



Mr. B.C.L. Kanen CPL

Advocaat-partner arbeids- en pensioenrechtkantoor bij Liber Dock

In Pensioen & Praktijk #3 2022 schreef ik dat er verschillende belangrijke arresten over toeslagverlening onderweg waren. Het betrof de zaken AFM, Euronext en FrieslandCampina. Arrest in Euronext was toen al verschillende malen uitgesteld. Inmiddels heeft de Hoge Raad in de twee laatstgenoemde zaken arrest gewezen. Het gaat in beide gevallen om het verlies aan perspectief op voorwaardelijke indexatie en of werkgevers daarvoor aansprakelijk kunnen zijn. Ik zal deze hieronder nog bespreken aan de hand van wat ik hier eerder over schreef.

Naschrift: (Wachten op) indexatiebesluiten van de Hoge Raad – het wachten beloond (arresten Euronext en FrieslandCampina)

FRIESLANDCAMPINA

Over FrieslandCampina kan ik kort zijn omdat de Hoge Raad dit zonder inhoudelijke motivering heeft afgegaan op grond van artikel 81 RO. Toch is het belangrijk te realiseren dat de Hoge Raad dit artikel toepast als het cassatieberoep ongegrond is en geen juridisch belangrijke nieuwe vragen oproept. Bijvoorbeeld als rechtzoekenden ‘naar de bekende weg vragen’ door rechtsvragen voor te leggen die al zijn beantwoord, en er verder geen reden is het verwerpen van het cassatieberoep nader te motiveren. Dat kan ook het geval zijn als de conclusie van de advocaat-generaal voldoende duidelijkheid heeft verschaft.¹

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof dat Euronext aansprakelijk was

Mijn inschatting is dat de Hoge Raad heeft geconcludeerd dat er al voldoende duidelijkheid bestaat over de rechtsvraag in deze zaak. Wat mij betreft is de kern dat een partij, in het verlengde van de gevolgen van de opzegging van duurovereenkomsten, on-

der omstandigheden rekening moet houden met de belangen van derden die bij de behoorlijke nakoming van de overeenkomst betrokken kunnen zijn.² Schending van goed werkgeverschap is een omstandigheid die kan nopen tot het aanbieden van (schade)vergoeding. In het *Alcatel*-arrest erkende de Hoge Raad als relevant gezichtspunt onder meer de verantwoordelijkheid van (oud)werkgevers ten opzichte van (oud)werknemers.³

EURONEXT

Euronext betreft wel een uitgebreid gemotiveerd arrest dat veel punten omvat. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof dat Euronext aansprakelijk was voor het verlies aan indexatieperspectief. Ik zal bij de bespreking de deelonderwerpen aanhouden uit mijn eerdere artikel, te weten welke verplichtingen er al dan niet gelden 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.

AD 1. DE PENSIOENOVEREENKOMST EN HET DERDENBEDING

De Hoge Raad overweegt duidelijk dat de enkele omstandigheid dat een werknemer door aanvaarding van de begunstiging op grond van artikel 6:254 lid 1 BW als partij bij de uitvoeringsover-

¹ <https://www.hogeraad.nl/over-ons/rechtsontwikkeling/>

² HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, rov. 3.4, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

³ 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.

eenkomst geldt, niet meebrengt dat de werknemer op die grond *jegens de werkgever* recht heeft op nakoming van diens in de uitvoeringsovereenkomst neergelegde (financiële) verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder. Dat strookt met mijn eerdere analyse dat het derdenbeding niet ten laste van de werkgever komt (tenzij dat duidelijk uit de overeenkomst blijkt).

AD 2. GOED WERKGEVERSCHAP

Artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) is van toepassing op de pensioenovereenkomst als onderdeel van de arbeidsovereenkomst, ook nadat de arbeidsovereenkomst voor het overige is geëindigd.

Was oordeel anders geweest als indexatie uit pensioenpremie was gefinancierd?

De Hoge Raad bevestigt dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een werkgever – hoewel bevoegd tot het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst – door op te zeggen of door op te zeggen zonder daarbij nadere maatregelen of voorzieningen te treffen, zich niet als goed werkgever gedraagt zoals eerder in het *Alcatel*-arrest werd geoordeeld. Het treffen van onvoldoende maatregelen kan in strijd zijn met goed werkgeverschap.

De Hoge Raad overweegt echter dat het hof onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom goed werkgeverschap er voor Euronext toe zou leiden dat zij te weinig heeft gedaan om het indexatieperspectief uit de pensioenovereenkomst inhoud te geven. Niet verworpen was de stelling van Euronext dat er voor haar geen wettelijke of contractuele verplichting meer bestond om in de tekorten van het fonds bij te dragen. De pensioenrechten en aanspraken waren volledig ‘afgefinancierd’ en indexaties dienden volledig uit de beleggingsresultaten te worden voldaan. Bovendien waren de financiële verplichtingen van Euronext jegens de pensioenuitvoerder uit de uitvoeringsovereenkomst geen onderdeel geworden van de pensioenovereenkomst.

Het oordeel van de Hoge Raad is begrijpelijk maar neemt niet weg dat het onvoldoende rekening houden met een toegekend indexatieperspectief in sommige gevallen wel in strijd met goed werkgeverschap kan zijn. De Hoge Raad specificeert niet wanneer dit het geval zal zijn. Ook Van Slooten gaat daar in zijn an-

notatie niet op in.⁴ Ik vermoed echter dat de werkgever een verlies aan indexatieperspectief eerder zal moeten compenseren naarmate de werkgever zich voorheen sterker had gecommitteerd aan financiering van toeslagen. A-G Drijber overwoog in dat verband dat waartoe goed werkgeverschap verplicht mede afhangt van de oorzaak van het wegvallen van het indexatieperspectief. Ik ben daarom benieuwd of het oordeel van de Hoge Raad anders had uitgepakt als indexaties niet uit beleggingsresultaten zouden zijn gefinancierd maar via de pensioenpremie zoals dat het geval was bij FrieslandCampina. Dat laatste oordeel hield zoals gezegd stand bij de Hoge Raad (zij het op basis van art. 81 RO).

