



prof. mr. dr. Mark Heemskerk EPP CFP®

Hoogleraar Pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner bij held law en raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Bosch

Voorgestelde wijziging pensioenovereenkomst werkgever: an offer the employee can't refuse? De Hoge Raad bevestigt in het IFF-arrest¹ dat een werknemer op grond van goed werknemerschap gehouden kan zijn in te gaan op een collectief wijzigingsvoorstel van de werkgever. Minder duidelijk is wanneer de werknemer moet instemmen met zo'n wijzigingsverzoek. De maatstaf waarbij de werknemer mag weigeren tenzij dat onaanvaardbaar is gaat te ver volgens de Hoge Raad. Wanneer de werknemer in redelijkheid moet ingaan op een redelijk wijzigingsvoorstel van de werkgever blijft een belangenafweging. Zo'n (on)redelijkheidsoordeel blijft onzeker en voer voor verdere rechtszaken.

Collectieve pensioenwijziging via goed werknemerschap kan, maar wanneer mag het?

FEITEN

Kern van het geschil was of producent van geur- en smaakstoffen International Flavors & Fragrances (IFF) een werknemersbijdrage mocht invoeren. Werknemers die vóór 1 januari 2003 in dienst waren getreden hoefden geen pensioenpremie te betalen. Vanaf 1 januari 2003 is in het pensioenreglement een werknemersbijdrage opgenomen van 10 % van het pensioengevend salaris voor nieuwe werknemers. In 2015 paste IFF de pensioenregeling aan naar aanleiding van wijziging in de fiscale pensioenwetgeving. Daarbij is de werknemerspremie verlaagd van 10 % naar 7 %. Voor werknemers van vóór 1 januari 2003 is een werknemerspremie ingevoerd. Die werknemersbijdrage steeg in zeven jaar van 0,5 % naar 3,5 %. De OR stemde in met invoering van de pensioenregeling 2015. Drieënveertig werknemers die voorheen niet premieplichtig waren, vonden de wijziging niet rechtsgeldig.

RECHTBANK

De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat artikel 19 van het pensioenreglement een eenzijdig wijzigingsbeding was. Vervolgens toetste de rechtbank de eenzijdige invoering van een werknemersdeel in de pensioenpremie aan de maatstaf van artikel 19 Pensioenwet. De werkgever moet een voldoende zwaarwichtig belang hebben voor de wijziging waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De belangen van IFF bij wijziging waren volgens de rechtbank niet zo zwaarwichtig dat het belang van de 43 werknemers die geen premie betalen, daarvoor moest wijken. De 43 werknemers waren dus niet verplicht om pensioenpremie te betalen.²

HOF

Volgens het hof was er geen eenzijdig wijzigingsbeding. Daarom werd de 'voldoende zwaarwichtig belang toets' niet toegepast. Het hof past vervolgens de norm van goed werknemerschap toe (art. 7:611 BW). Dat is de toets die in de rechtspraak is ontwikkeld (*Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet*). Het hof onderscheidde daarbij de volgende stappen:

- 1 Is sprake van een wijziging van omstandigheden en zo ja, wat is de aard is van die omstandigheden?
- 2 Is het door de werkgever gedane voorstel, gelet op alle omstandigheden zoals het belang van de werkgever en de positie van de betrokken werknemer, redelijk?
- 3 Kan aanvaarding van het redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval, in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd

Vervolgens beoordeelt het hof of de werknemersbijdrage van de werknemers zo noodzakelijk is om de nieuwe pensioenregeling financierbaar te maken dat weigering van de werknemers ermee in te stemmen desondanks onaanvaardbaar is. De financiële omstandigheden van IFF zijn niet zodanig dat de pensioenregeling zonder eigen bijdrage van de werknemers niet langer financierbaar is. Het voorstel is voor de werknemers 'een niet verwaar-

1 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 (IFF), TRA 2021/23 m.nt. Hummel.

2 Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62, PJ 2018/18 m. nt. Lutjens.

loosbaar geringe inkomensachteruitgang'. De bijdrage van de werknemers is volgens het hof niet zo noodzakelijk om de nieuwe pensioenregeling financieerbaar te maken, dat weigering ermee in te stemmen onaanvaardbaar is.³

HOGE RAAD

De Hoge Raad maakt duidelijk hoe de norm van goed werkgeverschap en goed werknemerschap tot wijziging van de arbeidsovereenkomst (en de pensioenovereenkomst) kan leiden indien er geen eenzijdig wijzigingsbeding is. Hij verduidelijkt het uitgangspunt dat de werknemer in beginsel een wijzigingsvoorstel van de werkgever niet hoeft te aanvaarden. Onder omstandigheden kan van de werknemer gevergd worden dat hij moet instemmen met die wijziging.

