

Hoge Raad maakt wijzigen pensioenregeling makkelijker

Tot voor kort leek de Hoge Raad de leer te hanteren dat voor een arbeidsrechtelijke wijziging ondubbelzinnige instemming van de werknemer was vereist. Uit het arrest van 12 februari 2010 blijkt echter dat deze strenge leer niet meer geldt voor het wijzigen van pensioenregelingen. Is daarmee het wijzigen van een pensioenregeling dan voortaan eenvoudig? Nee, zover willen we niet gaan. Arbeidsvoorwaarden van werknemers dienen namelijk te worden gerespecteerd en mogen niet zomaar worden gewijzigd. Wetten en regels wijzigen echter steeds vaker en de omstandigheden veranderen drastisch. Daardoor is het steeds vaker noodzakelijk om pensioenregelingen aan te passen. En genoemd arrest maakt dit wel iets eenvoudiger.

Tussentijdse wijziging van een arbeidsvoorwaarde kan op verschillende manieren worden bewerkstelligd. In de praktijk is het vaak zo dat werkgevers een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opnemen. Daarin staat dan dat de werkgever zich het recht voorbehoudt om zonder instemming van de werknemer bepaalde wijzigingen in de arbeidsovereenkomst door te voeren. Het opnemen van zo'n beding impliceert niet dat de werkgever daar te pas en te onpas een beroep op kan doen. Art. 7:613 BW bevat een aantal voorwaarden waaraan een eenzijdig wijzigingsbeding dient te voldoen. De werkgever kan een beroep op dit beding doen als hij 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 werkgever dient te bewijzen dat hij een dergelijk zwaarwichtig belang heeft. In art. 19 PW is een vergelijkbare bepaling opgenomen voor de pensioenovereenkomst. Op grond van de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis kan niet snel een beroep worden gedaan op deze bepaling. Dat kan pas in geval van zeer ernstige financiële omstandigheden, zoals een dreigend faillissement. De wens om kosten te besparen is onvoldoende om eenzijdig de pensioenovereenkomst te wijzigen.

Onder omstandigheden kan een arbeidsovereenkomst ook door de werking van redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 lid 2 BW, c.q. het goedwerknemerschap van art. 7:611 BW, worden gewijzigd. Toch zal de werkgever ook dan moeten aantonen dat hij een zeer groot belang heeft bij de voorgestelde wijziging. De drempel voor wijzigingen ligt hier doorgaans zelfs hoger dan bij wijzigingen op grond van art. 7:613 BW en art. 19 PW.



Roel Veugelers (l) en Chera Amma

Mr. R.J.G. Veugelers is pensioenadvocaat en mr. C. Amma is pensioenjuriste, beiden bij Veugelers Advocatuur te Vlaardingen

De Hoge Raad heeft vele malen duidelijk gemaakt dat de werknemer ondubbelzinnig moet instemmen met de beëindiging van zijn dienstverband

■ WIJZIGEN PENSIOENREGELING MET WEDERZIJDIG GOEDVINDEN

Een arbeidsovereenkomst kan uiteraard ook met wederzijds goedvinden worden gewijzigd. Werkgever en werknemer kunnen in onderling overleg bepaalde arbeidsvoorwaarden wijzigen. Daarbij dient volgens de Hoge Raad sprake te zijn van een 'ondubbelzinnige instemming' van de zijde van de werknemer.

Deze term komt uit de ontslagpraktijk. De Hoge Raad heeft vele malen duidelijk gemaakt dat de werknemer ondubbelzinnig moet instemmen met de beëindiging van zijn dienstverband. Zo'n beëindiging heeft immers veelal verstrekkende gevolgen voor hem. De werkgever heeft, in gevallen waarin twijfel mogelijk is of de werknemer heeft begrepen dat zijn dienstverband met zijn instemming zal worden beëindigd, een onderzoeksplicht. Hoever die plicht gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval. De instemming met de beëindiging van het dienstverband hoeft niet uitdrukkelijk te zijn uitgesproken, maar kan ook in een of meer gedragingen of verklaringen liggen. Niet voldoende is evenwel dat de werknemer de schijn heeft gewekt dat hij akkoord gaat met de beëindiging. Dat leert ons het arrest Kuypers II.

