Hoofdstuk 28

Is de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer bevroren? Een verkenning

Jaap van Slooten

28.1 Inleiding

In de taakafbakening van wat tot het sociaal recht wordt gerekend is ooit een eigenaardigheid geslopen. Arbeidsrecht kan globaal worden omschreven als het geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de arbeidsverhouding van de onzelfstandige beroepsbevolking in de private en publieke sector.[1] Sociaal recht ziet dan mede op het sociale zekerheidsrecht. Het pensioenrecht kan zich niet in de belangstelling van veel arbeidsrechtwetenschappers verheugen. De enige leerstoelhouder arbeids- of sociaal recht in Nederland die zich ook met pensioenrecht actief bezighoudt, is Jacobs.[2] Uit de ondertitel van zijn boek uit 2007 blijkt dat hij meent dat het pensioenrecht in ieder geval 'sociaalrechtelijke aspecten' bevat.

Ik begrijp steeds minder goed waarom pensioenrecht niet als een integraal onderdeel van het sociaal recht wordt beschouwd. Het eerste pijler pensioen is immers een volksverzekering die in het socialezekerheidsrecht aan de orde komt, het tweede pijler pensioen is zelfs afhankelijk van het bestaan van een arbeidsovereenkomst (althans sinds 2007). Bij het pensioen spelen bovendien dezelfde thema's als in het arbeidsrecht: bescherming van inkomenszekerheid, solidariteit, gelijke behandeling en medezeggenschap, om er een paar te noemen.

Een vraag die ligt op het grensvlak van het arbeidsrecht en het pensioenrecht betreft de aard en status van de rechtsverhouding tussen de werkgever en de gepensioneerde werknemer. Omdat Jacobs zich in beide rechtsgebieden interesseert, leek het mij gepast mijn bijdrage aan deze vraag te wijden.

De vraag is relevant en actueel. Het thema pensioen is sterk in ontwikkeling. Korting van pensioen of indexatie is aan de orde van de dag. In de politiek en in de rechtszaal strijden gepensioneerden voor meer zeggenschap over hun pensioen. Ondertussen staan bedrijven – en daardoor vaak ook de bij hen aanwezige werkgelegenheid – onder toenemende druk om de pensioenkosten te beheersen.

Een vaak terugkerende vraag in dit verband is of de rechtsverhouding met de gepensioneerde kan worden gewijzigd. Volgens sommigen is de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer 'bevroren'. A prima vista is men geneigd het met deze opvatting eens te zijn. De werknemer is immers weg, zijn arbeidsovereenkomst is geëindigd en hij geniet van zijn welverdiende pensioen. Is het niet gek dat zo iemand nog een 'rechtsverhouding' heeft, laat staan dat die kan worden gewijzigd? Daarbij komt dat de diverse methoden om een arbeidsovereenkomst te wijzigen, zoals een cao, een eenzijdig wijzigingsbeding of een Stoof/Mammoet-overleg, allemaal lijken te veronderstellen dat er een arbeidsovereenkomst is.

---

1. H.L. Bakels, I.E. Asscher-Vonk & W.A.H.C.M. Bouwens, *Schets van het Nederlandse Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
2. A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, de sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007.

Dat roept fundamentele vragen op over de reikwijdte van deze middelen. Kunnen gepensioneerden gebonden worden aan een na hun pensioendatum tot stand gekomen cao? En hoe zit het dan met de actiemiddelen die gepensioneerden hebben? Moeten hier wellicht aparte ouderenbonden worden erkend? Hebben zij recht op collectief onderhandelen? Kunnen zij ook staken? Zouden overheden ook collectief overleg met ouderenbonden moeten bevorderen? Dit soort vragen gaat het bestek van mijn bijdrage ver te buiten. Ik noem ze echter omdat ze steeds beginnen met de vraag of de rechtsverhouding tussen de werkgever en de gepensioneerde werknemer bevroren is. Als het antwoord positief is, kunnen we de verdere vragen laten voor wat ze zijn.
Ik beperk me daarbij tot de rechtsverhouding tussen ex-werkgever en gepensioneerde werknemer. Een werknemer die tweede pijlerpensioen ontvangt, heeft in ieder geval (ook) een (rechts-) verhouding met zijn pensioenfonds of verzekeraar. Die worden hier buiten beschouwing gelaten.
Ik bezie hierna eerst of er nog een rechtsverhouding is en daarna in hoeverre die kan worden gewijzigd en zo ja, op welke wijze?

