

De pensioenfondsrout civielrechtelijk gestaafd(?)

Een onderzoek naar de
civielrechtelijke 'geldigheid' van de
pensioenfondsrout

Rico Bakker

MSc 08/2018-031

De pensioenfondsroute civielrechtelijk gestaafd(?)

Een onderzoek naar de civielrechtelijke 'geldigheid' van de pensioenfondsroute

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Rechtsgebied: Pensioenrecht

Auteur: Rico Bakker

Studentnummer: S4521463

Datum: 10 augustus 2018

Begeleider: P.S. (Petra) van Straten

Universiteit: Radboud Universiteit Nijmegen

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding.....	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling	4
1.3 Plan van aanpak	5
1.4 Afbakening	6
Hoofdstuk 2: Wat is de pensioenfondsroutte en (hoe) past dit in het systeem van de Pensioenwet?.....	7
2.1 Inleiding.....	7
2.2 Begrip pensioenfondsroutte.....	7
2.2.1 De pensioenfondsroutte	7
2.2.2 Rechterlijke toetsing van de pensioenfondsroutte	8
2.3 De Pensioenfondsroutte binnen het stelsel en de ratio van de pensioenwetgever.....	9
2.3.1 De pensioenfondsroutte beschouwd binnen de ratio van de pensioenwetgever ten opzichte van de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de driehoeksverhouding.....	9
2.3.2 Bevoegdheden Pensioenfonds(bestuur) op grond van de tekst van de Pensioenwet ...	11
2.4 Hoe is voorzien in de belangenbehartiging van de deelnemer binnen het pensioenfondsbestuur en door de ondernemingsraad?	13
2.4.1 Belangenbehartiging door de ondernemingsraad	14
2.4.2 Belangenbehartiging door het medezeggenschapsorgaan en het pensioenfondsbestuur.....	14
2.5 Wordt de pensioenfondsroutte geaccepteerd in de jurisprudentie en de literatuur?.....	16
2.5.1 Jurisprudentie	16
2.5.2 Literatuur	18
2.6 Samenvatting.....	20
Hoofdstuk 3 Kan het pensioenfondsbestuur als derde partij contractenrechtelijk de pensioenovereenkomst wijzigen?	23
3.1 Inleiding	23
3.2.1 Theorie.....	23
3.2.2 Toepassing: De pensioenfondsroutte in het licht van enkele rechtsbeginselen	25
3.3 Het derdenbeding ex art. 6:253 BW	26
3.3.1 Vereiste 1: Een recht ten behoeve van de derde.....	27
3.3.2 Het tweede vereiste: aanvaarding van het derdenbeding door de derde	30
3.3.3 Conclusie	31
3.4 Contractsoverneming ex art. 6:159 BW en groepen van contracten.....	31
3.4.1 Contractsoverneming ex art. 6:159 BW	32

3.4.2	Groepen van contracten	33
3.5	Conclusie.....	38
Hoofdstuk 4: Is een wijzigingsbevoegdheid een goederenrechtelijk overdraagbaar recht?		39
4.1	Inleiding	39
4.2	Overdracht van goederen c.q. vermogensrechten	39
4.2.1	Theorie.....	39
4.2.2	De pensioenfondsroute	39
4.3	Conclusie.....	41
Hoofdstuk 5: Wat is het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij gebruikmaking van de (overgedragen) wijzigingsbevoegdheid?		42
5.1	Inleiding	42
5.2	Het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute	42
5.2.1	Misbruik van bevoegdheid.....	42
5.2.2	Onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid	43
5.2.3	Art. 105 PW: de evenwichtige belangenbehartigingstoets.....	44
5.2.4	Onrechtmatige daad	45
5.3	Conclusie.....	45
Hoofdstuk 6: Conclusie.....		46
Literatuurlijst		49
Jurisprudentielijst.....		53

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

Pensioen is een onderwerp dat mij altijd heeft gefascineerd. De combinatie van het feit dat pensioen bijna een ieder aangaat terwijl lang niet iedereen veel kennis heeft over dit onderwerp wakkerde dit enthousiasme bij mij aan om dit rechtsgebied te kiezen als vak. Pensioen en het pensioenstelsel zijn 'hot items' en hebben een belangrijke functie als oudedagsvoorziening. Tijdens het mastervak pensioenrecht werd het enthousiasme voor vak alleen maar groter en was ik al vrij snel van mening dat dit het rechtsgebied was waarin ik een scriptie zou willen schrijven.

Het schrijven van een essay was onderdeel van het mastervak pensioenrecht. In dit essay onderzocht ik of pensioenfondsen reeds opgebouwde en toekomstige pensioenrechten- en aanspraken kunnen wijzigen. Hierin belichtte ik knelpunten en spanningsvelden in de wetgeving en jurisprudentie met betrekking tot de bescherming van de werknemers. Eveneens kwam het onderwerp van onderhavig essay, de pensioenfondsroute, als wijzigingsmogelijkheid van de pensioenovereenkomst aan de orde. In het Delta Lloyd-arrest oordeelde het Hof Amsterdam dat voor een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds niet dezelfde maatstaven gelden als wanneer een werkgever de arbeidsovereenkomst eenzijdig wijzigt. Art. 19 Pensioenwet (hierna: "PW") (een pensioenrechtelijke equivalent van art. 7:613 BW dat pas na het gewezen Delta Lloyd-arrest in werking trad) is en was hierdoor ook niet van toepassing bij wijzigingen door het pensioenfonds. De problematiek rond de pensioenfondsroute trok mij dusdanig aan dat ik de pensioenfondsroute besloot te kiezen als onderwerp voor de hier liggende scriptie.

1.2 Probleemstelling

De pensioenovereenkomst is op grond van de Pensioenwet hetgeen werkgever en werknemer overeenkomen met betrekking tot pensioen, art. 1 PW. Veelal maakt de pensioenovereenkomst als arbeidsvoorwaarde onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst.¹ Indien de pensioenovereenkomst enkel een verwijzing naar het door een pensioenfonds opgestelde pensioenreglement betreft, wordt het pensioenreglement geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. Hierdoor maakt het pensioenreglement onderdeel uit van de pensioenovereenkomst.²

Het pensioenfonds kan op grond van haar statuten, het pensioenreglement of de uitvoeringsovereenkomst de bevoegdheid hebben tot het eenzijdig wijzigen van het pensioenreglement en daarmee van de pensioenovereenkomst. Dit wordt ook wel de pensioenfondsroute genoemd.³ Hoewel het pensioenfonds geen contractspartij is bij de arbeidsovereenkomst (en derhalve evenmin bij de pensioenovereenkomst) kan zij in bepaalde gevallen dus wel – zij het indirect – de pensioenovereenkomst wijzigen.

In het Delta Lloyd-arrest is de pensioenfondsroute als zodanig geaccepteerd. Toch lijkt deze manier van wijzigen dubieus gelet op het feit dat het pensioenfonds als derde de pensioenovereenkomst wijzigt. Normaliter zijn enkel contractspartijen gebonden en kunnen alleen zij rechten ontleen aan de overeenkomst⁴, zo vloeit voort uit onder meer het beginsel van de relativiteit van de

¹ Heemskerk 2015, p. 42.

² Asser/Lutjens 7-XI 2016/518.

³ Heemskerk 2015, p. 191.

⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/514 e.v.

contractswerking.⁵ Het pensioenfonds kan aldus de pensioenovereenkomst wijzigen zonder dat zij contractspartij is bij de pensioenovereenkomst, dit lijkt in te druisen tegen de algemene beginselen van het contractenrecht zoals het zojuist genoemde beginsel van de relativiteit van de contractswerking⁶. Derhalve wordt onderhavige scriptie opgehangen aan de navolgende hoofdvraag:

“Is de pensioenfondsroute in overeenstemming met de mogelijkheid om een overeenkomst door een niet-contractspartij te wijzigen conform het civiele recht?”

Deze probleemstelling zal ik beantwoorden aan de hand van de volgende onderzoeksvragen:

1. Wat is de pensioenfondsroute en hoe past dit in het systeem van de Pensioenwet?
2. Kan het pensioenfondsbestuur als derde partij contractenrechtelijk de pensioenovereenkomst wijzigen?
3. Is een wijzigingsbevoegdheid een goederenrechtelijk overdraagbaar recht?
4. Wat is het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij gebruikmaking van de (overgedragen) wijzigingsbevoegdheid?

1.3 Plan van aanpak

Teneinde de hoofdvraag te beantwoorden zal het volgende plan van aanpak worden gehanteerd.

In hoofdstuk 2 zal onderzoeksvraag 1 beantwoord worden, te weten: “wat is de pensioenfondsroute en hoe past dit in het systeem van de Pensioenwet?” In paragraaf 2.2 zal de pensioenfondsroute uiteen worden gezet en eveneens zullen de rechterlijke toetsingscriteria aan de orde komen. In paragraaf 2.3 wordt het stelsel van de Pensioenwet besproken samen met de ratio van de pensioenwetgever achter de Pensioenwet. Zo zal de driehoeksverhouding binnen het pensioenstelsel worden beschreven alsook de bevoegdheden van het pensioenfonds(bestuur) op grond van de Pensioenwet. In paragraaf 2.4 wordt beschreven hoe de belangen van de deelnemers worden beschermd dan wel behartigd indien de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds wordt gewijzigd. In paragraaf 2.5 wordt beschreven of de pensioenfondsroute geaccepteerd is in de jurisprudentie en de literatuur.

Paragraaf 2.6 behelst een samenvatting.

In hoofdstuk 3 zal de tweede onderzoeksvraag beantwoord worden. De onderzoeksvraag luidt: Kan het pensioenfondsbestuur als derde partij contractenrechtelijk de pensioenovereenkomst wijzigen? In paragraaf 3.2 zal onderzocht worden of het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds past binnen het beginsel van contractsvrijheid en andere rechtsbeginselen. In paragraaf 3.3 wordt onderzocht of de pensioenfondsroute tot stand kan komen door een derdenbeding in de pensioenovereenkomst. In paragraaf 3.4 zal beschreven worden of het pensioenfonds de pensioenovereenkomst kan wijzigen via het leerstuk van contractsoverneming ex art. 6:159 BW. Eveneens zal in deze paragraaf beschreven worden of er mogelijk sprake is van een groep van contracten zoals beschreven door Van Dongen⁷, en zo ja, welke gevolgen dit met zich mee kan brengen. 3.5 vormt de conclusie van het hoofdstuk.

De derde onderzoeksvraag krijgt aandacht in hoofdstuk 4. Hier wordt de onderzoeksvraag beantwoord of het wijzigingsrecht een goederenrechtelijk overdraagbaar recht is. Omdat het wijzigen van de pensioenovereenkomst door een derde binnen het contractenrecht dubieus lijkt, zal

⁵ Du Perron 1999, p. 9.

⁶ Du Perron 1999, p. 9.

⁷ Van Dongen 2016.

in dit hoofdstuk onderzocht worden of de wijziging van de pensioenovereenkomst door een derde mogelijk is op grond van het goederenrecht. In paragraaf 4.2 wordt onderzocht in hoeverre het wijzigingsrecht goederenrechtelijk kan worden overgedragen aan een derde, in casu het pensioenfonds(bestuur). Paragraaf 4.3 betreft de conclusie.

In hoofdstuk 5 wordt onderzoeksvraag 4 behandeld. Deze onderzoeksvraag luidt: Wat is het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij gebruikmaking van de (overgedragen) wijzigingsbevoegdheid? Hier zal worden beschreven binnen welk kader het pensioenfonds dient te handelen bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst.

In hoofdstuk 6 volgt de conclusie waarin antwoord wordt gegeven op de hoofdvraag.

1.4 Afbakening

In onderhavige scriptie wordt de behandeling van de hoofdvraag, en daarmee die van de subvragen, beperkt tot het ondernemingspensioenfonds. Het bedrijfstakpensioenfonds en het algemene pensioenfonds blijft omwille van de omvang van onderhavige scriptie buiten behandeling. Als in deze scriptie geschreven wordt over het pensioenfonds, wordt bedoeld op het ondernemingspensioenfonds.

Daarnaast gaat het in deze scriptie over de pensioenfondsroute, dat met zich meebrengt dat het wijzigen van de pensioenovereenkomst door de werkgever eveneens geheel buiten behandeling blijft.

Hoofdstuk 2: Wat is de pensioenfondsroute en (hoe) past dit in het systeem van de Pensioenwet?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzoeksvraag 1 besproken: Wat is de pensioenfondsroute en (hoe) past dit in het systeem van de Pensioenwet?

Allereerst zal in paragraaf 2.2 de pensioenfondsroute uitgelegd worden. Vervolgens wordt in paragraaf 2.3 de pensioenfondsroute beschouwd binnen het stelsel en de ratio van de pensioenwetgeving. Hier wordt onder meer gekeken naar de door de pensioenwetgever beoogde driepartijenverhouding en de bijbehorende verantwoordelijkheidsverdeling. De taken van het pensioenfondsbestuur op grond van de Pensioenwet krijgen eveneens aandacht. In paragraaf 2.4 komt de belangenbehartiging van de deelnemer aan de orde bij wijzigingen van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute. Hier zal vooral worden ingezoomd op medezeggenschap en vertegenwoordiging binnen het pensioenfondsbestuur.

In paragraaf 2.5 zal worden ingegaan op de visie vanuit de literatuur en jurisprudentie ten aanzien van de pensioenfondsroute; is een dergelijke wijziging van de inhoud van de pensioenovereenkomst toegestaan?

Paragraaf 2.6 zal een samenvatting behelzen met daarin benadrukking van behandelde kernpunten.

2.2 Begrip pensioenfondsroute

2.2.1 De pensioenfondsroute

Volgens art. 1 van de Pensioenwet (hierna: "PW") is de pensioenovereenkomst hetgeen werkgever en werknemer overeenkomen omtrent pensioen. De pensioenovereenkomst maakt veelal onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst en betreft een arbeidsvoorwaarde.⁸ Nadat werkgever en werknemer de pensioenovereenkomst zijn overeengekomen is de werkgever verplicht om op grond van art. 23 PW de pensioenovereenkomst 'onder te brengen' bij een pensioenuitvoerder⁹; dit gebeurt door middel van het sluiten van een (schriftelijke) uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder.

De pensioenuitvoerder heeft vervolgens op grond van art. 32 PW de taak om de pensioenovereenkomst uit te voeren. Dit uitvoeren geschiedt onder meer door het opstellen van een pensioenreglement dat in overeenstemming dient te zijn met de pensioenovereenkomst, art. 35 PW. De rechten die de werknemer vervolgens verwerft jegens de pensioenuitvoerder staan in het pensioenreglement. Ondanks dat er geen sprake is van een overeenkomst tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder betreft het hier wel een zelfstandige relatie¹⁰, de werknemer kan deze pensioenaanspraken vorderen op grond van het in de uitvoeringsovereenkomst neergelegde

⁸ Heemskerk 2015, p. 42.

⁹ Op grond van art. 23 PW kan dit eveneens een pensioeninstelling zijn uit een andere lidstaat met een daarvoor vereiste vergunning of een verzekeraar gevestigd buiten Nederland die op grond van de Wet Financieel Toezicht over een daartoe vereiste vergunning beschikt.

¹⁰ Kamerstukken // 2005/06, 30413, 3, p.3.

derdenbeding.¹¹ Ook wordt in de literatuur gesteld dat de werknemer diens pensioenvordering kan verkrijgen op grond van het pensioenreglement.¹²

Het kan zo zijn dat de pensioenovereenkomst niet meer inhoudt dan een verwijzing naar het door een pensioenfonds opgestelde pensioenreglement; aldus wordt het pensioenreglement geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst¹³. Partijen komen dit overeen op grond van art. 3:33 jo. 6:217 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW").

Als het pensioenfondsbestuur conform haar statuten of pensioenreglement de bevoegdheid heeft tot het eenzijdig wijzigen van het pensioenreglement kan het pensioenfondsbestuur, indien het pensioenreglement geïncorporeerd is in de pensioenovereenkomst, eveneens de pensioenovereenkomst wijzigen. Dit wordt ook wel de pensioenfondsroute genoemd.¹⁴

Of de verwijzing in de pensioenovereenkomst ook ziet op toekomstige pensioenreglementen hangt af van de formulering het beding. Zo kan het zijn dat de verwijzing in de pensioenovereenkomst enkel ziet op het op dat moment geldende pensioenreglement; de bepaling kan ook dusdanig geformuleerd zijn dat de verwijzing eveneens ziet op toekomstige wijzigingen in dan wel uitgaven van het pensioenreglement (zogenoemde dynamische incorporatiebedingen).¹⁵

2.2.2 Rechterlijke toetsing van de pensioenfondsroute

Middels de pensioenfondsroute is het pensioenfondsbestuur dus bevoegd de tussen werkgever en werknemer overeengekomen pensioenovereenkomst te wijzigen. De vraag die vervolgens opkomt is welke toetsingscriteria gelden bij het beoordelen van een dergelijke wijzigingsmethode.

In 2012 oordeelde het Hof Amsterdam in het Delta Lloyd-arrest dat voor een wijziging op de voet van de pensioenfondsroute niet de maatstaven golden zoals destijds enkel vastgelegd in art. 7:613 BW, het arbeidsrechtelijke equivalent van het huidige art. 19 PW (het huidige artikel 19 PW was destijds nog niet in werking getreden).¹⁶ Het hof oordeelde dat de wijziging niet de poort van de zwaarwichtigbelangtoets behoeft te passeren aangezien het niet een eenzijdige wijziging door de werkgever betrof zoals vereist in art. 7:613 BW. Wel toetste het hof of het pensioenfondsbestuur misbruik had gemaakt van de uit de statuten voortvloeiende wijzigingsbevoegdheid. Tevens werd er getoetst of de wijziging van het pensioenreglement naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was (ex art. 6:248 lid 2 BW). Eveneens werd er getoetst aan art. 105 lid 2 PW, de evenwichtige belangenbehartiging door het pensioenfondsbestuur.

Het hof Amsterdam kiest dus voor een stringente uitleg van art. 7:613 BW (het hof laat dit artikel enkel voor werkgevers gelden en niet voor derden c.q. het pensioenfonds) en lijkt dit te laten

¹¹ Lutjens, *TPV* 2007/09.

¹² Tangelder, *TPV* 2017/05.

¹³ Asser/Lutjens 7-XI 2016/518.

¹⁴ Heemskerk 2015, p. 191.

¹⁵ Asser/Lutjens 7-XI 2016, p. 397. Daarnaast kan ook het leerstuk van bepaalbaarheid ex art. 6:227 BW een rol spelen. Omwille van de afbakening van onderhavige scriptie zal hier niet dieper op worden ingegaan

¹⁶ Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NLGHAMS:2012:BW8050, r.o. 3.22.

prevaleren boven de beschermingsgedachte die art. 7:613 BW (en ook art. 19 PW) beheerst; het beschermen van werknemers en in geval van pensioen ook pensioengerechtigden en slapers.¹⁷ Frappant naar mijn mening, is dat het Hof Amsterdam zo strikt naar de letterlijke bewoording van art. 7:613 BW en art. 19 PW heeft gekeken – er was geen sprake van een werkgever – en dit ook zo strikt heeft toegepast, waardoor de bescherming die deze wetsartikelen beogen te bieden, lijkt weg te vallen. Aldus kunnen werkgevers de zware toets van bovengenoemde wetsartikelen omzeilen door de wijzigingsbevoegdheid contractueel over te dragen aan het pensioenfonds (in dit kader zou gesproken kunnen worden van het uithollen van art. 7:613 BW en art. 19 PW). Daarnaast betreft het een wijziging door een derde; het pensioenfondsbestuur was aanvankelijk niet betrokken bij de totstandkoming van de pensioenovereenkomst. Mijns inziens meer reden om een dergelijke wijziging van een overeenkomst in ieder geval niet te onderwerpen aan een minder zware toets dan in geval van een wijziging door de werkgever.