Het arrest Kuypers II

Transportbedrijf Kuypers had tijdens een vergadering met het hele personeel een voorstel tot salariswijziging gedaan. De werknemers werden overvallen door dat voorstel. Het stond niet eens op de agenda. Volgens Kuypers was het voorstel aanvaard, aangezien niemand tijdens de vergadering daartegen protesteerde. Naderhand hebben toch enkele werknemers en de vakbond tegen het wijzigingsvoorstel geprotesteerd. De Hoge Raad kreeg de vraag voorgelegd of de werknemers meteen ter plekke hadden moeten protesteren. En of ze, door dat na te laten, het wijzigingsvoorstel hadden aanvaard. De Hoge Raad overwoog het volgende: 'Gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer, mag de werkgever slechts erop vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een voorstel tot salarisverlaging, zonder voorafgaand overleg met de werknemers gedaan op een door de werkgever met het voltallig personeel gehouden vergadering, indien uit de verklaringen of gedragingen van die werknemers tijdens of na de vergadering ondubbelzinnig blijkt van aanvaarding van

het voorstel.' De werkgever mocht dus niet uitgaan van stilzwijgende aanvaarding van het voorstel, nu de werknemers het voorstel niet apert hadden afgevoerd.

Vooropgesteld dient te worden dat het arrest Kuypers wordt gekenmerkt door specifieke omstandigheden. Het wijzigingsvoorstel was nimmer van tevoren aangekondigd, de werknemers waren niet van tevoren geïnformeerd, er was sprake van een algemene vergadering waar al het personeel aanwezig was en de werknemers werden onaangevaan verrast door het voornemen om de salarissen te verlagen. Weliswaar hadden ze er tijdens die bewuste vergadering niet tegen geprotesteerd, maar niet-protesteren betekent nog niet dat ze het voorstel hadden aanvaard. De werknemers waren geestelijk niet voorbereid op een wijzigingsaanbod. Ze hadden geen bedenktijd gekregen en waren ook niet schriftelijk geïnformeerd. Daarmee had het transportbedrijf zijn informatieplicht ernstig verzaakt. Bovendien ging het in dit arrest om een ingrijpende wijziging, namelijk salarisverlaging. Daarom vond de Hoge Raad ondubbelzinnige instemming van de werknemers vereist.

De werknemers waren geestelijk niet voorbereid op een wijzigingsaanbod. Ze hadden geen bedenktijd gekregen en waren ook niet schriftelijk geïnformeerd

■ HET ARREST VAN 12 FEBRUARI 2010

In deze zaak ging het om een aantal buitendienstmedewerkers van CZ. Een deel van hun beloning bestond uit provisie-inkomsten. Aanvankelijk kon daarvoor geen pensioen worden opgebouwd. Om dit alsnog mogelijk te maken, sloot CZ voor deze inkomsten een pensioenverzekering af bij verzekeringsmaatschappij Reaal (de Reaalregeling). De medewerkers betaalden zelf de premie, die werd voldaan via inhouding op de provisie-inkomsten. Omstreeks 1996 en 1997 stelde CZ voor om de Reaalregeling te beëindigen. Die zou volgens CZ niet waardeverlozen zijn, terwijl men er ook geen nabestaandenpensioen mee kon opbouwen. In een aantal werkbesprekingen met de buitendienstmedewerkers maakte CZ haar voornemen tot beëindiging van de Reaalregeling kenbaar. Van die besprekingen werden verslagen gemaakt die de buitendienstmedewerkers toegestuurd kregen. Bij brief van 29 maart 1999 informeerde CZ de buitendienstmedewerkers dat per 1 januari 1999 de waarde van de opgebouwde pensioenaanspraken bij Reaal zouden worden overgedragen aan Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Ziekenfondswezen (SBZ). Bij die brief was

de aanvraag voor waardeoverdracht gevoegd, die alle buitendienstmedewerkers voor akkoord hebben ondertekend. En daarmee werd de Reaalregeling beëindigd. Toch bleek een aantal buitendienstmedewerkers het niet met die wijzigingen eens te zijn. Ze stelden een vordering in waarin ze voor de periode vanaf 1998 een vervangende pensioenregeling eisten.