28.2 Is er na de arbeidsovereenkomst nog een 'rechtsverhouding'?

Het woord 'rechtsverhouding' is niet wettelijk gedefinieerd. Men mag er vanuit gaan dat het meer omvat dan de contractuele verhouding. Ook zonder contract kunnen (al dan niet over en weer) verbintenissen ontstaan, die tot een verhouding leiden, zoals de verbintenis uit de wet. Zoals bekend hebben verbintenissen diverse bronnen, waaronder de overeenkomst en de wet. Een verbintenis die uit de overeenkomst voortvloeit, hoeft niet te eindigen met het eindigen van de overeenkomst. Dat kan gelden voor verbintenissen die uitdrukkelijk bedoeld zijn de overeenkomst te overleven, maar ook voor verbintenissen waarvan dat impliciet blijkt. Ik spreek hierna over postcontractuele verbintenissen ter aanduiding van verbintenissen die hun oorsprong vinden in een inmiddels geëindigde overeenkomst.

Een typisch voorbeeld is de verbintenis van de werknemer tot geheimhouding. De verplichting tot geheimhouding na afloop van de overeenkomst staat in artikel 273 Wetboek van Strafrecht, maar kan ook in de overeenkomst zijn geregeld. Ik acht het goed verdedigbaar dat een dergelijke verbintenis ook postcontractueel blijft bestaan indien dit niet met zoveel woorden is bedongen. Dat volgt uit de aard van de verbintenis. Enerzijds zal een werknemer er niet snel belang bij hebben geheimen betreffende de werkgever na afloop van de arbeidsovereenkomst te onthullen. Anderzijds ligt het voor de hand dat de werkgever in ieder geval beoogd heeft de verplichting niet te beperken tot de duur van de overeenkomst. Onthulling van informatie is vaak ook na afloop van de overeenkomst schadelijk voor hem. Een concurrentiebeding is uiteraard ook een verbintenis die beoogt de arbeidsovereenkomst te overleven. Ook hier is in de rechtspraak een postcontractuele verplichting aangenomen indien niet expliciet was bedongen dat de werknemer zich van concurrentie zou onthouden.[3]
Een andere verbintenis die postcontractueel kan werken is die uit hoofde van artikel 7:611 BW. Op grond daarvan is onder meer aanvaard dat een werkgever zijn ex-

3. Zie Rb. Den Haag 28 februari 2003, *JAR* 2003/85.

werknemer gedeeltelijk moest schadeloos stellen. De werknemer was middels een frauduleus outplacementbureau uitgeplaatst en werd vervolgens bij de nieuwe werkgever in de proeftijd ontslagen. De werkgever was van de 'ontslagzwendel' niet op de hoogte, maar werd wel verplicht geacht zich de situatie van de ex-werknemer aan te trekken.[4] Op grond van hetzelfde beginsel zijn werkgevers herhaaldelijk veroordeeld om na het einde van (een reeks van) arbeidsovereenkomst(en) de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden.[5]
Ook gebeurt het dat gepensioneerden nog eens een aardigheidje krijgen, zoals het kerstpakket of een korting op het eigen product. Soms is dat vastgelegd in interne regelingen die al golden ten tijde van het dienstverband, soms niet. In het laatste geval lijkt er sprake te zijn van een natuurlijke verbintenis.

