

# De relatie van de deelnemer met de uitvoeringsovereenkomst in nieuw perspectief

TPV 2023/39

De arresten inzake ASR, Euronext, FrieslandCampina, AFM en John Crane hebben een (ver)nieuw(end) perspectief geboden op de relatie van de deelnemer met de uitvoeringsovereenkomst. Dat de deelnemer partij is bij die UO was al duidelijk. Dat dit niet op financiële verplichtingen ziet, werd wel vermoed, maar was nog niet zo duidelijk dogmatisch onderbouwd als in deze jurisprudentie is gedaan. Nieuw(er) is de mogelijkheid voor deelnemers om op grond van het goed werkgeverschap schadevergoeding te vorderen, ook als zij geen aanspraak hebben op nakoming van financiële verplichtingen. De daarbij van toepassing zijnde kaders en normen zijn duidelijker in kaart gebracht. Met name de gezichtspunten uit het arrest Vleesmeesters/Alog kunnen hier behulpzaam zijn. De toepassing daarvan in de praktijk zal naar verwachting nog scherpere normen opleveren.

## 1. Inleiding

De uitvoeringsovereenkomst (“UO”) is volgens de Pensioenwet (art. 1) “de overeenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder over de uitvoering van een of meer pensioenovereenkomsten.” De deelnemer wordt echter op enig moment ook partij bij de UO. Dat gebeurt door begunstiging indien zijn pensioenovereenkomst ter uitvoering is ondergebracht bij een pensioenuitvoerder.

Naar aanleiding hiervan rijzen de volgende vragen.

- Kan een deelnemer aanspraak maken op andere verbintenissen dan zijn pensioenuitkering, zoals financieringsafspraken?
- Moet een deelnemer akkoord gaan met wijzigingen van de UO?
- Heeft hij aanspraak op schadevergoeding bij de beëindiging van de UO?
- Heeft het invloed op de wijze waarop de UO moet worden uitgelegd?

De beantwoording van deze vragen is recent aan de orde gekomen in vijf arresten van de Hoge Raad; dit betreft de kwesties ASR, Euronext, FrieslandCampina, AFM en John Crane.<sup>2</sup> In deze vijf arresten is de rechtsverhouding tussen

de deelnemer, de werkgever en de pensioenuitvoerder nader uitgewerkt. In dit artikel bezie ik of deze arresten een nieuw perspectief bieden: wat is er hierdoor veranderd (of slechts verduidelijkt) en wat kunnen daarvan de gevolgen zijn?

Het belang van deze vragen is in mijn ogen evident aangezien we aan de vooravond staan van toepassing van de Wet toekomst pensioenen (“Wtp”) waardoor nagenoeg iedere UO zal moeten worden gewijzigd of beëindigd. De aankondiging van schadeclaims is reeds luid en duidelijk te vernemen. Over de grondslag(en) van dergelijke claims is de Wtp niet erg concreet. Mogelijk helpt dit artikel de lezer om een scherper beeld te krijgen van die problematiek.

Ik zal hierna eerst in paragraaf 2 een samenvatting geven van de onderdelen van de oordelen die zien op de UO in deze vijf arresten. Daarna behandel ik de vraag wat het “partij zijn” van de deelnemer precies inhoudt (paragraaf 3) en wat dit betekent voor de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen (paragraaf 4). Ten slotte komt de uitlegmethode van een UO (paragraaf 5). Ik gebruik hierna steeds de term “deelnemer”, maar bedoel daarmee ook de voormalige deelnemer en pensioengerechtigden. Zij blijven immers partij bij de pensioenovereenkomst, die weer de basis is voor de relatie met de UO.

## 2. Wat leren de vijf arresten ons over de relatie tussen de deelnemer en de UO?

1. Hoever strekt de binding van de deelnemer aan de UO?
2. Heeft de deelnemer een claim bij verandering in de financiering van zijn pensioen(aanspraak)?

### Ad 1. Hoever strekt de binding van de deelnemer aan de UO?

Eigenlijk is de kern van deze arresten niet zo nieuw als het lijkt. Ik wijs op het DSM/Fox-arrest uit 2004.<sup>3</sup> Hierin heeft de Hoge Raad al geoordeeld dat de betreffende deelnemer partij was bij de UO tussen DSM en het pensioenfonds, zonder het woord uitvoeringsovereenkomst te gebruiken (dat was toen nog niet wettelijk gedefinieerd): “In de onderhavige zaak heeft de werknemer, [verweerder], zijn uit deze bepaling voortvloeiende rechten aanvaard, zodat hij heeft te gelden als partij bij de tussen de werkgever en het pensioenfonds gesloten overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW).” Dit oordeel is altijd een beetje onder de radar gebleven omdat dit in dat arrest niet het springende punt was.<sup>4</sup> In het ASR-arrest geeft de Hoge Raad een vrijwel gelijklopend oordeel: “[verweerder] heeft de rechten uit de verzekeringsovereenkomst aanvaard en geldt daardoor als

<sup>1</sup> Prof. dr. Jaap van Slooten CPL is advocaat arbeids- en pensioenrecht bij Stibbe en hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA.

