



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

PJ 2023/16

van Slooten, J.M.

**Publication date**

2023

**Document Version**

Other version

**Published in**

Pensioen Jurisprudentie

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van Slooten, J. M. (2023). PJ 2023/16. 16. Case note on: HR, 16/09/22, ECLI:NL:HR:2022:1234 *Pensioen Jurisprudentie*, 2023(2), 133-167.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

PJ 2023/16

## Is de werkgever een vergoeding verschuldigd wegens het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds? Hoge Raad laat arrest van het hof met bevestigende beantwoording in stand.

HR 16-09-2022, ECLI:NL:HR:2022:1234, m.nt. prof. mr. J.M. van Slooten

Instantie	Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum	16 september 2022
Magistraten	Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock
Zaaknummer	21/02024
Conclusie	A-G mr. B.J. Drijber
Noot	prof. mr. J.M. van Slooten
JCDI	JCDI:ADS690043:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2022:1234, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 16-09-2022 ECLI:NL:PHR:2022:259, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 18-03-2022
Wetingang	Art.23 PW

### Essentie

Is de werkgever een vergoeding verschuldigd wegens het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds? Hoge Raad laat arrest van het hof met bevestigende beantwoording in stand.

### Samenvatting

De werkgever FrieslandCampina heeft de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds opgezegd. Het geding gaat over de vraag of FrieslandCampina een vergoeding verschuldigd is. Het hof had geoordeeld dat de uitvoeringsovereenkomst een leemte bevat en die ingevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap en daarop gebaseerd een veroordeling tot schadevergoeding uitgesproken. Redengevend daarvoor was onder meer dat de premie mede was bestemd voor het realiseren van de indexatieambitie. Zie voor het arrest van het hof van 9 februari 2021, *PJ 2021/34*.

### Partij(en)

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

*Nummer 21/02024*

*Datum* 16 september 2022

## ARREST

In de zaak van

1. KONINKLIJKE FRIESLANDCAMPINA N.V., gevestigd te Amersfoort,
2. FRIESLANDCAMPINA NEDERLAND B.V., gevestigd te Amersfoort,
3. FRIESLANDCAMPINA KIEVIT B.V, gevestigd te Meppel,
4. ZUIVELCOÖPERATIE DELTAMILK B.A., gevestigd te Molenlanden,

EISERESSEN tot cassatie, verweersters in het incidentele cassatieberoep,

hierna in enkelvoud: FrieslandCampina,

advocaten: S.F. Sagel en I.L.N. Timp,

tegen

STICHTING PENSIOENFONDS CAMPINA, gevestigd te Woerden,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het incidentele cassatieberoep,

hierna: SPC,

advocaten: B.T.M. van der Wiel en N.T. Dempsey.

## Uitspraak

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak 6766533 / CV EXPL 18-10871 van de rechtbank Rotterdam van 3 mei 2019;
- b. het arrest in de zaak 200.264.906 van het gerechtshof Den Haag van 9 februari 2021.

FrieslandCampina heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. SPC heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor FrieslandCampina mede door E.M.T. Huijzer, en voor SPC mede door S.H.J. de Bruijn.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt in zowel het principale als het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## 2. Beoordeling van de middelen in het principale en in het incidentele beroep

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

## 3. Beslissing

De Hoge Raad:

### In het principale beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt FrieslandCampina in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SPC begroot op € 916,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien FrieslandCampina deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

### In het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt SPC in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van FrieslandCampina begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien SPC deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

## Conclusie

### Conclusie A-G mr. B.J. Drijber:

## 1. Inleiding

### 1.1

Deze pensioenzaak betreft een geschil tussen een pensioenfonds en een werkgever naar aanleiding van het opzeggen door de werkgever van de uitvoeringsovereenkomst. De geldigheid van de opzegging als zodanig is niet in geding. De centrale vraag is of de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst gepaard diende te gaan met een aanbod tot betaling van (schade)vergoeding door de werkgever wegens de gevolgen van die opzegging voor de mogelijkheid om aan inactieven perspectief op indexering van pensioenrechten en -aanspraken te kunnen blijven bieden. In dat opzicht bouwt deze zaak voort op het arrest *Alcatel-Lucent* uit 2016,<sup>[1.]</sup> zonder daar overigens veel nieuws aan toe te voegen. Die zaak betrof eveneens een geschil tussen een werkgever en het aan haar gelieerde ondernemingspensioenfonds over de gevolgen van de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst.

## 1.2

Anders dan de kantonrechter, heeft het hof geoordeeld dat FrieslandCampina gehouden is tot het betalen van een vergoeding aan SPC in verband met de gevolgen van de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Het hof baseert dit oordeel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) waarbij strijd met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) een van de relevante omstandigheden is. FrieslandCampina komt hier met een waaier aan klachten tegenop. Naar ik meen zonder succes. Ook het incidentele middel treft mijns inziens geen doel. Ik concludeer daarom tot een 'dubbele verwerping'.

## 2. Feiten

### 2.1

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>[2.]</sup>

### 2.2

Koninklijke FrieslandCampina N.V. is de holdingvennootschap van een zuivelconcern dat in een groot aantal landen in de wereld actief is. Zij houdt de aandelen van FrieslandCampina Nederland B.V.. Die vennootschap is tevens de rechtsoptvolger van FrieslandCampina Werknemers B.V..

