

ECN/Omen: heroverweging van het eenzijdig wijzigingsbeding vereist?

ArbeidsRecht 2014/22

Op 6 september 2013 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen in de kwestie ECN/Omen.² Het arrest betrof het geschil tussen enerzijds ECN als voormalige werkgever en anderzijds haar voormalige, deels al gepensioneerd, werknemers die zich hadden verenigd in Omen.³ De Hoge Raad gaat onder meer in op het onderwerp van de *uitgewerkte rechtsverhouding* en het voortduren van de *pensioenovereenkomst*. Deze en andere oordelen van de Hoge Raad, alsook de reacties daarop, zijn zowel van belang voor de arbeidsrecht- als voor de pensioenrechtpraktijk. In deze bijdrage zal met name worden ingegaan op de consequenties die het arrest lijkt te hebben voor het eenzijdig wijzigingsbeding.

De uitgewerkte rechtsverhouding

Eén van de kernvragen die in het arrest aan de orde kwamen, betrof de vraag wat nog mogelijk is in de relatie tussen een werkgever en zijn voormalige werknemers, inclusief gepensioneerd ('de post-actieven'). Kan een werkgever in het kader van die relatie alsnog eenzijdig wijzigingen aanbrengen in zijn pensioenafspraken met die voormalige werknemers? Die vraag werd door de Hoge Raad bevestigend beantwoord.⁴ Anders dan door Omen gesteld, zou in die relatie ten aanzien van pensioenafspraken geen sprake zijn van een *'uitgewerkte rechtsverhouding'* die eenzijdige wijziging zou beletten. Het Hof Amsterdam had in een eerste arrest in deze zaak ook al in die zin geoordeeld.⁵ Literatuur en jurisprudentie waren op dit punt verdeeld.⁶ De Hoge Raad geeft nu aan, dat na het einde van de arbeidsovereenkomst de rechtsverhouding tussen partijen, zij het met gewijzigde hoedanigheden, wordt voortgezet in de pensioenovereenkomst.⁷ Een consequentie daarvan is dat die voortgezette overeenkomst dan ook nog, al dan niet eenzijdig, gewijzigd kan worden. Noodzakelijkerwijs kwamen

daarmee ook de voorwaarden voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst in het vizier.⁸

Het eenzijdig wijzigingsbeding

Werkgevers nemen in hun arbeidsvoorwaarden veelal een *eenzijdig wijzigingsbeding* op.⁹ Een beding dat de werkgever het recht geeft eenzijdig, dus zonder instemming van de werknemers, bepaalde arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Zoals bekend dient op grond van art. 7:613 BW voor een beroep op een dergelijk beding aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Het beding moet schriftelijk zijn aangegeven.¹⁰ Voorts dient aan de zijde van de werkgever sprake te zijn van een zwaarwichtig belang. Het belang van de werkgever dient zodanig zwaarwichtig te zijn dat het belang van de door de eenzijdige wijziging getroffen werknemers daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken. De huidige regeling van art. 7:613 BW stamt uit 1998. Met de invoering van de Pensioenwet in 2007 is een soortgelijk beding speciaal voor pensioenovereenkomsten opgenomen in art. 19 PW. Die meer recente bepaling is evenwel volledig geënt op 7:613 en kent dezelfde toets.¹¹

Het oordeel van de Hoge Raad

Hoewel eigenlijk alleen impliciet, levert de uitspraak nieuwe richtlijnen op voor de toepassing van art. 7:613 BW en art. 19 PW. Die richtlijnen worden verschaft in reactie op het oordeel ter zake in het tweede arrest van het Hof Amsterdam in deze kwestie, waarvan beroep in cassatie was ingesteld.¹² Het oordeel van het hof luidde dat ECN geen beroep toekwam op het eenzijdig wijzigingsbeding in de oorspronkelijke pensioenafpraak, omdat aan haar zijde geen sprake was van een voldoende zwaarwichtig belang.¹³ De

1 Mr. drs. P.B. van den Bos CPL is advocaat bij CMS te Amsterdam.

2 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, PJ 2013/161, m.nt. E. Lutjens (eerste noot) en H.P. Breuker (tweede noot); JAR 2013/249, m.nt. M. Heemskerk; JOR 2013/310, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy.

3 Vereniging van Oud-Medewerkers ECN & NRG.

4 R.o. 5.1.

5 Hof Amsterdam 29 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:3560, r.o. 4.7.

6 Zie voor uitgebreide vermelding literatuur en jurisprudentie J.M. van Slooten, "Uitgewerkte rechtsverhouding" als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, TPV 2012/16; E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse & Commentaar*, vierde geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 459.

7 R.o. 5.1.

8 De term pensioenovereenkomst is in 2007 geïntroduceerd (art. 1 PW). De afspraken met werknemers omtrent hun pensioen werden op grond van art. 1 lid 2 van de Pensioen- en spaarfondsenwet ('de PSW') betiteld als de pensioentoezegging. Nu de Hoge Raad de PSW van toepassing achtte, had hij strikt genomen dan ook de term pensioentoezegging dienen te gebruiken. Inhoudelijk komen de beide termen evenwel overeen.

