217. Arbeidsvoorwaardenvorming met de ondernemingsraad en de eis van een zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW

MR. B.C.L. KANEN

De afgelopen jaren was een trend te ontwaren dat bedrijven, zoals Jumbo en TUI, de vakbonden bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming links lieten liggen ten faveure van afspraken met de ondernemingsraad. Werknemers werden dan geacht automatisch aan die afspraken te zijn gebonden door een incorporatiebeding. Gelet op recente arresten van het hof Den Haag (*SGS*-arrest) respectievelijk de Hoge Raad (*TUI*-arrest), beide over collectieve arbeidsvoorwaardenvorming via een ondernemingsraad, is het gerechtvaardigd te bezien of de heersende leer dat sprake is van automatische doorwerking in de arbeidsovereenkomst wellicht aan herijking toe is. Wat mij betreft is dat het geval.

Inleiding

In zowel het *SGS*- als het *TUI*-arrest onderhandelde de werkgever met zijn ondernemingsraad over de primaire arbeidsvoorwaarden. In beide zaken had de werkgever de wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad uitgebreid met een instemmingsrecht voor de primaire arbeidsvoorwaarden (art. 32 WOR). In het *SGS*-arrest achtte een werknemer zich niet gebonden aan het bepaalde in de met de ondernemingsraad gesloten arbeidsvoorwaardenregeling, terwijl in het *TUI*-arrest de vraag centraal stond of TUI de FNV van de onderhandelingstafel mocht weren omdat zij met de ondernemingsraad afspraken wilde maken. In beide arresten spelen de (institutionele) verschillen tussen vakbonden en ondernemingsraden evenwel een belangrijke rol voor het uiteindelijke oordeel.

Ik zal in dit artikel de vraag beantwoorden of de verschillen tussen vakbonden, ondernemingsraden en een pensioenfondsbestuur relevant zijn voor de vraag of wijziging van een geïncorporeerde cao, arbeidsvoorwaardenregeling met de ondernemingsraad of pensioenreglement automatisch in de verhouding met de werknemer c.q. (gewezen) deelnemer doorwerkt of dat daarvoor nog een zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW c.q. 19 Pw voor nodig is.

SGS-arrest

In het *SGS*-arrest[1] ging het om de vraag of vakantiebijslag over verschillende toelagen al was verdisconteerd in de uitbetaalde bedragen of dat de werknemer nog aanspraak kon maken op 8% over deze toeslagen. SGS betoogde dat uit een arbeidsvoorwaardenregeling met de ondernemingsraad volgde dat de vakantietoeslag reeds was verdisconteerd. Volgens SGS was de werknemer hieraan via incorporatie van de arbeidsvoorwaardenregeling op voorhand en automatisch gebonden. De werknemer betwistte dat.

Het hof moest oordelen of de arbeidsvoorwaardenregeling inderdaad automatisch doorwerkte in de arbeidsovereenkomst of dat het incorporatiebeding slechts kwalificeerde als eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW met als gevolg dat SGS een zwaarwichtig belang nodig had om de werknemer aan de gewijzigde arbeidsvoorwaardenregeling te binden.

Het Hof Den Haag oordeelde in september 2023 zonder veel omhaal van woorden dat het incorporatiebeding, op grond waarvan afspraken met de ondernemingsraad doorwerkten in de individuele arbeidsovereenkomst, een beding is in de zin van art. 7:613 BW.[2] Door deze kwalificatie was de werknemer dus niet op voorhand en automatisch gebonden aan met de ondernemingsraad overeen te komen wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden.

De uitkomst van het *SGS*-arrest is te billijken, zoals ik hieronder zal toelichten. Het arrest roept ook de vraag op of art. 7:613 BW dan ook geldt voor incorporatie van een cao of art. 19 Pw (de evenknie van art. 7:613 BW) bij incorporatie van pensioenreglementen.

