

# Artikel 35 PW en non-conformiteit als gevolg van een niet rechtsgeldig gewijzigde pensioenovereenkomst

J. Kaldenberg

Pensioenovereenkomsten, of eenvoudiger gezegd ‘afspraken over pensioen’, worden in de praktijk voortdurend gewijzigd.<sup>1</sup> In het leeuwendeel van de gevallen is er geen haan die naar de wijziging kraait; de werknemer ‘gelooft het wel’, is (nog) niet met pensioen bezig of vreest simpelweg voor zijn baan indien hij dwars gaat liggen. Komt de werknemer wel tegen een wijziging op, dan leidt dat doorgaans tot een tweetal terugkerende discussies in de rechtspraak: 1) mocht de werkgever tot de eenzijdige wijziging overgaan?, of – wanneer de werknemer niet direct in actie is gekomen – 2) heeft de werknemer niet reeds (stilzwijgend) met de wijziging ingestemd? Luidt het antwoord op deze beide vragen ‘nee’, dan is het gevolg dat de werkgever niet bevoegd was de afspraken te wijzigen. Een vordering tot nakoming of schadevergoeding ligt dan voor de hand. Soms wordt ook de pensioenuitvoerder in dergelijke procedures betrokken, want het onbevoegd wijzigen door de werkgever kan leiden tot een pensioenreglement dat niet langer in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst.

## De zaak-Accon/ASR

Alweer even geleden (augustus 2018) deed de Kantonrechter Utrecht een interessante uitspraak in de zaak tussen Accon avm (‘Accon’) en ASR Levensverzekering N.V. (‘ASR’).<sup>2</sup> Accon had een uitvoeringsovereenkomst gesloten met ASR, ter onderbrenging van de pensioenovereenkomst (middelloonregeling). De uitvoeringsovereenkomst eindigde per 31 december 2011, waarna Accon de pensioenregeling onderbracht bij Avéro Achmea. Accon verzocht ASR mede om die reden (en in verband met hoge kosten en laag rendement), over

---

1 Hierna zal ik alleen wijzigingen bespreken die op initiatief van de werkgever tot stand zijn gekomen.

2 Ktr. Utrecht 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4070, PJ 2018/155.

te gaan tot opheffing van het gesepareerd beleggingsdepot. ASR reageerde op dat verzoek als volgt:

*“Hiervoor dient Accon de instemming van de ondernemingsraad te verkrijgen, alsmede de Vereniging van pensioengerechtigden (indien aanwezig) vooraf om advies te vragen. Vervolgens dient de toeslagregeling voor de (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden te worden gewijzigd. Wij vragen Accon het instemmingsbesluit van de ondernemingsraad te overleggen alsmede de communicatie met de (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden. Vanwege de hieraan verbonden risico’s stelt ASR het zorgvuldig doorlopen van dit traject als voorwaarde voor het meewerken aan het opheffen van het gesepareerd beleggingsdepot. Na akkoord zullen wij een en ander vastleggen in een overeenkomst.”*

Alvorens medewerking te verlenen aan de beoogde wijziging, verlangde ASR dat Accon eerst maar eens liet zien dat de pensioenovereenkomst met haar werknemers rechtsgeldig was gewijzigd. Met het oog op artikel 35 PW in mijn optiek een terechte reactie. Uit dat artikel vloeit immers de verplichting voort voor pensioenuitvoerders om een pensioenreglement vast te stellen dat ‘in overeenstemming’ is met de pensioenovereenkomst. Ook wel het ‘conformiteitsvereiste’ genoemd. Accon had geen instemming van de werknemers gevraagd met de opheffing van het depot, maar gaf aan dat dit een kwestie betrof tussen haar en de werknemers.

De kantonrechter oordeelt dat ASR inderdaad terecht van Accon verlangde dat de (gewezen) deelnemers instemden met de wijziging. Opheffing van het depot betekende voor hen een beëindiging van de (voorwaardelijke) winstdelingsregeling, waarmee de (gewezen) deelnemers in hun rechtspositie werden geraakt. Dat vergt een wijziging van de onderliggende pensioenovereenkomst. Gevolgd door de overweging:

*“Omdat ASR er ingevolge artikel 35 Pensioenwet als pensioenuitvoerder voor heeft te waken dat de pensioenovereenkomsten en het pensioenreglement (blijven) overeenstemmen met de uitvoering van de pensioenregeling, rustte op haar de verplichting om zich ervan te vergewissen dat de (gewezen) deelnemers met een wijziging van artikel 16 van het pensioenreglement instemden.”*

E. Lutjens schrijft in zijn commentaar op deze uitspraak het volgende:

*“Een van de voorwaarden is blijk van instemming van de ondernemingsraad en van de deelnemers en andere rechthebbenden. Hoewel het hier pri-*

*mair om verantwoordelijkheden van de werkgever gaat, is het terecht dat de rechtbank hier ook een verantwoordelijkheid bij de verzekeraar legt.”*

De pensioenuitvoerder die geconfronteerd wordt met een werkgever die wijzigingen wenst aan te brengen in gemaakte pensioenafspraken, heeft op grond van artikel 35 PW een verantwoordelijkheid ‘zich ervan te vergewissen’ dat de werknemers c.q. (gewezen) deelnemers met de betreffende wijzigingen hebben ingestemd. Dat is niet niets! Want hoe is dit voor een pensioenuitvoerder vast te stellen?