<sup>2</sup> HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162, *PJ* 2022/16, m.nt. Lutjens, *JIN* 2022/61, m.nt. Donner-Broersma, *NJ* 2022/76 en *RvdW* 2022/215 (ASR); HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, *JAR* 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, *PJ* 2022/104, m.nt. Van Slooten, *JIN* 2022/175, m.nt. Van Arkel en *RvdW* 2022/830 (Euronext); HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234, *PJ* 2023/16, m.nt. Van Slooten en *RvdW* 2022/832 (FrieslandCampina) en HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:661, *PJ* 2023/40, m.nt. Huijg, *JAR* 2023/143, *Ondernemingsrecht* 2023/62, m.nt. Maatman, *RAR* 2023/98, *JIN* 2023/94, m.nt. Donner-Broersma en *RvdW* 2023/492 (AFM); HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1291.

<sup>3</sup> HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005, 493, m.nt. Du Perron, *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. Grapperhaus, *SR* 2004/60, m.nt. Langemeijer, *JOR* 2004/157, m.nt. Kortmann en *JAR* 2004/83, m.nt. Beltzer.

<sup>4</sup> Maar was wel vermeld in *Asser/Lutjens* 7-XI 2019/ 256.

partij bij de tussen Allianz en ASR gesloten overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW).<sup>5</sup>

In het Euronext-arrest heeft de Hoge Raad deze lijn iets verder verduidelijkt: “De Pensioenwet berust op het uitgangspunt dat de werknemer jegens de pensioenuitvoerder recht heeft op de pensioenaanspraken en uitkeringen die de werkgever ten behoeve van hem in de uitvoeringsovereenkomst heeft bedongen. Deze begunstiging in de uitvoeringsovereenkomst is aan te merken als derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 lid 1 BW. De werknemer aanvaardt, door het sluiten van de pensioenovereenkomst met de werkgever, de begunstiging (het derdenbeding) in de uitvoeringsovereenkomst. Na aanvaarding van het derdenbeding geldt de werknemer op grond van art. 6:254 lid 1 BW als partij bij de uitvoeringsovereenkomst.”<sup>6</sup>

In het AFM-arrest, ten slotte, is geoordeeld: “In de uitvoeringsovereenkomst leggen de werkgever en de pensioenuitvoerder afspraken vast over de uitvoering van de pensioenovereenkomst, waaronder de (wijze van) financiering van pensioenaanspraken (art. 25 Pw). Wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst laten de pensioenaanspraak op zichzelf onaangetast.”<sup>7</sup>

Deze laatste passage ligt in het verlengde van het Euronext-arrest. In mijn woorden: de deelnemer is partij bij de UO omdat daarin is geregeld dat zijn pensioenovereenkomst zal worden uitgevoerd. Het biedt hem dus een juridische grondslag om een uitkering te vorderen van de uitvoerder. Het AFM-arrest verduidelijkt dat dit “partij zijn” geen gevolgen heeft voor zijn pensioenaanspraak. De basis daarvan is en blijft de pensioenovereenkomst en de UO brengt geen verandering in die aanspraak, ook als de deelnemer partij daarbij is.

## Ad 2. Heeft de deelnemer een claim bij verandering in de financiering van zijn pensioen?

Bij beantwoording van deze vraag is het Euronext-arrest leidend: “De enkele omstandigheid dat een werknemer door aanvaarding van de begunstiging op grond van art. 6:254 lid 1 BW als partij bij de uitvoeringsovereenkomst geldt, brengt niet mee dat de werknemer op die grond jegens de werkgever recht heeft op nakoming van diens in de uitvoeringsovereenkomst neergelegde (financiële) verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder. Een zodanig recht op nakoming vloeit ook niet voort uit de Pensioenwet.”<sup>8</sup> Een opzegging van de UO kan echter in strijd zijn met goed werkgeverschap en het is niet uitgesloten dat dit leidt tot het recht op schadevergoeding. In casu werd dat recht afgewezen omdat de eiseres onvoldoende had gesteld. In de FrieslandCampina-zaak (het arrest werd gewe-

zen ex art. 81 lid 1 RO) is door het Hof Den Haag geoordeeld dat de werkgever o.m. in strijd met het goed werkgeverschap heeft gehandeld door de UO op te zeggen en gehouden is schadevergoeding te betalen.<sup>9</sup>

## 3. Wat houdt het “partij zijn” van de deelnemer in?

### 3.1 “Partij zijn” vloeit voort uit de wet

De Pensioenwet suggereert dat werkgever en uitvoerder de enige twee partijen mogen zijn bij de UO, maar het tegendeel is waar. De UO strekt immers ter uitvoering van een pensioenovereenkomst, waarbij de werknemer partij is. In de UO bedingt de werkgever ten behoeve van de werknemer het recht op pensioenaanspraken en -uitkeringen bij de uitvoerder. Deze begunstiging in de UO is een derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 lid 1 BW. De aanvaarding van dit derdenbeding ligt besloten in de pensioenovereenkomst, aldus de Hoge Raad. Dus: indien de werknemer de pensioenovereenkomst sluit, accepteert hij daarmee op voorhand de UO die de werkgever heeft gesloten.