9 De aanduiding 'eenzijdig wijzigingsbeding' is grammaticaal niet correct. Het 'eenzijdige-wijzigingsbeding' of 'eenzijdigewijzigingsbeding' (zoals door Beltzer gebruikt) verdienen strikt genomen de voorkeur. De eerstgenoemde aanduiding lijkt evenwel meer ingeburgerd en wordt daarom in deze bijdrage verder aangehouden.

10 Zie R.M. Beltzer, 'De kenbaarheid van het eenzijdigewijzigingsbeding', TRA 2011/89.

11 M. Heemskerk, S.H. Kuiper, mevr. M.J.C.M. van der Poel, E. Schop, I. Witte, 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', TPV 2012/42 (de gezamenlijke auteurs hierna: 'Van Heemskerk c.s.'). Zie voor uitgebreide vermelding literatuur en jurisprudentie J.M. van Slooten, "Uitgewerkte rechtsverhouding" als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, TPV 2012/16; E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse & Commentaar*, vierde geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 459.

12 Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4260, PJ 2011/152, m.nt. E. Lutjens; JAR 2013/249, m.nt. M. Heemskerk.

13 R.o. 3.14 tweede arrest hof.

Hoge Raad besliste dat dit oordeel niet in stand kon blijven. Met verwijzing naar de datum waarop het besluit tot wijziging werd genomen, werd gesteld:

“De op 26 december 2006 geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet voorzag niet in een beoordelingsmaatstaf als die van art. 19 PW, noch in enige andere maatstaf voor de beoordeling van een eenzijdige wijziging in pensioenreglementen.”

Daarop voortbordurende, zou de uitoefening van de wijzigingsbevoegdheid volgens de Hoge Raad slechts beperkt zijn voor zover ECN van die bevoegdheid misbruik maakte (art. 3:13 BW) of wanneer uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).¹⁴

Drie conclusies

Op basis van dit oordeel lijken twee primaire conclusies onvermijdelijk. Allereerst dat vanaf het moment dat de Pensioenwet wél van toepassing is, art. 19 PW mede van toepassing is op de relatie van een (ex-)werkgever met zijn post-actieven. Bij iedere andere interpretatie lijkt namelijk geen valide reden denkbaar voor de expliciete verwijzing naar het feit, dat die bepaling in casu nog niet van kracht was op het relevante tijdstip. Dan had volstaan kunnen worden met de vaststelling dat art. 19 PW überhaupt niet op die relatie van toepassing zou zijn geweest. De desbetreffende relatie tussen een (ex-)werkgever en zijn post-actieven zal hierna verder worden aangeduid als: ‘post-contractueel’. Maar daarnaast lijkt de tweede conclusie te moeten zijn, dat art. 7:613 BW daarentegen juist níét van toepassing is op die post-contractuele relatie – noch onder de PSW, noch onder de PW. Anders had het in de rede gelegen dat de Hoge Raad de bepaling ook zou hebben vermeld in zijn algemeen geformuleerde overweging, omtrent de rechtens wél van toepassing zijnde maatstaven. De Hoge Raad noemt in dat kader slechts art. 3:13 en 6:248 BW. Hij doet dat ook zonder de kanttekening, dat dit de enige andere (naast art. 19 PW) bepalingen zijn waarop Omen en/of het hof zich hadden beroepen. Aldus is art. 19 PW blijkbaar wél en art. 7:613 BW niet van toepassing op een post-contractuele relatie.¹⁵ Uit dat onderscheid tussen beide bepalingen in relatie tot de post-contractuele relatie volgt een derde, nadere conclusie. Die luidt dat art. 7:613 BW en 19 PW klaarblijkelijk een (wezenlijk) verschillend toepassingsbereik hebben (naast het feit dat art. 19 PW op zich al beperkt is tot pensioenovereenkomsten).

Een verrassend oordeel

De uitspraak heeft veel reacties en commentaren uitgelokt.¹⁶ Hierbij speelt zeker een rol dat die ook om meer dan één reden verrassend genoemd mag worden. Hierna wordt een aantal zaken genoemd dat in dat kader vooral in het oog springt.

Artikel 19 PW wél toegevoegde waarde

Zoals gezegd, volgt uit de uitspraak een wezenlijk onderscheid tussen art. 7:613 BW en art. 19 PW, nu – verbazingwekkend genoeg – alleen art. 19 PW van toepassing is op de post-contractuele relatie. De bewoordingen van art. 19 PW wijzen evenwel in het geheel niet op een dergelijk wezenlijk onderscheid. De bepaling is materieel nagenoeg identiek aan art. 7:613 BW. In de wetsgeschiedenis werd bovendien aangegeven, dat de functie van art. 19 PW slechts was om het vereiste van het zwaarwichtig belang ook van toepassing te doen zijn op overheidsambtenaren.¹⁷ Verder zou aan art. 19 PW nauwelijks toegevoegde waarde mogen worden toegekend.¹⁸