In de zaak-Accon/ASR stond vast dat Accon geen instemming met de wijziging van haar werknemers had gevraagd. Dat maakte in dit geval dat ASR in redelijkheid kon besluiten niet aan de wijziging mee te werken. Maar wat nu indien Accon wél instemming had gevraagd aan haar werknemers? En de wijziging misschien wel met instemming van de ondernemingsraad tot stand was gekomen? Geregeld zien wij voorbeelden in de rechtspraak terug van wijzigingen waarmee een overgrote meerderheid van de werknemers instemt, maar slechts een handjevol bezwaarmakers niet. Schendt de pensioenuitvoerder dan haar verantwoordelijkheid op grond van artikel 35 PW, door (ook) ten opzichte van deze bewaarmakers toch de door de werkgever gewenste wijziging door te voeren?

Eenzijds is het nu eenmaal de wettelijke verplichting van de pensioenuitvoerder om ervoor te zorgen dat het pensioenreglement in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst. Indien het oordeel luidt dat de werkgever, ten opzichte van de enkele bezwaarmakers, de pensioenovereenkomst niet rechtsgeldig heeft gewijzigd, dan is van conformiteit niet langer sprake en schendt de pensioenuitvoerder strikt genomen de op haar rustende verplichting uit hoofde van artikel 35 PW. Anderzijds kan van een pensioenuitvoerder bezwaarlijk worden verlangd dat deze ‘op de stoel van de rechter’ gaat zitten en de geldigheid van een door de werkgever doorgevoerde (eenzijdige) wijziging in de pensioenovereenkomst beoordeelt. Lutjens schrijft hier verder (nog steeds in het licht van de Accon/ASR-zaak) over:<sup>3</sup>

*“Deze rechtbank oordeelde dat art. 35 PW meebrengt dat op de uitvoerder de verplichting rust zich te ‘vergewissen’ dat (gewezen) deelnemers met een wijziging van het reglement instemden. Al te strikt genomen gaat dat wat ver, maar van de pensioenuitvoerder mag wel worden verwacht dat deze een redelijke mate van onderbouwing van de werkgever krijgt dat er sprake is van een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst, met inbegrip*

3 E. Lutjens, *Asser 7 XI Pensioen*, Kluwer 2019, nr. 580.

*van instemming of niet inroepen van nietigheid door de ondernemingsraad. Dat vloeit voort uit de regel dat de uitvoerder een reglement opstelt ‘in overeenstemming’ met de pensioenovereenkomst.”*

## Hoge Raad in de Fair Play Centers-zaak

Dat brengt mij tot dé uitspraak op het gebied van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden van de afgelopen jaren, namelijk die van de Hoge Raad van 29 november 2019 in de Fair Play Centers-zaak.<sup>4</sup> Want wat was het mooi geweest – ook gezien vanuit de verantwoordelijkheden van pensioenuitvoerders op grond van artikel 35 PW – indien de Hoge Raad daarin (ook) duidelijkheid gegeven zou hebben over het gewicht dat mag worden toegekend aan de instemming van de ondernemingsraad.

In de lagere rechtspraak wordt met regelmaat overwogen dat de instemming van de ondernemingsraad een ‘aanwijzing’ oplevert dat sprake is van een zwaarwichtig belang en een ‘zwaarwegend gezichtspunt’ vormt bij de beoordeling van de redelijkheid van een voorgenomen wijziging.<sup>5</sup> A-G Drijber geeft in zijn conclusie bij het Fair Play Centers-arrest een mooi overzicht van de wijze waarop hier in de literatuur naar wordt gekeken.<sup>6</sup> Hij wijst op verschillende auteurs die ervan uitgaan dat met het bestaan van overeenstemming met de ondernemingsraad ‘het zodanig zwaarwichtig belang’, dat op grond van artikel 7:613 BW en artikel 19 PW vereist is voor een eenzijdige wijziging, in beginsel is gegeven. Andere auteurs gaan minder ver en stellen zich op het standpunt dat instemming van de ondernemingsraad niet beslissend is, maar wel een ‘belangrijk gezichtspunt’ vormt en daarom (zwaar) moet meewegen bij de door de rechter te maken beoordeling. Kortom, een meerderheid (in rechtspraak en literatuur) dicht een belangrijke betekenis toe aan een door de ondernemingsraad gegeven instemming. Zou de Hoge Raad in het Fair Play Centers-arrest die belangrijke betekenis hebben bevestigd, dan is goed voor te stellen dat de pensioenuitvoerder aan zijn ‘vergewisplicht’ kan voldoen, door het opvragen van de instemming van de ondernemingsraad.