Dit alles brengt mee dat een UO meer dan twee partijen heeft zodra er een pensioenovereenkomst in uitvoering wordt genomen. In de praktijk altijd.

### 3.2 “Partij zijn” geeft recht op de pensioenuitkering

Dat de werknemer partij is bij de UO, wil niet zeggen dat hij gerechtigd of verplicht is tot alle daarin voorkomende verbintenissen. Interessant is dat de werknemer in beginsel al partij wordt bij de UO zonder dat hij hiermee bekend is of op de inhoud daarvan invloed heeft kunnen uitoefenen. Dat pleit ervoor om het “partij zijn” te beperken tot de verbintenissen die besloten liggen in de pensioenovereenkomst. Kort gezegd is dat de verbintenis van de pensioenuitvoerder om de werknemer als deelnemer te accepteren en hem de daarbij passende aanspraken en rechten toe te kennen. Het belangrijkste recht is het recht op een pensioenuitkering. De Hoge Raad heeft in het Euronext-arrest geoordeeld dat de begunstiging (in ieder geval) daarop betrekking heeft.<sup>10</sup>

### 3.3 Geen recht op nakoming van financieringsverplichting

De begunstiging hoeft niet echter beperkt te zijn tot het recht op een pensioenuitkering. In hetzelfde arrest zondert de Hoge Raad “de (financiële) verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder” uit van hetgeen waarvan de deelnemer nakoming kan vragen.<sup>11</sup> In het AFM-arrest werkt de Hoge Raad dat iets verder uit: “In de uitvoeringsovereenkomst leggen de werkgever en de pensioenuitvoerder afspraken vast over de uitvoering van de pensioenovereenkomst, waaronder de

5 HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162, PJ 2022/16, m.nt. Lutjens, JIN 2022/61, m.nt. Donner-Broersma, NJ 2022/76 en RvdW 2022/215 (ASR), rov. 3.2.

6 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, JAR 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, PJ 2022/104, m.nt. Van Slooten, JIN 2022/175, m.nt. Van Arkel en RvdW 2022/830 (Euronext), rov. 3.6.2.

7 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:661, PJ 2023/40, m.nt. Huijg, JAR 2023/143, Ondernemingsrecht 2023/62, m.nt. Maatman, RAR 2023/98, JIN 2023/94, m.nt. Donner-Broersma en RvdW 2023/492 (AFM), rov. 3.6.2.

8 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, JAR 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, PJ 2022/104, m.nt. Van Slooten, JIN 2022/175, m.nt. Van Arkel en RvdW 2022/830 (Euronext), rov. 3.6.2.

9 Hof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136, PJ 2021/34, m.nt. Huijg.

10 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, JAR 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, PJ 2022/104, m.nt. Van Slooten, JIN 2022/175, m.nt. Van Arkel en RvdW 2022/830 (Euronext), rov. 3.6.3 met verwijzing naar het DSM/Fox-arrest.

11 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, JAR 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, PJ 2022/104, m.nt. Van Slooten, JIN 2022/175, m.nt. Van Arkel en RvdW 2022/830 (Euronext), rov. 3.6.3.

(wijze van) financiering van pensioenaanspraken (art. 25 Pw). Wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst laten de pensioenaanspraak op zichzelf onaangetaast.”<sup>12</sup> De wet maakt derhalve een duidelijk onderscheid tussen de pensioenaanspraken en de financiering daarvan. De pensioenaanspraak volgt (mede) uit de pensioenovereenkomst; de financiering daarvan louter uit de UO.

Daarmee is duidelijk dat in ieder geval uit de Pensioenwet geen recht voortvloeit om nakoming van financieringsverplichtingen te eisen. Tevens betekent dit dat een deelnemer niet kan afdwingen dat hij akkoord moet gaan met een wijziging van die verplichtingen. Sterker nog: uit het AFM-arrest volgt dat een deelnemer überhaupt niet akkoord hoeft te gaan met de wijziging van de UO waarbij hij partij is. Die wijziging kan immers niet zijn rechten uit hoofde van de pensioenovereenkomst aantasten. Hooguit kan de deelnemer na wijziging van de UO constateren dat zijn pensioenovereenkomst niet meer (volledig) wordt uitgevoerd en daarvan nakoming vragen.

### 3.4 **Heeft de deelnemer nimmer recht op nakoming van financieringsverplichting?**

De deelnemer kan dus in ieder geval niet op grond van de Pensioenwet nakoming van financieringsverplichtingen vorderen. Betekent dit ook dat dat nooit kan? Er geldt immers contractsvrijheid en dus zouden partijen in de UO kunnen afspreken dat een financieringsverplichting mede ten behoeve van de deelnemer is bedongen. Ik acht het niet heel waarschijnlijk dat dat bewust zo wordt afgesproken, maar er staan soms bepalingen in de UO die zo uitgelegd zouden kunnen worden. Kan een dergelijk betoog worden afgekapd omdat het in strijd is met de Pensioenwet of zit hier nog een gaatje? Ik lees de overwegingen van de Hoge Raad zo dat het wettelijk systeem in ieder geval niet die kant op wijst. Dus een deelnemer die zich op een dergelijk afwijkend contractueel beding in de UO beroept zal, als het aankomt op de uitleg van de UO, van goeden huize moeten komen.