In strijd met het systeem van de Pensioenwet

Juist in relatie tot art. 19 PW geldt verder, dat de toepassing ervan op post-actieven niet door de wetgever bedoeld kan zijn. Net als in art. 7:613 BW worden in deze bepaling alleen de werknemers genoemd en niet de post-actieven. Maar in aanvulling daarop geldt dat de systematiek van de Pensioenwet een nadrukkelijk onderscheid behelst tussen ‘werknemers’ enerzijds en ‘gewezen werknemers’ anderzijds.¹⁹ Nu laatstgenoemde categorie niet genoemd wordt in art. 19 PW, moet aan het weglaten ervan betekenis worden toegedicht. Het desondanks ‘inlezen’ van gewezen werknemers in de bepaling, door die ook op hen toe te passen, gaat dan duidelijk in tegen het systeem van de wet. In de context van art. 19 PW is bovendien wel een verklaring geopperd voor bedoelde weglating. Men zou eenvoudigweg niet onderkend hebben, dat de pensioenovereenkomst ook na het einde van de arbeidsovereenkomst zou blijven doorlopen.²⁰ Ook in meer brede zin is daaromtrent wel opgemerkt, dat in het verleden zowel wetgever als partijen vaak geen oog hebben gehad voor de positie van de post-actieven. Als gevolg daarvan zouden ze die positie dan ook vaak ongeregeld hebben gelaten.²¹ Op zichzelf zou die ‘blinde vlek’ voor de post-actieven dan misschien nog wel een extensieve uitleg van art. 19 PW rechtvaardigen. In de wetsgeschiedenis is daarvoor in ieder geval wel één aanknopingspunt te ontwaren.

¹⁴ R.o. 4.1.4.

¹⁵ Vergelijk overigens Lutjens, die ook nog wel ruimte voor een andere interpretatie lijkt te zien in zijn noot bij PJ 2013/161, onder randnr. 13.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, PJ 2013/161, m.nt. E. Lutjens (eerste noot) en H.P. Breuker (tweede noot); JAR 2013/249, m.nt. M. Heemskerk; JOR 2013/310, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy, alsmede J.M.M. de Laat, ‘Omen est nomen’, TRA 2013/12, en E. Lutjens, ‘Wijziging van pensioenregeling voor ex-werknemer en schrappen art. 20 PW’, TPV 2013/40.

¹⁷ MvT PW Algemeen deel, Kamerstukken II 30413, nr. 3, blz. 38.

¹⁸ S. van der Vegt, ‘Eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst’, P&P 2011/11, p. 12.

¹⁹ E. Lutjens (red.), a.w., p. 413.

²⁰ Vergelijk E. Lutjens, ‘Het wijzigen van een pensioenregeling. De problemen van een driehoeksrelatie’, TvP 2005, p. 152-172 (afl. 6); S. van der Vegt, a.w.

²¹ Heemskerk c.s., a.w.

In antwoord op de vraag wat geldt ten aanzien van post-actieven, nu (thans) art. 19 PW slechts ziet op de relatie tussen werkgever en werknemer, werd als volgt geantwoord:

“Ook voor (in) actieven, arbeidsongeschikten, gewezen deelnemers, gewezen partners is een pensioenovereenkomst de basis van hun aanspraken.”²²

Maar als dan blijkbaar toch (ondanks het voorgaande) een ruime uitleg aangewezen lijkt, is het des te onbegrijpelijker, waarom diezelfde ‘draai’ dan niet wordt gemaakt in relatie tot art. 7:613 BW. De arbeidsovereenkomst is per slot van rekening weer de uiteindelijke basis van de pensioenovereenkomst.²³ Verder was juist omtrent art. 7:613 BW zowel in rechtspraak als literatuur al vaker aangenomen, dat het ook toegepast kon en behoorde te worden in relatie tot post-actieven en hun pensioenregeling.²⁴

Post-actieven toch werknemers?

Die meer beperkte uitleg van art. 7:613 BW wordt nog moeilijker te aanvaarden indien het wijzigingsbeding, waar ECN zich in casu op beriep, in ogenschouw wordt genomen:

“De in dit pensioenreglement omschreven pensioenregeling kan door de werkgever worden gewijzigd of ingetrokken na overleg met de betrokken werknemers. Met name kan hiervan gebruik worden gemaakt indien: (...)”.²⁵

Dit beding was derhalve ook alleen van toepassing op werknemers. Ondanks de uitleg ervan op basis van de cao-norm, werd dit beding door de Hoge Raad niettemin toch van toepassing geacht op post-actieven. De uitleg *contra proferentem* waar Heemskerk gewag van maakt had feitelijk meer voor de hand gelegen.²⁶ Misschien moet volstaan worden met de vaststelling, dat de Hoge Raad eenvoudigweg de dynamische leer van Van Slooten heeft overgenomen.²⁷ Kort samengevat volgt daaruit, dat een post-contractuele wijziging mogelijk is, tenzij de post-actieven aantonen dat die expliciet is uitgesloten.²⁸ Maar op deze manier lijkt die leer onevenwichtig te worden toegepast. Ook Van Slooten gaat per slot van rekening uit van de toepasselijkheid van art. 7:613 BW op een dergelijke post-contractuele wijziging.²⁹ Als de continuïteit van de rechtsverhouding, al dan niet in aangepaste vorm, continuïteit van de mogelijkheid tot wijziging rechtvaardigt, zou dat ook moeten gelden voor de daaraan te stellen voorwaarden. Ook de beperkingen van die wijzigingsmogelijkheden, voortvloeiende uit art. 7:613