In de Fair Play Centers-zaak – het ging om de eenzijdige invoering van een werknemersbijdrage in de pensioenpremie – werd in cassatie geklaagd over het feit dat het hof in zijn oordeel niet had betrokken dat de groepsonderne-

4 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864, *PJ* 2020/6.

5 Ktr. Nijmegen 13 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1608, *PJ* 2020/70 (Also Nederland), rov. 4.12; Rb. Amsterdam 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8240, *AR-updates.nl* 2018-1372, rov. 3.11; Ktr. Almere 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62, *PJ* 2018/18, rov. 4.8; Hof Arnhem 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1305, *PJ* 2011/78, rov. 5.12.

6 Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:645, rov. 3.21 e.v.

mingsraad ('GOR') met de invoering van de werknemersbijdrage had ingestemd. A-G Drijber concludeerde dat het daartegen gerichte cassatiemiddel slaagt:

*“Doordat het hof zich niet heeft uitgelaten over de betekenis van de instemming van de GOR moet het ervoor worden gehouden dat het hof kennelijk geoordeeld heeft dat daaraan geen belang toekomt voor het antwoord op de vraag of de Werkgevers voldoende hebben onderbouwd dat zij een zwaarwichtig belang hebben om de premielastverdeling aan te passen. Daarmee is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:613 BW blijkt dat instemming van de ondernemingsraad een bij de beoordeling in aanmerking te nemen factor is (zie hiervoor, 3.13-3.17). Ook een meerderheid van de schrijvers verdedigt het standpunt dat instemming van c.q. overeenstemming met de ondernemingsraad een belangrijk gezichtspunt vormt (zie hiervoor, 3.23). Nu het hof dit heeft miskend, dienen de in het eerste en in het tweede subonderdeel naar voren gebrachte rechtsklachten te slagen. De motiveringsklacht in subonderdeel 2(b) behoeft geen behandeling.”*

Eveneens werd een klacht gericht tegen het feit dat het hof in zijn oordeel niet het 'draagvlak' onder het personeel had laten meewegen (van de 590 werknemers hadden 585 werknemers met de wijziging ingestemd). De A-G concludeerde dat ook die klacht slaagt:

*“Het hof oordeelt in rov. 3.17 dat het feit dat 585 van de 590 werknemers hebben afgezien van bezwaar tegen de wijziging in de premielastverdeling “niets” zegt over de aard en het gewicht van het belang van de Werkgevers bij de wijziging en dat dit niet afdoet aan het eerdere oordeel van het hof dat geen sprake is van een zwaarwichtig belang. De Werkgevers klagen dat dit oordeel rechtens onjuist is omdat het miskent dat een ‘zwaarwichtig belang’ in de zin van art. 7:613 BW een relatief begrip is, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Daarbij komt wel degelijk gewicht toe, althans kan gewicht toekomen, aan het feit dat de overgrote meerderheid van de werknemers niet tegen de wijziging opkomt.*

4.27

*De klacht slaagt gelet op hetgeen ik bij de beoordeling van onderdeel 1 heb uiteengezet. Het hof heeft beoordeeld of de Werkgevers een (absoluut) zwaarwichtig belang bij de eenzijdige wijziging van de premielastverdeling hebben, zonder daarbij de belangen van de werknemers of het eventueel onder werknemers breed bestaande draagvlak voor de wijziging van de arbeidsvoorwaarde mee te nemen.*

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, gaat niet mee met de conclusie van de A-G, en oordeelt over de wijze waarop artikel 7:613 BW moet worden toegepast als volgt:

*“De hiervoor in 3.1.2 aangehaalde tekst en strekking van art. 7:613 BW brengen mee dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.”*

De Hoge Raad gaat in het vervolg niet (expliciet) in op de onderdelen 2 en 3 van het cassatiemiddel, welke specifiek betrekking hadden op het gewicht dat moet worden toegekend aan instemming van de GOR (onderdeel 2) en het draagvlak onder het personeel (onderdeel 3). Dat heeft ertoe geleid dat Fair Play Centers de Hoge Raad heeft verzocht om de uitspraak op grond van artikel 31 Rv te ‘herstellen’, dan wel op grond van artikel 32 Rv ‘aan te vullen’. Dit ervan uitgaande dat de Hoge Raad de hiervoor genoemde onderdelen niet inhoudelijk heeft behandeld, althans niet op een wijze die kenbaar is. Daarbij heeft Fair Play Centers aangegeven:

*“dat het voor de praktijk belangrijk is te weten welke betekenis de instemming van de ondernemingsraad heeft voor het antwoord op de vraag of sprake is van een zwaarwichtig belang in de zin van art. 7:613 BW.”*

De Hoge Raad heeft bij arrest van 17 januari 2020 het verzoek van Fair Play Centers om herstel, dan wel aanvulling van het arrest van 29 november 2019 afgewezen onder de overweging:<sup>7</sup>

*“In de aangehaalde overwegingen ligt de verwerping besloten van de genoemde klacht van de onderdelen 2 en 3 van de cassatiemiddelen, te weten*

<sup>7</sup> HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:72, PJ 2020/30, rov. 1.5.4.