TUI-arrest

Voor het antwoord op voornoemde vragen, is ook het *TUI*-arrest relevant. FNV had zich bij TUI gemeld met het verzoek om met haar in onderhandeling te treden over de

1 Hof Den Haag 19 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1781, *TRA* 2023/110, m.nt. Dekker.

2 Hof Den Haag 19 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1781, *TRA* 2023/110, m.nt. Dekker.

primaire arbeidsvoorwaarden voor het cabinepersoneel. TUI had dat geweigerd. De Hoge Raad oordeelde na een afweging van alle omstandigheden dat deze weigering in dit geval onrechtmatig was. Voor dit artikel is van belang dat de Hoge Raad als relevante omstandigheden onder meer aanmerkte de representativiteit en deskundigheid van de vakbond, het belang dat onderhandelingen over primaire arbeidsvoorwaarden worden gevoerd door onderhandelaars die onafhankelijk zijn ten opzichte van de werkgever, het draagvlak bij de werknemers voor de bestaande wijze (namelijk via de ondernemingsraad in plaats van de vakbonden) waarop wordt onderhandeld over primaire arbeidsvoorwaarden en de aan die wijze verbonden waarborgen voor werknemers en het gewicht van de bezwaren die de werkgever ten grondslag legt aan de weigering om met de vakbond in onderhandeling te treden. De verhouding tussen onderhandelen met een ondernemingsraad respectievelijk een vakbond was dus een cruciaal aspect.

Incorporatie van cao's

Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is, naast wetgeving, dé methode geworden om de ongelijkheid in de onderhandelingspositie tussen werkgevers en werknemers te compenseren.[3] Binding van werkgevers en werknemers aan de cao 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. Ongebonden werknemers zijn niet aan de cao gebonden. Wel bepaalt art. 14 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (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.

De werkgever kan de verplichting van art. 14 Wet cao gestand doen op – kort gezegd – twee manieren:

1. de werkgever kan iedere individuele on- of anders georganiseerde, maar wel betrokken werknemer, op individuele basis het aanbod doen om de cao op hem of haar toe te passen.
2. De werkgever kan ook een incorporatiebeding opnemen in de individuele arbeidsovereenkomsten van zijn werknemers.[4] Zo'n beding kan statisch of dynamisch worden overeengekomen.

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 wijzigingen op basis van dat beding nog steeds een zwaarwegend belang aanwezig moet zijn.[5] Hij beriep zich met name op ongelijkheidscompensatie en op het feit dat het wetsvoorstel voor invoering van art. 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.

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 ondernemingscao maar ook dat is volgens Duk niet vergelijkbaar met een personeelsregeling die de aanleiding was voor invoering van art. 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 art. 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 art. 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 art. 14 Wet cao 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 individu-

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

4 Onder meer S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *Arbeidsrecht* 2006/44.

5 R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', *SMA* 2006 7/8, p. 309.

6 R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006 7/8, p. 312.

ele 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 zogenoemde *gele* of anderszins weinig representatieve vakbonden. In dat geval komt zo'n (geïncorporeerde) cao wel onder het bereik van art. 7:613 BW.

De afgelopen jaren was een trend te ontwaren dat bedrijven de vakbonden bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming links lieten liggen ten faveure van afspraken met de ondernemingsraad

Later is hier ook nog veel over geschreven, waarvan Roozendaal recentelijk een overzicht heeft gegeven.[8] Zij 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 volgt:[9]

- 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 art. 7:613 BW en daarvoor is dus wel een zwaarwichtig belang vereist.

In het *SGS*-arrest overwoog het hof dat de situatie van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming via de ondernemingsraad niet gelijk te stellen is 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 art. 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. Dat is een wezenlijk verschil met arbeidsvoorwaarden die uitsluitend met een ondernemingsraad zijn overeengekomen, aldus het hof.

Bij cao's met representatieve vakbonden is het voor de praktijk lood om oud ijzer of de eis van een zwaarwichtig belang geldt. De toepasselijkheid van de eis van een zwaarwichtig belang hoeft niet problematisch te zijn vanwege de *presumption of fairness*, zoals Dekker stelt in zijn noot onder het *SGS*-arrest. Hij ondersteunt 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 art. 7:613 BW. Hij ziet ook geen risico dat hiermee de arbeidsvoorwaardenvorming via cao's te grabbel wordt gegooid, 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 (door Poelstra *procedurele rechtvaardigheid* genoemd[10]). De rechtspraak laat dit ook zien.

