



Er zijn recentelijk verschillende uitspraken en procedures over toeslagverlening geweest. Aan de hand van een aantal arresten worden in dit artikel twee indexatieonderwerpen besproken: (1) onvoorwaardelijk toegezegde indexatie over reeds opgebouwde pensioenaanspraken en het wijzigingsverbod ex artikel 20 Pw en (2) verlies aan perspectief op voorwaardelijke indexatie en goed werkgeverschap. Conclusie is dat het voor werkgevers oppassen blijft bij het doen van pensioentoezeggingen en wisseling van pensioenuitvoerder.

## (Wachten op) indexatiebesluiten van de Hoge Raad

### ONTWIKKELING 1: KAN ONVOORWAARDELIJKE INDEXATIE AAN WERKNEMERS EEN VOORWAARDELIJK KARAKTER KRIJGEN VOOR REEDS OPGEBOUWDE AANSPRAKEN?

**A**rtikel 20 Pw bepaalt dat bij wijziging van een pensioenovereenkomst de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd tenzij de wijziging wordt gevolgd door een collectieve waardeoverdracht. Toekomstige pensioenopbouw valt niet onder artikel 20 Pw, maar het wijzigingsverbod laat zich verder niet eenvoudig uitleggen. Enerzijds duidt ‘opbouw’ op het verleden, terwijl het woord ‘aanspraken’ betrekking zou kunnen hebben op onvoorwaardelijke rechten die in de toekomst nog moeten aangroeien. Verschillende rechters hebben inmiddels geoordeeld dat wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke indexatie in strijd is met artikel 20 Pw.

De meningen verschillen over of deze uitspraken juist zijn. Volgens Maatman<sup>1</sup> (in navolging van zijn artikel uit 2014 met Henrichs) geldt er een onderscheid tussen (1) een absoluut onvoorwaardelijke toeslag (die zou moeten worden afgefinancierd) en (2) onvoorwaardelijke toeslagen met een *voorwaardelijk* element, namelijk of het dienstverband voortduurt.<sup>2</sup> Dat laatste geval betreft toeslagregelingen die ieder jaar worden geïndexeerd zolang de werknemer nog in dienst is. Maatman stelt kort gezegd dat het wijzigingsverbod wel geldt bij een absoluut onvoorwaardelijke toeslagbepaling (toeslag die ook na einde deelnemerschap wordt verleend, dus aan pensioengerechtigden), maar niet voor een onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element.

Ook Huijg acht het wijzigingsverbod in dit geval niet van toepassing.<sup>3</sup> Van der Ham vindt het wijzigingsverbod van artikel 20 Pw het minst absoluut omdat de contractsvrijheid anders te veel wordt uitgehouden.<sup>4</sup> Lutjens daarentegen stelt dat onvoorwaardelijke toeslagverlening op pensioenopbouw over diensttijd uit het verleden wel onder het wijzigingsverbod valt. In de toekomst uit te voeren, maar onvoorwaardelijk toegezegde toeslagen over opgebouwd pensioen, behoren al tot de opgebouwde pensioenaanspraken en dus is wijziging niet mogelijk, ongeacht of financiering heeft plaatsgevonden.<sup>5</sup>

De hamvraag is of de onzekerheid van de loon- of prijsindices en/of voortzetting van het dienstverband maken dat het om voorwaardelijke toeslagverlening gaat zodat het niet onder artikel 20 Pw valt. Van der Ham kwalificeert de afhankelijkheid van indices al als voorwaardelijk element. Ik betwijfel dat. Dát er een loon- of prijsindexcijfer volgt staat vast en is wat mij betreft geen onzekere gebeurtenis als bedoeld in artikel 6:21 BW. Dat de *hoogte* van het indexcijfer nog ongewis is doet daaraan geen afbreuk.

Ten aanzien van de vraag of de eis van voortzetting van het dienstverband tot voorwaardelijkheid van de toeslagverlening leidt, sluit ik me ook aan bij Lutjens. De afspraak is dat *tijdens het dienstverband* onvoorwaardelijke toeslag wordt verleend op

3 T. Huijg, ‘Onvoorwaardelijke’ toeslag wel degelijk te wijzigen’, *Pensioen Magazine* 2020/45 en zijn noot bij Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2929, *PJ* 2021/9.

4 R.F. van der Ham, ‘Reactie op: De visies van Lutjens en Maatman op het wijzigingsverbod onvoorwaardelijke toeslagregelingen (art. 20 Pw)’, *TPV* 2021/29, *TPV* 2021/30 en *TPV* 2021/40’ in *TPV* 2022/6 en R.F. van der Ham, ‘Reactie op: ‘Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: art. 20 Pw’’, *TPV* 2014/53.

