

Instemmingsrecht OR & arbeidsvoorwaarde pensioen

De betekenis van het instemmingsrecht van de
OR bij eenzijdige wijziging van de
arbeidsvoorwaarde pensioen

Roos Kreijenbroek

Instemmingsrecht OR & arbeidsvoorwaarde pensioen

*“De betekenis van het instemmingsrecht van de OR bij eenzijdige wijziging
van de arbeidsvoorwaarde pensioen”*

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Auteur: Roos (Rosanne) Kreijenbroek
Studentnummer: 4521161
Datum: 20 augustus 2019
Universiteit: Radboud Universiteit Nijmegen
Opleiding: Master Nederlands Recht
Afstudeerrichting: Pensioenrecht
Docentbegeleider: Prof. mr. drs. M. Heemsker



Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van de Master Rechtsgeleerdheid aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Deze scriptie is geschreven in het kader van het vak Pensioenrecht. Het schrijven van een scriptie in een zogenoemd “vrije keuze” vak was helaas niet mogelijk. De keuze om mijn specialisatie Strafrecht om te zetten naar Burgerlijk Recht en daarvoor nog een semester langer de benodigde vakken te volgen en te halen, was dan ook snel gemaakt.

In deze scriptie behandel ik het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Sinds 2016 heeft de OR instemmingsrecht over de pensioenovereenkomst ongeacht de pensioenuitvoerder. De werkgever heeft de mogelijkheid om eenzijdig de pensioenovereenkomst te wijzigen. De instemming van de OR kan daarbij een rol spelen. In deze scriptie is gezocht naar het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden de instemming van de OR een voldoende zwaarwichtig belang voor de werkgever oplevert om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen.

Het schrijven van de scriptie ging niet zonder slag of stoot. Het was een lang traject mede vanwege het feit dat ik naast het schrijven van deze scriptie een fulltimebaan had. Ik heb met plezier en hard aan mijn scriptie gewerkt en ben dan ook trots op het resultaat. Hiervoor wil ik een aantal personen in het bijzonder bedanken die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van mijn scriptie.

Op de eerste plaats wil ik mijn scriptiebegeleider de heer Heemskerk bijzonder bedanken voor zijn begeleiding. Bedanken voor alle tijd, de moeite en vooral de kritische blik en commentaar op mijn scriptie. Op de tweede plaats wil ik mijn vriend Willem bedanken voor de kritische tekstuele blik op mijn scriptie en al het geduld in de tijd dat het even moeizaam verliep.

Tot slot dank ik mijn moeder, familie, vriend en lieve vriendinnen voor de steun die zij mij in de afgelopen 13 studiejaren hebben geboden. Het was een lange weg om van het MBO-4, naar het HBO, de pre-master en de master te komen, maar de aanhouder wint en het einde is bijna in zicht!

Arnhem, juni 2019

Roos Kreijenbroek

Lijst met afkortingen

Aant.	Aantekening
Art.	Artikel
BO	Belanghebbendenorgaan
BPF	Bedrijfstakpensioenfonds
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve Arbeidsovereenkomst
COR	Centrale Ondernemingsraad
HR	Hoge Raad
JAR	<i>Jurisprudentie Arbeidsrecht</i>
Ktr.	Kantonrechter
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
OR	Ondernemingsraad
p.	Pagina
PJ	<i>Pensioenjurisprudentie</i>
PM	<i>PensioenMagazine</i>
P&P	<i>Pensioen&Praktijk</i>
PPI	Premiepensioeninstelling
PW	Pensioenwet
RB	Rechtbank
R.o.	Rechtsoverweging
SER	Sociaal-Economische Raad
Stb.	<i>Staatsblad</i>
TPV	<i>Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken</i>
TRA	<i>Tijdschrift voor Recht en Arbeid</i>
VO	Verantwoordingsorgaan
WOR	Wet op de Ondernemingsraden

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Lijst met afkortingen	3
H1. Inleiding	7
1.1 Inleiding.....	7
1.2 Probleemstelling	8
1.3 Afbakening	9
1.4 Methode van onderzoek.....	10
1.5 Leeswijzer.....	10
H2. Instemmingsrecht OR bij pensioen	12
2.1 Inleiding.....	12
2.2 Instelling ondernemingsraad	12
2.2.1 Instelling OR.....	12
2.2.2 Medezeggenschap bij kleine ondernemingen.....	12
2.2.3 Medezeggenschap OR bij arbeidsvoorwaarde pensioen	13
2.3 Het wettelijk instemmingsrecht OR bij pensioen	13
2.3.1 Primaire of secundaire arbeidsvoorwaarden?	13
2.3.2 Wijziging instemmingsrecht per 1 oktober 2016	14
2.4 De reikwijdte van het instemmingsrecht OR bij pensioen	15
2.4.1 Inleiding	15
2.4.2 Instemming over de pensioenovereenkomst.....	15
2.4.3 Beperkingen aan het instemmingsrecht	16
2.4.4 Instemming over de uitvoeringsovereenkomst	16
2.5 Informatieplicht werkgever over de uitvoeringsovereenkomst.....	20
2.5.1 Informatieplicht werkgever	20
2.6 De instemmingsprocedure van de OR	21
2.6.1 Instemmingsprocedure OR.....	21
2.6.2 Overlegvergadering en beslissing OR	21
2.6.3 OR verleent geen instemming	22
2.7 Bovenwettelijke bevoegdheden OR	23
2.7.1 Instemmingsrechten uitbreiden	23

2.8	Adviesrecht OR.....	25
2.8.1	Adviesrecht pensioen	25
2.9	Conclusie	25
H3.	Eenzijdige wijziging door de werkgever	27
3.1	Inleiding.....	27
3.2	Eenzijdige wijziging met een wijzigingsbeding	27
3.2.1	Inleiding	27
3.2.2	De wettelijke bevoegdheid van de werkgever	28
3.2.3	De pensioenvariant van het eenzijdig wijzigingsbeding.....	29
3.2.4	Eisen aan het eenzijdig wijzigingsbeding.....	29
3.2.5	Schriftelijkheidseis	30
3.2.6	De zwaarwichtigbelangtoets	31
3.2.7	De belangenafweging	33
3.3	Eenzijdig wijzigingsbeding ook geldig bij slapers en gepensioneerden?	33
3.3.1	Geen wettelijke bepaling voor slapers en gepensioneerden	33
3.4	Wijziging zonder eenzijdig wijzigingsbeding.....	34
3.4.1	Goed werkgever- en werknemerschap	34
3.4.2	Goed werknemerschap toepasselijk bij pensioenwijzigingen?	35
3.4.3	Redelijkheid en billijkheid en onvoorziene omstandigheden	36
3.5	Conclusie	36
H4.	Betekenis instemming OR bij eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden	38
4.1	Inleiding.....	38
4.2	De rol van de OR bij eenzijdige wijziging	38
4.2.1	Wettelijk vermoeden.....	38
4.2.2	Instemming OR werkt niet automatisch door	39
4.3	Het belang van instemming OR volgens rechtspraak	39
4.3.1	De invloed van instemming OR bij eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden.....	39
4.3.2	De invloed van instemming OR bij eenzijdige wijziging pensioen.....	40
4.3.3	Omstandigheden die bijdragen aan de toelaatbaarheid van instemming OR	41
4.3.4	Instemming OR van invloed of niet?	43
4.3.5	Conclusie rechtspraak.....	46
4.4	Instemming OR bij wijziging slapers en gepensioneerden	48
4.4.1	Instemming OR ook van invloed bij slapers en gepensioneerden?.....	48
4.5	Conclusie	49

H5. Conclusie en aanbevelingen	51
5.1 Onderzoeksvraag	51
5.2 Verhouding instemming OR en zwaarwichtig belang werkgever	51
5.3 Instemming OR ten opzichte van slapers en gepensioneerden	52
H6. Literatuurlijst	53
Bijlage 1: jurisprudentieoverzicht	58

H1. Inleiding

1.1 Inleiding

Op het terrein van de Pensioenwet is sprake van een pensioendriehoek: een driepartijenverhouding die ontstaat tussen de werknemer, werkgever en de pensioenuitvoerder. Er is sprake van drie verschillende rechtsbetrekkingen tussen deze partijen: tussen de werkgever en de werknemer is sprake van de pensioenovereenkomst. Tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder is sprake van de uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement en tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer is sprake van het pensioenreglement.²⁴ Door de driepartijenverhouding kan de wijziging van arbeidsvoorwaarde pensioen tot complexe juridische vragen leiden. Het is van belang te onderzoeken wie al dan niet bevoegd is om pensioenafspraken te wijzigen en welk juridisch toetsingskader daarbij geldt. Voor de verschillende wijzigingsmethoden gelden immers andere toetsingskaders.²⁵ Deze scriptie richt zich op het door de werkgever eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst met instemming van de OR.

Werkgevers en werknemers zijn verantwoordelijk voor de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen. Om die reden is het van belang dat beide partijen hierop een bepaalde invloed kunnen uitoefenen. Indien sprake is van een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) waarin het pensioen inhoudelijk en uitputtend wordt geregeld, dan is die invloed van beide partijen verzekerd, in die zin dat beide partijen geacht worden vertegenwoordigd te zijn door de werkgevers en werknemersorganisaties. Indien geen sprake is van een cao of verplichtstelling dan dient de invloed van de werknemerszijde bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde gerealiseerd te worden via het instemmingsrecht van de OR.²⁶

Per 1 oktober 2016 zijn belangrijke aanpassingen in de Wet op de Ondernemingsraden (hierna WOR) en Pensioenwet (hierna PW) doorgevoerd. De OR heeft nu instemmingsrecht voor elk voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot de pensioenovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder.

²⁴ Art 1 PW

²⁵ Heemskerk 2015, p. 174

²⁶ Heemskerk 2015, p. 174

Volgens de wetgever is door de aanpassing van de WOR in 2016 het instemmingsrecht van de OR over pensioen verhelderd en zijn lacunes in de medezeggenschap op pensioengebied weggenomen.²⁷ Naar aanleiding van deze aanpassing is bij mij de vraag gerezen welke juridische betekenis kan worden toegekend aan het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen.

1.2 Probleemstelling

Zoals reeds vermeld richt deze scriptie zich op de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever. Evident is dat de OR instemmingsrecht toekomt over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Heemskerk stelt dat het instemmingsrecht van groot belang is bij pensioenwijzigingen.²⁸ Om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen is één van de vereisten dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.²⁹

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het zwaarwichtig belangcriterium is ontleend aan de tekst van artikel 7:613 BW en dat de jurisprudentie met betrekking tot het arbeidsrechtelijke eenzijdig wijzigingsbeding ook zeker betekenis kan hebben voor het artikel in de Pensioenwet.³⁰

De instemming van de OR speelt bij de arbeidsrechtelijke jurisprudentie een belangrijke rol en legt daarmee gewicht in de schaal.³¹ Indien de instemming van de OR is verkregen mag in het *algemeen* worden aangenomen dat aan het criterium van artikel 7:613 BW is voldaan.³²

Met mijn onderzoek tracht ik te onderzoeken of bij het eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst met instemming van de OR in het *algemeen* ook mag worden aangenomen dat voldaan is aan artikel 19 PW. Er is rechtspraak waaruit blijkt dat ondanks de instemming van de OR *geen* sprake is van een rechtsgeldige wijziging door de werkgever.³³ Maar er is ook rechtspraak waarbij de instemming van de OR een aanwijzing oplevert dat sprake is van een zwaarwichtig belang van de werkgever waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.³⁴ Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor de pensioenpraktijk. Mag de werkgever ook ten aanzien van de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst in het *algemeen* ervan uitgaan dat sprake is van een zwaarwichtig belang als de OR heeft ingestemd?

²⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 1

²⁸ Heemskerk 2017, p. 5

²⁹ Art. 19 PW

³⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 17, p. 109

³¹ Heemskerk 2015, p. 195

³² Zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem 16 januari 2006, *RAR* 2006/54

³³ Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, *PJ* 2018/18, m.nt. prof. dr. E. Lujens (*IFF*) Deze uitspraak wordt in hoofdstuk 4 behandeld.

Niet alleen het belang van de werkgever en de werknemer speelt een rol, maar ook het belang van ex-werknemers.³⁵ Zij zijn niet vertegenwoordigd in de OR. Besluiten op grond van artikel 27 lid 1 WOR kunnen impact hebben op ex-werknemers, waarbij het onderwerp pensioen de meest voor de hand liggende is.³⁶ In het *ECN*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de pensioenovereenkomst niet eindigt nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, maar dat deze wordt voortgezet met een andere hoedanigheid van partijen (slaper of pensioengerechtigde).³⁷ Een pensioenovereenkomst van de gepensioneerde *kan* dus worden gewijzigd.³⁸

Het doel van het onderzoek is duidelijkheid te verschaffen over de betekenis van instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. De probleemstelling van dit onderzoek luidt dan ook:

“onder welke omstandigheden levert instemming van de OR een voldoende zwaarwichtig belang voor de werkgever op om rechtsgeldig eenzijdig de pensioenovereenkomst te wijzigen?”

Aan de hand van een aantal deelvragen zal nader onderzoek worden verricht. De antwoorden van de deelvragen dragen bij aan het beantwoorden van de centrale hoofdvraag. Zowel de eerste als de tweede deelvraag richt zich op het juridisch kader van de huidige wet- en regelgeving met betrekking tot de instemming van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Deelvragen drie en vier richten zich op het antwoord op de vraag in hoeverre de instemming van de OR van invloed is bij het eenzijdig wijzigen van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:613 BW) respectievelijk de pensioenovereenkomst (artikel 19 PW) volgens de rechtspraak.

1.3 Afbakening

In de inleiding is aangegeven dat het wijzigen van de arbeidsvoorwaarde pensioen verschillende wijzigingsmethoden gelden en andere toetsingskaders. Voor de verschillende wijzigingsmethoden verwijs ik graag naar Heemskerk e.a.³⁹ en Asser/Lutjens.⁴⁰

Deze scriptie richt zich op de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever (artikel 19 PW) en beperkt zich tot medezeggenschap bij pensioenbesluiten van de werkgever.

³⁴ Zie bijvoorbeeld: Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99 (*NLR*). Deze uitspraak wordt in hoofdstuk 4 behandeld.

³⁵ Gewezen deelnemers (slapers) en pensioengerechtigden

³⁶ Gerlach 2014, p. 2

³⁷ Heemskerk 2015, p. 72; HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot) en mr. H.P. Breuker (tweede noot) (*ECN/OMEN*) r.o 5.1

³⁸ Heemskerk 2015, p. 197; HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot) en mr. H.P. Breuker (tweede noot) (*ECN/OMEN*)

³⁹ Zie bijvoorbeeld: Heemskerk 2015, p. 176 t/m 199 en Heemskerk e.a. 2012

⁴⁰ Asser/Lutjens 7-XI 2016/8

Medezeggenschap van een verantwoordingsorgaan⁴¹ (VO) of belanghebbendenorgaan⁴² (BO) bij pensioenbesluiten tot het wijzigen van de pensioenregeling door het pensioenfonds wordt in zijn geheel buiten beschouwing gelaten.⁴³

1.4 Methode van onderzoek

Het onderzoek bestaat uit de wet, literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Zowel de arbeidsrechtelijke jurisprudentie als de pensioenrechtelijke jurisprudentie inzake de eenzijdige wijziging van de werkgever met al dan niet instemming van de OR, worden uitgebreid bestudeerd en geanalyseerd. Wetenschappelijke artikelen en de wetgeschiedenis die kunnen bijdragen aan het onderzoek worden besproken. Voorts wordt gebruik gemaakt van verschillende visies van rechtsgeleerden en behandeld.

1.5 Leeswijzer

Ter beantwoording van de probleemstelling wordt in de navolgende hoofdstukken de volgende structuur aangehouden:

In hoofdstuk 2 staat de medezeggenschap van de OR bij pensioenbesluiten van de ondernemer (hierna werkgever) centraal. Het instemmingsrecht van de OR bij pensioen en de reikwijdte van dat instemmingsrecht worden uitgebreid behandeld. De verplichting voor de werkgever om de OR te informeren en de instemmingsprocedure van de OR komen aan bod. Tot slot bespreek ik de bovenwettelijke bevoegdheden en het adviesrecht van de OR.

In hoofdstuk 3 behandel ik de eenzijdige wijziging door de werkgever. Het verschil tussen eenzijdige wijziging met een wijzigingsbeding en zonder wijzigingsbeding komt aan de orde. Tot slot bespreek ik de wijziging ten opzichte van de slapers en gepensioneerden.

In hoofdstuk 4 staat de betekenis van het instemmingsrecht van de OR bij eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden centraal. Allereerst bespreek ik waarom de instemming van de OR bij de eenzijdige wijziging een rol kan spelen. Met gebruikmaking van een analyse van Van Els en Deelen bespreek ik de conclusie over de invloed van de OR bij eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:613 BW.

