

door Bovag aangevoerde argumenten dat de door PMT voorgestane premieverdeling nadelig is voor Bovag-werkgevers en dat art. 8 Wet Bpf 2000 niet in de weg staat aan een separate premieverdeling voor de sector MvT.

3.5.2 Art. 105 lid 2 Pw bepaalt dat de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen, zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en ervoor zorgen dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

3.5.3 De norm van evenwichtige belangenbehartiging die voortvloeit uit art. 105 lid 2 Pw, geldt ook bij de vaststelling van de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers in het geval de bevoegdheid tot die vaststelling toekomt aan het bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds.

Het oordeel van het hof dat het beroep van Bovag op art. 105 lid 2 Pw niet slaagt, is niet onbegrijpelijk. De enkele omstandigheid dat PMT heeft geweigerd aan de wensen van Bovag tegemoet te komen, welke tegemoetkoming ten koste zou gaan van de solidariteit binnen de bedrijfstak, is onvolgende om aan te nemen dat Bovag zich niet op evenwichtige wijze vertegenwoordigd heeft kunnen voelen door PMT. Dat de door PMT voorgestane premieverdeling nadelig was voor de Bovag-werkgevers, behoeft het hof niet tot een ander oordeel te leiden. Aan het stelsel van de Wet Bpf 2000 is immers inherent dat een premieverdeling, ook bij een evenwichtige belangenbehartiging, voor de ene groep werkgevers, mede in het licht van de overige arbeidsvoorwaarden die die groep is overeengekomen, nadeliger gevolgen kan hebben dan voor de andere groep werkgevers. De verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in een bedrijfstak werkzaam zijn, stoelt immers op de solidariteit binnen die bedrijfstak. Dat de door PMT in het kader van de premieverdeling gehanteerde percentages op zichzelf onevenwichtig zouden zijn, is niet aangevoerd.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Bovag in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van PMT begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

#### Noot

1. Contractsvrijheid verdwijnt nadat de verplichtstelling verschijnt. Dat lijkt de kern van dit Bovag-arrest van de Hoge Raad (*JAR* 2018/90). Werkgeversvereniging Bovag blijft gebonden aan de door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds PMT vastgestelde hoogte van de werknemerspremie. De hoogte van die premie was afgestemd met de Vakraad (sociale partners). Ook nadat Bovag de Vakraad had verlaten en een eigen cao had gesloten met een andere premieverdeling bleef zij gebonden aan de PMT-premiehoogte.

2. In deze noot besteed ik aandacht aan de knellende bevoegdheidsverdeling tussen sociale partners en pensioenuitvoerders. Is het pensioenfonds bevoegd om de inhoud van het pensioenreglement te bepalen of komt die bevoegdheid toe aan sociale partners? De uitkomst kan grote (financiële) gevolgen hebben voor de werkgever, werknemers en pensioenuitvoerders.

3. Waar ging het om in deze zaak? De bedrijfstak metaal en techniek heeft een specifiek arbeidsvoorwaardensysteem voor verschillende sectoren. Bovag is een werkgeversorganisatie binnen de sector motorvoertuigen- en tweewielersbedrijf. De partijen die de cao's sluiten (sociale partners) overlegden in de Vakraad. Dat deden zij ook over de arbeidsvoorwaarde pensioen.

4. Bovag verlaat de Vakraad in 2010. In 2014 wijzigt PMT op initiatief van de Vakraad de premieverdeling. De maximale werknemerspremie is minder dan 50%. Bovag heeft met werknemersorganisaties een eigen cao gesloten. Daarin staat een maximale werknemerspremie van 50%. PMT vordert een verklaring voor recht dat het bevoegd is die premiebesluiten te nemen en dat Bovag verplicht is die premiebesluiten na te leven.

5. Verplichtstelling van pensioen in de bedrijfstak gebeurt op verzoek van een belangrijke meerderheid van sociale partners in die bedrijfstak (zie art. 2 Wet Bpf 2000). De Hoge Raad oordeelt dat na de verplichtstelling de onderhandelings- en contracteeruimte voor individuele werkgevers (organisaties) aanzienlijk is beperkt (r.o. 3.3.8). Dat vloeit voort uit de wet en het stelsel van verplichtstelling.