*dat het hof had moeten meewegen dat de GOR met de wijziging heeft ingestemd en dat het overgrote deel van de werknemers niet tegen de wijziging is opgekomen. Uit deze overwegingen volgt voorts dat de in de onderdelen genoemde omstandigheden het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk maken, gegeven de grote betekenis die het hof heeft toegekend aan zijn – in cassatie niet bestreden – oordeel dat voor het loonoffer geen bedrijfseconomische noodzaak bestond.”*

Het Hof’s-Hertogenbosch had in de Fair Play Centers-zaak geen (bijzondere) betekenis toegekend aan het feit dat de GOR met de invoering van de werknemersbijdrage had ingestemd. De instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met de ondernemingsraad kan ‘geen directe doorwerking’ hebben in de individuele arbeidsovereenkomsten. Meer zei het hof er niet over. Met betrekking tot het feit dat van de 590 werknemers er slechts vijf niet akkoord zijn gegaan met de wijziging, overwoog het hof dat deze omstandigheid ‘niets zegt over de aard en het gewicht van de wijziging’.<sup>8</sup>

De Hoge Raad heeft het oordeel van het hof in de Fair Play Centers-zaak in stand gelaten. Uit het arrest van de Hoge Raad – of beter gezegd arresten – volgt in mijn optiek dat aan de eventuele instemming van een ondernemingsraad dan ook geen zwaarwegend gezichtspunt kan worden ontleend bij de beoordeling of een werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat een eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:619 BW (of artikel 19 PW) stand kan houden. Uit de hiervoor geciteerde (en onderstreepte) overweging van de Hoge Raad volgt veeleer dat de eventuele instemming van de ondernemingsraad slechts één van de vele omstandigheden vormt die bij de beoordeling van een eenzijdige wijziging kunnen worden betrokken. Immers, zo overweegt de Hoge Raad, brengt de strekking van artikel 7:613 BW mee dat de rechter een eenzijdige wijziging moet beoordelen met inachtneming ‘van alle omstandigheden van het geval’.

### **Fair Play Centers en de verantwoordelijkheid van de pensioenuitvoerder op grond van artikel 35 PW**

Hiervoor is vastgesteld dat pensioenuitvoerders op grond van artikel 35 PW een verantwoordelijkheid hebben om na te gaan of werkgevers de pensioenovereenkomst met de werknemers rechtsgeldig (eenzijdig) hebben gewijzigd. Immers, het pensioenreglement moet in overeenstemming zijn en blijven met de pensioenovereenkomst. Wordt de pensioenovereenkomst eenzijdig door de werkgever gewijzigd – neem maar het voorbeeld van de

<sup>8</sup> Hof’s-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:685, PJ 2018/43, rov. 3.16.

wijziging van een middelloonregeling naar een premieovereenkomst –, dan handelt de pensioenuitvoerder in strijd met artikel 35 PW indien het pensioenreglement dienovereenkomstig wordt gewijzigd, terwijl achteraf komt vast te staan dat de wijziging van de pensioenovereenkomst niet rechtsgeldig was. Bijvoorbeeld omdat de werkgever hierbij geen zodanig zwaarwichtig belang had ten opzichte van de belangen van de werknemer, zoals op grond van artikel 7:613 BW vereist. Het pensioenreglement is dan niet langer in overeenstemming met de (niet rechtsgeldig gewijzigde en dus oorspronkelijke) pensioenovereenkomst.

In de zaak-Acon/ASR verzocht ASR aan Acon om het advies van de ondernemingsraad te overleggen, alvorens aan het verzoek om wijziging van het pensioenreglement gehoor te kunnen geven. Een en ander speelde zich af medio 2014 en daarmee vór voordat de Hoge Raad het Fair Play Centers-arrest zou wijzen. Daarmee ook in een periode dat er in menig uitspraak en door menig auteur vanuit werd gegaan dat de instemming van een ondernemingsraad toch op zijn minst een belangrijke aanwijzing vormt of zelfs een zwaarwegend gezichtspunt. Niet zo vreemd dat ASR dacht aan haar verantwoordelijkheid op grond van artikel 35 PW te kunnen voldoen – en overigens op basis van de specifieke omstandigheden van die zaak ook kon voldoen – door het advies van de ondernemingsraad op te vragen. Dat niet alleen, ASR vroeg ook de communicatie met de deelnemers op.