### 2.3

SPC is een ondernemingspensioenfonds dat in 1994 is ontstaan uit een fusie van drie ondernemingspensioenfondsen. SPC was het pensioenfonds van Zuivelcoöperatie Campina (hierna: *Campina*) en haar werkmaatschappijen. Ter uitvoering van de met haar werknemers gesloten pensioenovereenkomst(en) hebben Campina (en haar rechtsoptvolgers) met SPC opeenvolgende uitvoeringsovereenkomsten gesloten (hierna in het enkelvoud: *UVO*). De *UVO* werd steeds voor onbepaalde tijd gesloten en aangepast wanneer bijstelling van de afspraken nodig werd geacht.

### 2.4

In de periode van 1994 tot en met 2001 heeft SPC - vanwege de (ruimschoots) toereikende dekkingsgraad - aan Campina restituties van betaalde voorschotpremies ('kortingen') verleend op de ingevolge de *UVO* verschuldigde premies.

### 2.5

Op basis van de "CAO inzake pensioenen 2006 voor de Zuivelindustrie" (hierna: *Pensioen CAO 2006*) gold voor medewerkers van Campina - kort gezegd en voor zover hier van belang - een middelloonregeling met een *voorwaardelijke* toeslagverlening aan inactieven. In de *Pensioen CAO 2006* is hierover het volgende bepaald: "Artikel 13

## Indexering

### 1.

De ingegane pensioenen en premievrije aanspraken worden jaarlijks (voor het eerst in 2006) geïndexeerd met maximaal de 'consumentenprijsindex alle huishoudens afgeleid' gemeten over de periode van oktober tot oktober daaraan voorafgaand, zoals vastgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek. Het bestuur van het pensioenfonds of de verzekeraar of ander bevoegd orgaan beslist evenwel jaarlijks in hoeverre de pensioenrechten en pensioenaanspraken van niet-actieven worden aangepast. Voor deze voorwaardelijke indexatietoezegging wordt geen bestemmingsreserve gevormd en deze wordt uit de premie gefinancierd. Van

deze voorwaardelijke indexatietoezegging kan worden afgeweken op grond van afspraken tussen bij de totstandkoming van de CAO betrokken partijen.”

## 2.6

Op 30 juni 2008 hebben Campina en SPC de UVO 2007 gesloten, die met terugwerkende kracht per 1 januari 2007 is gaan gelden. In de UVO 2007 was voorzien in de betaling van een tijdelijke aanvullende premie van 4% van de bruto loonsom (art. 5 lid 4 UVO 2007) en een tijdelijke herstellpremie van 1% van de voorziening pensioenverplichting (VPV) (art. 5 lid 5 UVO 2007). De UVO 2007 bevatte verder onder meer de volgende bepalingen:

“Toeslagverlening

### Artikel 8

#### 1. Toeslagenpensioenaanspraken actieve deelnemers

De opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen worden gedurende het deelnemerschap jaarlijks per 1 januari procentueel verhoogd met de loonontwikkeling volgens de loonschalen van de CAO gemeten over de periode van oktober tot oktober daaraan voorafgaand met een maximum van 3%. Voor deze toeslagverlening wordt geen bestemmingsreserve gevormd en wordt uit de premie gefinancierd. De werkgever heeft toegezegd jaarlijks een bedrag te storten dat voldoende is om de door het bestuur bepaalde aanpassing te financieren. (...)

#### 2. Toeslagen pensioenaanspraken en pensioenrechten slapers en gepensioneerden (bevoegdheid bestuur)

De krachtens het pensioenreglement verworven pensioenrechten en premievrije aanspraken als bedoeld in artikel 13 van het pensioenreglement kunnen jaarlijks per 1 januari worden verhoogd met maximaal de procentuele ontwikkeling van de “consumentenprijsindex alle huishoudens afgeleid” (...)

Het bestuur van het pensioenfonds beslist op basis van de financiële positie van het fonds evenwel jaarlijks in hoeverre de hiervoor bedoelde pensioenrechten en pensioenaanspraken kunnen worden aangepast. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening wordt geen bestemmingsreserve gevormd en deze wordt uit de premie betaald. Vanaf 1 januari 2009 wordt deze toeslagverlening niet meer uit de premie gefinancierd, maar uit de beleggingsopbrengsten. (...) Bij een dekkingsgraad beneden de 115% vindt geen toeslagverlening plaats per 1 januari daaropvolgend. Bij een dekkingsgraad boven de 125% vindt volledige toeslagverlening plaats. Bij een dekkingsgraad tussen de hiervoor genoemde percentages vindt een lineaire korting op de toeslagverlening plaats.

(...)

### Beëindiging overeenkomst

### Artikel 10

Deze uitvoeringsovereenkomst kan uitsluitend worden beëindigd zowel door de onderneming als door het pensioenfonds bij schriftelijke mededeling mits daarbij in acht wordt genomen een opzegtermijn van tenminste 12 maanden alsmede de bepalingen volgens artikel 16 lid 4 van het Pensioenreglement 2006, zoals dat luidt vanaf 1 januari 2008. (...)

Beide partijen kunnen in onderling overleg de verdere werking van deze uitvoeringsovereenkomst ten aanzien van een of meer categorieën van deelnemers beëindigen, mits de wens daartoe tenminste 12 maanden tevoren schriftelijk is medegedeeld aan de andere partij.”

## 2.7

In 2008 beschikte SPC niet langer over het wettelijk vereist eigen vermogen (reservetekort), noch over het wettelijk minimaal vereist eigen vermogen (dekkingstekort). Op 20 maart 2009 heeft SPC daarom een lange termijn en een korte termijn herstelplan ingediend bij DNB, dat op 1 juli 2009 door DNB is goedgekeurd.

