

Ondernemingsrecht 2019/139

Indexatieperspectief geëindigd door ontbinding pensioenfonds. Werkgever verplicht tot verdere nakoming of compensatie? Ongelijke behandeling? Samenha...

Hof Amsterdam 23-04-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452, m.nt. mr. A.G. van Marwijk Kooy

Instantie

Hof Amsterdam

Datum

23 april 2019

Zaaknummer

200.201.897/01

Noot

mr. A.G. van Marwijk Kooy

Annotatorprofiel

Redactie

Folio weergave[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**JCDI**

JCDI:ADS85438:1

Vakgebied(en)

Civiel recht algemeen (V)

Verbintenissenrecht / Algemeen

Verzekeringsrecht / Pensioenrecht

Sociale zekerheid ouderen / Pensioen

Brondocumenten

ECLI:NL:GHAMS:2019:1452, Uitspraak, Hof Amsterdam, 23-04-2019

Essentie

Indexatieperspectief geëindigd door ontbinding pensioenfonds. Werkgever verplicht tot verdere nakoming of compensatie? Ongelijke behandeling? Samenhangende overeenkomsten? Derdenbedingen? Omvang onderbrengingsplicht werkgever? Pensioenregeling rechtsgeldig eenzijdig gewijzigd?

Partij(en)

Euronext

Uitspraak

1. Feiten en inleiding

Vijf gepensioneerden en gewezen deelnemers (uit dienst, maar nog niet met pensioen) van Euronext Amsterdam en enkele gerelateerde werkgevers (Euronext) komen samen met de Vereniging van Pensioengerechtigden Euronext Amsterdam (VPE) op tegen het verdwijnen van iedere kans op indexatie van hun pensioenrechten en -aanspraken met ingang van 2014. Daartoe stellen zij – ik noem ze hierna soms Eisers, ter onderscheiding van VPE – meerdere vorderingen in. Zij lijken voorshands, net als in eerste aanleg,^[1] aan het langste eind te trekken. Cassatie werd niet ingesteld, zo begreep ik van partijen. Daarbij is mogelijk van belang dat het een tussenarrest betreft. De feiten zijn enigszins complex. Ik vat ze kort samen, met als vertrekpunt dat de gemiddelde lezer geen pensioenjurist zal zijn. Ter verdere geruststelling: naast pensioenrechtelijke aspecten maken ook algemeen verbintenissenrechtelijke kwesties, en vooral de vraag hoe in een samenstel van contractuele relaties verbintenissen verdeeld zijn, het arrest zeer interessant.

De pensioenregeling van Euronext werd tot 2014 uitgevoerd door Stichting Pensioenfonds Mercurius Amsterdam (PMA). Van de pensioenregeling maakte voorwaardelijke indexatie deel uit, dus geen hard recht op toeslagverlening (deze beide

begrippen betekenen hetzelfde: compensatie van inflatie), maar een jaarlijks terugkerende kans daarop. Beleggingsrendement bij PMA moest zorgen voor de verzilvering van die kans. Euronext had aangaande de voorwaardelijke toeslag dus geen financieringsverplichting. Het ging vanaf 2008 niet goed met PMA, net zoals dat gold voor vele andere pensioenfondsen. In 2008 raakte PMA in reservetekort (minder dan 126,9% van de pensioenverplichtingen aan beleggingen aanwezig) en daarna ook in dekkingstekort (minder dan 104,3% aan beleggingen aanwezig). Euronext deed onverplicht een eenmalige storting van € 1,4 mio. Voorts zegde zij toe jaarlijks 10% extra premie te zullen betalen tot het herstelltekort opgeheven zou zijn. Die toezegging werd contractueel vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst (UO) met PMA. De problemen bij PMA hielden echter aan, ondanks een extra storting van Euronext in PMA van € 11,8 mio. In 2013 was een korting van de pensioenrechten met 3% (later gereduceerd tot 1,5%) onvermijdelijk. Euronext wilde daarom stoppen met de pensioenuitvoering door PMA. Kennelijk^[2] heeft Euronext de UO met PMA opgezegd per 31 december 2013. Evenzeer kennelijk hebben PMA en Euronext over de gevolgen van die opzegging afspraken gemaakt. Euronext betaalde in verband met de gevolgen van de beëindiging 0,7 mio. Euronext sloot voor de actieve deelnemers in de pensioenregeling (dus haar werknemers van dat moment) en toekomstige deelnemers per 1 januari 2014 een nieuwe UO met Delta Lloyd (DL), de UO 2014. Bij DL vond dus de nieuwe opbouw plaats onder de (mogelijk iets gewijzigde) pensioenregeling. Van die nieuwe pensioenregeling maakte wederom voorwaardelijke jaarlijkse toeslagverlening deel uit. Euronext trof in UO 2014 een arrangement met DL voor de jaarlijkse financiering daarvan: een geormerkt "indexatiedepot" dat door Euronext gedurende enkele jaren gevoed zou worden, met circa € 5,4 mio in totaal. De tot 1 januari 2014 opgebouwde rechten en aanspraken (ik spreek verder van pensioenrechten) bleven in eerste instantie achter bij PMA. Daarbij gaat het onder meer om de pensioenrechten van Eisers, die allen reeds vóór 1 januari 2014 inactief waren geworden. PMA, in het systeem van de Pensioenwet (PW) bij uitstek verantwoordelijk voor die opgebouwde pensioenrechten, besloot vervolgens deze pensioenrechten door middel van een collectieve waardeoverdracht (CWO) ook onder te brengen bij DL. PMA had ten tijde van de CWO als gezegd een dekkingstekort en had dus onvoldoende geld om de opgebouwde pensioenrechten bij DL volledig in te kopen (vandaar de genoemde korting). Middelen om bij DL een voorwaardelijke indexatie zoals PMA die uitvoerde in te kopen waren er al helemaal niet.^[3] DL had ten opzichte van de vóór 1 januari 2014 inactief geworden personen waartoe Eisers behoren dus geen enkele verplichting tot toeslagverlening. Het indexatieperspectief van Eisers verdween daarmee geheel. Tot slot: als in het indexatiedepot voor de actieven per 1 januari 2014 geld "over is" kan dat volgens UO 2014 eventueel worden gebruikt om die actieven ook indexatie toe te kennen over hun tot 2014 opgebouwde pensioenrechten. Ook in dit opzicht dus geen voorziening voor de per 1 januari 2014 inactieven.