Ook de pensioenovereenkomst kan een financieringsverplichting van de werkgever bevatten, bijvoorbeeld om minimaal een bepaald bedrag in een indexatiedepot te storten. De Hoge Raad heeft dat in het Euronext-arrest als een relevante mogelijkheid erkend.<sup>13</sup> De uitvoering van die financieringsverplichting zou dan via de UO moeten worden ondergebracht. De deelnemer zou van die verplichting nakoming kunnen vragen door de uitvoerder. Dit is echter een minder spannende casus omdat de deelnemer ook de werkgever kan aanspreken op basis van de pensioenovereenkomst.

### 3.5 **Niet alleen recht op de pensioenuitkering**

De Hoge Raad laat in het Euronext-arrest ruimte voor de deelnemer om meer dan de pensioenuitkering te claimen: “De enkele omstandigheid dat een werknemer door aanvaarding van de begunstiging op grond van art. 6:254 lid 1 BW als partij bij de uitvoeringsovereenkomst geldt, brengt niet mee dat de werknemer op die grond jegens de werkgever recht heeft op nakoming van diens in de uitvoeringsovereenkomst neergelegde (financiële) *verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder*.”<sup>14</sup> [benadr. JvS]. In de onderstreepte passages lees ik potentiële ruimte voor deelnemers om nakoming van financiële en andere verbintenissen te claimen. Ten eerste kunnen er blijkbaar bijkomende omstandigheden zijn die dat meebrengen. De Hoge Raad gaat daar verder niet op in, maar dat kan dus bijvoorbeeld zijn dat de UO uitdrukkelijk een recht op een bepaalde financiering aan de deelnemer verleent of dat de financiering ook in het pensioenreglement is opgenomen.

Ten tweede is de passage beperkt tot verplichtingen van de werkgever jegens de pensioenuitvoerder. De passage gaat niet over de verplichtingen van de pensioenuitvoerder jegens de werkgever of de deelnemer. Rechten ten behoeve van deelnemers die (soms) in een UO geregeld zijn en mogelijk niet volledig in het pensioenreglement zijn geregeld, betreffen bijvoorbeeld het recht op informatie en het recht op de zorgvuldige omgang met (persoons)gegevens. Als de UO regelt dat de pensioenuitvoerder de deelnemer binnen een bepaalde tijd informatie zal geven, kan ook dat als een verbintenis worden gezien waarvan hij nakoming kan vragen.

### 3.6 **“Partij zijn” kan ook leiden tot plichten voor een deelnemer**

Naast rechten kan een UO ook plichten bevatten voor een deelnemer. Een voorbeeld daarvan is te vinden in een recent arrest van het Hof Amsterdam over een verzekerde regeling.<sup>15</sup> De deelnemer maakte in casu bezwaar tegen de inhouding van kosten op de premie, hetgeen in de UO was vastgelegd. Het hof overwoog: “Op de voet van artikel 6:253 BW wordt [appellant] geacht het beding in artikel 1 onder (1) Uitvoeringsovereenkomst dat Zwitserleven verplicht om een individuele pensioenverzekering “af te geven” – oftewel om een individuele pensioenverzekering met hem te sluiten – te hebben aanvaard. Ingevolge artikel 6:254 lid 1 BW geldt [appellant] daarna als partij bij de Uitvoeringsovereenkomst en de daarin genoemde verzekeringsvoorwaarden van Zwitserleven en dus ook bij hetgeen daarin is afgesproken over kosten en inhoudingen. Daarop strandt zijn betoog dat de kosten en inhoudingen niet met hem zijn afgesproken.”<sup>16</sup> [benadr. JvS]

12 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:661, PJ 2023/40, m.nt. Huijig, JAR 2023/143, Ondernemingsrecht 2023/62, m.nt. Maatman, RAR 2023/98, JIN 2023/94, m.nt. Donner-Broersma en RvdW 2023/492 (AFM), rov. 3.6.2.

13 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, JAR 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, PJ 2022/104, m.nt. Van Slooten, JIN 2022/175, m.nt. Van Arkel en RvdW 2022/830 (Euronext), rov. 3.5.3: “Evenmin heeft het hof vastgesteld dat de met de leden van VPE gesloten pensioenovereenkomsten een bepaling bevatten die ertoe strekt dat de in de uitvoeringsovereenkomst vervatte (aanvullende) financiële verplichtingen van Euronext ook jegens de werknemers zouden gelden.”

14 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, JAR 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, PJ 2022/104, m.nt. Van Slooten, JIN 2022/175, m.nt. Van Arkel en RvdW 2022/830 (Euronext), rov. 3.6.3

15 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:510, PJ 2021/71, m.nt. Van Slooten.

16 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:510, PJ 2021/71, m.nt. Van Slooten, rov. 3.6.

Hoe verhoudt dit oordeel zich tot de overweging in het (latere) Euronext-arrest dat de begunstiging betrekking heeft op het in de UO opgenomen recht op een pensioen-uitkering? In deze zaak zou dat naar mijn indruk het oordeel niet anders hebben gemaakt. Vast stond dat de regeling over premie en inhoudingen tussen werkgever en werknemer was overeengekomen. Deze maakte dus deel uit van de pensioenovereenkomst en was verder uitgewerkt in de UO. Hierdoor was de werknemer ook aan die uitwerking gebonden.