2.3 De Pensioenfondsroute binnen het stelsel en de ratio van de pensioenwetgever

Nu de pensioenfondsroute bondig is uiteengezet zal dit fenomeen beschouwd worden binnen het stelsel en de ratio van de pensioenwetgever. Er zal onder meer worden gekeken naar de taken en bevoegdheden van het pensioenfonds(bestuur) en haar functie binnen de zogenoemde ‘driepartijenverhouding’.

2.3.1 De pensioenfondsroute beschouwd binnen de ratio van de pensioenwetgever ten opzichte van de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de driehoeksverhouding

De Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW)

Het faillissement van een grote Nederlandse rederij in 1935, en daarmee de verdwijning van talloze pensioenaanspraken, was voor de toenmalige regering aanleiding om maatregelen te treffen teneinde opgebouwde pensioenaanspraken van werknemers te beschermen.¹⁸ De N.V. Koninklijke Hollandsche Lloyd had voor haar werknemers pensioenregelingen ingevoerd zonder dat hiervoor een zelfstandig pensioenfonds was opgericht. De voor het pensioen ingebrachte gelden maakten onderdeel uit van het bedrijfskapitaal en door het faillissement in 1935 dienden de werknemers zich voor hun pensioenaanspraken als concurrente schuldeiser achter aan in de rij te voegen. Dit leidde in 1940 tot een door de regering ingediende wetsvoorstel; door de Tweede Wereldoorlog stagneerde behandeling van dit wetsvoorstel.¹⁹

Op 13 juli 1950 werd het wetsvoorstel ingediend dat uiteindelijk zou leiden tot de Pensioen- en Spaarfondsenwet (hierna: “PSW”), die in 1954 volledig inwerking zou treden.²⁰ Doelstelling van deze wet is vooral het waarborgen van bij werknemers gewekte pensioenverwachtingen. De PSW kende reeds een onderbrengingsplicht in art. 2 lid 1 (thans neergelegd in art. 23 PW): de werkgever diende

¹⁷Heemskerk 2015, p. 192.

¹⁸ Asser/Lutjens 7-XI, 2016/20.

¹⁹ Asser/Lutjens 7-XI 2016/20.

²⁰ Asser/Lutjens 7-XI 2016, p. 12.

de gelden onder te brengen bij een bedrijfspensioen- of ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar. Aldus werden werkgevers destijds al verplicht hun gelden buiten de onderneming onder te brengen bij een pensioenuitvoerder.

De Pensioenwet

Ook bij de in 2007 inwerking getreden Pensioenwet vormt de driehoeksverhouding tussen de werkgever, de werknemer en de pensioenuitvoerder de kern.²¹ De verantwoordelijkheden van de partijen binnen de driehoeksverhouding dienden echter te worden verduidelijkt.²² Onder meer art. 23 PW (de onderbrengingsplicht) en art. 32 PW²³ en 35 PW (de uitvoerende taak van de pensioenuitvoerder) staan symbool voor deze verduidelijking.

Voor pensioenregelingen blijven in eerste instantie de werknemers en werkgever gezamenlijk verantwoordelijk (in de praktijk zijn dit vaak de werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties, ofwel: de sociale partners).²⁴ Dit zijn de partijen die de pensioenovereenkomst overeenkomen en tevens het karakter en het niveau van de regeling bepalen. Vervolgens is de werkgever (ingevolge art. 23 PW) gehouden de pensioenovereenkomst bij een externe pensioenuitvoerder te 'plaatsen' middels het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst. Aldus komt de pensioenuitvoerder pas in actie nadat de pensioenovereenkomst – overeengekomen door de werkgever en werknemer – bij haar is ondergebracht. Na de onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een pensioenuitvoerder verwerft de werknemer pensioenaanspraken jegens de pensioenuitvoerder. Zij voert immers de pensioenovereenkomst uit op basis van de uitvoeringsovereenkomst (art. 32 en 25 PW; waarover meer in paragraaf 2.3.2). Hoewel hier strikt juridisch gezien geen sprake is van een overeenkomst, is hier wel sprake van een 'zelfstandige relatie'.²⁵ Welke rechten de werknemer jegens de pensioenuitvoerder heeft, zijn verankerd in het pensioenreglement op grond van art. 35 PW en hebben kracht middels een in de uitvoeringsovereenkomst vastgelegde derdenbeding.²⁶ Ook kan het zo zijn dat de werknemer diens pensioenvordering verkrijgt via het pensioenreglement.²⁷

De verantwoordelijkheden van de drie bij de driehoeksverhouding betrokken partijen komen voorts terug in de hoofdstukindeling van de Pensioenwet. Zo draagt het huidige hoofdstuk 2 van de Pensioenwet de titel "Pensioenovereenkomst" (relatie werkgever en werknemer) en draagt hoofdstuk 3 de naam "Uitvoeringsovereenkomst" (relatie werkgever en pensioenuitvoerder). Voorts heeft de wetgever ervoor gekozen om het in de PSW gebruikelijke begrip "pensioentoezegging" te vervangen door "pensioenovereenkomst"; deze term sluit volgens haar beter aan op het tweezijdige component van pensioen als arbeidsvoorwaarde.²⁸

²¹ Asser/Lutjens 7-XI 2016 ; vgl. Kamerstukken // 2005/06, 30413, 3, p. 3: in de Memorie van toelichting op de Pensioenwet 2006 werd dan ook aangegeven dat met de komst van de Pensioenwet de verdeling tussen de drie pijlers en de rol van de overheid ten principale niets veranderde.

²² Kamerstukken // 2005/06, 30413, 3, p. 4.

²³ Deerenberg & Kok, in: *Lexplicatie Arbeidsrecht*, artikel 32, (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2010): met art. 32 PW heeft de wetgever beoogd om de driehoeksrelatie te codificeren door te formuleren wat de rol van de pensioenuitvoerder inhoudt ten opzichte van de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst.

²⁴ Kamerstukken // 2005/06, 30413, 3, p. 4.

²⁵ Kamerstukken // 2005/06, 30413, 3, p. 3.

²⁶ Lutjens, *TPV* 2007/9.

²⁷ Tangelder, *TPV* 2017/05.

²⁸ Kamerstukken // 2005/06, 30413, 3, p. 4.

Met zowel de Pensioen- en Spaarfondsenwet als met de Pensioenwet is beoogd een duidelijke driehoeksverhouding te construeren waarbij iedere betrokken partij zijn eigen verantwoordelijkheid heeft; werkgever en werknemer hebben de verantwoordelijkheid tot het bepalen van de inhoud van de pensioenovereenkomst, de pensioenuitvoerder voert deze vervolgens enkel uit.

2.3.2 Bevoegdheden Pensioenfonds(bestuur) op grond van de tekst van de Pensioenwet

Allereerst zullen relevante definities uit de Pensioenwet worden uiteengezet waarna de taak van respectievelijk de pensioenuitvoerder, het pensioenfonds en het ondernemingspensioenfonds beschreven zal worden.

Definities

Het begrip pensioenuitvoerder kent volgens de definitie ex art. 1 PW een uitputtende opsomming: een ondernemingspensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds, een algemeen pensioenfonds, een premiepensioeninstelling of een verzekeraar gevestigd in Nederland.

De definitie van pensioenfonds op grond van art. 1 PW is logischerwijs enger dan de begripsomschrijving van een pensioenuitvoerder. Een pensioenfonds impliceert een stichting, niet zijnde een premiepensioeninstelling, waar gelden worden of werden bijeengebracht en beheerd worden ter uitvoering van minimaal een basispensioenregeling van minstens twee deelnemers, gewezen deelnemers dan wel van hun nabestaanden.

Een ondernemingspensioenfonds is als pensioenfonds gelieerd aan een onderneming of een groep ingevolge art. 1 PW. Met betrekking tot de definitie van een onderneming wordt aangehaakt bij de definitie van een onderneming op grond van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: “WOR”)²⁹: een onderneming houdt in ieder organisatorisch verband dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid optreedt waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht, art. 1 lid 1 onder c WOR. De ondernemingspensioenfonds kan echter ook verbonden zijn aan een ‘groep’; hierbij wordt aangesloten bij de definitieomschrijving in art. 2:24b BW: “een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch verbonden zijn”. Het moet in dit geval gaan over aantal met elkaar verbonden naar diens rechtsvorm zelfstandige ondernemingen waarbij het centrale beleid in de top wordt vastgesteld.³⁰

Taken pensioenuitvoerder/pensioenfonds/ondernemingspensioenfonds

In art. 32 Pensioenwet wordt de algemene taak van de pensioenuitvoerder uiteengezet: het uitvoeren van een pensioenovereenkomst op basis van een uitvoeringsovereenkomst. Als voorbeeld van ‘uitvoeren’ wordt onder meer het verstrekken van informatie en het beleggen van de middelen genoemd.³¹ Tot dit uitvoeren behoort eveneens het opstellen van het

²⁹ Van Heest, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 1 PW, aant. 24 (online, bijgewerkt 1 mei 2012).

³⁰ Van Heest, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 1 PW, aant. 24 (online, bijgewerkt 1 mei 2012).

³¹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 197.

pensioenreglement in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst (art. 35 PW).³² Kortom, de pensioenuitvoerder is bevoegd tot het uitwerken van de pensioenovereenkomst in het pensioenreglement. Voorts behoort tot haar taak onder meer het registreren van het aantal deelnemingsjaren van de deelnemers (art. 36 PW) en het jaarlijks verstrekken van informatie aan deelnemers (art. 38 e.v. PW).

Op grond van art. 32 jo. 35 PW is de pensioenuitvoerder belast met het uitvoeren van de pensioenovereenkomst; dit geschiedt door het opstellen van een pensioenreglement dat in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst. Een niet onterechte vraag is vervolgens of, en zo ja in hoeverre het pensioenfonds, (lees: het bestuur van de pensioenfonds) het pensioenreglement eenzijdig mag wijzigen op grond de Pensioenwet. Indien werkgever en werknemer de pensioenovereenkomst wijzigen is het aan de pensioenuitvoerder om het pensioenreglement zodanig aan te passen dat deze in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst; het pensioenfondsbestuur wijzigt het pensioenreglement niet op eigen initiatief maar brengt het pensioenreglement in overeenstemming met de pensioenovereenkomst. Deze wijzigingsmethode is derhalve in overeenstemming met art. 35 PW.

Op grond van art. 25 sub e PW dienen de werkgever en de pensioenuitvoerder regels met betrekking tot procedures voor het opstellen en wijzigen van het pensioenreglement (*in verband met* het sluiten en wijzigen van de pensioenovereenkomst) schriftelijk vast te leggen in de uitvoeringsovereenkomst. Het betreft hier waarschijnlijk niet alleen de regels omtrent de omzetting van de pensioenovereenkomst naar het pensioenreglement maar eveneens de regels omtrent de wijzigingen van het pensioenreglement zoals besloten door het pensioenfondsbestuur op eigen initiatief.³³ Voor zover het pensioenfondsbestuur een bevoegdheid toekomt tot het wijzigen van het pensioenreglement op eigen initiatief dan dient zulks te worden opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst.³⁴³⁵ De mogelijkheid voor het pensioenfondsbestuur om het pensioenreglement te wijzigen op eigen initiatief lijkt dan ook niet direct uit de wet voort te vloeien, maar lijkt evenmin uitgesloten.³⁶ Hier lijkt enige onduidelijkheid te bestaan over de precieze taakafbakening, zo constateerde ook de pensioenfederatie.³⁷ Dit terwijl vooral met de inwerkingtreding van de Pensioenwet een verduidelijking werd beoogd van de verantwoordelijkheidsverdeling van de betrokken partijen binnen de pensioendriehoek.

Dwingend recht (tevens indien dit voortvloeit uit jurisprudentie of een wetswijziging) werkt automatisch door in de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement.³⁸ Op dit dwingend recht kunnen pensioen- en aanspraakgerechtigden rechtstreeks een beroep doen, ook indien de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement nog niet in overeenstemming zijn met het dwingend recht. De partijen die belast zijn met het opstellen van de pensioenovereenkomst en het

³² Asser/Lutjens 7-XI 2016, p. 540.

³³ M. Dommerholt, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 25 PW (online, bijgewerkt 1 mei 2012).

³⁴ M. Dommerholt, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 25 PW (online, bijgewerkt 1 mei 2012).

³⁵ Mocht de werkgever besluiten de wijzigingsbevoegdheid over te dragen aan het pensioenfonds dan is heeft de ondernemingsraad (hierna "OR") hiertoe instemmingsrecht; Kamerstukken II 2015/16, 34378, 3, p. 7.

³⁶ E. Schop, Wijziging medezeggenschap OR over pensioen: niet alle knelpunten zijn opgelost, *TRA* 2017/2, afl. 1. & de Pensioenfederatie 2011, blz. 1.

³⁷ De Pensioenfederatie 2011, blz. 1.

³⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 24 blz. 22.

pensioenreglement zijn verplicht deze documenten in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie en wetgeving. Indien de pensioenuitvoerder op basis van een dergelijke situatie het pensioenreglement wijzigt is er geen sprake van eenzijdige wijziging maar van een wijziging door dwingende wetgeving.³⁹ Hier lijkt geen sprake te zijn van een wijziging conform de pensioenfondsroute.

Conclusie

De pensioenuitvoerder heeft als kerntaak het opstellen van het pensioenreglement, de pensioenovereenkomst dient 'vertaald' te worden naar het pensioenreglement. Hoewel het op eigen initiatief wijzigen van het pensioenreglement door de pensioenuitvoerder niet direct uit een bepaling uit pensioenwetgeving voortvloeit, lijkt de tekst van de pensioenwet zich ook niet te verzetten tegen de situatie waarin het pensioenfondsbestuur op eigen initiatief het pensioenreglement wijzigt en daarmee tevens de pensioenovereenkomst.⁴⁰ Deze wijzigingsbevoegdheid kan voortvloeien uit het pensioenreglement of de statuten van het pensioenfondsbestuur. Mogelijk zouden werkgever en het pensioenfonds in de uitvoeringsovereenkomst kunnen overeenkomen dat het pensioenfonds het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst zou kunnen wijzigen.

2.4 Hoe is voorzien in de belangenbehartiging van de deelnemer binnen het pensioenfondsbestuur en door de ondernemingsraad?

Een deelnemer kan geconfronteerd worden met een wijziging van zijn pensioenovereenkomst doordat het voor hem vigerende pensioenreglement gewijzigd wordt door het pensioenfonds. Zoals bleek uit paragraaf 2.2.2 wordt een dergelijke wijziging aan een niet al te zware toets onderworpen⁴¹; de vereisten zoals deze gelden voor de eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW en art. 19 PW gelden immers niet (Delta Lloyd-arrest).

Aangezien een streng toetsingskader (bijvoorbeeld art. 19 PW) toepassing mist bij een wijziging conform de pensioenfondsroute, wordt in onderhavige paragraaf onderzocht in welke mate de belangen van de deelnemer behartigd worden bij een wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur. In de navolgende subparagrafen wordt de belangenbehartiging van de deelnemer door de ondernemingsraad, het pensioenfondsbestuur en het medezeggenschapsorgaan binnen het pensioenfonds onderzocht.

³⁹ Kamerstukken // 2005/06, 30 413, 24 blz. 22.

⁴⁰ Zo is ook de Pensioenfederatie van mening: vgl. Pensioenfederatie 2011, blz. 1.

⁴¹ Zoals gebleken is uit het Delta Lloyd-arrest is een wijziging op de voet van de pensioenfondsroute onderworpen aan art. 3:13 BW (misbruik van de uit de statuten voortvloeiende wijzigingsbevoegdheid), art. 6:248 lid 2 BW (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) en de evenwichtige belangenbehartiging op grond van art. 105 lid 2 PW.

2.4.1

Belangenbehartiging door de ondernemingsraad

De werkgever behoeft indien hij voornemens is een regeling op grond van een pensioenovereenkomst vast te stellen, te wijzigen of in te trekken, instemming van de ondernemingsraad op grond van art. 27 lid 1 WOR.

Bij een wijziging van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute betreft het evenwel geen besluit van de werkgever maar van het pensioenfondsbestuur; art. 27 lid 1 onder a WOR mist derhalve toepassing.⁴² In de Memorie van Toelichting op de wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden geeft de regering nog wel aan dat de werkgever wel instemming behoeft indien zij voornemens is tot het nemen van het besluit om de wijzigingsbevoegdheid met betrekking tot de pensioenovereenkomst over te dragen aan het pensioenfondsbestuur⁴³, hoe dit precies invulling krijgt lijkt echter niet uitgewerkt te worden door de wetgever.

Aangezien de wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur geen wijziging door de werkgever betreft en daarom niet onder de reikwijdte valt van art. 27 lid 1 onder a WOR, is belangenbehartiging door de ondernemingsraad niet van toepassing.

2.4.2

Belangenbehartiging door het medezeggenschapsorgaan en het pensioenfondsbestuur

Een pensioenfonds is gelet op de definitie van artikel 1 PW qua rechtsvorm een stichting.

Op grond van art. 2:291 BW is de bestuurstaak opgedragen aan het bestuur van de stichting. Een collegiale besluitvorming waarin alle bestuursleden verantwoordelijk zijn voor de algemene gang van zaken én de bestuurstaken is op grond van art. 2:9 BW het uitgangspunt.⁴⁴ Krachtens de Pensioenwet dienen bestuursleden van pensioenfondsen zich bij de vervulling van hun taak te richten op de belangen van de bij de pensioenfonds betrokken (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever. Deze betrokkenen moeten zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen door de personen die binnen het pensioenfonds het dagelijkse beleid bepalen of mede bepalen, art. 105 lid 2 PW.

Een bestuur van een pensioenfonds kan op vijf verschillende wijzen zijn ingericht; op grond van art. 99 PW kan het pensioenfonds uit vijf zogenoemde bestuursmodellen kiezen. Het pensioenfonds kan kiezen voor een paritair bestuur, een onafhankelijk bestuur of een gemengd bestuur (onderverdeeld in 3 typen). Daarnaast bestaan twee soorten medezeggenschapsorganen met elk hun eigen bevoegdheden; welke medezeggenschapsorgaan van toepassing is hangt af van het gekozen bestuursmodel. In de navolgende paragrafen zullen enkel de situaties worden belicht waarin gekozen is voor een paritair bestuur en een onafhankelijk bestuur.

Het Paritair bestuursmodel

Bij een ondernemingspensioenfonds zijn belanghebbenden bij een paritair bestuursmodel op een zo groot mogelijke wijze evenwichtig vertegenwoordigd. De vertegenwoordigers van werknemers en

⁴² SER 2014, p 36 & 37.

⁴³ Kamerstukken // 2015/16, 34378, 3, p. 7.