Het fenomeen van de postcontractuele verbintenis is dus in het arbeidsrecht niet iets dat alleen maar in het voordeel van een type partij is.
Het meest voor de hand liggende voorbeeld van een verbintenis die de arbeidsovereenkomst overleeft, is de verplichting aangaande het pensioen. Dit is echter direct een stuk complexer omdat een pensioenovereenkomst altijd veronderstelt dat er nog een derde, de uitvoerder, is. Bovendien is niet makkelijk te spreken over één overeenkomst of verbintenis, maar gaat het veelal om een complex. De pensioenwet kwalificeert de afspraken over pensioen tussen werkgever en werknemer als een pensioenovereenkomst. Deze overeenkomst wordt vaak heel kort genoemd in de arbeidsovereenkomst en uitgewerkt in het pensioenreglement. Dat reglement is dan tevens een van de documenten die de aparte rechtsrelatie tussen de uitvoerder en de werknemer belichaamt. Tenslotte sluiten werkgever en uitvoerder een uitvoeringsovereenkomst. Bij de ingang van het pensioen eindigt de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer niet, hoewel de meeste verbintenissen daaruit wel eindigen. Zo behoeft er in beginsel geen premie meer te worden voldaan. Om die reden wordt een dergelijke situatie soms aangeduid als 'uitgewerkte rechtsverhouding'. Toch kunnen er verbintenissen van de werkgever zijn die doorlopen, zoals de verplichting om een indexatiebijdrage te voldoen aan de uitvoerder. Een andere werkgeversverplichting die soms bestaat is de bijstortverplichting. Het lijkt erop dat dit geen postcontractuele verplichtingen zijn, maar dat de pensioenovereenkomst in zoverre in stand blijft. Dit volgt onder meer uit de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet.[6]
Op grond van bovenstaande concludeer ik dat er een rechtsverhouding kan zijn (en veelal ook is) tussen de werkgever en zijn gepensioneerde werknemer. Die rechtsverhouding kan contractueel of postcontractueel zijn.

28.3 Wat houdt de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer in?

De inhoud is in de eerste plaats afhankelijk van wat partijen daarover hebben afgesproken. Er is geen reden hier beperking aan partijen op te leggen. Als partijen willen afspreken dat zij na afloop van de overeenkomst nog enige tijd bepaalde

4. Zie Hof Amsterdam 10 mei 2007, *RAR* 2007/147.
5. Zie Ktr. Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998, 155; Ktr. Groningen 14 maart 2007, *RAR* 2007/81. Zie voorts de wenk in *RAR* 2007/147.
6. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 13.

verplichtingen willen nakomen, dan behoort dat mogelijk te zijn. Er zijn geen wettelijke bepalingen die daaraan in de weg staan. Er staat bijvoorbeeld niets aan in de weg om af te spreken dat de werknemer vanaf de ingangsdatum van zijn pensioen aanspraak zou kunnen blijven maken op bepaalde arbeidsvoorwaarden, waaronder de bijdrage in de particuliere ziektekostenverzekering of gebruikmaking van zogenaamde personeelskorting op het product eigen bedrijf. De inhoud van de rechtsverhouding tussen de werkgever en de gepensioneerde werknemer wordt derhalve ingegeven door de afspraken van partijen, aangevuld met de redelijkheid en billijkheid, die in het (postcontractuele) arbeidsrecht in artikel 7:611 BW tot uitdrukking komen.[7]
De term 'bevroren rechtsverhouding' suggereert dat een rechtsverhouding niet meer gewijzigd kan worden, meer precies: dat de verbintenissen niet meer kunnen worden aangetast. Ook hier komt het echter aan op een uitleg van de verbintenis: is hier een niet voor wijziging vatbaar recht verleend? Het probleem is echter dat partijen vaak niet expliciet hebben afgesproken wat nu wel en niet blijft gelden na afloop van de arbeidsovereenkomst. Als er staat: 'De werknemer behoudt na ingang van zijn pensioen recht op een jaarlijks kerstpakket', is dan bedoeld dat alle andere verbintenissen eindigen of is bedoeld dat in ieder geval verbintenissen die daarmee samenhangen ook blijven gelden? Bij samenhangende verbintenissen kan worden gedacht aan afspraken over betalingstijdstip, inhouding van belasting en een eenzijdig wijzigingsbeding.