## 2.8

Campina is op 1 januari 2009 gefuseerd met Zuivelcoöperatie Friesland Foods (hierna: *Friesland Foods*). Uit deze fusie is FrieslandCampina ontstaan. In verband met deze fusie zijn de arbeidsvoorwaarden voor het nieuwe concern geharmoniseerd. In afwachting van nieuwe afspraken over de uitvoering van de Pensioen CAO 2006 voor alle werknemers van FrieslandCampina, is de uitvoering van de Pensioen CAO 2006 voor de bestaande werknemers van Campina en de uitvoering van pensioenovereenkomsten met inactieven (slapers en gepensioneerden) gecontinueerd bij SPC.

## 2.9

De uitvoering van de Pensioen CAO 2006 voor de bestaande werknemers van Friesland Foods en de uitvoering van pensioenovereenkomsten met haar inactieven is gecontinueerd bij pensioenverzekeraar Avéro Achmea. De uitvoering van de Pensioen CAO 2006 voor na 1 januari 2009 in dienst getreden werknemers van FrieslandCampina, werd ondergebracht bij Avéro Achmea. Als gevolg daarvan werd de pensioenregeling bij SPC 'gesloten' voor nieuwe deelnemers. SPC bleef wel de pensioenuitvoerder voor de pensioenovereenkomsten met de werknemers die op 31 december 2008 in dienst waren bij Campina, haar gewezen deelnemers en haar gepensioneerden.

## 2.10

Bij brieven van 19 januari 2009, 28 mei 2009, 23 juli 2009 en 5 november 2009 heeft SPC Koninklijke FrieslandCampina N.V., als rechtsopvolger van Campina en als vertegenwoordiger van FrieslandCampina, op de hoogte gebracht van het feit dat sinds 1 januari 2007 in de voorziening pensioenverplichtingen en de kostendekkende premies de gewijzigde levensverwachting onvoldoende was verdisconteerd, en heeft FrieslandCampina om aanvullende betalingen verzocht. FrieslandCampina heeft dit verzoek afgewezen, omdat voor dit risico al een zuivere kostendekkende premie werd betaald.

## 2.11

Bij brief van 2 november 2009 heeft SPC aan FrieslandCampina bericht dat de opslag voor toekomstige uitvoeringskosten ontoereikend is. Hierover hebben partijen gesproken maar geen overeenstemming bereikt. Als tussenoplossing werd overeengekomen dat de opslag van 1% in de kostendekkende premie (en de voorziening pensioenverplichtingen) werd gehandhaafd en dat FrieslandCampina jaarlijks het verschil zou bijdragen tussen de werkelijke uitvoeringskosten en de ontvangen opslag in de premie. Tevens werd overeengekomen dat FrieslandCampina bij beëindiging van de UVO aan SPC een vergoeding zou betalen voor de door deze nog te maken uitvoeringskosten verband houdend met de reeds opgebouwde rechten.

## 2.12

In 2010 sloten FrieslandCampina en SPC een nieuwe UVO. Deze *UVO 2010* luidde in grote lijnen hetzelfde als UVO 2007, met een enkele wijziging/aanvulling. Aan de beëindigingsbepaling (die voor het overige gelijklopend is aan het hiervoor onder 2.6 geciteerde art. 10 UVO 2007) werd de volgende clause toegevoegd (mijn onderstreping):

"Bij een beëindiging als hiervoor bedoeld treden partijen in overleg over de vergoeding door de werkgever aan het pensioenfonds *van de nog te maken kosten voor de nakoming van de rechten en aanspraken* die zijn opgebouwd tijdens de werkingsduur van deze overeenkomst en de daaraan voorafgaande overeenkomsten. Indien partijen hierover binnen zes maanden geen overeenstemming bereiken zullen partijen ieder een deskundige aanwijzen, die samen met een door hen aan te wijzen derde deskundige, een voor partijen



bindend voorstel zullen opstellen.”

### 2.13

In de periode 2011-2013 heeft overleg plaatsgevonden tussen FrieslandCampina en SPC over de toekomstige pensioenovereenkomst tussen FrieslandCampina en haar werknemers en de rol van SPC bij de uitvoering daarvan. Drie opties zijn onderzocht: (1) de collectieve waardeoverdracht van alle pensioenrechten en -aanspraken naar een verzekeraar (“buy-out”), (2) de collectieve waardeoverdracht van de pensioenaanspraken van (alleen) de actieve werknemers naar een verzekeraar (“carve-out”), en (3) het zelfstandig verdergaan van SPC na opzegging van de UVO 2010 (“gesloten fonds”). Daarnaast is discussie gevoerd over wie te rekenen vanaf 1 januari 2007 de financiële gevolgen van het ‘langlevenrisico’ [3.] diende te dragen, en over de vrijval van de voorziening voor vroegpensioen.

### 2.14

Partijen hebben over deze onderwerpen geen overeenstemming bereikt. SPC wenste een buy-out. FrieslandCampina opteerde voor een carve-out en heeft diverse voorstellen gedaan tot het doen van aanvullende vergoedingen bij een carve-out. Volgens FrieslandCampina zou een dergelijke carve-out een gunstig effect hebben op de dekkingsgraad van SPC (en dus ook gunstig zijn voor de inactieven). SPC heeft een carve-out echter afgewezen.