Ook dit voorbeeld laat zien dat het “partij zijn” niet beperkt is tot het recht op een pensioenuitkering. In feite is de werknemer betrokken bij alle verbintenissen in de UO die strekken tot de uitvoering van de pensioenovereenkomst. Dus niet alleen bij rechten en bij uitkeringen, maar ook bij plichten, zolang die in de pensioenovereenkomst staan. Deze conclusie past bij het oordeel dat de aanvaarding van de begunstiging in de pensioenovereenkomst besloten ligt. Met andere woorden: de deelnemer is uitsluitend partij bij de UO voor zover dat ziet op rechten en plichten uit hoofde van de pensioenovereenkomst. Dus: in beginsel niet meer, maar ook niet minder.

In theorie zou de deelnemer kunnen stellen dat hij geen kennis had kunnen nemen van de verplichtingen die voor hem uit de pensioenovereenkomst volgden voor zover deze alleen in de UO waren opgenomen en dat hij het beding had afgewezen als hij er kennis van had genomen. Indien de UO alleen het recht op een uitkering bevat en geen plichten, is dat een lastig verweer, want de aanvaarding van het derdenbeding ligt besloten in het aangaan van de pensioenovereenkomst. Art. 6:253 lid 4 BW luidt immers: “Is het beding onherroepelijk en jegens de derde om niet gemaakt, dan geldt het als aanvaard, indien het ter kennis van de derde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.” Als de UO echter verplichtingen bevat die niet uit de pensioenovereenkomst kenbaar waren en de deelnemer de UO niet heeft ontvangen, dan heeft hij geen mogelijkheid gehad om het beding af te wijzen. Daarom zal wellicht betoogd kunnen worden dat de volgens art. 6:253 lid 1 BW benodigde aanvaarding heeft ontbroken ten aanzien van sommige nog niet kenbare plichten.

### 3.7 **Pensioenovereenkomst is opgenomen in de UO**

Sommige verzekeraars hante(e)r(d)en pensioenregelingen waarbij de pensioenovereenkomst in het document staat waarin ook de UO is opgenomen en dat die naam draagt. De deelnemer krijgt dan alleen een korte schriftelijke bevestiging dat dat zijn pensioenovereenkomst is. Hierdoor kan het onduidelijk zijn welke verbintenissen tot de UO behoren en welke alleen tot de pensioenovereenkomst. Het is naar mijn mening onjuist dan maar te concluderen dat alle verbintenissen onderdeel zijn van de UO. Het feit dat alles in een document staat waarbij drie partijen betrokken zijn, is niet doorslaggevend. In een dergelijk geval moet door middel van uitleg per verbintenis beoordeeld worden of die tot een of beide overeenkomsten gerekend kan worden. Het spreekt vanzelf dat dit een heikele exercitie kan zijn (zie ook paragraaf 5).

### 3.8 **Kan de deelnemer contractueel worden uitgesloten van de UO?**

Tot zover de vraag of verbintenissen contractueel zijn uit te breiden. Omgekeerd kan ook de vraag gesteld worden: is het toegestaan om in de UO af te spreken dat deze geen derdenbeding bevat? Het antwoord luidt ontkennend. Art. 6:253 lid 1 BW luidt als volgt: “Een overeenkomst scheidt voor een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen, *indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt.*” [benadr. JvS] Deze bepaling is van dwingend recht (vgl. art. 6:250 BW). Uit o.m. het Euronext-arrest volgt dat de UO de strekking heeft om een deelnemer het recht op een pensioenuitkering te verlenen. Van deze strekking mag dus niet worden afgeweken.

### 3.9 **Conclusie: belang van het “partij zijn” is beperkt**

Wat is het belang voor de deelnemer van het feit dat hij “partij is” bij de UO? Ten eerste kan hij nakoming vorderen van sommige verbintenissen uit de UO, maar doorgaans zullen die ook zijn uitgewerkt in het pensioenreglement of in de pensioenovereenkomst. Mocht dat toch niet (volledig) zijn gebeurd, dan biedt het Euronext-arrest de basis om alsnog als deelnemer te worden aangemerkt dan wel om het reglement in overeenstemming met de UO te brengen.

## 4. **Schadevergoeding wegens beïnvloeding van de financiële verplichtingen van de werkgever**

De Hoge Raad heeft, zoals besproken, geoordeeld dat de deelnemer in beginsel geen partij is bij de UO-bepalingen die zien op de financiële verplichtingen van de werkgever jegens de pensioenuitvoerder. Tegen die achtergrond lijkt het merkwaardig dat de Hoge Raad in het Euronext-arrest heeft geoordeeld dat de deelnemer de mogelijkheid heeft om schadevergoeding te vorderen indien er wat verandert in die financiële verplichtingen. Toch is dat niet zo vreemd: dat een deelnemer geen contractuele aanspraak kan maken op die verplichtingen betekent niet dat hij rechteloos is. Hij kan met een beroep op aanvullende of buitencontractuele rechtsgronden een vordering tot (schade)vergoeding baseren.