⁴¹ Art. 115 en 115a PW

⁴² Art. 115b en 115c PW

⁴³ Zie hiervoor: Asser/Lutjens 7-XI 2016/10.3 of Heemskerk 2015, p. 209 - 226

Daaropvolgend staat de betekenis van het instemmingsrecht van de OR bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst centraal. De rechtspraak omtrent de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst met al dan niet verkregen instemming van de OR wordt geanalyseerd en beschreven. Hieruit volgt een overzicht van de relevante jurisprudentie voor de beantwoording van de probleemstelling. Tot slot bespreek ik de invloed van de OR bij wijzigingen ten opzichte van slapers en gepensioneerden.

De scriptie sluit af met conclusies en aanbevelingen.

H2. Instemmingsrecht OR bij pensioen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de medezeggenschap van de OR bij pensioenbesluiten van de werkgever centraal. De instelling van de OR en medezeggenschap bij kleine ondernemingen bespreek ik in paragraaf 2.2. Het instemmingsrecht van de OR bij pensioen (paragraaf 2.3) en de reikwijdte van dat instemmingsrecht (paragraaf 2.4) worden uitgebreid behandeld. De verplichting voor de werkgever om de OR te informeren bespreek ik in paragraaf 2.5. Paragraaf 2.6 staat in het teken van de instemmingsprocedure van de OR. De bovenwettelijke bevoegdheden van de OR (paragraaf 2.7) en het adviesrecht in paragraaf 2.8. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie in paragraaf 2.9.

2.2 Instelling ondernemingsraad

2.2.1 Instelling OR

Een onderneming waar tenminste 50 personen werkzaam zijn, is verplicht een OR in te stellen.⁴⁴

De OR bestaat uit leden die door de in de onderneming werkzame personen rechtstreeks uit hun midden worden gekozen.⁴⁵ Dat betekent dat slapers en pensioengerechtigden geen lid van de OR kunnen zijn. De OR dient een rol te spelen in het overleg van de werkgever met de in de onderneming werkzame personen en hen te vertegenwoordigen.⁴⁶ Een onderneming wordt gedefinieerd als elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.⁴⁷

2.2.2 Medezeggenschap bij kleine ondernemingen

Kleine ondernemingen waar 10 tot 50 personen werkzaam zijn, zijn niet verplicht een OR in te stellen. Medezeggenschap bij deze kleine ondernemingen is anders dan bij grote ondernemingen waar een OR is ingesteld en wordt vormgegeven door middel van de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvereniging.⁴⁸ Bij deze kleine ondernemingen heeft de personeelsvertegenwoordiging een beperkt aantal medezeggenschapsrechten. Gezien de actualiteit omtrent dit onderwerp wordt kort aandacht besteed aan de sinds 1 januari 2019 gewijzigde wetgeving.⁴⁹

⁴⁴ Art. 2 WOR

⁴⁵ Art. 6 lid 1 WOR

⁴⁶ Sprengers, in: T&C Arbeidsrecht, art. 2 WOR aant. 1 (online bijgewerkt 01-07-2018)

⁴⁷ Art. 1 sub c WOR

⁴⁸ SER 2017, p. 10

⁴⁹ Stb. 2018, 476

De informatierechten van personen die werkzaam zijn in een kleine onderneming waar geen OR of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, zijn versterkt. Deze personen ontvangen op verzoek (schriftelijke) informatie over de arbeidsvoorwaarde pensioen die zij redelijkerwijze nodig kunnen hebben voor de personeelsvergadering.⁵⁰ Het informatierecht geldt ook ten aanzien van elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement.⁵¹

De positie van de personeelsvertegenwoordiging is ook versterkt; de informatie over de arbeidsvoorwaarde pensioen moet net als bij de personeelsvergadering schriftelijk worden verstrekt.⁵² De werkgever is verplicht om de personeelsvertegenwoordiging te informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement.⁵³

Tot slot heeft de personeelsvertegenwoordiging het initiatiefrecht om pensioen te agenderen voor overleg. De werkgever is verplicht hierover in overleg te treden.⁵⁴

2.2.3 Medezeggenschap OR bij arbeidsvoorwaarde pensioen

Ten aanzien van het onderwerp pensioen heeft de OR een aantal specifieke bevoegdheden. Deze bevoegdheden zijn gebaseerd op de Wet op de ondernemingsraden, de Pensioenwet en de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen.⁵⁵ De overige bevoegdheden laat ik buiten beschouwing en beperk ik mij tot het meest krachtigste medezeggenschapsrecht⁵⁶ van de OR: het instemmingsrecht op grond van artikel 27 WOR.

2.3 Het wettelijk instemmingsrecht OR bij pensioen

2.3.1 Primaire of secundaire arbeidsvoorwaarden?

Het instemmingsrecht van de OR ziet op voorgenomen besluiten van de werkgever over onderwerpen in de sfeer van secundaire arbeidsvoorwaarden.⁵⁷ De primaire arbeidsvoorwaarden zoals beloning en arbeidsduur vallen niet onder dit artikel.⁵⁸

⁵⁰ Art. 35b lid 6 WOR

⁵¹ Art. 35b lid 7 WOR

⁵² Art. 35c lid 6 WOR

⁵³ Art. 35c lid 3 WOR

⁵⁴ Art. 35c lid 7 WOR

⁵⁵ Asser/Lutjens 7-XI 2016/609

⁵⁶ SER 2014, p. 18

⁵⁷ Laagland, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art 27 WOR, aant. c8 (online bijgewerkt tot 25-07-2018)

In het arrest *Stena Line* heeft de Hoge Raad, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis, geoordeeld dat een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering als een secundaire arbeidsvoorwaarde moet worden beschouwd die niet onttrokken is aan het instemmingsrecht van de OR.⁵⁹

De arbeidsvoorwaarde pensioen valt dus onder het instemmingsrecht van de OR.

2.3.2 Wijziging instemmingsrecht per 1 oktober 2016

Per 1 oktober 2016 is dit artikel gewijzigd.⁶⁰ Voorheen zag het instemmingsrecht van de OR bij een wijziging van de pensioenovereenkomst wanneer deze overeenkomst was ondergebracht bij een verzekeraar. In lid 7 (oud) van hetzelfde artikel was instemming vereist voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst die werd onderbracht bij een pensioenfonds, maar werd wijziging daarvan niet genoemd. Onduidelijk was of het instemmingsrecht alleen zag op de pensioenovereenkomst of (ook) de uitvoeringsovereenkomst.

De parlementaire geschiedenis gaf ook geen eenduidig antwoord. Tot 2013 is bevestigd dat de uitvoeringsovereenkomst onder de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR viel⁶¹ waarna meerdere malen is gesteld dat de OR geen instemmingsrecht toekwam bij de uitvoeringsovereenkomst.⁶²

Vóór de wetwijziging heeft de SER een advies uitgebracht over de medezeggenschap van de OR ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen.⁶³ Het advies van de SER bevat volgens de wetgever een aantal concrete aanbevelingen die een belangrijke basis vormen voor het destijds ingediende wetsvoorstel.⁶⁴ Het uitgangspunt is dat de OR instemmingsrecht heeft over de pensioenovereenkomst ongeacht de pensioenuitvoerder.

⁵⁸ Heemskerk 2015, p. 227

⁵⁹ HR 24 januari 2014, *PJ* 2014/49 m. nt. prof E. Lujens (*Stena Line*) r.o. 3.4.2

⁶⁰ Wet van 22 juni tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen, *Stb.* 2016, 249

⁶¹ Huijg & Heemskerk, 2016 p. 2 en zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31226, 14, p. 22

⁶² Huijg & Heemskerk, 2016 p. 2 en zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33182, 54 p. 4

⁶³ SER 2014

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 2

2.4 De reikwijdte van het instemmingsrecht OR bij pensioen

2.4.1 Inleiding

Dat de OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen is hiervoor behandeld. In deze paragraaf ga ik in op de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Instemmingsrecht over de pensioenovereenkomst bespreek ik in 2.4.2 Aan het instemmingsrecht van de OR kleven ook beperkingen, deze beperkingen komen aan de orde in 2.4.3 Ter afsluiting van deze paragraaf bespreek ik in 2.4.4 het instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst.

2.4.2 Instemming over de pensioenovereenkomst

De OR heeft instemmingsrecht over regelingen op grond van een *pensioenovereenkomst*. Daarover kan geen verwarring meer ontstaan. Maar wat moet er precies onder de pensioenovereenkomst worden verstaan? Artikel 1 PW definieert de pensioenovereenkomst als hetgeen tussen werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen.

Hieronder valt aan te merken het: ouderdompensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen, nabestaandenpensioen, wezenpensioen en partnerpensioen zoals omschreven in artikel 1 PW. Wat precies onder de pensioenovereenkomst moet verstaan is een kwestie van uitleg. Daarbij moet niet alleen gekeken worden naar wat een werkgever en werknemer met elkaar op schrift zijn overeengekomen. Zaken zoals gebruik en gerechtvaardigd vertrouwen zijn volgens Huijg en Heemskerk ook van belang.⁶⁵ Daarnaast is van belang na te gaan of sprake is van een incorporatiebeding waardoor bijvoorbeeld een personeelshandboek een pensioenreglement en/of een uitvoeringsovereenkomst ook onderdeel uitmaken van de pensioenovereenkomst⁶⁶ en daardoor instemmingsplichtig. Wanneer de werkgever zijn bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst aan het pensioenfonds wilt overdragen, is ook instemming vereist.⁶⁷

⁶⁵ Huijg & Heemskerk 2016, p. 5

⁶⁶ Huijg & Heemskerk 2016, p. 3

⁶⁷ *Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 6*

2.4.3 Beperkingen aan het instemmingsrecht

2.4.3.1 *Geen instemmingsrecht bij individuele besluiten*

Het voorgenomen besluit van de werkgever moet betrekking hebben op een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst van alle of van een groep werknemers.⁶⁸ Dat betekent dat ten aanzien van voorgenomen besluiten van de werkgever over een individuele arbeidsvoorwaarde van een werknemer de OR geen instemmingsrecht heeft. De wetgever geeft daarbij het voorbeeld dat het kan gaan om een individueel pensioen van de werknemer.⁶⁹

2.4.3.2 *Geen instemmingsrecht bij cao of verplichtgesteld BPF*

De uitzondering genoemd in artikel 27 lid 3 WOR beperkt het instemmingsrecht van de OR. Dat houdt in dat de OR *geen* instemmingsrecht toekomt als het onderwerp reeds inhoudelijk in een cao is geregeld of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan. Als het pensioen inhoudelijk in de cao is geregeld, vervalt het instemmingsrecht. Het pensioen moet uitputtend zijn geregeld. Dat betekent dat de werkgever geen vrije, zelfstandige beslissingsruimte meer heeft.⁷⁰ Wanneer de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (BPF) heeft de OR ook geen instemmingsrecht.⁷¹ De reden hiervoor is dat via de verplichtstelling de inbreng van georganiseerde partners al is gerealiseerd.⁷² Dit geldt slechts voor het verplichte deel. Instemmingsrecht is wel van toepassing als sprake is van vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld BPF of het beëindigen daarvan, dat is immers een vrije keuze van de werkgever. Datzelfde geldt als een werkgever besluit bijvoorbeeld een excedentregeling (vrijwillige pensioenregeling) bij een verplicht BPF onder te brengen.⁷³

2.4.4 Instemming over de uitvoeringsovereenkomst

De OR heeft op grond van artikel 27 lid 7 WOR nu ook instemmingsrecht over onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst. Instemmingsplichtig zijn de regelingen met betrekking tot een uitvoeringsovereenkomst *die van invloed* zijn op de pensioenovereenkomst. In de Memorie van Toelichting wordt gesproken van 'directe invloed', maar er is besloten het woord 'direct' te laten vervallen omdat het onderscheid tussen directe en indirecte invloed op de pensioenovereenkomst

⁶⁸ Art. 27 lid 1 WOR

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 2

⁷⁰ Heemskerk 2015, p. 229

⁷¹ Art. 27 lid 3 WOR

⁷² *Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 3, p. 3

⁷³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34378, 6, p. 7

niet duidelijk is en vragen kan oproepen bij leden van de OR die moeten bepalen of sprake is van directe of indirecte invloed.⁷⁴

De regering geeft aan dat de grens tussen inhoud en de uitvoering van de pensioenregeling soms moeilijk te trekken is en komt daarom met een niet-limitatieve lijst in het zevende lid van artikel 27 WOR. Deze lijst bevat de opsomming wat moet worden verstaan onder ‘van invloed op het pensioenresultaat’. Onderdelen uit de uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst zijn onder meer de keuze van de pensioenuitvoerder, regelingen over de wijze waarop de premie wordt vastgesteld en de maatstaven voor de toeslagverlening. Volgens de regering kan ook een eventuele bijstortingsverplichting van de werkgever en een regeling voor premierestitutie die in de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen invloed hebben op de pensioenovereenkomst.⁷⁵ Deze worden echter niet in lid 7 genoemd. De niet-limitatieve opsomming geeft volgens de wetgever sturing, maar kan niet in alle gevallen voorkomen dat er discussie ontstaat tussen de OR en werkgever over de reikwijdte van het instemmingsrecht.⁷⁶ Daarom is er ook voor gekozen de verplichting voor de werkgever op te nemen om de OR zo spoedig mogelijk te informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van de uitvoeringsovereenkomst (zie paragraaf 2.5). Op de OR rust de bewijslast in het geval het minder duidelijk is of de werkgever de instemming van de OR nodig heeft.

Tabel 1: instemmingsrecht over onderdelen uitvoeringsovereenkomst:

1) keuze van de pensioenuitvoerder
2) de wijze waarop de premie wordt vastgesteld
3) voorwaarden en maatstaven voor de toeslagverlening

Er is in ieder geval sprake van invloed op de pensioenovereenkomst wanneer een bepaald element uit een uitvoeringsovereenkomst de uitkomsten van de pensioenregeling (het pensioenresultaat), kan beïnvloeden. Onder het pensioenresultaat vallen ook de reeds opgebouwde aanspraken en rechten.⁷⁷ Noemenswaardig is een recente zaak van de kantonrechter Utrecht.⁷⁸ In deze zaak was sprake van een voorgenomen besluit van de werkgever om in het kader van een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar een besluit te nemen dat van invloed was op de uitvoering of de hoogte van pensioenrechten van gepensioneerden.

⁷⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 6

⁷⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 6

⁷⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 5

⁷⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 6

Het betrof een aanpassing van een indexatiebepaling. De kantonrechter oordeelde dat in dit geval op basis van artikel 27 WOR instemmingsrecht van de OR bestond.⁷⁹

Naast in tabel 1 genoemde voorbeelden is het denkbaar dat ook overige elementen genoemd in artikel 25 PW van invloed kunnen zijn op het pensioenresultaat en daarmee instemming van de OR vereist is. Te denken valt aan het schrappen van een bijstortingsverplichting, dat kan het pensioenresultaat wel degelijk negatief beïnvloeden. Wanneer een bijstortingsverplichting wordt geschrapt, kan dat leiden tot minder premiebetaling door de werkgever. De kans op korten⁸⁰ door de pensioenuitvoerder is daardoor groter.

Een voorbeeld waar onder het oude recht geen instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst bestond is de AON-zaak. In deze zaak wijzigde AON de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder waarbij de bijstortingsverplichting verviel. Het Hof Den Haag oordeelde dat er een nauw verband was tussen de uitvoeringsovereenkomst en de pensioenovereenkomst, maar dat ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst geen instemmingsrecht gold.⁸¹ Betoogd kan worden dat dit naar huidig recht anders is.⁸²

Ook het opnemen van een bepaling over premierestitutie kan invloed hebben op het pensioenresultaat. Wanneer de pensioenuitvoerder overgaat tot premierestitutie, gaat dat ten koste van de dekkingsgraad. De kans dat de pensioenuitvoerder onder de dekkingsgraad komt, wordt groter en dit vergroot de kans op korten.

Het beleggingsbeleid kan het pensioenresultaat beïnvloeden. Risicomijdend beleggingsbeleid, leidt immers tot meer zekerheid maar minder kans op indexatie. Een risicovol beleggingsbeleid verhoogd de kans op indexatie, maar kan ook betekenen dat het pensioenresultaat minder zeker wordt. Dat betekent dat als in een uitvoeringsovereenkomst een specifiek beleggingsbeleid is opgenomen, dit ook van invloed kan zijn op het pensioenresultaat.

Aangezien de wet de keuze voor onderbrenging bij een bepaalde pensioenuitvoerder voorschrijft, ligt het voor de hand om ook het opzeggen van een uitvoeringsovereenkomst als instemmingsplichtig te beschouwen.