De Hoge Raad

Bij de beantwoording van de vraag of de werknemers ondubbelzinnig met het wijzigingsvoorstel hadden moeten instemmen, stelde de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6 het volgende: 'De onderhavige beëindiging van de pensioenregeling ter zake van de provisie-inkomsten is een wijziging van de arbeidsovereenkomst, waarvoor een daartoe strekkende nadere overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer vereist is. In cassatie moet voorts ervan worden uitgegaan dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarden een verslechtering daarvan voor de werknemer meebracht, nu dit door [eiser] c.s. is gesteld en niet is vastgesteld dat deze stelling onjuist is.

De vraag of een overeenkomst als bedoeld tot stand is gekomen, moet in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd.'

Volgens het hof waren de buitendienstmedewerkers helder en duidelijk geïnformeerd over de gevolgen van de beëindiging van de Reaalregeling. En volgens de Hoge Raad hoefde het hof niet vast te stellen of de buitendienstmedewerkers ondubbelzinnig met het wijzigingsvoorstel hadden ingestemd. Hieraan deed niet af dat in de brief van 29 maart 1999 niet met zoveel woorden was vermeld dat waardeoverdracht verband hield met de beëindiging van de Reaalregeling.

Voor het wijzigen of afschaffen van een arbeidsvoorwaarde is, zo oordeelde het hof en vervolgens dus ook de Hoge Raad, geen ondubbelzinnige instemming van de werknemer nodig. Wel dient de werkgever bij een dergelijk voornemen allereerst zijn werknemers daarover helder en duidelijk te informeren. Ook moet hij hen de tijd gunnen om erover na te denken. De werkgever doet er in dat verband verstandig aan om hen schriftelijk te informeren. De Hoge Raad eist dat niet expliciet, maar hecht er blijkens het hier besproken arrest wel waarde aan. Op deze manier dient te worden bereikt dat het aanbod tot wijziging van een arbeidsvoorwaarde duidelijk door de werknemer wordt begrepen. CZ had

hieraan voldaan en haar informatieplicht ruim ingevuld. Volgens de Hoge Raad kon uit de gedragingen en verklaringen (art. 3:37 BW) van de buitendienstmedewerkers worden afgeleid dat ze het wijzigingsaanbod *welbewust* hadden aanvaard.

Een ander punt, dat niet door de Hoge Raad, maar wel door Advocaat-Generaal Keus en annotator Van Marwijk Kooy is genoemd, is de benadeling. De werkgever betaalde geen bijdrage voor de oude regeling; die werd volledig door de desbetreffende werknemers zelf gefinancierd. Het afschaffen van deze regeling leverde voor de werknemers dus slechts een beperkte benadeling op, namelijk dat ze op deze manier niet meer – met eigen middelen – pensioen konden opbouwen.

Volgens de Hoge Raad kon uit de gedragingen en verklaringen van de medewerkers worden afgeleid dat ze het wijzigingsaanbod *welbewust* hadden aanvaard

■ DE NEGATIEVE OPTIE

Regelmatig wordt voorgesteld om een wijziging door te voeren via een zogenoemde negatieve optie. Daarbij worden de werknemers door de werkgever schriftelijk over een wijziging geïnformeerd. Gaan ze niet akkoord met de wijziging, dan kunnen ze dat melden en hun bezwaren binnen een bepaalde termijn kenbaar maken. Protesteren ze niet, dan worden ze geacht akkoord te zijn met de wijzigingen.

Waarom willen werkgevers graag gebruikmaken van de negatieve optie? Welnu, het is uiteraard een eenvoudige methode. Je stuurt alle werknemers een briefje. Als ze niet reageren, is het voorstel aangenomen en hoef je niet alle werknemers langs te gaan om een handtekening te vragen. Op zichzelf zou dit deze methode naar onze mening onvoldoende legitimeren. Er zijn echter andere, meer valide redenen. Bij het wijzigen van pensioenregelingen gaat het vaak om een wijziging voor een grote groep werknemers. Dat kunnen er honderden, duizenden of tienduizenden zijn. Bij een dergelijke omvang is er altijd een aantal werknemers dat niet tekent. Doen ze dat welbewust omdat ze inhoudelijke bezwaren hebben, dan moet dat natuurlijk worden geaccepteerd. Maar als ze dat niet doen uit luiheid, ongeïnteresseerdheid of om dwars te liggen, kun je je afvragen of dat dan ook moet worden geaccepteerd.