### 2.15

Op 20 december 2013 heeft Zuivelcoöperatie DeltaMilk B.A. de UVO 2010 opgezegd per 1 januari 2015. Op 23 december 2013 hebben FrieslandCampina Nederland B.V. en FrieslandCampina Kievit B.V. hetzelfde gedaan 2015.[4.] Op 31 december 2013 was de dekkingsgraad van SPC 104,8%. Zij verkeerde daarom nog in een reservetekort.[5.]

### 2.16

Op 31 maart 2014 hebben FrieslandCampina Nederland en SPC ter beëindiging van de discussie over het langlevensrisico en de vrijval van de voorziening voor vroegpensioen een vaststellingsovereenkomst gesloten. Overeengekomen werd dat FrieslandCampina aan SPC een eenmalige betaling zou doen van € 24,5 miljoen en zou afzien van haar vordering op SPC inzake de vroegpensioenregeling, die was begroot op € 17,5 miljoen.

### 2.17

FrieslandCampina heeft zich per 1 januari 2015 verbonden aan de ‘Collectieve Arbeidsovereenkomst Pensioenen 2015 voor de Zuivelindustrie’ en de uitvoering daarvan door het nieuw opgerichte ‘Bedrijfstakpensioenfonds voor de Zuivel en aanverwante industrie (Pensioenfonds Zuivel)’. Deze bedrijfstakpensioenregeling geldt met ingang van 1 januari 2015 zowel voor de actieven die voor die datum bij SPC pensioen opbouwden, als voor de actieven die voorheen bij Avéro Achmea pensioen opbouwden, inclusief de daarbij behorende voorwaardelijke indexatie na uitdiensttreding.

### 2.18

De tot 1 januari 2015 bij SPC en Avéro Achmea opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van de actieven en inactieven van FrieslandCampina (en hun rechtsvoorgangers) zijn niet overgedragen aan het Pensioenfonds Zuivel. De voorwaardelijke toeslagregeling voor inactieven bij SPC en Avéro Achmea wordt ook na 1 januari 2015 uitgevoerd door SPC en Avéro Achmea.

### 2.19



FrieslandCampina heeft bij de verlenging van de UVO met Avéro Achmea per 1 januari 2014 onderhandeld over de eventuele beëindiging van de UVO bij toetreding tot Pensioenfonds Zuivel per 1 januari 2015. Daarbij is onder meer de positie van de (bestaande en toekomstige) inactieven van Friesland Foods die bij Avéro Achmea zouden achterblijven aan de orde geweest. FrieslandCampina heeft aan Avéro Achmea toezeggingen gedaan tot bijstortingen om het toeslagbeleid, althans de mogelijkheid om te indexeren, voor de (bestaande en toekomstige) inactieven te kunnen continueren: vier jaarlijkse betalingen van € 16.000.000,- met de mogelijkheid van nog één extra voorwaardelijke betaling van € 16.000.000,- ultimo 2024 of 2029.

## 2.20

Per 1 januari 2015 is het Nieuw Financieel Toetsingskader in werking getreden. SPC beschikte met een tot 102,9% gedaalde nominale dekkingsraad noch over het wettelijk minimaal voorgeschreven vereist eigen vermogen, noch over het vereist eigen vermogen. SPC heeft vanwege dit dekkings- en reservetekort op 1 mei 2015 een herstelplan ingediend bij DNB voor de periode 2015-2026. Dit herstelplan is op 21 augustus 2015 goedgekeurd.

## 2.21

Naar aanleiding van de opzegging van de UVO 2010 hebben FrieslandCampina en SPC overleg gepleegd over de op grond van artikel 10 UVO 2010 door FrieslandCampina aan SPC te betalen vergoeding voor uitvoerings- en administratiekosten. Partijen hebben hierover geen overeenstemming bereikt en conform art 10 UVO 2010 een bindend advies gevraagd.

## 2.22

De bindend adviseurs hebben op 12 juni 2015 een bindend advies uitgebracht waarin zij, onder meer, hebben vastgesteld dat FrieslandCampina een vergoeding voor uitvoeringskosten moest betalen van € 20,2 miljoen. Een verdergaande vergoeding, zoals voorgestaan door SPC, hebben zij afgewezen.

## 2.23

Bij brief van 15 mei 2017 heeft SPC FrieslandCampina gesommeerd om in verband met de opzegging van de UVO 2010 een aanvullende schadevergoeding te voldoen.

## 2.24

Bij brief van 24 mei 2017 heeft FrieslandCampina de gestelde aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht betwist.

## 2.25

Het verschil in waardevastheid van de pensioenen opgebouwd op grond van de pensioenregeling van Friesland Foods bij Avéro Achmea en de pensioenen opgebouwd op basis van de op hoofdlijnen zelfde pensioenregeling van Campina bij SPC bedroeg in 2019 14%. Het indexatieverschil groeit nog steeds.

## 2.26

In een op verzoek van SPC uitgebracht rapport<sup>[6.]</sup> van 17 oktober 2017 heeft EY Actuarissen onder meer de impact van de opzegging van de UVO 2010 door FrieslandCampina op de financiële situatie van SPC gekwantificeerd. In een op verzoek van FrieslandCampina uitgebracht rapport<sup>[7.]</sup> van 12 januari 2018 heeft Focus Orange gereageerd op genoemd rapport van EY. In een aanvullend rapport<sup>[8.]</sup> van 19 juni 2018 heeft EY gereageerd op het rapport van Focus Orange.

