



Herijking van de pensioenfondsenroute: *Geldt de eis van een zwaarwichtig belang ex art. 19 Pw toch?*

Er is door de jaren heen veel discussie geweest over de rechtsgeldigheid van de pensioenfondsenroute. Dat houdt kort gezegd in dat het pensioenreglement in de arbeidsovereenkomst wordt geïncorporeerd en het pensioenfonds daarmee een bevoegdheid krijgt om via een wijziging van het pensioenreglement de pensioenovereenkomst te wijzigen. De heersende leer is dat deze pensioenfondsenroute is toegestaan zonder dat hiervoor sprake hoeft te zijn van een zwaarwegend belang bij wijziging zoals artikel 19 Pw dat eist omdat het niet de werkgever, maar het fonds is die de wijziging doorvoert. Gelet op een recent arrest van het Hof Den Haag en een conclusie van advocaat-generaal De Bock voor de Hoge Raad, beide over collectieve arbeidsvoorwaardenvorming via een ondernemingsraad, is het gerechtvaardigd te bezien of de heersende leer wellicht aan herijking toe is. Wat mij betreft is dat het geval.

De vraag of bij een wijziging op basis van een incorporatiebeding een zwaarwichtig belang nodig is, speelt niet alleen in het pensioenrecht (ex art. 19 Pw) maar ook in het arbeidsrecht (ex art. 7:613 BW). De wetsartikelen zijn nagenoeg gelijklopend. In het arbeidsrecht speelt deze discussie met name bij wijzigingen van arbeidsvoorwaarden via een (gewijzigde) cao of een met ondernemingsraden overeengekomen arbeidsvoorwaardenregeling. Vanwege die verwantschap schets ik hieronder eerst ook de arbeidsrechtelijke discussie voordat ik inzoom op het pensioenrecht.

ARBEIDSRECHTELIJKE DISCUSSIE

In veel arbeidsovereenkomsten worden cao's geïncorporeerd. Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is naast wetgeving, dé methode geworden om de ongelijkheid in de onderhandelingspositie tussen werkgevers en werknemers te compenseren.¹ Binding van werkgevers en werknemers is daarbij een belangrijk onderdeel.

Het cao-recht verplicht de werkgever die ofwel een cao heeft gesloten met een vakbond of lid is van een werkgeversvereniging die een cao heeft gesloten, de cao toe te passen op de werknemers die (i) lid zijn van de vakbond(en) waarmee de cao is overeengekomen en (ii) onder de werkingssfeer van de desbetreffende cao vallen. Dit volgt uit artikel 9 Wet CAO. Elk beding tussen een werkgever en werknemer dat in strijd is met de cao is nietig; in plaats van het nietige beding gelden de bepalingen van de cao

(art. 12 lid 1 Wet CAO). Daarnaast vult de cao de individuele arbeidsovereenkomst aan; als werkgever en werknemer op individueel niveau niets zijn overeengekomen ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid en de cao regelt de desbetreffende aangelegenheid wel, dan wordt de individuele arbeidsovereenkomst aangevuld door het bepaalde in de cao (art. 13 Wet CAO).²

Ongebonden werknemers zijn niet aan de cao gebonden. Wel bepaalt artikel 14 Wet CAO dat de gebonden werkgever verplicht is om de cao-bepalingen ook op de ongebonden werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen, toe te passen. Het doel van dit artikel is te voorkomen dat de werkgever na het sluiten van een cao, werknemers in dienst zou kunnen nemen die geen lid zijn van de vakbond en waarmee hij mindere arbeidsvoorwaarden zou kunnen overeenkomen dan de cao voorschrijft.

De werkgever kan de verplichting van artikel 14 Wet CAO gestand doen op kort gezegd twee manieren:

- 1 De werkgever kan iedere individuele ongeorganiseerde of anders georganiseerde, maar wel betrokken werknemer, op individuele basis het aanbod doen om de cao op hem of haar toe te passen. Als de werknemer dat aanbod accepteert, geldt de cao. Accepteert de werknemer het aanbod niet, dan geldt de cao niet en blijven de oude voorwaarden gelden.
- 2 De werkgever kan ook een incorporatiebeding opnemen in de individuele arbeidsovereenkomsten van zijn werknemers.

¹ A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 28)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 3.7.

² A-G. R.H. de Bock, 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1211 en de daar genoemde verwijzingen.

mers.³ Zo'n beding kan statisch of dynamisch worden overeengekomen. Een statisch incorporatiebeding verwijst enkel naar de cao die op het moment van het sluiten van de arbeidsovereenkomst geldt. Bij een dynamisch incorporatiebeding werken ook opvolgende versies van de cao automatisch door in de arbeidsovereenkomst.