Welke criteria zijn te destilleren voor toepasselijkheid 7:613 BW bij incorporatie?

Dogmatisch ben ik van mening dat de ongelijkheidscompensatie niet dubbelop hoeft te zijn; het kan hetzij plaatsvinden via de presumption of fairness bij cao's, hetzij – als die cao-bescherming er niet is – via art. 7:613 BW. Anders gezegd, de toets ex art. 7:613 BW geldt wat mij betreft als de wijziging het gevolg is van een besluit van de werkgever *zelf* dan wel een besluit dat aan hem valt toe te rekenen. Daarvan is geen sprake 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;[11]
   en/of
b. **de betrokken wijziging met procedurele rechtvaardigheid tot stand is gekomen**
   Cao-onderhandelingen tussen werkgevers(verenigingen) en werknemersverenigingen vinden, in principe, plaats op basis van gelijkwaardigheid zoals recent nog eens bevestigd in de memorie van toelichting uit april 2024 bij de implementatie van de EU-richtlijn over toereikende minimumlonen (die bovendien de rol van de vakbonden bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming nog sterker wil waarborgen).[12] *Inherent aan deze gelijkwaardigheid en de hieruit voortvloeiende presumption of fairness is dat niet één van de cao-sluitende partijen – eenzijdig – haar zin kan doordrukken. Van een eenzijdig wijzigingsbesluit van de werkgever kan bij cao's dus geen sprake zijn, zodat art. 7:613 BW niet in beeld komt.*
   Teneinde de gelijkwaardigheid te waarborgen is een uitgangspunt in het Nederlandse stelsel dat cao-sluitende partijen onafhankelijk van elkaar zijn. Daarvoor is geen

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.

9 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.

10 R.D. Poelstra, 'Procedurele rechtvaardigheid als grondslag van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg', *TAC* 2021/3. Hij noemt vijf beginselen waaraan 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

11 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.

12 *Kamerstukken II* 2023/24, 36545, nr. 3 (MvT), p. 28.

duidelijk wettelijk toetsingskader,[13] *maar in de kern moeten ze vrij zijn van inmenging van de één in de zaken van de ander bij de oprichting, de uitoefening van werkzaamheden en het beheer van hun organisaties.*[14] *Het ILO-verdrag 98 specificeert nog in art. 2 dat het bij inmenging gaat om daden die gericht zijn op het bevorderen van de oprichting van werknemersorganisaties, die door werkgevers of werkgeversorganisaties worden beheerst, of op het verlenen van steun met financiële of andere middelen aan werknemersorganisaties, met het doel deze organisaties onder controle van werkgevers of werkgeversorganisaties te plaatsen.*

Getoetst aan deze criteria zal incorporatie van een cao met gele vakbonden, vermoedelijk spaak lopen omdat van een geldige cao geen sprake is.[15] Materieel is bij implementatie van zo'n 'cao' dan sprake is van een eenzijdige wijziging door de werkgever die getoetst moet worden aan de eis van een zwaarwichtig belang.[16] Bij een cao met bonafide vakbonden geldt art. 7:613 BW als gezegd niet. Door incorporatie geeft de werkgever immers invulling aan art. 14 Wet cao[17] en de werking van de Wet cao bleef bij de introductie van art. 7:613 BW onverlet.[18] Hoewel wat cryptisch, maak ik daaruit op dat dat de wetgever met introductie van art. 7:613 BW niet beoogde extra eisen (specifiek: de eis van een zwaarwichtig belang) te stellen aan de invulling van art. 14 Wet cao.