⁴⁴ Heemskerk 2015, p. 211.

van pensioengerechtigden beschikken over minstens evenveel zetels als de vertegenwoordigers van de werkgever, art. 100 lid 2 PW. Bij door het pensioenfondsbestuur te nemen besluiten worden de belangen van werknemers en pensioengerechtigden aldus in bepaalde mate behartigd, zo ook bij een besluit tot het wijzigen van het pensioenreglement door het pensioenfondsbestuur. Tegen een dergelijke bescherming kan ingebracht worden dat alle bestuursleden tezamen als een orgaan gehouden is aan de plicht tot evenwichtige belangafweging ex art. 105 lid 2 PW; alle belanghebbenden (dus ook de werkgever) moeten zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.⁴⁵ Hoewel de bestuursleden die de deelnemers en pensioengerechtigden dienen te vertegenwoordigen wel het belang van hun 'achterban' in ogenschouw dienen dan wel proberen te nemen, kunnen zij niet individueel tot besluiten overgaan en blijven zij gebonden aan art. 105 lid 2 PW. De vertegenwoordiging van deelnemers in het bestuur zou gelet op dit gegeven aan kracht kunnen inboeten. Schop meldt daarnaast ook dat de invloed van een werkgever bij een ondernemingspensioenfonds altijd groot is; werknemers zouden niet altijd optimaal weerstand kunnen bieden tegen (de wens van) de werkgever, dit vanwege de gezagsverhouding die tussen werkgever en werknemer blijft bestaan.⁴⁶

De keuze voor een paritair bestuursmodel binnen een ondernemingspensioenfonds brengt met zich mee dat een verantwoordingsorgaan dient te worden ingesteld, art. 115 lid 1 PW. Hierin zijn de deelnemers en de pensioengerechtigden naar rato op basis van onderlinge getalsmatige verhoudingen vertegenwoordigd, art. 115 lid 2 PW. Indien gewenst kunnen ook vertegenwoordigers van de werkgever hieraan worden toegevoegd. Het pensioenfondsbestuur is gehouden verantwoording af te leggen aan het verantwoordingsorgaan omtrent het beleid en de manier waarop dit is of wordt uitgevoerd, art. 115a lid 1 PW. Daarnaast heeft het verantwoordingsorgaan eveneens adviesrecht bij de in art. 115a lid 3 PW door het pensioenfondsbestuur te nemen besluiten. Vraag is nu in hoeverre wordt voorzien in de bescherming van de deelnemers door het verantwoordingsorgaan bij een wijziging van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute. Het verantwoordingsorgaan komt echter geen adviesrecht toe aangezien dit niet is opgenomen in art. 115a lid 3 PW. Wel kunnen de statuten het verantwoordingsorgaan meer bevoegdheden toekennen dan dat haar op grond van de Pensioenwet toekomt, art. 115d PW. Mocht het verantwoordingsorgaan krachtens deze bepaling het recht hebben om te adviseren over een wijziging van het pensioenreglement door het pensioenfondsbestuur, dan kan zij op grond van art. 217 PW het besluit van het pensioenfondsbestuur dat afwijkt van haar advies, laten toetsen door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, art. 217 PW. Het verantwoordingsorgaan heeft dus niet al te veel macht om wijzigingen in het pensioenreglement door het pensioenfonds tegen te gaan om zo de deelnemers enige bescherming te bieden.

Het onafhankelijk bestuursmodel

Bij een onafhankelijk bestuursmodel bestaat het bestuur uit minstens twee personen die allen geen directe vertegenwoordigers zijn van bij het pensioenfonds betrokken belanghebbenden (te weten externen), art. 101 lid 1 PW. De werkgever, werknemers en pensioengerechtigden zijn enkel vertegenwoordigd in het belanghebbendenorgaan, art. 115b PW. Het belanghebbendenorgaan mag

⁴⁵ Schop, *TPV* 2014/15.

⁴⁶ Schop, *TPV* 2014/15.

desgevraagd of uit eigen beweging het pensioenfondsbestuur adviseren over aangelegenheden die het pensioenfonds aangaan, art. 115c lid 1 PW. Daarnaast heeft het belanghebbendenorgaan adviesrecht bij de in art. 115c lid 2 PW opgesomde door het pensioenfondsbestuur te nemen besluiten. Hier heeft het belanghebbendenorgaan – in tegenstelling tot het verantwoordingsorgaan – wél adviesrecht aangaande besluiten tot wijziging van de statuten en reglementen van het pensioenfonds. Ofschoon vertegenwoordiging van de deelnemers in het bestuur ontbreekt, worden de deelnemers meer beschermd door het medezeggenschaporgaan binnen het pensioenfonds bij een wijziging conform de pensioenfondsroute dan bij een pensioenfonds met een paritair bestuur. Wel blijft het hier echter bij enkel een *adviesrecht* en geen instemmingsrecht; deze bescherming is derhalve vrij betrekkelijk. Daarnaast kan het zo zijn dat op grond van art. 115d PW de statuten van het pensioenfonds het belanghebbendenorgaan meer bevoegdheden kan toekennen. De bescherming die het belanghebbendenorgaan biedt tegen wijzigingen van het pensioenreglement door het pensioenfonds biedt de deelnemers meer bescherming dan bij paritaire besturen met een verantwoordingsorgaan. De bescherming gaat echter niet verder dan ‘slechts’ een adviesrecht.

Zoals onderzocht heeft de ondernemingsraad bij een wijziging door het pensioenfonds van de pensioenovereenkomst geen instemmingsrecht, nu het hier niet gaat om een besluit van de werkgever. Bij een paritair bestuur wordt de deelnemer vertegenwoordigd in het bestuur maar het bestuur dient echter wel altijd een evenwichtige belangenafweging te maken op grond van art. 105 lid 2 PW. Het vertegenwoordigingsorgaan biedt in deze evenmin veel bescherming nu haar in de regel geen adviesrecht toekomt. Indien er binnen het pensioenfonds is gekozen voor een onafhankelijk bestuursmodel is de werknemer niet vertegenwoordigd in het bestuur; enkel in het belanghebbendenorgaan. Laatstgenoemde heeft echter wel adviesrecht bij door het bestuur te nemen besluiten met betrekking tot wijziging van de statuten en reglementen. Wel blijft het bij een adviesrecht en heeft het bestuur de mogelijkheid hier van af te wijken. Bij beide bestuursmodellen worden de deelnemers vertegenwoordigd, al is dit zeker niet in absolute zin.

2.5 [Wordt de pensioenfondsroute geaccepteerd in de jurisprudentie en de literatuur?](#)

2.5.1 [Jurisprudentie](#)

De kantonrechter Rotterdam stelde zich in haar vonnis van 9 april 2010 kritisch op ten aanzien van de pensioenfondsroute.⁴⁷ Op grond van de arbeidsovereenkomst en het pensioenreglement waren de eisers geen premie verschuldigd voor hun pensioenopbouw. Op 1 juli 2004 bericht de werkgever dan ook dat de reeds geldende eindloonregeling zal worden gehandhaafd maar dat hiervoor pensioenpremie dient te worden afgedragen, zulks door een wijziging van het pensioenreglement. Volgens de kantonrechter kan niet via het pensioenreglement een wijzigingsbeding met betrekking tot een pensioentoezegging (gebruikelijke term binnen de PSW) worden geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst zonder instemming van de werknemer.⁴⁸ Dit zou in strijd zijn met de rechtsverhoudingen binnen de pensioendriehoek. Voorts acht de kantonrechter een dergelijke gang van zaken in strijd met de partijautonomie van de werkgever enerzijds en werknemer anderzijds.

⁴⁷ Ktr. Rotterdam 9 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1756, PJ 2010/137.

⁴⁸ Ktr. Rotterdam 9 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1756, r.o. 6.8.

Hoewel de kantonrechter een kritische noot plaatste bij de wijziging middels de pensioenfondsrouten, moet zijn uitspraak toch aan kracht inboeten door de later gewezen arresten van het gerechtshof Amsterdam en de Hoge Raad inzake Delta Lloyd.

In het Delta Lloyd-arrest heeft het Gerechtshof Amsterdam zich wederom uitgelaten over de pensioenfondsrouten⁴⁹ (het arrest werd in stand gelaten door de Hoge Raad⁵⁰). Geoordeeld werd dat een wijziging van het pensioenreglement en daarmee van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur niet de toets ex art. 7:613 BW (vergelijkbaar met de thans eveneens geldende art. 19 PW) hoeft te doorstaan. Wel oordeelde het hof dat art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid), art. 6:248 lid 2 BW (derogerende werking redelijkheid en billijkheid) en art. 105 lid 2 PW (evenwichtige belangenafweging) wel als criteria gelden.

Weinig aandacht werd besteed aan de rechtsbescherming die art. 7:613 BW beoogd te bieden jegens de werknemer c.q. deelnemer en een mogelijke uitholling van die rechtsbescherming.⁵¹ Het hof besprak een eventuele toerekening van de wijziging van het pensioenfonds aan de werkgever evenmin en tevens werd geen onderzoek gedaan naar het aandeel van de werkgever in dit besluitvormingsproces.⁵²

Een ander voorbeeld (in eerste instantie leek het ook hier te gaan om de pensioenfondsrouten) betreft de MSD-zaak van het gerechtshof Den Bosch.⁵³ In deze zaak verhoogde het ondernemingspensioenfonds de inkooptarieven door de zogenoemde waarderingsgrondslagen aan te passen. Door verhoging van de inkooptarieven met bepaalde opslagen verminderde het opgebouwde pensioenkapitaal van de deelnemers met ongeveer 20%. Het feit dat de waarderingsgrondslagen niet gedefinieerd waren vond het hof geen reden om de bedoelde opslagen hier niet onder te plaatsen. Het hof was van mening dat het pensioenreglement de bevoegdheid aan het pensioenfonds gaf tot het bepalen van de waarderingsgrondslagen en dat werkgever en werknemer door incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst zich hieraan gebonden hebben. De stelling dat deze zaak daadwerkelijk een wijziging conform de pensioenfondsrouten betrof werd ontkracht door Heemskerk en Los.⁵⁴ Zij zijn van mening dat het pensioenfonds reeds de bevoegdheid had tot het vaststellen van de waarderingsgrondslagen op grond van het pensioenreglement; feitelijk verandert er niets binnen het pensioenreglement en de pensioenovereenkomst.

Het feit dat de Hoge Raad het Delta Lloyd-arrest van het gerechtshof Amsterdam bevestigde lijkt een definitieve bevestiging te zijn geweest van de pensioenfondsrouten als rechtsgeldige wijzigingsmethode.

⁴⁹ Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NLGHAMS:2012:BW8050.

⁵⁰ HR 8 november 2013, JAR 2013/300, ECLI:NL:HR:2013:1134 (Delta Lloyd).

⁵¹ Pásztor, *Arbeidsrecht* 2006/9.

⁵² Heemskerk e.a., *TPV* 2012/42.

⁵³ Hof Den Bosch 15 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229, JAR 2016/56.

⁵⁴ Heemskerk & Los, *PM* 2016/69.

Onderstaand zal uiteengezet worden welke auteurs voor en welke auteurs tegen de rechtsgeldigheid van de pensioenfondsrouten pleiten.

De pensioenfondsrouten als rechtsgeldige wijzigingsmethode

Lutjens is van mening dat de pensioenfondsrouten juridisch rechtsgeldig is.⁵⁵ De kritiek dat een overdracht van de wijzigingsbevoegdheid geblokkeerd zou worden door de Pensioenwet wijst hij van de hand met het argument dat er formeel geen overdracht van bevoegdheid is en dat de enkele verwijzing in de pensioenovereenkomst naar het pensioenreglement niet verboden is op grond van de Pensioenwet. Lutjens stelt daarnaast dat het niet aan de wetgever is om de pensioenfondsrouten te verbieden. Het is aan alle betrokken partijen om de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst dusdanig goed in te richten zodat de bindingen zoals deze bestaan in de pensioendriehoek op elkaar blijven aansluiten. Onvoldoende bewaking van deze bindingen leiden volgens Lutjens tot vele vragen in de praktijk omtrent de pensioenfondsrouten. Daarnaast kunnen de bij de pensioenovereenkomst betrokken partijen bij onvrede over de verwijzing in de pensioenovereenkomst naar het pensioenreglement, deze verwijzing bij nadere overeenkomst terzijde stellen.⁵⁶

De pensioenfederatie is van mening dat in de Pensioenwet niet heel gedetailleerd is uiteengezet hoe de verantwoordelijkheden zich verhouden binnen de pensioendriehoek.⁵⁷ Volgens haar zijn de sociale partners belast met het vaststellen van de pensioenregeling als onderdeel van de arbeidsovereenkomst en wordt hen niet verboden deze taak te delegeren aan het pensioenfondsbestuur. Wel dient een dergelijke overdracht op te worden genomen in de uitvoeringsovereenkomst.

In 2012 schreven Heemskerk e.a. dat het mogelijk is om een bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst over te dragen aan een derde, tenzij dit in strijd is met dwingend recht, de goede zeden of de openbare orde.⁵⁸ Overdracht (al dan niet gedeeltelijk) is binnen deze grenzen mogelijk aan eenieder, zo ook aan het pensioenfondsbestuur. Het pensioenfondsbestuur zou zelfs wellicht in de plaats van de bij de pensioenovereenkomst betrokken partijen treden.

Ook de SER gaat uit van de rechtsgeldigheid van de pensioenfondsrouten en behandelt dit leerstuk uitgebreid in haar advies van 2014 gericht aan de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁵⁹ Hier werden onder meer de leemten in de medezeggenschap aan de kaak gesteld die ontstonden bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsrouten na inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen.

⁵⁵ Lutjens, *ArA* 2017/02.

⁵⁶ Feit is mijns inziens wel dat deze wijziging dient te geschieden conform art. 3:33 BW en art. 6:217 BW; instemming van beide partijen is hiervoor vereist. Daarnaast bevindt de werknemers zich niet altijd in de onderhandelingspositie om een incorporatiebeding zonder meer te ecarteren.

⁵⁷ De Pensioenfederatie 2011, blz. 1.

⁵⁸ Heemskerk e.a., *TPV* 2012/42

⁵⁹ SER 2014, p. 35 e.v.

Ondanks eerdere publicaties⁶⁰ vraagt Schop zich af of een overdracht van bevoegdheid tot het wijzigen van het pensioenreglement überhaupt mogelijk is en of zulks past binnen de gedachte die heerst bij de pensioenwetgever met betrekking tot de afbakening van verantwoordelijkheden in de pensioendriehoek.⁶¹ Volgens hem zou het leerstuk van contractsvrijheid, lastgeving (art. 7:414 BW e.v.) danwel volmacht (art. 3:61 BW) de juridische grondslag kunnen zijn voor het incorporeren van het pensioenreglement (inclusief de wijzigingsbevoegdheid) van het pensioenfondsbestuur. Dat hier een vergelijking valt te maken met het van toepassing verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten op grond van art. 9 dan wel art. 14 Wet CAO, zoals Lutjens betoogt⁶², is volgens Schop onjuist aangezien aan de CAO-binding “*een gebalanceerd wettelijk stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming*” ten grondslag ligt.⁶³ Daarnaast noemt Schop als argument dat art. 7:655 lid 1 onder j BW de verplichting behelst tot het verwijzen naar de cao die van toepassing is op de arbeidsovereenkomst (ingeval van incorporatie van het CAO); een speciale wettelijke grondslag ontbreekt echter voor de situatie waarin er sprake is van een pensioenfondsrout. Voorts is Schop de mening toegedaan dat de toestemming van de werknemer steeds vereist is voor wijziging van de het pensioenreglement en daarmee van de pensioenovereenkomst. De werkgever blijft daarnaast verplicht tot het nakomen van zijn verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst en is eveneens verantwoordelijk voor door het pensioenfondsbestuur genomen beslissingen. De pensioenfondsrout lijkt volgens Schop ook wetstechnisch te knellen.⁶⁴ De definitie van de pensioenovereenkomst zet volgens hem de pensioenfondsrout buitenspel evenals het feit dat Hoofdstuk 2 ‘Pensioenovereenkomst’ van de Pensioenwet enkel is gericht tegen de werkgever en werknemer (dan wel sociale partners). De gedachte van de Pensioenwet, te weten dat de pensioenuitvoerder enkel de tussen werkgever en werknemer overeengekomen pensioenovereenkomst uitvoert, lijkt eveneens het rechtsfiguur van de pensioenfondsrout uit te sluiten.

Van Marwijk Kooy zou evenals Schop van mening zijn dat de Pensioenwet de overdracht van de wijzigingsbevoegdheid van de pensioenovereenkomst in de weg staat.⁶⁵ Hij lijkt van mening te zijn dat de definitie van de pensioenovereenkomst de pensioenfondsrout uitsluit, evenals het feit dat Hoofdstuk 2 van de Pensioenwet zich keert tot de werkgever en het feit dat de pensioenuitvoerder louter de pensioenovereenkomst uitvoert (art. 32 PW). Voorts lijkt er volgens van Marwijk Kooy geen sprake te zijn van een overdraagbaar (wijzigings)recht aangezien dit geen vermogensrecht is op grond van art. 3:83 BW. Een wijziging van een overeenkomst op de voet van art. 3:33 jo. 6:217 BW lijkt volgens van Marwijk Kooy niet los te koppelen van de contractspartijen. Het argument dat de werkgever de wijzigingsbevoegdheid mag overdragen aan een derde partij op grond van de contractsvrijheid is kennelijk ook onjuist. Contractsvrijheid lijkt volgens Van Marwijk Kooy in te houden dat afgeweken mag worden van regeland recht. Aangezien de Pensioenwet dwingend recht bevat en tevens bepaalt dat de pensioenuitvoerder enkel belast is met uitvoering

⁶⁰ Schop, *TPV* 2014/15.

⁶¹ Schop, *TRA* 2017/2.

⁶² Asser/Lutjens 7-XI 2016, p. 397.

⁶³ Schop, *TRA* 2017/2.

⁶⁴ Schop, *TRA* 2017/2.

⁶⁵ Van Marwijk Kooy 2017.

van de pensioenovereenkomst, valt het overdragen van de wijzigingsbevoegdheid niet binnen de contractsvrijheid, zo lijkt Van Marwijk Kooy van mening.⁶⁶

Daarnaast bestaat er geen algemene wijzigingsbevoegdheid met betrekking tot contracten. Het proces van aanbod en aanvaarding is aan contractspartijen en voor zover dit reeds een recht betreft dan omvat dit een persoonlijk recht.

Van Marwijk Kooy lijkt daarnaast te stellen dat het wijzigen van een overeenkomst een wezenlijke bevoegdheid is en dat het overdragen van de wijzigingsbevoegdheid dan ook een wezenlijke verandering van de bestaande zeggenschapsverhoudingen omvat. Tevens wordt getwijfeld aan het feit of het incorporeren van het pensioenreglement een overdracht van een wijzigingsbevoegdheid inhoudt. Hierbij zal eventueel een toepassing van de Haviltex-maatstaf of CAO-norm moeten plaatsvinden. Van Marwijk Kooy lijkt van mening dat een verwijzing in de pensioenovereenkomst naar het pensioenreglement ook geïnterpreteerd zou kunnen worden als dat de werkgever hiermee de werknemer enkel de rechten beoogt te geven zoals neergelegd in het pensioenreglement. Derhalve zou er geen overdracht van wijzigingsbevoegdheid plaatsvinden en daarmee zou ook het instemmingsrecht van de werknemer niet mee overgaan. Van Marwijk Kooy lijkt van mening dat incorporatiebedingen een wijzigingsbevoegdheidsoverdracht niet kunnen dragen (partijen zijn zich niet bewust van de rechtsgevolgen) en dat met dergelijke incorporatiebedingen geen dergelijke overdracht is beoogd. Zelfs indien het pensioenreglement de enige 'gegevensdrager' is van de pensioenovereenkomst, dan nog blijft de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst bij de werkgever en werknemer (dan wel sociale partners).⁶⁷

Dat de pensioenfondsroutte geaccepteerd is in de jurisprudentie staat vast. Hoewel de Pensioenwet nergens de constructie van de pensioenfondsroutte expliciet uitsluit ben ik niettemin van mening dat het op eigen initiatief wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur op gespannen voet staat met de verantwoordelijkheidsverdeling zoals de wetgever deze voor ogen heeft gehad. De verantwoordelijkheid voor het opstellen van de pensioenovereenkomst, onderdeel van de arbeidsovereenkomst, ligt bij werkgever en werknemer, vervolgens is de werkgever verplicht om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een derde (art. 25 PW) die verplicht is het pensioenreglement vast te stellen in overeenstemming met de pensioenovereenkomst (art. 35 PW). De pensioenuitvoerder *ansich* is slechts gehouden de het pensioenreglement op te stellen en te wijzigen in overeenstemming met de pensioenovereenkomst; de pensioenuitvoerder krijgt deze rol toebedeeld om behoud van opgebouwde pensioenaanspraken te waarborgen om zodoende de werknemers te beschermen.