5 Prof. dr. E. Lutjens, ‘De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van art. 20 Pensioenwet’, *TPV* 2021/30.

1 Prof. mr. R.H. Maatman, ‘Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 Pw’, *TPV* 2021/29.

2 Prof. mr. R.H. Maatman en mr. E.J. Henrichs, ‘Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 Pw’, *TPV* 2014/30.

pensioenopbouw over het verleden. Dat er voor de periode als *gewezen* deelnemer anders kan zijn afgesproken doet er niet aan af dat voor de pensioenopbouw tijdens het dienstverband – in de termen van Maatman – sprake is van een absolute onvoorwaardelijke toeslagverlening.

### Veel discussie over definitie onvoorwaardelijke toeslag

Of financiering een wettelijk criterium is voor het al dan niet voorwaardelijke karakter van de toeslagverlening is onduidelijk. Huijg lijkt dit wel te vinden en vermoedt dat de ratio van artikel 20 Pw is dat de werkgever (enkel) van eenmaal gefinancierd pensioen moet afblijven (gescheiden vermogens). Affinanciering is in dit geval niet aan de orde (maar vindt jaarlijks plaats) wat zou pleiten voor een wijzigingsmogelijkheid voor toekomstige indexatie.<sup>6</sup> De ratio heeft de wetgever echter nergens helder beschreven en het zou evengoed kunnen zijn dat individuen hun financiële planning moeten kunnen afstemmen op hun opgebouwde pensioenaanspraken, inclusief daarover overeengekomen onvoorwaardelijke toeslagverlening. Of al dan niet gefinancierd is speelt dan geen rol. Ook Lutjens meent dat aanspraak en financiering niet door elkaar gehaald moeten worden en dat voltooide financiering geen vereiste is.<sup>7</sup> Overigens lijkt Huijg in zijn eerder aangehaalde noot toch ook deze mening te zijn toegedaan waar hij stelt dat het bij ‘opgebouwde aanspraken’ volgens artikel 20 Pw niet gaat om wat ‘achter de coulissen’ plaatsvindt tussen werkgever en uitvoerder, zoals (de wijze van) financiering.<sup>8</sup>

Gelet op de diverse meningen in de literatuur en het aantal procedures over dit onderwerp is het echter van belang dat de Hoge Raad zich hierover uitspreekt. Dat zal binnenkort gebeuren omdat er in de AFM-zaak net een conclusie ligt van advocaat-generaal (A-G) van Peurseem over dit onderwerp.<sup>9</sup> Hij oordeelt (in punt 4.9) ook dat het vereiste van het zijn van deelnemer geen afbreuk doet aan het *onvoorwaardelijke* karakter van de indexatieafpraak. Het einde van het deelnemerschap is een *zekere* toekomstige gebeurtenis (en dus geen onzekere gebeurtenis als be-

doeld in art. 6:21 BW). Het veranderen van de status van deelnemerschap kan niet uitblijven. De vraag is alleen wanneer het deelnemerschap eindigt. Bovendien blijft de toeslag en het karakter daarvan voor de periode dat iemand deelnemer was hetzelfde. Dat er andere afspraken over toeslagen bestaan voor de periode dat iemand geen deelnemer meer is (maar gewezen deelnemer of gepensioneerde), doet daaraan niet af. Ook is volgens de A-G (voltooide) financiering geen vereiste voor opbouw van pensioenaanspraken.

Wat mij betreft een terechte conclusie waarvan ik verwacht de Hoge Raad die zal overnemen. Wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst kunnen overigens niet getoetst worden aan artikel 20 Pw.

### IS DE UITVOERDER OOK AANSPRAKELIJK VOOR DE PENSIOENTOEZEGGING VAN DE WERKGEVER?

In het ASR-arrest van de Hoge Raad mocht de onvoorwaardelijke toeslag evenmin gewijzigd worden, maar was bovendien interessant dat het hof de pensioenuitvoerder (ASR) veroordeelde tot nakoming van de onvoorwaardelijke toeslagverlening. Dit terwijl in de uitvoeringsovereenkomst geen onvoorwaardelijke maar enkel voorwaardelijke toeslagverlening was verzekerd.<sup>10</sup> Terecht vernietigde de Hoge Raad de veroordeling van ASR, omdat het hof onvoldoende rekenschap had gegeven van de pensioendriehoek. ASR was geen partij bij de *pensioenovereenkomst* en kon dus niet op die grond worden veroordeeld tot onvoorwaardelijke toeslagverlening. Vanwege de verschillende hoedanigheden kon ASR evenmin meevaren op het verjaringsverweer van de werkgever, maar had het hof dat zelfstandig moeten beoordelen. De zaak is terugverwezen naar het gerechtshof Amsterdam.