Hof Den Haag: incorporatiebeding kwalificeert als eenzijdig wijzigingsbeding

Begin van deze eeuw is er in het tijdschrift Sociaal Maandblad Arbeid discussie geweest tussen Beltzer en Duk over incorporatie van cao's. Beltzer stelde dat een incorporatiebeding niets meer is dan een eenzijdig wijzigingsbeding en dat bij wijziging van arbeidsvoorwaarden op basis van dat beding nog steeds een zwaarwegend belang aanwezig moet zijn.⁴ Hij volgde de redenering die eind jaren 90 ook door Koning werd ingenomen.⁵ Beltzer beriep zich er met name op dat de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst geen gelijkwaardige onderhandelingspositie heeft en op het feit dat het wetsvoorstel voor invoering van artikel 7:613 BW een tweede lid kende dat bepaalde dat een zwaarwichtig belang werd vermoed aanwezig te zijn (onderstreping BK) *“als de regeling van arbeidsvoorwaarden (waaraan de werkgever de werknemer door toepassing van het wijzigingsbeding wil binden) voortvloeit uit een de werkgever bindende cao danwel is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.”* Dit lid werd uiteindelijk overbodig geacht, maar het daarin verwoorde standpunt is door de wetgever niet verlaten. Daaruit concludeerde Beltzer dat ook een wijziging die voortkomt uit cao-afspraken onderworpen is aan de toets van artikel 7:613 BW. Hij betoogde bovendien dat het niet per se de werkgever zelf moet zijn die tot wijziging van arbeidsvoorwaarden besluit. Het gaat erom of de wijziging aan de werkgever kan worden 'toegerekend'. Hij meent dat dit in de regel zo zal zijn, ook als de werkgever besluit, via lidmaatschap, de arbeidsvoorwaardenvorming over te laten aan cao-partijen. De ongebonden werknemer staat daar in principe buiten, ook al stemt de ongebonden werknemer zelf in met het incorporatiebeding. Artikel 7:613 BW zou dan niet omzeild mogen worden via een dynamisch incorporatiebeding.

Duk plaatste verschillende kanttekeningen bij de interpretatie van Beltzer:⁶

- Van een eigen beslissing van de werkgever is geen sprake, omdat er een cao voor nodig is. Als het gaat om een bedrijfstak-cao voeren de sociale partners in die bedrijfstak de onderhandelingen en niet de werkgever. Dat ligt volgens hem genuanceerder bij een ondernemings-cao, maar ook dat is volgens Duk niet vergelijkbaar met een personeelsregeling die de aanleiding was voor invoering van artikel 7:613 BW.
- In de wetsgeschiedenis is een hogere status aan de cao toegekend dan aan bedrijfsregelingen, laat staan eenzijdige wijzigingen door de werkgever. De werking van de Wet CAO bleef onverlet bij de introductie van artikel 7:613 BW.
- Bovendien is volgens Duk in de wetsgeschiedenis niet aan de orde gekomen of een incorporatiebeding als eenzijdig wijzigingsbeding moet worden gekwalificeerd waarop artikel 7:613 BW van toepassing is.
- Tegenover het argument van Beltzer over het verdwenen tweede lid, stelde Duk dat de wetgever er bij het betreffende lid van uitging dat cao-wijzigingen nog in de individuele arbeidsovereenkomst verwerkt moesten worden en dat artikel 14 Wet CAO nog van toepassing was. Dat tweede lid zou voor die gevallen de eenzijdige aanpassingen van de werkgever vergemakkelijken.
- De uitleg van Beltzer zou het risico behelzen dat ongebonden werknemers zouden kunnen *cherry-picken* door per losse arbeidsvoorwaarde het zwaarwichtig belang ter discussie te stellen, terwijl een cao nu juist een *package deal* betreft.
- Beltzers uitleg zou tot meer bescherming van ongebonden werknemers leiden ten opzichte van gebonden werknemers.

Kortom, Duk laat het belang van collectieve ordening van arbeidsvoorwaarden prevaleren waar Beltzer de individuele ongelijkheidscompensatie laat prevaleren.⁷ Wel geeft Duk aan dat materieel getoetst moet worden of het de facto niet de werkgever is die tot wijziging heeft besloten. In het bijzonder noemt hij de situatie dat de werkgever een cao sluit met gele of anderszins weinig representatieve vakbonden. In dat geval komt zo'n (geïncorporeerde) cao wel onder het bereik van artikel 7:613 BW.

Later is er ook nog veel over geschreven, waarvan Roozendaal recentelijk een overzicht heeft gegeven.⁸ Vermeldingswaardig is onder meer het standpunt van Sagel in 2006. Als één van de manieren om een cao met niet-representatieve vakbonden overeengekomen aan te tasten, zou de werknemer een beroep kunnen

3 Onder meer S.F. Sagel, "Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's", *ArbeidsRecht* 2006/44.
4 R.M. Beltzer, "Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt", *SMA* 2006 7/8, p. 309.
5 F. Koning, "De cao, de ongebonden werknemer en het incorporatiebeding", *SMA* 1998 11/12, p. 472.

6 R.A.A. Duk, "Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW", *SMA* 2006 7/8, p. 312.
7 W.L. Roozendaal, "Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en artikel 7:613 BW", *TRA* 2023/17.
8 Zie voor een overzicht: W.L. Roozendaal, "Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en artikel 7:613 BW", *TRA* 2023/17.

doen op artikel 7:613 BW. Sagel stelt dat het van de situatie afhangt of een incorporatiebeding onder artikel 7:613 BW valt. Hij stelde dat als een incorporatiebeding meebrengt dat de werkgever eenzijdig een andere cao dan aanvankelijk werd geïncorporeerd van toepassing kan laten worden (bijvoorbeeld door opzegging van het lidmaatschap van de werkgeversvereniging en vervolgens elders lid te worden of zelf een cao uit te onderhandelen), de werknemer dan de bescherming van artikel 7:613 BW behoort toe te komen. De werkgever zet het incorporatiebeding dan immers de facto in als middel voor eenzijdige wijziging.⁹ Dat neigt wel naar de toerekening die door Beltzer werd voorgestaan.