2. Beslissing

Het dictum van het arrest geeft weinig prijs. Het is dan ook een tussenarrest: het Hof biedt partijen gelegenheid om bepaalde door het Hof relevant geachte informatie aan te leveren. De beoordeling die daartoe leidt, is echter lijk. Kern van het arrest is het oordeel van het Hof dat Euronext zich niet als goed werkgever heeft gedragen door zich eenzijdig te onttrekken aan de met de leden van VPE gesloten pensioenovereenkomst en de ter uitvoering daarvan gesloten UO.^[4] Euronext heeft met haar aanpak ook het gelijke behandelingsvoorschrift van art. 58 PW geschonden, aldus het Hof. Het Hof oordeelt verder dat de pensioenovereenkomst van de individuele eisers (wat de indexatieregeling betreft) niet rechtsgeldig gewijzigd is, nu de redenen daarvoor onvoldoende zwaarwegend waren en ook overigens aanvaarding van de wijziging in redelijkheid niet van hen gevergd kon worden. Daarmee ligt toewijzing van de hierop gerichte verklaring voor recht in de rede.

Welke van de drie ingestelde materiële vorderingen – aangaan nieuwe genoegzame UO, betaling van een eenmalige inkoopsom aan een pensioenuitvoerder zodat hetzelfde resultaat wordt bereikt als met een UO, of schadevergoeding – naast een verklaring voor recht zal worden toegewezen, laat het Hof nog open.^[5] De kans dat een van die drie wordt toegewezen, lijkt echter groot. De kantonrechter liet het bij toewijzing van de gevraagde verklaring voor recht dat niet was nagekomen en schadevergoeding op te maken bij staan; hij wees de vordering een nieuwe UO te sluiten af.^[6]

Noot

Auteur: mr. A.G. van Marwijk Kooy^[7]

3. Commentaar

In algemene zin valt te billijken dat het Hof onderweg is naar enige vorm van aansprakelijkheid van Euronext. Het Hof lijkt zich daarbij echter meer voor te stellen dan ik op het eerste gezicht voor de hand liggend vind. Hier past echter direct een waarschuwende vinger in eigen richting: als nootschrijver ken ik het procesdossier niet, en ook overigens ben ik stuurman aan wal. Mij past dus terughoudendheid.

Dat gezegd hebbend: het arrest bevat nogal wat noemenswaardige overwegingen. Ik beperk mij in onderstaand commentaar tot de voor de praktijk meest interessante. Om redenen van eenvoud volg ik de structuur van het arrest. Dat is ook voor de lezer die het arrest erbij gepakt heeft het meest praktisch. Vanwege het karakter van deze bijdrage – een noot – moet ik het bij elk van de te bespreken aandachtspunten relatief kort houden. Diverse van die aandachtspunten verdienen echter een volledig wetenschappelijk artikel.