Niet onbelangrijk is dat de Hoge Raad ook overwoog dat de werknemer wél partij is bij de *uitvoeringsovereenkomst* nu hij de rechten uit die overeenkomst heeft aanvaard (art. 6:254 lid 1 BW). Lutjens vindt dit in zijn noot bij het arrest te kort door de bocht. De uitvoeringsovereenkomst zou alleen een derdenbeding bevatten voor de begunstigde voor het pensioen maar niet zozeer voor andere elementen zoals ‘financieringsafspraken’.

Ik ben het niet met Lutjens eens dat de Hoge Raad te kort door de bocht was, maar ben het wel met hem eens dat financieringsafspraken niet snel via een derdenbeding zijn af te dwingen. Dat zit zo. In mijn artikel uit 2016<sup>11</sup> concludeer ik dat een uitvoeringsovereenkomst in feite altijd een derdenbeding bevat. Het betreft in de regel echter een begunstiging voor de deelnemer die door de werkgever ten laste van de pensioenuitvoerder is bedongen.

6 T. Huijg, ‘Onvoorwaardelijke’ toeslag wel degelijk te wijzigen’, *Pensioen Magazine* 2020/45.

7 Prof. dr. E. Lutjens, ‘De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van art. 20 Pensioenwet’, *TPV* 2021/30.

8 Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2929, *PJ* 2021/9 m. nt. T. Huijg.

9 Parket bij de Hoge Raad 24 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:618 (concl. A-G G.R.B. van Peurseem).

10 Hoge Raad 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162, *PJ* 2022/16 met annotatie van E. Lutjens.

11 B.C.L. Kanen, ‘Het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst’, *TPV* 2016/29.

Het derdenbeding roept een zelfstandig vorderingsrecht voor de derde-begunstigde in het leven ten laste van de *promissor*.<sup>12</sup> In mijn benadering kan de werknemer dus niet zomaar een derdenbeding inroepen tegen de werkgever (niet de *promissor*), maar kon de Hoge Raad wel oordelen dat *ten laste van* ASR een derdenbeding geldt. Ik voel mij in deze benadering ook gesteund door A-G Drijber in zijn conclusie bij de Euronext-zaak en het feit dat in het Holland BV-arrest ook geen derdenbeding jegens de werkgever werd aangenomen (beide arresten worden hierna uitgebreider besproken).

Het voorgaande betekent dat de begunstigde *jegens* de pensioen-uitvoerder nakoming van diens verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst kan vorderen. Uitgangspunt van artikel 6:254 BW is immers dat de begunstigde partij wordt bij de gehele overeenkomst. Dat volgt uit rechtspraak<sup>13</sup> en uit de wettekst zelf omdat deze onderscheid maakt tussen beide begrippen: artikel 6:253 BW bepaalt immers dat ‘*de overeenkomst*’ voor de derde een recht schept indien de overeenkomst ‘*een beding*’ van die strekking inhoudt. En artikel 6:254 BW bepaalt verder dat de derde na aanvaarding van ‘*het beding*’ als partij bij ‘*de overeenkomst*’ geldt. Het voorgaande betekent dogmatisch dat — tenzij dit contractueel zou zijn uitgesloten — de deelnemer na aanvaarding van het derdenbeding partij wordt bij de gehele uitvoeringsovereenkomst. Daar past de overweging van de Hoge Raad in het ASR-arrest ook bij.

## ONTWIKKELING 2: WAT ZIJN DE GEVOLGEN VAN VERLIES VAN PERSPECTIEF OP VOORWAARDELIJKE INDEXATIE?

De genoemde problematiek rond artikel 20 Pw speelt niet bij *voorwaardelijke* indexatie. Toch betreft *voorwaardelijke* indexatie geen volledig vrijblijvende afspraak. Het arrest Holland BV ging over verlies van perspectief op *voorwaardelijke* indexering.<sup>14</sup> Aanvankelijk heeft er jaren indexatie plaatsgevonden maar vanaf 2017 niet meer vanwege onvoldoende middelen. De gepensioneerde stelt een vordering in. Het hof overweegt dat de werkgever geen wettelijke regels heeft geschonden maar dat goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) – zij het via artikel 6:2 BW – nog steeds geldt, ook ten aanzien van de gepensioneerde. Weliswaar is de gepensioneerde volgens de rechter niet krachtens een derdenbeding partij geworden bij de uitvoeringsovereenkomst uit

12 Parl. Gesch. Boek 6, p. 948 (T.M.), p. 953 (V.V. II) en p. 956 (M.v.A. II) en onder meer G.R.B. van Peursem, ‘Enige juridische aspecten van de overeenkomst met derdenbeding naar huidig en nieuw BW’ (Post Scriptum reeks), Deventer: FED [enz.] 1990, p. 34.