Verder kunnen bij het wijzigen van pensioenregelingen de financiële consequenties niet altijd geheel worden overzien. Denkbaar is dat in een nieuwe regeling werknemers een (groter) beleggingsrisico lopen. Dit kan voor hen voordelig of nadelig uitpakken. Als een werkgever dan gebruik maakt

van de positieve in plaats van de negatieve optie en ervan uitgaat dat de werknemers die niet hebben getekend, toch akkoord zijn, kunnen ook zij profiteren van een voordelige beleggingsopbrengst. Maar moeten deze werknemers dan daarnaast de mogelijkheid hebben om te zeggen dat de oude regeling op hen van toepassing is als de beleggingen onverhoopt tegenvallen en zij uitsluitend uit bijvoorbeeld laksheid niet hebben getekend? Het niet tekenen van een verklaring levert een werknemer dan een spel zonder neten op. Hij wacht eenvoudig af wat voor hem het beste uitpakt en maakt die optie dan tot de zijne. Om dit te vermijden is het wenselijk om bij het wijzigen van pensioenregelingen gebruik te kunnen maken van de negatieve optie.

Wel of niet toegestaan?

Is het nu op grond van het hier besproken arrest wel of niet toegestaan om gebruik te maken van de negatieve optie? Naar onze mening heeft de Hoge Raad haar in haar zuivere vorm niet geaccepteerd. Er dient immers sprake te zijn van een gedraging of verklaring waaruit kan worden afgeleid dat de werknemer welbewust heeft ingestemd. Daar was in dit geval sprake van, omdat de werknemers hadden getekend voor de waardeoverdracht en daarmee dus ook met de wijziging van de regeling hebben ingestemd. Bij een zuivere negatieve optie is er geen sprake van zo'n verklaring of gedraging. De Hoge Raad zegt echter ook dat de ondubbelzinnige instemming bij het wijzigen van pensioenregelingen niet is vereist. Wel dient sprake te zijn van een zorgvuldig informatietraject.

Omdat de negatieve optie in haar zuivere vorm nog niet lijkt te zijn aanvaard, zou het interessant zijn om de Hoge Raad een zaak met een dergelijke optie voor te leggen, waarbij alle mogelijke zorgvuldigheid in acht is genomen. Dit houdt in dat vooraf een zorgvuldig informatietraject heeft plaatsgevonden, dat een Ondernemingsraad een positief advies heeft gegeven, dat informatiebijeenkomsten zijn georganiseerd en dat in de cruciale brief een ruime termijn is geboden om aan te geven dat men niet akkoord is. De vraag is dan of de Hoge Raad de werknemer dan in het gelijk stelt als die beweert dat de nieuwe regeling niet op hem van toepassing is omdat hij niet heeft gereageerd. De Hoge Raad kan dan immers stellen dat er geen sprake is van een handeling of gedraging waaruit blijkt dat de werknemer *welbewust* met de wijziging heeft ingestemd. In die situatie zou het goedwerkknemerschap van art. 7:611 BW nog een rol kunnen gaan spelen, namelijk dat van een werknemer mag worden verwacht dat hij zijn werkgever informeert als hij niet akkoord wenst te gaan met de voorgestelde wijziging en dat hij bij gebreke daarvan aan de wijziging is gebonden.

Overigens vinden wij dat wel moet worden bekeken in hoeverre de werknemer daadwerkelijk wordt benadeeld. Op grond van het goedwerkknemerschap mag ons inziens van werknemers worden verwacht dat ze instemmen met wijzigingen als die slechts leiden tot een beperkte benadeling. In geval van een mate-

riële benadeling voor de werknemer mag op grond van het goedwerkknemerschap worden verwacht dat de werkgever een overgangsregeling treft voor de zwaarst getroffen werknemers.

■ CONCLUSIE

De Hoge Raad heeft een stap gezet in de richting van de negatieve optie. De zuivere negatieve optie is echter (nog) niet aanvaard. In pensioenland is het gebruik van de negatieve optie echter wel wenselijk. Het is daarom zaak dat er verdere jurisprudentie komt op dit gebied. Daarbij kan het goedwerkknemerschap nog een rol spelen. In geval van een goed communicatietraject dient een werknemer te melden dat hij niet akkoord gaat met een nieuwe pensioenregeling. Blijft verdere jurisprudentie uit, dan kan de negatieve optie ook nog in de Pensioenwet worden opgenomen, mits de benadeling van de werknemers beperkt is. ●