In het licht van het Fair Play Centers-arrest meen ik dat pensioenuitvoerders er niet mee kunnen volstaan om medewerking te verlenen aan een eenzijdig door de werkgever doorgevoerde wijziging in de pensioenovereenkomst, louter afgaande op de eventuele instemming van de ondernemingsraad. Of afgaande op het feit dat de ondernemingsraad niet de nietigheid van het besluit tot wijziging heeft ingeroepen.

De eventuele instemming van de ondernemingsraad vormt slechts één van de vele omstandigheden die betrokken moeten worden bij de beoordeling van een eenzijdige wijziging. De vergewisplicht van artikel 35 PW vergt daarmee meer actie van de pensioenuitvoerders teneinde vast te kunnen stellen of de door de werkgever voorgestane eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de beugel kan. Moet de pensioenuitvoerder dan toch op de stoel van de rechter zitten en de wijziging ten volle toetsen? Dat zou de uitvoeringspraktijk veel te gecompliceerd maken, maar artikel 35 PW brengt mijns inziens wel met zich mee dat de pensioenuitvoerder op zijn minst dient na te gaan of de werkgever een redelijke aanleiding heeft voor de beoogde wijziging, er voldoende aanleiding bestaat om aan te nemen dat sprake is van een zwaarwichtig belang en dat de werkgever een belangenafweging heeft ge-



maakt. Er moet een redelijke aanleiding zijn om aan te nemen dat de belangenafweging in het voordeel van de werkgever uitvalt.

### **Heeft de werkgever wel om ‘instemming’ gevraagd?**

Niet alleen het Fair Play Centers-arrest heeft gevolgen voor de vergewisplicht van de pensioenuitvoerder bij wijziging van de pensioenovereenkomst. Ook andere uitspraken vullen – hoewel artikel 35 PW daarin niet aan de orde kwam – de vergewisplicht nader in. Want wat te denken van de situatie waarin werknemers zich niet tegen een wijziging verzetten? Wat kan er in die situatie van de pensioenuitvoerder worden verlangd?

Ik meen dat de pensioenuitvoerder – zoals ASR in de Accon-zaak ook deed – in ieder geval de onderliggende communicatie met de werknemers op dient te vragen en zich ervan vergewist of een deugdelijk informatietraject heeft plaatsgevonden. Naarmate de gevolgen van de wijzigingen voor de werknemer groter zijn, zullen hogere eisen aan dat traject gesteld mogen worden. Voor de werknemer dient in ieder geval inzichtelijk te zijn gemaakt welke gevolgen de wijziging van de pensioenovereenkomst voor hem heeft: ‘waar doet hij in geval van instemming afstand van?’ Dat betekent in ieder geval een deugdelijk overzicht van de voor- en nadelen van de wijziging, omdat anders het risico op de loer ligt dat een eventuele instemming met een wijziging van de pensioenovereenkomst, met een beroep op dwaling succesvol wordt vernietigd.

Een belangrijk onderdeel bij het opvragen van de onderliggende communicatie met de werknemers is dat de pensioenuitvoerder zal moeten vaststellen of de werknemers – nadat zij deugdelijk zijn geïnformeerd – daadwerkelijk met de wijziging hebben ingestemd. Zo volgt uit arresten van het Hof ’s-Hertogenbosch dat een op het eerste gezicht deugdelijk informatietraject nog niet meebrengt dat, indien de werknemers niet expliciet met een wijziging instemmen, ervan mag worden uitgegaan dat zij de wijziging welbewust (stilzwijgend) hebben aanvaard.<sup>9</sup>

In een arrest van 8 oktober 2019 verwoordt het Hof ’s-Hertogenbosch dit als volgt:

*“Het hof verwierpt het betoog van [werkgever] dat [werknemer] heeft ingestemd omdat hij nooit heeft geprotesteerd. Het hof is van oordeel dat ‘welbewuste instemming’ impliceert dat het [werknemer] in ieder geval duidelijk*

9 Hof ’s-Hertogenbosch 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3663, PJ 2019/132, rov. 3.18.

*moet zijn geweest dat hij de mogelijkheid had om al dan niet in te stemmen. [werkgever] heeft weliswaar het nodige gedaan om informatie te geven over de nieuwe regeling (memo's, voorlichtingsavonden, helpdeks, zie 3.1.4.), maar zij heeft niet aangevoerd dat zij [werknemer] heeft gevraagd om in te stemmen of dat het [werknemer] anderszins duidelijk is geweest dat de wijziging zijn instemming behoeft en hij die dus ook kon weigeren. Dat blijkt ook nergens uit."*

En, eveneens treffend, in een arrest van 14 januari 2020:<sup>10</sup>

*"Aan de vraag of van de eisers in 2014 in redelijkheid kon worden gevergd dat zij instemden met het wijzigingsvoorstel, gaat de vraag vooraf of [de vennootschap] die vraag voldoende duidelijk aan de eisers heeft gesteld. Het antwoord daarop is nee."*

Relevant is daarmee na te gaan of de werkgever om instemming heeft gevraagd. Is dat niet het geval, dan bestaat een wezenlijk risico dat de wijziging van de pensioenovereenkomst op termijn alsnog nietig blijkt.