Roozendaal stelt dat de wetsgeschiedenis wijst op het standpunt van Beltzer, maar dat deze is ingehaald door de literatuur en de rechtspraak. Daarin is de lijn volgens Roozendaal als volgt¹⁰:

- Wijziging van arbeidsvoorwaarden zonder een zwaarwichtig belang aan te tonen is mogelijk als het gaat om wijzigingen die voortvloeien uit een cao met bonafide vakbonden.
- Wijzigingen die met niet-representatieve vakbonden of de ondernemingsraad zijn overeengekomen zijn wel onderworpen aan artikel 7:613 BW en daarvoor is dus wel een zwaarwichtig belang vereist.

De eis van een zwaarwichtig belang geldt voor de drie genoemde gevallen van incorporatie

PENSIOENRECHTELIJKE DISCUSSIE

Ook in het pensioenrecht is er een hevige discussie geweest over de vraag of wijziging via de pensioenfondsenroute mogelijk is, althans onderworpen is aan de toets van een zwaarwichtig belang uit artikel 19 Pw. Dat artikel is materieel gelijkkluidend aan artikel 7:613 BW.

Lutjens stelt dat de pensioenfondsenroute mogelijk is zonder dat hierbij de toets van het zwaarwichtig belang in beeld komt. De pensioenovereenkomst is de overeenkomst tussen een werkgever

9 S.F. Sagel, “Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao’s”, *ArbeidsRecht* 2006/44.

10 W.L. Roozendaal, “Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en artikel 7:613 BW”, *TRA* 2023/17. Overigens constateert zij wel dat de literatuur zich met name toespitst op incorporatie van cao’s en nagenoeg niet op incorporatie van met de medezeggenschap overeengekomen arbeidsvoorwaarden.

en een werknemer, maar daaruit volgt volgens hem niet dat de inhoud niet door een of meer andere partijen kan zijn op- en vastgesteld.¹¹ Partijen kunnen die bevoegdheid volgens hem doorcontracteren en daarmee aan een derde overdragen (contractsvrijheid). Hij verwijst onder meer naar de wetsgeschiedenis waarin de pensioenfondsenroute is erkend.¹² Lutjens voegt hieraan toe dat wel uit de statuten en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement van het pensioenfonds moet volgen dat het pensioenfonds een volledige eigen, zelfstandige, bevoegdheid heeft om het pensioenreglement te wijzigen. Vaak is wijziging van het pensioenreglement toch afhankelijk van de instemming van de werkgever of cao-partijen.¹³ Dat was ook het geval in het Delta Lloyd-arrest (de wijziging vond de facto plaats op instigatie van cao-partijen). Lutjens stelt – en ik deel zijn mening – dat in dit arrest ten onrechte door velen gelezen wordt dat de Hoge Raad de pensioenfondsenroute heeft aanvaard.

Heemskerk is ook van mening dat de pensioenfondsenroute is toegestaan en dat daarvoor geen zwaarwichtig belang is vereist, maar stelt wel dat het doorcontracteren van de wijzigingsbevoegdheid niet past in het wettelijk systeem en onwenselijk is. Om de pensioenfondsenroute te voorkomen, is volgens hem een wetswijziging nodig.¹⁴ Wel pleitten hij, Schop, Kuiper, Van der Poel en Witte ervoor om na te gaan of de wijziging door het fonds daadwerkelijk autonoom tot stand is gekomen of dat de werkgever daar toch de vinger in had.¹⁵ Feitelijk komt dat neer op de materiële toetsing die de meeste arbeidsrechtelijke auteurs ook voorstaan, namelijk of het de facto niet de werkgever is die de wijziging heeft geïnitieerd. Is dat het geval dan zou alsnog een zwaarwichtig belang moeten worden aangetoond.

Ook Van Haaren meent dat de pensioenfondsenroute mogelijk is zonder dat daarbij de eis van een zwaarwichtig belang geldt. In een lezenswaardig artikel concludeert hij dat er geen systematische bezwaren zijn, het geen eenzijdige wijziging door de werkgever betreft maar een wijziging door het fonds die doorwerkt op basis van een tweezijdige overeenkomst tussen werkgever en werknemer en dat de werknemersbelangen voldoende worden

11 Asser/Lutjens, *Pensioen* 2019, nr. 569.

12 Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 10 en 27.

13 Lutjens, VU Expertisecentrum, 17 maart 2022, *Advies Wijziging pensioenregeling en waardeoverdracht (‘invaren’) bij een gesloten pensioenfonds*.

14 M. Heemskerk, “Werknemers binden aan instemming van de OR en het fondsbestuur?”, *Pensioen & Praktijk* 2012/5 en “Sociale partners kunnen wijzigingsbevoegdheid pensioen hebben overgedragen aan fondsbestuur. Reactie op: Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd (TPV 2020/40)”, *TPV* 2020/42.