“Voor gevallen waarin de arbeidsovereenkomst geen schriftelijk beding bevat dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen als bedoeld in artikel 7:613 BW, is in de rechtspraak van de Hoge Raad het volgende aanvaard. De werknemer is in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in welk verband de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. Op grond van de daarin opgenomen verplichting om zich als goed werknemer te gedragen kan van de werknemer onder omstandigheden toch worden gevergd met een dergelijk voorstel in te stemmen.”

Daarna hakt de Hoge Raad een knoop door. Hij overweegt dat wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van goed werknemerschap zowel bij individuele als bij collectieve wijzigingen van de arbeidsovereenkomst mogelijk is:

“Anders dan het onderdeel aanvoert, geldt deze beoordelingsmaatstaf voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn.”

Daarna komt de toetsingsnorm aan de orde. Het hof oordeelde dat een werknemer slechts moet instemmen met een redelijk voorstel van de werkgever voor wijziging van de arbeidsovereenkomst indien afwijzing van dat voorstel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet de juiste maatstaf is. Hij vindt de onaanvaardbaarheidsmaatstaf te streng.

“In zijn arrest [...] /Mammoet4 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen grond bestaat aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Waar het hof, zoals blijkt uit de hiervoor in 2.3 aangehaalde overwegingen, heeft beoordeeld of de verwerping door [verweerders 1 t/m 43] van de nieuwe pensioenregeling onaanvaardbaar is, heeft het dus niet de juiste maatstaf aangelegd.”

ANALYSE

1. Collectieve (pensioen)wijziging op grond van goed werknemerschap is mogelijk

De Hoge Raad maakt duidelijk dat een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarde (pensioen) op grond van goed werknemerschap mogelijk is. Dat is nieuws. In het arrest *Mammoet/Stoof* had de Hoge Raad opgemerkt dat *eenzijdige* wijziging van de arbeidsovereenkomst ‘veeleer’ zag op de wijzigingsbevoegdheid ‘niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers’. Dat liet de vraag open of slechts individuele wijziging mogelijk was op grond van goed werknemerschap. Daarover zijn tijdschriften volgeschreven.⁴

De Hoge Raad hakt in dit arrest de knoop door met de overweging dat ook bij goed werknemerschap collectieve wijziging mogelijk is. Dat is winst vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid. Dit pensioenarrest heeft daarmee veel bredere betekenis voor het arbeidsrecht. Weliswaar ging de zaak over een collectieve pensioenwijziging, namelijk de werknemersbijdrage. Ook andere arbeidsvoorwaarden kunnen collectief gewijzigd worden op grond van goed werknemerschap.

2. Ontwikkeling in de rechtspraak van goed werknemerschap als wijzigingsreden

De mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst – en daarmee de pensioenovereenkomst – te wijzigen op grond van goed werknemerschap is in de rechtspraak (door)ontwikkeld. Goed werknemerschap is een uitwerking van de eisen van de redelijkheid en billijkheid.⁵ In het klassieke *Taxi Hofman*-arrest overwoog de Hoge Raad dat de werknemer ‘op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan

³ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1510, PJ 2021/35 m. nt. Degelink.

⁴ Voor vindplaatsen verwijs ik naar de conclusie van AG van Peursem, ECLI:NL:PHR:2022:705, nummer 4.19-4.24.

⁵ Art. 6:2; 6:248 BW, HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 3.3 (*Parallel Entry*).

redelijkerwijs niet van hem kan worden gevegd.⁶ Die toetsingsmaatstaf is aangescherpt in het arrest *Mammoet/Stoof*.⁷ Daarin staat namelijk dat een werknemer ‘in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden’. Die lijn wordt bevestigd in het *IFF*-arrest.

3. Het stappenplan van de wijziging wegens goed werknemerschap

Vereenvoudigd weergegeven is er een stappenplan voor een wijziging op grond van goed werknemerschap. Daarbij zijn er drie stappen:

- 1 de werkgever moet een goede reden (gewijzigde omstandigheden) hebben voor wijziging van de arbeidsovereenkomst;
- 2 de werkgever moet een redelijk voorstel doen;
- 3 de werknemer moet in redelijkheid dat redelijke voorstel aanvaarden.

Vanzelfsprekend zijn daarbij alle omstandigheden van het geval relevant. Naast de goede reden c.q. gewijzigde omstandigheden is er dus een dubbele (on)redelijkheidstoets.

De wijziging van de (pensioen)overeenkomst op grond van goed werknemerschap is geen eenzijdige wijziging. Daarvoor geldt ook een andere maatstaf, namelijk de voldoende zwaarwichtig belang toets (art. 19 Pensioenwet/artikel 7:613 BW).