De ondernemingsraad handelt niet louter in het belang van (een specifieke groep) werknemers en staat minder vrij en onafhankelijk tegenover de werkgever dan een onafhankelijke vakbond en kan geen collectieve acties voeren

Het verdwenen tweede lid van art. 7:613 BW noopt evenmin tot de conclusie dat dit artikel ook bij cao's van toepassing is. Ik verwijs daarbij naar Duk[19] en de constatering van Koning dat bij de invoering van dit wetsartikel rekening is gehouden met het feit dat cao's, in het bijzonder bedrijfstak-cao's, veelal algemene (minimum)regelingen bevatten (raam-cao's) die op het niveau van de individuele onderneming of bedrijfsvestiging nadere uitwerking en aanvulling behoefden, toegespitst op de aldaar bestaande specifieke omstandigheden.[20]

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.[21] 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:[22]

1. de cao is het geëigende instrument voor arbeidsvoorwaardenvorming en moet de voorrangspositie behouden boven andere instrumenten voor ordening van arbeidsvoorwaarden.
2. instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met de ondernemingsraad heeft geen directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst.

Toepassing criteria op 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 (a) niet buiten de onderhandelingen over een wijziging, maar is daar onderdeel van en in de regel zelfs de initiator, en (b) de presumption of fairness geldt niet, zoals hieronder zal worden toegelicht.

De wetgever ging er op verschillende punten in de wetsgeschiedenis van uit dat een akkoord met de ondernemingsraad niet automatisch kon doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst.[23] Kennelijk was de wetgever van mening dat partijen de bevoegdheid van arbeidsvoorwaardenvorming niet kunnen doorcontracteren naar de ondernemingsraad.

Maar zelfs als wordt aangenomen dat doorcontracteren juridisch wel mogelijk zou zijn, geldt wat mij betreft nog steeds de eis van een zwaarwichtig belang omdat de presumption of fairness niet opgaat. De wetgever leek in het verleden 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 voorrangspo-

13 Vanwege het ontbreken van duidelijke criteria is FNV recent een procedure gestart tegen de Landelijke Belangenvereniging (LBV) om een toetsingskader voor onafhankelijkheid van vakbonden uit te lokken, zie: https://www.fnv.nl/nieuwsbericht/algemeen-nieuws/2024/05/fnv-eist-bij-rechter-dat-de-lbv-geen-cao-s-meer-af

14 *Kamerstukken II* 2023/24, 36545, nr. 3 (MvT), p. 28.

15 Ktr. Utrecht 3 november 1994, «JAR» 1995/39.

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

17 Zie voetnoot 3.

18 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 3 (MvT), p. 23.

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

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

21 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 9 (Nota n.a.v. verslag), p. 31.

22 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 9 (Nota n.a.v. verslag), p. 31.

23 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 9 (Nota n.a.v. verslag), p.31.

sitie van de cao.[24] Mede daarom richtte de introductie van art. 7:613 BW zich met name op eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaardenregelingen waarbij geen vakbonden of ondernemingsraad betrokken waren.[25]

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 *un*fairness. Dat is ook te verklaren uit de verschillen tussen de vakbonden en de ondernemingsraad zoals recent door A-G De Bock uiteengezet bij het *TUI*-arrest. De belangrijkste verschillen die A-G De Bock noemt (niet limitatief) heb ik in onderstaande tabel samengevat:[26]

	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

Tabel 1. Belangrijkste criteria voor presumption of fairness bij arbeidsvoorwaardenvorming toegepast op de vakbond en de ondernemingsraad.

A-G De Bock concludeert hieruit dat '*de ondernemingsraad niet of onvoldoende* countervailing power *tegen de werkgever biedt*'. Daardoor bestaat het risico dat de ondernemingsraad minder goede onderhandelingsresultaten behaalt.[27] Bij zijn oordeel dat TUI met FNV moest onderhandelen over een cao, bleken deze aspecten ook een rol te spelen, want de Hoge Raad overwoog dat:[28]

- FNV de grootste, onafhankelijke vakbond van Nederland is, ervaren is in het afsluiten van cao's en beschikt over de nodige deskundigheid en financiële middelen.
- werknemers in het algemeen belang hebben bij (vrijwillige) vertegenwoordiging door een onafhankelijke vakbond die collectieve acties kan voeren en naleving van cao's kan afdwingen.
- de ondernemingsraad niet louter in het belang van (een specifieke groep) werknemers handelt en minder vrij en onafhankelijk staat tegenover de werkgever dan een onafhankelijke vakbond en geen collectieve acties kan voeren.