Hier zijn twee zienswijzen mogelijk. Degene die voor de uitgewerkte rechtsverhouding is, zal als volgt redeneren: de overeenkomst is geëindigd en daarmee ook alle bovengenoemde verbintenissen. Alleen hetgeen expliciet is uitgezonderd, loopt door. Als het de bedoeling van partijen was dat ook een eenzijdig wijzigingsbeding zou blijven bestaan, had dat duidelijk moeten worden gemaakt. Ik noem dit de 'gefixeerde leer'. De andere leer is de dynamische leer: de overeenkomst eindigt, maar niet alleen de expliciet genoemde verbintenissen lopen door. Dat geldt ook voor samenhangende verbintenissen die als het ware een hulpkarakter hebben. Het eenzijdig wijzigingsbeding of een clausule over het betalingstijdstip kan als zodanig worden gezien. Zij lijken te zijn afgesproken voor zolang er verbintenissen uit de overeenkomst voortvloeien.
Het verschil tussen de gefixeerde leer en de dynamische leer is niet alleen een kwestie van uitleg. In de praktijk is dat echter wel een belangrijk hulpmiddel om tot een oplossing te komen. Soms geeft een postcontractuele clausule al een hint in een bepaalde richting. Er kan bijvoorbeeld staan: 'De werknemer blijft na ingang van zijn pensioen onder dezelfde condities aanspraak maken op een kerstpakket.' Dat maakt duidelijk dat bepaalde voorwaarden zullen blijven gelden. Soms staat er echter: 'Het recht op een kerstpakket zal ongewijzigd worden voortgezet'. Vervolgens komt men dan in een vervolguitlegvraag terecht, namelijk of ongewijzigd betekent: 'onwijzigbaar' of 'op dezelfde condities'?
Achter het verschil tussen beide leren gaan diverse dogmatische vragen schuil. In de eerste plaats is dat de vraag waar dan het verschil ligt tussen een einde van de overeenkomst enerzijds en van alle verbintenissen anderzijds? Stel nu dat niet alleen het kerstpakket doorloopt, maar dat partijen ook afspreken dat de werknemer na

7. Vgl. HR Den Haag 30 januari 2004, *LJN* AM2312 (*Parallel Entry*).

zijn pensioen nog af en toe werkzaamheden komt verrichten en daarvoor een vergoeding krijgt. Hebben we het dan nog wel over postcontractuele verbintenissen of hebben we het dan in feite over een nieuwe overeenkomst? Mij dunkt dat in ieder geval de hoofdverbintenissen moeten zijn geëindigd om van een geëindigde overeenkomst te kunnen spreken; hetgeen nog resteert aan postcontractuele verbintenissen zal doorgaans onvoldoende zijn om het bestaan van een zelfstandige overeenkomst te rechtvaardigen. Gelet op het ontslagrecht is het een gevoelige vraag wanneer de arbeidsovereenkomst nu precies eindigt. In de praktijk speelt dit echter niet vaak.