15 M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop en I. Witte, “Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek: geen uitgewerkte rechtsverhouding en (on)voorwaardelijke indexatieperiodes”, *TPV* 2012/42.

behartigd vanwege de samenstelling van het pensioenfondsbestuur en de medezeggenschapswaarborgen.¹⁶

Een tegengeluid komt van Schop en Van Marwijk Kooy. Schop stelt dat de wijzigingsbevoegdheid niet kan worden doorgecontracteerd, althans dat de werkgever verantwoordelijk blijft voor de door het pensioenfondsbestuur genomen beslissingen. Dit geldt ook in zijn relatie met de OR. De pensioenfondsroute past volgens hem niet binnen de duidelijke afbakening in verantwoordelijkheden tussen sociale partners en pensioenuitvoerders zoals de wetgever dat heeft beoogd. Volgens hem gaat de vergelijking met incorporatie van de cao niet op omdat hier een gebalanceerd wettelijk stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming aan ten grondslag ligt met cao-binding; dat is niet het geval bij de pensioenfondsroute.¹⁷

Van Marwijk Kooy meent dat de pensioenfondsroute niet bestaat, althans niet zou moeten bestaan. Hij verwijst naar de taakafbakening tussen sociale partners en de pensioenuitvoerder. Ook hij wijst de vergelijking met incorporatie van een cao van de hand. De cao betreft collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Dat is niet aan de orde bij een eenzijdig door het fonds vastgestelde pensioenreglement, hoewel er werknemersvertegenwoordigers in het fondsbestuur zitten. Zij hebben namelijk geen mandaat tot arbeidsvoorwaardenvorming anders dan vakbonden bij een cao.¹⁸

HOF DEN HAAG 19 SEPTEMBER 2023 (SGS)

Het Hof Den Haag oordeelde in september 2023 zonder veel omhaal dat het incorporatiebeding een beding is in de zin van artikel 7:613 BW.¹⁹ Het speelde in het kader van arbeidsvoorwaardenvorming via de ondernemingsraad. Afspraken met de ondernemingsraad werkten automatisch door in de arbeidsovereenkomst van de werknemers via een incorporatiebeding. Doordat het hof oordeelde dat het incorporatiebeding kwalificeerde als eenzijdig wijzigingsbeding was de werknemer dus niet op voorhand en automatisch gebonden aan met de ondernemingsraad overeen te komen wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden. Het hof overwoog dat de instemming van de ondernemingsraad in de wegging van artikel 7:613 BW een in aanmerking te nemen omstandigheid kan zijn, maar ook niet meer dan dat. Het hof stelde deze situatie niet gelijk te stellen aan die waarin door middel van een incorporatiebeding opvolgende cao's bij voorbaat van toepassing worden verklaard, nog los van de vraag of ook in dat geval artikel 7:613 BW

van toepassing is. De reden daarvoor is volgens het hof dat bij incorporatie van een cao mag worden aangenomen dat deze is overeengekomen met een representatieve, deskundige en onafhankelijke vakorganisatie, waarmee is voorzien in de bescherming van de werknemer (ongelijkheidscompensatie). Dat is een wezenlijk verschil met arbeidsvoorwaarden die uitsluitend met een ondernemingsraad zijn overeengekomen, aldus het hof (waarin overigens onder meer hoogleraar arbeidsrecht Houweling zitting had).

In zijn noot onder dit arrest ondersteunt Dekker de uitspraak van het hof en in feite het standpunt van Beltzer. Hij hanteert een 'alles-of-niets-benadering' en stelt in algemene zin dat een incorporatiebeding een wijzigingsbeding is in de zin van artikel 7:613 BW. Het tegenovergestelde standpunt is weliswaar praktisch maar komt volgens hem voort uit de angst om de arbeidsvoorwaardenvorming via cao's te grabbel te gooien. Dat gevaar ziet hij niet omdat, zoals Beltzer ook al stelde, een zwaarwichtig belang in de praktijk al snel gegeven zal zijn als de cao is gesloten met representatieve vakbonden. De toets van een zwaarwichtig belang geeft juist ruimte tot maatwerk omdat het rechters de mogelijkheid biedt automatische doorwerking van cao's met gele vakbonden of met ondernemingsraden gesloten arbeidsvoorwaardenregelingen tegen te gaan. Als artikel 7:613 BW niet van toepassing zou zijn, zou dit juist een risico zijn voor werknemers.

Het SGS-arrest van het Hof Den Haag bevestigt dus dat een incorporatiebeding op grond waarvan met een ondernemingsraad afgesproken arbeidsvoorwaarden doorwerken in de arbeidsovereenkomst, getoetst moet worden aan de eis van een zwaarwichtig belang. Die uitkomst is te billijken zoals ik hieronder zal toelichten.

Het arrest roept ook de vraag op of dezelfde eis geldt voor incorporatie van:

- 1 een cao; en
- 2 een pensioenreglement.

Als de eis van een zwaarwichtig belang ook in deze gevallen geldt, is dat een aanzienlijke beperking van de pensioenfondsroute zoals deze tot op heden in de rechtspraak lijkt te worden aanvaard. Tot op heden is de lijn namelijk dat een zwaarwichtig belang niet nodig is; er wordt alleen getoetst of het besluit van het fondsbestuur evenwichtig is.

Ik zal hieronder incorporatie van cao, afspraken met de ondernemingsraad en het pensioenreglement separaat bespreken en de conclusie trekken dat wat mij betreft de eis van een zwaarwichtig belang geldt voor de drie genoemde gevallen van incorporatie. >

16 K.A. van Haaren, "Navigeren door de pensioenfondsroute", *TPV* 2019/46.

17 E. Schop, "Wijziging medezeggenschap OR over pensioen: niet alle knelpunten zijn opgelost", *TRA* 2017/2.

18 A.G. van Marwijk Kooy, "Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd", *TPV* 2020/40.

19 Hof Den Haag 19 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1781, *TRA* 2023/110, met annotatie van F.M. Dekker.