Hoewel (de letterlijke tekst van) de Pensioenwet de pensioenfondsroutte niet uitsluit druist de pensioenfondsroutte mijns inziens in tegen de oorspronkelijke gedachte van de pensioenwetgever ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling binnen de pensioendriehoek.

2.6 Samenvatting

In paragraaf 2.2 werd de definitie van de pensioenfondsroutte uiteengezet. De pensioenovereenkomst betreft veelal slechts een bepaling en maakt onderdeel uit van de

⁶⁶ Van Marwijk Kooy 2017.

⁶⁷ Van Marwijk Kooy 2017.

arbeidsovereenkomst. Vaak wordt in deze pensioenovereenkomst een pensioenreglement van toepassing verklaard (incorporatie). Het kan zo zijn dat het pensioenfonds, dat belast is met de uitvoering van het pensioenreglement, op basis van haar statuten of het pensioenreglement bevoegd is het pensioenreglement te wijzigen. Het wijzigen van het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst wordt ook wel de pensioenfondsroute genoemd. In het Delta Lloyd-arrest werd uitgemaakt door het Hof (uiteindelijk bevestigd in cassatie) dat een wijziging op de voet van de pensioenfondsroute niet de toets hoeft te doorstaan zoals deze geldt bij een wijziging door de werkgever op grond van art. 7:613 BW en thans ook art. 19 PW.

In paragraaf 2.3 kwam de ratio van de pensioenwetgever aan de orde. Met zowel de Pensioen- en Spaarfondsenwet als met de Pensioenwet is door de wetgever het creëren van een pensioendriehoek beoogd met een duidelijk afgebakende verantwoordelijkheidsverdeling. Dat het pensioenfondsbestuur als uitvoerder ook op eigen beweging de pensioenovereenkomst (de verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer dan wel sociale partners) zou kunnen wijzigen, lijkt in te druisen tegen de gedachte van de wetgever dat de drie partijen binnen de pensioendriehoek duidelijk afgebakende verantwoordelijkheden moeten hebben. Daarnaast is de Pensioenwet niet geheel duidelijk over de situatie waarin de pensioenfonds de pensioenovereenkomst wijzigt conform de pensioenfondsroute. Deze bevoegdheid vloeit niet expliciet voort uit de letter van de Pensioenwet, maar wordt door haar evenmin uitgesloten.

De belangenbehartiging van de deelnemer bij een wijziging van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute kreeg aandacht in paragraaf 2.4. De ondernemingsraad komt geen instemmingsrecht toe bij wijzigingen van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute. Pensioenfondsen hebben de vrijheid om voor een van de vijf bestaande bestuursmodellen te kiezen. In een paritair bestuur zijn deelnemers vertegenwoordigd maar is een verantwoordingsorgaan van toepassing met beperkte medezeggenschap. Bij een onafhankelijk bestuur zijn de deelnemers niet vertegenwoordigd in het bestuur maar dient er een belanghebbendenorgaan te worden ingesteld; dit orgaan geniet wel een adviesrecht bij het wijzigen van het pensioenreglement. Hoewel deelnemers bij elk bestuursmodel zijn vertegenwoordigd, is de bescherming van deelnemers niet in elk bestuursmodel even sterk geborgen.

In paragraaf 2.5 kwam jurisprudentie met betrekking tot de pensioenfondsroute aan de orde evenals de visie vanuit de literatuur ten aanzien van dit rechtsfiguur. De belangrijkste uitspraak aangaande de pensioenfondsroute is ongetwijfeld het Delta Lloyd-arrest waarin art. 7:613 BW niet van toepassing werden verklaard bij een wijziging conform de pensioenfondsroute.

In literatuur lijkt de pensioenfondsroute eveneens erkend als rechtsgeldig. Het merendeel van de auteurs die gepubliceerd hebben over de pensioenfondsroute merken deze wijzigingsmethode aan als rechtsgeldig (Lutjens, Heemskerk en anderen maar ook instanties als de SER en de Pensioenfederatie). Slechts enkele auteurs zoals Van Marwijk Kooy en Schop staan kritisch tegenover het leerstuk van de pensioenfondsroute.

Ik ben van mening dat de pensioenfondsroute op gespannen voet zou kunnen staan met de verantwoordelijkheidsverdeling die de wetgever voor ogen heeft gehad binnen de pensioendriehoek. De pensioenwetgever heeft de verantwoordelijkheid omtrent de pensioenovereenkomst, onderdeel van de arbeidsovereenkomst, bij werkgever en werknemer dan wel de sociale partners neergelegd. Pensioenuitvoerders worden betrokken om behoud van opgebouwde pensioenaanspraken te

waarborgen en om de pensioenovereenkomst uit te voeren. Daarnaast volgt het wijzigen van de pensioenovereenkomst op eigen initiatief door het pensioenfondsbestuur niet expliciet uit de Pensioenwet doch wordt dit evenmin verboden.

Hoofdstuk 3: Kan het pensioenfondsbestuur als derde partij contractenrechtelijk de pensioenovereenkomst wijzigen?

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is de pensioenfondsroute onderzocht binnen (de kaders van) het pensioenrecht; zo werd gekeken naar de ratio van de pensioenwetgeving, de belangenbehartiging van de deelnemers bij een wijziging middels de pensioenfondsroute en de visie vanuit de literatuur en jurisprudentie ten aanzien van de pensioenfondsroute. In dit hoofdstuk staat de volgende onderzoeksvraag centraal: kan het pensioenfondsbestuur als derde partij contractenrechtelijk de pensioenovereenkomst wijzigen?

Daartoe zal in dit hoofdstuk worden onderzocht in hoeverre een wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds aansluit bij en past binnen het contractenrecht (Boek 6 BW). In paragraaf 3.2 wordt de wijziging op de voet van de pensioenfondsroute beschouwd in het licht van het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van consensualisme.

In paragraaf 3.3 zal getoetst worden of een wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds zijn grondslag zou kunnen vinden in het derdenbeding (art. 6:253 BW) en zal onderzocht worden of vervolgens het pensioenfondsbestuur op grond van art. 6:254 BW partij wordt bij de pensioenovereenkomst.

In paragraaf 3.4 wordt onderzocht of er bij wijziging van de pensioenovereenkomst mogelijk sprake is van contractsovername op grond van art. 6:155 BW, of dat er sprake is van een groep van contracten waardoor wijziging mogelijk zou kunnen worden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de conclusie in paragraaf 3.5.

3.2 Past het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur als derde partij binnen het beginsel van contractsvrijheid en andere rechtsbeginselen?

Verschillende auteurs zijn van mening dat de juridische grondslag van de pensioenfondsroute gelegen kan zijn in het leerstuk van contractsvrijheid.⁶⁸ Gedacht kan worden dat contractsvrijheid enkel inhoudt dat afgeweken kan worden van regeland recht en dat met de pensioenfondsroute van de Pensioenwet (dwingend recht) wordt afgeweken.⁶⁹ Om te kijken of werkgever en werknemer op de voet van de contractsvrijheid kunnen overeenkomen dat het pensioenfondsbestuur de bevoegdheid krijgt om het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst te kunnen wijzigen, wordt allereerst een aantal rechtsbeginselen waaronder het beginsel van contractsvrijheid, behandeld. Vervolgens komt het wijzigen van de overeenkomst *an sich* aan bod waarna vervolgens de pensioenfondsroute zal worden beschouwd binnen de reikwijdte van de behandelde rechtsbeginselen.

3.2.1 Theorie

Een belangrijk beginsel binnen het overeenkomstenrecht betreft het beginsel van partijautonomie.

⁶⁸ Lutjens, Heemskerk, Kuiper, Van der Poel & Witte in: Lutjens, *ArA* 2017/02; en Heemskerk e.a., *TPV* 2012/42.

⁶⁹ Van Marwijk Kooy 2017.

Met het autonomiebeginsel wordt bedoeld op de garantie van en aanwezigheid voor een ieder om zichzelf te ontwikkelen dan wel ontplooien⁷⁰, zowel binnen diens privéleven als in het maatschappelijk verkeer. Ook wordt dit beginsel het recht op zelfbeschikking genoemd.⁷¹

Een wijze waarop dit beginsel uitvoering kan hebben is onder meer door het sluiten van overeenkomsten. Het beginsel van contractsvrijheid is een uitwerking van het autonomiebeginsel en omvat onder meer het gegeven dat een ieder keuzevrijheid heeft met betrekking tot het aangaan van overeenkomsten, met wie men overeenkomsten kan sluiten en wat men wil bepalen in de overeenkomsten.

Het beginsel van contractsvrijheid is slechts gedeeltelijk in de wet verankerd, gezegd zou kunnen worden dat het beginsel onder meer terugkeert in art. 3:40 BW; rechtshandelingen mogen qua inhoud en strekking niet strijdig zijn met de goede zeden, openbare orde of dwingende wetsbepalingen (lid 2). Hoewel dit artikel het beginsel van contractsvrijheid beperkt kent het partijen (a-contrario geredeneerd) ruimte toe de te sluiten overeenkomsten naar eigen wil in te kleden.⁷²

Afgaande op bovenstaande definitie lijkt het begrip contractsvrijheid niet enkel in te houden dat enkel mag worden afgeweken van regeland recht. Contractsvrijheid kan bijdragen aan de ontplooiing van het individu zowel in het privéleven als in maatschappelijk opzicht. Zulks (mede) door het individu de (keuze)vrijheid te geven ten aanzien van het aangaan van de overeenkomst *an sich*, de contractspartij en de inhoud van de overeenkomst. Contractsvrijheid is niet onbegrensd en is wettelijk beperkt; een overeenkomst mag geen bepalingen bevatten die indruisen tegen dwingend recht.⁷³ Partijen hebben contractsvrijheid totdat dwingend recht dit verbiedt. Deze definitie lijkt eerder uit te gaan van het principe “alles mag, tenzij dit wordt beperkt” dan van het principe: “niets mag, tenzij afgeweken wordt van regeland recht”. De definitie zoals Van Marwijk Kooy deze lijkt te schetsen lijkt een minder brede definitie.

Een ander beginsel dat grenst aan het beginsel van contractsvrijheid is het beginsel van consensualisme. Kern hiervan is dat overeenkomsten tot stand komen als er tussen contractspartijen wilsovereenstemming is, art. 3:33 BW. Wilsovereenstemming dient aanwezig te zijn ten aanzien van de contractspartij, maar ook ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst.⁷⁴ Dit is het vereiste voor gebondenheid van bij de overeenkomst betrokken partijen en vormt eveneens de bron voor latere gebondenheid.⁷⁵

De bevoegdheid tot wijzigen van de overeenkomst

Overeenkomsten komen tot stand door wilsovereenstemming; er moet sprake zijn van een aanbod dat moet zijn aanvaard (art. 3:33 jo. 6:217 BW). Zowel aanbod als aanvaarding zijn rechtshandelingen en dienen derhalve op grond van art. 3:33 BW een op een rechtsgevolg gerichte wil te impliceren die zich openbaart door middel van een verklaring.

In beginsel is de totstandkoming middels aanbod en aanvaarding de manier om de overeenkomst te wijzigen.

Het wijzigen van de overeenkomst dient plaats te vinden via een nieuwe wilsovereenstemming; wederom moet er sprake zijn van aanbod en aanvaarding (art. 3:33 jo. 6:217 BW). Er wordt de facto

⁷⁰Asser/Harkamp&Sieburgh 6-III 2014/41.

⁷¹Bungener 2008, p. 15.

⁷² Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/50.

⁷³Bungener 2008, p. 61.

⁷⁴Bungener 2008, p. 18.

⁷⁵Bungener 2008, p. 75.

een nieuwe overeenkomst gesloten.⁷⁶ De Hoge Raad heeft ook nooit erkend dat partijen een recht toekomt eenzijdig een overeenkomst te wijzigen zonder uitdrukkelijke contractuele- dan wel wettelijke grondslag.⁷⁷

Het wijzigen van een overeenkomst is een manier om te tornen aan het beginsel van gebondenheid van partijen.⁷⁸ Wijzigen is mogelijk indien partijen de overeenkomst niet op dezelfde voet willen doorzetten maar evenmin de bedoeling hebben om de overeenkomst integraal te willen beëindigen. Bungener is van mening dat wijzigen een oplossing is die evenwichtiger is dan directe beëindiging van de overeenkomst.⁷⁹

Contractsvrijheid laat toe dat partijen kunnen overeenkomen dat een partij een exclusieve bevoegdheid toekomt om in de toekomst de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, het eenzijdige wijzigingsbeding.⁸⁰ Een dergelijk beding beperkt weliswaar het beginsel van consensualisme maar lijkt niet hiermee in strijd te zijn.

3.2.2 Toepassing: De pensioenfondsroute in het licht van enkele rechtsbeginselen

In theorie kan de bevoegdheid van het pensioenfonds om de pensioenovereenkomst te wijzigen op meerdere manieren tot stand komen. Zo worden in deze scriptie twee manieren afzonderlijk onderzocht nu er verschillen kunnen zijn op het gebied van wilsovereenstemming en consensualisme.

In situatie één omvat de pensioenovereenkomst enkel een incorporatie van het pensioenreglement; partijen verklaren enkel uitdrukkelijk het pensioenreglement van toepassing.

Daarnaast is het mogelijk dat werkgever en werknemer in de pensioenovereenkomst naast incorporatie van het pensioenreglement eveneens uitdrukkelijk overeenkomen dat het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement kan wijzigen en daarmee de pensioenovereenkomst; situatie twee.

Hierna zullen allereerst grote verschillen tussen de twee typen worden beschouwd binnen het beginsel van consensualisme. Daarna worden de grote verschillen behandeld in het licht van het beginsel van contractsvrijheid.

Het beginsel van consensualisme

In situatie één wordt enkel het pensioenreglement van toepassing verklaard. Hier is onomstotelijk sprake van wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer. Doordat echter het pensioenreglement van toepassing wordt verklaard heeft het pensioenfondsbestuur de mogelijkheid tot wijziging op grond van haar statuten of het reglement of vloeit de bevoegdheid voort uit de uitvoeringsovereenkomst. Vraag is vervolgens of er ook consensus is ten aanzien van de door te voeren wijziging door het pensioenfondsbestuur; partijen hebben enkel het pensioenreglement van toepassing verklaard. Probleem kan hier opspelen indien evident is dat indien de werknemer nooit het rechtsgevolg – het feit dat het pensioenfondsbestuur de pensioenovereenkomst kan wijzigen – voor ogen heeft gehad. Dit kan de consequentie hebben dat partijen hierover nooit wilsovereenstemming hebben bereikt en dat derhalve nooit gebondenheid heeft bestaan.⁸¹ Dit kan

⁷⁶ Bungener 2008, p. 69.

⁷⁷ Bungener 2008, p. 75.

⁷⁸ Bungener 2008, p. 68.

⁷⁹ Bungener 2008, p. 68.

⁸⁰ Bungener 2008, p. 72.

⁸¹ Bungener 2008, p. 62 en 63.

anders zijn indien de werkgever het gerechtvaardigd vertrouwen heeft dat de werknemer dit rechtsgevolg voor ogen heeft gehad op grond van art. 3:35 BW. Dit gerechtvaardigd vertrouwen kan zijn opgewekt door de gedraging of verklaring van de werknemer. Niet ondenkbaar is echter dat de werknemer dit gerechtvaardigd vertrouwen wekt door ondertekening van de arbeidsovereenkomst en daarmee van de pensioenovereenkomst.

In de tweede situatie lijkt eerder te zijn voldaan aan het beginsel van consensualisme dan bij de eerste ontstaanswijze. Hier komen de bij de pensioenovereenkomst betrokken contractspartijen uitdrukkelijk overeen dat de wijzigingsbevoegdheid bij het pensioenfondsbestuur ligt. Bij de eerste situatie verklaren werkgever en partijen enkel het pensioenreglement van toepassing; partijen komen niet expliciet overeen dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is de pensioenovereenkomst te wijzigen.

In de situatie waarin het van toepassing verklaarde pensioenreglement de wijzigingsbevoegdheid reeds toekent aan het pensioenfondsbestuur, heeft de werknemer al diens handtekening gezet onder de incorporatie van dit pensioenreglement. Naar mijn mening is in deze situatie uitdrukkelijker sprake van consensus tussen de bij de pensioenovereenkomst betrokken partijen dan in de situatie waarin in de pensioenovereenkomst enkel het pensioenreglement van toepassing wordt verklaard.

Beginsel van contractsvrijheid

In de eerste ontstaanswijze van de pensioenfondsroute wordt louter het pensioenreglement, waarin de wijzigingsbevoegdheid wordt toegekend aan het pensioenfondsbestuur, van toepassing verklaard. Het enkel van toepassing verklaren van het pensioenreglement wordt nergens verboden door dwingend recht en valt daarmee binnen de reikwijdte van het beginsel van contractsvrijheid.

De tweede totstandkoming van de pensioenfondsroute behelst de situatie waarin de wijzigingsbevoegdheid van het pensioenfondsbestuur expliciet is overeengekomen in de pensioenovereenkomst. Werkgever en werknemer contracteren aldus expliciet in de pensioenovereenkomst de wijzigingsbevoegdheid door aan het pensioenfondsbestuur. Ook dit beding lijkt niet verhinderd te worden door dwingend recht.

3.3 *Het derdenbeding ex art. 6:253 BW*

In onderhavige paragraaf wordt onderzocht of het pensioenfonds middels een derdenbeding de mogelijkheid heeft om de pensioenovereenkomst te wijzigen.

Het leerstuk van het derdenbeding is vastgelegd in de artikelen 6:253-256 BW. Een derde kan op grond van dit beding (bedongen door de stipulator) een recht vorderen jegens een der contractspartijen (de promissor)⁸². Voor een succesvol beroep op het derdenbeding door de derde dient er voldaan te zijn aan twee voorwaarden:

1. een ten behoeve van de derde bedongen recht; en
2. de derde dient dit beding te hebben aanvaard.⁸³

Indien er daadwerkelijk sprake is van een derdenbeding en de derde deze aanvaardt, dan is op grond van art. 6:254 BW de derde partij geworden bij de overeenkomst, in casu het pensioenfonds bij de pensioenovereenkomst. Verschillende auteurs zijn van mening dat ingeval van een

⁸² Valk, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek 2017*, art. 6:253 BW (online, bijgewerkt op 1 juli 2017).