In de tweede plaats kennen we het onderscheid tussen gefixeerd en dynamisch ook bij de doorwerking van een cao na overgang van onderneming. Daar heeft het Hof van Justitie voor de gefixeerde zienswijze gekozen.[8] Daar lagen argumenten aan ten grondslag die verband hielden met de betreffende richtlijn, maar het laat wel zien dat de aard van de regeling van belang kan zijn bij de keuze voor de ene of de andere leer.
Een voorbeeld van de dynamische leer is te vinden in een drietal arresten van het Hof Amsterdam.[9] Deze rechtspraak houdt, kort gezegd, in dat uit de regeling waar de gepensioneerde een beroep op doet, moet blijken dat zij ongewijzigd zal blijven gelden ('is bevroren', zoals het Hof dat expliciet aanduidt). In de zaken waarin het Hof dit oordeel gaf, kwam het steeds op grond van de inhoud van de regelingen tot de conclusie dat de betrokkenen geen ongewijzigde voortzetting mocht verwachten.
Als voorbeeld van een zaak waarin wel een bevroren rechtsverhouding is aangenomen, is vaak gewezen op de KEMA-uitspraak.[10] Hier oordeelde het Hof Arnhem ondermeer: 'De rechtszekerheid voor de gepensioneerden brengt voorts mee dat zij, behoudens de hierna door het Hof te bespreken zeer bijzondere omstandigheden, in beginsel niet behoeven te verwachten dat hun bestaande aanspraak op grond van de regeling, waarop zij mogelijk ook een uitgavenpatroon hebben afgestemd, zal wijzigen.' Het Hof had voor het aan de geciteerde rechtsoverweging toekwam, uitvoerig nagegaan in hoeverre de tekst van de regeling of andere omstandigheden een uitleg konden meebrengen die een wijziging door de werkgever toeliet. Pas na te hebben geconcludeerd dat die feiten en omstandigheden er niet waren, oordeelde het Hof dat de gepensioneerden in beginsel niet behoefden te verwachten dat een bestaande aanspraak op grond van de desbetreffende regeling zou wijzigen en dat daarom slechts een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW voor de werkgever open stond.
Versimpeld gezegd eisen het Hof Amsterdam en de dynamische leer dat de werknemer aantoont dat overeengekomen is dat een verbintenis niet meer zou wijzigen, terwijl de fixatieleer en het Hof Arnhem dit omdraaien: de werkgever moet aantonen dat een dynamische afspraak is gemaakt.
Uiteraard kan men ook nog arbeidsrechtelijke leerstukken tegen deze tegenstelling aanhouden.

---

8. HvJ EG 6 maart 2006, *JAR* 2006/83.
9. Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *JAR* 2009/283 (*Sneller/Delta Lloyd*); Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *JAR* 2009/282 (*Neerincx/Rabobank*); en Hof Amsterdam 28 december 2010, nog niet gepubliceerd (ING).
10. Zie Hof Arnhem 26 juni 2007, *PJ* 2008, 36.

Op vier arbeidsrechtelijke argumenten wil ik in dit verband nader ingaan.
In de eerste plaats hebben gepensioneerden geen bargaining power meer. Dat is grotendeels juist, maar niet geheel. De staking of andere vormen van collectieve actie staan hen niet ter beschikking. Wellicht zijn er moderne vormen van collectieve actie, zoals de flash mob of bepaalde vormen van publiciteit of boycot die hier een vervangende rol kunnen spelen, maar ze lijken niet direct zo effectief te zijn. Dat zou ervoor pleiten om gepensioneerden meer bescherming te bieden. Overigens behartigen vakbonden ook de belangen van gepensioneerden, maar er is enige twijfel over de vraag of ze dat goed doen. Van de meeste bonden kan men na het pensioen lid blijven, inclusief het recht om mee te praten over de inhoud van de cao, maar veel gepensioneerden schijnen op te zeggen zodra ze met pensioen zijn, zo begreep ik althans van een vakbondsbestuurder. In een aantal gevallen zullen bonden (al dan niet na lang nadenken) een lijn willen trekken, zoals bijvoorbeeld bij afschaffing van de werkgeversbijdrage in de particuliere ziektekostenverzekering. In andere gevallen doet zich een potentieel belangenconflict voor tussen werknemers en gepensioneerden. Een voorbeeld waar dat leek te spelen is de ABN Amro zaak waar pensioenopbouw voor werknemers met een hoger percentage werd geïndexeerd, dan de ingegane pensioenen. Beide waren door de bonden afgesproken in dezelfde cao.[11] Om hier een wal tegen op te werpen heeft een andere kantonrechter in Amsterdam als norm gehanteerd dat gepensioneerden en werknemers gelijk zouden worden behandeld.[12]
In de tweede plaats kan men nog wel eens lezen dat het verzekerd risico (de ouderdom) zich heeft voltrokken. Dat is in het kader van het pensioen een begrijpelijk, doch niet geheel concludent argument. Pensioen is immers een vorm van verzekering en het uitgangspunt van een verzekering is dat de voorwaarden niet na voltrekking van het risico kunnen worden aangepast. Dat laat uiteraard onverlet dat een verzekering voorwaarden kan stellen, zoals een aanpassing aan de hand van bepaalde criteria. Voor andere arbeidsvoorwaarden dan pensioen zal doorgaans gelden dat er geen sprake is van een verzekeringselement.
In de derde plaats komt het solidariteitsbeginsel hier om de hoek kijken. Meestal hangt een wijziging in de rechtsverhouding met een gepensioneerde samen met wijzigingen in de arbeidsovereenkomst. Dit argument houdt vaak in dat gepensioneerden dan solidair moeten zijn met werknemers. Meestal is dat te onderbouwen doordat een bezuiniging extra zwaar aankomt bij de werknemers indien de gepensioneerden niet meebetalen. Dit kan voor de dynamische leer pleiten.
In de vierde plaats kan men zich afvragen of de werknemer niet duidelijk moet worden gewezen op de mogelijkheid dat een arbeidsvoorwaarde na pensioen nog kan worden gewijzigd? Geldt hier, met andere woorden, het vereiste van informed consent en/of geldt de contra proferentumregel?