BW, dienen dan gecontinueerd te worden. Aldus lijkt het erop, dat de Hoge Raad bij de uitleg van twee overeenkomstige wetsbepalingen en één contractuele bepaling, slechts in één geval (art. 7:613 BW) de term ‘werknemer’ niet zodanig heeft opgerekt, dat daaronder ook de post-actieven werden geschaard. Dit terwijl juist in relatie tot die ene bepaling daartoe misschien wel de meeste aanleiding bestond. Al was het maar analoog.³⁰ Los daarvan maakt de wijze waarop het contractuele wijzigingsbeding is uitgelegd aan de hand van de cao-norm ook niet een hele overtuigende indruk.³¹

Minder bescherming voor post-actieven

Een belangrijke consequentie van de gekozen benadering is ten slotte, dat onder de PSW (i) de bescherming van post-actieven met betrekking tot eenzijdige wijzigingen, klaarblijkelijk veel minder sterk was dan; (ii) de bescherming van actieven. Althans, voor zover er sprake was een contractuele bevoegdheid tot eenzijdige wijziging. Die slechtere bescherming voor post-actieven is paradoxaal te achten en in ieder geval niet wenselijk.³² Voor de niet-pensioenaangelegenheden zou dat onder de Pensioenwet bovendien nog steeds het geval zijn. Bij die laatste categorie kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de discussies rond de stopzetting van de werkgeversbijdragen in de premieziektekostenverzekering. In het licht van de nieuwe regels beëindigden de werkgevers toen hun eerder toegezegde bijdragen daaraan, hetgeen tot de nodige procedures leidde.³³

De motivering

Nu de bovenbeschreven oordelen in feite slechts impliciet zijn verschaft, ontbreekt het ook aan de verdere motivering daarvoor. De hoop dat de conclusie van A-G Timmerman, indirect, meer inzicht zou verschaffen in de onderliggende overwegingen, lijkt evenmin gerechtvaardigd. Op zichzelf zou dat wel voor de hand hebben gelegen, nu de Hoge Raad (ogenschijnlijk althans) de visie van de A-G op de bovenomschreven punten heeft overgenomen. De onderbouwing van die visie overtuigt echter niet en roept vooral vragen op. Zo wijst ook de A-G de toepasselijkheid van art. 7:613 BW op post-actieven af, maar motiveert die stellingname verder niet. Hij stelt dienaangaande slechts het volgende:

“Ik merk op dat art. 7:613 BW m.i. voor de onderhavige zaak niet van belang is. Ingevolge dit art. kan in een arbeidsovereenkomst of een pensioenreglement een eenzijdig wijzigingsbeding worden opgenomen.”³⁴

22 Kamerstukken II, vergaderjaar 2005–2006, 30413, nr. 17.

23 E. Lutjens (red.), a.w., p. 105.

24 Vergelijk Lutjens in zijn noot bij PJ 2011/152, J.M. van Slooten, a.w., alsmede J.M.M. de Laat, ‘Omen est nomen’, TRA 2013/12; Hof Amsterdam 26 mei 2009, PJ 2009/130 (Vakcentrum); Hof Amsterdam 31 mei 2011, PJ 2011/122 (IBM); Ktr. Rotterdam 20 mei 2009, JAR 2010/136.

25 R.o. 3.1 (vii).

26 Noot M. Heemskerk bij JAR 2013/249; vergelijk ook Van Slooten, a.w.

27 Van Slooten, a.w.

28 Anders: De Laat, ‘Omen est nomen’, TRA 2013/12, die een en ander overigens om lijkt te draaien.

29 Vergelijk De Laat, ‘Omen est nomen’, TRA 2013/12.

30 Vergelijk mevr. A. Pásztor, ‘Wijziging van een pensioenregeling; deel 2: de materiële aspecten’, *ArbeidsRecht* 2006/14; vergelijk ook E. Lutjens, ‘Wijziging van pensioenregeling voor ex-werknemer en schrappen art. 20 PW’, TPV 2013/40.

31 Vergelijk De Laat, ‘Omen est nomen’, TRA 2013/12.

32 Heemskerk c.s., a.w.; noot M. Heemskerk bij JAR 2013/249; noot A.G. van Marwijk Kooy bij JOR 2013/310; vergelijk daarover ook Van Slooten, a.w. en E. Lutjens, ‘Wijziging van pensioenregeling voor ex-werknemer en schrappen art. 20 PW’, TPV 2013/40.

33 Zie onder meer: Hof Amsterdam 28 december 2010, JAR 2011/37 (ING); Hof Amsterdam 20 oktober 2009, JAR 2009/283 (Sneller/Delta Lloyd) en Hof Amsterdam 20 oktober 2009, JAR 2009/282 (Neerincx/Rabobank).