13 Hoge Raad 20 februari 2004, ECLI: NL: HR: 2004: AO1427, r.o. 4.1 (DSM/Fox), Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5856, r.o. 4.7. en Rechtbank Amsterdam 31 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3738, r.o. 4.2.

14 Hof Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:16.

2011, maar de inhoud daarvan kleurt wel wat in dit geval van de werkgever verwacht mocht worden. Deze uitvoeringsovereenkomst bepaalde dat de werkgever zo nodig via koopsommen eventuele tekorten voor indexering in de bestemmingsreserve toeslagen aan moest vullen en deze verplichting ziet volgens de voorwaarden ook op het pensioen van de gepensioneerde.

Volgens het hof was voor de werkgever voorzienbaar dat er door het niet verlengen van de uitvoeringsovereenkomst uit 2011 geen indexeringen meer zouden plaatsvinden en dat de pensioenge-rechtigde hierdoor wezenlijke schade zou lijden, terwijl de nieuwe situatie tot aanzienlijke besparingen leidde voor de werkgever. De werkgever had geen enkele compenserende maatregel getroffen. De werkgever werd veroordeeld tot het maken van zodanige afspraken met een pensioenuitvoerder dat het pensioen van werknemer met ingang van 1 januari 2015 in dezelfde mate wordt geïndexeerd als ware de eindloonregeling vanaf 1 januari 2016 voortgezet.

## Onvoorwaardelijke toeslag over opbouw uit het verleden niet te wijzigen zonder waardeoverdracht

Dit sluit aan bij het arrest FrieslandCampina waar het ging om de gevolgen van een op zichzelf rechtsgeldige opzegging van de uitvoeringsovereenkomst. Ook hierin is recent een conclusie genomen door de A-G en is het wachten op het arrest van de Hoge Raad.<sup>15</sup> Het betrof een voor onbepaalde tijd gesloten uitvoeringsovereenkomst, die voorziet in een regeling van opzegging, al was deze volgens het hof niet alomvattend. De aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen dan aan een rechtsgeldige opzegging nadere eisen en beperkingen stellen, zoals het aanbieden van (schade)vergoeding.<sup>16</sup> Niet alleen ‘schade’ komt voor vergoeding in aanmerking, maar ook andere posten die niet in een klassiek schadebegrip zijn te gieten.

Samengevat was het oordeel van het hof dat:

- de uitvoeringsovereenkomst een leemte bevatte;
- de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst tot schade heeft geleid in de vorm van gemist indexatieperspectief;
- FrieslandCampina in strijd heeft gehandeld met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) door geen (schade)vergoeding aan

15 Parket bij de Hoge Raad 18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:259 (concl. A-G B.J. Drijber).

16 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio).

te bieden aan het fonds, en acht daartoe twee gronden van belang:

- 1 FrieslandCampina diende zich te bekommeren om de waardevastheid van het pensioen omdat het overeengekomen voorwaardelijk recht op indexatie (met bijbehorende indexatieambitie) door FrieslandCampina uit premie werd gefinancierd. Vanwege deze financieringsverplichting kon FrieslandCampina niet de uitvoeringsovereenkomst opzeggen zonder het aanbieden van een schadevergoeding. De schade was niet gelegen gezien in de stopzetting van de herstelbetalingen in het kader van het herstelplan, maar in het stopzetten van de reguliere premiebetaling waarin een solvabiliteitsopslag was verdisconteerd.
- 2 FrieslandCampina had een aanzienlijk verschil in indexaties tussen de oud-Campina en de oud-FrieslandFoods werknemers laten ontstaan, terwijl beide groepen onder dezelfde pensioenregeling vallen. Bovendien had FrieslandCampina wél een aanzienlijk bedrag aan Achmea betaald ten behoeve van de oud-FrieslandFoods werknemers, maar niet aan het ondernemingspensioenfonds ten behoeve van de oud-Campina werknemers. Zij had bovendien een vrijval op de balans van € 131 miljoen genoten.