Deze argumenten kunnen van invloed zijn op de een of de andere leer. Van belang is dat geen van beide leren absoluut is, maar ruimte laat aan de mogelijkheid dat juist wel is bedoeld dat de rechtsverhouding bevroren is (de dynamische) of juist niet (de gefixeerde). Los hiervan staat de vraag in hoeverre het wijzigingsmiddel

11. Zie Ktr. Amsterdam 20 januari 2006, *JAR* 2006/53.
12. Zie Ktr. Amsterdam 18 december 2007, *PJ* 2008, 17.

een rol speelt. Met andere woorden: is de vraag of de rechtsverhouding bevroren is afhankelijk van welk middel de ex-werkgever inzet?

28.4 Hoe kan de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer worden gewijzigd?

De middelen om een rechtsverhouding met een gepensioneerde werknemer te wijzigen kan men in twee groepen delen. De eerste is de groep middelen die op alle vermogenrechtelijke rechtsverhoudingen ziet. Daarbij kan men denken aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW en de mogelijkheid om de rechter wijziging te vragen wegens kort gezegd verandering van omstandigheden (art. 6:258 BW). De tweede groep betreft arbeidsrechtelijke middelen: de cao, het eenzijdig wijzigingsbeding en de methode Stoof/Mammoet. Ten aanzien van de eerste groep is er weinig reden tot twijfel; in beginsel zal een middel uit die groep van toepassing kunnen zijn. De tweede groep heeft tot op heden voor de nodige verwarring gezorgd. Veronderstellen zij niet het bestaan van een arbeidsovereenkomst? Mijn antwoord luidt ontkennend. Ik zou willen verdedigen dat een postcontractuele verbintenis in beginsel kan worden gewijzigd door een cao of beding ex artikel 7:613 BW, ook als die wijziging pas plaatsvindt na het einde van de arbeidsovereenkomst. De vraag of een wijziging met een dergelijk middel effectief is, is niet afhankelijk van het middel, maar van de uitleg van de postcontractuele verbintenis, in combinatie met welke leer men aanhangt: de gefixeerde of dynamische.
Voorbeeld: op de werknemer was tijdens zijn dienstverband een cao van toepassing. Daarin stond dat hij na de pensioendatum in aanmerking zal blijven komen voor de kerstbonus zolang de cao dit bepaalt. Als de cao vijf jaar na zijn pensioen dit recht afschaft, werkt dat door, zelfs volgens de gefixeerde leer. De postcontractuele verbintenis maakt immers expliciet duidelijk dat de bonus kan eindigen indien de bron daarvan, de cao, zulks bepaalt. Het is dan nog maar een kleine stap naar de casus waarin de kerstbonus ook in de cao werd opgenomen, maar deze niet expliciet vermeldt dat het recht vervalt indien de cao dat niet meer bevat. We zijn hier weer uitgekomen bij de twee leren. Een aanhanger van de dynamische leer zal zeggen: hoewel niet expliciet is opgenomen dat dit recht vervalt indien de bron die ooit gaf, het wegneemt, is dat wel een logisch gevolg. Het Hof Amsterdam zou vermoedelijk redeneren: 'op grond van de tekst van de cao mocht de oud-medewerker redelijkerwijs niet verwachten dat voor hen de regeling in stand zou blijven in een situatie waar die voor de actieve medewerkers zou eindigen'.[13]
Een aanhanger van de gefixeerde leer zou redeneren dat de oud-medewerker niet bedacht had hoeven zijn op de wijziging. Maar met de vraag of een cao een postcontractuele verbintenis kan wijzigen heeft dat niets te maken. In beginsel kan het, zo meen ik met het eerste voorbeeld te hebben aangetoond, als je het maar (al dan niet duidelijk) hebt afgesproken. In die zin hebben diverse rechters inmiddels geoordeeld. Is er geen (al dan niet impliciete) afspraak gemaakt, dan komt de vraag fundamenteler te liggen. Naar mijn mening is het dan echter nog steeds mogelijk om een gepensioneerde werknemer daaraan te binden, maar dat zal wel moeten