### 3. Procesverloop

#### Eerste aanleg

3.1

SPC heeft FrieslandCampina op 9 november 2017 gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam. Zij heeft gevorderd een verklaring voor recht dat FrieslandCampina onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met redelijkheid en billijkheid de pensioenregeling met SPC met ingang van 1 januari 2009 te sluiten, én door de UVO 2010 met SPC op te zeggen per 1 januari 2015 zonder daarbij een redelijke vergoeding aan te bieden, alsmede veroordeling tot vergoeding van als gevolg hiervan geleden schade, nader op te maken bij staat.

3.2

FrieslandCampina heeft op 17 januari 2018 geconcludeerd voor antwoord en tevens incidenteel gevorderd dat de rechtbank Rotterdam zich onbevoegd verklaart nu op grond van art. 216 Pw is bepaald dat zaken betreffende een uitvoeringsovereenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder door een kantonrechter behandeld dienen te worden.

3.3

Bij vonnis van 21 maart 2018 heeft de rechtbank Rotterdam zich onbevoegd verklaard en de zaak doorverwezen naar de kantonrechter in de rechtbank Rotterdam.

3.4

De kantonrechter heeft de vorderingen van SPC bij vonnis van 3 mei 2019 afgewezen.<sup>[9.]</sup>

#### Hoger beroep

3.5

SPC is op 1 augustus 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter bij het hof Den Haag (hierna: *het hof*).

3.6

SPC heeft negen grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en (alsnog) tot toewijzing van haar vorderingen. FrieslandCampina heeft geconcludeerd tot verwerping van het appel, zelf in incidenteel appel vier grieven aangevoerd en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis onder verbetering van gronden.

3.7

Partijen hebben het geschil in volle omvang aan het hof voorgelegd. Het hof heeft op 9 februari 2021<sup>[10.]</sup> arrest gewezen en daarin, voor zover in cassatie nog van belang, het volgende overwogen:

“De kernvraag: Is FrieslandCampina c.s. verplicht tot betaling van een aanvullende vergoeding wegens de opzegging van UVO 2010 per 1 januari 2015?”

5.1

De principale en incidentele grieven betreffen de kernvraag van dit geschil, te weten de vraag of de opzegging door FrieslandCampina c.s. van de UVO 2010 per 1 januari 2015 zonder toekenning van enige aanvullende vergoeding gelet op alle omstandigheden van het geval onrechtmatig is te achten. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

(...)

Laat de UVO 2010 een leemte?

(...)

6.3.

Het hof overweegt als volgt. In het Alcatel-arrest heeft de HR in rov. 4.5 overwogen:

“De hiervoor (...) weergegeven onderdelen (...) klagen terecht dat het hof in het bestreden arrest onvoldoende is ingegaan op de stellingen van het Pensioenfonds in hoger beroep dat, indien de gestelde andere betalingsverplichtingen niet volgen uit/ de uitvoeringsovereenkomst, de kosten waarop die verplichtingen betrekking hebben voor rekening van Alcatel-Lucent komen in verband met een leemte in de uitvoeringsovereenkomst dan wel in verband met de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is en de beëindiging daarvan Alcatel-Lucent noopt tot betaling van schadevergoeding.”

Gelet op de woorden “dan wel in verband met de omstandigheid etc.” in deze overweging kan naar het oordeel van het hof het standpunt van FrieslandCampina c.s., dat eerst sprake moet zijn van een leemte voordat aan schadevergoeding kan worden toegekomen, niet worden gevolgd.

6.4

Maar mocht dat al anders zijn, dan leidt dit niet tot een ander resultaat, omdat het hof het standpunt van FrieslandCampina c.s. dat artikel 10 UVO 2010 een alomvattende regeling geeft voor vergoeding bij beëindiging, zodat geen sprake is van een leemte, evenmin juist acht. Artikel 10 UVO 2010 moet immers worden uitgelegd aan de hand van de zogenoemde Haviltex-maatstaf. Gelet op hetgeen SPC (onweersproken) met betrekking tot de totstandkoming van die bepaling naar voren heeft gebracht, oordeelt het hof dat SPC niet anders hoefde te begrijpen dan dat de in die bepaling opgenomen vergoeding bij beëindiging - uitsluitend - betrekking heeft op de uitvoeringskosten over de hoogte waarvan tussen partijen al enige tijd discussie bestond (...). Hetgeen FrieslandCampina c.s. heeft aangevoerd omtrent de door haar betaalde kostendekkende premie noopt niet tot een ander oordeel. Dit betekent dat van een alomvattende regeling geen sprake was, of - anders gezegd - dat er wel degelijk sprake is van een leemte, die kan worden aangevuld. Dat de regeling in de UVO 2010 niet alomvattend was wat betreft de financiële verplichtingen van FrieslandCampina c.s. richting SPC, blijkt naar het oordeel van het hof ook uit het feit dat partijen in maart 2014 nog een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten ter beëindiging van de discussie over het langlevensrisico en de vrijval van het vroegpensioen, welke vaststellingsovereenkomst heeft geleid tot een eenmalige betaling van € 24,5 miljoen (buiten de UVO 2010 om) (...).

6.5

Een en ander betekent dat niet kan worden geoordeeld dat naast het bindend advies geen ruimte meer is voor een aanvullende vergoeding. Uit het feit dat de bindend adviseurs hebben geoordeeld dat het bepaalde in artikel 10 UVO 2010 slechts aanspraak geeft op een vergoeding van de nog te maken kosten voor de nakoming van, kort gezegd, reeds opgebouwde rechten, kan dus niet worden afgeleid dat SPC geen aanspraak kan maken op andere vergoedingen.

Is er sprake van schade als gevolg van de opzegging?

(...)