3.1. Complicaties pensioendriehoek

Vooropgesteld: het arrest is een sprekend voorbeeld van de complicaties die metertijd kunnen ontstaan in de pensioendriehoek tussen werkgever, pensioenuitvoerder en werknemers/deelnemers.^[9] Die complexiteit heeft in het algemeen, en zo ook hier, alles te maken met het feit dat de eerste pensioenbetalingen gemiddeld pas ruim veertig jaar na het begin van opbouw van pensioen plaatsvinden en daarna nog gemiddeld ruim twintig jaar zullen voortduren. De pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer is daarmee een duurovereenkomst bij uitstek, met als saillante extra complicatie de wijze waarop de relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder (vormgegeven in een UO) en de relatie tussen pensioenuitvoerder en werknemer/deelnemer (het pensioenreglement) op die pensioenovereenkomst inwerken. Illustratief in dit kader is het arrest van de Hoge Raad inzake ECN/OMEN van 2013:^[9] de Hoge Raad maakte daarin een einde aan de gedachte dat de rechtsverhouding tussen werkgever en deelnemer in een pensioenregeling bij diens uitdiensttreding is “uitgewerkt” (in de zin dat deze daarna niet meer voor wijziging vatbaar zou zijn). Daarmee gaf de Hoge Raad ruimte aan werkgevers en pensioenuitvoerders om ook gewezen deelnemers en pensioengerechtigden bij wijzigingsoperaties die noodzakelijk zijn vanwege verander(en)de omstandigheden te betrekken: het Nederlandse pensioenlandschap is immers al vele jaren aan grote veranderingen (vooral: versoeringen) onderhevig en dan rijst de fundamentele vraag hoe de daaruit voortvloeiende pijn eerlijk over alle betrokkenen te verdelen.

Dan nu naar het arrest.

3.2. Goed werkgeverschap?

Om te beginnen zegt het Hof dat de norm van goed werkgeverschap van art. 7:611 BW toepasselijk is.^[10] Dat lijkt mij een terechte constatering. Sinds juist genoemd ECN/OMEN-arrest zijn literatuur en rechtspraak het redelijk eens dat art. 7:611 BW ook in de relatie met ex-werknemers, ook wel inactieven of slapers genoemd (zoals Eisers), van toepassing is. Een vraag is vervolgens wel wat de rol van art. 7:611 BW kan zijn als het handelen van de werkgever ook aan een meer concrete norm getoetst kan worden. Ik kom daar zo op terug.

3.3. Indexatieperspectief?

De pensioenovereenkomst hield “een indexatieperspectief” in, zo stelt het Hof vast.^[11] Dat is juist. Daaraan doet niet af dat dit indexatieperspectief geen wettelijk begrip is; het is de verwoording van de kans dat het jaarlijks relevante voorwaardelijke recht materialiseert. De nakoming van de verplichting om dat perspectief inhoud te geven, is waar de zaak om draait. Daarbij is wat mij betreft geenszins evident dat een werkgever tot in lengte van dagen nieuwe uitvoeringsvormen moet blijven vinden om inhoud te geven aan dat indexatieperspectief als de oude niet meer werkt (zoals hier). De omvang van die werkgeversplicht zal onder meer afhangen van de aard van de uitvoeringsvorm waar het indexatieperspectief op hangt en de inhoud/kracht van dat perspectief. Het Hof heeft er echter voor gekozen de precieze aard en waarde van het perspectief niet te benoemen. Niet helemaal duidelijk is dus wat (concreet) die waarde was, gemeten naar de stand van zaken in 2013. Het is daardoor ook niet helemaal duidelijk hoe groot de kans was dat het indexatieperspectief, zou de bestaande uitvoering door PMA na 2013 gecontinueerd zijn, tot enige jaarlijkse toeslag zou leiden.^[12] En dat lijkt toch het vertrekpunt te moeten zijn, zowel bij een nakomingsvordering als schadevergoeding. Bedacht moet daarbij worden dat volgens de pensioenovereenkomst de enige financieringsbron voor indexatie overrendement was; dus het door PMA behaalde beleggingsrendement dat uitstijgt boven wat nodig is ter financiering van de pensioenaanspraken en geen eigen financieringsverplichting van de werkgever. Een gerelateerde vraag is wie het risico ervan draagt dat een ooit gekozen uitvoeringsvorm op termijn niet werkt.