Er zijn drie verschillende kaders waaraan een dergelijke vordering kan worden getoetst:

- (i) het Alcatel-arrest;
- (ii) het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW); en
- (iii) de gezichtspuntencatalogus uit het Vleesmeesters/Alog-arrest.

Deze drie toetsingskaders sluiten elkaar niet uit, maar vullen elkaar aan en in.

Bedacht dient te worden dat deze bescherming losstaat van het recht op affinanciering van de opgebouwde aanspraken en nakoming van alle rechten. Het gaat om extra bescherming, die daarbovenop kan komen, met name wanneer de financiële verplichtingen van de werkgever

wijzigen of zelfs eindigen, met nadelige gevolgen voor de deelnemer.

#### *Ad (i) Het Alcatel-arrest<sup>17</sup>*

Dit arrest is uiteraard bekend in pensioenkringen. Het houdt kort gezegd in dat de eisen van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat een opzegging van een UO onrechtmatig is indien de (schade)vergoeding niet wordt voldaan. De Hoge Raad heeft daarbij overwogen: “Daarbij zal onder meer gewicht kunnen toekomen aan (...) en aan de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst betrekking heeft op (opgebouwde) pensioenaanspraken van (gewezen) werknemers, tegenover wie de (voormalige) werkgever op grond van de (voormalige) arbeidsverhouding een zekere verantwoordelijkheid heeft (behouden).”<sup>18</sup> Aan deze passage valt de plicht te ontleen om mede de belangen van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in acht te nemen.<sup>19</sup>

#### *Ad (ii) Goed werkgeverschap*

In het Euronext-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het recht op opzegging van de UO “onverlet [laat] 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.”<sup>20</sup> Welke omstandigheden dat dan kunnen zijn, heeft de Hoge Raad niet uitgewerkt.

Het is de vraag of er verschil is tussen enerzijds het Alcatel-arrest, dat gebaseerd is op de redelijkheid en billijkheid, en anderzijds art. 7:611 BW, “in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden.”<sup>21</sup> Naar mijn mening is er geen dogmatisch verschil. In beide gevallen gaat het immers om de werking van de redelijkheid en billijkheid. Vooral de aanvullende werking daarvan biedt ruimte aan partijen om op basis van de gegeven omstandigheden ongeschreven normen te formuleren. Het verschil zal in de praktijk zijn dat een pensioenfonds dat een (schade)vergoeding vordert eerder aan de redelijkheid en billijkheid zal refereren en een (ex-)werknemer eerder aan het goed werkgeverschap, maar ook dat is geen vereiste. In de FrieslandCampina-zaak

kon het pensioenfonds zijn vordering mede baseren op het goed werkgeverschap (zie hierna).

A-G Drijber heeft in zijn conclusie gesteld dat het goed werkgeverschap een onderdeel vormt van het Alcatel-toetsingskader en daarmee impliceert hij dat er een hiërarchische verhouding bestaat tussen beide.<sup>22</sup> Ik weet niet zeker of zijn woorden zo begrepen moeten worden en laat dit hier verder rusten.

#### *Ad (iii) De gezichtspuntencatalogus uit het Vleesmeesters/Alog-arrest*

In het Vleesmeesters/Alog-arrest<sup>23</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een contractant onder omstandigheden rekening dient te houden met de belangen van derden die bij een behoorlijke nakoming van de overeenkomst betrokken zijn. Volgens dat arrest zijn daarbij negen omstandigheden van belang: “Relevante gezichtspunten hierbij zijn (a) de hoedanigheid van alle betrokken partijen, (b) de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, (c) de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, (d) de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, (e) de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, (f) de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, (g) de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt, (h) de vraag of van de derde kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, en (i) de redelijkheid van een aan de derde aangeboden schadeloosstelling.”<sup>24</sup>

De gezichtspuntencatalogus uit het Vleesmeesters/Alog-arrest heeft weliswaar een overlap met de andere twee toetsingskaders, maar die overlap is niet volledig. Zoals A-G Drijber duidelijk heeft gemaakt, had het hof in de FrieslandCampina-zaak de in het Vleesmeesters/Alog-arrest genoemde omstandigheden, naast de toetsing van het goed werkgeverschap, bij zijn beoordeling betrokken.<sup>25</sup>

De vraag zou gesteld kunnen worden of het toetsingskader uit het Vleesmeesters/Alog-arrest hier wel aan de orde is/hier wel van toepassing is, aangezien dat als uitgangspunt neemt dat een derde partij beschermd wordt. De deelnemer is echter geen derde, maar partij bij de UO. Hij is dus geen directe rechthebbende tot de financieringsafspraken, maar daarbij derde-belanghebbende. Daarom is Vleesmeesters/Alog door de deelnemer in te roepen bij een verandering in de UO en ook uiterst behulpzaam.

Daar waar de Alcatel- en Euronext-arresten een beetje blijven hangen in (mooie) beginselen, geeft het arrest Vleesmeesters/Alog meer houvast. Als we dat arrest toepassen op de gevolgen die een opzegging van een UO kan hebben voor de financiering van de pensioenaanspraken

17 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *PJ* 2016/101, m.nt. Lutjens, *NJ* 2016/450, m.nt. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2016/294, m.nt. Brouwer, *JAR* 2016/166, *RvdW* 2016/919 en *RAR* 2016/133 (*Alcatel*).