⁸³ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

pensioenfondsrouten het pensioenfonds(bestuur) partij wordt bij de pensioenovereenkomst.⁸⁴ Dit zou kunnen geschieden op de voet van art. 6:254 BW indien er sprake is van een derdenbeding en de derde (het pensioenfondsbestuur) het beding aanvaardt. Derhalve wordt hieronder de pensioenovereenkomst als zodanig getoetst aan de bovengenoemde voorwaarden die gelden voor een geldig derdenbeding ex art. 6:253 BW.

3.3.1 Vereiste 1: Een recht ten behoeve van de derde

Theorie

Het recht moet bedongen zijn ten behoeve van een *derde*. Dit begrip heeft binnen de juridische literatuur en jurisprudentie niet een vaste definitie.⁸⁵ Wel wordt gesteld dat men hieronder kan verstaan degenen die geen partij zijn ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁸⁶ Wel kan hij vervolgens op enigerlei wijze betrokken raken bij de overeenkomst. Uitgaande van deze definitie kan gesteld worden dat het pensioenfonds c.q. het pensioenfondsbestuur een derde is ten aanzien van de pensioenovereenkomst.

De zinsnede 'ten gunste van' impliceert niet dat het verkregen recht ook gunstig dient te zijn voor de derde⁸⁷, zo hanteerde de Kantonrechter Almelo in 2008 kennelijk ten onrechte het vereiste dat in casu de derde voordeel had verkregen door het derdenbeding.⁸⁸ Een beding waarin aan de derde een verplichting wordt opgedragen kan niet als een derdenbeding worden aangemerkt.⁸⁹ Niet alleen dient het beding ten gunste (dit betekent niet per definitie gunstig) te zijn van de derde, hij dient eveneens gerechtigd te zijn om zijnerzijds nakoming van het betreffende beding te vorderen.

De vraag of een beding daadwerkelijk de strekking heeft van een derdenbeding dient te worden beantwoord aan de hand van het leerstuk van uitleg van overeenkomsten.⁹⁰ Niet vereist is dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat er sprake is van een derdenbeding.⁹¹ Voorts is niet per definitie vereist dat partijen een derdenbeding moeten hebben beoogd aldus de Hoge Raad, ook in dit geval moet de strekking van het beding worden achterhaald door toepassing van uitleg.⁹²

Uitleg kan volgens Beversluis op twee facetten een rol spelen bij een derdenbeding.⁹³ Enerzijds kan uitleg een rol spelen bij de vraag of partijen een beding in het leven hebben geroepen ten aanzien van een derde – is er sprake van een derdenbeding – en anderzijds kan het leerstuk van uitleg een functie hebben bij het bepalen van de in het derdenbeding overeengekomen rechten.

Bij de uitleg van overeenkomsten is het uitgangspunt dat de overeenkomst conform de Haviltex-maatstaf uitgelegd dient te worden.⁹⁴ Dat een derde (in casu het pensioenfonds) zou kunnen stellen dat hij rechten verkrijgt op grond van een derdenbeding doet niets af aan het toepassen van de

⁸⁴ Heemskerk e.a., *TPV* 2012/42 & Schop, *TPV* 2014/15.

⁸⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/516 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

⁸⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/516 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

⁸⁷ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt op 17 oktober 2017).

⁸⁸ Ktr. Almelo 27 juni 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BF2214.

⁸⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/562 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

⁹⁰ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 3.1.1 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

⁹¹ Hof Den Haag 3 januari 1975, ECLI:NL:GHSGR:1975:AJ1090 (Anna-Bella).

⁹² HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, *NJ* 2005/499 (TCM/Gesink).

⁹³ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 3.1.2 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

⁹⁴ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 3.1.2 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

Haviltex maatstaf; de CAO-norm blijft in beginsel derhalve niet van toepassing.⁹⁵ Zo overweegt ook A-G Vlas in diens conclusie dat enkel het gegeven dat een overeenkomst ook voor andere partijen (dan de contractspartijen) consequenties heeft, dan rechtvaardigt niet om bijvoorbeeld de CAO-norm toe te passen; de Haviltex maatstaf blijft leidend.^{96,97}

In het DSM/Fox-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de uitleg van (in casu) een pensioenreglement in het kader van de verhouding tussen de contracterende partijen – het pensioenfonds en de werkgever – dient te geschieden aan de hand van de Haviltexnorm.⁹⁸ In de verhouding tussen de contracterende partijen en de werknemer als derde, voor wie de oorspronkelijke bedoeling van de contractspartijen niet kenbaar was en geen invloed heeft gehad op de formulering is echter de CAO-norm aangewezen.⁹⁹

Du Perron is van mening dat de CAO-norm van toepassing is bij overeenkomsten die naar hun aard het oogmerk hebben een regeling te treffen voor een grote groep derden¹⁰⁰, en ook Wissink stelt dat ‘een zekere massaliteit’ een vereiste is voor toepassing van de CAO-norm.¹⁰¹ Hartlief stelt dat de kans klein is dat een CAO-norm dan ook voor nieuwe gevallen toegepast kan dan wel gaat worden.¹⁰² Dat de Hoge Raad in het DSM/Fox-arrest koos voor de CAO-norm ligt volgens Du Perron gelegen in de noodzaak om het pensioenreglement voor alle werknemers uniform uit te leggen.¹⁰³ Overeenkomsten waar derden betrokken bij zijn en waar geen schaalvergroting aan de orde is, kan uitleg middels de geobjectiveerde Haviltex-maatstaf toereikend zijn¹⁰⁴, een uitlegmethode gelegen tussen de zuivere Haviltex- en CAO-norm.

Bij een geobjectiveerde Haviltex (ofwel de genuanceerde uitlegmethode) maatstaf is de Haviltex maatstaf toegespitst op een geobjectiveerde maatstaf. Hier wordt niet enkel gekeken naar subjectieve componenten (wat hadden partijen voor ogen en wat mogen zij van elkaar verwachten) maar ook naar de objectieve factoren zoals de letterlijke tekst, toelichtingen, structuur en aannemelijkheid van rechtsgevolgen.¹⁰⁵

Toepassing

Allereerst zal uiteengezet worden welke uitlegmethode gehanteerd dient te worden om vast te stellen of een pensioenovereenkomst als derdenbeding valt aan te merken.

In beginsel blijft het toepassen van de Haviltexmaatstaf het uitgangspunt bij de uitleg van overeenkomsten. Bij de pensioenfondsroute is echter sprake van een derde partij: het

⁹⁵ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 3.1.2 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

⁹⁶ Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2012:BY3123, nr. 2.4, bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, *NJ* 2013/239 (Alheembouw/HDI-Gerling).

⁹⁷ Vgl. HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, *NJ* 2003/503 r.o. 3.5.1, m.nt. C.E. Du Perron (Buter e.a./Besix).

⁹⁸ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:AO1427, *NJ* 2005/493, r.o. 5.2, m.nt. CE Du Perron (DSM/Fox).

⁹⁹ Volgens Du Perron is het mogelijk dat in één driehoeksverhouding meerdere uitlegmethoden worden toegepast; Du Perron, *NJ* 2005/493.

¹⁰⁰ Du Perron, *NJ* 2005/493.

¹⁰¹ Wissink, *WPNR* 2004/6579.

¹⁰² T. Hartlief, De uitleg van contracten. Haviltex revisited, *TPR* 2004, blz. 1083.

¹⁰³ Du Perron, *NJ* 2005/493.

¹⁰⁴ Du Perron, *NJ* 2005/493.

¹⁰⁵ Tjittes 2009, p. 18.

pensioenfonds. Op het eerste gezicht lijkt bij de uitleg van de pensioenovereenkomst de CAO-norm de juiste uitlegmethode.¹⁰⁶

Ingeval van pensioenfondsrouten is het pensioenfonds bij de door de werkgever en werknemer gesloten pensioenovereenkomst een derde; zij is hierbij geen contractspartij. Daarnaast is er geen sprake van ‘massaliteit’ en is het pensioenfonds als zodanig de enige derde; toepassing van de zuivere CAO-norm lijkt hierdoor uitgesloten en derhalve lijkt een geobjectiveerde Haviltexnorm als uitlegmethode geschikter.

Nu de uitlegmethode is vastgesteld dient de pensioenovereenkomst te worden uitgelegd aan de hand van twee vragen:

- *“Is er sprake van een beding ten behoeve van een derde: hebben de oorspronkelijke partijen een derdenbeding in het leven geroepen?; en*
- *Wat is de inhoud van de (in het derdenbeding) ten behoeve van de derde bedongen rechten?”¹⁰⁷*

Hieronder zullen per vraag de verschillen tussen twee ontstaanswijzen de revue passeren aan de hand van de geobjectiveerde Haviltexnorm.

Is er sprake van een beding ten behoeve van een derde: hebben de oorspronkelijke partijen een derdenbeding in het leven geroepen?

In de situatie waarin in de pensioenovereenkomst enkel het pensioenreglement van toepassing wordt verklaard lijkt het pensioenfonds niet zonder meer als contractspartij toe te treden indien enkel een taalkundige uitleg wordt toegepast op de pensioenovereenkomst. In de pensioenovereenkomst wordt enkel het pensioenreglement van toepassing verklaard en hierin wordt het pensioenfondsbestuur als derde niet expliciet een recht toegekend; de eventuele bevoegdheid tot wijziging vloeit voort uit de statuten, het pensioenreglement of uit de uitvoeringsovereenkomst. Niet onbegrijpelijk is echter, gelet op de toelichting en mogelijke rechtsgevolgen als medecriteria, dat incorporatie van een pensioenreglement met zich meebrengt dat dit document inclusief al haar inhoud onderdeel wordt van de pensioenovereenkomst. Bestudering van het pensioenreglement of de statuten zou vaak al leiden tot de informatie dat het pensioenfonds het pensioenreglement kan wijzigen en hiermee ook de pensioenovereenkomst.

In de situatie waarin in de pensioenovereenkomst (naast incorporatie van het pensioenreglement) expliciet de wijzigingsbevoegdheid wordt toegekend aan het pensioenfondsbestuur zal wellicht eerder sprake zijn van een beding ten behoeve van een derde waarbij beoogd wordt een derde eventueel als contractspartij te betrekken dan in de eerstgenoemde situatie. De wijzigingsbevoegdheid omtrent het pensioenreglement is immers expliciet toegekend aan het pensioenfondsbestuur en zowel de werkgever als de werknemer zijn akkoord met het feit dat het beding, de pensioenovereenkomst, ten gunste is van de derde; het pensioenfonds.

¹⁰⁶ Zoals bleek uit het bovenstaande betoog dat volgens Du Perron en Wissink de CAO-norm voorbehouden is aan contracten waarbij een regeling wordt getroffen voor een omvangrijke groep derden. Daarnaast stelt Hartlief dat de functie van de CAO-norm als uitlegmethode voor ‘nieuwe gevallen’ gering is. Volgens Du Perron is de zogenoemde geobjectiveerde Haviltexmaatstaf een uitlegmethode die beter past bij overeenkomsten waarbij derden worden betrokken.

¹⁰⁷ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 3.1.2 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

In de tweede situatie waarbij partijen expliciet de wijzigingsbevoegdheid van het pensioenfondsbestuur overeenkomen lijkt eerder sprake te zijn van een derdenbeding dan in de eerste situatie. Hiermee wordt echter niet uitgesloten dat er geen sprake is van een wijzigingsbevoegdheid in de situatie waarin enkel het pensioenreglement van toepassing wordt verklaard.

Wat is de inhoud van de (in het derdenbeding) ten behoeve van de derde bedongen rechten?

Een (meer) objectieve uitlegmethode brengt met zich mee dat vooral de letterlijke tekst, toelichtingen en rechtsgevolgen in ogenschouw dienen te worden genomen. In situatie een wordt enkel het pensioenreglement van toepassing verklaard. Hiermee wordt het pensioenfondsbestuur niet direct een recht tot wijziging toegekend; dit recht vloeit dan veelal voort uit haar pensioenreglement of statuten of uit de uitvoeringsovereenkomst. Dit neemt echter niet weg dat het pensioenfondsbestuur, door het feit dat haar wijzigingsbevoegdheid voortvloeit uit haar statuten, haar reglement of uit de uitvoeringsovereenkomst, het pensioenreglement (en daarmee de pensioenovereenkomst) kan wijzigen.

In de tweede situatie waarin de wijzigingsbevoegdheid expliciet blijkt uit de pensioenovereenkomst zelf ligt naar alle waarschijnlijkheid eerder een wijzigingsrecht besloten dan in situatie één. Hier zijn werkgever en werknemer ondubbelzinnig overeengekomen dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is te tornen aan de pensioenovereenkomst. Hier lijkt het pensioenfondsbestuur expliciet een recht te ontleen aan de pensioenovereenkomst zelf, eerder dan in de hierboven beschreven situatie.

3.3.2 Het tweede vereiste: aanvaarding van het derdenbeding door de derde

Het tweede vereiste voor een succesvol beroep op een derdenbeding is dat de derde het beding dient te hebben aanvaard. Deze eis wordt gesteld zodat voorkomen wordt dat derden tegen hun wil rechten krijgen opgedrongen.¹⁰⁸ Dit aanvaarden gaat middels een verklaring (art. 3:37 BW) die zich richt tot een van de contractspartijen, art. 6:253 lid 3 BW. Aan de verklaring worden geen al te hoge eisen gesteld.¹⁰⁹ De verklaring is vormvrij en kan eveneens in een of meerdere gedragingen vervat zijn, art. 3:37 lid 1 BW. Wel dient de verklaring een der partijen te hebben bereikt op grond van art. 3:37 lid 3 BW.

De eisen voor aanvaarding zijn dus niet al te zwaar en de verklaring hiertoe kan al werking hebben indien zij een der contractspartijen heeft bereikt. Tevens kan de aanvaarding besloten liggen in een gedraging van het pensioenfondsbestuur.

Indien de werkgever de pensioenovereenkomst sluit met de werknemer meldt de werkgever de werknemer aan bij het pensioenfonds.¹¹⁰ In de meeste gevallen is het aanmelden van werknemers bij het pensioenfonds een contractuele verplichting, vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst.¹¹¹ Dit doet de werkgever door onder meer het doorgeven van informatie omtrent de werknemer zoals bijvoorbeeld de naam, het adres, de geboortedatum¹¹², maar ook het moment vanaf wanneer de pensioenovereenkomst ingaat.¹¹³ De gegevens die de werkgever moet aanleveren dienen in de uitvoeringsovereenkomst staan aldus art. 25 onder c PW.

In de meeste gevallen levert de werkgever de gegevens van de werknemer aan bij het pensioenfonds. Voor zover er sprake is van een derdenbeding zou eventueel een dergelijke in

¹⁰⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/569 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

¹⁰⁹ Beversluis, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:253 BW, aant. 9.1 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017).

¹¹⁰ Heemskerk 2015, p. 84 en 138.

¹¹¹ Heemskerk 2015, p. 84 en 138.

¹¹² Heemskerk 2015, p. 129.

¹¹³ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 193-194.

ontvangstneming van de gegevens van de werknemer door het pensioenfonds als gedraging kunnen worden aangemerkt waarin de verklaring tot aanvaarding van het (derden)beding besloten kan liggen. Waarschijnlijk valt zelfs al het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst aan te merken als een aanvaarding van het derdenbeding. De uitvoeringsovereenkomst wordt immers gesloten naar aanleiding van de gesloten pensioenovereenkomst. Met de inontvangstneming van de gegevens verkrijgt het pensioenfonds namelijk de gegevens van de werknemer en van de pensioenovereenkomst, om vervolgens de pensioenovereenkomst te vertalen naar het pensioenreglement om laatstgenoemde uit te voeren (art. 32 jo. 35 PW).

Mocht dit al niet als een aanvaarding worden aangemerkt, dan lijkt de aanvaarding eveneens te kunnen liggen in het daadwerkelijk wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds.

3.3.3 Conclusie

In deze paragraaf zijn twee methoden voor het ontstaan van de pensioenfondsroute beschreven. De situatie waarin werkgever en werknemer in de pensioenovereenkomst expliciet de wijzigingsbevoegdheid aan het pensioenfondsbestuur toekennen lijkt het meest in de buurt te komen van een derdenbeding zoals vervat in art. 6:253 BW. Partijen verklaren hierin expliciet dat een het pensioenfondsbestuur als derde kan tornen aan de pensioenovereenkomst en hieraan lijkt het pensioenfondsroute expliciet een wijzigingsrecht te ontleen. In de situatie waarin de pensioenovereenkomst enkel de incorporatie van het pensioenreglement bevat ontleent het pensioenfondsbestuur het wijzigingsrecht aan haar statuten, haar reglement of aan de uitvoeringsovereenkomst.

De vraag of het derdenbeding ook daadwerkelijk geaccepteerd wordt door het pensioenfondsbestuur als derde lijkt op niet al te veel problemen te stuiten. De drempel voor het aanvaarden van het derdenbeding ligt niet hoog en kan al blijken uit een gedraging van de derde. Mocht de aanvaarding al niet blijken uit het in ontvangst nemen van de gegevens door het pensioenfonds op grond van art. 25 aanhef onder c PW nadat de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer gesloten wordt, dan lijkt de aanvaarding zijn grondslag te kunnen hebben in het feit dat een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten naar aanleiding van de gesloten pensioenovereenkomst.

3.4 Contractsoverneming ex art. 6:159 BW en groepen van contracten

Bij de pensioenfondsroute is het pensioenfondsbestuur bevoegd het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst te wijzigen. Nu het pensioenfondsbestuur kan tornen aan de tussen werkgever en werknemer gesloten pensioenovereenkomst zal in onderhavige paragraaf onderzocht worden of een wijziging middels de pensioenfondsroute mogelijk kwalificeert als contractsoverneming in de zin van art. 6:159 BW of dat bij de pensioenfondsroute sprake is van een 'groep van contracten' waardoor een wijziging door zou kunnen werken in de pensioenovereenkomst. Beide rechtsfiguren kennen hun eigen rechtsgevolgen en zouden antwoord kunnen geven op de vraag of en hoe de pensioenfondsroute past binnen het contractenrecht.

Theorie

Contractsoverneming op grond van art. 6:159 BW betreft een meerzijdige rechtshandeling waarbij de overdrager onder bijzondere titel haar gehele¹¹⁴ contractuele rechtsverhouding ‘overdraagt’ aan een derde.¹¹⁵

De ‘overnemer’ treedt in de plaats van de overdrager en krijgt hiermee alle bevoegdheden die verband houden met de hoedanigheid van een contractspartij bij de overeenkomst.¹¹⁶ Gelet op de formulering van het wetsartikel vallen rechtsverhoudingen die niet zijn aan te merken als een overeenkomst niet onder het bereik van art. 6:159 BW.

Contractsoverneming kent partijen niet de verplichting toe tot het overdragen van de overeenkomst maar bewerkstelligt slechts de overdracht.¹¹⁷

Vereist voor contractsoverneming is in ieder geval een akte, opgemaakt door de overdragende en overnemende partij. Het ontbreken hiervan brengt nietigheid op grond van art. 3:39 BW met zich mee, de overneming heeft hierdoor niet het gewenste rechtsgevolg¹¹⁸. Een dergelijke akte heeft als functie de wil van zowel de overdrager als van de overnemer met betrekking tot de overdracht van de overeenkomst te codificeren.¹¹⁹ Een authentieke akte is echter niet vereist; het opmaken van een onderhandse akte is reeds toereikend.¹²⁰

Naast een akte is ook medewerking vereist van de wederpartij van de overdrager. Ratio van de medewerking is dat de wederpartij niet onvrijwillig kan worden opgezadeld met een nieuwe contractspartij.¹²¹

Medewerking betreft een eenzijdige rechtshandeling gericht tot de overdrager en overnemer waarmee de wederpartij kenbaar maakt akkoord te zijn met het feit dat de overnemer in de plaats van de overdrager partij wordt bij de overeenkomst.¹²² De medewerking van de wederpartij kan in elke vorm geschieden¹²³ en kan voor- en achteraf worden verleend.¹²⁴ Zulks brengt met zich mee dat de medewerking ook stilzwijgend kan plaatsvinden, art. 3:37 BW.