De A-G (Drijber) concludeert het arrest in stand te laten. Schending van goed werkgeverschap is niet zelfstandig een reden voor schadevergoeding maar een omstandigheid die, in het verlengde van de gevolgen van de opzegging van duurovereenkomsten, nopen tot het aanbieden van (schade)vergoeding. Dat het niet direct schade is van de pensioenuitvoerder doet daaraan geen afbreuk. In het Alcatel-arrest erkende de Hoge Raad als relevant gezichtspunt onder meer de verantwoordelijkheid van (oud-)werkgevers ten opzichte van (oud-)werknemers.<sup>17</sup> Een partij moet onder omstandigheden rekening houden met de belangen van derden die bij de behoorlijke nakoming van de overeenkomst betrokken kunnen zijn.<sup>18</sup>

Ook bij het Euronext-arrest van het Hof Amsterdam komt deze ontwikkeling ter sprake en is de stand van zaken dat er een conclusie van de A-G ligt.<sup>19</sup> Ik zal dit arrest wat uitgebreider bespreken. Het betreft een geschil tussen Euronext en een groep gepensioneerden over het vervallen van het voorwaardelijke recht op indexatie na het opheffen van het pensioenfonds voor bedrijven in de financiële sector (PMA). PMA verkeerde in zwaar weer en

besloot tot liquidatie, nadat onder meer Euronext – na verschillende keren financieel te zijn bijgesprongen – ervoor koos de nieuwe opbouw van actieven onder te brengen bij een andere uitvoerder, Delta Lloyd, en de uitvoeringsovereenkomst met PMA op te zeggen. PMA besloot daarop in het kader van liquidatie de aanspraken eveneens onder te brengen bij Delta Lloyd, zij het in een ander contract dan voor de actieve deelnemers. Euronext was in de cao en de uitvoeringsovereenkomst voor *actieve* deelnemers overeengekomen dat op de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken van deze *actieve* deelnemers eveneens de voorwaardelijke indexatieregeling van toepassing was. PMA kon daarentegen geen voorwaardelijke indexatieregeling voor de *niet-actieven* inkopen vanwege zijn slechte financiële positie. Hierdoor verloren zij, waaronder de eisers, hun perspectief op indexatie.

## De conclusie van de AG: het karakter van de toeslag blijft onvoorwaardelijk

Samengevat oordeelde het Hof Amsterdam dat Euronext de nodige betalingen had moeten doen ter nakoming van de pensioenovereenkomst op grond van (1) de pensioenovereenkomst zelf, (2) goed werkgeverschap en (3) het gebod tot gelijke behandeling ex artikel 58 Pw en (4) de onderbrengingsplicht. Tevens (5) wordt schade bij eisers aangenomen. De A-G (wederom Drijber) concludeert echter dat Euronext niet veel valt te verwijten en pleit tot vernietiging. Ik zal voor deze punten de redenering van het hof en de A-G bespreken als ook mijn gedachten daarbij.

### AD 1. DE PENSIOENOVEREENKOMST EN HET DERDENBEDING

Het hof stelt dat de financiële verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst zijn geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst althans via een derdenbeding onderdeel zijn geworden van de afspraken. Deze zou Euronext moeten nakomen. Het hof oordeelt dat Euronext de pensioenovereenkomst ten onrechte eenzijdig heeft gewijzigd door de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met PMA in een tijd dat het fonds een tekort had, ook al was die opzegging op zichzelf rechtsgeldig. Er was ook geen financiële noodsituatie. De eerdere bijstortingen door Euronext waren resultaat van onderhandelingen en Euronext beschikte kennelijk over voldoende middelen gelet op het indexatiedepot in de nieuwe uitvoeringsovereenkomst voor de actieven.

Het hof constateert, net als Van Marwijk Kooij in zijn noot bij het arrest, dat de pensioenovereenkomst ‘indexatieperspectief’ be-

17 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, NJ 2016/450, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, PJ 2016/101, m.nt. E. Lutjens.  
18 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, rov. 3.4, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).  
19 Parket bij de Hoge Raad 21 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1042 (concl. A-G B.J. Drijber).

helsde als onderdeel van de afspraken.<sup>20</sup> De vraag is hoe hieraan inhoud moet worden gegeven, aangezien het een ongedefinieerd begrip betreft. Het hof lijkt het indexatieperspectief 'body' te geven door zonder verdere onderbouwing te oordelen dat de financiële verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst onderdeel van de pensioenovereenkomst zijn geworden. Maar samen met de A-G zie ik niet in dat van incorporatie sprake was. Het pensioenreglement is via het personeelshandboek in de pensioenovereenkomst geïncorporeerd, maar dat geldt niet voor de uitvoeringsovereenkomst. De A-G merkt bovendien op dat die financiële verplichtingen helemaal niet tot doel hadden indexatie te financieren.

Tevens ben ik van mening dat de financiële verplichtingen, anders dan het hof oordeelde, niet via een derdenbeding zijn in te roepen jegens Euronext. Zoals ik al uiteenzette, bevat een uitvoeringsovereenkomst in feite altijd een derdenbeding<sup>21</sup>, maar niet ten laste van de werkgever tenzij dat duidelijk uit de overeenkomst blijkt. Het vorderingsrecht voor de (gewezen) deelnemer komt ten laste van de pensioenuitvoerder. Ik voel mij in deze opvatting gesteund door de A-G die in 4.71 en 4.83 overweegt dat uit het systeem van de Pensioenwet voortvloeiende *begunstiging* in de uitvoeringsovereenkomst zich niet uitstrekt tot de financiële verplichtingen van Euronext tegenover PMA, tenzij de uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding ten gunste van de gepensioneerd bevatte dat ertoe strekte aan hen een zelfstandig vorderingsrecht jegens Euronext te verschaffen. Daarvan is niet gebleken.