6. Het pensioenfondsbestuur ontleent aan de statuten en reglementen de bevoegdheid om door besluiten nadere invulling te geven aan het pensioenreglement (en daarmee de inhoud van de pensioenregeling) en aan het uitvoeringsreglement. Bovag had geen ruimte meer om een andere premieverdeling overeen te komen (r.o. 3.3.9). Art. 4 wet Bpf verplicht werkgevers immers tot naleving van de statuten, reglementen en daarop gebaseerde besluiten van het pensioenfonds.

7. PMT handelde volgens de Hoge Raad evenmin in strijd met de in art. 105 PW neergelegde norm van evenwichtige belangenafweging. De wens van Bovag om in afwijking van het uitvoeringsreglement een hogere werknemersbijdrage te kunnen vragen zou ten koste gaan van de solidari-

teit in de bedrijfstak. Niet aangevoerd was dat de door PMT gehanteerde premieverdeling onevenwichtig zou zijn (r.o. 3.5.3).

8. Uitgangspunt van de (pensioen)wet is dat het primaat voor de inhoud van de pensioenovereenkomst ligt bij sociale partners (zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 24, p. 13). Het *Bovag*-arrest maakt duidelijk dat het pensioenfondsbestuur na een verplichtstelling aan de statuten en reglementen de bevoegdheid kan ontnemen om de inhoud van de pensioenregeling te wijzigen.

9. Wat dat betreft past de uitspraak in het *Delta Lloyd*-arrest (HR 8 november 2013, *JAR* 2013/300). Daarin liet de Hoge Raad het oordeel in stand dat het *ondernemingspensioenfonds* (statutair) bevoegd was om de onvoorwaardelijke indexatie te wijzigen. Dat was geen eenzijdige wijziging door de werkgever. Daarom hoefde het pensioenfonds geen zwaarwichtig belang aan te tonen voor die wijziging (vergelijk art. 7:613 BW). Net als in het *Bovag*-arrest kan de pensioenuitvoerder ondanks het primaat van sociale partners statutair/reglementair bevoegd zijn om zelfstandig besluiten te nemen over de inhoud van de pensioenovereenkomst.

10. In het *Bovag*-arrest was er (1) statutaire bevoegdheid en (2) goedkeuring van de vakraad met de premieverdelingsregels. PMT kon dus stellen dat het de overeenkomst van sociale partners uitvoerde. Bovag was daaraan ook gebonden nadat zij de Vakraad had verlaten.

11. Betekent dit arrest inderdaad dat de contractsvrijheid verdwijnt nadat de verplichtstelling verschijnt? Niet per se. Het pensioenfonds is een stichting (art. 1 PW). Het stichtingenrecht staat toe dat bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring of instructie van derden (art. 2:291 BW, *Asser-Rensen* 2-III, 2017/334). Stel dat sociale partners willen voorkomen dat het pensioenfonds aan de statuten de bevoegdheid ontleent om zelfstandig de inhoud van het pensioenreglement te wijzigen. Dat kan door in de statuten van het pensioenfonds de bevoegdheid van het bestuur om de inhoud van het pensioenreglement of het uitvoeringsreglement te onderwerpen aan goedkeuring van sociale partners (althans een bezwaar- of veto-recht op te nemen).

12. De Pensioenwet verplicht werkgever en pensioenuitvoerder om in de uitvoeringsovereenkomst een regeling op te nemen voor de procedure die geldt bij wijziging van het pensioenreglement (art. 25 lid 1 onder e). Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds stelt het bestuur een uitvoeringsreglement vast. De Pensioenwet verplicht een pensioenfonds om in de statuten bepalingen op te nemen (art. 111 PW). Een wettelijke verplichting om de procedure bij wijziging van reglement op te nemen is er niet. Zou zo'n wettelijke verplichting niet een manier zijn om sociale partners en pensioenfondsbestuur te dwingen de bevoegdheidsverdeling te laten regelen en geschillen te voorkomen?