Bij ondernemings- pensioenfondsen geldt in beginsel de 'presumption of unfairness'

INCORPORATIE VAN CAO'S: PROCEDURELE RECHTVAARDIGHEID ALS DAADWERKELIJK CRITERIUM VOOR EIS VAN EEN ZWAARWICHTIG BELANG?

Bij cao's met representatieve vakbonden is het voor de praktijk lood om oud ijzer of de eis van een zwaarwichtig belang geldt. Ik snap Duk als hij stelt dat het onwenselijk is juridische procedures mogelijk te maken in die gevallen waarvan men eigenlijk vindt dat bezwaren tegen incorporatie niet behoren te worden gehonoreerd. Echter, zoals Dekker stelt, hoeft toepasselijkheid van de eis van een zwaarwichtig belang in zulke gevallen evenmin problematisch te zijn vanwege de *presumption of fairness*: cao's zijn het resultaat van een proces van op basis van gelijkwaardigheid gevoerde collectieve onderhandelingen tussen werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties en dit resultaat wordt daarom geacht evenwichtig en juist te zijn (door Poelstra 'procedurele rechtvaardigheid' genoemd²⁰). Ongeacht of je van mening bent dat een zwaarwichtig belang voor wijziging nodig is of niet, zal deze wijziging in de regel standhouden, zo laat ook de rechtspraak zien.

Volgens mij komt de toets of artikel 7:613 BW van toepassing is in de kern hierop neer:

De toets ex artikel 7:613 BW geldt als de wijziging het gevolg is van een besluit van de werkgever *zelf* dan wel een besluit dat aan hem valt toe te rekenen. Dat is alleen niet aan de orde als:

a. **de werkgever volledig buiten de onderhandelingen over de wijziging staat;**

Ik denk dan bijvoorbeeld aan de situatie van een bedrijfstak-cao (bijvoorbeeld de Metalektro-cao) waar de onderhandelingen door de werkgeversverenigingen en niet door de werkgever zelf worden gevoerd.²¹ Wel zal de werkgever wat mij betreft het mechanisme van automatische doorwerking nadrukkelijk moe-

ten toelichten aan de werknemer zodat deze weloverwogen kan beslissen om hier al dan niet mee akkoord te gaan;

en/of

b. **de betrokken wijziging met procedurele rechtvaardigheid tot stand is gekomen.**

De *presumption of fairness* brengt naar mijn mening met zich mee dat bij cao's met representatieve vakbonden het niet de werkgever zelf is die eenzijdig tot wijziging besluit, zodat artikel 7:613 BW ook niet in beeld komt. Er wordt immers gelijkwaardigheid tussen de onderhandelende partijen verondersteld zonder dat één van hun – eenzijdig – zijn zin kan doordrukken. Het verdwenen tweede lid van artikel 7:613 BW noopt niet tot een andere conclusie. Zoals Duk stelde kan dat ook worden uitgelegd als dat de wetgever er bij het betreffende lid van uiting dat cao-wijzigingen (net als afspraken met de ondernemingsraad overigens) nog in de individuele arbeidsovereenkomst verwerkt moesten worden en dat artikel 14 Wet CAO nog van toepassing was.²² Dat strookt met de constatering van Koning dat het bij de invoering van dit wetsartikel gebruikelijk was dat cao's, in het bijzonder bedrijfstak-cao's, veelal algemene (minimum)regelingen bevatten - men sprak van raam-cao's - die op het niveau van de individuele onderneming of bedrijfsvestiging nadere uitwerking en aanvulling behoeften, toegespitst op de aldaar bestaande specifieke omstandigheden.²³

Het tweede lid werd overbodig geacht omdat het vaste praktijk was dat rechters toch al keken of er collectief overleg door de werkgever was gevoerd.²⁴ Bovendien suggereerde het lid dat overleg met de vakbonden een gelijke status had als overleg met de ondernemingsraad. Door het weglaten van dit lid bleef het primaat van de cao intact, wat ook de bedoeling was. De wetgever wilde namelijk het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder diens instemming wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst verenigen met het werkgeversbelang bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij cao zijn geregeld. Bij het verenigen van die belangen wilde de wetgever binnen de marges blijven die worden bepaald door twee uitgangspunten:²⁵

1 De cao is het geëigende instrument voor arbeidsvoorwaardenvorming en moet de voorrangspositie behouden boven andere instrumenten voor ordening van arbeidsvoorwaarden.

20 R.D. Poelstra, "Procedurele rechtvaardigheid als grondslag van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg", *TAC* 2021/3. Hij noemt vijf beginselen waartegen getoetst zou kunnen worden, te weten: (1) het beginsel van verenigingsvrijheid, (2) het beginsel van vrijheid van collectief onderhandelen en contracteren, (3) het beginsel van collectieve actie, (4) het beginsel van onafhankelijkheid en (5) het beginsel van representativiteit.

21 Vgl. R.A.A. Duk, "Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW", *SMA* 2006 7/8, p. 312 en S.F. Sagel, "Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's", *ArbeidsRecht* 2006/44.

22 R.A.A. Duk, "Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW", *SMA* 2006 7/8, p. 313.

23 F. Koning, "De cao, de ongebonden werknemer en het incorporatiebeding", *SMA* 1998 11/12, p. 472.

24 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9 (Nota n.a.v. verslag), p. 31.