Rechtsgevolg van contractsoverneming is dat alle rechten en plichten die rustte op de overdrager overgaan op de derde, art. 6:159 lid 2 BW. Niet alleen de vorderingsrechten (en nevenrechten ex art. 6:142 BW) gaan over maar ook de schulden en zelfs de wilsrechten zoals bijvoorbeeld het recht tot vernietiging of ontbinding van de overeenkomst.¹²⁵ Nu is het echter niet zo dat de wilsrechten

¹¹⁴ Mellema-Kranenburg, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:159 BW, aant. 3.1 (online, bijgewerkt 17 oktober 2017) & Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/309.

¹¹⁵ Huizing 2016/2.2.

¹¹⁶ Huizing 2016/7.1.

¹¹⁷ Huizing 2016/2.2.

¹¹⁸ Van Rijssen 2006, p. 234, Kluwer.

¹¹⁹ Van Rijssen 2006, p. 235, Kluwer.

¹²⁰ Huizing 2016/4.1.2.

¹²¹ Huizing 2016/4.2.0.

¹²² Huizing 2016/4.2.2.

¹²³ HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978/325, m.nt. P.A. Stein en HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999/497.

¹²⁴ Asser/Sieburgh, 6-II 2017/308.

¹²⁵ Asser/Sieburgh, 6-II 2017/309.

worden overgedragen maar zij komen enkel toe aan de degene die als contractspartij bij de overeenkomst betrokken is; wilsrechten zijn gebonden aan de overeenkomst.¹²⁶

Toepassing

Niet aannemelijk is dat het pensioenfondsbestuur partij wordt bij de pensioenovereenkomst in plaats van de werknemer dan wel de werkgever. De pensioenovereenkomst blijft onderdeel van de arbeidsovereenkomst waarin plichten en rechten zijn vastgelegd voor de werkgever en werknemer; zij hebben een arbeidsrelatie die is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst. De werkgever dient op grond van art. 23 PW de pensioenovereenkomst enkel onder te brengen bij de pensioenfonds (in dit geval het pensioenfonds). De wettelijke taak van de pensioenuitvoerder is enkel het uitvoeren van de pensioenovereenkomst en noch de Pensioenwet noch de partijen in de pensioendriehoek hebben het oogmerk om de pensioenuitvoerder partij bij de pensioenovereenkomst te laten worden in plaats van de werknemer of werkgever; dit is zowel onwenselijk als onmogelijk.

Conclusie: er is geen sprake van contractsoverneming ex artikel 6:159 BW.

3.4.2 Groepen van contracten

In deze paragraaf wordt bekeken of de wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds mogelijk is aan te merken als een groep van contracten. Een groep van contracten bestaat uit meerdere contracten met een feitelijke of economische samenhang.¹²⁷ Dit kan al dan niet uitdrukkelijk zijn vastgelegd inclusief de rechtsgevolgen die de samenhang met zich brengt. De aanwezigheid van een groep van contracten kan aldus bepaalde rechtsgevolgen met zich meebrengen; zo kan het tenietgaan van de ene overeenkomst het einde van de andere overeenkomst betekenen.¹²⁸ Tangelder stelt dat een verbintenisrechtelijke relatie tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder (lees: pensioenfonds) gelegen kan zijn binnen een groep van contracten waarbinnen een zelfstandige contractuele relatie aanwezig zou kunnen zijn tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder.¹²⁹ Tangelder refereert hierbij aan het door mw. Van Dongen geschreven proefschrift.¹³⁰

Van Dongen maakt in haar proefschrift onderscheid tussen vier soorten groepen van contracten. Hieronder zal per type groep van contracten bondig worden behandeld in hoeverre de pensioenfondsroute als constructie hier onder valt te scharen inclusief de mogelijke rechtsgevolgen die dit met zich mee kan brengen; per groep van contracten kunnen de rechtsgevolgen verschillend zijn. Begonnen zal worden met een toelichting op de pensioendriehoek en de daarin aanwezige rechtsbetrekkingen

¹²⁶ Huizing 2016/7.1.

¹²⁷ Van Dongen 2016.

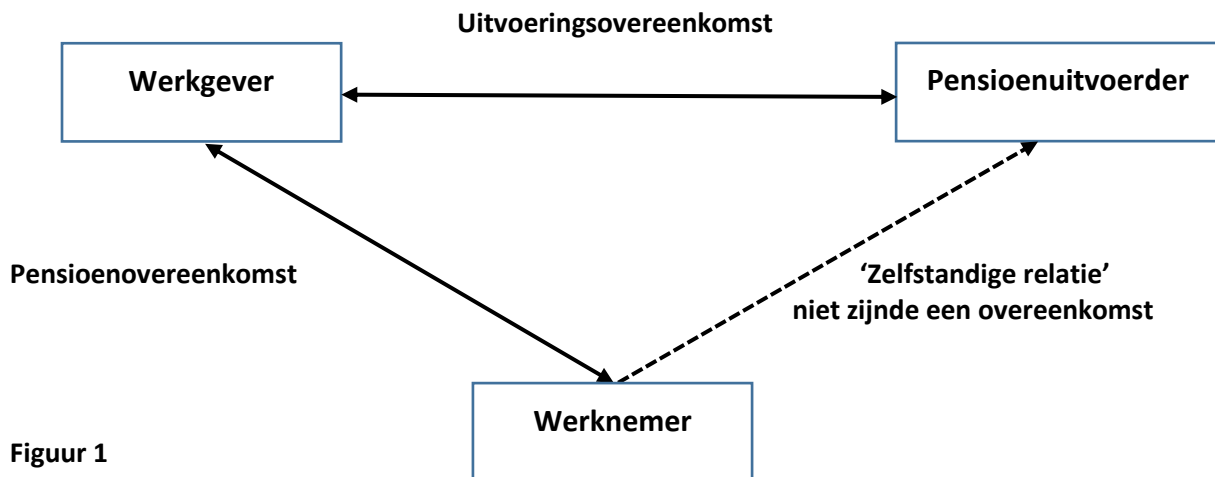
¹²⁸ Het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten of groepen van contracten dient niet te worden verward met de meerpartijenovereenkomst op grond van art. 6:213 BW. Zo kan er sprake zijn van een meerpartijenovereenkomst ingeval een rechtsgeldig derdenbeding succesvol door de derde wordt aanvaard, art. 6:253 en 254 BW. In dit geval is er sprake van meerdere contractspartijen (art. 6:213 BW) daar in het geval van samenhangende overeenkomsten er tussen twee afzonderlijke (veelal tweepartijen-)overeenkomsten een bepaalde verbondenheid aanwezig wordt geacht.

¹²⁹ Tangelder, *TPV* 2017/05.

¹³⁰ Van Dongen 2016.

De pensioendriehoek

In **figuur 1** (zie onderstaand) staan de binnen de pensioendriehoek aanwezige rechtsbetrekkingen schematisch weergegeven. De werknemer sluit een pensioenovereenkomst met de werkgever, waarna de werkgever deze pensioenovereenkomst onderbrengt bij de pensioenuitvoerder door middel van het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met laatstgenoemde. Hoewel tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer strikt juridisch gezien geen overeenkomst bestaat, is er wel sprake van een 'zelfstandige relatie'¹³¹; de werknemer heeft pensioenaanspraken jegens de pensioenuitvoerder.



Figuur 1

Model I: Groep met een circulaire structuur

Een baanbrekend arrest ten aanzien van samenhangende overeenkomsten is het arrest Jans/FCN.¹³² Dit is naar alle waarschijnlijk het arrest waarin voor het eerst een dusdanige verbondenheid tussen afzonderlijke overeenkomsten – met gedeeltelijk 'overlappende' contractspartijen – is erkend.¹³³ Het arrest is tevens een schoolvoorbeeld voor de groep van overeenkomsten met een circulaire structuur (soort 1).

Binnen deze groep is er sprake van twee overeenkomsten; (veelal) de koopovereenkomst tussen de verkoper en koper en een geldleningsovereenkomst tussen de koper en een derde, de financier. Uit de twee overeenkomsten ontstaan verbintenissen die *“met elkaar in een driezijdig wederkerig verband staan”*, aldus Van Dongen.¹³⁴ Doordat sprake is van een circulaire prestatiestructuur geldt een stevige verbondenheid tussen de betreffende overeenkomsten; het wegvallen van de één heeft invloed op de ander.¹³⁵

De Hoge Raad oordeelde dat art. 7A:1576h lid 3 BW (oud)¹³⁶ met zich meebrengt dat ook indien de koop- en geldleningsovereenkomst als afzonderlijke overeenkomsten zijn aan te merken, er tussen de betreffende partijen wel een rechtsbetrekking ontstaat die blijkt geeft van een bepaalde

¹³¹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p.4.en 68.

¹³² HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97, m.nt. J.B.M. Vranken (Jans/FCN).

¹³³ Vranken, NJ 1999/99.

¹³⁴ Van Dongen 2016/5.3.2.

¹³⁵ Van Dongen 2016/5.3.2.

¹³⁶ HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97, r.o. 3.4.2, m.nt. J.B.M. Vranken (Jans/FCN).

verbondenheid tussen de verschillende overeenkomsten.¹³⁷ Een dusdanige verbondenheid kan meebrengen dat de ontbinding of vernietiging van de ene overeenkomst, de ontbinding of vernietiging van de andere overeenkomst kan rechtvaardigen, aldus de Hoge Raad. Of er in het concrete geval sprake is van een dergelijke verbondenheid dient te worden bepaald aan de hand van het leerstuk van uitleg in het kader van de concrete omstandigheden.

De pensioenfondsroute

Hoewel het in de situatie van de pensioenfondsroute niet een gefinancierde huurkoop- of dienstverlening betreft zal niettemin de situatie bij de pensioenfondsroute als zodanig in het kort worden beschouwd. Er zal gekeken worden in hoeverre er parallellen zijn te trekken tussen dit type van contracten en de pensioenfondsroute en in hoeverre de rechtsgevolgen eveneens gelden voor de situatie van de pensioenfondsroute.

Bij de pensioendriehoek c.q. de pensioenfondsroute hebben werknemer en werkgever een pensioenovereenkomst, onderdeel van de arbeidsovereenkomst. In de uitvoeringsovereenkomst komen werkgever en de pensioenuitvoerder overeen hoe uiteindelijk de pensioenaanspraken door de pensioenuitvoerder worden uitgevoerd.¹³⁸ Tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer bestaat strikt juridisch gezien geen overeenkomst maar een zogenoemde zelfstandige relatie.¹³⁹ In dit opzicht lijkt er sprake van een circulaire prestatiestructuur. Vervolgens dient er aan de hand van uitleg van overeenkomsten te worden bepaald of er sprake is van een dergelijke verbondenheid tussen de overeenkomsten. Anders dan in de casus het arrest FCN/Jansen zijn de overeenkomsten niet in een akte vastgelegd (dit kan een aanknopingspunt zijn). Daarnaast worden de overeenkomsten binnen de pensioendriehoek niet gelijktijdig gesloten alhoewel de werkgever na het sluiten van de pensioenovereenkomst deze vervolgens onmiddellijk onderbrengt bij de pensioenuitvoerder door het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst. Voorts kan het zo zijn – voor zover dit gelijkgesteld kan worden met de situatie van de gefinancierde huurkoop – dat werkgevers vaker uitvoeringsovereenkomsten sluiten met dezelfde pensioenuitvoerder, zeker daar het een ondernemingspensioenfonds betreft. Wezenlijk anders dan bij dit soort groep van contracten is dat de werkgever niet als gevolmachtigde optreedt namens de derde, de pensioenuitvoerder.

De situatie van de pensioendriehoek wijkt op wezenlijke punten af van de gefinancierde huurkoop. Er lijkt geen sprake te zijn van gelijktijdige totstandkoming van de overeenkomsten (alhoewel de uitvoeringsovereenkomst wel kort na totstandkoming van de pensioenovereenkomst wordt gesloten), de overeenkomsten worden niet vastgelegd in één akte en ook de werkgever treedt niet op als gevolmachtigde van het pensioenfonds. Wel kan gezegd worden dat de werkgever – zeker daar het zoals in onderhavige scriptie gaat over ondernemingspensioenfondsen – vaker overeenkomsten sluit met dezelfde pensioenuitvoerder.

Gelet op het bovenstaande zijn er meer argumenten tegen dan voor de aanwezigheid van een groep van contracten zoals beschreven in deze subparagraaf bij de situatie van de pensioenfondsroute. De gevolgen die de Hoge Raad in het Jans/FCN-arrest verbond aan de nauwe verbondenheid tussen twee verschillende overeenkomsten zijn derhalve niet van toepassing op de situatie waarin het pensioenfonds de pensioenovereenkomst wijzigt.

¹³⁷ HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97, r.o. 3.4.2, m.nt. J.B.M. Vranken (Jans/FCN).

¹³⁸ Heemskerk 2015, p. 120.

¹³⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p.4.en 68.

Model II: Groep met een bilaterale structuur met een gecombineerde prestatie

Dit type kent een duidelijke bilaterale structuur met een gecombineerde prestatie; hier is duidelijk sprake van een “vraag- en aanbodzijde”.¹⁴⁰ Een vaak genoemd voorbeeld is de driehoek van het bouwrecht met een opdrachtgever, een aannemer en een architect waarbij de opdrachtgever als vraagzijde heeft te gelden en de aannemer en de architect als afzonderlijke partijen de aanbodzijde vormen die een gecombineerde prestatie leveren.¹⁴¹ Tussen de partijen aan de aanbodzijde geldt strikt gezien geen overeenkomst maar een functionele relatie.

Een bekend voorbeeld van deze type groep van contracten is het arrest Mooijman/Netjes.¹⁴² Ten aanzien van de bouw van 44 luxe villa's vormen Netjes en Mooijman de aanbodzijde; Netjes geldt als aannemer terzake de bouw van de villa en Mooijman is verantwoordelijk voor de serre dan wel de zonneranda's. Hoewel de kopers van de villa's twee afzonderlijke overeenkomsten dienen te sluiten met Netjes (een koop- en aannemingsovereenkomst) en Mooijman (enkel een koopovereenkomst), werken laatstgenoemden feitelijk samen. Door gebrekkige bouwkundige aanpassingen van Netjes is Mooijman genoodzaakt herstelwerkzaamheden te verrichten waardoor Mooijman schade lijdt. Hoewel de Hoge Raad de vordering op grond van wanprestatie afwijst en oordeelt dat tussen partijen geen overeenkomst bestaat, is zij wel van mening dat er sprake is van een *feitelijke samenwerking* en dat Netjes gelet op dit feit op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Mooijman de plicht heeft de aanpassingen deugdelijk uit te voeren.¹⁴³ Netjes heeft de op haar rustende zorgplicht geschonden en derhalve dient zij op grond van onrechtmatige daad de schade te vergoeden.

Zoals Van Dongen betoogt geldt bij het eerste type van contracten dat het wegvallen van een overeenkomst in principe het gevolg heeft dat de andere overeenkomst eveneens teniet gaat. Bij het onderhavige type ligt dit volgens haar anders en sluit zij aan bij het onderscheid dat Teyssié maakt tussen eenzijdig afhankelijk overeenkomsten en wederzijds afhankelijke overeenkomsten.¹⁴⁴ Van belang is of de gecombineerde prestatie meer omvat dan de afzonderlijke onderdelen los van elkaar en of deze beschouwd ten aanzien van elkaar als onder- of nevengeschiedt kunnen gelden.¹⁴⁵

De pensioenfondsroute

In de situatie van de pensioendriehoek c.q. de pensioenfondsroute lijkt er geen sprake te zijn van een gecombineerde prestatie. Weliswaar kan gesteld worden dat er sprake is van een bilaterale structuur, de werkgever heeft immers een pensioenovereenkomst gesloten met de werknemer en een uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder. De vraag of er sprake is van een gecombineerde prestatie met daarbij een duidelijke vraag- en aanbodkant lijkt moeilijker te beantwoorden. Wellicht is de gecombineerde prestatie gelegen in het feit dat de werkgever verplicht is de pensioenovereenkomst na te komen en dat zij de pensioenovereenkomst laat uitvoeren door de pensioenuitvoerder. Hoewel de werknemer geen overeenkomst heeft met de pensioenuitvoerder is er – zoals gebleken – wel sprake van een zelfstandige relatie tussen de werknemer en

¹⁴⁰ Van Dongen 2016/5.3.3.

¹⁴¹ Van Dongen 2016/5.3.3.

¹⁴² HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, NJ 1999/98, m.nt. J.B.M. Vranken (*Mooijman/Netjes*)

¹⁴³ HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, NJ 1999/98, r.o. 3.4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Mooijman/Netjes*)

¹⁴⁴ Bij de eenzijdig afhankelijke overeenkomsten is een overeenkomst, de hoofdovereenkomst, van essentieel belang voor het behalen van het beoogde doel. Bij de wederzijds afhankelijke overeenkomsten zijn de overeenkomsten in dezelfde mate belangrijk voor het bereiken van het beoogde doel, Van Dongen 2016/5.3.3 & 3.3.3.

¹⁴⁵ Van Dongen 2016/5.3.3.

pensioenuitvoerder, zie **figuur 1** zoals eerder in deze paragraaf weergegeven. De werknemer heeft pensioenaanspraken jegens de pensioenuitvoerder¹⁴⁶ maar dit laat onverlet dat de werknemer eveneens de werkgever kan aanspreken tot nakoming van de pensioenovereenkomst; dit blijft haar contractspartij.

Evenals in de zaak van Mooijman/Netjes is mogelijk bij de pensioendriehoek sprake van een 'stippellijn': juridisch is er geen sprake van een overeenkomst. Anders dan bij Mooijman/Netjes is er geen sprake van een gecombineerde prestatie te leveren door de aanbodzijde. Voor zover er al sprake is van een vraag- en aanbodkant lijkt onaannemelijk dat zowel de pensioenuitvoerder als de werknemer zich binnen de aanbodzijde bevinden (tussen hem bestaat mogelijk de zogenoemde stippellijn). Daarnaast was in Mooijman/Netjes van belang dat tussen Mooijman en Netjes een feitelijke samenwerking aanwezig was. In de situatie van de pensioendriehoek lijkt er tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder geen feitelijke samenwerking aanwezig, het is meer dat de pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst uitvoert op grond van de uitvoeringsovereenkomst en in dit opzicht eerder 'samenwerkt' met de werkgever.

Gelet op het bovenstaande is niet aannemelijk dat in de situatie waarin het pensioenfonds de pensioenovereenkomst wijzigt sprake is van een groep van contracten met een bilaterale structuur met een gecombineerde prestatie. De rechtsgevolgen die het arrest Mooijman/Netjes met zich meebrengt gaat derhalve niet op.

Model III: groep met een bilaterale soortgelijke prestatie

De derde groep van overeenkomsten betreft een groep met een bilaterale structuur maar zonder een gecombineerde prestatie, elke overeenkomst (zij staat parallel aan de anderen) vormt een soortgelijke op zichzelf staande prestatie.¹⁴⁷ Vaak voorkomende voorbeelden zijn syndicaatleningen en distributienetwerken.