⁷⁸ Rb. Midden-Nederland 23 januari 2019, *PJ* 2019/41 m.nt. mr. T. Huijg (*BAM*)

⁷⁹ Rb. Midden-Nederland 23 januari 2019, *PJ* 2019/41 m.nt. mr. T. Huijg (*BAM*) r.o. 4.12

⁸⁰ art. 134 PW

⁸¹ Hof Den Haag 25 oktober 2016, *PJ* 2016/160, m.nt. E. Lutjens r.o. 5.6

⁸² Zie E. Lutjens in zijn noot bij Hof Den Haag 25 oktober 2016, *PJ* 2016/160; Breuker, in: *T&C Pensioenrecht 2019*, art 27 WOR, aant. 7 (online bijgewerkt 15-01-2019)

Het opzeggen van een uitvoeringsovereenkomst leidt tot de keuze voor een andere pensioenuitvoerder. De werkgever is immers verplicht om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder.⁸³ In de zaak *Holland Casino*⁸⁴ waar een besluit tot wijziging van de pensioenuitvoerder nog onder het oude recht was genomen, was volgens de kantonrechter Den Haag geen sprake van instemmingsrecht van de OR. Dat is naar huidig recht dus anders.

Zoals gezegd is het verdedigbaar dat het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever ook onder het instemmingsrecht valt. In het verlengde daarvan zal de werkgever ook om collectieve waardeoverdracht kunnen verzoeken.⁸⁵ Instemming van de OR waarbij de deelnemer een bezwaarrecht heeft lijkt mij overbodig omdat de deelnemer rechtstreeks zeggenschap heeft. Bij de collectieve omrekening van de opgebouwde pensioenaanspraken naar een andere pensioenleeftijd waarin de deelnemer geen individueel bezwaarrecht heeft (artikel 83 lid 3 PW) zal de instemming van de OR wel een meerwaarde zijn.

Het ligt minder voor de hand dat een stilzwijgende verlenging bij dezelfde pensioenuitvoerder onder dezelfde voorwaarden onder het instemmingsrecht zal vallen. In deze situatie veranderd in feite niets. Als de verlenging onder *andere* voorwaarden plaatsvindt en die andere voorwaarden zijn van invloed op het pensioenresultaat dan is het wel verdedigbaar dat dit onder het instemmingsrecht van de OR valt.

2.4.4.1 Onduidelijkheid na 2016

In paragraaf 2.3.2 beschreef ik dat het onduidelijk was of de OR (ook) instemmingsrecht had over de uitvoeringsovereenkomst. Verschillende auteurs bepleiten dat na de wetswijziging in 2016 nog steeds onduidelijkheid bestaat wanneer sprake is van instemmingsrecht bij de uitvoeringsovereenkomst.⁸⁶ In de parlementaire geschiedenis wordt de wijze waarop en de termijnen waarin de verschuldigde premie door de werkgever moet worden betaald als voorbeeld genoemd van een bepaling in de uitvoeringsovereenkomst die geen invloed heeft op het pensioenresultaat en waarvoor dus ook geen instemming van de OR vereist zal zijn.⁸⁷ Schop⁸⁸ wijst er terecht op dat wanneer sprake is van een beschikbare premiereregeling het wijzigen van een premietermijn van een jaar (vooraf) naar een maandelijkse premiebetaling wel degelijk van invloed is

⁸³ Artikel 23 PW

⁸⁴ Rb. Den Haag 22 mei 2017, *PJ* 2018/93 (*Holland Casino*) r.o. 4.16

⁸⁵ Art. 83 PW

⁸⁶ Zie uitgebreid: E. Schop 2016; Huijg & Heemskerk 2016; Warmerdam 2016

⁸⁷ Kamerstukken II 2015/16 34378, 6, p. 6

⁸⁸ Schop 2016, p. 5

op het pensioenresultaat. Die wijziging kan ervoor zorgen dat de premie minder lang rendeert en dat kan invloed hebben op het pensioenresultaat.

Ook de parlementaire geschiedenis is niet geheel duidelijk. De niet-limitatieve opsomming geeft volgens de wetgever sturing, maar kan niet in alle gevallen voorkomen dat er discussie ontstaat tussen de OR en werkgever over de reikwijdte van het instemmingsrecht.⁸⁹ Dat lijkt mij een omissie van de wetgever. Juist omdat evident was dat onduidelijkheid bestond omtrent de uitvoeringsovereenkomst. Met Schop⁹⁰, Heemskerk e.a.⁹¹ pleit ik ervoor om de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht van de OR te laten vallen. Naar mijn mening zijn er weinig uitzonderingen die niet onder het instemmingsrecht moeten vallen. Al zullen deze er wel zijn, dan is de oplossing om de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht van de OR te laten vallen en een specifiek element uit te zonderen. Wanneer de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht valt is er voor alle partijen duidelijkheid. Mocht de wetgever het nodig achten om in het kader van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de werkgever en pensioenuitvoerder toch een bepaald element niet onder het instemmingsrecht te laten vallen, dan is de oplossing om dat element specifiek uit te zonderen.

Het is in ieder geval duidelijk dat de nieuwe wettekst de discussie of de OR al dan niet instemmingsrecht heeft niet heeft weggenomen.

2.5 Informatieplicht werkgever over de uitvoeringsovereenkomst

2.5.1 Informatieplicht werkgever

Op de werkgever rust een informatieplicht (31f WOR). Deze plicht houdt in dat de werkgever de OR zo spoedig mogelijk schriftelijk moet informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst of een uitvoeringsreglement.

Zoals in paragraaf 2.4.4 besproken bevat artikel 27 lid 7 WOR een niet-limitatieve opsomming van onderwerpen uit de uitvoeringsovereenkomst die instemmingsplichtig zijn. Ten aanzien van overige regelingen van de uitvoeringsovereenkomst is de werkgever verplicht om de OR te informeren over aanpassingen. De OR kan dan bepalen of de wijziging van invloed is op de pensioenovereenkomst en of de OR zich op het standpunt stelt dat het instemmingsrecht al dan niet van toepassing is.⁹² Blijkt dat het vragen om instemming in een bepaald geval minder duidelijk is, dan dient de OR in een

⁸⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6, p. 5*

⁹⁰ Schop 2016, p. 6

⁹¹ Huijg & Heemskerk 2016, p. 7

⁹² Breuker, in: T&C Pensioenrecht 2019, art 31f WOR, aant. 1 (online bijgewerkt 15-01-2019)

gerechtelijke procedure te stellen en te bewijzen dat het betreffende uitvoeringsaspect wel degelijk de arbeidsvoorwaarde pensioen raakt en daarom instemming is vereist.⁹³

Naar mijn mening zal deze bepaling overbodig zijn wanneer de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht van de OR zal vallen. Met de onduidelijkheid of al dan niet instemming gevraagd moet worden en de bewijslast die op de OR rust, leidt dit alleen maar tot onnodige geschillen en procedures tussen werkgever en de OR. Dat komt de relatie tussen OR en werkgever niet ten goede.

2.6 De instemmingsprocedure van de OR

2.6.1 Instemmingsprocedure OR

Heeft de OR instemmingsrecht over een voorgenomen besluit van de werkgever, dan stelt artikel 27 lid 2 WOR eisen aan de instemmingsprocedure. Voordat de werkgever het besluit neemt om de pensioenovereenkomst in te voeren moet hij instemming van de OR vragen. Het besluit moet schriftelijk aan de OR worden voorgelegd.⁹⁴ Bij dat besluit zal de werkgever een zo volledig mogelijk overzicht van de wijzigingen ten opzichte van de bestaande pensioenovereenkomst moeten overleggen.⁹⁵ De mogelijke gevolgen van de wijziging en de redenen tot wijziging moeten daarbij ook worden vermeld.

2.6.2 Overlegvergadering en beslissing OR

Er moet ten minste eenmaal in een overlegvergadering overleg worden gepleegd over het voorstel. De beslissing van de OR om al dan niet in te stemmen met de wijziging moet in een vergadering van de OR genomen worden. In een overlegvergadering wordt de beslissing vervolgens kenbaar gemaakt. Daarna moet de werkgever zo spoedig mogelijk kenbaar maken of hij het voorgenomen besluit zal invoeren.⁹⁶

⁹³ *Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 4*

⁹⁴ 27 lid 2 WOR

⁹⁵ Breuker, in: T&C Pensioenrecht 2019, art 27 WOR, aant. 2 (online bijgewerkt 15-01-2019)

⁹⁶ Breuker, in: T&C Pensioenrecht 2019, art 27 WOR, aant. 2 (online bijgewerkt 15-01-2019)

2.6.3 OR verleent geen instemming

Heeft de werkgever *geen* instemming van de OR gekregen? Dan kan de werkgever in beginsel niet het voorgenomen besluit uitvoeren. De wet biedt de OR de mogelijkheid om een beroep op nietigheid van het besluit te doen.⁹⁷ Voor de werkgever biedt de wet de mogelijkheid om de kantonrechter vervangende toestemming te vragen.⁹⁸

2.6.3.1 Nietigheid

Voert de werkgever het voorgenomen besluit zonder instemming van de OR toch uit? Dan bepaalt artikel 27 lid 5 WOR dat het besluit nietig is indien de OR een beroep op de nietigheid van het besluit doet. Dit dient echter wel binnen 1 maand te geschieden. De termijn van 1 maand begint te lopen vanaf het moment dat de werkgever het besluit schriftelijk heeft medegedeeld of, bij gebreke van een mededeling, aan de OR is gebleken dat de werkgever het besluit uitvoert. Een voorbeeld uit de rechtspraak waaruit blijkt dat de termijn strak wordt gehanteerd is de *Shell-zaak*.⁹⁹ De kantonrechter Den Haag kwam in deze zaak niet tot een inhoudelijk oordeel omdat de ondernemingsraad (COR) meer dan een maand had gewacht nadat de Shell het besluit had uitgevoerd.¹⁰⁰ Door het te laat inroepen van de nietigheid van het besluit oordeelde de kantonrechter de OR niet-ontvankelijk.¹⁰¹ Onjuist acht ik de uitspraak van de kantonrechter Amersfoort. De kantonrechter Amersfoort oordeelde dat instemming van de OR gelijk gesteld kon worden met de situatie dat de OR zich niet op de nietigheid van het besluit heeft beroepen. Het feit dat de OR zich neerlegt bij een besluit door niet de nietigheid daarvan in toe roepen was voor deze kantonrechter een aanwijzing dat sprake was van een zwaarwichtig belang waarvoor het belang van de werknemer moest wijken.¹⁰² Gelet op de wetsgeschiedenis (in hoofdstuk 4 hierover meer) kan betoogd worden dat het niet verlenen van instemming door de OR een indicatie is dat de werkgever *geen* zwaarwichtig belang heeft.¹⁰³

⁹⁷ Art. 27 lid 5 WOR

⁹⁸ Art. 27 lid 4 WOR

⁹⁹ Rb. Den Haag 27 maart 2014, *PJ* 2014/95, m.nt. Mw. mr. C.M.C.P. van Herpen-Thuring CPL (*Shell*)

¹⁰⁰ Rb. Den Haag 27 maart 2014, *PJ* 2014/95, m.nt. Mw. mr. C.M.C.P. van Herpen-Thuring CPL (*Shell*)

¹⁰¹ Rb. Den Haag 27-03-2014, *PJ* 2014/95, m.nt. Mw. mr. C.M.C.P. van Herpen-Thuring CPL (*Shell*) r.o. 4.12

¹⁰² Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ* 2015/69 m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*) r.o 2.10.

¹⁰³ Zie ook Schop in zijn noot: bij: Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ* 2015/69

Na het inroepen van de nietigheid kan de OR in rechte de nietigheid afdwingen. De OR kan op grond van artikel 27 lid 6 WOR de kantonrechter verzoeken de werkgever te verplichten zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering of toepassing van een nietig besluit.

De werkgever heeft ook de mogelijkheid zich te wenden bij kantonrechter met het verzoek te verklaren dat de OR ten onrechte de nietigheid heeft ingeroepen.¹⁰⁴

2.6.3.2 Vervangende toestemming kantonrechter

Verleent de OR geen instemming, dan heeft de werkgever op grond van artikel 27 lid 4 WOR de mogelijkheid om de kantonrechter vervangende toestemming te vragen om het besluit te nemen. De kantonrechter geeft slechts toestemming indien de beslissing van de OR om geen instemming te geven, onredelijk is of het voorgenomen besluit wordt gevegd door zwaarwegende bedrijfsredenen. Volgens de Hoge Raad is sprake van onredelijkheid wanneer de argumenten van de werkgever zwaarder wegen dan die van de OR voor het onthouden van zijn instemming. De argumenten van zowel de werkgever als de OR moeten bij de beoordeling worden betrokken.¹⁰⁵

In de KLM-zaak verzocht KLM de OR, na de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds vliegend personeel, in te stemmen met de onderbrenging bij een nieuw pensioenfonds. Nadat de OR weigerde, verzocht KLM de kantonrechter vervangende toestemming te verlenen op grond van artikel 27 lid 4 WOR. Instemming was in dit geval niet nodig omdat de keuze voor het pensioenfonds vliegend personeel expliciet was neergelegd in de cao. De kantonrechter Amsterdam overwoog dat het KLM gelet op artikel 27 lid 3 WOR niet was toegestaan om buiten de vakbond om zich te wenden tot de OR.¹⁰⁶ De OR had dus geen instemmingsrecht en de rechter kon derhalve geen vervangende toestemming verlenen.

2.7 Bovenwettelijke bevoegdheden OR

2.7.1 Instemmingsrechten uitbreiden

De OR en de werkgever hebben de mogelijkheid om instemmingsrechten over (delen van) de uitvoeringsovereenkomst uit te breiden. Blijkens de Memorie van Toelichting ziet het instemmingsrecht van OR op de arbeidsvoorwaarde pensioen en niet op de uitvoering daarvan.¹⁰⁷ De grens tussen inhoud van de pensioenregeling en de uitvoering ervan is moeilijk te trekken.

¹⁰⁴ Laagland, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art 27 WOR, aant. c8 (online bijgewerkt tot 25-07-2018)

¹⁰⁵ HR 24 januari 2014, PJ 2014/49 m. nt. prof E. Lutjens (*Stena Line*), r.o. 3.5.2.

¹⁰⁶ Ktr. Amsterdam 30 november 2016, PJ 2017/4, m.nt H.P Breuker (*KLM*) r.o. 7

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2015/16*, 34378, 3, p. 3

De SER heeft geadviseerd om het primaat welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst deel uitmaken van de pensioenovereenkomst bij werkgevers en werknemers te laten liggen.¹⁰⁸ Als oplossing wordt genoemd de ondernemingsovereenkomst zoals genoemd in artikel 32 WOR. In deze overeenkomst kunnen nadere afspraken worden gemaakt over de reikwijdte van de medezeggenschapsrechten.¹⁰⁹

De wettelijke instemmingsrechten mogen niet worden beperkt, alleen maar uitgebreid, dat blijkt uit artikel 32 lid 2 WOR. Huijg en Minnaard bepleiten dat ook in hun artikel.¹¹⁰ Zij stellen dat dergelijke ondernemingsovereenkomsten waarmee partijen beogen voor een langere termijn vooraf zekerheid te creëren of bepaalde typen besluiten al dan niet onder een medezeggenschapsrecht vallen, kunnen afsluiten.

Blijkt dat een medezeggenschapsorgaan zijn wettelijke bevoegdheden toch wil uitoefenen zal hij daartoe in staat moeten en worden gesteld, omdat de wet nadrukkelijk wel een grondslag biedt voor het uitbreiden van wettelijke bevoegdheden, maar niet voor het beperken daarvan.¹¹¹ Huijg en Heemskerk¹¹² merken terecht op dat de ondernemingsovereenkomst slechts een praktische polderoplossing is. Waarom zal de werkgever met de OR afspraken maken wat wel of niet onder het instemmingsrecht valt? Het gaat in dit geval dan om het toekennen van een uitbreiding van het instemmingsrecht van de OR. Denkbaar is dat de werkgever dit juist niet wil. De OR kan immers de nietigheid van het besluit inroepen of geen instemming verlenen. Zoals in paragraaf 2.4.4 al is aangegeven blijken meerdere elementen uit een uitvoeringsovereenkomst van invloed te kunnen zijn op het pensioenresultaat. Betoogd kan worden dat deze elementen al per definitie onder het instemmingsrecht vallen. Bovendien bestaat de mogelijkheid dus niet alleen om over delen van de uitvoeringsovereenkomst instemmingsrecht toe te kennen maar ook over de gehele uitvoeringsovereenkomst. Dat pleit er naar mijn mening des te meer voor om de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht te laten vallen zodat deze bepaling omtrent de ondernemingsovereenkomst overbodig is.