### **Wat zijn de gevolgen voor de pensioenuitvoerder indien artikel 35 PW wordt geschonden?**

Of de pensioenovereenkomst rechtsgeldig is gewijzigd (eenzijdig of tweezijdig) wordt doorgaans, pas nadat de wijziging reeds is ingetreden, beoordeeld. Wat nu indien blijkt dat de wijziging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden? Bijvoorbeeld omdat wordt vastgesteld dat de werkgever hierbij niet een zodanig zwaarwichtig belang had dat de belangen van de werknemer daarvoor moesten wijken. Of wanneer wordt vastgesteld dat de werknemer niet om instemming is gevraagd en/of geen sprake is van welbewuste instemming? Aan het vereiste van conformiteit zoals voorgeschreven in artikel 35 PW is dan niet langer voldaan.

Een dergelijke situatie deed zich voor in een uitspraak van de Kantonrechter Alkmaar van 31 juli 2019.<sup>11</sup> Werkgever, Schneider Electric, was – met goedkeuring van de ondernemingsraad nota bene! – overgegaan tot een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. Deze hield een wijziging in van de onvoorwaardelijke toeslageregeling in een voorwaardelijke. Enkele werknemers stemden met deze wijziging niet in, nu de wijziging gelet op artikel 20

10 Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:83, PJ 2020/19, rov. 3.7.4.

11 Ktr. Alkmaar 31 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6929, PJ 2019/118.

PW niet mogelijk zou zijn. Procedures zijn het gevolg waarin niet alleen Schneider Electric wordt betrokken, maar ook uitvoerder Zwitserleven.

De kantonrechter oordeelt dat artikel 20 PW inderdaad aan wijziging van de onvoorwaardelijke toeslag in de weg staat. De pensioenovereenkomst is als gevolg daarvan niet rechtsgeldig gewijzigd. Schneider Electric wordt veroordeeld tot nakoming van de onvoorwaardelijke toeslagregeling. Ten aanzien van Zwitserleven wordt geoordeeld:

*“Zwitserleven is er in haar verweer van uitgegaan dat Schneider gerechtigd was om de pensioenovereenkomst met [eiser] te wijzigen op grond van artikel 6:248 lid 2 BW en dat zij als pensioenuitvoerder daarom niet verplicht was te controleren of [eiser] met die wijziging heeft ingestemd. Hiervoor is geoordeeld dat Schneider niet gerechtigd was tot die wijziging. Dat betekent dat Zwitserleven op grond van artikel 35 lid 1 Pw gehouden is een pensioenreglement vast te stellen in overeenstemming met de ongewijzigde pensioenovereenkomst tussen Schneider en [eiser], [...]. Nu Zwitserleven die verplichtingen niet nakomt, is sprake van een toerekenbare tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW dan wel van een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW, op grond waarvan Zwitserleven schadeplichtig is.”*

De kantonrechter verklaart voor recht dat Zwitserleven haar uit artikel 35 PW voortvloeiende zorgplicht heeft geschonden en aansprakelijk is voor de schade die de werknemer en zijn nabestaande eventueel zullen lijden.

### **Nakoming of schadevergoeding wegens een onrechtmatige daad**

De pensioenuitvoerder moet er aldus rekening mee houden dat – indien de pensioenovereenkomst niet rechtsgeldig door de werkgever wordt gewijzigd – het in rechte betrokken kan worden indien als gevolg van de wijziging het pensioenreglement niet meer in overeenstemming is met de (oorspronkelijk) pensioenovereenkomst. De werknemer kan mogelijk met een beroep op artikel 6:253, lid 1 BW (derdenbeding) nakoming vorderen van de oorspronkelijke pensioenovereenkomst jegens de pensioenuitvoerder. Daarnaast zal in geval van non-conformiteit echter sprake zijn van een onrechtmatige daad van de pensioenuitvoerder (artikel 6:162 BW).

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW zijn vereist: een onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, een causaal verband tussen daad en schade en tot slot relativiteit.

Van een onrechtmatige daad is onder meer sprake in geval van ‘een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’. De pensioenuitvoerder heeft op grond van artikel 35 PW de wettelijke plicht om ervoor te zorgen dat het pensioenregeling in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst. Werkt de pensioenuitvoerder mee aan een (nietige) wijziging van de pensioenovereenkomst door wijziging van het pensioenreglement, dan handelt de pensioenuitvoerder in beginsel onrechtmatig.

Toerekening vindt plaats wanneer de onrechtmatige daad te wijten is aan schuld van de pensioenuitvoerder of aan een oorzaak die krachtens wet of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Hier zou ik mij voor kunnen stellen dat de pensioenuitvoerder die de uit artikel 35 PW voortvloeiende vergewisplicht serieus neemt en afdoende onderzoek verricht naar aanleiding, onderbouwing, gevolgen en instemming van betrokkenen met de (beoogde) wijziging, onder de toerekening uit zou kunnen komen indien schuld c.q. verwijtbaarheid ter zake de wijziging dan ontbreekt.