25 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9 (Nota n.a.v. verslag), p. 31.

- Instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met de ondernemingsraad hebben geen directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst.

Getoetst aan de criteria onder a. en b. zal bij incorporatie van een cao met zogeheten gele vakbonden, toch snel getoetst moeten worden aan de eis van een zwaarwichtig belang. Er zal materieel immers snel sprake zijn van eenzijdigheid.²⁶ Bij een cao met bonafide vakbonden geldt die eis niet. Dat is te billijken en in lijn met de bedoeling van de wetgever bij de introductie van artikel 7:613 BW. Door incorporatie geeft de werkgever immers invulling aan artikel 14 Wet CAO²⁷ en de werking van dat artikel bleef volgens de wetgever onverlet.²⁸

INCORPORATIE VAN AFSPRAKEN MET EEN ONDERNEMINGSRAAD

Bij incorporatie van arbeidsvoorwaardenregelingen met de ondernemingsraad ligt de situatie genuanceerder dan bij incorporatie van cao's met bonafide vakbonden. De werkgever staat dan (1) niet buiten de onderhandelingen over een wijziging, maar is daar onderdeel van en in de regel zelfs de initiator, en (2) de *presumption of fairness* geldt niet, zoals hieronder zal worden toegelicht.

De wetgever ging ervan uit dat een akkoord met de ondernemingsraad niet automatisch kon doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst, zoals uit het hiervoor genoemde tweede uitgangspunt blijkt. Ook elders in de wetsgeschiedenis staat (onderstrepingen BK): "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 werknemer, hetzij door een beroep te doen op artikel 7:613 BW."²⁹ Kennelijk was de wetgever van mening dat partijen de bevoegdheid van arbeidsvoorwaardenvorming niet kunnen doorcontracteren naar de ondernemingsraad.

Is alleen een ondernemingsraad betrokken, dan geldt de eis van een zwaarwichtig belang

26 Vgl. R.A.A. Duk, "Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW", SMA 2006 7/8, p. 313.
 27 Zie voetnoot 3.
 28 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 23.
 29 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9 (Nota n.a.v. verslag), p. 31.

Maar zelfs als wordt aangenomen dat doorcontracteren juridisch wel mogelijk is, geldt wat mij betreft nog steeds de eis van een zwaarwichtig belang. Hoewel Duk in 2006 niet expliciet inging op geïncorporeerde afspraken met een ondernemingsraad, komt ook hierbij zijn materiële toetsing van eenzijdigheid goed van pas. Met andere woorden: of de toets van artikel 7:613 BW op afspraken met de ondernemingsraad van toepassing is, hangt af van de vraag of onderhandelingen met een ondernemingsraad in zijn algemeenheid kunnen worden gekwalificeerd als gelijkwaardige onderhandelingen. Kan hier een *presumption of fairness* worden aangenomen?

De wetgever leek wel enige mate van *fairness* te verwachten. Het wetsvoorstel zou namelijk tot een meer 'geprononceerde rol' van de ondernemingsraad leiden bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau, zij het binnen het kader van de cao en onverlet de voorrangpositie van de cao.³⁰ Mede daarom richtte de introductie van artikel 7:613 BW zich met name op eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaardenregelingen waarbij geen vakbonden of ondernemingsraad betrokken waren.³¹

Die verwachting van de geprononceerde rol van de ondernemingsraad is echter niet waargemaakt. De rechtspraak laat zien dat eerder sprake is van een *presumption of unfairness* bij afspraken met een ondernemingsraad (of andere derden anders dan representatieve vakbonden). Dat is ook te verklaren uit de verschillen tussen de vakbonden en de ondernemingsraad zoals recent door A-G De Bock uiteengezet. De belangrijkste verschillen die A-G De Bock noemt (niet limitatief) heb ik in onderstaande tabel samengevat³²:

	Vakbond	Ondernemingsraad
Onafhankelijkheid	√	X
Resultaat	Cao-status	Geen cao-status
Enkel dienen werknemersbelang	√	X
Recht op collectieve actie (staking)	√	X
Deskundigheid	√	Soms (OR heeft mogelijkheid zich te laten adviseren)
Maatwerk	Mogelijk	√
Representatieve vertegenwoordiging c.q. feitelijk draagvlak voor afspraken	√ Representativiteit onder druk, maar wel draagvlak voor cao's	√ In de regel wel, maar niet per definitie

A-G De Bock concludeert dat alle besproken verschillen tussen ondernemingsraad en vakbond uitmonden in de conclusie dat 'de ondernemingsraad niet of onvoldoende *countervailing po-*

30 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 22.
 31 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21.
 32 A-G. R.H. de Bock, 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1211, punt 6.4 e.v.

wer tegen de werkgever biedt'. Daardoor bestaat het risico dat de ondernemingsraad minder goede onderhandelingsresultaten behaalt.³³ Het is een risico dat De Bock signaleert, geen gegeven. Het komt dus neer op een *presumption of unfairness* bij afspraken met de ondernemingsraad. Dat betekent naar mijn mening dat uitgegaan moet worden van de 'veronderstelling' dat het de werkgever is die materieel de wijziging doorvoert en dat daarom de eis van een zwaarwichtig belang moet gelden. Het is dan aan de werkgever om dat zwaarwichtige belang aan te tonen, wat gelet op het verdwenen tweede lid wellicht eerder aanwezig geacht zal (moeten) worden als in het specifieke geval aantoonbaar sprake was van gelijkwaardigheid in de onderhandelingen en voldoende *countervailing power* van de ondernemingsraad. De werkgever zal er dan dus verstandig aan doen details over het onderhandelingsproces te delen en te onderbouwen dat de ondernemingsraad goed geëquipeerd was voor de onderhandelingen en zich door een deskundige heeft laten adviseren.