¹⁰⁸ SER 2014, p. 33. en *Kamerstukken II 2015/16*, 34378, 3, p. 4

¹⁰⁹ SER 2014, p. 34

¹¹⁰ Huijg & Minnaard 2017, p. 3

¹¹¹ Huijg & Minnaard 2017, p. 4

¹¹² Huijg & Heemskerk 2016, p. 7

2.8 Adviesrecht OR

2.8.1 Adviesrecht pensioen

Naast het instemmingsrecht geeft de WOR¹¹³ de OR een adviesrecht dat betrekking heeft op belangrijke financieel-economische en bedrijfsorganisatorische besluiten van de werkgever. Pensioen wordt in het artikel niet genoemd maar omdat veel van de adviesaanvragen van de werkgever betrekking hebben op voorgenomen besluiten die pensioenconsquenties kunnen hebben, kan de OR zich buigen over voorgenomen besluiten in het kader van het aanvullend pensioen.¹¹⁴

Een afwijking van het advies kan door de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam op redelijkheid worden beoordeeld.¹¹⁵ In de zaak IBM¹¹⁶ was de OR om advies gevraagd over een bepaalde reorganisatie en maakte het onderwerp pensioen onderdeel uit van de adviesaanvraag, waarover de OR had geadviseerd. Daarna week de werkgever ten aanzien van de pensioenvoorziening af van hetgeen in de adviesaanvraag stond vermeld. De Ondernemingskamer oordeelde dat het onderwerp pensioen onderdeel uitmaakte van de adviesaanvraag en dat de OR daarover had geadviseerd.¹¹⁷ Volgens de Ondernemingskamer stond het de werkgever niet vrij om op het punt van de pensioenvoorziening af te wijken van het voorgenomen besluit dat aan de OR ter advisering was voorgelegd.¹¹⁸ De Ondernemingskamer oordeelde dat de werkgever niet in redelijkheid tot het nieuwe besluit om geen pensioenregeling te treffen heeft kunnen komen, zonder de OR opnieuw advies te vragen.¹¹⁹ In een andere zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat het besluit van de werkgever om een uitvoeringsovereenkomst te verlengen niet valt onder het adviesrecht van de OR.¹²⁰

2.9 Conclusie

In dit hoofdstuk is gepoogd inzicht te krijgen in het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Evident is dat de OR instemmingsrecht heeft over de pensioenovereenkomst ongeacht de pensioenuitvoerder. De wetgever heeft de onduidelijkheid ten aanzien van het instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst niet in zijn geheel weggenomen, maar heeft de OR instemmingsrecht toegekend over onderdelen van de

¹¹³ art. 25 WOR

¹¹⁴ SER 2014, p. 21

¹¹⁵ Art. 26 lid 4 WOR

¹¹⁶ Hof Amsterdam 05 december 2013, PJ 2014/42 (IBM)

¹¹⁷ Hof Amsterdam 05 december 2013, PJ 2014/42 (IBM) r.o 3.4

¹¹⁸ Hof Amsterdam 05 december 2013, PJ 2014/42 (IBM) r.o 3.5 – 3.6

¹¹⁹ Hof Amsterdam 05 december 2013, PJ 2014/42 (IBM) r.o 3.10

uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Wat dat exact behelst maakt de wetgever niet duidelijk. Verschillende auteurs hebben in de literatuur hun mening daarover geuit. Het is een omissie van de wetgever daar niet duidelijker in te zijn geweest. Er is in ieder geval sprake van invloed wanneer het pensioenresultaat kan worden beïnvloed. Dat zal naar mijn mening betekenen dat meerdere elementen, zoals genoemd in paragraaf 2.4.4, onder het instemmingsrecht moeten vallen. Nu de wetgever de keuze van de pensioenuitvoerder, de wijze van vaststellen van de premie en de voorwaarden en maatstaven van toeslagverlening, heeft genoemd die in ieder geval onder het instemmingsrecht vallen, zal de OR met de werkgever een ondernemingsovereenkomst moeten afsluiten over elementen uit de uitvoeringsovereenkomst waar het instemmingsrecht ook op ziet. De vraag is of een ondernemingsovereenkomst wel de oplossing biedt. Met Huijg & Minnaard deel ik de mening dat instemmingsrechten niet mogen worden beperkt, alleen maar uitgebreid.¹²¹ Betoogd kan worden dat ook niet in de wet genoemde elementen wel degelijk het pensioenresultaat raken en daarmee onder het wettelijk instemmingsrecht vallen. Tevens kan de vraag worden gesteld of de werkgever het instemmingsrecht wel wil uitbreiden. De OR kan immers de nietigheid van het besluit inroepen of geen instemming verlenen. Voorts rust op de OR de bewijslast om in een gerechtelijke procedure te stellen en te bewijzen dat een bepaald uitvoeringsaspect het pensioenresultaat beïnvloed en daarom instemmingsplichtig is. Het leidt naar mijn mening alleen maar tot onnodige geschillen en procedures tussen de werkgever en de OR. Wanneer de instemming van de OR ook de gehele uitvoeringsovereenkomst zal zien, wordt de bepaling 31f WOR en de ondernemingsovereenkomst naar mijn mening overbodig.

Het instemmingsrecht geldt in ieder geval niet indien pensioen inhoudelijk en uitputtend is geregeld in een cao. Deze uitzondering geldt ook wanneer de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een verplicht BPF. Wanneer de OR weigert instemming te verlenen en de werkgever toch het besluit uitvoert, dan kan de OR binnen 1 maand de nietigheid van het besluit inroepen. Voor de werkgever bestaat de mogelijkheid om de kantonrechter vervangende toestemming te vragen wanneer de OR de instemming heeft geweigerd.

¹²⁰ Hof Amsterdam 04 mei 2017, PJ 2017/140

H3. Eenzijdige wijziging door de werkgever

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de eenzijdige wijziging door de werkgever centraal. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen eenzijdige wijziging door de werkgever op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 19 PW) en eenzijdige wijziging door de werkgever zonder een eenzijdig wijzigingsbeding (7:611 BW). Allereerst bespreek ik in 3.2 de arbeidsrechtelijke variant van het eenzijdig wijzigingsbeding. De wettelijke bevoegdheid bespreek ik in 3.2.2. De pensioenvariant van het eenzijdig wijzigingsbeding komt aan bod in 3.2.3. De vereisten om een rechtsgeldig beroep te kunnen doen op een eenzijdig wijzigingsbeding bespreek ik in 3.2.4. In paragraaf 3.3 bespreek ik kort de mogelijkheid tot wijziging bij slapers en pensioengerechtigden. De mogelijkheden voor de werkgever om zonder wijzigingsbeding te wijzigen, stip ik aan in 3.4. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie in 3.5.

3.2 Eenzijdige wijziging met een wijzigingsbeding

3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de eenzijdige wijziging door de werkgever op grond van 7:613 BW centraal. Artikel 19 PW is een equivalent van 7:613 BW.¹²² Dat betekent dat voor zowel het pensioenrechtelijke als het arbeidsrechtelijke eenzijdig wijzigingsbeding hetzelfde toetsingskader geldt. Anders dan bij het arbeidsrechtelijke eenzijdige wijzigingsbeding geldt het pensioenrechtelijke eenzijdig wijzigingsbeding ook voor ambtenaren.¹²³ Het eenzijdig wijzigingsbeding geeft de werkgever de bevoegdheid om de arbeidsvoorwaarden zonder instemming van de werknemer te wijzigen. Deze scriptie is erop gericht te onderzoeken onder welke omstandigheden de instemming van de OR een voldoende zwaarwichtig belang oplevert zodat de werkgever rechtsgeldig de pensioenovereenkomst mag wijzigen. Gelet op de onderzoeksvraag bespreek ik het eenzijdig wijzigingsbeding uit het perspectief van de Pensioenwet (19 PW). De totstandkoming van het eenzijdig wijzigingsbeding bespreek ik vanuit het perspectief van het Arbeidsrecht (7:613 BW).¹²⁴

¹²¹ Huijg & Minnaard 2017, p. 4

¹²² Heemskerk 2015, p. 193

¹²³ Heemskerk 2015, p. 193

¹²⁴ Zie voor een volledige beschrijving en totstandkoming van het artikel: De Laat 2008

3.2.2 De wettelijke bevoegdheid van de werkgever

De werkgever kan met behulp van een eenzijdig wijzigingsbeding arbeidsvoorwaarden wijzigen. Dit beding heeft een wettelijke basis gekregen in artikel 7:613 BW:

“De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

De achterliggende gedachte van deze bepaling is tweeledig: aan de ene kant is er het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst en aan de andere kant is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die niet bij cao zijn geregeld.¹²⁵ De regering achtte het onwenselijk dat in de praktijk sprake was van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgevers, zonder betrokkenheid van de individuele werknemers, vakorganisatie of OR. Het wetsvoorstel was erop gericht om dit tegen te gaan.¹²⁶

In het arrest *IBM* heeft de Hoge Raad bij de arbeidsovereenkomst het eenzijdig wijzigingsbeding aanvaard, waarbij het gebruik getoetst werd aan de redelijkheid en billijkheid.¹²⁷ Artikel 7:613 BW kent een zwaardere toets. Het uitgangspunt is dat de arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig door toepassing van de wijzigingsbedingen kunnen worden gewijzigd, tenzij daar aan de zijde van de werkgever zwaarwichtige belangen aantoonbaar zijn

¹²⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 24615, 9, p. 31

¹²⁶ *Kamerstukken II 1995/96*, 24615, 3, p. 21

¹²⁷ HR 07 oktober 1988, *NJ 1989/335*, m.nt. P.A. Stein

3.2.3 De pensioenvariant van het eenzijdig wijzigingsbeding

De Pensioenwet kent ook een eenzijdig wijzigingsbeding om de pensioenovereenkomst te wijzigen. De wettelijke basis is neergelegd in artikel 19 PW:

“Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen 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”.

Dit eenzijdig wijzigingsbeding voor de pensioenovereenkomst is het pensioenrechtelijk equivalent van het eenzijdig wijzigingsbeding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:613 BW¹²⁸ en daarop geënt.¹²⁹ Anders dan bij de arbeidsovereenkomst geldt de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst ook bij ambtenaren.¹³⁰ De mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst is niet alleen van toepassing op actieve werknemers, maar bestaat ook voor gepensioneerden en gewezen deelnemers.¹³¹ De reden daarvoor is omdat de Hoge Raad in het *ECN*-arrest heeft geoordeeld dat de pensioenovereenkomst niet eindigt nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, maar dat deze wordt voortgezet in een andere hoedanigheid van partijen (slaper of pensioengerechtigde).¹³²

Een beperking van het eenzijdig wijzigingsbeding is gelegen in artikel 20 PW. Dat artikel bepaalt dat eenmaal opgebouwde pensioenaanspraken in beginsel niet kunnen worden gewijzigd. Het artikel spreekt alleen over opgebouwde pensioenaanspraken, in de literatuur wordt wel aangenomen het wijzigingsverbod ook geldt voor opgebouwde pensioenrechten.¹³³

3.2.4 Eisen aan het eenzijdig wijzigingsbeding

De wet stelt de formele eis dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een eenzijdig wijzigingsbeding indien voldaan is aan de schriftelijkheidseis. Ook stelt de wet de materiele eis inhoudende dat het belang van de werkgever zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

¹²⁸ Heemskerk 2015, p. 193

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3 p. 38

¹³⁰ Heemskerk 2015, p. 193

¹³¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *PJ* 2018/144 m.nt. mr. H.P. Breuker, r.o. 5.19

¹³² HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot) en mr. H.P. Breuker (tweede noot) (*ECN/OMEN*) r.o. 5.1

¹³³ Heemskerk 2015, p. 202; Asser/Lutjens 7-XI 2016/537

3.2.5 Schriftelijkheidseis

De werkgever kan alleen een beroep doen op een eenzijdig wijzigingsbeding indien dat schriftelijk is opgenomen in de pensioenovereenkomst. Volgens de wetgever dient uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid de eis te worden gesteld dat het eenzijdig wijzigingsbeding schriftelijk in de arbeidsovereenkomst zelf wordt neergelegd.¹³⁴ Het moet duidelijk kenbaar zijn dat de werknemer schriftelijk akkoord is gegaan met de opname van een eenzijdig wijzigingsbeding in zijn arbeidsovereenkomst. Het lijkt erop dat de wettekst ervan uitgaat dat het eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst moet staan. Maar er kan op verschillende manieren worden voldaan aan de schriftelijkheidseis zoals het artikel stelt. Uit het arrest *Wegener/Monsieurs* blijkt dat een eenzijdig wijzigingsbeding dat is opgenomen in een collectieve regeling, die is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, ook voldoet aan de schriftelijkheidseis. Volgens de Hoge Raad wordt daarmee voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid.¹³⁵ Met Heemskerk deel ik de mening dat analoge toepassing van voornoemd arrest bij de pensioenovereenkomst voor de hand ligt.¹³⁶ De meeste pensioenovereenkomsten verwijzen naar pensioenreglementen waar een eenzijdig wijziging staat opgenomen. Een eenzijdig wijzigingsbeding dat in een arbeidsvoorwaardenreglement of cao staat opgenomen, zal dus ook de toets van schriftelijkheid kunnen doorstaan. Ook in het geval wanneer het eenzijdig wijzigingsbeding niet in de pensioenovereenkomst zelf staat, maar wel in de arbeidsovereenkomst kan het eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst kwalificeren als grondslag voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst.¹³⁷ Artikel 19 PW is immers een vertaling van 7:613 BW en de pensioenovereenkomst is niet meer dan een onderdeel van de arbeidsvoorwaarden.¹³⁸ Bij het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst -en de totstandkoming van de pensioenovereenkomst die daarmee samenhangt- heeft de werknemer ingestemd met het eenzijdig wijzigingsbeding.¹³⁹

¹³⁴ *Kamerstukken II* 1995/96 24 615, nr. 15

¹³⁵ HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/610 (*Monsieurs/Wegener*) r.o 3.6.4

¹³⁶ Heemskerk 2015, 194

¹³⁷ Zie Heemskerk 2015, p. 194; Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m. nt. H.P. Breuker (*Fundeon*)

¹³⁸ Zie H.P. Breuker bij noot Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 (*Fundeon*)

¹³⁹ Heemskerk 2015, p. 194

3.2.6 De zwaarwichtigbelangtoets

Naast de formele eis stelt artikel 19 PW ook de materiele eis dat de werkgever bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het artikel is in feite tweeledig: enerzijds geeft het de werkgever de ruimte om een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid op te nemen, anderzijds beperkt het ook het gebruik daarvan door de eis van een zwaarwichtig belang.¹⁴⁰

Het zwaarwichtig belang moet allereerst objectief bepaalbaar zijn. Dit houdt in dat er zich een objectief vast te stellen omstandigheid moet voordoen op grond waarvan van de werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd de 'oude' pensioenregeling in stand te laten. De bewijslast om het zwaarwegende belang aan te tonen ligt bij de werkgever. Naast het zwaarwichtige belang, dient ongewijzigde toepassing van de geldende pensioenregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn, dat het belang van de werknemer –bij handhaving van de oude pensioenregeling- daarvoor moet wijken.¹⁴¹

3.2.6.1 *Het zwaarwichtig belang van de werkgever*

De werkgever moet een zwaarwichtig belang hebben om rechtsgeldig te kunnen wijzigen. Van zwaarwichtige omstandigheden kan worden gesproken als sprake is van zwaarwegende bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden noodzakelijk zijn. Gedacht kan worden aan de situatie dat de werkgever in financiële moeilijkheden verkeert.¹⁴² Een zwaarwichtig belang kan volgens het Hof Arnhem ook gevormd worden door een financieel belang om ook op lange termijn een bedrijfseconomisch verantwoorde situatie in stand te houden, waarbij de continuïteit van het pensioen van alle werknemers zoveel mogelijk is gewaarborgd.¹⁴³

De lat voor het aantonen van een financieel belang van de werkgever is hoog.¹⁴⁴ Hetzelfde Hof Arnhem oordeelde dat uit nader financieel onderzoek is gebleken dat de werkgever slechts een beperkt financieel belang had bij het beperken van de backservice-lasten die met de eindloonregeling samenhangt.¹⁴⁵ De noodzaak tot wijziging van de eindloonregeling in een geïndexeerde middelloonregeling werd onvoldoende aangetoond. Ook in een uitspraak van de

¹⁴⁰ Laagland, *Arbeidsovereenkomst*, art 7:613 BW, aant. 3.1

¹⁴¹ Rb. Noord-Nederland 13 februari 2013, *PJ* 2013/64 (*De Rooij/Feenstra*) r.o. 4.13

¹⁴² *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 24

¹⁴³ Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m.nt. mr. H.P. Breuker (*Fundeon* r.o. 5.15)

¹⁴⁴ Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018 *PJ* 2018/18 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (*IFF*); Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m.nt. mr. H.P. Breuker (*Fundeon*); Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018 *PJ* 2018/43 m.nt. mr. drs. E. Schop (*Kansspelautomaten*)

kantonrechter Rotterdam werd geen zwaarwichtig financieel belang aangenomen voor een wijziging van een eindloonregeling in een beschikbare premiereregeling. Uit nader financieel onderzoek bleek dat de door de werkgever aangevoerde lastenverhoging ook speelde bij de gewijzigde regeling. Het lastenverschil tussen beide regelingen was slechts gering, waardoor de wijziging niet gerechtvaardigd kon worden. Tegenover dit geringe lastenverschil bestond een grote onzekerheid van de hoogte van het uiteindelijke pensioen voor de werknemer.¹⁴⁶

3.2.6.2 *Wijziging in (fiscale) wetgeving*

Wetswijzigingen zoals wijziging van fiscale wetgeving of gelijke behandelingswetgeving kunnen een zwaarwichtig belang opleveren om de pensioenovereenkomst te wijzigen.¹⁴⁷ Een wijziging ingegeven door fiscale wetgeving levert niet per definitie een zwaarwichtig belang op en werkt niet dwingend door in de pensioenovereenkomst.¹⁴⁸ Het is wel vaak een prikkel om de pensioenovereenkomst te wijzigen. Zonder wijziging is de pensioenovereenkomst fiscaal onzuiver wat kan leiden tot fiscaal nadelige gevolgen voor het pensioen.¹⁴⁹ Zo oordeelde het Hof Arnhem in 2008¹⁵⁰ het afschaffen een overbruggingspensioen geoorloofd. Het Hof overwoog dat de door de werkgever aangevoerde fiscale nadelige gevolgen een zwaarwichtig belang opleveren en dat deze niet door de werknemers waren betwist. Het niet aanpassen van de pensioenregeling zal zowel voor de werkgever als werknemer zodanig fiscale nadelige gevolgen hebben dat het bij de belangenafweging in het voordeel van de werkgever uitviel. Daarbij was van belang dat de werknemer bij de gewijzigde regeling werd gecompenseerd door een verlaging van franchise en dus een verhoging van de pensioenopbouw.¹⁵¹

3.2.6.3 *Wijziging wegens verplichtstelling*

Wijziging wegens een verplichtstelling tot deelname aan een verplichtgesteld BPF kan een zwaarwichtig belang opleveren. Wanneer de werknemers al een pensioenovereenkomst hebben kan dat soms tot problemen leiden.¹⁵² Een voorbeeld is de uitspraak van het Hof Arnhem. De werkgever kwam onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds PMT te vallen, waardoor hij de werknemersbijdrage wilde verhogen. Het Hof oordeelde de verhoging van de werknemersbijdrage gerechtvaardigd nu de premieverdeling in de cao was opgenomen en de pensioenpremie van de

¹⁴⁵ Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m.nt. mr. H.P. Breuker (*Fundeon*) r.o 2.4 -2.7

¹⁴⁶ Rb. Rotterdam 23 december 2009 *PJ* 2013/82 m.nt mr. H.P. Breuker (*VLM*) r.o. 2.6; Zie Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99, (*NLR*) r.o. 8 waar wel een zwaarwichtig financieel belang werd aangenomen.