Wat voor wijziging is het dan wel? Iedere rechtenstudent wordt geleerd dat voor een overeenkomst wilsovereenstemming is vereist: aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW).

Het merkwaardige van de ‘goed werknemerschapswijziging’ is dat er geen wilsovereenstemming is. Er is geen *meeting of minds*. De werknemer in *IFF* wil helemaal geen werknemersbijdrage. Toch kan hij gehouden zijn om in te stemmen tegen zijn wil. Dan doet overeenkomst in plaats van eenzijdige wijziging vreemd aan, want het is een gedwongen aanvaarding van het aanbod van de werkgever. Het is een fictieve wilsovereenstemming die gekunsteld aandoet.

4. Toetsingsmaatstaf: geen onaanvaardbaarheids- maar (on)redelijkheidstoets?

Er is dus een punt waarop van de werknemer wegens goed werknemerschap tegen zijn wil moet instemmen met een redelijk voorstel van de werkgever om zijn pensioenovereenkomst te wijzigen.⁸ Wanneer is de voorgestelde wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever *an offer the employee can't refuse*? Een hard antwoord is niet mogelijk. We weten dat die grens niet bij onaanvaardbaarheid ligt. We weten niet waar die grens wel ligt.

De maatstaf waarbij de werknemer een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van zijn pensioenovereenkomst mag weigeren tenzij dat onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. 6:248 BW) gaat te ver volgens de Hoge Raad.⁹ Wanneer de werknemer wél moet instemmen, moet op grond van een dubbele redelijkheidstoets en alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Het is geen onaanvaardbaarheidstoets maar een (on)redelijkheidstoets.¹⁰ In beginsel is de werknemer niet gehouden om in te stemmen. Is de *onredelijkheid* van een weigering van de werknemer van het voorstel van de werkgever de norm? Geen wonder dat dit tot rechtszaken leidt. Wat een werkgever een onredelijke weigering vindt, vindt een werknemer redelijk als het om een versoering van de pensioenovereenkomst gaat.

Adviseren waar de grens ligt voor werkgever om de pensioenovereenkomst te mogen wijzigen is net zo ingewikkeld als adviseren voor de werknemer waar de grens ligt om niet te hoeven instemmen. Daar komt nog bij dat de situatie van de werknemers bij de belangenafweging niet gelijk hoeft te zijn. Een werknemer die bijna pensioengerechtigd is, heeft een andere socialezekerheids-, arbeidsmarkt- en pensioenpositie dan een werknemer die net is begonnen. De belangenafweging kan bij werknemer A anders uitvallen dan bij werknemer B. Ook de aard van de voorgestelde wijziging kan verschil maken. Voorstelbaar is dat de weigering door de werknemer van een loonoffer (een hogere werknemerspremie) minder snel onredelijk is dan de weigering van een wijzigingsvoorstel dat is ingegeven door een wijziging van de (fiscale) pensioenwetgeving.

Hoge Raad: onaanvaardbaarheidsmaatstaf is te streng

Positief geformuleerd biedt het goed werknemerschap flexibiliteit om de pensioenovereenkomst aan te passen. Bij de Wet toekomst pensioenen moet de werkgever een solidaire of flexibele premieovereenkomst vormgeven. Zelfs indien het overgangsrecht wordt benut voor handhaving van de premiestaffel, is voor nieuwe werknemers zo'n nieuwe regeling aangewezen. Dat lijkt mij een goede reden voor een werkgever voor wijziging van de pensioenovereenkomst. Daarna moet nog beoordeeld worden of de solidaire of flexi-

6 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, r.o. 3.4.

7 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

8 W.H.A.C.M. Bouwens, Niet aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen, *ArA* 2021/3.

9 Dat sluit aan bij het arrest *Mammoet/Stoof*, HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

10 Dat dit een verschillend criterium is, heeft de Hoge Raad eerder overwogen, zie HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, r.o. 3.4.

bele premieovereenkomst die de werkgever voorstelt redelijk is. Net als bij de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst lijkt een relatieve toets vereist: een belangenafweging tussen de redelijkheid van het voorstel van de werkgever en de (on)redelijkheid van de werknemer om dat voorstel te weigeren. Een onaanvaardbare weigering is iets anders dan een onredelijke weigering. Dat grijze gebied gaat ongetwijfeld leiden tot meer rechtspraak tussen werkgevers die willen wijzigen en werknemers die dat niet willen.