13. Ik vrees dat sociale partners er in veel gevallen bij de aanvraag van de verplichtstelling niet

over hebben nagedacht of ze daarmee hun contractsvrijheid over de inhoud van de pensioenregeling hebben beperkt c.q. impliciet het bestuur de bevoegdheid hebben gelaten. Aanpassing van de statuten vergt vaak een besluit van het fondsbestuur. Dat bestuur bestaat meestal uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties en gepensioneerden.

14. In het *Bovag*-arrest kon PMT er op wijzen dat de Vakraad (sociale partners, met uitzondering van de uitgetreden Bovag) akkoord was met de premieverdelingsregels. Die afspraak werd vastgelegd in het uitvoeringsreglement. Bovag kon zich niet losmaken van de eerder ingeperkte contractsvrijheid. Het adagium lijkt: eens gegeven, blijft gegeven. Zelfs indien een deel van de sociale partners daar niet langer achter staat.

15. Toch kan de verhouding tussen wettelijke nalevingsplicht (art. 4 Wet Bpf 2000) en het primaat van sociale partners knellen. Stel dat het bestuur van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds de bevoegdheid aan de statuten meent te ontnemen om de inhoud van het pensioenreglement te wijzigen van middelloon naar premieovereenkomst zonder instemming van sociale partners. Kan het dan volhouden dat uit de wet voortvloeit dat werkgevers en deelnemers het gewijzigde reglement moeten naleven? Dat staat op gespannen voet met het wettelijk uitgangspunt dat sociale partners verantwoordelijk zijn voor de inhoud van de pensioenovereenkomst.

16. Sociale partners kunnen aanvoeren dat die bevoegdheid niet expliciet is toegekend aan het bedrijfstakpensioenfonds en dat het primaat voor de inhoud van de pensioenovereenkomst – het middelloonkarakter – volgens wettelijk systeem en wetsgeschiedenis ligt bij sociale partners. Voorstelbaar is dat sociale partners wijzen op het ontbreken van die bevoegdheid in pensioenreglement of uitvoeringsreglement. Dergelijk handelen van een bestuur kan misbruik van (statutaire) bevoegdheid of kritische vragen over vernietigbare of nietige besluiten volgens het rechtspersonenrecht meebrengen.

17. Er rest sociale partners een paardenmiddel. Op grond van art. 11 Wet Bpf zijn zij bevoegd om intrekking van de verplichtstelling te verzoeken. Is de bevoegdheidsverdeling een breekpunt dan kan de intrekking vergezeld worden van een nieuwe aanvraag waar de statutaire bevoegdheden van het bedrijfstakpensioenfonds om de inhoud van (pensioen)reglementen te wijzigen is gekoppeld aan instemming van sociale partners.

18. Wettelijke remedies voor de rommelige bevoegdheidsverdeling tussen sociale partners en pensioenuitvoerders na verplichtstelling zijn er niet. Vanaf 1 juli 2014 eist art. 102a PW een formele opdracht aanvaarding door de pensioenuitvoerder en vastlegging van doelstellingen en beleidsuitgangspunten. Het voorschrift is meer gericht tot pensioenfondsen en ziet niet expliciet op de bevoegdheidsverdeling.

19. In de literatuur is een lans gebroken voor een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst (A.G. van

Marwijk Kooy, 'Bedrijfstakpensioenregelingen en onderbrenging, De Pensioenwet nader beschouwd', *TPV* 2013/52). Daarin moeten de rechten, verplichtingen en bevoegdheden van sociale partners en pensioenuitvoerder duidelijk worden vastgelegd. Zolang statuten niet zijn verduidelijkt en er geen guidance komt van de wetgever, is het wachten op de volgende procedure over de bevoegdheidsverdeling tussen sociale partners en pensioenfondsen.