Aangezien de situatie van de pensioenfondsroute weinig gelijkenissen vertoont met dit model, wordt dit model verder niet behandeld.

Model IV: groep met organisatiestructuur

Het vierde type groep van contracten heeft als functie het belichamen van een organisatievorm. Gedacht kan worden aan de constructie van franchising waarin een franchisegever franchiseovereenkomsten sluit met verschillende franchisenemers; de franchiseondernemers hebben veelal geen overeenkomsten onderling. De franchisenemer krijgt tegen vergoeding het recht een onderneming te exploiteren teneinde het verkopen van specifieke producten op eigen naam en voor eigen rekening, zulks allemaal binnen het netwerk van de franchisegever.

Aangezien de situatie van de pensioenfondsroute weinig gelijkenissen vertoont met dit model, wordt dit model groep van contracten verder niet behandeld.

¹⁴⁶ Op welke juridische grondslag deze uitspraken zijn gebaseerd is nog niet geheel duidelijk. Gedacht kan worden dat de werknemer door aanvaarding van het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst – voor zover niet uitgesloten – contractspartij wordt. Tangelder meent dat de pensioenvorderingen die de werknemer heeft jegens de pensioenuitvoerder wellicht gelegen kunnen zijn in het feit dat het pensioenreglement als eenzijdige rechtshandeling en als bron van verbintenissen valt aan te merken: Tangelder, *TPV* 2017/05.

¹⁴⁷ Van Dongen 2016/5.3.5.

In dit hoofdstuk is onderzocht of het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds als derde partij past binnen het contractenrecht.

Uit paragraaf 3.2 is gebleken dat het wijzigen van een overeenkomst vergelijkbaar is met het aangaan van een nieuwe overeenkomst; in beginsel is hiervoor wilsovereenstemming vereist. Het beginsel van contractsvrijheid geeft contractspartijen de vrijheid de inhoud van hun overeenkomst zelf te bepalen totdat het dwingend recht dit hen verbiedt; het beginsel van contractsvrijheid lijkt de constructie van de pensioenfondsroute niet in de weg te staan. Bij het beginsel van consensualisme kan dit anders liggen nu niet in elke situatie werkgever en werknemer vooraf het pensioenfondsbestuur expliciet een vrijbrief geven de pensioenovereenkomst te wijzigen. Indien werkgever en werknemer dit expliciet overeenkomen lijkt er dan ook zonder meer te zijn voldaan aan de eisen van dit beginsel.

In paragraaf 3.3 kwam het derdenbeding aan bod. De situatie waarin werkgever en werknemer expliciet in de pensioenovereenkomst de wijzigingsbevoegdheid doorcontracteren aan het pensioenfonds lijkt een derdenbeding voor het pensioenfonds in te houden. Hier verklaren partijen expliciet dat het pensioenfonds als derde partij bevoegd is aan de pensioenovereenkomst te tornen. Contractsoverneming ex art. 6:159 was onderwerp van paragraaf 3.4. Bij een wijziging middels de pensioenfondsroute is ondenkbaar dat er sprake is van contractsoverneming nu onaannemelijk is dat het pensioenfonds als derde in de plaats treedt van een van de bij de pensioenovereenkomst betrokken partijen. De reden is dat dit de in de pensioendriehoek aanwezige rechtsverhouding zou ontwrichten en zulks niet past bij de door de Pensioenwet aan het pensioenfonds (als pensioenuitvoerder) toebedeelde bevoegdheden.¹⁴⁸ Daarnaast is het voor geen partij wenselijk dat het pensioenfonds partij zou worden bij de arbeidsovereenkomst. Eveneens is in paragraaf 3.4 bekeken of er sprake is van een groep van contracten met alle rechtsgevolgen van dien. De constructie van de pensioenfondsroute is hier getoetst aan vier typen van contracten, hieruit valt te concluderen dat de pensioenfondsroute naar alle waarschijnlijkheid niet valt aan te merken als een groep van contracten. Derhalve zijn de door Van Dongen beschreven groepen van contracten niet van overeenkomstige toepassing op de situatie waarin het pensioenfondsbestuur de pensioenovereenkomst wijzigt.

¹⁴⁸ Hieronder valt onder meer het uitvoeren van de pensioenovereenkomst op basis van de uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement, art. 32 PW en het opstellen van het pensioenreglement in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement, artikel 35 PW.

Hoofdstuk 4: Is een wijzigingsbevoegdheid een goederenrechtelijk overdraagbaar recht?

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur op de voet van de pensioenfondsrouten getoetst aan verschillende contractrechtelijke leerstukken. Gekeken is binnen welke contractrechtelijke leerstukken het wijzigen door middel van de pensioenfondsrouten zou kunnen passen. In onderhavig hoofdstuk zal de volgende onderzoeksvraag worden beantwoord: Is een wijzigingsbevoegdheid een goederenrechtelijk overdraagbaar recht? Hier zal worden onderzocht of de pensioenfondsrouten mogelijk is op grond van het goederenrecht.

In paragraaf 4.2 zal onderzocht worden in hoeverre het wijzigingsrecht kan worden overgedragen aan een derde, het pensioenfondsbestuur.

In paragraaf 4.3 sluit wordt afgesloten met de conclusie.

4.2 Overdracht van goederen c.q. vermogensrechten

In deze paragraaf wordt onderzocht of het wijzigingsrecht met betrekking tot de pensioenovereenkomst goederenrechtelijk kan worden overgedragen aan het pensioenfondsbestuur op grond van art. 3:83 jo. 3:84 BW.

4.2.1 Theorie

Goederen, kunnen goederenrechtelijk worden overgedragen op grond van art. 3:84 BW.¹⁴⁹ Art. 3:83 BW beantwoordt vervolgens de vraag welke goederen overdraagbaar zijn: “*eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten*”.¹⁵⁰ Voorts geeft het derde lid van dit artikel aan dat overige rechten slechts overdraagbaar zijn indien de wet zulks bepaald.

De definitie van goederen is vastgelegd in art. 3:1 BW. Bestudering hiervan leert dat goederen zaken en alle vermogensrechten zijn. Zaken zijn op grond van art. 3:2 BW de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Art. 3:6 BW bepaalt wat vermogensrechten kunnen inhouden¹⁵¹, het begrip uit de wet heeft dan ook geen uitputtend karakter¹⁵² maar geeft vooral kenmerken weer. Rechten die al dan niet afzonderlijk overdraagbaar zijn, rechten die strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen of rechten die verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld voordeel zijn vermogensrechten, art. 3:6 BW. Of een recht een vermogensrecht is wordt uiteindelijk beantwoord aan de hand van de vraag of het betreffende recht “enige economische waarde vertegenwoordigt”¹⁵³, aangezien het vereiste van overdraagbaarheid gelet op art. 3:6 BW geen exclusief vereiste is.¹⁵⁴

4.2.2 De pensioenfondsrouten

De pensioenfondsrouten kan gelet op eerdere paragrafen op verschillende manieren tot stand komen.

¹⁴⁹Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 69.

¹⁵⁰Bergervoet, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:83 BW, aant. A (online, bijgewerkt 1 september 2012).

¹⁵¹Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:6 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

¹⁵²Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:6 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

¹⁵³Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 22. & Rank-Berenschot & Snijders 2012, p. 22.

¹⁵⁴Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:6 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

In deze gevallen is het pensioenfondsbestuur gerechtigd tot het wijzigen van het pensioenreglement en daarmee van de pensioenovereenkomst. Uiteindelijk ligt de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst eveneens bij het pensioenfondsbestuur. Mocht de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst goederenrechtelijk overdraagbaar zijn dan dient dit een goed ex art. 3:1 BW te zijn.

De wijzigingsbevoegdheid betreft geen zaak ex art. 3:2 BW gelet op het feit dat het hier geen voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke object betreft.

Voor de vraag of een dergelijke wijzigingsbevoegdheid een vermogensrecht is, bleek uit het vorenstaande dat beslissend is of het 'wijzigingsrecht' in kwestie enige economische waarde vertegenwoordigt.¹⁵⁵ Voor het recht tot het wijzigen van het overeenkomst is echter – voor zover dit al een recht is gelet op paragraaf 3.2.1 – normaliter wilsovereenstemming vereist.

Gesteld zou kunnen worden dat het wijzigen van een overeenkomst (al dan niet indirect) naar diens aard niet per definitie een economische waarde vertegenwoordigt. Het gaat hier om een bevoegdheid die niet zonder meer in geld uit te drukken is dan wel stoffelijk voordeel met zich mee brengt. Zoals gesteld door Bungener wordt het wijzigen van overeenkomsten gezien als een evenwichtigere oplossing dan het beëindigen van de overeenkomst voor het probleem dat partijen met dezelfde voorwaarde de overeenkomst niet willen voortzetten.¹⁵⁶

Daarnaast stellen Bartels en Van Mierlo dat indien een nevenwerking van een bepaald recht stoffelijk voordeel voor de rechthebbende met zich mee kan brengen, dit niet zonder meer leidt tot de conclusie dat voldaan is aan het 'stoffelijkheidsvereiste'.¹⁵⁷

In paragraaf 3.2.1 is geconcludeerd dat het wijzigen van een overeenkomst gelijk te stellen is met de totstandkoming van een overeenkomst; partijen bereiken wilsovereenstemming over een nieuwe overeenkomst. Partijen hebben niet zonder meer een 'recht' om de overeenkomst te wijzigen gelet op het feit dat hiervoor normaliter wilsovereenstemming nodig is tussen beide partijen, juist omdat het in grote mate overeenkomt met het tot stand brengen van een overeenkomst. Nu kan het zo zijn dat het recht tot wijzigen in casu neergelegd is in een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 PW jo. 7:613 BW). Nu blijft dit het wijzigen van de overeenkomst waarvoor ik graag naar het bovenstaande verwijs omtrent het stoffelijk te verkrijgen voordeel; nog steeds ziet een wijziging *an sich* niet op het verkrijgen van stoffelijk voordeel en ook nevenwerkingen daarvan maken niet meteen dat sprake is van een vermogensrecht.

Voor zover de bevoegdheid tot het wijzigen van een overeenkomst al een recht is, is dit eerder te kwalificeren als een persoonlijkheidsrecht of een wilsrecht dan een vermogensrecht. In beide gevallen is er geen sprake van vermogensrecht en derhalve kan een wijzigingsbevoegdheid met betrekking tot een overeenkomst niet in goederenrechtelijke zin worden overgedragen op grond van art. 3:83 jo. 3:84 BW. Het goederenrechtelijk overdragen van de wijzigingsbevoegdheid is dus niet

¹⁵⁵ Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 4 en 5.

¹⁵⁶ Bungener 2008, p. 68.

¹⁵⁷ Asser/Bartels & van Mierlo, 3-IV 2013/2 (online, bijgewerkt 1 april 2013); vgl. Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:6 BW, aant. 25 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

mogelijk, wel bleek uit hoofdstuk 3 dat dit contractueel een soortgelijk resultaat kan worden gecreëerd.

4.3 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre het wijzigingsrecht goederenrechtelijk kan worden overgedragen op grond van art. 3:83 jo. 3:84 BW. Hier bleek dat goederen 'alle zaken en vermogensrechten' zijn en dat enkel goederen voor overdracht vatbaar zijn. Geconcludeerd is dat voor zover het wijzigen van een overeenkomst al een recht betreft, dit eerder het karakter heeft van een persoonlijk recht of een wilsrecht dan dat het valt aan te merken als een vermogensrecht, nu het wijzigingsrecht niet ziet op het verkrijgen van stoffelijk voordeel.

Hoofdstuk 5: Wat is het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij gebruikmaking van de (overgedragen) wijzigingsbevoegdheid?

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 en 4 is onderzocht of het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds past binnen het contracten- en goederenrecht. In onderhavige hoofdstuk zal de volgende onderzoeksvraag worden beantwoord: Wat is het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij gebruikmaking van de (overgedragen) wijzigingsbevoegdheid?

In paragraaf 5.2 wordt behandeld of het civiele recht nog enige bescherming biedt in de situatie waarin het pensioenfondsbestuur als derde willekeurig gebruik maakt van diens wijzigingsbevoegdheid. De conclusie volgt in paragraaf 5.3.

5.2 Het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute

In het Delta Lloyd-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het pensioenfondsbestuur bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst niet gebonden is aan art. 7:613 BW maar wel dat het de wijziging niet in strijd mag zijn met het leerstuk van misbruik van recht (art. 3:13 BW), de onaanvaardbaarheidstoets van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en de evenwichtige belangenbehartiging (art. 105 lid 2 PW).

Naast de eerste twee civielrechtelijke ‘gedragsregels’ zullen ook andere maatstaven worden onderzocht die het pensioenfondsbestuur in acht dient te nemen bij een door hem voorgenomen besluit tot (indirecte) wijziging van de pensioenovereenkomst middels de pensioenfondsroute.

5.2.1 Misbruik van bevoegdheid

Art. 3:13 BW bepaalt dat misbruik van bevoegdheid verboden is. Gekozen is voor het begrip ‘bevoegdheid’ aangezien dit begrip breder is dan enkel rechten.

Er kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid indien de bevoegdheid wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend. Kanttekening hierbij is dat niet iedere bevoegdheid in het burgerlijk recht voor een bepaald doel verleend is en daarnaast brengt het feit dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een bevoegdheid is verleend voor een bepaald doel, niet zonder meer mee dat deze bevoegdheid enkel voor dit doel is verleend.¹⁵⁸

Als derde voorbeeld wordt de situatie genoemd waarin er bepaalde onevenredigheid bestaat tussen het belang dat de gebruiker had bij het uitoefenen van de bevoegdheid en het belang dat hierdoor geschaad wordt waardoor de gebruiker naar redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen. Hierbij moet sprake zijn van een grote onevenredigheid, een grote discrepantie.¹⁵⁹ Het aannemen van het ontbreken van een redelijk belang bij de uitoefeningen van bevoegdheden als criterium voor

¹⁵⁸ Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:13, aant 39.1 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

¹⁵⁹ Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:13, aant 45 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

misbruik van bevoegdheid lijkt onbruikbaar nu dit in de praktijk veelal tot bewijstechnische problemen leidt; er is vrijwel altijd sprake van een redelijk belang.

Zoals Gerechtshof Amsterdam oordeelde in het arrest Delta Lloyd, is dat er onder omstandigheden sprake is van misbruik van de – in casu de in de statuten neergelegde – bevoegdheid tot wijziging indien de doorgevoerde wijziging leidt tot reducering van over achterliggende dienstjaren opgebouwde pensioenaanspraken.¹⁶⁰

Misbruik van bevoegdheid kan verschillende gevolgen hebben. Een bevoegdheid is voor zover zij misbruikt wordt niet (in rechte) af te dwingen door degene die hem misbruikt.¹⁶¹ Men kan zich hier niet op beroepen en een hierop gebaseerde rechtsvordering brengt niet-ontvankelijkheid met zich mee. Schade die voortvloeit uit misbruik van bevoegdheid kan verhaald worden op grond van onrechtmatige daad, art. 6:162 BW. Daarnaast is een rechtshandeling die tot stand is gekomen door een misbruikte bevoegdheid vatbaar voor vernietiging.¹⁶²

Mocht het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur leiden tot misbruik van bevoegdheid, te weten oneigenlijk gebruik van de wijzigingsbevoegdheid, dan kan het pensioenfondsbestuur deze bevoegdheid niet afdwingen en kan zij een eventuele vordering hierop niet baseren. Vloeit hier schade uit voort dan zou de werknemer eventueel schadevergoeding kunnen eisen op grond van art. 6:162 BW mits aan de hiervoor geldende eisen wordt voldaan.

5.2.2 Onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

Ondanks dat art. 6:248 lid 2 BW enkel geldt voor contractspartijen¹⁶³ wordt in de literatuur gesteld dat door het pensioenfondsbestuur doorgevoerde wijzigingen in de pensioenovereenkomst onaanvaardbaar kunnen zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.¹⁶⁴

Art. 6:248 BW is een *lex specialis* van art. 6:2 BW: dit wetsartikel geldt voor verbintenissen in het algemeen gelet op de plaatsing in het burgerlijk wetboek (titel 1 Boek 6 BW). Art. 6:2 BW betreft een open norm en de criteria die de redelijkheid en billijkheid stellen zijn niet op abstract niveau te formuleren; zij zijn in grote mate afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval.¹⁶⁵

In art. 6:248 lid 2 BW is de beperkende (derogerende) werking van de redelijkheid en billijkheid opgenomen. Met de zinsnede “naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar” heeft de wetgever tot uitdrukking willen brengen dat de rechter in kwestie de derogerende werking terughoudend dient toe te passen.¹⁶⁶

Bij de beoordeling of een rechtsgevolg (in casu het besluit tot wijziging van het pensioenreglement door het pensioenfondsbestuur) onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid spelen de in art. 3:12 BW geformuleerde gezichtspunten een rol.¹⁶⁷ Rekening dient te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland aanwezige rechtsovertuigingen en niet alleen maatschappelijke- maar ook persoonlijke belangen. Van belang is daarnaast ook dat

¹⁶⁰ Dit kan eveneens in strijd zijn met art. 20 PW, met uitzondering van de situatie waarin sprake is van pensioenkorting op grond van art. 129 PW.

¹⁶¹ Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:13, aant 28 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

¹⁶² HR 22 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0159, NJ1991/376, m.nt. E.A.A Luijten.

¹⁶³ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/514 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

¹⁶⁴ Zie onder meer: Heemskerk 2015, p. 191 en Asser/Lutjens, 7-XI 2016, p. 409.

¹⁶⁵ Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2, aant. 1.3 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

¹⁶⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III, 2014/413 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

¹⁶⁷ Van der Kruk & Möhring, in: *GS Vermogensrecht*, art. 6:248 BW, aant. A (online, bijgewerkt 6 oktober 2016).

alleen sprake is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid indien datgene dat uit de wet, rechtshandeling of gewoonte voortvloeit in casu tot een onaanvaardbare situatie zou leiden.¹⁶⁸

Mocht een beroep op de beperkende werking de redelijkheid en billijkheid worden gehonoreerd dan kan dit verschillende consequenties hebben; zo kan een tussen partijen geldende regel niet van toepassing worden verklaard of kan een bevoegdheid tijdelijk worden opgeschort, en in gevallen van rechtsverwerking kan dit zelfs verlies van rechten betekenen.

Een beroep door de werknemer op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid bij wijziging van diens pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur zal door de rechter worden beoordeeld op grond van de omstandigheden van het concrete geval. Het is aan de werknemer om de rechter zoveel mogelijk handvatten te geven om daadwerkelijk tot het oordeel te komen dat het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur in het concrete geval onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Vervolgens zal de rechter niet alleen een opsomming moeten geven van de omstandigheden die van beslissende betekenis zijn geweest, maar ook dient hij inzicht te geven in de weging van de relevante omstandigheden.¹⁶⁹

5.2.3 Art. 105 PW: de evenwichtige belangenbehartigingstoets

Op grond van art. 105 lid 2 PW dient het pensioenfondsbestuur altijd te handelen in het belang van de belanghebbenden en het pensioenfonds zelf.¹⁷⁰ Deze norm richt zich niet alleen tot de leden van het bestuur maar ook tot de leden van het verantwoordings- en belanghebbendenorgaan en de leden van het intern toezicht en heeft daarmee een grotere toepassingsbereik dan art. 105 lid 1 PW.¹⁷¹ Met het component 'evenwichtigheid' wordt bedoeld op een objectieve afweging van de belangen van alle aanwezige belanghebbenden.¹⁷² Een dergelijke belangenafweging zou frictie kunnen opwekken indien de verplichting komt te rusten op werknemers- of werkgeversvertegenwoordigers binnen het bestuur.¹⁷³ De verplichting geldt vooral bij de invulling van eigen beleidsruimte, hierbij kan men denken aan kortingsmaatregelen, premiebeleid en toeslagverlening en –beleid.¹⁷⁴

Art. 105 lid 2 PW brengt dus een belangenafweging mee voor de betreffende bestuursleden bij de vervulling van hun taak. Strikte interpretatie van de tekst van art. 105 lid 2 PW leert dat de belanghebbenden zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd *kunnen* voelen. De zinsnede 'kunnen' lijkt te betekenen dat niet iedere belanghebbende zich ook daadwerkelijk op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd voelt. Aanwezigheid van een zware toets lijkt derhalve niet aan de orde.