7.3

Het hof stelt voorop dat vaststaat dat SPC op de peildatum (20 december 2013, zijnde de datum van opzegging, dan wel uiterlijk 1 januari 2015, zijnde de datum van beëindiging van de UVO 2010) zich in een herstelsituatie (reservetekort) bevond. Dit betekent dat het hof aan de berekeningen van Focus Orange voorbij zal gaan, aangezien deze niet uitgaan van een aanvangsdekkingsgraad per 20 december 2013 respectievelijk 1 januari 2015 als peildatum, maar van ultimo oktober 2017. Het hof stelt verder vast dat uit hetgeen in artikel 5 UVO 2010 is bepaald ten aanzien van verschuldigde premie, volgt dat premiebetaling zonder twijfel leidt tot een verbeterd eigen vermogen van SPC. FrieslandCampina was op grond van artikel 5 immers niet alleen een premie verschuldigd, maar ook diverse (buffer)opslagen, die - zeker in de eerste jaren van een herstelperiode van een reservetekort - bijdragen aan het herstel van het eigen vermogen. Een verbeterd eigen vermogen is van wezenlijk belang en draagt bij aan verbetering van het indexatieperspectief van (bestaande en toekomstige) inactieven. Het standpunt dat de bufferopslagen toebehoren aan de actieven en niet aan de inactieven is - in ieder geval onder de PW zoals deze gold ten tijde van belang - onjuist en wordt verworpen. Dit betekent dat door de opzegging van UVO 2010 herstel is vertraagd. Daaraan doet niet af dat ook zonder premiebetaling herstel mogelijk is (gebleken) als gevolg van - onder meer - solvabiliteitsvrijval. De solvabiliteitsvrijval staat immers los van de opzegging: die had zich wanneer de UVO 2010 niet was opgezegd ook voorgedaan. Dat uit ALM-studies blijkt dat de (bestaande en toekomstige) inactieven op lange termijn

beter af zijn in een situatie waarin geen pensioenopbouw meer plaatsvindt bij SPC, dan in een situatie waarin pensioenopbouw zou zijn voortgezet, doet er niet aan af dat dit op korte termijn niet het geval is. Voor de inactieven van nu betekent dit, dat door de opzegging hun indexeringsperspectief is verslechterd. Een en ander klemt te meer, omdat dit perspectief door de sluiting van de pensioenregeling voor nieuwe deelnemers in 2009 ook al onder druk was komen te staan. In 2009 verkeerde SPC immers ook al in een herstelsituatie.

#### 7.4

Daaraan doet niet af dat FrieslandCampina c.s. meer premie heeft betaald (te weten de zuivere kostendekkende premie tegen de lage marktrente) dan de premie waartoe zij ten minste wettelijk verplicht is (de gedempte kostendekkende premie tegen verwacht rendement). Dat wettelijk bedrag betreft een prudentieel minimum en kan niet als maatstaf worden gebruikt om aan contractuele verplichtingen (volgend uit de UVO 2010), dan wel verplichtingen voortkomend uit de redelijkheid en billijkheid te ontkomen.

#### 7.5

De omstandigheid dat het reservetekort niet in overwegende mate is toe te rekenen aan de opzegging van de UVO 2010, maakt niet dat moet worden geoordeeld dat de bovengenoemde schade die het gevolg is van de opzegging niet aan FrieslandCampina c.s. kan worden toegerekend.

#### 7.6

In het licht van het vorenstaande wordt bij gebreke van voldoende onderbouwde feitelijke stellingen die - indien bewezen - tot een ander oordeel zouden leiden, aan bewijslevering niet toegekomen.

Nopen de omstandigheden van het geval tot het betalen van een (schade)vergoeding?

#### 8.1

Zoals hiervoor al overwogen beroept SPC zich op het zogenoemde Alcatelarrrest (...). In dat arrest heeft de Hoge Raad (voor zover hier van belang) overwogen dat opzegging van een UVO als hier aan de orde in beginsel mogelijk is, maar dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst met zich kunnen brengen dat opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. Het antwoord op de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van een UVO in de weg staan aan een opzegging zonder betaling van een schadevergoeding is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal onder meer gewicht kunnen toekomen aan de aard van de betrokken belangen, aan de omstandigheid dat in art. 25 lid 1, aanhef en onder h PW voor andere pensioenuitvoerders dan een ondernemingspensioenfonds, het belang is onderkend dat is voorzien in de voorwaarden die gelden bij de beëindiging van een UVO, aan eventuele maatregelen die aan het betrokken pensioenfonds zijn opgelegd (zoals de verplichting in verband met een herstelplan of de verplichting tot waardeoverdracht van hetgeen na opzegging resteert), en aan de omstandigheid dat de UVO betrekking heeft op (opgebouwde) pensioenaanspraken van (gewezen) werknemers, tegenover wie de (voormalige) werkgever op grond van de (voormalige) arbeidsverhouding een zekere verantwoordelijkheid heeft behouden.

(...)

#### 8.4

Het hof overweegt als volgt. Hoewel het hof zich heeft verbaasd over het feit dat SPC niet eerder dan ten behoeve van het pleidooi in hoger beroep de in geding zijnde pensioenovereenkomst in het geding heeft gebracht, is van strijd met de één conclusieregel of goede procesorde geen sprake: SPC heeft al in de inleidende dagvaarding gesteld dat de pensioenovereenkomst tot stand is gekomen in overleg met de CAO-partijen voor de Zuivelindustrie en dat deze zowel gold voor de werknemers wier pensioen was ondergebracht bij SPC als bij Avéro Achmea (inl dv. onder 1.5). Voorts mag de Pensioen CAO 2006 bij FrieslandCampina c.s. bekend worden verondersteld (zij was een van de partijen bij die CAO). Naar het oordeel van het hof is daarom sprake van een toegestane toelichting op eerdere stellingen.