Gevolg van de presumption of *un*fairness bij afspraken met de ondernemingsraad zou dan zijn dat de eis van een zwaarwichtig belang geldt (dat geldt wat mij betreft ook als er zich in het geheel geen vakbond had aangediend voor overleg). Het is vervolgens 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. Dat is geen sinecure en de werkgever zal er dan dus verstandig aan doen te onderbouwen dat de ondernemingsraad goed geëquipeerd was voor de onderhandelingen en zich door een deskundige heeft laten adviseren.

Wijziging van pensioen

Pensioen kan, kort gezegd, (1) bij cao geregeld zijn of (2) in de individuele arbeidsovereenkomst al dan niet met incorporatie van een pensioenreglement of de cao.

Ad 1: Pensioenwijziging via de cao-route
Voor *werknemers* geldt wat ik hiervoor over wijzigingen in de cao heb uiteengezet: zij worden via het cao-recht gebonden aan cao-wijzigingen. De vraag is echter of een *ex-werknemer* na uitdiensttreding nog aan een pensioenwijziging gebonden kan worden via het cao-recht.

Gerlach geeft in zijn proefschrift een overzicht van de voor- en tegenstanders van binding van ex-werknemers via het cao-recht, met bijbehorende argumenten – die ik niet zal herhalen – en concludeert dat de literatuur en rechtspraak hopeloos verdeeld zijn. Zelf lijkt hij voorstander te zijn en stelt dat de juridische hobbels van de Wet cao om ook een ex-werknemer aan een cao te binden overkomelijk zijn.[29] Ik behoor ook tot de voorstanders. Na uitdiensttreding is immers geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding.[30] Ik zie niet in waarom dat niet ook betrekking kan hebben op de pensioenovereenkomst die bij cao is overeengekomen en die juist ook wordt aangegaan voor de periode na einde van het dienstverband. Bovendien is er dan ook behoefte aan de ongelijkheidscompensatie die een cao beoogt te geven. Wel zal het ook een kwestie van uitleg zijn van de specifieke afspraken of ex-werknemers ook gebonden zijn aan de cao.

Ad 2: Wijziging via incorporatie van de cao of pensioenreglement
Voor zover het cao-recht niet tot binding leidt, komt een incorporatiebeding in beeld. Het kan gaan om (a) incorporatie van een cao waarin de (collectieve) pensioenovereen-

24 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.
25 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21.
26 Conclusie A-G 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1211, punt 6.4 e.v.
27 Conclusie A-G 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1211, punt 6.12.
28 HR 26 april 2024, «JAR» 2024/146 m.nt. Jansen, r.o. 3.5.
29 V. Gerlach, 'De ex-werknemer' (Monografieën Sociaal Recht nr. 83), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.3.1.
30 HR 6 september 2013, «JAR» 2013/249, m.nt. Heemskerk.

komst is vastgelegd of (b) incorporatie van een pensioenreglement waardoor het pensioenfonds de bevoegdheid krijgt om via een wijziging van het pensioenreglement de pensioenovereenkomst te wijzigen (de zogeheten pensioenfondsenroute) en het kan betrekking hebben op zowel werknemers als ex-werknemers. Ook bij dit soort incorporatiebedingen is de vraag of een pensioenwijziging automatisch doorwerkt of dat hiervoor nog een zwaarwichtig belang ex art. 19 Pw (de evenknie van art. 7:613 BW) nodig is.

Ad 2a: Wijziging door middel van incorporatie van een cao
Voor *werknemers* zal een wijziging via een geïncorporeerde cao met representatieve en onafhankelijke vakbonden wel standhouden, zoals ik hiervoor heb uitgelegd.[31] Voor *ex-werknemers* geldt wat mij betreft hetzelfde. De hiervoor genoemde criteria voor het aannemen van procedurele rechtvaardigheid gelden onverkort. Hooguit zou getwijfeld kunnen worden of de vakbonden wel het belang van ex-werknemers dienen, maar in de statuten van veel grote vakbonden is de belangenbehartiging van ex-werknemers expliciet onderdeel van de doelomschrijving.[32] Ook bij de mogelijkheden voor collectieve acties zouden vraagtekens gesteld kunnen worden, omdat ex-werknemers immers niet kunnen staken. Zij zijn echter wel tot diverse andere vormen van collectieve actie in staat.[33] Er lijkt dus geen doorslaggevende reden om geen procedurele gerechtvaardigdheid aan te nemen ten aanzien van de ex-werknemers. Of een incorporatiebeding zich ook daadwerkelijk uitstrekt tot cao's die na het einde van de arbeidsovereenkomst tot stand komen, is daarbij uiteraard een kwestie van uitleg.[34]