Bij een wijziging door het pensioenfondsbestuur van de pensioenovereenkomst dienen alle belanghebbenden zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen. Dit geldt dus niet alleen voor werknemers en de pensioengerechtigden maar ook voor de werkgever; tevens dient

¹⁶⁸ Vriend, in: *GS Vermogensrecht*, art. 6:2, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

¹⁶⁹ Vriend, in: *GS Vermogensrecht*, art. 6:2 aant. 1.3 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017), en Stein, in *GS Vermogensrecht*, art. 3:12 BW, aant. 12 en 24 (online, bijgewerkt 1 januari 2017).

¹⁷⁰ Maatman, *O&R* 2011/11.5.

¹⁷¹ Huijg, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 105 Pensioenwet, (online, bijgewerkt 1 september 2017).

¹⁷² Huijg, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 105 Pensioenwet, (online, bijgewerkt 1 september 2017).

¹⁷³ Huijg, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 105 Pensioenwet, (online, bijgewerkt 1 september 2017).

¹⁷⁴ Huijg, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 105 Pensioenwet, (online, bijgewerkt 1 september 2017).

het belang van het pensioenfonds zelf in ogenschouw te worden genomen.¹⁷⁵ Hierbij dient een belangenafweging ('evenwichtige wijze') te worden gemaakt.

5.2.4 Onrechtmatige daad

Ongeacht of er sprake is van een verbintenis tussen werknemer en de pensioenuitvoerder, kan de pensioenuitvoerder bij het onrechtmatig wijzigen van de pensioenovereenkomst schadeplichtig zijn jegens de werknemer indien de werknemer hierdoor schade lijdt indien art. 6:162 BW zou worden toegepast.

Hier ligt de lat echter hoog en dient het pensioenfondsbestuur zich schuldig te hebben gemaakt aan onrechtmatig handelen in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Art. 6:162 lid 2 BW geeft aan dat hier sprake van is ingeval van:

- een inbreuk op een recht;
- doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht; of
- doen of nalaten in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Het pensioenfondsbestuur moet in dit geval bij wijzigen van de pensioenovereenkomst ernstig over de scheef zijn gegaan, en er dient tevens sprake te zijn van schade aan de kant van de werknemer. Gelet op dit gegeven zal de werknemer niet snel een succesvol beroep kunnen doen op onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.

5.3 Conclusie

In paragraaf 5.2 is gekeken naar het kader waarbinnen het pensioenfonds dient te handelen bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Geconcludeerd is dat het pensioenfonds in elk geval diens wijzigingsbevoegdheid niet mag misbruiken (art. 3:13 BW), de wijziging mag niet onaanvaardbaar zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), de wijziging mag geen onrechtmatige daad opleveren (art. 6:162 BW) en het pensioenfondsbestuur dient te handelen binnen de kaders van de evenwichtige belangenbehartigingstoets ex art. 105 lid 2 PW.

¹⁷⁵ Maatman, *O&R* 2011/11.5, nr. 64.

In deze scriptie stond de volgende probleemstelling centraal:

“Is de pensioenfondsroute in overeenstemming met de mogelijkheid om een overeenkomst door een niet-contractspartij te wijzigen conform het civiele recht?”

Ter beantwoording van de probleemstelling zijn de navolgende onderzoeksvragen beantwoord:

1. Wat is de pensioenfondsroute en hoe past dit in het systeem van de Pensioenwet?
2. Kan het pensioenfondsbestuur als derde partij contractenrechtelijk de pensioenovereenkomst wijzigen?
3. Is een wijzigingsbevoegdheid een goederenrechtelijk overdraagbaar recht?
4. Wat is het kader waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij gebruikmaking van de (overgedragen) wijzigingsbevoegdheid?

In hoofdstuk 2 is de pensioenfondsroute uiteengezet alsmede de ratio van de wetgever ten aanzien van de pensioendriehoek, de belangenbehartiging van werknemers bij een wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds en tevens is onderzocht of de pensioenfondsroute in de jurisprudentie en literatuur als rechtsgeldig wordt beschouwd. De pensioenfondsroute is een wijze waarmee het pensioenfonds de pensioenovereenkomst kan wijzigen. Indien het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst wordt geïncorporeerd, kan het pensioenfonds het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst wijzigen; dit terwijl het pensioenfonds geen contractspartij is bij de pensioenovereenkomst.

Voorts is de ratio van de wetgever onderzocht ten aanzien van de pensioendriehoek en zijn de bevoegdheden van de partijen op grond van de Pensioenwet uiteengezet. Met zowel de Pensioen- en Spaarfondsenwet als met de Pensioenwet is door de wetgever het creëren van een pensioendriehoek beoogd met een duidelijk afgebakende verantwoordelijkheidsverdeling. Het feit dat het pensioenfondsbestuur als uitvoerder van de pensioenovereenkomst ook de pensioenovereenkomst (op eigen initiatief) zou kunnen wijzigen, lijkt in te druisen tegen de gedachte van de wetgever, te weten dat de drie partijen binnen de pensioendriehoek duidelijk afgebakende verantwoordelijkheden moeten hebben. De pensioenwet zelf geeft geen duidelijkheid over het feit of de pensioenfondsroute is toegestaan; het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfondsbestuur lijkt niet expliciet voort te vloeien uit de letter van de Pensioenwet, maar wordt hier evenmin uitgesloten.

In het Delta Lloyd-arrest is door het hof uitgemaakt dat een wijziging middels de pensioenfondsroute niet dezelfde toets hoeft te doorstaan als wanneer de werkgever de pensioenovereenkomst wijzigt (op grond van art. 7:613 BW jo. art. 19 PW). Daarnaast komt de ondernemingsraad geen instemmingsrecht toe bij een dergelijke wijziging en ook de bevoegdheden van het medezeggenschapsorgaan zijn beperkt.

De pensioenfondsroute lijkt in zowel de jurisprudentie als in de literatuur erkend als rechtsgeldig. In onder meer het Delta Lloyd-arrest is de pensioenfondsroute erkend en niet als ongeldig verklaard. Mijn analyse is dat de pensioenfondsroute op gespannen voet staat met de verantwoordelijkheidsverdeling die de wetgever voor ogen heeft gehad binnen de pensioendriehoek; pensioenuitvoerders zijn in het leven geroepen om behoud van opgebouwde pensioenaanspraken te

waarborgen. De verantwoordelijkheid voor het opstellen van de pensioenovereenkomst ligt immers bij de werkgever, werknemer en bij de sociale partners. De pensioenuitvoerder dient het pensioenreglement vast te stellen in overeenstemming met de pensioenovereenkomst om het pensioenreglement vervolgens uit te voeren.

In hoofdstuk 3 is onderzocht of het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds (als derde partij) past binnen het reguliere contractenrecht. Gebleken is dat het wijzigen van een overeenkomst vergelijkbaar is met het aangaan van een nieuwe overeenkomst; in beginsel is hiervoor wilsovereenstemming vereist. Het beginsel van contractsvrijheid geeft contractspartijen de vrijheid de inhoud van de overeenkomst zelf te bepalen totdat het dwingend recht dit hen verbiedt. Derhalve lijkt het beginsel van contractsvrijheid de pensioenfondsroute niet in de weg te staan. Bij het beginsel van consensualisme kan dit anders liggen nu niet in elke situatie werkgever en werknemer vooraf het pensioenfondsbestuur expliciet een vrijbrief geven de pensioenovereenkomst te wijzigen. Indien werkgever en werknemer dit expliciet overeenkomen lijkt er dan ook in ieder geval te zijn voldaan aan de eisen van dit beginsel.

Eveneens is onderzocht of de constructie van de pensioenfondsroute gedragen kan worden door het leerstuk van het derdenbeding ex art. 6:253 BW, oftewel, of de pensioenfondsroute gekwalificeerd kan worden als derdenbeding. In dit geval moet er sprake zijn van een derdenbeding dat aanvaard is door een derde. Bij de vraag of er überhaupt sprake is van een derdenbeding dient gekeken te worden naar of er sprake is van een beding ten behoeve van een derde en wat precies de inhoud hiervan is. Indien werkgever en werknemer expliciet in de pensioenovereenkomst overeenkomen dat het pensioenfonds bevoegd is de pensioenovereenkomst te wijzigen lijkt eerder sprake van een derdenbeding dan in de situatie waarin in de pensioenovereenkomst enkel het pensioenreglement wordt geïncorporeerd. Partijen zijn immers expliciet overeengekomen dat een derde partij de bevoegdheid krijgt de pensioenovereenkomst te wijzigen. Daarnaast dient het derdenbeding ook aanvaard te worden door de derde. Dit lijkt geen struikelblok te zijn nu de aanvaarding kan liggen in de ontvangstneming van de gegevens van de werknemer door het pensioenfonds bij de aanmelding van de werknemer, eveneens kan het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst naar aanleiding van de tot stand gekomen pensioenovereenkomst duiden op een aanvaarding van het derdenbeding. Indien werkgever en werknemer expliciet in de pensioenovereenkomst de wijzigingsbevoegdheid doorcontracteren aan het pensioenfonds, lijkt er zonder meer sprake te zijn van een derdenbeding ex art. 6:253 BW. Gevolg hiervan is dat de derde partij, het pensioenfonds, op grond van art. 6:254 BW contractspartij wordt bij aanvaarding van het derdenbeding.

Het leerstuk van contractsoverneming ex art. 6:159 is tevens aan bod gekomen. Het feit dat een wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds zijn grondslag kan vinden in contractsoverneming lijkt uitgesloten. Geen der aanwezige partijen in de pensioendriehoek heeft de intentie om het pensioenfonds contractspartij te laten worden bij de pensioenovereenkomst in plaats van de werkgever of werknemer; daarnaast past een dergelijke contractsoverneming niet bij de door de Pensioenwet aan het pensioenfonds toebedeelde bevoegdheden.

Voorts is onderzocht of de pensioenfondsroute als wijziging van de pensioenovereenkomst zou passen binnen een groep van contracten zoals behandeld door Van Dongen in haar dissertatie.¹⁷⁶

Conclusie is hier dat de pensioendriehoek inclusief de pensioenfondsroute als concept te weinig overeenkomsten heeft met een der groepen van contracten om ook de rechtsgevolgen hiervan van

¹⁷⁶ Van Dongen 2016.

toepassing te laten verklaren op de situatie van de pensioenfondsroute.

In hoofdstuk vier is onderzocht of de pensioenfondsroute aansluit bij het reguliere goederenrecht. Gekeken is hier of de wijzigingsbevoegdheid ter zake een overeenkomst goederenrechtelijk kan worden overgedragen op grond van art. 3:83 jo. 3:84 BW. Enkel goederen kunnen goederenrechtelijk worden overgedragen. Goederen zijn op grond van art. 3:1 BW alle zaken en vermogensrechten. Art. 3:6 BW geeft aan wat vermogensrechten zouden kunnen zijn; wat vooral van belang is of het betreffende recht enige economische waarde vertegenwoordigt. Voor zover de wijzigingsbevoegdheid al een recht betreft – voor een wijziging van een overeenkomst is in beginsel wilsovereenstemming tussen partijen vereist – heeft de bevoegdheid eerder het karakter van een persoonlijkheids- of wilsrecht dan van een vermogensrecht. Het ‘wijzigingsrecht’ vertegenwoordigt (al dan niet indirect) naar diens aard niet per definitie een economische waarde en lijkt eerder afgeleid te zijn van de hoedanigheid van partijen als contractspartij.

In hoofdstuk 5 is het kader uiteengezet waarbinnen het pensioenfondsbestuur dient te handelen bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst op de voet van de pensioenfondsroute. Uit het Delta Lloyd-arrest is reeds gebleken dat het pensioenfondsbestuur bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst haar wijzigingsbevoegdheid niet mag misbruiken (art. 3:13 BW), dat de wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar mag zijn (art. 6:248 lid 2 BW) en dat het pensioenfondsbestuur bij het wijzigen altijd dient te handelen in het belang van alle belanghebbenden en het pensioenfonds zelf (de evenwichtige belangenbehartigingstoets ex art. 105 PW). Daarnaast is aannemelijk dat het pensioenfondsbestuur bij het doorvoeren van wijzigen niet onrechtmatig mag handelen jegens de werkgever of werknemer waardoor laatstgenoemden schade lijden (art. 6:162 BW).

Literatuurlijst

Asser/Bartels & van Mierlo 3-IV 2 2013/2

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer, 2013 (online).

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, (online).

Asser/Lutjens 7-XI 2016

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

Bergervoet, in: GS Vermogensrecht

G.J.L. Bergervoet, commentaar op art. 3:83 BW, aant. A, in: J. Hijma (red.), *GS Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Rank-Berenschot & Snijders 2012

E.B. Rank-Berenschot & H.J. Snijders, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Beverluis, in: GS Verbintenissenrecht

J.R. Beverluis, commentaar op art. 6:253 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijke perspectief* (diss. Amsterdam UVA), Hugo Sinzheimer Instituut: Kluwer 2008 (online publiek).

Deerenberg & Kok, in: Lexplicatie Arbeidsrecht

E.M. Deerenberg & J.G.C. Kok, Commentaar op artikel 32 PW, in: *Lexplicatie Arbeidsrecht* (online, laatst bijgewerkt 1 oktober 2010).

Dommerholt, in: T&C Pensioenrecht

M. Dommerholt, in: M. Dommerholt & J.R. Wirschel (red.), *T&C Pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 mei 2012).

Dongen, Van, 2016

S. van Dongen, *Groepen van contracten* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016 (online publiek).

Du Perron 1999

C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Du Perron, NJ 2005/493

C.E. Du Perron, annotatie bij HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:AO1427, *NJ 2005/493* (DSM/Fox).

Hartlief, TPR 2004

T. Hartlief, 'De uitleg van contracten. Haviltex revisited', *TPR 2004*, blz. 1083.

Heemskerk e.a., TPV 2012/49

M. Heemskerk e.a., 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', *TPV* 2012/42, afl. 6.

Heemskerk 2015

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

Heemskerk & Los, PM 2016/69

M. Heemskerk & J. Los, 'Pensioenfonds verlaagt pensioenkapitaal werknemers; een nieuwe pensioenfondsroute?', *PM* 2016/69, afl. 6.

Heest van, in: T&C Pensioenrecht

W. van Heest, in: M. Dommerholt & J.R. Wirschel (red.), *T&C Pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Huijg, in: T&C Pensioenrecht

T. Huijg, in: M. Dommerholt & J.R. Wirschel (red.), *T&C Pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online)

Huizingh 2016

M.H. Huizingh, *Contractsoverneming* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016 (online publiek).

Kruk, van der & Möhring, in GS Verbintenissenrecht

A. van der Kruk & M.E.A. Möhring, commentaar op art. 6:248 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Lutjens, TPV 2007/9

E. Lutjens, 'De driepartijenverhouding in de pensioenwet', *TPV* 2007/9, afl. 1.

Lutjens, ArA2017/02

E. Lutjens, 'Tien jaar Pensioenwet', *ArA* 2017/02, afl. 2.

Maatman, O&R 2011/11.5.

R.H. Maatman, 'De Afstand tussen het bestuur en de actoren binnen het arbeidsvoorwaardenoverleg moet aanzienlijk worden vergroot', *O&R*, 2011/11.5, nr. 64.

Mellema-Kranenburg, in: GS Verbintenissenrecht

T.J. Mellema-Kranenburg, commentaar op art. 6:159 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Pásztor, Arbeidsrecht 2006/9

A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *Arbeidsrecht* 2006/9, afl. 2.

Pitlo/Reehuis e.a. 2012

W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer Kluwer 2012.

Rijssen, Van, 2006

G.V. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2006 (online publiek).

Schop, TPV 2014/15

E. Schop, 'Rol OR bij uitvoering pensioenovereenkomst door Opf: de discussie is nog niet voorbij', *TPV* 2014/15, afl. 2.

Schop, TRA 2017/2

E. Schop, 'Wijziging medezeggenschap OR over pensioen: niet alle knelpunten zijn opgelost', *TRA* 2017/2, afl. 1.

Stein, in: GS Vermogensrecht

P.A. Stein, commentaar op art. 3:6 & art. 3:13 BW, aant. 5&6, in: J. Hijma (red.), *GS Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Tangelder, TPV 2017/05

J.R.C. Tangelder, 'De Deelnemersverhouding civielrechtelijk ontrafeld', *TPV* 2017/05, afl. 1, p. 25-35.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2009.

Valk, in: T&C Burgerlijk Wetboek 2017

W.L. Valk, commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 6 in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017, (online).

Vranken, NJ 1999/99

J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 23 januari 1998, ECLI:NLHR:1998:ZC2555, NJ 1999/99 (*Jans/FCN*).

Vriend, in: GS Verbintenissenrecht

M. Vriend, commentaar op art. 6:2 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Wissink, WPNR 2004/6579

M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 2004/6579, p. 407 – 415.

Rapporten**De Pensioenfederatie 2011**

de Pensioenfederatie, *Verantwoordelijkheidsverdeling sociale partners – pensioenfondsbestuur*, november 2011.

Instemmingsrecht OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen 2014

Instemmingsrecht OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen (SER-advies 14/05 van juni 2014 aan de Staatssecretaris van Sociale zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2014 (online publiek).

Van Marwijk Kooy 2017

A. Van Marwijk Kooy, *Wijziging pensioenregeling* (pensioenlezing VU), 2017.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1990/91, 22 167, nr. 2.

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p.3.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978/325, m.nt. P.A. Stein.
HR 22 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0159, NJ 1991/376, m.nt. E.A.A Luijten.
HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97, m.nt. J.B.M. Vranken (*Jans/FCN*).
HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999/497.
HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, NJ 2003/503 r.o. 3.5.1, m.nt. C.E. Du Perron (*Butere.a./Besix*).
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:AO1427, NJ 2005/493, r.o. 5.2, m.nt. C.E. Du Perron (*DSM/Fox*).
HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, NJ 2005/499 (*TCM/Gesink*).
Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2012:BY3123, nr. 2.4, bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI-Gerling*).
HR 8 november 2013, JAR 2013/300, ECLI:NL:HR:2013:1134 (*Delta Lloyd*).

Gerechtshoven

Hof Den Haag 3 januari 1975, ECLI:NL:GHSGR:1975:AJ1090 (*Anna-Bella*).
Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NLGHAMS:2012:BW8050.
Hof Den Bosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3936.
Hof Den Bosch 15 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229, JAR 2016/56.

Rechtbanken

Ktr. Almelo 27 juni 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BF2214.
Ktr. Rotterdam 9 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1756, PJ 2010/137.