3.4. Onderbrengingsplicht?

Art. 23 PW schrijft volgens het Hof dwingend voor dat een werkgever een UO sluit en in stand houdt voor de opgebouwde pensioenaanspraken, zo oordeelt het Hof.^[13] Hier lijkt sprake van een *slip of the pen*. Een UO hoeft er naar mijn overtuiging alleen te zijn tijdens de periode van opbouw.^[14] Is de opbouw geëindigd, dan brengt geen rechtsregel met zich dat een werkgever ook daarna een UO in stand moet houden. Dat is niet anders als uit de pensioenovereenkomst een door de pensioenuitvoerder te realiseren indexatieperspectief voortvloeit; bij voorwaardelijke toeslagverlening is geen sprake meer van opbouw. De UO die (laatstelijk) gold tijdens de periode van opbouw normeert (gelukkig) in het algemeen mede het gedrag van de pensioenuitvoerder ten aanzien van opgebouwde aanspraken ook na einde opbouw. Aan het Hof kan toegegeven worden dat art. 23 PW niet geheel helder is, nu die tekst zonder beperking in de tijd spreekt van het sluiten en in stand houden van een UO. Er zijn in Nederland vele ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars actief waar geen

opbouw meer plaatsvindt: zij beperken zich tot het beheer van in het verleden opgebouwde pensioenrechten, en doen dat zonder “actieve” UO met enige werkgever. Zou het oordeel van het Hof juist zijn dan is op dit moment op vele plekken in het Nederlands pensioenlandschap sprake van een ernstige tekortkoming.

3.5. Nakoming, ook 7:611 BW en 58 PW?

Hierop volgt het oordeel van het Hof dat, uitgaande van enig per ultimo 2013 bestaand indexatieperspectief, Euronext gehouden was tot nakoming van haar per 1 januari 2014 nog steeds bestaande (want niet rechtsgeldig gewijzigde, zie hierna) verplichting uit de pensioenovereenkomst om dat perspectief op de een of andere manier handen en voeten te geven.^[15] Dat oordeel is in beginsel goed te volgen: gewoon een kwestie van nakoming van de overeenkomst, zij het met overigens daaraan verbonden normenkader (ik noem: de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en overmacht). Wel rijst de vraag waarvoor het Hof dan nog art. 7:611 BW en zelfs art. 58 PW nodig had. De nakomingsgrondslag – namelijk: van de pensioenovereenkomst zelf – is toch helder en voldoende om een veroordeling te dragen? Hoeveel ruimte is er voor toepassing van art. 7:611 BW naast een concrete en heldere grondslag? Zie voor inhoudelijk desbetreffend commentaar mijn volgende opmerking.

3.6. Ongeoorloofd onderscheid?

Dan een pensioen-juridisch belangrijk thema: het Hof oordeelt dat Euronext met de per 1 januari 2014 gekozen oplossingen ongeoorloofd onderscheid maakte tussen degenen die op 1 januari 2014 al uit dienst waren (Eisers dus) en degenen die toen nog in dienst waren en bleven; dat zou strijd met art. 7:611 BW en zelfs het onderscheidverbod van art. 58 PW opleveren.^[16] Dit oordeel vind ik lastiger te begrijpen. Kort gezegd lijkt het Hof te menen dat Euronext na het wegvallen van PMA voor de per 1 januari 2014 al enige tijd inactieven, zoals Eisers, dezelfde voorziening had moeten treffen als voor haar actieven per die datum: een goed gevuld indexatiedepot.^[17] Twee dingen hierover. In de eerste plaats: art. 58 PW lijkt niet van toepassing te zijn. In het artikel wordt immers gelijke behandeling voorgeschreven bij het verlenen van toeslagen in vijf specifieke categorieën van gevallen waarin verschillende groepen *niet-actieven* gelijk behandeld dienen te worden. Het artikel verbiedt geen onderscheid tussen actieven en niet-actieven als het gaat om toeslagverlening. Het Hof (dat niet noteert welk lid van art. 58 PW hij op het oog heeft) ziet beide groepen die hij vergelijkt kennelijk als verschillende groepen gewezen deelnemers. Een desbetreffend gebod lijkt art. 58 PW echter evenmin te bevatten. Daarbij komt dat niet evident lijkt dat de groep van actieven per 1 januari 2014 aangemerkt moet worden als gewezen deelnemer in de regeling zoals die tot dat moment gold.

Het tweede punt: fundamenteel is de observatie dat het een werkgever vrij staat metertijd een pensioenregeling te wijzigen, waarbij hij natuurlijk wel de regels van de wijzigingskunst (individueel: aanbod/aanvaarding, art. 7:613 BW of art. 7:611 BW, of collectief: per cao) in acht moet nemen. Gevolg van die vrijheid per definitie is dat voor groepen (ex-) werknemers metertijd een verschillende pensioenovereenkomst geldt. Met dit gegeven lijkt het oordeel van het Hof op gespannen voet te staan. Een voorbeeld verduidelijkt hopelijk het belang van het zojuist gezegde. Stel dat een werkgever een goudgerande eindloonregeling kende tot 1 januari 2014, waar echter toeslagverlening geen deel van uitmaakte. Stel voorts dat die werkgever ingaande 2014 wijzigingen in de pensioenregeling tot stand brengt (volgens de regels van de wijzigingskunst), waardoor een in het algemeen als veel minder gunstig beschouwde premieovereenkomst^[18] resulteert, echter wel met een toeslagtoezegging. Kunnen dan degenen die in 2013 al niet meer in dienst waren op grond van art. 7:611 BW en/of art. 58 PW claimen dat de toeslagregeling ook voor hen gaat gelden? Dat valt denk ik sterk te betwijfelen. Let wel: de litigieuze wijziging is niets meer of minder dan een verbetering van de pensioenregeling voor de actieve deelnemers, althans wat betreft de kans op voorwaardelijke indexatie; of tegelijkertijd de pensioenregeling overigens werd versoerd wordt uit het arrest niet duidelijk.^[19]