18 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *PJ* 2016/101, m.nt. Lutjens, *NJ* 2016/450, m.nt. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2016/294, m.nt. Brouwer, *JAR* 2016/166, *RvdW* 2016/919 en *RAR* 2016/133 (*Alcatel*), rov. 4.4.3

19 Parket bij de Hoge Raad 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina*), randnr. 4.101.

20 HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, *JAR* 2022/267, m.nt. Haaren & Vermeeren-Keijzers, *PJ* 2022/104, m.nt. Van Slooten, *JIN* 2022/175, m.nt. Van Arkel en *RvdW* 2022/830 (*Euronext*), rov. 3.4.24.

21 Aldus het Parallel Entry-arrest van de Hoge Raad: HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, *NJ* 2008, 536, m.nt. Verhulp, *Ondernemingsrecht* 2004/85, m.nt. Franx-Schaap, *SR* 2004/31, m.nt. Vegter en *JAR* 2004/68, m.nt. Vegter, rov. 3.3.

22 Parket bij de Hoge Raad 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina*), randnr. 4.107.

23 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008, 587, m.nt. Du Perron, *JOR* 2004/341 en *RvdW* 2004/108 (*Vleesmeesters/Alog*).

24 Aldus de samenvatting van Drijber, Parket bij de Hoge Raad 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina*), randnr. 4.102.

25 Parket bij de Hoge Raad 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina*), randnrs. 4.103-106.

en -rechten, dan zijn daaruit in ieder geval de volgende regels te halen:

- de werkgever dient rekening te houden met de belangen van de deelnemers; en
- dient daarbij alternatieven te overwegen die minder schadelijk voor de deelnemers zijn, tenzij dat bezwaarlijk is; en
- hij dient daarbij tevens aandacht te besteden aan de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt.

Ook zou de werkgever aandacht kunnen besteden aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de deelnemers.

#### 4.1 **Omstandigheden van het geval zijn van groot belang**

Deze laatste regel brengt mee dat het in het belang van werkgevers is om bij de deelnemers de verwachtingen over continuering van de financiering te temperen. A-G Drijber formuleerde het in zijn conclusie voor het Euronext-arrest zo: "De verplichting tot goed werkgeverschap kan ertoe leiden dat het op de weg van de voormalige werkgever ligt om zich ervoor in te spannen dat bij wisseling van pensioenuitvoerder er ten aanzien van de pensioenrechten en pensioenaanspraken geen wijzigingen optreden in het nadeel van de inactieven. De invulling van die inspanningsverplichting wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval."<sup>26</sup>

In de Euronext-zaak kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat het niet begrijpelijk was dat het hof tot strijd met het goed werkgeverschap had geoordeeld. Enerzijds stond vast dat de pensioenrechten en -aanspraken volledig waren afgefinancierd, indexaties volledig dienden te worden voldaan uit de beleggingsresultaten en er dus geen contractuele of wettelijke bijstortverplichtingen waren. Daartegenover was onvoldoende gesteld door de inactieven, anders dan dat zij een bepaald "indexatieperspectief" hadden.

In de FrieslandCampina-zaak had het hof de toewijzing van schadevergoeding beter onderbouwd, waardoor zijn arrest in cassatie in stand bleef. Deze twee zaken laten goed zien dat de kans op toewijzing grotendeels afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, alsmede de onderbouwing daarvan door eiser(s).

Dat blijkt ook uit de John Crane-zaak.<sup>27</sup> Het hof had in die zaak geoordeeld dat de werkgever de vermindering van de kans op indexering (de verslechtering van het indexatieperspectief) moest compenseren, die het gevolg was van het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst met Zwitserleven en met achterlating van de niet actieve deelnemers bij die verzekeraar. Hierdoor waren toevoegingen aan de bestemmingsreserve in de vorm van kwantumkortingen en winstdelingen verminderd of weggefallen. Niet in geschil was dat die kwantumkorting de voornaamste bron van indexering was. Verder had de werkgever afge-

sproken dat Zwitserleven voortaan de administratiekosten uit de winstdeling mocht financieren. De overgang naar een andere verzekeraar had de werkgever aanzienlijke besparingen opgeleverd en hij had geen enkele compenserende maatregel getroffen. De Hoge Raad verwierp de cassatieklachten in die zaak. Dat de indexatie een voorwaardelijk karakter had en dat de werkgever op zich de pensioenregeling mocht sluiten, "stond niet in de weg aan het oordeel dat de werkgever in de gegeven omstandigheden op grond van de redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap gehouden was het door die beëindiging verslechterde indexatieperspectief van de gepensioneerde te compenseren".<sup>28</sup>

Terug naar de vermeende tegenstelling tussen enerzijds de mogelijke claim wegens benadeling van de deelnemers en anderzijds de afwezigheid van een recht op nakoming van financiële verplichtingen. Die tegenstelling is dus schijn, hetgeen verklaard kan worden door het verschil tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. De werkgever die zich van een financiële verplichting jegens de uitvoerder ontdoet pleegt geen wanprestatie jegens de deelnemers, maar loopt het risico dat hij een verzwaarde ongeschreven zorgvuldigheidnorm schendt.