#### 8.5

Naar het oordeel van het hof dient op basis van de door SPC aangevoerde omstandigheden te worden geoordeeld dat de redelijk- en billijkheid met zich brengen dat FrieslandCampina c.s. de UVO 2010 niet

rechtmatig heeft kunnen opzeggen, zonder SPC de betaling van een (schade)vergoeding aan te bieden. Daartoe overweegt het hof als volgt.

8.6

Hoewel aan FrieslandCampina c.s. kan worden toegegeven dat de Pensioen CAO 2006 voor inactieven geen onvoorwaardelijk recht op indexering kende, stelt het hof vast dat daarin wel een indexeringsambitie was opgenomen. Verder was in de Pensioen CAO 2006 bepaald dat voor deze voorwaardelijke indexatietoezegging geen bestemmingsreserve zou worden gevormd, maar dat deze uit de premie zou worden gefinancierd, behoudens andere door de CAO partijen gemaakte afspraken. Kennelijk zijn partijen van mening dat artikel 8, lid 2 van UVO 2007 (...) en het gelijklopende artikel 8, lid 2 van UVO 2010 gelden als (met ingangsdatum 1 januari 2009) een afwijking van de afspraak vermeld in de Pensioen CAO 2006. Een afwijkende afspraak over de financiering in de UVO, kan echter geen afbreuk doen aan de tussen werkgever en werknemer geldende indexeringsambitie. Dit betekent dat FrieslandCampina c.s. - ondanks de bepaling in artikel 8, lid 2 UVO 2010 - als goed werkgever gehouden is zich bij de opzegging van de UVO te bekommeren om de waardevastheid van het pensioen van de inactieven. Het mag zo zijn dat de arbeidsovereenkomst tussen FrieslandCampina c.s. en de inactieven is beëindigd, dat geldt niet voor de pensioenovereenkomst (...).

8.7

Daarbij komt dat FrieslandCampina c.s. als goed werkgever niet kan volstaan met de constatering dat de verschillen in indexering en indexeringsperspectieftussen haar voormalig werknemers die pensioen hebben opgebouwd bij Avéro Achmea en die pensioen hebben opgebouwd bij SPC is terug te brengen op de verschillende overeenkomsten die zij heeft gesloten met verzekeraar Avéro Achmea en ondernemingspensioenfondsen SPC, waarbij de overeenkomst met Avéro Achmea voor haar bijzonder gunstig is uitpakkt. Hoewel die vaststelling op zichzelf juist is, is het de keuze geweest van FrieslandCampina c.s. om de situatie met de twee pensioenuitvoerders in de jaren 2009-2015 te handhaven. Het standpunt van FrieslandCampina c.s. dat de schade niet aan haar kan worden toegerekend, wordt verworpen. Vaststaat dat FrieslandCampina c.s. in verband met de verlenging van de UVO 2012/2013 met Avéro Achmea heeft ingestemd met betaling van een bedrag van (4 maal € 16.000.000 zijnde) € 64.000.000 aan Achmea Avéro als de nieuwe UVO 2014 zou worden beëindigd. (Weliswaar heeft FrieslandCampina c.s. ter zitting bij het hof ontkend dat deze betaling is gedaan in het kader van de toeslagverlening, maar het hof acht deze ontkenning in het licht van de overige stukken in het dossier en de erkenning in de MvA onder 8.4.4 ongelooftwaardig). In dat licht heeft zij zich geen goed werkgever getoond door jegens SPC de hand op de knip te houden en geen cent bij te dragen. Dit wordt niet anders door het feit dat in het verleden door Achmea Avéro € 700.000.000 aan premies aan (de rechtsvoorgangers van) FrieslandCampina c.s. is gerestitueerd. Ook SPC heeft in de periode 1994 tot en met 2001 - vanwege een hoge dekkingsgraad - premies aan Campina gerestitueerd. Daarbij komt dat door de opzegging van de UVO met SPC een voorziening van € 131.000.000 op de balans van FrieslandCampina c.s. is vrijgevallen, van een dergelijke voorziening was ten aanzien van de pensioenvoorziening bij Avéro Achmea geen sprake. Onder deze omstandigheden is het niet redelijk dat FrieslandCampina c.s. dit hele vrijgevallen bedrag voor zichzelf heeft gehouden en zich de situatie van de (bestaande en toekomstige) inactieven bij SPC niet heeft aangetrokken.

Eigen schuld SPC

9.1

Het hof ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de vergoedingsplicht van SPC moet worden verminderd op grond van eigen schuld van SPC, omdat zij geweigerd heeft de carve-out voorstellen van FrieslandCampina c.s. te aanvaarden. Daargelaten of de stelling van FrieslandCampina c.s. juist is dat een carve-out van de pensioenaanspraken van de actieven een voldoende gunstig effect zouden hebben gehad op de dekkingsgraad (SPC betwist dit: volgens haar was de door FrieslandCampina c.s. voorgestelde carve-out met name gunstig voor die actieven) kan niet worden geoordeeld dat de afwijzing van die voorstellen door SPC zodanig onverantwoord was dat dit leidt tot eigen schuld. SPC moest zich bij een besluit over carve-out immers niet alleen rekenschap geven over de gevolgen voor de actieven, maar ook over die voor de inactieven. Gesteld noch gebleken is dat geen redelijk handelend ondernemingspensioenfonds in dezelfde omstandigheden het aanbod van FrieslandCampina c.s. zou hebben afgewezen. Dit geldt te meer omdat de voorstellen tot aanvullende betaling aan SPC die FrieslandCampina c.s. heeft gedaan in het kader van de



carve-out (in ieder geval voor het overgrote deel) niet zagen op betaling aan SPC ten behoeve van het indexatieperspectief van de achterblijvende inactieven.