3.7. DL in plaats PMA?

De vraag is vervolgens, volgens het Hof,^[20] of DL door overname van de pensioenrechten niet in de plaats van PMA in de laatste UO is getreden. Het Hof lijkt deze retorische vraag^[21] te gebruiken als verdere steun voor de gedachte dat voor de inactieven een gelijkwaardige indexatieregeling als voor de actieven geregeld had moeten worden. De vraag van het Hof moet naar alle waarschijnlijkheid echter ontkennend beantwoord worden. DL heeft immers geen *pensioenrechten* in de boeken genomen, maar *de waarde daarvan* (aldus art. 84 PW).^[22] Dat is een rechtshandeling *sui generis*, die niet kwalificeert als contractovername en evenmin als schuldovername.^[23]

3.8. Verzoek Euronext?

Euronext had volgens het Hof PMA moeten vragen, met toepassing van art. 83 lid 1 PW, om de opgebouwde rechten van alle deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden (en dus ook die van de VPE leden) naar DL over te dragen.^[24] Een rechtsplicht voor een werkgever om een verzoek als bedoeld in art. 83 PW te doen bestaat niet. Het Hof ziet die rechtsplicht in de omstandigheden van het geval wel. Maar in elk geval zou het blijken de tekst van de wet geheel aan het pensioenfonds zijn, PMA dus, om dat verzoek te beoordelen en dus ook om daar niet aan te voldoen. Daarbij komt dat niet direct valt in te zien dat een eventuele waardeoverdracht door PMA op de voet van art. 83 PW zou leiden tot het

rechtsgevolg dat ook voor de per 1 januari 2014 inactieven zoals de VPE leden een gelijkwaardige indexatieregeling (dus met depot) getroffen wordt.

3.9. Eenzijdige wijziging?

De omstandigheden van het geval zijn naar het oordeel van het Hof onvoldoende zwaarwegend om een rechtsgeldige eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst aanwezig te achten. Datzelfde zou gelden voor wijziging van de UO.^[25] De uitkomst van de toets valt wat de pensioenovereenkomst betreft te billijken: de lat van art. 7:613 BW voor een rechtsgeldige eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst ligt immers hoog. Voor de UO, ruw gezegd een combinatie van een opdracht en een verzekeringsovereenkomst, geldt dat – immers arbeidsrechtelijke – regime echter niet (zie verderop wat betreft een eventuele derdenbeding benadering). Maar opvallend is toch wel dat in rechte is vastgesteld dat een eenzijdig wijzigingsbeding ontbrak,^[26] en dat Euronext ook helemaal geen eenzijdig wijzigingstraject lijkt te hebben doorlopen.

3.10. Samenhang overeenkomst en reglement

Het Hof vervolgt dat mede door opname in het pensioenreglement de indexatieregeling van de VPE-leden deel uitmaakt van de pensioenovereenkomst.^[27] Dit is een minder gelukkige (maar het oordeel van het Hof niet dragende) formulering. Vaak wordt in de arbeidsovereenkomsten wat de pensioenregeling, c.q. pensioenovereenkomst betreft verwezen naar het pensioenreglement. Maar dat betekent niet dat het pensioenreglement wat betreft de inhoud van de pensioenovereenkomst leidend is. Ingevolge art. 35 lid 1 PW is de pensioenovereenkomst leidend; het door de pensioenuitvoerder op te stellen pensioenreglement moet daarmee overeenstemmen. Deze constatering is van meer dan academisch belang. Her en der^[28] wordt de opvatting gehuldigd dat middels wijziging van het pensioenreglement door het pensioenfonds de pensioenovereenkomst gewijzigd zou kunnen worden (de “pensioenfondsroute”). Die de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de driehoek bij wijzigingsoperaties – waarvan er nog veel gaan komen – direct rakende gedachte is naar mijn overtuiging stellig onjuist.