34 Randnr. 3.3 conclusie A-G.

In de tweede zin lijkt gesuggereerd te worden, dat art. 7:613 BW de mogelijkheid van een eenzijdig wijzigingsbeding in het leven heeft geroepen. Dat zou alleen juist zijn, indien het voor de inwerkingtreding van art. 7:613 BW (in zijn huidige vorm) niet mogelijk zou zijn geweest een eenzijdig wijzigingsbeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst. De wetsgeschiedenis leert evenwel, dat de wetgever het tegenstelde uitgangspunt hanteerde.³⁵ Werkgevers bedienden zich al van dergelijke wijzigingsbedingen. Het oogmerk van de introductie van art. 7:613 BW was juist daaraan voorwaarden te stellen en niet om een wijzigingsbevoegdheid te creëren. Van het creëren van een wijzigingsbevoegdheid zou bijvoorbeeld wel sprake zijn bij invoering van art. 19a van het Voorontwerp voor de Wet invoering reële ambitieovereenkomst.³⁶ Die bepaling verleent primair een aanvullende wijzigingsbevoegdheid, in tegenstelling tot het beperken van een reeds bestaande. Dat art. 7:613 BW een reeds bestaande bevoegdheid beperkt blijkt verder ook duidelijk uit de tekst ervan. Het oordeel van de Hoge Raad in deze kwestie is daar ook mee in overeenstemming: bij gebreke van de toepasselijkheid van enige wettelijke regeling omtrent een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 PW of art. 7:613 BW) achtte de Hoge Raad de mogelijkheden tot eenzijdige wijziging niet meer, maar juist minder beperkt.

Het pensioenreglement

Verder is de verwijzing naar de mogelijkheid van een eenzijdig wijzigingsbeding in een pensioenreglement, in zijn algemeenheid ook onvoldoende doordacht. De A-G nam als uitgangspunt dat de Pensioenwet van toepassing was. Maar onder de Pensioenwet is het *pensioenreglement* niet het document van de werkgever. Het uitgangspunt is dat het uitgaat van de pensioenuitvoerder, bij wie de werkgever de pensioenovereenkomst heeft ondergebracht.³⁷ Het regelt de verhouding van de pensioenuitvoerder met de deelnemers. Op die relatie is art. 7:613 BW niet van toepassing. Daarom was bovendien al eens geoordeeld, dat in die verhouding de eis van zwaarwichtig belang ook overigens niet aan de orde is.³⁸ Onder de PSW had het pensioenreglement die specifieke functie nog niet.³⁹ ECN had haar pensioentoezegging/pensioenovereenkomst dan ook nog wel opgenomen in haar pensioenreglement.

Premiebetaling

Over art. 7:613 BW wordt door de A-G dan vervolgens gesteld:

“Dit art. is op het onderhavige geval niet van toepassing nu het enkel ziet op nog actieve (premiebetalende) deelnemers en niet op post-actieven.”

Deze stelling is allereerst niet in lijn met de tekst van de bepaling, die eenvoudigweg verwijst naar werknemers. Daarnaast gaat het niet noodzakelijkerwijs om dezelfde groepen: deelnemers behoeven geen werknemers te zijn en vice versa.⁴⁰ Verder is ook duister waarom verwezen wordt naar *premiebetaling*. Is art. 7:613 BW dan ook niet van toepassing indien de (actieve) deelnemers geen werknemersbijdrage betalen? Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij een zogenaamde premievrije pensioenregeling. De literatuurverwijzingen verschaffen verder ook geen aanvullend inzicht.⁴¹ De A-G haalt vooral de nodige andersluidende literatuur en jurisprudentie aan. Waarom hij die klaarblijkelijk toch afwijst blijkt verder niet.⁴²

Pensioenovereenkomst met een pensioenfonds?

De A-G stelt voorts ook, dat art. 19 PW wél post-contractueel van toepassing is. In dat kader wordt allereerst gesteld:

“Art. 19 PW ziet in beginsel alleen op de relatie tussen werkgevers (of pensioenfonds) en werknemers.”

De verwijzing naar '(of pensioenfonds)' lijkt dan aan hetzelfde manco als eerder gesignaleerd in relatie punt 3.3 van de conclusie: pensioenovereenkomsten worden in beginsel niet met pensioenuitvoerders, zoals pensioenfonds, gesloten. En daarbij: geldt art. 19 PW dan alleen voor pensioenovereenkomsten waar pensioenfonds bij betrokken zijn, maar niet voor pensioenovereenkomsten waar andere pensioenuitvoerders of pensioeninstellingen bij betrokken zijn?

Koppeling tussen art. 19 en 20 PW?

De stelling dat art. 19 PW wél post-contractueel van toepassing is, wordt door de A-G verder gemotiveerd met een verwijzing naar een veronderstelde koppeling van art. 19 PW met art. 20 PW. Laatstgenoemde bepaling zou dan, bedoeld of onbedoeld, bewerkstelligen dat art. 19 PW ook op post-actieven van toepassing is. Gesteld wordt:

“In art. 20 PW is een bepaling opgenomen die ervoor zorgt dat art. 19 en 20 PW, gelezen in samenhang, van toepassing is op de zgn. post-actieven.”

