR 2006, 136 (Bornkamp Zorgvervoer); Hof Arnhem 1 november 2005, JAR 2005, 284 (garantieregeling Campina); Vztr. Rb. Utrecht 26 juli 2005, JAR 2005, 261 (Vandervelde).
- 16 Uitgebreid J.J.M. de Laat, De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst, Reeks VvA nr. 36, Kluwer, Deventer 2008.
- 17 Het lid luidde als volgt, zie Kamerstukken II 1995-96, 24 615, nr. 2: 'De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.' Dit lid is bij nota van wijziging vervallen, zie Kamerstukken II 1996-97, 24 615, nr. 10.
- 18 A.w. E. Schop, Wijziging van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder pensioen, Kluwer Deventer 2007, p. 48.
- 19 Vergelijk ook R.A.A. Duk, Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW, SMA 2006, p. 308-313; A.F. Bungener, E. Koot-van der Putte, Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW: een reactie, SMA 2006, p. 512-515; R. Hansma, Een geïncorporeerde CAO zomaar veranderen?, SMA 2006, p. 507-511; Anders R.M. Beltzer, Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 valt, SMA 2006, F. Koning, De CAO, de gebonden werknemer en het wijzigingsbeding, SMA 1998, p. 476.
- 20 Niet toegestaan volgens ktr. Rotterdam 9 april 2010, PJ 2010, 137 (Marsh).
- 21 M. Heemskerk, Ondernemingsraad en pensioen, VU 2010, in gelijke zin F.V.I.M. Hoppers, H.A. Hoving, Pensioenwet ingehaald door de praktijk, NJB 2011, 728.
- 22 Ktr. Arnhem 30 juni 2006, PJ 2008, 48; Ktr. Zutphen 12 maart 2008, PJ 2009, 65; Hof Arnhem PJ 2011, 78;
- 23 Vergelijk Hof Amsterdam 26 mei 2005, JAR 2005, 132 (Folkeringa) waarin de Ragetlie-regel opzij werd geschoven met een soortgelijk betoog. Het betrof daar het op één lijn stellen van pensioenontslag met rechtsgeldige opzegging en ontbinding zodat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgde op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd toch kon eindigen, ondanks het bepaalde in artikel 7:667 lid 4 BW (de Ragetlie-regel).