13. Dit is een gedeeltelijke parafrase en een gedeeltelijk citaat uit rov. 4.8.3 uit Hof Amsterdam 28 december 2010, nog niet gepubliceerd (ING).

gebeuren met behulp van de Wet CAO. Dat wil zeggen: de ex werkgever en de gepensioneerde werknemer moeten lid zijn van een partij bij de cao en de gepensioneerde werknemer moet betrokkene zijn. Dat is allemaal vrij theoretisch – in de praktijk wordt binding aan de cao vrijwel altijd met een incorporatiebeding bewerkstelligd, zodat het van de interpretatie daarvan zal afhangen of die ook beoogde latere cao's van toepassing te laten zijn op de postcontractuele verbintenissen.
Voor het eenzijdig wijzigingsbeding geldt hetzelfde: het is een kwestie van uitleg en van welke leer men aanhangt, maar niet van de vraag of een beding ex artikel 7:613 BW nog kan worden ingeroepen. In een fraaie uitspraak oordeelde de kantonrechter Rotterdam[14] dat een eenzijdig wijzigingsbeding in die zaak postcontractuele werking had.
Ook voor de methode Stoof/Mammoet zou het bovenstaande kunnen gelden, maar ik ken geen voorbeelden waarin dat is toegepast. Een tegenwerping hier is dat deze methode als uitgangspunt neemt dat er sprake is van een gewijzigde omstandigheid op het werk. Denkbaar is dat daarin een beperking ligt.

28.5 Conclusie

Het is onvermijdelijk om de titel van deze bundel te memoreren. In de eerste plaats omdat de gepensioneerde werknemer die met een wijziging (veelal een verslechtering) wordt geconfronteerd voor behoud van de afspraken kiest, terwijl zijn exwerkgever die afspraken wil vernieuwen. Dat geeft spanning en niet alleen in de relatie tussen deze twee rechtssubjecten. Ook in de literatuur zijn de meningen verdeeld. Men kan een duidelijke school ontwaren die tegen de gedachte is dat een cao een postcontractuele verbintenis kan aantasten.[15] Er is ook een school die moderner is en die van mening is dat een rechtsverhouding met een gepensioneerde werknemer niet (in beginsel) bevroren is.[16] Hierboven heb ik een aantal argumenten van beide kampen belicht. Waar Jacobs staat, is (mij) niet bekend. Dat is opvallend omdat Jacobs niet terugdeinst om nieuwe vraagstukken te ontwaren en daarin stelling te nemen. Ik zelf ben van mening dat de dynamische benadering beter aansluit aan de maatschappelijke noodzaak tot vernieuwing van de relatie met gepensioneerden.