5. Werknemers én werkgevers moeten soms instemmen met redelijk voorstel

Het goed werknemerschap heeft een spiegelbeeld in goed werkgeverschap. Ook de werkgever kan gehouden zijn in te stemmen met een redelijk voorstel van de werknemer. Een voorbeeld daarvan is een voorstel van een arbeidsongeschikte werknemer met een slapend dienstverband om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Zo komt de werknemer in aanmerking voor de transitievergoeding. Sommige werkgevers wilden na twee jaar loondoorbetaling bij ziekte daarnaast niet de transitievergoeding betalen. In het *Xella*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden kan zijn om de arbeidsovereenkomst te doen eindigen en de transitievergoeding te betalen.¹¹ De wetgever heeft via de Wet compensatieregeling transitievergoeding met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 de prikkel om arbeidsovereenkomsten in stand te houden weggenomen.¹²

“De compensatieregeling en de voor invoering daarvan in de wetsgeschiedenis gegeven redenen brengen mee dat als norm van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW geldt dat een ‘slapend dienstverband’ in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurende daarvan.”

Het *Euronext*-arrest bevestigt dat werkgevers jegens ex-werknemers zich als goed werkgever moeten gedragen nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd.¹³ Aannemelijk is dat die norm van goed ex-werkgeverschap spiegelbeeldig is. Dat maakt dat goed ex-werknemerschap collectieve wijzigingen voor werkgevers mogelijk maakt. Dat is relevant met het oog op wijzigingen van de pensioenovereenkomst met ex-werknemers op grond van de Wet toekomst pensioenen.

6. Eenzijdige wijziging versus wijziging wegens goed werknemerschap

Zowel eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst als een wijziging op grond van goed werknemerschap zijn manieren om de

pensioenovereenkomst te wijzigen. Bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst zijn werkgever en werknemer vooraf schriftelijk overeengekomen dat de werkgever bevoegd is om *eenzijdig* de pensioenovereenkomst te wijzigen. De werkgever dient een voldoende zwaarwichtig belang te hebben waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In het *Fair Play*-arrest – eveneens een zaak over eenzijdige invoering van een werknemersbijdrage – oordeelde de Hoge Raad dat een relatieve belangenafweging is vereist.¹⁴ Vergeleken met het loonoffer had de werkgever onvoldoende zwaarwichtig belang.

De wijziging op grond van goed werknemerschap komt aan de orde indien geen sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding. Zijn de eisen voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever anders dan bij een wijziging op grond van goed werknemerschap? Het lijken geen gelijke gevallen. Bij eenzijdige wijziging moet er een voldoende zwaarwichtig belang zijn voor de werkgever waarvoor het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Die wijzigingsmogelijkheid en maatstaf is van tevoren bekend bij de werknemer. Bij wijziging van de pensioenovereenkomst wegens goed werknemerschap is de werknemer in beginsel niet gehouden akkoord te gaan met de voorgestelde wijziging van de pensioenovereenkomst. Toch kan het onthouden van instemming onredelijk zijn. Hoe zich dat verhoudt tot de zwaarwichtig belang toets is (mij) niet helder. Datzelfde geldt voor de rol van instemming van de Ondernemingsraad. Dat weegt mee, maar hoe zwaar het meeweegt is aan de rechter.

Bij zowel eenzijdige wijziging als wijziging wegens goed werknemerschap is er een belangenafweging en een redelijkheidstoets. Gevoelsmatig zou een eenzijdige wijziging geen zwaardere toets moeten zijn dan de (on)redelijkheidstoets. Of dat in de praktijk zo uitwerkt, is ongewis. Uiteindelijk blijft het een redelijkheidsoordeel. Die is flexibel maar onzeker. Daarmee moeten we het doen, vrees ik.

TOT SLOT

De meerwaarde van het *IFF*-arrest is de bevestiging dat wijziging wegens goed werknemerschap mogelijk is bij collectieve (pensioen)wijzigingen. Duidelijk is eveneens dat een werknemer in beginsel niet hoeft in te stemmen met een wijzigingsvoorstel van de werkgever. De buitengrens dat een weigering door de werknemer onaanvaardbaar moet zijn, gaat te ver. Het lijkt er op dat de weigering van een redelijk voorstel van de werkgever niet onredelijk mag zijn. Wat onredelijk is, laat veel ruimte over voor werkgever én werknemers. Wanneer doet de werkgever *an offer an employee can't refuse?* Ongetwijfeld leidt dat tot meer rechtspraak, zeker gelet op de onontkoombare collectieve wijzigingen van alle pensioenovereenkomsten op grond van goed werknemerschap die noodzakelijk zijn wegens de Wet toekomst pensioenen.

11 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

12 Art. 7:673e BW; Kamerstukken II 2018/19, 34352, nr. 136.

13 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, PJ 2022/104 m. nt. Van Slooten.

14 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869 (*Fair Play*).