M. Heemskerck

## NJ 2018/318

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

6 juli 2018, nr. 17/01919

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff; A-G mr. M.H. Wissink) met redactionele aantekening

Art. 339 lid 3 Rv

RvdW 2018/839

ECLI:NL:PHR:2018:303

ECLI:NL:HR:2018:1097

### Hoger beroep; principaal verweer of incidentele grief?; zelfstandige processuele positie incidenteel beroep.

**Het voor het eerst bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, gedane beroep op verjaring was een verweer in het principale beroep. Daaraan doet niet af dat dat beroep op verjaring mede was opgenomen in de toelichting op een incidentele grief. Die 'grief' strekte immers niet tot wijziging van de beslissing in eerste aanleg, maar slechts tot het voeren van verweer tegen een vordering die in eerste aanleg niet was toegewezen. Het incidentele beroep neemt processueel in beginsel een zelfstandige positie in ten opzichte van het principale beroep (HR 8 februari 2013, NJ 2014/175). De memorie van antwoord in het incidentele beroep biedt de geïntimeerde in dat beroep dan ook geen gelegenheid om te reageren op in het principale beroep gevoerde, nieuwe verweren. In het principale beroep was het pleidooi daarvoor de eerste gelegenheid.**

*ED (eiseres tot cassatie) vordert betaling van Siza (verweerster in cassatie) van meerdere onderhoudstermijnen. Siza beroept zich op verjaring. Het hof honoreert dit verweer omdat ED daarop niet tijdig heeft gereageerd.*

*ED heeft bij memorie van grieven in het principaal beroep onderhoudstermijnen over 2002 en 2003 gevorderd. Siza heeft bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, voor het eerst de verjaring van die vordering ingeroepen. Het beroep op verjaring was derhalve een verweer in het*

*principale beroep. Daaraan doet niet af dat dat beroep op verjaring mede was opgenomen in de toelichting op de negende incidentele grief. Die 'grief' strekte immers blijkens de vaststelling van het hof niet tot wijziging van de beslissing in eerste aanleg, maar slechts tot het voeren van verweer tegen een vordering (van ED) die in eerste aanleg niet was toegewezen. Het incidentele beroep neemt processueel in beginsel een zelfstandige positie in ten opzichte van het principale beroep (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, NJ 2014/175, m.nt. H.J. Snijders). De memorie van antwoord in het incidentele beroep biedt de geïntimeerde in dat beroep dan ook geen gelegenheid om te reageren op in het principale beroep gevoerde, nieuwe verweren. Het oordeel van het hof dat ED op het verjaringsverweer had kunnen en moeten reageren bij memorie van antwoord in het incidentele hoger beroep, en dat daarom het voor het eerst bij pleidooi gedane beroep op stuiting van de verjaring niet tijdig was, is derhalve onjuist. In het principale beroep was het pleidooi immers de eerste gelegenheid voor ED om op het verjaringsverweer van Siza te reageren.*

Exact Dynamics B.V., te Zevenaar, eiseres tot cassatie, adv.: mr. H.J.W. Alt, tegen

Stichting Siza, te Arnhem, verweerster in cassatie, adv.: mr. J.H.M. van Swaaij, mede toegelicht door mr. J.M. Moorman.

### Hof (tussenarrest):

#### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1. Het gaat in deze zaak – samengevat – om het volgende.

– ED produceert Assistent Robot Manipulators (hierna: ARMen), dat zijn apparaten waarmee rolstoel gebonden personen met functionele beperkingen aan hun armen, handen en/of vingers, die beperkingen geheel of gedeeltelijk kunnen compenseren. Siza is een zorgverlenende instelling. Zij heeft ARMen verstrekt aan daarvoor geïndiceerde personen (hierna: de gebruikers). De productie van die ARMen en het onderhoud daarvan werden door ED verzorgd. De kosten van aanschaf en onderhoud kwamen ten laste van AWBZ- en/of de Ziekenfondsen.

– Met betrekking tot de verkoop en levering van ARMen door ED gold tussen partijen de distributieovereenkomst van 29 mei 1997. Deze overeenkomst is weliswaar gesloten door ED en Stichting Exploitatie Het Dorp, maar die stichting is per 1 januari 1999 door fusie opgegaan in (procespartij) Siza. De distributieovereenkomst is geëindigd per 1 juli 2006 doordat ED de overeenkomst bij brief van 13 mei 2005 heeft opgezegd.

– Met betrekking tot het onderhoud gold, in elk geval voor de eerste serie ARMen, het *Manuscontract* (productie 1 bij dagvaarding in eerste aanleg). Dit contract is in augustus 1998 gesloten tussen ED en Revalidatietechniek Het Dorp B.V., welke vennootschap in januari 1999 eveneens is opgegaan in Siza.