3.11. UO blijven nakomen?

Euronext had volgens het Hof jegens Eisers en VPE de plicht om ook na 2013 aan de uit de oude UO voortvloeiende extra betalingsverplichtingen te blijven voldoen.^[29] Het Hof meent dat hier drie alternatieve grondslagen voor zijn: een uit de norm van goed werkgeverschap voortvloeiende zorgplicht, het gebod van gelijke behandeling van art. 58 PW en – tot slot – de pensioenovereenkomst. Ik beperk mij tot de pensioenovereenkomst als grondslag. Hier raakt het Hof aan een fundamentele kwestie. In het algemeen wordt de uitvoering en financiering van een pensioenregeling, gereguleerd door de UO, vrij strikt onderscheiden van de nakoming van de pensioenovereenkomst en van het pensioenreglement. Nakoming van een UO is in eerste instantie een kwestie tussen werkgever en pensioenuitvoerder en de extra betalingsverplichtingen in deze UO zien niet op financiering van enige individuele aanspraak maar op het aanvullen van het eigen vermogen van het fonds. Het Hof wijst op de samenhang tussen de drie zijden van de pensioendriehoek, in abstracto maar ook in het concrete geval. Ik vraag me sterk af of dat – het derdenbeding als grondslag komt in mijn volgende opmerking aan de orde – niet een te mager argument is om alle individuele belanghebbenden bij een pensioenfonds (en verzekeraar?) een actierecht tegen de werkgever op grond van de pensioenovereenkomst toe te kennen. En als je die vraag in beginsel bevestigend zou willen beantwoorden: kan een deelnemer vervolgens van die werkgever van *al* diens verplichtingen onder de UO de nakoming vorderen? Dat lijkt me al helemaal twijfelachtig. De benadering van het Hof kan ook los van deze meer dogmatische bezwaren leiden tot complicaties. In dit concrete geval hebben PMA en Euronext met betrekking tot de door Euronext gewenste beëindiging van de UO kennelijk^[30] afspraken gemaakt in een soort beëindigingsovereenkomst, onder meer over de nog door Euronext verschuldigde betalingen. PMA, met zijn duidelijke eigen verantwoordelijkheid in deze (ook jegens belanghebbenden als de leden van VPE), heeft daarbij ongetwijfeld de door het Hof opgesomde resterende verplichtingen van Euronext jegens PMA en de hardheid daarvan onder ogen gezien. Het Hof gaat daar langs heen. Had het Hof deze verstrekkende overweging nodig? Ik vraag me dat af, gezien het petitum. Mogelijk vond het Hof dat die noodzaak er was in de context van de vorderingen tot betaling van een inkoopsom ineens bij een pensioenuitvoerder en tot schadevergoeding. Echter nogmaals: het gaat in deze zaak eigenlijk toch alleen om het invulling geven aan het indexatieperspectief. Terzijde: een opzegging van de UO zoals door Euronext gedaan leidt in het algemeen tot vragen van het pensioenfonds aangaande de resterende verplichtingen van de werkgever. Zie voor een sprekend voorbeeld daarvan het recente Friesland Campina-vonnis.^[31]

3.12. Derdenbedingen

Tot slot: het Hof meent^[32] dat de UO's tussen PMA en Euronext derdenbedingen bevatten, die maken dat de leden van VPE, zoals eisers, partij bij de UO zijn geworden en dus de nakoming kunnen verlangen.^[33] Die overweging lijkt na het daarvoor overwogene geen zelfstandige betekenis te hebben voor het oordeel van het Hof, maar roept belangrijke vragen op. De PW gaat blijkens de wetsgeschiedenis ervan uit dat een deelnemer *jegens de pensioenuitvoerder* recht op de pensioenuitkering verkrijgt dankzij een door de werkgever bedongen derdenbeding dat de UO geacht wordt te bevatten.^[34]

De Hoge Raad heeft dat in 2004 al met zoveel woorden geoordeeld.^[35] Dat oordeel is ook logisch. Hoe immers heeft de deelnemer rechten jegens de pensioenuitvoerder verkregen? Daarmee is de deelnemer zelf immers geen contractuele relatie aangegaan. Het Hof zegt niet met zoveel woorden welk(e) derdenbeding(en) het op het oog heeft, maar het gaat evident om de extra financiële verplichtingen van de werkgever (meer premie tijdens de herstelperiode). Die zijn in zekere zin door het fonds *van de werkgever* bedongen, dus andersom dan in de juist besproken situatie. Dat lijkt een fundamenteel andere uitgangstelling. Natuurlijk is het in de eerste plaats aan contractspartijen om derdenbedingen in het leven te roepen. Voorts is duidelijk dat zodanig in het leven roepen niet expliciet hoeft te gebeuren en zelfs niet de bedoeling van contractspartijen hoeft te zijn.^[36] Maar zeker als expliciete bedingen ontbreken – zoals in de Euronext casus – dan lijkt in de pensioencontext mij een terughoudende benadering van de feitenrechter op zijn plaats. In aansluiting op wat ik schreef onder 3.11: het aannemen van een of meer derdenbedingen, en eens te meer het aannemen van partij geworden zijn van de derde, heeft immers zeer verstrekkende gevolgen voor de werkbaarheid van het pensioensysteem, meer precies de werkbaarheid van de rolverdeling in de pensioendriehoek. In de pensioenrechtelijke literatuur wordt wisselend gedacht over de figuur van het derdenbeding. Recentelijk is naar mijn mening een meer fundamentele en ook kritische houding te bespeuren.^[37] De overweging is in het licht daarvan in zijn eenvoud – het Hof volstaat met de vaststelling dat bestaan en aanvaarding van de aanwezig geachte derdenbedingen voortvloeien uit het systeem van de PW – enigszins opmerkelijk.