¹⁴⁷ Asser/Lutjens 7-XI 2016/505

¹⁴⁸ Heemskerk 2015, p. 200

¹⁴⁹ Heemskerk 2015, p. 67

¹⁵⁰ Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ* 2009/47 (*Haskoning*)

¹⁵¹ Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ* 2009/47 (*Haskoning*) r.o 4.14 – 4.15; zie ook: Rb. Noord-Nederland 29 januari 2019, *PJ* 2019/29 (*Halliburton*) r.o 4.7

nieuwe verplichtgestelde regeling aanmerkelijk hoger was dan de oude pensioenpremie. Daarbij oordeelde het Hof dat de werknemer voor de hogere premie werd gecompenseerd doordat hij een hoger pensioen kreeg.¹⁵³

Heeft de werkgever zijn zwaarwichtig belang aangetoond, dan moet het belang van de werkgever vervolgens nog worden afgewogen tegen het belang van de werknemer.¹⁵⁴ Bij de belangenafweging kan de instemming van de OR een rol spelen (uitgebreid in hoofdstuk 4).

3.2.7 De belangenafweging

Zoals gezegd wordt vereist dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft. De bewijslast voor het zwaarwichtig belang ligt bij de werkgever. De werkgever moet duidelijk onderbouwen op grond van welke omstandigheden handhaving van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit wordt nadrukkelijk getoetst.¹⁵⁵ Heeft de werkgever het zwaarwichtig belang aangetoond dan wordt het belang van de werkgever tegen het belang van de werknemer afgewogen. De feitelijke omstandigheden spelen daarbij een rol. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij de belangenafweging de instemming van de OR (uitgebreid in hoofdstuk 4) een rol kan spelen bij de vraag of een werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft.¹⁵⁶

3.3 Eenzijdig wijzigingsbeding ook geldig bij slapers en gepensioneerden?

3.3.1 Geen wettelijke bepaling voor slapers en gepensioneerden

In het hiervoor besproken *ECN*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het einde van de arbeidsovereenkomst niet betekent dat de pensioenovereenkomst is geëindigd, maar dat de rechtsverhouding van de betrokken partijen wordt voortgezet in een andere hoedanigheid van partijen.¹⁵⁷ (van slaper en gepensioneerden) De Hoge Raad toetste destijds niet aan het eenzijdig wijzigingsbeding op grond van artikel 19 PW omdat het wijzigingsbesluit werd genomen toen de Pensioenwet nog niet in werking was getreden.¹⁵⁸ In de literatuur is daarover het nodige geschreven maar dat laat ik gelet op de onderzoeksvraag buiten beschouwing.¹⁵⁹

¹⁵² Heemskerk 2015, p. 200

¹⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014 *PJ* 2014/117 (*De Rooij/Feenstra*) r.o. 5.9

¹⁵⁴ Heemskerk 2015, p. 195

¹⁵⁵ Schols- Van Oppen 2015, *Inleiding pensioenrecht* (MSR nr. 51) 2015/2.9.3

¹⁵⁶ *Kamerstukken I* 1997/98, 24615, 81a, p. 9

¹⁵⁷ HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot) en mr. H.P. Breuker (tweede noot) (*ECN/OMEN*) r.o. 5.1

¹⁵⁸ HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot) en mr. H.P. Breuker (tweede noot) (*ECN/OMEN*) r.o. 4.1.3

¹⁵⁹ Zie: Heemskerk e.a. 2012; Van Leeuwen 2014; HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot)

Betoogd kan worden dat het eenzijdig wijzigingsbeding ook van toepassing is op slapers en gepensioneerden. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat de pensioenovereenkomst niet eindigt en dus blijft bestaan. Als de pensioenovereenkomst blijft bestaan dan betekent dat ook dat de bepalingen die in de pensioenovereenkomst staan, blijven bestaan. Bevat de pensioenovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding, dan is dit eenzijdig wijzigingsbeding ook blijven bestaan en dus van toepassing op slapers en gepensioneerden. Het is immers de rechtsverhouding die wijzigt, niet de pensioenovereenkomst. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in 2018 bevestigd dat de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst niet alleen van toepassing is op actieve werknemers, maar ook bestaat voor gepensioneerden en gewezen deelnemers. Indien dat anders zou zijn strookt dat niet met de beschermingsgedachte van artikel 19 PW, aldus het Hof.¹⁶⁰ Een andere vraag die in dit kader gesteld kan worden is in hoeverre de instemming van de OR van invloed kan zijn bij eenzijdige wijziging ten opzichte van slapers en gepensioneerden. In hoofdstuk 4 ga ik daar nader op in.

3.4 Wijziging zonder eenzijdig wijzigingsbeding

Zoals hiervoor besproken kan de werkgever met een eenzijdig wijzigingsbeding –indien hij heeft voldaan aan de vereisten– de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen. In het geval dat geen eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen dient de werknemer in beginsel in te stemmen met de wijziging.

Onder omstandigheden moet de werknemer ingaan op een redelijk voorstel van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te wijzigen.¹⁶¹

De wettelijke basis is neergelegd in 7:611 BW:

“De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.”

3.4.1 Goed werkgever- en werknemerschap

In het kader van goed werkgever- en werknemerschap zijn twee arresten van de Hoge Raad leidend. Volgens het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman* behoort een goed werknemer in het algemeen positief in te gaan op redelijke wijzigingsvoorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk en mag hij dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding

¹⁶⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *PJ* 2018/144 m.nt. mr. H.P. Breuker, r.o. 5.19

¹⁶¹ Heemskerk 2015, p. 198

niet van de werknemer kan worden gevergd.¹⁶² Een decennium later is deze lijn in het arrest *Stoof/Mammoet*¹⁶³ genuanceerd. De Hoge Raad heeft verduidelijkt dat het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer mag worden verwacht. Volgens de Hoge Raad moet in de eerste plaats worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden voor een wijzigingsvoorstel en of het door de werkgever gedane voorstel redelijk is. Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Vervolgens moet worden onderzocht of aanvaarding van het redelijke voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Van de werkgever wordt dus verwacht dat hij een redelijk pensioenvoorstel doet waarbij van de (ex)-werknemer in redelijkheid kan worden gevergd dat hij dat aanvaardt.¹⁶⁴

3.4.2 Goed werknemerschap toepasselijk bij pensioenwijzigingen?

Een wijziging in de collectieve pensioenovereenkomst behelst een wijziging ten opzichte van een groep werknemers. De Hoge Raad heeft in het hiervoor aangehaalde *Stoof/Mammoet*-arrest geoordeeld dat artikel 7:613 BW 'veeleer' ziet op dergelijke (eenzijdige) collectieve wijzigingen. Onduidelijk is wat de Hoge Raad met de term 'veeleer' bedoeld. De meningen in de literatuur zijn daarover verdeeld en laat ik gelet op de onderzoeksvraag buiten beschouwing.¹⁶⁵ In geval bepleit wordt dat artikel 7:611 BW slechts ziet op individuele wijzigingen, dan zal dat collectieve pensioenwijzigingen uitsluiten.¹⁶⁶ Een andere vraag die meer relevant is voor dit onderzoek is de vraag hoe artikel 7:611 BW zich verhoudt tot de instemming van de OR. Instemming van de OR ziet namelijk op collectieve wijzigingen en niet op individuele wijzigingen. Als betoogd wordt dat 7:611 BW slechts ziet op individuele wijzigingen, dan zal de instemming van de OR naar mijn mening geen rol kunnen spelen. Er is in ieder geval rechtspraak te vinden waar een collectieve pensioenwijziging met instemming van de OR aan artikel 7:611 BW wordt getoetst, waarbij de instemming van de OR mee kan wegen in de beoordeling of het voorstel van de werkgever redelijk is.¹⁶⁷

¹⁶² HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) r.o 3.4

¹⁶³ HR 07 juli 2008, NJ 2011/185 m. nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Stoof/Mammoet*) r.o. 3.3.2

¹⁶⁴ Heemskerk 2015, p. 159

¹⁶⁵ Zie Asser/Lutjens 7-XI 2016/500 waarin Lutjens meent dat de Stoof/Mammoet-regel zowel van toepassing is op collectieve als individuele wijzigingen; in gelijke zin: Heerma van Voss in de noot bij HR 11 juli 2008, NJ 2011/185 (*Stoof/Mammoet*); anders Schop in zijn noot bij Rb. Midden-Nederland 04 februari 2015, PJ 2015/69 (*Veritas*)

¹⁶⁶ Heemskerk 2015, p. 199

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 28 mei 2015, PJ 2015/128 (*NRF*); Hof Amsterdam 10 juni 2014, PJ 2014/126 (*Bot Bouw*); Ktr. Amsterdam 28 oktober 2008, PJ 2009/13; Zie ook waarin de stemming van de OR mee weegt in het oordeel dat het voorstel van de werkgever redelijk was: Rb. Midden-Nederland 15 mei 2018, PJ 2018/104 r.o 2.15

3.4.3 Redelijkheid en billijkheid en onvoorziene omstandigheden

Zonder uitpuddend te zijn, stip ik kort de mogelijkheden voor de werkgever om de pensioenovereenkomst te wijzigen op grond van de redelijkheid en billijkheid (ex 6:248 lid 2 BW) en onvoorziene omstandigheden (ex artikel 6:258 BW).

In beide gevallen geldt dat handhaving van de bestaande pensioenovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet zijn.¹⁶⁸ In de arbeidsrechtpraktijk wordt regelmatig een beroep gedaan derogerende werking van artikel 6:248 BW als sluitstuk van de redeneringen, voor het geval 'niets anders meer helpt'.¹⁶⁹

3.5 Conclusie

Voor het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarde pensioen zijn meerdere wegen mogelijk. Enerzijds is er de weg van het eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 19 PW) en anderzijds is er de weg van het goed werkgever- en werknemerschap (artikel 7:611 BW). Daarnaast kan een beroep worden gedaan op redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW) en onvoorziene omstandigheden (6:258 BW). Voor wat betreft de laatste twee artikelen zal in het kader van de onderzoeksvraag hier niet nader worden ingegaan.

Welke weg bewandeld wordt is afhankelijk van de vraag of al dan niet een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. Beide wegen hebben hun eigen criteria. Het eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 19 PW) geeft de werkgever de bevoegdheid om arbeidsvoorwaarden zonder instemming van de werknemer te wijzigen. Daarbij is het van belang dat het beding schriftelijk is overeengekomen en de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar redelijkheid en billijkheid moet wijken. Aan de schriftelijkheidseis kan op verschillende manieren worden voldaan en hoeft blijkens de rechtspraak niet per definitie in de arbeids- of pensioenovereenkomst zelf te staan. Op de werkgever rust de bewijslast om het zwaarwichtig belang aan te tonen. Het aantonen van een financieel belang lijkt in de praktijk moeilijk te zijn. Heeft de werkgever dat zwaarwichtige belang aangetoond dan wordt dat belang afgewogen tegen het belang van de werknemer. Daarbij kan volgens de wetsgeschiedenis van belang zijn of de OR instemming heeft verleend voor de wijziging, hierover meer in hoofdstuk 4.

¹⁶⁸ Heemskerk 2015, p. 199

¹⁶⁹ Van Markwijk Kooy 2013, p. 1

Anderzijds kan zonder het eenzijdig wijzigingsbeding een beroep gedaan worden op artikel 7:611 BW. Waarbij de criteria van Stoof/Mammoet worden gebruikt.

Hoewel in de literatuur discussie bestaat dat artikel 7:611 BW alleen van toepassing is op individuele wijzigingen, blijkt uit de pensioenrechtspraak dat artikel 7:611 BW ook van toepassing is op collectieve pensioenwijzigingen. Daarbij kan de instemming van de OR ook een rol spelen en weegt dit mee bij de beoordeling of de werkgever een redelijk voorstel heeft gedaan. Mede met dat gegeven is het naar mijn mening verdedigbaar dat artikel 7:611 BW van toepassing is op collectieve pensioenwijzigingen. Instemming van de OR ziet namelijk niet op individuele wijzigingen maar op collectieve wijzigingen.

Naar mijn mening is het eenzijdig wijzigingsbeding ook van toepassing op slapers en gepensioneerden. De pensioenovereenkomst is niet geëindigd en blijft dus ook bestaan. Dat betekent dat de bepalingen in de pensioenovereenkomst worden voortgezet. Bevat de pensioenovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding, dan blijft dat beding ook bestaan en is dit eenzijdig wijzigingsbeding ook van toepassing op slapers en gepensioneerden.

H4. Betekenis instemming OR bij eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de instemming van de OR bij eenzijdige wijziging centraal. In hoofdstuk 3 gaf ik al aan dat bij de belangenafweging de instemming van de OR een rol kan spelen bij de vraag of een werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft. Allereerst bespreek ik in 4.2 de rol van de OR bij eenzijdige wijziging met een wijzigingsbeding. In paragraaf 4.3 bespreek ik het belang van de instemming van de OR in de rechtspraak. Allereerst presenteer ik de conclusie uit de verrichte jurisprudentie analyse door Van Els en Deelen¹⁷⁰ (4.3.1). Vervolgens bespreek ik de invloed van de instemming van de OR volgens de pensioenrechtspraak. Daarin bespreek ik onder meer de instemming van de OR en de daarbij behorende omstandigheden die een bijdrage kunnen leveren aan de toelaatbaarheid van de instemming van de OR. Vervolgens ga ik in op de vraag in hoeverre de stemming van de OR van invloed is geweest bij een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst. Paragraaf 4.4 staat in het teken van de instemming van de OR bij slapers en gepensioneerden en of de instemming van de OR van toepassing is. Mijn conclusie van het hoofdstuk bespreek ik in 4.5.