Maar juist voor art. 20 PW is ook weer zeer de vraag, of men bij de opstelling ervan wel aan de positie van de post-actieven heeft gedacht. De bepaling verwijst namelijk alleen naar 'aanspraakgerechtigden'. De bepaling is daarmee niet van toepassing op een cruciale groep post-actieven, zijnde de pensioengerechtigden. Weliswaar wordt wel aangenomen

³⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 1995-1996, 24615, nr. 3.

³⁶ Art. 1.F Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst; E. Lutjens, 'Commentaar op Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst', TPV 2013/32, p. 10.

³⁷ Art. 1 Pensioenwet.

³⁸ Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, PJ 2012/119, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer; JAR 2013/300, m.nt. M. Heemskerk (Delta Lloyd); cassatieberoep verworpen met een beroep op art. 81 RO, bij ECLI:NL:HR:2013:1134.

³⁹ Noot A.G. van Marwijk Kooy, a.w.

⁴⁰ M.J. Alma in E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse & Commentaar*, vierde geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 567.

⁴¹ Randnr. 3.3 conclusie A-G.

⁴² Zie voor kritische beschouwing daarover: De Laat, 'Omen est nomen', TRA 2013/12.

men dat het daarbij om een onbedoelde missie gaat.⁴³ Maar dat neemt niet weg dat gezien een dergelijke ommissie toch moeilijk volgehouden kan worden, dat de bepaling ook bij uitstek voor pensioengerechtigden (en andere post-actieven) bedoeld was. Het is ook niet voor niets dat ook op dit vlak nu een wetswijziging is voorgesteld.⁴⁴

Overige verklaringen

Al met al blijft het lastig een aansprekende onderbouwing voor de verschaftte oordelen te ontwaren. Geopperd is wel dat de concrete uitkomst misschien uitsluitend veroorzaakt is door de cassatietechniek.⁴⁵ Mogelijk dienen daardoor op dit punt geen verdergaande conclusies aan de uitspraak verbonden te mogen worden, maar erg waarschijnlijk lijkt dat niet.⁴⁶ Anderzijds moet de crux misschien worden gezocht in het gegeven, dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst de rechtsverhouding wordt voortgezet, maar met een wijziging van hoedanigheden: van werknemers naar post-actieven.⁴⁷ De Laat oppert ten slotte de mogelijkheid, dat het de Hoge Raad er vooral om te doen is geweest een hem welgevallige uitkomst voor de specifieke kwestie zeker te stellen.⁴⁸ Die laatste optie voedt in ieder geval nog verder de twijfel, of dit arrest wel voor de langere termijn als richtinggevend zal hebben te gelden.

De lessen voor het wijzigingsbeding

Wat van het voorgaande verder ook moge zijn: de praktijk zal het er vooralsnog mee moeten doen.⁴⁹ In dat kader lijkt de uitspraak in ieder geval enkele aandachtspunten voor het wijzigingsbeding op te leveren. Die aandachtspunten worden deels ook ingegeven door de uitspraak af te zetten tegen de diverse aannames, die tot dusver wel omtrent eenzijdig wijzigingsbedingen in de literatuur aangetroffen werden.

De bestaande aannames

Sinds het arrest *Monsieurs-Wegener* wordt aangenomen dat het beding niet meer in de arbeidsovereenkomst zelf hoeft te worden opgenomen. Het mag bijvoorbeeld ook opgenomen zijn in de specifieke regeling waarvoor het geldt.⁵⁰ Daarnaast wordt aangenomen dat het ook toegestaan is dat het beding niet in de arbeidsovereenkomst zelf, maar bijvoorbeeld in een personeelshandboek wordt opgenomen. Mits dat is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, kan het beding dan toch van algemene toepassing zijn op

alle toepasselijke arbeidsvoorwaarden.⁵¹ In lijn met de gedachte dat de relevantie van art. 19 PW beperkt zou zijn, wordt verder betwijfeld of een apart pensioenwijzigingsbeding wel nodig zou zijn. Indien de pensioenovereenkomst in de arbeidsovereenkomst zelf is opgenomen zou met een algemeen wijzigingsbeding kunnen worden volstaan. Dat algemeen wijzigingsbeding zou dan bovendien in het bijbehorende arbeidsvoorwaardenreglement opgenomen mogen zijn.⁵² In het licht van de onderhavige uitspraak moet echter betwijfeld worden of de beschreven aannames nog steeds houdbaar zijn. De algemene aanbeveling lijkt in dat kader te moeten zijn, dat bij de redactie van eenzijdige wijzigingsbedingen meer oog dient te zijn voor de diverse relevante situaties en categorieën die blijkbaar onderscheiden dienen te worden. Meer concreet lijken de volgende twee aanbevelingen in dat kader in ieder geval relevant:

- benoem beide rechtsverhoudingen apart: de arbeidsovereenkomst én de pensioenovereenkomst;
- benoem beide periodes: zowel de periode vóór, als ná het einde van de arbeidsovereenkomst.

Beide aanbevelingen worden hierna uitgewerkt.