Herijking pensioenfondsroute bij ondernemingspensioenfondsen nodig

INCORPORATIE VAN EEN PENSIOENREGLEMENT; EEN HERIJKING

Lutjens stelt dat de Pensioenwet er niet aan in de weg staat dat werkgever en werknemer overeenkomen dat een derde de inhoud van de pensioenovereenkomst kan bepalen. Incorporatie van het pensioenreglement is met andere woorden contractsvrijheid.³⁴

De vraag is of die verwijzing naar de contractsvrijheid juist is. Het arbeidsrecht staat bol van beperkingen op de contractsvrijheid, met als grondslag de ongelijkheidscompensatie. Artikel 19 Pw is een kopie van artikel 7:613 BW en is bij uitstek een beperking van de contractsvrijheid. Doel was een einde te maken aan de praktijk dat werknemers via een eenzijdig wijzigingsbeding ook aan wijzigingen van die bedrijfsregelingen gebonden worden. De wetgever beoogde passende invloed van werknemers bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden te waarborgen en pensioen is zo'n arbeidsvoorwaarde.

De stelling dat bij incorporatie geen sprake is van eenzijdige, maar tweezijdige wijziging vind ik niet overtuigend. Ook het eenzijdige wijzigingsbeding waaraan de wetgever vanuit een gedachte van ongelijkheidscompensatie een einde heeft willen maken, heeft zijn

33 A-G. R.H. de Bock, 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1211, punt 6.12.

34 Asser/Lutjens, *Pensioen* 2019, nr. 569.

oorsprong in een overeenkomst tussen werkgever en werknemer (het beding zelf wordt immers tussen hen overeengekomen). Bovendien is bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst en daarmee bij het sluiten van het incorporatiebeding, anders dan de voorstanders van incorporatie zonder de eis van zwaarwichtig belang wellicht veronderstellen, een gelijkwaardige positie tussen werkgever en werknemer allerminst gegarandeerd (meestal zelfs niet aanwezig). In de praktijk verwerkt de werkgever het incorporatiebeding immers in de aangeboden arbeidsovereenkomst en wordt daarover niet onderhandeld. Bij het tweezijdig overeengekomen incorporatiebeding is aldus geen sprake van procedurele rechtvaardigheid. Dat is precies het aspect dat artikel 19 Pw beoogt te compenseren.

Lutjens ziet verder niet in waarom incorporatie van een cao wel zou zijn toegestaan en van een pensioenreglement niet.³⁵ Het is terecht om te bezien of die situaties vergelijkbaar zijn, maar anders dan hij zie ik substantiële verschillen tussen beide situaties, althans meer nuance. De vraag is ook bij een wijziging via de pensioenfondsenroute (1) in hoeverre de werkgever daadwerkelijk buiten de onderhandelingen over de wijziging staat en (2) als dat niet het geval is, of sprake is van procedurele rechtvaardigheid.

Verdedigbaar is dat bij bedrijfstakpensioenfondsen de individuele werkgever feitelijk geen rol heeft in de onderhandelingen en dat dus artikel 19 Pw niet van toepassing zou zijn. De individuele werkgever neemt immers niet zelf een wijzigingsbesluit en moet op grond van de Wet Bpf 2000 de reglementen en statuten van het fonds naleven. Als zo'n bedrijfstakpensioenfonds dus besluit het reglement en daarmee de pensioenregeling te wijzigen, is dat geen eenzijdige wijziging door de werkgever en kom je niet meer toe aan de toets van de procedurele rechtvaardigheid.³⁶ Dat artikel 19 Pw niet van toepassing is, staat overigens los van de vraag of een fondsbestuur wel zelfstandig tot wijziging van het pensioenreglement zou moeten (willen) overgaan, gelet op zijn taakstelling.

Het gebrek aan betrokkenheid van de individuele werkgever bij het eventuele wijzigingsbesluit zelf ligt nadrukkelijk anders bij een ondernemingspensioenfonds; het niveau waarop volgens Huijg en Heemskerk de pensioenfondsenroute de facto wordt toegepast (bij het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds volgt gebondenheid niet uit een incorporatiebeding maar uit de wet).³⁷ In het be-

35 Asser/Lutjens, *Pensioen* 2019, nr. 569.

36 Overigens zal die procedurele rechtvaardigheid ook vrij snel kunnen worden aangenomen vanwege de waarborgen in de Pensioenwet. Bij een paritair bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds moeten de vertegenwoordigers van werknemersverenigingen en de vertegenwoordigers van pensioengerechtigden tezamen immers ten minste evenveel zetels bezetten als de vertegenwoordigers van werkgeversverenigingen.

37 M. Heemskerk en T. Huijg, *Advies binding slapers en pensioengerechtigden*, 20 april 2021, voetnoot 43.

stuur van een ondernemingspensioenfondsen zitten werkgeversvertegenwoordigers zodat de werkgever niet langs de zijlijn staat.