Naast een onrechtmatige daad die toegerekend moet kunnen worden, dient sprake te zijn van (enige) schade en een causaal verband tussen handelen van de uitvoerder en de schade. Wanneer de wijziging van de pensioenovereenkomst op enigerlei wijze een versobering inhoudt en daarmee nadeel wordt geleden, dan zal het aannemelijk maken van schade in veel gevallen niet de grootste hobbel zijn. Evenmin om het verband aannemelijk te maken dat deze schade (mede) wordt veroorzaakt doordat de pensioenuitvoerder een pensioenreglement heeft opgesteld dat niet meer overeenstemt met de pensioenovereenkomst.

### **De ‘relativiteitseis’**

Dan rest de voorwaarde van ‘relativiteit’ (artikel 6:163 BW): er is geen sprake van een verplichting tot schadevergoeding indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Mooi voorbeeld in dit verband is een recente uitspraak van het Hof ’s-Hertogenbosch van 15 september 2020. Het betreft een vrijwaringsprocedure. De eerder aangehaalde uitspraak van het Hof ’s-Hertogenbosch van 8 oktober 2019 is de hoofdzaak.

In de hoofdzaak ging het erom dat de werkgever de pensioenovereenkomst per 1 januari 1999 had gewijzigd (eindloon naar middelloon en nabestaandenpensioen op opbouwbasis naar risicobasis). Werknemer ging in 2010 uit dienst en kwam in 2015 (minder dan twee maanden voor zijn pensioendatum) te overlijden. De weduwe maakt vervolgens aanspraak op nabestaan-

denpensioen, maar de pensioenuitvoerder (AEGON) weigert dat met verwijzing naar de reglementswijziging in 1999. Vanwege overlijden na de datum van uitdiensttreding bestond geen dekking meer voor nabestaandenpensioen. Reeds opgebouwd nabestaandenpensioen was in het kader van de reglementswijziging omgezet in een hoger ouderdomspensioen.

De weduwe betrok de werkgever in rechte met het standpunt dat de pensioenovereenkomst in 1999 niet rechtsgeldig gewijzigd was. Gevolg daarvan was dat het nabestaandenpensioen op opbouwbasis in stand gebleven zou zijn. Het hof ging daarin mee onder andere met de overweging dat de werkgever nooit om instemming met de wijziging had gevraagd. De werkgever riep AEGON in vrijwaring op omdat AEGON onder meer onrechtmatig zou hebben gehandeld door het nabestaandenpensioen om te zetten in ouderdomspensioen. Hoewel hier de eventuele schending van artikel 35 PW niet de grondslag was, wel een mooi voorbeeld van hoe de pensioenuitvoerder betrokken kan geraken indien de pensioenovereenkomst niet rechtsgeldig is gewijzigd.

Het hof oordeelde dat geen sprake was van onrechtmatig handelen van AEGON jegens de werkgever, want voor zover AEGON al een norm had geschonden dan was dat niet onrechtmatig tegenover de werkgever (niet voldaan aan de relativiteitseis):

*“Het hof is van oordeel dat de vordering van [appellante] niet toewijsbaar is om de navolgende redenen. Hiervoor heeft het hof in het midden gelaten of [geïntimeerde] in strijd heeft gehandeld met de wet en ook nu hoeft dat niet beoordeeld te worden. Immers, ook als het oordeel zou zijn dat [geïntimeerde] in strijd met de wet heeft gehandeld door het tot 1 januari 1999 opgebouwde partnerpensioen om te zetten in extra ouderdomspensioen, dan was dat niet onrechtmatig tegenover [appellante]. Los van de omstandigheid dat de geschonden norm niet strekte tot bescherming van het belang van [appellante], geldt het volgende. Vanaf 1 januari 1999 heeft [geïntimeerde] het nieuwe pensioenreglement van [appellante] uitgevoerd. Wat hieraan per die datum onrechtmatig is jegens [appellante], valt niet in te zien. Het is niet het initiatief geweest van [geïntimeerde] om het pensioenreglement van [appellante] te (willen) wijzigen en [geïntimeerde] heeft daar verder geen rol in gehad. [geïntimeerde] heeft immers reeds in eerste aanleg (onbetwist) aangevoerd dat [appellante] destijds is geadviseerd en is bijgestaan door adviseur Watson Wyatt Brans & Co (inmiddels Willis Towers Watson) en dat deze deskundige de inhoud van het pensioenreglement 1999 heeft geredigeerd.”*

Wanneer de weduwe ervoor had gekozen om naast de werkgever ook AEGON in de procedure te betrekken, dan was goed denkbaar geweest dat AEGON op grond van artikel 35 PW medeaansprakelijk was geweest, nu het pensioenreglement dus niet meer in overeenstemming was met de voor 1999 geldende pensioenovereenkomst. De geschonden norm (conformiteit tussen pensioenovereenkomst en pensioenreglement) strekt nu juist tot bescherming tegen schade zoals de weduwe in dit geval had geleden.