Nu niet aannemelijk is dat de financiële verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst onderdeel zijn geworden van de pensioenovereenkomst, is het afgesproken indexatieperspectief niet meer dan een inspanningsverplichting waaraan Euronext ruimschoots heeft voldaan. Zie punt 2 hieronder.

## AD 2. GOED WERKGEVERSCHAP

Het hof overwoog verder dat het goed werkgeverschap zich ook uitstrekt tot na het einde van de arbeidsovereenkomst en dus jegens de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Hierbij mocht Euronext niet afwijken van dwingend recht, in het bijzonder de onderbrengingsplicht. Daarom had Euronext bij de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst moeten zoeken naar een volwaardig alternatief en had geen genoegen mogen nemen met de '(gekorte) nominale pensioenrechten en -aanspraken zonder indexatieperspectief'. De collectieve waardeoverdracht door PMA aan Delta Lloyd leidde niet tot een rechtsgeldige wijze

ging van de pensioenovereenkomst tussen Euronext en haar gewezen deelnemers en gepensioneerd. Dat gold te meer omdat voor de actieven wel de indexatieregeling werd gehandhaafd.

De A-G meent dat het hof onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom Euronext op basis van artikel 7:611 BW bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst gehouden was additionele betalingen te doen, in het licht van (i) de onverplichte additionele stortingen die zij al had gedaan, (ii) de gunstige rekenrente waarmee Delta Lloyd werkte, en (iii) de rol van de dekingsgraadproblematiek. Het hof heeft onvoldoende inzicht gegeven waarom Euronext, ondanks het doen van voornoemde onverplicht overeengekomen (substantiële) betalingen, zich onvoldoende heeft ingespannen tot het behoud van het indexatieperspectief door niet nog meer te betalen.

De indruk kan ontstaan dat de A-G goed werkgeverschap anders dan bij bijvoorbeeld FrieslandCampina niet van toepassing acht. Dat is niet het geval. Hij overweegt (in 4.15) immers expliciet dat sinds het ECN/Omen-arrest de norm van goed werkgeverschap van toepassing is tussen de werkgever en gepensioneerd en gewezen deelnemers. Naar mijn mening gebruikt de A-G goed werkgeverschap om tot invulling van het vage begrip indexatieperspectief uit de pensioenovereenkomst te komen. Behalve dat het reële indexatieperspectief beperkt was in het licht van de tekortsituatie, is een cruciaal onderdeel in het betoog van de A-G dat Euronext *geen* financieringsverplichting voor het indexatieperspectief had nu indexaties uit overrendement zouden worden gefinancierd. Dit is een essentieel verschil met de zaak van FrieslandCampina waarin diezelfde A-G namelijk vaststelt dat de toelag uit de pensioenpremie werd gefinancierd. De betalingen die Euronext gedaan heeft, waren overeengekomen in het kader van het herstelplan en strekten tot financiering van noch indexatieperspectief noch het vermogen van PMA buiten het herstelplan om.

Waartoe goed werkgeverschap verplicht, hangt volgens de A-G dus mede af van de oorzaak van het wegvallen van het indexatieperspectief. Goed werkgeverschap leidt er voor Euronext dan niet toe dat zij te weinig heeft gedaan om het indexatieperspectief uit de pensioenovereenkomst inhoud te geven.

Dat gold ook voor JT International in het arrest van het Hof Amsterdam van 29 maart dit jaar.<sup>22</sup> Het hof zag in de pensioenovereenkomst geen verplichting voor de werkgever om indexatie uit eigen middelen te financieren. Er was geen aanleiding te veronderstellen dat de werkgever zijn inspanningsverplichting had ge-

20 Hof Amsterdam 23 april 2019, Ondernemingsrecht 2019/139 m.nt. A.G. Van Marwijk Kooij.

21 Kamerstukken II, 2004/05, 30 137 nr 3. p.14.

22 Hof Amsterdam 29 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:933 (*JT International*).

schonden. Niet alleen was er feitelijk wel geïndexeerd (het indexatieperspectief was dus niet illusoir geworden), ook hadden eisers onvoldoende gesteld waarom de inspanningsverplichting gelet op de omstandigheden zo ver moest, dat de werkgever een depot voor indexatie in het leven moest roepen. Ik kan dat wel volgen, al had het hof wat mij betreft nog kunnen ingaan op de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst oorspronkelijk een verplichting voor de werkgever inhield om rendementskorting in een depot te storten en deze verplichting geen onderdeel meer lijkt van de latere uitvoeringsovereenkomsten. Overigens oordeelde het hof verder dat de consistentieplicht ex artikel 95 Pw niet van toepassing is op de werkgever omdat die bepaling aan de pensioenuitvoerder is gericht.