Naast de hiervoor reeds genoemde jurisprudentie heb ik mij mede georiënteerd op de volgende rechtspraak en literatuur:

Jurisprudentie:

Hoge Raad
- HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936 (Stichting opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor het loodgieters-, fitters-, en centrale verwarmingsbedrijf)

14. Ktr. Rotterdam 20 mei 2009, *JAR* 2010/136.
15. T. Huijg, '(Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven', *TRA* 2010-6, p. 11 – 14; N. Tali, *De cao en de rechtspositie van gepensioneerden*, Arbeidsrecht 2009/33.en Stege 2004.
16. E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij CAO', *SR* 2004, p. 7 – 8; P.G. Vestering, 'Voorwaardelijke indexering van pensioenen: blijvend onzeker', *P&P* 2010-5, p. 17 – 24.

Gerechtshof
- Hof Arnhem 25 januari 2005, *RAR* 2005, 28 (Campina)
- Hof 's Gravenhage 9 november 2007, *PJ* 2008, 105 (Stichting Pensioenfonds Kemira)
- Hof Arnhem 27 mei 2008, *PJ* 2008, 67 (Akzo)
- Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009, 130 (Stichting Vakcentrum Food Consult Bedrijfsadvies)

Rechtbank
- Rtb. Arnhem 16 april 2004, *ROR* 2004/30 (Campina)
- Rtb. Alkmaar 8 september 2008, *RS* 2008-384 (Pipelife)
- Rtb. 's Gravenhage, 9 augustus 2006, *LJN* AY8021

Kantongerecht
- Ktr. Meppel 27 januari 2005, *JAR* 2005/260, *PJ* 2006, 36 (Coberco)
- Ktr. Amsterdam 20 januari 2006, *JAR* 2006/53, *PJ* 2006, 37 (ABN AMRO)
- Ktr. Tiel 25 januari 2006, *PJ* 2006, 38 (Campina)
- Ktr. Rotterdam 28 maart 2006, *PJ* 2006, 64 (Texaco)
- Ktr. 's Gravenhage 1 mei 2007, *PJ* 2007, 144 (Aegon)
- Ktr. Arnhem 9 juli 2007, *PJ* 2008, 72 (Gemeenschappelijke Kernenergiecentrale Nederland)
- Ktr. Utrecht 21 november 2007, *JAR* 2008/7 (Douwe Egberts)
- Ktr. Utrecht 16 januari 2008, *JAR* 2008/48, *RAR* 2008/48 (LogicaCM)
- Ktr. Amsterdam 23 mei 2008, *JAR* 2009/60 (Delta Lloyd)
- Ktr. Amsterdam 6 maart 2009, *JAR* 2009/79 (ING Personeel VOF)
- Ktr. Amsterdam 18 december 2007, *PJ* 2008, 17 (DNB)
- Ktr. Amsterdam 24 juli 2009, *PJ* 2009, 145 (IBM)
- Ktr. Almelo 20 april 2010, *JAR* 2010/130 (Elementis)

Literatuur:

- A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2006-9.
- A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 2: de materiële aspecten', *ArbeidsRecht* 2006-14.
- M.F. Baltussen, 'Gepensioneerden aller bedrijven verenigt u?', *SMA* 2008-2, p. 82 – 90.
- N.M. Opdam, 'Indexatieprocedures, een (on-)haalbare zaak?, De positie van gepensioneerden', *Publicaties van de Vereniging voor Pensioenrecht*, Den Haag: Sdu2006-16.
- C.P.R.M. Dekker, 'Afschaffing bijdrage ziektekostenverzekering voor gepensioneerden; makkelijker gezegd dan gedaan. De positie van gepensioneerden', *Publicaties van de Vereniging voor Pensioenrecht*, Den Haag: Sdu 2006-16.