4.2 De rol van de OR bij eenzijdige wijziging

4.2.1 Wettelijk vermoeden

De instemming van de OR kan een rol spelen bij de vraag of de werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft. In het oorspronkelijke wetsvoorstel had artikel 7:613 BW een lid 2 dat bepaalde dat de werkgever vermoed een zwaarwichtig belang te hebben indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een voor de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst dan wel een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de OR.¹⁷¹ Hiermee werd volgens de wetgever het knelpunt van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden opgelost, door de werknemer, ingeval tussen werkgever en de vertegenwoordigers van de werknemers geen akkoord tot stand zal komen, een steviger individuele positie te geven.¹⁷²

¹⁷⁰ Zie volledig: Van Els & Deelen

¹⁷¹ *Kamerstukken II 1995/96, 24615, 1, p. 8*

¹⁷² *Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 22*

Dit wettelijk vermoeden is uiteindelijk geschrapt.¹⁷³ Dit neemt volgens de wetgever niet weg dat bij het antwoord op de vraag of het belang van de werkgever voldoende zwaarwichtig is, een rol kan spelen of overeenstemming is bereikt met de OR. Het is aan de werkgever om aan te tonen dat hij een zwaarwichtig belang heeft.¹⁷⁴

4.2.2 Instemming OR werkt niet automatisch door

De instemming van de OR werkt niet automatisch en dwingend door in de individuele pensioenovereenkomst. Indien de werkgever en de OR het eens zijn over de (wijziging van de) arbeidsvoorwaarden dan moet dit nog worden verwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst, hetzij door middel van verkregen overeenstemming met de werknemer, hetzij door een beroep te doen op artikel 7:613 BW/19 PW.¹⁷⁵ Het is ook mogelijk dat in de individuele arbeidsovereenkomst of pensioenovereenkomst wordt opgenomen dat een wijziging bindend is wanneer de OR daarmee instemt.¹⁷⁶ Betoogd is dat een dergelijk beding geen eenzijdig wijzigingsbeding betreft. Het beding kan dan worden gezien als een van te voren overeengekomen afspraak waarin de werkgever en de werknemer hun contractsvrijheid voor wijzigingen hebben overgedragen aan de OR. Een zwaarwichtig belang hoeft dan niet te worden aangetoond omdat het niet de werkgever is die wijzigt. De vraag die kan worden gesteld is of een dergelijk beding wel genoeg werknemersbescherming biedt.¹⁷⁷

4.3 Het belang van instemming OR volgens rechtspraak

4.3.1 De invloed van instemming OR bij eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden¹⁷⁸

In 2013 verscheen een artikel geschreven door Van Els en Deelen. Zij onderzochten op basis van de rechtspraak over een periode van 2007 tot 2013 welke invloed de OR heeft als het gaat om het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden op grond van 7:613 BW. De auteurs komen na bespreking van de rechtspraak onder andere –voor dit onderzoek van belang- tot de conclusie dat de instemming van de OR de werkgever in een gunstigere positie brengt, maar hem geen absolute zekerheid verschaft. In overeenstemming met de wetsgeschiedenis concluderen zij dat het standpunt van de OR ondersteunend is. Daarbij lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat de rechter toetst of de OR op serieuze wijze instemming heeft verleend. Daarbij kan worden gedacht aan door

¹⁷³ *Kamerstukken II 1996/97*, 24615, 10, p. 3

¹⁷⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 24615, 81a, p. 9

¹⁷⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 24615, 9, p. 31

¹⁷⁶ Asser/Lutjens 7-XI 2016/506

¹⁷⁷ Zie: Heemskerk 2012; anders Schop 2012

¹⁷⁸ Van Els & Deelen 2013

de OR georganiseerde werknemersbijeenkomsten, een enquête onder werknemers over het onderwerp en het onderwerp bespreken in vergaderingen.¹⁷⁹

4.3.2 De invloed van instemming OR bij eenzijdige wijziging pensioen

Voor het beantwoorden van de centrale hoofdvraag: *“onder welke omstandigheden levert instemming van de OR een voldoende zwaarwichtig belang voor de werkgever op om eenzijdig de pensioenovereenkomst te wijzigen”* heb ik een jurisprudentieonderzoek verricht. 18 uitspraken hebben bijgedragen aan dit onderzoek. Deze 18 uitspraken zijn verzameld door een aantal selectiecriteria toe te passen bij de online databases Kluwer Navigator en Rechtsorde. Het eerste selectie criterium is *jurisprudentie*. Het tweede selectie criterium bevat de woorden: *eenzijdige wijziging pensioenovereenkomst, instemming OR en artikel 19 PW*. Het derde selectie criterium bevat de woorden: *wijziging pensioenovereenkomst, instemming OR*. De 18 uitspraken hebben geresulteerd in een jurisprudentieoverzicht opgenomen in bijlage 1.

Op basis van drie vragen is gezocht naar antwoorden in de jurisprudentie:

- 1) *Hoe wordt de instemming van de OR door de rechter beoordeeld?*
- 2) *Zijn er omstandigheden en zo ja, welke omstandigheden hebben een bijdrage geleverd aan de instemming van de OR?*
- 3) *In hoeverre heeft de instemming van de OR invloed gehad bij de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldige wijziging?*

In 14 van de 18 uitspraken heeft de OR instemming verleend. Twee van deze uitspraken betreffen een tussenvonnis, maar hebben wel bijgedragen aan dit onderzoek. Deze twee uitspraken zijn om die reden ook vermeld in het jurisprudentieoverzicht in bijlage 1. In acht van de 14 uitspraken heeft de instemming van de OR geleid tot een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst. In vier van de 14 uitspraken was geen sprake van een rechtsgeldige wijziging, ondanks instemming van de OR. In de laatste categorie uitspraken heeft de OR in vijf gevallen geen instemming verleend, maar heeft het al dan niet geleid tot een rechtsgeldige wijziging. Opmerking verdient de uitspraak van de kantonrechter Amersfoort¹⁸⁰ (*Veritas*). In deze uitspraak heeft de OR geen instemming verleend voor wijzigingen ingegeven door (fiscale) wetwijzigingen, maar wel instemming verleend voor de wijziging van een beschikbare premiereregeling in een middelloonregeling. Gelet op de samenhang van

¹⁷⁹ Rb. Haarlem 1 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ7818

¹⁸⁰ Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015 PJ 2015/69 m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*)

deze uitspraak wordt deze uitspraak als één uitspraak gezien, maar draagt deze uitspraak wel bij aan het aantal uitspraken waar de OR instemming heeft verleend.

Uit de onderzochte rechtspraak blijkt een samenhang te bestaan tussen de omstandigheden van het verlenen van de instemming van de OR en de toelaatbaarheid van de instemming van de OR en presenteer ik in paragraaf 4.3.3. In paragraaf 4.3.4 bespreek ik in hoeverre de instemming van de OR van invloed is geweest bij de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldige wijziging. Deze categorie bevat drie subcategorieën, aangeduid met: instemming OR van invloed, instemming OR niet van invloed en OR verleent geen instemming. Tijdens het jurisprudentieonderzoek is met name gekeken in welke mate de instemming van invloed is geweest bij de beoordeling of sprake is van een zwaarwichtig belang. In de tweede categorie (Instemming OR niet van invloed) worden om die reden ook uitspraken beschreven waarin de OR wel instemming heeft verleend, maar het niet duidelijk is hoeveel invloed de instemming van de OR heeft gehad bij de beoordeling van de redelijkheid van de wijziging.

4.3.3 Omstandigheden die bijdragen aan de toelaatbaarheid van instemming OR

In 10 van de 18 uitspraken lijkt de rechter zowel impliciet¹⁸¹ als expliciet¹⁸² de instemming van de OR te noemen. Daarbij lijkt een samenhang te bestaan tussen de totstandkoming van de verleende instemming van de OR en de toelaatbaarheid van de instemming van de OR.

Een naar mijn mening duidelijk voorbeeld is de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam. De instemming van de OR levert volgens deze kantonrechter *bovendien* een aanwijzing op dat sprake is van een zwaarwichtig belang.¹⁸³ De rechter betreft hierbij het feit dat een Pensioencommissie was ingesteld die positief had geadviseerd. In deze Pensioencommissie waren een drietal werknemers, vertegenwoordigers van werkgever, de OR en het bestuur vertegenwoordigd.¹⁸⁴ Dat al deze betrokkenen vertegenwoordigd waren was kennelijk voor deze rechter van belang. Doorslaggevend voor de instemming van de OR was het dreigend exploitatietekort.¹⁸⁵ De rechter heeft kunnen concluderen dat de instemming van de OR op basis van een zorgvuldige procedure tot stand is gekomen.¹⁸⁶

¹⁸¹ Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ* 2009/47 (*Haskoning*)

¹⁸² Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99 (*NLR*) r.o. 8; Ktr. Arnhem 30 juni 2006, *PJ* 2006/106 (*Van Heugten*), r.o. 6; Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, *PJ* 2011/136 (*VLM*) r.o. 5.5; Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m. nt. H.P. Breuker (*Fundeon*) r.o. 5.12; Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, *PJ* 2018/18, m.nt. prof. dr. E. Lutjens (*IFF*) r.o. 4.8; Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ* 2015/71 (*Jahnsen-Hahnrathts*) r.o. 4.9; Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ* 2015/70 (*Jahnsen-Hahnrathts*) r.o. 4.20; Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015 *PJ* 2015/69 m. nt. mr. E Schop (*Veritas*) r.o. 2.33; Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018 *PJ* 2018/43 (*Kansspelautomaten*) r.o. 3.16

¹⁸³ Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99 (*NLR*) r.o. 8

¹⁸⁴ Ktr. Amsterdam 25 maart 2016, *JAR* 2016/99 (*NLR*) r.o.1.6

¹⁸⁵ Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99, (*NLR*) r.o. 7

¹⁸⁶ Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99, (*NLR*) r.o. 8

Uit de uitspraak van de kantonrechter Maastricht volgt dat over het pensioenonderwerp zeer uitvoerig en lang is gesproken, externe deskundigheid is ingeroepen en de bedrijfscommissie heeft bemiddeld. Dat duidt er volgens deze kantonrechter niet op dat de OR lichtvaardig en onder druk heeft ingestemd met de wijziging.¹⁸⁷ Ook in deze zaak was de financiële situatie en tegenvallende resultaten die door de werkgever waren overlegd bij de besluitvorming van de OR betrokken.

Zowel de kantonrechter Almere¹⁸⁸ als het Hof Arnhem¹⁸⁹ oordeelde in dezelfde lijn dat de instemming van de OR een zwaarwegend gezichtspunt oplevert.¹⁹⁰ Naar aanleiding van de uitspraak van de kantonrechter Harderwijk¹⁹¹ werd de werkgever in het tussenarrest van het Hof Arnhem (*Fundeon*) misbruik van verkregen instemming verweten.¹⁹² Het Hof Arnhem ging hier niet in mee. Volgens het Hof was de wijziging over een periode van enkele jaren onderwerp geweest van uitgebreide bespreking met de OR en waren er voorlichtingsbijeenkomsten voor werknemers georganiseerd. Daarbij had de OR deskundigen geconsulteerd en hun expertise benut in deze bijeenkomsten.¹⁹³

Uit de door mij bekeken uitspraken leid ik af dat de onderstaande omstandigheden (tabel 2) bijdragen aan het oordeel of de instemming van de OR toelaatbaar is voor een wijziging van de pensioenovereenkomst.

Tabel 2: omstandigheden die bijdragen aan het oordeel of instemming van de OR toelaatbaar is:

Pensioencommissie
Raadplegen van deskundigen
Overleg en uitgebreide besprekingen over het pensioenonderwerp
Voorlichtingsbijeenkomsten voor werknemers
Juiste informatieverschaffing aan de OR
Overgangsregeling en compensatieregeling

¹⁸⁷ Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ* 2015/71 (*Jahnsen-Hahnrahts*) r.o 4.8

¹⁸⁸ Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, *PJ* 2018/18, m.nt. prof. dr. E. Lutjens (*IFF*) r.o. 4.8

¹⁸⁹ Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m. nt. H.P. Breuker (*Fundeon*) r.o 5.12

¹⁹⁰ Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ* 2011/78 m. nt. H.P. Breuker (*Fundeon*) r.o 5.12

¹⁹¹ Zie Ktr. Zutphen 12 maart 2008, *PJ* 2009/65: De kantonrechter constateerde dat sprake was van een incorporatiebeding, dat inhield dat de overeengekomen wijzigingen met instemming van de OR zou doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. De feitelijke constatering dat de OR had ingestemd, was volgens de kantonrechter voldoende om aan te nemen dat de wijziging doorwerkte in de arbeidsovereenkomst. Dat zou volgens de kantonrechter alleen anders zijn als de instemming van de OR de toets van redelijkheid en billijkheid niet zou kunnen doorstaan; Zie ook: Heemskerk 2012; anders: Schop 2012

¹⁹² Hof Arnhem 29 juni 2010, *PJ* 2011/78 (*Fundeon*)) r.o. 5.11

¹⁹³ Hof Arnhem 29 juni 2010, (*Fundeon*) r.o. 5.11

4.3.4 Instemming OR van invloed of niet?

4.3.4.1 Instemming van de OR is van invloed

In de hiervoor besproken uitspraak van de kantonrechter Amsterdam oordeelde de rechter een wijziging van een eindloon in een middelloonregeling gerechtvaardigd. Mede op basis van de instemming van de OR en het doorlopen van een zorgvuldig traject, werd in deze zaak geoordeeld dat het door de werkgever aangevoerde zwaarwichtige belang voldoende was aangetoond.

De rechter achtte het zwaarwichtig belang gelegen in het in stand houden van de financiële gezondheid van het bedrijf en stelde dat de door de werkgever aangevoerde argumenten door de werknemers niet betwist waren.¹⁹⁴ Een minder relaterend voorbeeld is de uitspraak van de kantonrechter Nijmegen.¹⁹⁵ De kantonrechter Nijmegen concludeerde dat alle werknemers een verklaring hadden ondertekend dat inhield dat zij akkoord waren met de inhoud van het interne reglement en dat het interne reglement deel was gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten. In het interne reglement was onder meer een pensioenregeling opgenomen en een bepaling dat het reglement met instemming van de OR kon worden gewijzigd.¹⁹⁶ De kantonrechter concludeert dat nu de OR en de grotere meerderheid van het personeel heeft ingestemd het *voorshands aannemelijk* dat sprake is van een zwaarwichtig belang van de werkgever, waarvoor het belang van de werknemer moet wijken.¹⁹⁷ De door de werknemers aangevoerde argumenten zijn volgens de kantonrechter onvoldoende om dit vermoeden te ontkrachten. Opvallend is dat in deze uitspraak de rechter geen aparte afweging maakt tussen de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer.

Dat instemming van de OR bijgedragen heeft bij de beoordeling of de werkgever eenzijdig een werknemersbijdrage mocht invoeren maakt de kantonrechter Maastricht duidelijk door te vermelden: *“Voorts is de gemeenschappelijke GOR met gebruikmaking van haar instemmingsrecht akkoord gegaan met de wijziging”*¹⁹⁸ en achtte de invoering van een werknemersbijdrage toelaatbaar. Niet uit te sluiten is dat deze kantonrechter op basis van de instemming van de OR heeft kunnen concluderen dat sprake is van een rechtsgeldige wijziging omdat in de hiervoor besproken uitspraak in paragraaf 4.3.3 van de kantonrechter Maastricht¹⁹⁹ al duidelijk werd dat de verleende instemming volgens de kantonrechter niet duidt op dat de OR lichtvaardig en onder druk heeft ingestemd met de wijziging. De kantonrechter kwam in deze zaak tot dezelfde conclusie dat de

¹⁹⁴ Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, JAR 2016/99, (NLR) r.o. 8

¹⁹⁵ Ktr. Arnhem 30 juni 2006, PJ 2006/106 (Van Heugten)

¹⁹⁶ Ktr. Arnhem 30 juni 2006, PJ 2006/106 (Van Heugten) r.o. 1.3 - 5

¹⁹⁷ Ktr. Arnhem 30 juni 2006, PJ 2006/106 (Van Heugten), r.o. 6

¹⁹⁸ Rb. Limburg 25 februari 2015, PJ 2015/70 (Jahnsen-Hahnrahts) r.o. 4.20

werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft voor het invoeren van een werknemersbijdrage. De rechter woog verder mee dat sprake was van een overgangsregeling en een compensatieregeling.²⁰⁰

4.3.4.2 Instemming OR niet van invloed

In deze categorie uitspraken blijkt de instemming van de OR niet van invloed te zijn bij de beoordeling of de werkgever rechtsgeldig de pensioenovereenkomst heeft mogen wijzigen.

Opvallend is dat in alle uitspraken de werkgever niet is geslaagd de rechter ervan te overtuigen dat zijn bedrijfseconomische en financiële belangen zodanig zwaarwegend zijn dat wijziging van de pensioenovereenkomst gerechtvaardigd is.²⁰¹ In drie gevallen was slechts een beperkt financieel belang.²⁰² In het *VLM*-eindvonnis hechtte de kantonrechter Rotterdam geen betekenis aan de instemming van de OR. De kantonrechter oordeelde na nader financieel onderzoek dat sprake was van een beperkt financieel belang. De kantonrechter oordeelde mede om die reden dat aan de instemming van de OR niets afdoet, omdat het niet duidelijk was of de OR ten tijde van het verlenen van instemming over de concrete berekeningen de beschikking had.²⁰³ Ondanks de instemming van de OR en de zorgvuldige procedure die daaraan vooraf ging, oordeelde de kantonrechter Almere dat de werkgever onvoldoende de noodzaak tot wijziging van de pensioenpremie had aangetoond.²⁰⁴

In het kader van de invoering van een werknemerspremie oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat instemming van de OR op zichzelf niet voldoende is om een zwaarwichtig belang van de werkgever aan te nemen. Uit de door de werkgever overgelegde financiële gegevens bleek volgens het Hof onvoldoende dat sprake was van een bedrijfseconomische noodzaak tot wijziging.²⁰⁵ Een zwaarwichtig belang volgt niet reeds enkel uit instemming van de OR, aldus het hof.²⁰⁶

¹⁹⁹ Zie: Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ 2015/71 (Jahnsen-Hahnrahts)* r.o 4.8 en Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ 2015/70 (Jahnsen-Hahnrahts)*. Het betreffen twee verschillende uitspraken van dezelfde kantonrechter tegen dezelfde werkgever.