AD 3. GELIJKE BEHANDELING EX ARTIKEL 58 PW

De Hoge Raad is helder dat artikel 58 Pw, gelet op haar plaats in de Pw (hoofdstuk 4) zich richt tot de pensioenuitvoerder en niet tot de werkgever.

De Hoge Raad oordeelt verder dat artikel 58 Pw het volgende voorschrijft:

- 1 Als een ouderdomspensioenrecht van een ‘actief-gepensioneerde’ die op of na 1 januari 2014 bij Euronext in dienst was, wordt verhoogd op grond van de pensioenregeling neergelegd in de CAO 2014, moet in dezelfde mate verhoging plaatsvinden van het ouderdomspensioenrecht van een ‘slaper-gepensioneerde’: de gepensioneerde die voor zijn pensionering gewezen deelnemer in diezelfde pensioenregeling is geweest (art. 58 lid 1 Pw).
- 2 Als een ouderdomspensioenrecht van een gepensioneerde die op of na 1 januari 2014 bij Euronext in dienst was, wordt verhoogd op grond van de pensioenregeling neergelegd in de CAO 2014, moet in dezelfde mate verhoging plaatsvinden van de aanspraak op ouderdomspensioen van een nog niet gepensioneerde, gewezen deelnemer in diezelfde pensioenregeling (art. 58 Pw lid 3).

Artikel 58 Pw richt zich niet tot de werkgever

Maar wanneer is sprake van ‘diezelfde pensioenregeling’ als genoemd in 58 leden 1 en 3 Pw? Het hof heeft gekeken of de opgebouwde pensioenrechten en –aanspraken zijn opgebouwd onder dezelfde pensioenregeling. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad

4 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, *PJ* 2022/104, m.nt. prof. mr. J.M. van Slooten.

(en eerder de A-G) rechtens onjuist. Artikel 58 Pw moet aldus worden begrepen dat de verhoging door middel van toeslagen voor een slaper-gepensioneerde resp. een gewezen deelnemer op gelijke wijze moet plaatsvinden als die voor een (actief-)gepensioneerde indien zij deelnemer zijn geweest in dezelfde pensioenregeling als *die op grond waarvan* het ouderdomspensioenrecht van de (actief-)gepensioneerde wordt verhoogd.

Kortom, gekeken moet worden of de grondslag voor indexatie in dezelfde pensioenregelingen is neergelegd. 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. De Hoge Raad overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat denkbaar is dat een werkgever twee pensioenregelingen heeft voor verschillende categorieën deelnemers en dat als bijvoorbeeld toeslagen worden verleend aan de actief-gepensioneerden uit de ene regeling, de slapers-gepensioneerden uit de andere pensioenregeling daaraan geen recht op gelijke behandeling kunnen ontleenen.

Geen onderbrengingsplicht als aanspraken alleen nog aangroeien door toeslagen

Bovendien maakt artikel 58 PW volgens de Hoge Raad een nadrukkelijk onderscheid tussen indexatie van een ouderdomspensioenrecht (wel beschermd door art. 58 Pw) en indexatie van pensioenaanspraken zoals bij Euronext (niet beschermd door art. 58 Pw).

AD 4. DE ONDERBRENGINGSPLICHT

Het hof oordeelde dat de onderbrengingsplicht 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.

Euronext-arrest is duidelijk en waardevol voor de praktijk

De Hoge Raad maakt hier korte metten mee. De onderbrengingsplicht voor de werkgever geldt niet meer als de aanspraken alleen nog aangroeien door toeslagen (die aangroei valt niet onder de term ‘verwerven’). Omdat geen onderbrengingsplicht voor Euronext wordt aangenomen, heeft de Hoge Raad geen woorden meer gewijd aan de vraag of er een plicht voor Euronext was te besluiten tot waardeoverdracht ex artikel 83 Pw.

Dat geen onderbrengingsplicht meer geldt als er geen aanspraken meer verworven worden, kan de vraag oproepen op grond waarvan dan nog wel geïndexeerd kan worden door de pensioenuitvoerder. Het antwoord is dat gewezen deelnemers en gepensioneerden zich rechtstreeks kunnen wenden tot de pensioenuitvoerder op basis van het pensioenreglement. Bovendien kan, als de pensioenuitvoerder onverhoopt het pensioenreglement eenzijdig zou (kunnen) aanpassen, nog worden teruggevallen op de werking van het derdenbeding. Dat een werkgever de uitvoeringsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd, hoeft naar mijn mening niet te betekenen dat de uitvoeringsovereenkomst tussen de pensioenuitvoerder en de gewezen deelnemers en gepensioneerden kan blijven bestaan; zij zijn via het derdenbeding *ten laste van de pensioenuitvoerder* immers partij bij de uitvoeringsovereenkomst geworden. Dat laat overigens onverlet de plicht van het fonds om in het kader van liquidatie tot collectieve waardeoverdracht over te gaan waardoor de relatie tussen enerzijds de liquiderende pensioenuitvoerder en anderzijds de gewezen deelnemers en gepensioneerden alsnog verbroken wordt.

Al met al is het *Euronext*-arrest een duidelijk arrest met waardevolle handvatten voor de pensioenpraktijk.