Ad 2b: Wijziging via de pensioenfondsenroute
Gerlach zet uiteen dat er ook ten aanzien van de pensioenfondsenroute voor- en tegenstanders zijn van de toepassing van een zwaarwichtig belang. Zelf ziet Gerlach geen reden om art. 19Pw/7:613 BW van toepassing te achten bij de pensioenfondsroute. Volgens hem is de pensioenfondsroute niet anders dan incorporatie van een cao in de arbeidsovereenkomst.[35] Lutjens ziet evenmin in waarom incorporatie van een cao wel zou zijn toegestaan en van een pensioenreglement niet.[36]

Daarin verschil ik met beide schrijvers van mening, althans is meer nuance op zijn plaats. De vraag is (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. In dat kader is het pensioenfondsbestuur wat mij betreft niet te vergelijken met een vakbond.

Verdedigbaar is dat bij bedrijfstakpensioenfondsen, de individuele werkgever feitelijk geen rol heeft in de onderhandelingen en dat dus art. 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.[37]

De vraag is (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

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).[38] In het bestuur van een ondernemingspensioenfonds zitten werkgeversvertegenwoordigers zodat de werkgever niet langs de zijlijn staat.

Dan moet de procedurele rechtvaardigheid beoordeeld worden. Omdat het bij de pensioenfondsenroute gaat om besluitvorming binnen het bestuur (doorgaans paritair samengesteld uit werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers inclusief pensioengerechtigden), moet aldaar in eerste instantie de beoordeling plaatsvinden. Van Haaren neemt presumption of fairness aan zodat de pensioenfondsenroute niet onderworpen zou zijn aan de toets in art. 19 Pw.[39] Heemskerk c.s. aarzelen echter en dat is mijns inziens terecht. Zij pleiten 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.[40] In

31 Zoals gezegd ben ik van mening dat er geen zwaarwichtig belang hoeft te worden aangetoond, omdat vanwege de presumption of fairness bij cao's met representatieve en onafhankelijke vakbonden niet volgehouden kan worden dat de werkgever eenzijdig tot wijziging besluit.

32 V. Gerlach, 'De ex-werknemer' (Monografieën Sociaal Recht nr. 83), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.3.1.

33 J.M. van Slooten, 'De "uitgewerkte rechtsverhouding": geen argument, maar soms een conclusie', *ArbeidsRecht* 2013/6.

34 V. Gerlach, 'De ex-werknemer' (Monografieën Sociaal Recht nr. 83), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.3.1.

35 V. Gerlach, 'De ex-werknemer' (Monografieën Sociaal Recht nr. 83), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.5.2.

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

37 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.

38 M. Heemskerk en T. Huijg, 'Advies binding slapers en pensioengerechtigden', 20 april 2021, voetnoot 43.

39 K.A. van Haaren, 'Navigeren door de pensioenfondsenroute', *TPV* 2019/46.

40 M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop & I. Witte, 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek, Geen uitgewerkte rechtsverhouding en (on)voorwaardelijke indexatieperikelen', *TPV* 2012/42.

onderstaande tabel – gebaseerd op een pensioenfonds met een paritair bestuur – wordt duidelijk dat geen presumption of fairness kan worden aangenomen zoals bij cao's:[41]

	Ondernemingspensioenfonds (paritair bestuur)
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	√

Tabel 2. Belangrijkste criteria voor presumption of fairness bij arbeidsvoorwaardenvorming toegepast op een ondernemingspensioenfonds.