#### 4.2 **Ook bij wijziging van de UO kan een schadeclaim op de loer liggen**

Hoewel de jurisprudentie ziet op de opzegging van de UO, is er geen reden waarom die niet tevens van toepassing is bij een wijziging van de UO met wederzijds goedvinden. Weliswaar geldt dan niet het Alcatel-arrest (dat alleen over opzegging spreekt), maar art. 7:611 BW en het Vleesmeesters/Alog-arrest zijn dan wel van toepassing. Gelet op het feit dat de toetsingskaders uit het Alcatel-arrest en goed werkgeverschap uitwisselbaar zijn, hoeft dat dus niet tot een wezenlijk ander resultaat te leiden.

Voorts blijkt uit het FrieslandCampina-arrest van het hof dat een pensioenfonds de ruimte heeft om zich als zaakwaarnemer van de deelnemers op te stellen in de discussie met de werkgever. Het pensioenfonds kon zijn vordering dan ook baseren op het goed werkgeverschap hoewel hij uiteraard zelf geen arbeidsovereenkomst had (gehad).

De voorgaande twee punten brengen ook mee dat als de werkgever een vaststellingsovereenkomst sluit met het pensioenfonds na geducht tegenspel van die laatste, dit ook een (aanzienlijke) rol mag spelen bij de toepassing van het Vleesmeesters/Alog-toetsingskader. Anders gezegd: als zich na een dergelijke deal nog individuele deelnemers melden met een claim, kan de werkgever in zijn verdediging gebruiken dat het pensioenfonds reeds is opgekomen voor de rechten van de deelnemers en dat bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst aandacht is geweest voor de relevante gezichtspunten uit het Vleesmeesters/Alog-arrest. De rechtspraak komt er immers op neer dat: (1) zowel het pensioenfonds als de deelnemers een vordering kunnen instellen jegens de werkge-

26 Parket bij de Hoge Raad 5 november 2022, ECLI:NL:PHR:2021:1042 (Euronext), randnr. 4.28.

27 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1291.

28 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1291, rov. 3.1.2.

ver indien de werkgever zijn financiële verplichtingen wijzigt of beëindigt en (2) dat het toetsingskader min of meer hetzelfde is.

## 5. De uitlegmethode van een UO

De inhoud van de UO kan mede van belang zijn voor de contractuele en buitencontractuele aanspraken van de deelnemers. Deze deelnemers zijn in beginsel altijd partij bij de UO, zij het niet bij iedere bepaling daaruit. Niettemin zijn de deelnemers in de praktijk nimmer betrokken bij de totstandkoming van de UO. Dat brengt mee dat in beginsel de cao-uitlegnorm van toepassing is op de verbintenissen waaraan de deelnemers directe aanspraken ontlelen.<sup>29</sup> De Haviltex-norm is daarentegen in beginsel van toepassing op verbintenissen die alleen tussen de pensioenuitvoerder en werkgever gelden, zoals de verbintenissen zien op de financiële verplichtingen.<sup>30</sup> Een vergelijkbare verdeling bestaat er bij de uitleg van cao's: in beginsel geldt dan de cao-uitlegnorm, maar voor obligatoire bepalingen (tussen de vakbonden en de werkgever(svereniging(en))) wordt toepasselijkheid van de Haviltex-norm aangenomen.<sup>31</sup>

## 6. Conclusie

Met name de arresten inzake ASR, Euronext FrieslandCampina, AFM en John Crane hebben een (ver)nieuw(end) perspectief geboden op de relatie van de deelnemer met de uitvoeringsovereenkomst. Dat de deelnemer partij is bij die UO was al duidelijk. Dat dit niet op financiële verplichtingen ziet, werd wel vermoed, maar was nog niet zo duidelijk dogmatisch onderbouwd als in deze jurisprudentie is gedaan. Nieuw(er) is de mogelijkheid voor deelnemers om op grond van het goed werkgeverschap schadevergoeding te vorderen, ook als zij geen contractuele aanspraak hebben op nakoming van financiële verplichtingen. De daarbij van toepassing zijnde kaders en normen zijn duidelijker in kaart gebracht. Met name de regels uit het arrest Vleesmeesters/Alog kunnen hier behulpzaam zijn. De toepassing daarvan in de praktijk zal naar verwachting nog scherpere normen opleveren.

<sup>29</sup> In gelijke zin: *Asser/Lutjens 7-XI 2019/ 260*.

<sup>30</sup> Zie *Asser/Lutjens 7-XI 2019/ 280* met verwijzing naar HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *Pf* 2016/101, m.nt. Lutjens, *NJ* 2016/450, m.nt. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2016/294, m.nt. Brouwer, *JAR* 2016/166, *RvdW* 2016/919 en *RAR* 2016/133 (*Alcatel*) en verder lagere rechtspraak.

<sup>31</sup> S.F. Sagel, 'De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (I)', *ArbeidsRecht* 2003/49.