Goed om op te merken is dat daaraan niet in de weg staat dat tussen de weduwe en de werkgever enerzijds en de weduwe en de pensioenuitvoerder anderzijds, geen rechtstreekse rechtsverhouding bestond. De Hoge Raad heeft al vaker geoordeeld dat wanneer iemand zich contractueel heeft verbonden (lees: de werkgever en/of pensioenuitvoerder), waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, het hem niet onder alle omstandigheden vrijstaat om de belangen te verwaarlozen die derden bij een behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben.<sup>12</sup>

In alle gevallen blijft het, zo blijkt ook uit de hiervoor besproken uitspraak, relevant na te gaan welke partij een wijziging nu daadwerkelijk heeft doorgevoerd. Houdt de pensioenovereenkomst louter een incorporatie in van het pensioenreglement en is het de pensioenuitvoerder of zijn het bijvoorbeeld de sociale partners die het initiatief tot wijziging nemen, dan is het toetsingskader een andere.<sup>13</sup> Zoals in de inleiding opgemerkt, ben ik alleen ingegaan op de situatie dat de werkgever de pensioenovereenkomst wijzigt.

## Conclusie

Artikel 35 PW vestigt de verplichting voor de pensioenuitvoerder om een pensioenreglement vast te stellen in overeenstemming met de pensioenovereenkomst. Ziet de pensioenuitvoerder zich geconfronteerd met een werkgever die de pensioenovereenkomst wenst te wijzigen, dan zal deze na moeten gaan of aannemelijk is dat de werkgever daartoe eenzijdig over mocht gaan en/of dat de werknemers met de wijziging hebben ingestemd.

12 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 en HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017/364.

13 Zie recent over dergelijke situaties van incorporatie A.G. van Marwijk Kooy, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken: Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd*, 2020/40 en de reactie op dat artikel E. Lutjens, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken: Reactie op: Bevoegdheid van sociale partners versus pensioenuitvoerder*, 2020/41.

Gelet op het Fair Play Centers-arrest van de Hoge Raad kunnen pensioenuitvoerders daarbij niet volstaan met het opvragen van door de ondernemingsraad gegeven instemming. Anders dan voorheen wel door auteurs en in de rechtspraak werd aangenomen, vormt de eventuele instemming van een ondernemingsraad immers geen zwaarwegend gezichtspunt bij de vraag of een wijziging (eenzijdig of tweezijdig) rechtsgeldig tot stand is gekomen. Immers, zo overweegt de Hoge Raad, brengt de strekking van artikel 7:613 BW mee dat de rechter een eenzijdige wijziging moet beoordelen met inachtneming 'van alle omstandigheden van het geval.

Schending van artikel 35 PW brengt in beginsel mee dat een werknemer met een beroep op artikel 6:253 lid 1 BW (derdenbeding) nakoming zou kunnen vorderen van de oorspronkelijke pensioenovereenkomst jegens de pensioenuitvoerder. Daarnaast zal echter sprake zijn van onrechtmatig handelen door de pensioenuitvoerder op grond van artikel 6:162 BW. De werknemer die opkomt tegen een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst, dan wel terugkomt op een (niet welbewuste) instemming zou ervoor kunnen kiezen zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder aan te spreken. Dat zal meer voor de hand liggen naarmate de belangen toenemen en wellicht twijfel bestaat bij de mogelijkheden tot verhaal jegens de werkgever.

Pensioenuitvoerders hebben er om die reden belang bij zich ervan te vergewissen of de pensioenovereenkomst rechtsgeldig door de werkgever is gewijzigd. Gaat het om een eenzijdige wijziging, dan vergt artikel 35 PW in mijn optiek dat de pensioenuitvoerder nagaat of de werkgever een redelijke aanleiding heeft voor de wijziging, er voldoende aanleiding bestaat om aan te nemen dat sprake is van een zwaarwichtig belang en dat de werkgever een belangenafweging heeft gemaakt.

Gaat het om een tweezijdige wijziging (omdat werknemers expliciet hebben ingestemd of omdat zij niets hebben laten horen), dan zal (mede) gekeken moeten worden naar de communicatie en informatie die door de werkgever aan de werknemers is verstrekt en met name of de werkgever ook daadwerkelijk om instemming heeft gevraagd.

De besproken voorbeelden uit de rechtspraak laten zien dat indien de pensioenuitvoerder onvoldoende onderzoek doet – zich verweert met de stelling ervan uit te zijn gegaan dat de werkgever wel mocht wijzigen – aansprakelijkheid en daarmee gehoudenheid tot vergoeding van schade op de loer ligt.