In het Jabil-arrest lag de situatie anders.<sup>23</sup> Daar was niet zozeer een indexatieperspectief afgesproken maar strekte de pensioenovereenkomst er – heel specifiek – toe dat Jabil het door de voormalige pensioenuitvoerder gevoerde indexatiebeleid zou volgen. Deze concrete afspraak was gemaakt in het kader van een overname. De pensioenovereenkomst hield dus in dat als het voormalige pensioenfonds pensioenrechten indexeert, de nieuwe pensioenuitvoerder moet volgen en Jabil financieel moet bijspringen indien en voor zover bij de nieuwe pensioenuitvoerder onvoldoende overrendement aanwezig is. Het hof oordeelde dat Jabil deze concrete pensioentoezegging niet was nagekomen. Dit arrest bleef bij Hoge Raad in stand die de zaak afdeed op 81 RO. Bij een concrete pensioentoezegging is het dus niet nodig om via goed werkgeverschap tot nadere invulling van de afspraak te komen.

### AD 3. GELIJKE BEHANDELING EX ARTIKEL 58 PW

Het hof oordeelde dat Euronext het principe van gelijke behandeling bij toeslagen (als verwoord in art. 58 Pw) had geschonden. Zowel de actieven als de niet-actieven waren voor de oude pensioenregelingen (2006 en 2012) *gewezen deelnemers* (hoewel een deel nog wel een dienstverband had met Euronext) en moesten gelijk behandeld worden voor wat betreft toeslagen uit dezelfde (oude) pensioenregelingen. Dat is niet gebeurd. De gewezen deelnemers die wel in dienst zijn gebleven bij Euronext hebben het indexatieperspectief behouden terwijl de gewezen deelnemers die uit dienst zijn dat perspectief is ontnomen.

De A-G stelt dat de actieven en niet-actieven niet verschillen in positie. Een andere vraag is of het gemaakte verschil binnen de werkingssfeer van artikel 58 Pw valt. Hoewel het artikel zich niet tot de werkgever richt maar tot de pensioenuitvoerder, valt een strijdig onderscheid vaak te herleiden tot de werkgever, omdat

de pensioenuitvoerder enkel de pensioenovereenkomst uitvoert. Voor de vraag of Euronext artikel 58 Pw heeft geschonden, zijn volgens de A-G drie deelvragen van belang:

- 1 *Is er onderscheid gemaakte binnen dezelfde pensioenregeling?*  
Het hof heeft gekeken of de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken zijn *opgebouwd onder dezelfde pensioenregeling*. Dit oordeel is volgens de A-G rehtens onjuist, omdat gekeken moet worden of de grondslag voor indexatie in dezelfde pensioenregelingen is neergelegd en dat is hier niet het geval. Dat een indexatieregeling zich tevens uitstrekt tot pensioenrechten en -aanspraken die zijn opgebouwd in een voorafgaande periode waarin een andere pensioenregeling van toepassing was, brengt niet mee dat sprake is van één (en dezelfde) pensioenregeling.
- 2 *Vereist artikel 58 Pw dat daadwerkelijk toeslag wordt verleend en is dat hier aan de orde?*  
Ook op dit punt betwist de A-G het oordeel van het hof. Zolang er nog niet daadwerkelijk sprake is van indexatie is artikel 58 PW niet van toepassing.
- 3 *Valt het gemaakte onderscheid binnen de reikwijdte van artikel 58 Pw?*

De A-G overweegt dat artikel 58 Pw gelijke behandeling ten aanzien van toeslagen uit dezelfde pensioenregeling voorschrijft tussen:

- 1 gepensioneerden die vóór het ingaan van het pensioen gewezen deelnemer waren en gepensioneerden voor wie het pensioen direct na einde van de arbeidsovereenkomst in ging;
- 2 gewezen deelnemers en gepensioneerden.
- 4 Er wordt geen gelijke behandeling voorgeschreven tussen gepensioneerden en gewezen deelnemers enerzijds en actieve deelnemers anderzijds. Ook om deze reden is artikel 58 Pw niet van toepassing, aldus de A-G. Het maken van onderscheid tussen gewezen deelnemers valt evenmin onder het verbod van artikel 58 lid 3 Pw. Dat lid schrijft alleen voor dat – binnen dezelfde pensioenregeling – de slapers dezelfde toeslag moeten krijgen als gepensioneerden.