²⁰⁰ Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ 2015/71 (Jahnsen-Hahnrahts)* r.o 4.9; Zie ook Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ 2015/70 (Jahnsen-Hahnrahts)* waarin de werknemer de financiële situatie van de werkgever niet heeft betwist.

²⁰¹ Rb. Rotterdam 23 december 2009 *PJ 2013/82* m.nt mr. H.P. Breuker (*VLM*); Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018 *PJ 2018/18* m.nt. prof. dr. E. Lutjens (*IFF*); Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ 2011/78* m.nt. mr. H.P. Breuker (*Fundeon*); Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018 *PJ 2018/43* m.nt mr. drs. E. Schop (*Kansspelautomaten*)

²⁰² Rb. Rotterdam 23 december 2009 *PJ 2013/82* m.nt mr. H.P. Breuker (*VLM*); Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ 2011/78* m.nt. mr. H.P. Breuker (*Fundeon*); Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018 *PJ 2018/43* m.nt mr. drs. E. Schop (*Kansspelautomaten*)

²⁰³ Rb. Rotterdam 23 december 2009 *PJ 2013/82* m.nt mr. H.P. Breuker (*VLM*) r.o 2.6

²⁰⁴ Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018 *PJ 2018/18* m.nt. prof. dr. E. Lutjens (*IFF*) r.o 4.8 – 4.18; Zie ook Hof Arnhem 15 maart 2011 *PJ 2011/78* m.nt. mr. H.P. Breuker (*Fundeon*) r.o 2.7 waarin de werkgever slechts een beperkt financieel heeft aangetoond.

²⁰⁵ Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, *PJ 2018/43 (Kansspelautomaten)* r.o 3.15

²⁰⁶ Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, *PJ 2018/43 (Kansspelautomaten)* r.o 3.16

Het lijkt erop dat een wijziging ingegeven door wijziging van fiscale wetgeving voor de werkgever kansrijker is. In twee uitspraken heeft de werkgever met succes een beroep gedaan op het eenzijdig wijzigingsbeding. De wijziging was ingegeven door wijziging van fiscale wetgeving.²⁰⁷ De OR heeft in beide zaken ingestemd. Het is echter niet duidelijk hoe groot de invloed van de OR is geweest. Bij de beoordeling werd slechts de instemming van de OR in een bijzin opgenomen.²⁰⁸

4.3.4.3 OR verleent geen instemming

Zoals in hoofdstuk 2 reeds besproken heeft de OR instemmingsrecht. De OR heeft ook de mogelijkheid geen instemming te verlenen. In deze categorie uitspraken heeft de OR geen instemming verleend.²⁰⁹ Voert de werkgever het besluit dan toch uit, dan kan de OR binnen een maand een beroep op de nietigheid van het besluit inroepen.²¹⁰ Roept de OR niet de nietigheid in, dan is het besluit niet nietig.²¹¹

De kantonrechter Amersfoort²¹² ging echter op opmerkelijke wijze voorbij aan het ontbreken van instemming door de OR. De kantonrechter oordeelde namelijk dat met instemming van de OR gelijk gesteld kon worden met de situatie dat de OR zich niet op de nietigheid van het besluit heeft beroepen. In dit geval was het feit dat de OR zich neerlegt bij een besluit door niet de nietigheid daarvan in te roepen een aanwijzing dat sprake was van een zwaarwichtig belang waarvoor het belang van de werknemer moest wijken. De kantonrechter achtte de fiscale wetswijzigingen voldoende voor een zwaarwegend belang.²¹³ Ten aanzien van de wijziging van de beschikbare premieregeling²¹⁴ in een middelloonregeling oordeelde de kantonrechter dat de OR wel had ingestemd en dat dit een aanwijzing was dat sprake is van zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever.²¹⁵ Nu de werknemer de door de werkgever overlegde cijfers niet had weersproken en hij ook niet gemotiveerd zijn belang bij handhaving van de oorspronkelijke pensioenregeling duidelijk kon maken, stond daarmee volgens de kantonrechter voldoende vast dat sprake was van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever.²¹⁶

²⁰⁷ Hof Arnhem 26 augustus 2008 *PJ 2009/47 (Haskoning)*; Rb. Noord-Nederland 29 januari 2019, *PJ 2019/29 (Halliburton)*

²⁰⁸ Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ 2009/47 (Haskoning)* r.o. 4.15; Vergelijk: Rb. Noord-Nederland 29 januari 2019, *PJ 2019/29 (Halliburton)* r.o. 4.8

²⁰⁹ Met uitzondering van de zaak Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ 2015/69* m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*). OR had instemming verleend voor een wijziging van een beschikbare premieregeling in een middelloonregeling en geen instemming verleend voor wijzigingen ingegeven door (fiscale) wetswijzigingen.

²¹⁰ Artikel 27 lid 5 WOR

²¹¹ Rb. Noord-Nederland 16 mei 2017, *PJ 2017/94* r.o. 4.20

²¹² Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ 2015/69* m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*) r.o. 2.10

²¹³ Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ 2015/69* m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*) r.o. 2.19

²¹⁴ Zie r.o. 2.7 en 2.31: de werknemer had een premieovereenkomst.

²¹⁵ Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ 2015/69* m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*) r.o. 2.33

²¹⁶ Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ 2015/69* m. nt. mr. E. Schop (*Veritas*) r.o. 2.36

Verleent de OR geen instemming dan kan de werkgever de kantonrechter om vervangende toestemming vragen.²¹⁷ De drempel daarvoor is hoog. Zo verleende de kantonrechter Dordrecht geen vervangende toestemming voor een wijziging van de pensioenregeling en de daarmee samenhangende compensatieregeling. Het niet verlenen van instemming door de OR kon volgens de kantonrechter niet als onredelijk worden beschouwd. De compensatieregeling pakte te verschillend uit en de aangevoerde zwaarwichtige belangen waren onvoldoende om te spreken over zwaarwegende bedrijfsredenen.²¹⁸ De toets die de kantonrechter aanlegt is in feite dezelfde zwaarwichtige belangentoets als artikel 19 PW/7:613 BW voorschrijft.

Naar aanleiding van wettelijke verplichte deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds PMT, wilde de werkgever de premieverdeling wijzigen. De OR stemde niet in met de wijziging van de premieverdeling. De kantonrechter te Heerenveen oordeelde dat de werkgever onvoldoende zwaarwichtig belang had bij het wijzigen van de premieverdeling.²¹⁹ In Hoger beroep is deze uitspraak door het Hof Arnhem vernietigd. Het Hof Arnhem hecht kennelijk geen belang aan het ontbreken van de instemming van de OR. Het Hof komt zonder daarover te oordelen zelfstandig tot de conclusie dat de werkgever een zwaarwegend belang had omdat de werkgever onder andere onder een verplicht gesteld BPF kwam te vallen en omdat de premieverdeling in de cao was opgenomen.²²⁰

4.3.5 Conclusie rechtspraak

De rechtspraak laat zien dat rechters de instemming van de OR beoordelen als een aanwijzing of een zwaarwegend gezichtspunt voor het aannemen van een zwaarwichtig belang. Er lijkt een samenhang te bestaan tussen de totstandkoming van de instemming van OR en het verlenen van deze instemming. Naar mate de besluitvorming van de OR zorgvuldiger is geweest, in die zin juiste informatieverzorging aan de OR, het raadplegen van deskundigen, het instellen van een Pensioencommissie, uitgebreide besprekingen over de pensioenwijziging en voorlichtingsbijeenkomsten, weegt het oordeel van de OR zwaarder. Maar hoe zwaar de instemming van de OR in de desbetreffende zaak ook weegt, doorslaggevend is het niet. Er moet altijd sprake zijn van een belangenafweging. Het is daarbij dan ook van groot belang dat zowel de werkgever als de werknemer hun belang duidelijk (met cijfers) kunnen aantonen.

²¹⁷ Artikel 27 lid 4 WOR

²¹⁸ Ktr. Dordrecht 15 april 2015, PJ 2015/112 (*Biomet*) r.o. 4.2 – 4.5

²¹⁹ Rb. Midden-Nederland 13 februari 2013 PJ 2013/64 (*De Rooij/Feenstra*) r.o. 2.15

²²⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014 PJ 2014/117 m. nt. mr. drs. E. Schop cpl (*De Rooij/Feenstra*) r.o. 5.9

Een financieel belang van de werkgever telt mee, maar het moet altijd worden afgewogen tegen het belang van de werknemer. Compensatieregelingen of een overgangsregeling zal de werkgever daarbij kunnen helpen. Het lijkt erop dat een voldoende zwaarwichtig belang van de werkgever eerder wordt aangenomen als sprake is van een wettelijke noodzaak tot wijziging, ook als de OR niet heeft ingestemd.

Instemming van de OR is een aanwijzing om het zwaarwichtig belang aannemelijk te maken, maar dat zwaarwichtige belang moet dan ook objectief bepaalbaar zijn en bestaat niet slechts op basis van de instemming van de OR.

De voorgaande conclusies komen in hoofdlijnen overeen met de hiervoor in paragraaf 4.3.1 besproken conclusie van de analyse van Van Els en Deelen. Opvallend is dat overigens niet: artikel 19 PW heeft hetzelfde toetsingskader als artikel 7:613 BW. Opvallend is daarbij ook dat in de besproken uitspraken rechtstreeks aan artikel 7:613 BW wordt getoetst in plaats van aan artikel 19 PW.

De vraag die dan gesteld kan worden is of artikel 19 PW wel toegevoegde waarde heeft. De toegevoegde waarde van 19 PW ligt naar mijn mening gelegen in het feit dat artikel 19 PW makkelijker in te roepen is jegens slapers en gepensioneerden dan artikel 7:613 BW.

Bij een wijziging van de pensioenovereenkomst ten opzichte van slapers en gepensioneerden kan bij een toepassing van artikel 7:613 BW makkelijker worden betoogd dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. In het besproken *ECN*-arrest heeft de Hoge Raad destijds niet aan artikel 7:613 BW getoetst.²²¹ Mogelijk met de redenering dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd en dat daarom niet aan artikel 7:613 BW kon worden getoetst.²²² Bij artikel 19 PW kan bij een wijziging van de pensioenovereenkomst ten opzichte van slapers en gepensioneerden naar mijn mening makkelijker worden betoogd dat de pensioenovereenkomst is blijven bestaan, zij het in een andere hoedanigheid van partijen.

²²¹ HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 m.nt. prof. dr. E. Lutjens (eerste noot) en mr. H.P. Breuker (tweede noot) (*ECN/OMEN*) r.o 4.1.4

²²² Zie ook voor andere mogelijkheden en commentaar in noot bij: Hof Den Haag 31 maart 2015, *PJ* 2015/82 m. nt. Prof. dr. E. Lutjens

4.4 Instemming OR bij wijziging slapers en gepensioneerden

4.4.1 Instemming OR ook van invloed bij slapers en gepensioneerden?

In het vorige hoofdstuk heb ik opgemerkt dat wijziging van de pensioenovereenkomst ook mogelijk is ten opzichte van slapers en gepensioneerden. In het kader van mijn onderzoeksvraag is dan van belang wat de invloed van de instemming van de OR is bij wijziging voor slapers en gepensioneerden. Zoals gezegd zijn slapers en gepensioneerden niet vertegenwoordigd in de OR.²²³ Bovendien moet de werkgever aan de OR een overzicht verstrekken van de beweegredenen van het voorgenomen besluit en de eventuele gevolgen dat het besluit voor de *in de onderneming werkzame personen* zal hebben.²²⁴ Slapers en gepensioneerden zijn niet meer *in de onderneming werkzame personen*. Het lijkt dan ook redelijk om de instemming van de OR bij wijzigingen ten opzichte van slapers en gepensioneerden geen rol te laten spelen. Naar mijn mening is dat ook het geval. In de OR zijn immers geen slapers of gepensioneerden vertegenwoordigd. Dat betekent uiteraard niet dat slapers en gepensioneerden helemaal geen bescherming hebben.

De wet biedt voor een eventuele vereniging van pensioengerechtigden het recht om gehoord te worden.²²⁵ Dit hoorrecht ziet op een voorgenomen besluit van de werkgever in het kader van de uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar dat van invloed is op de pensioenrechten van gepensioneerden. Het hoorrecht is echter niet te vergelijken met het instemmingsrecht van de OR. Anders dan de bevoegdheid van de OR om een beroep te doen op de nietigheid van het besluit of om geen instemming te verlenen, biedt het hoorrecht de vereniging van pensioengerechtigden slechts het recht om gehoord te worden.

Naar mijn mening zal de instemming van de OR geen toegevoegde waarde mogen hebben bij wijzigingen ten opzichte van slapers en gepensioneerden. Betoogd kan worden dat slapers en gepensioneerden juist *meer* bescherming hebben als de instemming van de OR geen rol mag spelen. Instemming van de OR is voor de werkgever immers een “hulpmiddel” waardoor hij zijn zwaarwegende belang relatief eenvoudig kan aantonen. Datzelfde “hulpmiddel” kan naar mijn mening niet gebruikt worden ten opzichte van slapers en gepensioneerden.

²²³ Art. 1 lid 2 WOR

²²⁴ Art. 27 lid 2 WOR; zie ook Gerlach 2014 p. 2

²²⁵ Art. 22 PW; niet iedere vereniging van pensioengerechtigden heeft een hoorrecht. De wet stelt eisen aan de vereniging van pensioengerechtigden: zie ook: Heemskerk 2015, p. 236

Doordat de werkgever bij een wijziging ten opzichte van slapers en gepensioneerden dat “hulpmiddel” niet kan inroepen, heeft hij een zwaardere bewijslast om ten opzichte van slapers en gepensioneerden aan te tonen dat zijn belang zwaarder moet wegen dan het belang van de slapers en gepensioneerden.²²⁶

Naar mijn mening kan in het geval artikel 19 PW wordt toegepast op slapers en gepensioneerden de voorwaarde worden gesteld dat rechters de instemming van de OR bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst ten opzichte van slapers en gepensioneerden geen rol laten spelen bij de belangenafweging. Wil de werkgever de pensioenovereenkomst met deze groep betrokkenen wijzigen, dan zal hij een extra bewijslast hebben om zijn belangen aan te tonen.

Een recente uitspraak van de kantonrechter Utrecht is naar mijn mening een duidelijk voorbeeld dat laat zien wat er kan gebeuren als de rechter de instemming van de OR mee laat wegen jegens slapers en gepensioneerden. In deze zaak achtte de kantonrechter Utrecht de wijziging van de toeslagregeling mogelijk. Een van de overwegingen van de kantonrechter was dat de OR had ingestemd met de wijziging.²²⁷ Opvallend is dat de deze rechter niet heeft getoetst aan bijvoorbeeld artikel 19 PW en slechts de medezeggenschapsrechtelijke elementen heeft nagelopen. In dit geval speelde de instemming van de OR dus een rol, want naar mijn mening niet had gemogen.²²⁸

4.5 Conclusie

Het instemmingsrecht van de OR heeft duidelijk een plaats gekregen in de jurisprudentie, al dan niet opgenomen in een bijzin of de rol van de OR wordt expliciet in de uitspraak vermeld. Rechtspraak laat zien dat de instemming van de OR een aanwijzing is dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft voor het eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst. Dit is in overeenstemming met de wetsgeschiedenis: de instemming van de OR *kan* een rol spelen. Wel lijkt een samenhang te bestaan tussen de totstandkoming van de instemming van de OR en het verlenen van instemming. Naarmate de besluitvorming van de OR zorgvuldiger is geweest lijkt het gewicht van de instemming van de OR toe te nemen, maar doorslaggevend is het niet. Er moet altijd sprake zijn van een objectief bepaalbaar zwaarwichtig belang dat tegen het belang van de werknemer moet worden gewogen. Waarbij het lijkt dat de lat voor het aantonen van een financieel belang van de werkgever voor de wijziging van de pensioenovereenkomst, hoog ligt.

In 2013 kwamen de auteurs Van Els en Deelen tot de conclusie dat de instemming van de OR de werkgever in een gunstigere positie brengt, maar niet doorslaggevend is. Daar sluit ik mij bij aan.

²²⁶ Anders: Gerlach 2014; Schop 2014; Lutjens 2014

²²⁷ Rb. Midden-Nederland 23 januari 2019, PJ 2019/41 (BAM) r.o. 4.12

Het is raadzaam voor de werkgever de OR op een zorgvuldige manier te betrekken bij een voorgenomen besluit tot wijziging van de pensioenovereenkomst.

De instemming van de OR is een “hulpmiddel” voor de werkgever om zijn zwaarwichtig belang aannemelijk te maken. Daarbij is het dus van belang dat de OR van alle relevante informatie is voorzien.