3.13. Slotsom

Het is goed te volgen dat het Hof VPE c.s. niet op voorhand met volledig lege handen naar huis stuurt. Het ligt mijns inziens in de rede dat in het vervolg van de zaak een helder onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de nakoming van het destijds realiter bestaande indexatieperspectief en wat daarvoor nodig is (mede gegeven de invloed van algemene economische ontwikkelingen zoals de steeds lager geworden rente) en anderzijds de nakoming van financieringselementen van de UO na 1 januari 2014. De vraag is echter of zonder meer navolging verdienen de in vrij algemene termen geformuleerde overwegingen van het Hof omtrent de figuur van het derdenbeding, doorwerking van de UO in de pensioenovereenkomst meer in het algemeen, de samenhang tussen wijzigbaarheid van een pensioenregeling en het daaruit logischerwijs ontstaan van groepen die verschillend behandeld worden, de aanvullende werking op de pensioenovereenkomst van art. 7:611 BW, de strekking van art. 58 PW en de omvang van de onderbrengingsplicht van art. 23 PW. Die overwegingen en de onderliggende rechtsfiguren verdienen nadere beschouwing in de literatuur. Van Slooten's kritische benadering van het arrest in zijn recente PJ noot^[38] – “wordt de pensioendriehoek zo niet een onoverzichtelijke kluwen” – kan ik plaatsen, ook al deel ik niet op alle punten de daar door hem geuite opvattingen. Ik rond af. We zijn, zoals niemand ontgaan zal zijn, op weg naar een nieuw pensioenstelsel, mogelijk al per 2022. Het zou goed zijn als het denken over de onderliggende rechtsfiguren vóór het vaststellen van de desbetreffende wetgeving zo een beetje uitgekristalliseerd is.

Voetnoten "Uitspraak"

[\[1\]](#)

Rb. Amsterdam (Kantonrechter) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742, PJ 2016/138 met noot T. Huijg.

[\[2\]](#)

Het arrest maakt dit niet helemaal helder. De kantonrechter noteerde (r.o. 1.15) in zijn vonnis echter een opzegging.

[\[3\]](#)

Daarbij is een vraag of dat pensioenverzekeringstechnisch bezien überhaupt had gekund.

[\[4\]](#)

R.o. 3.5.10.

[\[5\]](#)

R.o. 3.7.

[\[6\]](#)

Rb. Amsterdam (Kantonrechter) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742, PJ 2016/138 met noot T. Huijg.

Voetnoten "Noot"

[\[7\]](#)

Albert van Marwijk Kooy is docent en onderzoeker pensioenrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid te Leiden en pensioenadvocaat te Amsterdam. Tevens is hij raadsheerplaatsvervanger bij Gerechtshof Den Haag; deze noot schrijft hij nadrukkelijk niet in die hoedanigheid.

[\[8\]](#)

Voor algemene beschouwingen dienaangaande en over het pensioenrecht meer in het algemeen verwijs ik naar de bekende pensioenrechtelijke literatuur, om te beginnen E. Lutjens, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten*.

[9]

ECLI:NL:HR:2013:CA0566, op vele plaatsen geannoteerd, onder meer – kritisch t.a.v. enige dogmatische aspecten – door mijzelf *JOR* 2013/310.

[10]

R.o. 3.5.3 aanhef en herhaaldelijk daarna.

[11]

R.o. 3.5.3 midden, en onder 2 feiten.

[12]

In r.o. 3.5.14 schenkt het Hof, in de schade-context, enige aandacht aan de kans op toeslagverlening in de toekomst. Ik wijs erop dat overrendement (voorwaarde voor een enige toeslag) en herstelbetalingen door de werkgever zich een beetje verhouden als appels en peren. Het Hof onderkent dat echter. Wel weer opmerkelijk is dat ontwikkelingen in de wetgeving van na 2013, die de kans op indexatie (aanmerkelijk) zouden verkleinen, door het Hof niet relevant worden geacht (r.o. 3.5.15).