Bij de daaropvolgende beoordeling van de procedurele rechtvaardigheid moet het pensioenfondsen(bestuur) vervolgens geijkt worden op basis van de in de bovenstaande tabel genoemde criteria. Omdat het bij de pensioenfondsenroute gaat om besluitvorming binnen het bestuur (doorgaans bestaande uit werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers inclusief pensioengerechtigden), moet aldaar in eerste instantie de beoordeling plaatsvinden. Als daaruit een *presumption of fairness* kan worden gedestilleerd, is verdedigbaar dat de pensioenfondsenroute niet onderworpen is aan de toets in artikel 19 Pw. Van Haaren neemt dat standpunt in feite in.³⁸ Heemskerk c.s.³⁹ aarzelen echter en dat is mijns inziens terecht.

In onderstaande tabel wordt de proef op de som genomen:

	Ondernemingspensioenfondsen (paritair bestuur) ⁴⁰
Onafhankelijkheid	X maar zie opmerking hierna.
Resultaat	Geen cao
Enkel dienen werknemersbelang	X
Stakingsrecht	X
Deskundigheid	X Wel deskundig t.a.v. pensioen, maar niet per se t.a.v. arbeidsvoorwaardenvorming
Maatwerk	√
Representatieve vertegenwoordiging c.q. feitelijk draagvlak voor afspraken	√

Hoewel bij ondernemingspensioenfondsen niet op voorhand duidelijk is wie als vertegenwoordiging van werkgevers en werknemers wordt voorgedragen, zullen dat evenwel vaak mensen uit de eigen geledingen zijn. In dat geval kan niet op voorhand worden aangenomen dat de onafhankelijkheid voldoende geborgd is. Alleen al daarom geldt wat mij betreft niet *presumption of fairness* maar de *presumption of unfairness*.

Bovendien zullen de leden van een ondernemingspensioenfondsenbestuur zich (moeten) richten naar het belang van het fonds. Het mandaat is niet arbeidsvoorwaardenvorming maar uitvoering van

38 K.A. van Haaren, "Navigeren door de pensioenfondsenroute", *TPV* 2019/46.

39 M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop en I. Witte, "Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek: geen uitgewerkte rechtsverhouding en (on)voorwaardelijke indexatieperiodes", *TPV* 2012/42.

40 Paritaire besturen zijn het meest voorkomend. Bij een fonds met een onafhankelijk bestuur zou het plaatje er qua onafhankelijkheid wellicht wat anders uit kunnen zien, maar ook dan zijn er nog substantiële verschillen met een vakbond bij incorporatie van cao's.

de door sociale partners gesloten pensioenovereenkomst. Zij dienen dus niet louter het werknemersbelang. Bovendien hebben werknemersvertegenwoordigers ook geen drukmiddel zoals het stakingsrecht en zal hun deskundigheid met name pensioeninhoudelijk zijn, maar niet per definitie betrekking hebben op arbeidsvoorwaardenvorming. Ook op grond hiervan kan wat mij betreft geen (voldoende) *countervailing power* tegen de werkgeversvertegenwoordigers binnen het fondsbestuur worden aangenomen zoals bij cao's.

De pensioenfondsenroute bij een ondernemingspensioenfonds is naar mijn mening dan ook aan herijking toe in die zin dat deze onderworpen dient te zijn aan de eis van een zwaarwichtig belang ex artikel 19 Pw. Ook hier geldt wel als nuancering dat de mate waarin aantoonbaar sprake was van procedurele rechtvaardigheid c.q. gelijkwaardigheid in de 'onderhandelingen' bij het bestuursbesluit (bijvoorbeeld vanwege een onafhankelijk bestuur), mee moet wegen bij de beoordeling van het zwaarwichtig belang. Naar mijn mening zou ook meegewogen moeten worden of de wijziging voor de werkgever geen enkel voordeel oplevert maar puur is ingegeven door de belangen van het fonds; het zou in het licht van de driehoeksverhouding mogelijk moeten zijn het zwaarwichtig belang ook met die (afgeleide) belangen van het fonds in te kleuren.

CONCLUSIE: HERIJKING PENSIOENFONDSENROUTE OP ZIJN PLAATS

Naar aanleiding van recente rechtsontwikkelingen in het arbeidsrecht, is het gerechtvaardigd om de heersende leer ten aanzien van de pensioenfondsenroute te herijken. De vraag of wijziging van de pensioenovereenkomst via de pensioenfondsenroute onderworpen is aan de eis van een zwaarwichtig belang, moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag (1) in hoeverre de werkgever buiten de onderhandelingen over de wijziging staat en (2) als dat niet het geval is of sprake is van procedurele rechtvaardigheid.

Toegepast op een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en een ondernemingspensioenfonds kunnen de antwoorden als volgt worden samengevat:

Soort fonds	1. Staat werkgever volledig buiten de onderhandelingen over de wijziging?	2. Als vraag 1 positief is beantwoord: is sprake van procedurele rechtvaardigheid?	Uitkomst: eis van zwaarwichtig belang ex art. 19 Pw van toepassing?
Bpf	Ja	N.v.t.	Nee
Opf	Nee	Nee	Ja

Wijziging door een ondernemingspensioenfonds van een pensioenreglement dat in de arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd werkt dus niet automatisch door, maar alleen als sprake is van een zwaarwichtig belang. Het is aan de werkgever aan te tonen dat hiervan sprake is.