Met de conclusie dat de instemming van de OR niet doorslaggevend is, is dat in het kader naar mijn mening voor wijziging van de pensioenovereenkomst ten opzichte van slapers en gepensioneerden een voordeel. Instemming van de OR mag naar mijn mening geen toegevoegde waarde hebben bij een wijziging van de pensioenovereenkomst ten opzichte van slapers en gepensioneerden. Zij zijn immers niet vertegenwoordigd in de OR. Betoogd kan worden dat slapers en gepensioneerden juist *meer* bescherming hebben als de instemming van de OR jegens hen geen rol mag spelen. Zonder de instemming van de OR heeft de werkgever een zwaardere bewijslast om ten opzichte van slapers en gepensioneerden aan te tonen dat zijn belang zwaarder moet wegen dan het belang van slapers en gepensioneerden.

²²⁸ Zie ook T.Huijg bij de noot: Rb. Midden-Nederland 23 januari 2019, *PJ* 2019/41 (*BAM*)

H5. Conclusie en aanbevelingen

5.1 Onderzoeksvraag

Met dit onderzoek is getracht antwoord te geven op de vraag onder welke omstandigheden de instemming van de OR een voldoende zwaarwichtig belang voor de werkgever oplevert om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen.

Sinds 1 oktober 2016 bepaalt de wet dat een voorgenomen besluit van de werkgever tot wijziging, vaststelling, intrekking met betrekking tot een regeling van een pensioenovereenkomst, ongeacht de pensioenuitvoerder, instemming van de OR vereist is. Uit dit onderzoek blijkt dat nog steeds onduidelijkheden bestaan over de reikwijdte van het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Met name omdat de OR ook instemmingsrecht heeft over delen van de uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op het pensioenresultaat. Dit leidt tot onzekerheid in de rechtspraktijk en onnodige geschillen tussen de OR en de werkgever. De bewijslast rust op de OR om aan te tonen of een bepaald element uit de uitvoeringsovereenkomst het pensioenresultaat raakt. Naar mijn mening was het wenselijker geweest om de instemming van de OR te laten zien op de hele uitvoeringsovereenkomst. Ik heb immers betoogd dat de meeste elementen die de uitvoeringsovereenkomst bevatten van invloed (kunnen) zijn op het pensioenresultaat.

5.2 Verhouding instemming OR en zwaarwichtig belang werkgever

Het jurisprudentieonderzoek naar het antwoord op de centrale hoofdvraag laat zien dat de instemming van de OR een aanwijzing is dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft voor het eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst. Dit is in overeenstemming met de wetsgeschiedenis: de instemming van de OR *kan* een rol spelen. Het is slechts een “hulpmiddel” voor de werkgever om zijn zwaarwichtig belang aan te tonen. Wel lijkt een samenhang te bestaan tussen de totstandkoming van de instemming van OR en het verlenen van deze instemming. Naar mate de besluitvorming van de OR zorgvuldiger is geweest lijkt het gewicht van de instemming van de OR toe te nemen. Hoe zorgvuldig de procedure ook is doorlopen, instemming van de OR is niet doorslaggevend. Er moet altijd sprake zijn van een objectief bepaalbaar zwaarwichtig belang dat tegen het belang van de werknemer moet worden gewogen. Waarbij het lijkt dat de lat voor het aantonen van een financieel belang van de werkgever voor de wijziging van de pensioenovereenkomst, hoog ligt. Een eenduidig antwoord op de centrale vraag is in de rechtspraak niet te vinden. Wel kan geconcludeerd worden dat er nauwelijks een verschil is tussen de specifieke pensioenjurisprudentie en de arbeidsrechtjurisprudentie over dit onderwerp.

5.3 Instemming OR ten opzichte van slapers en gepensioneerden

Specifiek voor het pensioenrecht is de vraag in hoeverre de instemming van de OR een rol mag spelen bij een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst jegens slapers en gepensioneerden. Ten aanzien van slapers en gepensioneerden is mijn mening dat, anders ten aanzien van werknemers, instemming van de OR geen rol zou mogen spelen in de belangenafweging tussen de werkgever en slapers/gepensioneerden. Zij zijn immers niet vertegenwoordigd binnen de OR. Betoogd kan worden dat slapers en gepensioneerden op deze manier *meer* worden beschermd. Zonder instemming van de OR heeft de werkgever een zwaardere bewijslast om ten opzichte van slapers en gepensioneerden aan te tonen dat zijn belang zwaarder moet wegen dan het belang van slapers en gepensioneerden. Mijn aanbeveling is dan ook dat rechters de instemming van de OR geen rol laten spelen bij wijziging van de pensioenovereenkomst ten opzichte van slapers en gepensioneerden. Op die manier kunnen zij waarborgen dat de werkgever zonder het argument dat de OR instemming heeft verleend, zijn zwaardere belang specifiek ten opzichte van slapers en gepensioneerden moet aantonen.

H6. Literatuurlijst

Literatuur

Asser/Lutjens 2016

E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Breuker, in: T&C Pensioenrecht 2019

H.P. Breuker in: 'Commentaar op art. 27 WOR' in: M. Dommerholt en J.R. Wirschell (red.), *Tekst en Commentaar Pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online in Kluwer Navigator).

Breuker, in: T&C Arbeidsrecht 2019

H.P. Breuker in: 'Commentaar op art. 31f WOR' in: M. Dommerholt en J.R. Wirschell (red.), *Tekst en Commentaar Pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online in Kluwer Navigator).

Van Els en Deelen 2013

A.B. van Els & K. Deelen, 'De invloed van de OR bij wijziging van de arbeidsvoorwaarden ex art. 7:613 BW' *TRA* 2013/78.

Gerlach 2014

V. Gerlach 'De herziening van artikel 27 WOR en het vergeten belang van de ex-werknemer', *TPV* 2014/48.

Heemskerk 2012

M. Heemskerk, 'OPINIE: Werknemers binden aan instemming van de OR en het fondsbestuur?', *P&P* 2012/6.

Heemskerk e.a. 2012

M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop en I. Witte 'Tijdschrift voor pensioenvraagstukken, Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek' *TPV* 2012/42.

Heemskerk 2015

M. Heemskerk, *Pensioenrecht* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Heemskerk 2017

M. Heemskerk, 'Kroniek Pensioenrecht 2015-2016' *TRA* 2017/51.

Huijg & Heemskerk 2016

T. Huijg en M. Heemskerk, 'Instemming OR bij pensioen: het was en blijft onduidelijk', *TPV* 2016/3.

Huijg & Minnaard 2017

T. Huijg en M. Minnaard, 'Afspraken over de grenzen van medezeggenschap' *PensioenMagazine* 2017/7.

Laagland, in: Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch 2018

F.G Laagland, 'Commentaar op art 27 WOR, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018 (online bijgewerkt tot 25-07-2018).

De Laat 2008

J.J.M de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Reeks VvA 36, Deventer: Uitgeverij Kluwer 2008.

Van Leeuwen 2014

A.B van Leeuwen, 'Eenzijdige wijzigingsmogelijkheden jegens gepensioneerden onder de PSW en de PW: van onbeschermd naar beschermd?', *ArA* 2014/03.

Lutjens 2014

E. Lutjens "Weg met OR-instemmingsrecht over pensioen" *TPV* 2014/12.

Van Marwijk Kooy 2013

A.G. Van Marwijk Kooy, 'Bijstorting en aanvullende werkgeverspremies: de Unisys-zaak', *ArbeidsRecht* 2013/5.

Schols- Van Oppen 2015

E.M.F Schols- Van Oppen, *Monografieën sociaal recht: Inleiding pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Sprengers, in: T&C Arbeidsrecht 2018

L.C.J Sprengers, 'Commentaar op art 2 WOR' in: *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online in Kluwer Navigator).

Schop 2012

E. Schop CPL, 'VAKARTIKEL: Binding van werknemers aan instemming van de Ondernemingsraad via een incorporatiebeding?', *P&P* 2012/6.

Schop 2014

E. Schop 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door OPF: de discussie is nog niet voorbij' *TPV* 2014/15.

Schop 2016

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

Warmerdam 2016

M. Warmerdam, 'Wetsvoorstel 34378 tot uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen', *Ondernemingsrecht* 2016/63.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1995/96, 24615, 1
Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3
Kamerstukken II 1995/96, 24615, 15
Kamerstukken II 1996/97, 24615, 9
Kamerstukken II 1996/97, 24615, 10
Kamerstukken II 1997/98, 24615, 81a
Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3
Kamerstukken II 2005/06, 30413, 17
Kamerstukken II 2007/08, 31226, 14
Kamerstukken II 2013/14, 33182, 54
Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3
Kamerstukken II 2015/16, 34378, 6

Staatsblad

Stb. 2018, 476
Stb. 2016, 249

Rapporten

SER 2014

Instemming OR over arbeidsvoorwaarde pensioen (SER-advies 14/05 van 14 juni aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek).

SER 2017

Advies Medezeggenschap pensioen in kleine ondernemingen (SER-advies 17/02 van februari 2017 uitgebracht aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) Den Haag: SER 2017 (online publiek).

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 07 oktober 1988, *NJ* 1989/335

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*)

HR 07 juli 2008, *NJ* 2011/185 (*Stoof/Mammoet*)

HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/610 (*Monsieurs/Wegener*)

HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 (*ECN*)

HR 24 januari 2014, *PJ* 2014/49 (*Stena Line*)

Gerechtshoven

Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ* 2009/47 (*Haskoning*)

Hof Arnhem 15 maart 2011, *PJ* 2011/78 (*Fundeon*)

Hof Amsterdam 05 december 2013, *PJ* 2014/42 (*IBM*)

Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, *PJ* 2014/117 (*De Rooij/Feenstra*)

Hof Amsterdam 10 juni 2014, *PJ* 2014/126

Hof Den Haag 31 maart 2015, *PJ* 2015/82

Hof Den Haag 25 oktober 2016, *PJ* 2016/160

Hof Amsterdam 04 mei 2017, *PJ* 2017/140

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *PJ* 2018/144

Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, *PJ* 2018/43 (*Kansspelautomaten*)

Rechtbanken

Rb. Arnhem 16 januari 2006, *RAR* 2006/54

Ktr. Amsterdam 25 maart 2006, *JAR* 2016/99 (*NLR*)

Ktr. Arnhem 30 juni 2006, *PJ* 2006/106 (*Van Heugten*)

Rb. Haarlem 1 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ7818

Ktr. Zutphen 12 maart 2008, *PJ* 2009/65

Ktr. Amsterdam 28 oktober 2008, *PJ* 2009/13

Rb. Rotterdam 23 december 2009, *PJ* 2013/82 (*VLM*)

Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, *PJ* 2011/136 (*VLM*)

Rb. Noord-Nederland 13 februari 2013, *PJ* 2013/64 (*De Rooij/Feenstra*)

Rb. Den Haag 27 maart 2014, *PJ* 2014/95, (*Shell*)

Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, *PJ* 2015/69 (*Veritas*)

Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ* 2015/70 (*Jahnsen-Hahnrathts*)

Rb. Limburg 25 februari 2015, *PJ* 2015/71 (*Jahnsen-Hahnrathts*)

Ktr. Dordrecht 15 april 2015, *PJ* 2015/112 (*Biomet*)

Rb. Oost-Brabant 28 mei 2015, *PJ* 2015/128 (*NRF*)

Ktr. Amsterdam 30 november 2016, *PJ* 2017/4 (*KLM*)

Rb. Noord-Nederland 16 mei 2017, *PJ* 2017/94

Rb. Den Haag 22 mei 2017, *PJ* 2018/93 (*Holland Casino*)

Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, *PJ* 2018/18 (*IFF*)

Rb. Midden-Nederland 15 mei 2018, *PJ* 2018/104

Rb. Midden-Nederland 23 januari 2019, *PJ* 2019/41 (*BAM*)

Rb. Noord-Nederland 29 januari 2019, *PJ* 2019/29 (*Halliburton*)

Bijlage 1: jurisprudentieoverzicht

Instemming van Invloed				
Uitspraak	OR verleent instemming?	Oordeel rechter	Rechtsgeldige wijziging?	Bijzonderheden
Ktr. Amsterdam 25 maart 2016, <i>JAR 2016/99 (NLR)</i>	Ja	Instemming OR levert bovendien een aanwijzing op dat sprake is van een zwaarwichtig belang	Ja	OR had zorgvuldige procedure doorlopen met een ingestelde Pensioencommissie
Ktr. Arnhem 30 juni 2006, <i>PJ 2006/106 (Van Heugten)</i>	Ja	Nu de OR en een grote meerderheid van de het personeel heeft ingestemd is het <i>voorshands aannemelijk</i> dat sprake is van een zwaarwichtig belang	Ja	Geen belangenafweging gemaakt
Rb. Limburg 25 februari 2015, <i>PJ 2015/70 (Jahnsen-Hahnrahts)</i>	Ja	Voorts is de gemeenschappelijke OR met gebruikmaking van haar instemmingsrecht akkoord gegaan met de wijziging	Ja	Werkgever had compensatie en overgangsregeling getroffen
Rb. Limburg 25 februari 2015, <i>PJ 2015/71 (Jahnsen-Hahnrahts)</i>	Ja	Instemming van de OR is een aanwijzing dat de werkgever niet lichtvaardig tot het wijzigen van de oorspronkelijke regeling is gekomen.	Ja	OR had zorgvuldige procedure doorlopen
Ktr. Zutphen 12 maart 2008, <i>PJ 2009/65 (Fundeon)</i>	Ja	Nu voorts tussen gedaagde en de werknemers is overeengekomen dat wijzigingen in de arbeidvoorwaarden die de OR overeenkomst met de bestuurder, doorwerken op de arbeidsovereenkomst staat de instemming van de OR in beginsel in de weg aan toewijzing van de vorderingen (van eisers). Dit zou anders zijn wanneer het geven van de gevraagde instemming door de OR de toets van redelijkheid en billijkheid niet kan doorstaan.	Ja	Sprake van een incorporatie beding. Vernietigd in Hoger Beroep Hof Arnhem 15 maart 2011, <i>PJ 2011/78 (Fundeon)</i>
Invloed OR nog niet duidelijk				
Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, <i>PJ 2011/136 (VLM)</i> Tussenvonnissen	Ja	Door instemming OR is het voorshands aannemelijk dat sprake is van zwaarwichtig belang	X	
Hof Arnhem 29 juni 2010, <i>(Fundeon)</i> Tussenvonnissen	Ja	Instemming OR levert een zwaarwegend gezichtspunt op	X	OR had zorgvuldige procedure doorlopen

Instemming OR niet van invloed				
Rb. Rotterdam 23 december 2009, PJ 2013/82 (VLM) Eindvonnis	Ja		Nee	
Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, PJ 2018/18 (IFF)	Ja	Instemming OR is een zwaarwegend gezichtspunt	Nee	
Hof Arnhem 15 maart 2011, PJ 2011/78 (Fundeon) eindvonnis	Ja	Instemming OR een zwaarwegend gezichtspunt	Nee	
Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, PJ 2018/43 (Kansspelautomaten)	Ja	Het bestaan van een zwaarwichtig belang volgt niet reeds enkel uit de instemming van de OR	Nee	
Hof Arnhem 26 augustus 2008, PJ 2009/47 (Haskoning)	Ja	Geen duidelijkheid hoe groot de invloed van de OR is geweest	Ja	Werknemer werd gecompenseerd door de wijziging
Rb. Noord-Nederland 29 januari 2019, PJ 2019/29 (Halliburton)	Ja	Geen duidelijkheid hoe groot de invloed van de OR is geweest	Ja	
OR verleent geen instemming				
Rb. Noord-Nederland 13 februari 2013, PJ 2013/64 (De Rooij/Feenstra)	Nee		Nee	Vernietigd in Hoger Beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, PJ 2014/117
Rb. Midden-Nederland 4 februari 2015, PJ 2015/69 (Veritas)	Nee	Instemming OR kan gelijk gesteld worden met zich neerleggen bij het besluit door niet de nietigheid van het besluit in te roepen	Ja	Geen instemming verleend voor wijzigingen ingegeven door wettelijke (fiscale) wetswijzigingen
	Ja	Instemming OR is een aanwijzing dat er sprake is van zwaarwegende belangen aan zijde van werkgever	Ja	Ten aanzien van wijziging van de beschikbare premieregeling in een middelloonregeling was wel instemming door de OR verleend.
Ktr. Rotterdam 15 april 2015, PJ 2015/112 (Biomet)	Nee	Het niet verlenen van instemming kan niet als onredelijk worden beschouwd	Nee	
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, PJ 2014/117 (De Rooij/Feenstra)	Nee		Ja	
Rb. Noord-Nederland 16 mei 2017, PJ 2017/94	Nee	Besluit is niet nietig nu de OR niet de nietigheid heeft ingeroepen.	Nee	Werkgever had ten onrechte de OR geen instemming gevraagd omdat hij van mening was dat geen sprake was van een inhoudelijke wijziging