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. De helft zal in de regel door de werkgever worden benoemd. De werkgever staat dus niet aan de zijlijn bij de besluitvorming. De vervolgvraag is in hoeverre de werkgever binnen het fondsbestuur de overhand heeft. De andere helft van de zetels binnen het fondsbestuur bestaat uit vertegenwoordigers van zowel deelnemers als gepensioneerden. Gepensioneerden en deelnemers hebben weliswaar verwante belangen, maar ze zijn wat mij betreft niet te vereenzelvigen, met als gevolg dat van deze drie groepen de werkgeversvertegenwoordigers dus in de meerderheid zijn.[42] Dan kan niet op voorhand worden aangenomen dat de ongelijkheidscompensatie voldoende geborgd is. Alleen al daarom geldt wat mij betreft de eis van een zwaarwichtig belang.

Tevens geldt dat werknemersvertegenwoordigers in het fondsbestuur een andere positie hebben ten opzichte van hun achterban en bepaalde instrumenten voor ongelijkheidscompensatie ontberen. Gerlach stelt dat de (ex-)werknemers wel bescherming genieten vanwege de evenwichtigheidstoets van art. 105 lid 2 Pw en dat deze bescherming niet per se ondergeschikt zou zijn aan de bescherming bij vakbondsbetrokkenheid.[43] Dat dit een bepaalde mate van bescherming biedt kan ik volgen, maar het betreft wel een andersoortige bescherming. De leden van een ondernemingspensioenfondsbestuur richten zich naar het belang van het fonds. Het mandaat is *niet* arbeidsvoorwaardenvorming maar uitvoering van de door sociale partners gesloten pensioenovereenkomst. Zoals de Hoge Raad in *TUI* ten aanzien van de ondernemingsraad overwoog, geldt ook hier dat niet louter het (ex-)werknemersbelang wordt gediend zoals vakbonden doen, het is slechts één van de belangen die worden meegenomen. Bovendien hebben werknemersvertegenwoordigers binnen het fondsbestuur ook geen stakingsrecht en zal hun deskundigheid niet per definitie betrekking hebben op arbeidsvoorwaardenvorming (die bevoegdheid ligt bij sociale partners). Daarom kan wat mij betreft als uitgangspunt geen (voldoende) *countervailing power* tegen de werkgeversvertegenwoordigers binnen het fondsbestuur worden aangenomen zoals bij cao's.

De mate waarin feitelijk sprake was van gelijkwaardigheid in de 'onderhandelingen', kan wel meewegen bij de beoordeling van het zwaarwichtig belang

De pensioenfondsenroute bij een ondernemingspensioenfonds dient naar mijn mening dus onderworpen te zijn aan de eis van een zwaarwichtig belang ex art. 19 Pw. Ook hier geldt wel 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.

Voorstanders van de pensioenfondsenroute zonder eis van een zwaarwichtig belang, verwijzen veelal nog naar de contractsvrijheid en dat het een wijziging door het fonds betreft die doorwerkt op basis van een *tweezijdige* overeenkomst tussen werkgever en werknemer. De werknemersbelangen zouden voldoende worden behartigd vanwege de samenstelling van het pensioenfondsbestuur en de medezeggenschapswaarborgen.[44] Ook Lutjens is die mening toegedaan.[45] Hij voegt hieraan toe dat het pensioenfonds een volledige eigen, zelfstandige, bevoegdheid moet hebben om het pensioenreglement te wijzigen. Vaak is wijziging

41 Paritair bestuur is een veel voorkomend bestuursmodel. 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.

42 Het is volgens art. 100 Pw overigens ook mogelijk dat de werkgever minder zetels heeft dan de deelnemers of de gepensioneerden.

43 V. Gerlach, 'De ex-werknemer' (Monografieën Sociaal Recht nr. 83), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.5.2.