Benoem beide rechtsverhoudingen

Het lijkt erop dat de Hoge Raad een andere kwalificatie meegeeft aan de pensioenovereenkomst, althans aan de pensioenovereenkomst die voortduurt na het einde van de arbeidsovereenkomst. Het lijkt geen gewone arbeidsvoorwaarde meer te zijn. Dat zo zijnde, lijkt niet meer met een beding te kunnen volstaan dat qua tekst alleen de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden/arbeidsovereenkomst (in algemene zin) toekent. Het is beter expliciet aan te geven, dat de wijzigingsbevoegdheid zich ook uitstrekt tot de pensioenovereenkomst. Daarmee wordt voorkomen dat niet alles wordt afgedekt. Daarnaast kan het apart benoemen zinvol zijn, indien men wenst te differentiëren in de wijzigingsmogelijkheden. Dat is mogelijk geworden, nu die in de post-contractuele fase mogelijk minder beperkt behoeven te zijn voor de niet-pensioenkwesities. Daarvoor zou de eis van zwaarwichtig belang namelijk niet gelden.

Benoem beide periodes

Daarnaast lijkt het zinvol beide periodes ook als zodanig te benoemen. Meer specifiek: aan te geven dat de wijzigingsbevoegdheid zich ook uitstrekt tot de rechtsverhoudingen die voortbestaan na het einde van de arbeidsovereenkomst. In dat kader van die omschrijving lijkt het bovendien goed de post-actieven ook als zodanig te benoemen. Dit alles tegen de achtergrond, dat het maar de vraag is of ook in nieuwe gevallen het beding steeds zo welwillend uitgelegd zal gaan worden. Wordt daarin ook dan weer zo gemakkelijk *ingeleden*, dat het blijkbaar ook bedoeld is voor de post-contractuele periode? Juist nu het onderscheid tussen beide periodes inmiddels zo nadrukkelijk aan de orde wordt gesteld,

43 Van Slooten, a.w.; E. Lütjens (red.), a.w., p. 452.

44 Art. I.G Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst; E. Lütjens, 'Commentaar op Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst', *TPV* 2013/32, p. 11.

45 Noot A.G. van Marwijk Kooy, a.w., p. 3301.

46 Navraag bij één van direct betrokken raadslieden heeft geleerd, dat dergelijke cassatietechnische redenen vermoedelijk geen rol hebben gespeeld.

47 Vergelijk ook noot E. Lütjens bij *PJ* 2013/161.

48 Vergelijk De Laat, 'Omen est nomen', *TRA* 2013/12.

49 Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8547, *PJ* 2014/7, waarin het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van art. 7:613 BW al nadrukkelijk wordt overgenomen.

50 HR 18 maart 2011, nr. 09/02452, *LJN* BO9570, *JAR* 2011/108.

51 Zie daarover R.M. Beltzer, a.w.

52 E. Lütjens (red.), a.w., p. 413.

mag de eis gesteld worden dat de bewoordingen op dit punt in ieder geval helderheid verschaffen.⁵³ Daarnaast ligt ook de uitleg *contra proferentem* voor de hand.

Overige kanttekeningen bij het wijzigingsbeding

Bovenstaande aandachtspunten zijn direct geïnspireerd door het arrest. Maar daarnaast kan een aantal andere kanttekeningen worden geplaatst in relatie tot de redactie van het eenzijdig wijzigingsbeding.

Zwaarwichtig belang noemen in de bepaling?

De vraag kan gesteld worden of de verwijzing naar een zwaarwichtig belang wel in de tekst van het wijzigingsbeding dient terug te komen. Vanuit de aanname dat die voorwaarde toch in alle gevallen vervuld moest worden, was dat op zich usance. Maar een dergelijke eis wordt noch in art. 7:613 BW, noch in art. 19 PW gesteld. Uit die bepalingen volgt slechts dat een beroep op het wijzigingsbeding alleen mogelijk is indien het zwaarwichtig belang zich in concreto voordoet, maar niet dat het beding zelf al tot dergelijke situaties beperkt dient te zijn. Zoals hiervoor ook al aangehaald geldt die voorwaarde van een concreet zwaarwichtig belang nu bovendien mogelijk niet meer in alle gevallen. Daarmee zou het opnemen van die voorwaarde een onnodige beperking opleveren. In ieder geval kan overwogen worden die eis niet meer te vermelden voor wijzigingen buiten het pensioendomein, in relatie tot post-actieven.

Benoemen wannéér een zwaarwichtig belang?

In aansluiting op de vorige vraag kan ook nog een vervolgvraag gesteld worden. Dient wel omschreven te zijn wannéér sprake kan zijn van een zwaarwichtig belang? Ook die eis volgt niet uit de bedoelde bepalingen. En ook hier dreigt weer het gevaar van een onnodige beperking, indien men toch daarvoor kiest, zeker als er sprake is van een limitatieve opsomming van mogelijke zwaarwichtige belangen.⁵⁴ Als zich dan een andere vorm van zwaarwichtig belang aandient ontbreekt de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging. Niettemin wordt dit in de literatuur wel bepleit, met name in relatie tot wijzigingen die voortvloeien uit de aanpassingen van het fiscale kader voor pensioenregelingen.⁵⁵ Is dit een redelijke eis? Welke werkgever kan vooraf overzien wat voor relevante toekomstige ontwikkelingen zich allemaal kunnen voordoen in de maatschappelijke omgeving en/of de eigen onderneming? Hoe concreet en specifiek dienen die omstandigheden dan precies beschreven te worden?