### AD 4. ONDERBRENGINGSPLICHT

Artikel 23 Pw bepaalt dat zolang een werknemer pensioen *verwerft* – dus pensioen opbouwt – de onderbrengingsplicht geldt. Het hof oordeelde dat dit inhoudt dat een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten én in stand gehouden, ook voor gewezen deelnemers. Deze verplichting zou Euronext hebben moeten nopen tot het verzoeken van een collectieve waardeoverdracht ex artikel 83 Pw in plaats van het laten gebeuren dat de voorwaardelijke toeslag in de nieuwe uitvoeringsovereenkomst na waardeoverdracht naar Delta Lloyd niet meer in de pensioenregeling terugkeerde.

23 Hoge Raad 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:985.

De A-G ziet dat anders, omdat in de wetsgeschiedenis is bepaald dat de gepensioneerde alleen nog maar een relatie met de uitvoerder heeft en niet meer met de werkgever.<sup>24</sup> Er is dan voor de werkgever geen verplichting meer om de uitvoeringsovereenkomst in stand te laten voor de niet-actieven. PMA moest uitvoering geven aan de indexatietoezeggingen maar kon dat vanwege liquidatie niet meer. De nieuwe pensioenuitvoerder was niet verplicht de oude indexatieregeling uit te voeren en het is volgens de A-G ook niet de verantwoordelijkheid van de werkgever om te zorgen dat de oude uitvoeringsovereenkomst onverkort werd gehandhaafd. Overigens was er geen plicht voor Euronext tot waardeoverdracht ex artikel 83 Pw, althans de grondslag voor zo'n vermeende verplichting is onvoldoende door het hof gemotiveerd.

rest, ook laagdrempeliger in een brief kunnen zijn vastgelegd. Ook hiervan kan in principe nakoming gevorderd worden.

- 3 Geef, met name bij wisseling van pensioenuitvoerder, rekening van de belangen van andere betrokkenen, ook al handel je volgens je contractuele of wettelijke bevoegdheden. Die belangen kunnen aanleiding geven tot aanvullende (toeslag)verplichtingen. Hoever die aanvullingsplicht gaat, hangt af van alle omstandigheden, maar in de regel zal de werkgever een verlies aan indexatieperspectief moeten compenseren naarmate de werkgever zich voorheen sterker had gecommitteerd aan financiering van toeslagen.
- 4 Werkgevers zullen niet zo snel 'last' hebben van een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst, omdat zo'n beding in pensioengevallen veelal niet ten laste van de werkgever maar van de pensioenuitvoerder geldt.

Het laatste woord is echter aan de Hoge Raad. Op het moment van dit schrijven zijn de arresten inzake Euronext, Friesland-Campina en AFM nog niet gewezen, maar deze worden, behoudens uitstel, verwacht op respectievelijk 2 september 2022, 14 oktober 2022 en een nog nader te bepalen datum. Ik wijd er te zijner tijd nog graag een naschrift aan.

## De oorzaak van het wegvallen van indexatieperspectief is van belang

### AD 5. SCHADE

Het hof acht schade aannemelijk. Euronext heeft de schade voor de actieven onderkend en opgevangen door het indexatiedepot. Het indexatieperspectief voor gepensioneerden was verloren gegaan *doordat* Euronext de uitvoeringsovereenkomst had opgezegd en vervolgens de opgebouwde aanspraken en rechten bij het fonds achterliet (en niet koos voor collectieve waardeoverdracht ex artikel 83 Pw).

De A-G laat in het midden of er schade is. Er volgt immers een schadestaatprocedure waarvoor enkel is vereist dat schade aannemelijk is. Niet onbegrijpelijk is dat het hof causaal verband heeft aangenomen. Dat PMA de eventuele schade 'verzegeld' heeft doorbreekt de causaliteit niet.

### WAT IS NOU DE MORAAAL VAN DE BESPROKEN ZAKEN?

De Hoge Raad moet zich nog over sommige zaken uitspreken maar op basis van de huidige stand van zaken is voor werkgevers het volgende van belang:

- 1 Kijk zorgvuldig naar wat je precies afspreekt in de pensioenovereenkomst om *onbedoeld* onvoorwaardelijke toeslagverlening voor werknemers te voorkomen. De kans is groot dat die namelijk niet meer gewijzigd kan worden vanwege het wijzigingsverbod van artikel 20 Pw.
- 2 Wees bewust dat pensioentoezeggingen niet altijd zijn vastgelegd in een uitgebreid contract maar, zoals in het Jabil-ar-

<sup>24</sup> Kamerstukken I, 2006/07, 30 413 C, p.19.