44 K.A. van Haaren, 'Navigeren door de pensioenfondsenroute', *TPV* 2019/46.

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

van het pensioenreglement namelijk toch afhankelijk van de instemming van de werkgever of cao-partijen.[46]

Ik betwist dat de contractsvrijheid leidend zou zijn en dat bij incorporatie sprake is van tweezijdige (in plaats van eenzijdige) wijziging. Ook het eenzijdige wijzigingsbeding waaraan de wetgever vanuit een gedachte van ongelijkheidscompensatie een einde heeft willen maken, heeft zijn 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 een gelijkwaardige positie tussen werkgever en werknemer allerminst gegarandeerd (meestal zelfs niet aanwezig). Bij het tweezijdig overeengekomen incorporatiebeding is aldus geen sprake van procedurele rechtvaardigheid. Dat is precies het aspect dat art. 19 Pw beoogt te compenseren. Het arbeids- en pensioenrecht staan bovendien bol van beperkingen op de contractsvrijheid (art. 7:613 BW en art. 19 Pw zijn daar bij uitstek voorbeelden van) en ook uit het *SGS*- en het *TUI*-arrest volgt dat de contractsvrijheid kan worden ingeperkt.

Conclusie

Ongelijkheidscompensatie is belangrijk in het arbeidsrecht, maar alleen nodig als de werkgever feitelijk een rol speelt bij wijziging van arbeidsvoorwaarden. Bij onderhandelingen op sectorniveau zal de invloed van een individuele werkgever beperkt zijn.

Maar dat is anders op individueel of ondernemingsniveau. Er kan dan op verschillende manieren in ongelijkheidscompensatie worden voorzien. Onafhankelijke vakbonden kunnen daarin voorzien vanwege hun rol bij collectieve arbeidswaardenvorming, expertise en de mogelijkheden voor collectieve actie. Er wordt gelijkwaardigheid in de onderhandelingen met de werkgever verondersteld en dan kan geen sprake zijn van een eenzijdig besluit door de werkgever en is er geen plaats voor de eis van een zwaarwichtig belang ex art. 7:611 BW dan wel art. 19 Pw.

Als geen sprake is van procedurele rechtvaardigheid geldt een presumption of *un*fairness. Dan zorgt de eis van een zwaarwichtig belang in feite voor de ongelijkheidscompensatie. Dat geldt wat mij betreft bij een arbeidsvoorwaardenregeling met een ondernemingsraad. Dit wordt onderstreept in recente arresten zoals *SGS* en *TUI*. Dat neemt niet weg dat ondernemingsraden een goede rol kunnen spelen bij collectieve-arbeidsvoorwaardenvorming. Ze komen in alle soorten en maten voor, waaronder ondernemingsraden die (juridisch én bedrijfsmatig) kundig en professioneel zijn (bij sommige grote bedrijven is bijvoorbeeld de voorzitter fulltime bezig met ondernemingsraadwerk). In die gevallen zal een zwaarwichtig belang sneller kunnen worden aangenomen.

Bij (ondernemings)pensioenfondsen zal het bestuursmodel medebepalend zijn voor de vraag of de werkgever een rol in de besluitvorming heeft. Dat is bij een paritair bestuur het geval. Of de werknemersvertegenwoordiging dan voldoende counterveiling power vormt, is maar de vraag. Zo is het geen vaststaand gegeven dat zij evenveel zetels hebben als de werkgever (in principe moeten zij de helft van de zetels immers delen met vertegenwoordigers van gepensioneerden, terwijl de werkgever wel de helft mag bezetten). Maar zelfs in een geval waarin de werkgever minder zetels bezet dan de deelnemers en de pensioengerechtigden, blijft overeind dat werknemersvertegenwoordigers binnen het fondsbestuur niet louter in het belang van (een specifieke groep) werknemers handelen en geen collectieve acties kunnen voeren, hun deskundigheid niet per definitie betrekking zal hebben op arbeidsvoorwaardenvorming (die bevoegdheid ligt bij sociale partners) en zich primair moeten richten naar het fondsbelang. Vanwege deze onzekerheden en substantiële karakterologische verschillen met de cao-onderhandeltafel, wordt de ongelijkheidscompensatie onvoldoende geborgd zonder de eis van een zwaarwichtig belang voor wijzigingen. Dat zwaarwichtig belang kan vervolgens wel mede worden ingekleurd door de mate waarin de werkgever de overhand had in het bestuursbesluit en de (afgeleide) belangen van het fonds bij de voorgenomen wijziging.

Dit artikel is afgesloten op 18 september 2024.

Over de auteur

Mr. B.C.L. (Boudewijn) Kanen
Advocaat bij en medeoprichter van Liber Dock.

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