[13]

R.o. 3.5.3 midden.

[14]

Vgl. de parlementaire geschiedenis bij de PW, *Kamerstukken II 2005/2006, 30413, 3*, p. 191: "De werkgever heeft niet alleen de plicht om een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder te sluiten, maar ook om zo'n overeenkomst in stand te houden zolang sprake is van verwerving van pensioenaanspraken." Zie dienovereenkomstig *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/174.

[15]

Nog steeds r.o. 3.5.3 midden.

[16]

R.o. 3.5.3 tweede helft, en bij herhaling daarna.

[17]

R.o. 3.5.4 midden.

[18]

Dus geen toegezegde op het laatste verdiende loon gebaseerde uitkering, maar slechts een toezegging om een bepaalde premie te betalen. Een premieovereenkomst is veel onzekerder voor de werknemer.

[19]

Euronext heeft blijkbaar stellingen betrokken die erop neerkomen dat de VPE leden met hun eindloonregeling en opbouwpercentage erg gunstig af waren (zie r.o. 3.5.8 aanhef).

[20]

R.o. 3.5.4 midden.

[21]

Het Hof gebruikt taal die lijkt te passen in de context van subrogatie.

[22]

Pensioenregelingen verschillen haast per definitie. Bij een waardeoverdracht van pensioenuitvoerder X naar uitvoerder Y krijgt een deelnemer pensioenrechten Y in plaats van pensioenrechten X. Anders gezegd: hij krijgt evenveel waarde aan peren als hij eerst appels had.

[23]

De wetsgeschiedenis van PSW en PW zwijgt over eventuele parallellen in het algemeen vermogensrecht en er is niet veel over het thema geschreven. Maar zie Kuiper, De Bruin & Foppes, *Collectieve waardeoverdracht en het bereik van artikel 84 Pensioenwet*, in *Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht* No. 21 (2013).

[24]

R.o. 3.5.4 bijna onderaan.

[25]

R.o. 3.5.10; de toetsing doet het Hof in overwegingen 3.5.6 t/m 9.

[26]

Zie vonnis kantonrechter r.o. 10, waarnaar het Hof in r.o. 3.2 verwijst.

[27]

R.o. 3.5.11.

[28]

Bijvoorbeeld Huijg, zie zijn noot onder het vonnis van de kantonrechter, Rb. Amsterdam (Kantonrechter) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742, *PJ*

2016/138.

[\[29\]](#)

R.o. 3.5.12, eerste deel, en r.o. 3.5.13.

[\[30\]](#)

Zo leid ik af uit het arrest, maar ik kan er zeker naast zitten.

[\[31\]](#)

Rb. Rotterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3875, met redactionele aantekening van Gerlach in *PJ*2019/73. In die aantekening bespreekt Gerlach bondig relevante gezichtspunten, onder verwijzing naar het Alcatel Lucent arrest van de HR van 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (op diverse plaatsen geannoteerd).

[\[32\]](#)

R.o. 3.5.18.

[\[33\]](#)

Een en ander als bedoeld in art. 6:253 en 6:254 BW.

[\[34\]](#)

Zie *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/227.

[\[35\]](#)

Zoals *wel* het geval was in HR 20 februari, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, het DSM / Fox arrest, waarin de Hoge Raad (als ik het goed zie) de rechtsfiguur van het derdenbeding binnen de pensioendriehoek in de rechtspraak introduceerde.

[\[36\]](#)

Zie de eensluidende literatuur en jurisprudentie omtrent derdenbedingen.

[\[37\]](#)

Zie T. Huijg, 'Ter visie – Een oproep voor meer principiële benadering van derdenwerking in het pensioenrecht', *TAO*2018/3; J.P.H. Zwemmer & T. Huijg, 'Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder)tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst', *TAO*2018/3; J.R.C. Tangelder, 'De deelnemersverhouding civielrechtelijk ontrafeld', *TPV*2017/5. B.C.L. Kanen, 'Het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst', *TPV*2016/29; S.H. Kuiper, 'De bevoegdheden van werkgevers en werknemers om een pensioenuitvoerder te kiezen', *AIAS* 2013 (vanaf p. 97); T. Huijg & J.M. van Slooten, 'De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst', *TPV*2013/22. Zie ook S.H. Kuiper & E. Lutjens, 'Pensioenwet en privaatrecht', *NTBR*2008/10. Met een knipoog noem ik tot slot A.G. Van Marwijk Kooy, 'AkzoNobel: CDC, garantie en gepensioneerden', *P&P* 2008 7/8, p. 7 (ik ben intussen veel kritischer gaan denken over toepassing van de figuur van het derdenbeding, met name in de context van nakoming van de uitvoeringsovereenkomst).

[\[38\]](#)

*PJ*2019/72.