Uitwerken van de reikwijdte van de wijzigingsbevoegdheid?

De laatste opmerking in deze context betreft de omschrijving van de reikwijdte van de bevoegdheid tot wijziging. Zo

is in relatie tot fiscaal geïnspireerde wijzigingen in de literatuur wel een beding voorgesteld, dat een bevoegdheid tot wijziging met terugwerkende kracht verleent.⁵⁶ Een dergelijke *maximering* van de wijzigingsbevoegdheid lijkt evenwel van beperkt belang. Bij de uitvoering van de materiële toets of sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang behoort ook de voorgestelde aard van de wijziging, als één van de relevante elementen, meegewogen te worden. De gewenste soort wijziging zal men aldus niet (bindend) vooraf kunnen bepalen. Net zo min kan men vooraf bepalen, dat een bepaalde situatie automatisch als een zwaarwichtig belang kwalificeert. Ook dan zal dan nog steeds in de concrete situatie waarin men zich op het beding beroept een materiële toets uitgevoerd moeten worden. Als die negatief uitvalt is wijziging niet mogelijk, ongeacht wat verder ook bedongen moge zijn.

Toegenomen belang wijzigingsbeding

De uitspraak heeft ook nog een andere belangrijke consequentie voor de wijzigingsbedingen. Als beschreven is het uitgangspunt geworden, dat de pensioenovereenkomst met de post-actieven gewoon wordt voortgezet. Verder was dat alleen zo overwogen in de uitspraak uit 2012 van het Hof Amsterdam inzake Delta Lloyd.⁵⁷ Lutjens wijst erop dat hij die visie al heel lang heeft gepropageerd.⁵⁸ Ze werd evenwel nog niet unaniem in de literatuur aanvaard.⁵⁹ Ten aanzien van een tussenvariant werd het voortduren van de pensioenovereenkomst wel in meer gevallen aangenomen. Met de kwalificatie *tussenvariant* wordt dan bedoeld op alle gevallen, waarin na het einde van de arbeidsovereenkomst nog sprake is van concrete financiële verplichtingen van de werkgever. Bijvoorbeeld in de situatie waarin de werkgever de indexatie van de pensioenaanspraken van post-actieven dient te blijven financieren. Daarvan werd wel al in bredere kring aangenomen dat de pensioenovereenkomst dan voortduurde.⁶⁰ Op zich was dat ook de situatie die aan de orde was in de onderhavige kwestie. Uit de uitspraak lijkt evenwel niet te volgen, dat de Hoge Raad het uitgangspunt dat de pensioenovereenkomst voortduurt daartoe heeft willen beperken. Daarmee komt dan ook de kwalificatie van de pensioenovereenkomst als een *doorlopende duurovereenkomst* in beeld.⁶¹ Die kwalificatie rechtvaardigt voorts de aanname, dat een werkgever ook door zijn post-actieven nog kan worden aangesproken op nakoming van de pensioenovereenkomst. Bijvoorbeeld indien de pensioenaanspraken of -rechten ten onrechte afwijken van hetgeen in de pensioenovereenkomst was overeengekomen.⁶² Met dat

53 Vergelijk noot A.G. van Marwijk Kooy, a.w., p. 3303; noot Heemskerk, a.w.

54 E. Lutjens (red.), a.w., p. 416.

55 T. Huijg, 'Eenzijdige wijziging pensioenregeling door fiscale wetswijziging', *PensioenMagazine* april 2013; mevr. A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2006/9.

56 Mevr. A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2006/9.

57 Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, PJ 2012/119, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer; JAR 2013/300, m.nt. M. Heemskerk; cassatieberoep verworpen met een beroep op art. 81 RO, bij ECLI:NL:HR:2013:1134.

58 E. Lutjens, 'Wijziging van pensioenregeling voor ex-werknemer en schrapen art. 20 PW', *TPV* 2013/40.

59 Zie bijvoorbeeld noot H.P. Breuker bij PJ 2013/161.

60 Heemskerk c.s., a.w.

61 Noot E. Lutjens bij PJ 2013/161.

62 E. Lutjens (red.), a.w., p. 448.

toegenomen belang van de pensioenovereenkomst, is ook meteen het belang van de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging navenant toegenomen en daarmee dus ook het belang van een adequaat wijzigingsbeding.

Conclusie

ECN/Omen is een arrest met mogelijk verstrekkende consequenties. Mede daarom heeft het de nodige, soms kritische, reacties en commentaren losgemaakt. Het valt daarbij verder ook niet uit te sluiten, dat sommige elementen van de uitspraak de komende tijd nog onderwerp van heroverweging zullen worden. Al met al lijken er niettemin belangrijke lessen uit te trekken, met name in relatie tot de eenzijdige wijzigingsbedingen van art. 7:613 BW en art. 19 PW. Het lijkt raadzaam bij de formulering daarvan de bepaling meer uit te werken. Met name welke soort rechtsverhouding het betreft, de toepasselijke periodes en de groepen waar het op betrekking heeft. Anderzijds dienen onnodige beperkingen vermeden te worden.