Is FrieslandCampina c.s. ook gehouden de schade te vergoeden die het gevolg is van het zonder nadere vergoeding sluiten van de pensioenregeling met SPC voor nieuwe deelnemers per 1 januari 2009?

10

Voor het oordeel dat ook het zonder nadere vergoeding sluiten van de pensioenregeling met SPC voor nieuwe deelnemers met ingang van 1 januari 2009, onrechtmatig is, heeft SPC te weinig gesteld. Bij het aangaan van UVO 2010 was immers al bekend dat de regeling zou worden gesloten voor nieuwe deelnemers (...), zodat mag worden aangenomen dat de financiële gevolgen van die sluiting in die uitvoeringsovereenkomst zijn geregeld.”

3.8

Het hof concludeert dat het principaal beroep grotendeels slaagt en het incidenteel beroep faalt (rov. 12.1). In het dictum vernietigt het hof het bestreden vonnis. Het hof verklaart voor recht dat, kort gezegd, FrieslandCampina onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, de UVO 2010 met SPC op te zeggen met ingang van 1 januari 2015 zonder daarbij een redelijke vergoeding aan te bieden. Voorts veroordeelt het hof FrieslandCampina tot vergoeding aan SPC van schade die daarvan het gevolg is, nader op te maken bij staat, met hoofdelijke veroordeling van ieder van de vier<sup>[11.]</sup> FrieslandCampina-vennootschappen in de kosten.

## Cassatie

3.9

Bij procesinleiding van 10 mei 2021 heeft FrieslandCampina (tijdig)<sup>[12.]</sup> cassatieberoep ingesteld tegen het arrest. SPC heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep van FrieslandCampina, en tevens incidenteel cassatieberoep ingesteld. FrieslandCampina heeft geconcludeerd tot verwerping daarvan. Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk doen toelichten, voor FrieslandCampina mede door mr. E.M.T. Huijzer, en voor SPC mede door mr. S.H.J. de Bruijn. FrieslandCampina heeft gerepliceerd.

## 4. Bespreking van het middel in het principale beroep

4.2

Ik maak eerst enkele inleidende opmerkingen.

### De driehoeksverhouding bij pensioenen; uitvoeringsovereenkomst is een duurovereenkomst

4.3

Zoals bekend ontstaat door het sluiten van een pensioenovereenkomst, het ‘onderbrengen’ van die pensioenovereenkomst, en het uitvoeren van die pensioenovereenkomst, een driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer, en pensioenuitvoerder.<sup>[13.]</sup> In deze zaak gaat het om de rechtsverhouding tussen FrieslandCampina als werkgever en SPC als pensioenuitvoerder. Die relatie wordt bepaald door de uitvoeringsovereenkomst; hier de UVO 2010.

4.4

De Pensioenwet bevat geen bepalingen over de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds.<sup>[14.]</sup> Deze wet bevat evenmin een grondslag voor betalingsverplichtingen van de werkgever met betrekking tot de periode ná opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met het (ondernemings)pensioenfonds.<sup>[15.]</sup>

4.5

Zoals het geval is bij alle overeenkomsten, wordt ook de contractuele relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder op basis van de uitvoeringsovereenkomst mede bepaald door de eisen van redelijkheid en

billijkheid. Van belang is in dit verband dat een uitvoeringsovereenkomst ook is aan te merken als een duurovereenkomst. Dit betekent dat de regels die in algemene zin gelden voor de opzegging van duurovereenkomsten ook gelden voor de opzegging van uitvoeringsovereenkomsten.<sup>[16.]</sup>

4.6

De modaliteiten van de opzegging van duurovereenkomsten zijn in de afgelopen tien jaar in de rechtspraak uitvoerig aan de orde geweest.<sup>[17.]</sup> De overvloedige literatuur<sup>[18.]</sup> die inmiddels over het leerstuk is verschenen doet denken aan het adagium: ‘alles is al gezegd, maar nog niet door iedereen’. <sup>[19.]</sup> Ik volsta met het citeren van enkele rechtsoverwegingen uit het arrest *Goglio* uit 2018, die de huidige stand van het leerstuk goed weergeven:<sup>[20.]</sup>

“3.6.2. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan, opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen.

Indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. Op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat. Die eisen kunnen voorts in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. (...)

3.6.3.

Ook als de wet of een duurovereenkomst wel voorziet in een regeling van de opzegging, kunnen, indien de wet en hetgeen tussen partijen is overeengekomen daarvoor ruimte laten, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval op grond van art. 6:248 lid 1 BW meebrengen dat aan de opzegging nadere eisen gesteld worden.

3.6.4.

Een beroep op een uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan op grond van art. 6:248 lid 2 BW onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (...).

3.6.5.

Opmerking verdient dat het hiervoor in 3.6.2 overwogene niet wegneemt dat het mogelijk is dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst naar de bedoeling van partijen niet-opzegbaar is. De wederpartij van degene die zich op de niet-opzegbaarheid beroept, kan daartegen, overeenkomstig het hiervoor in 3.6.4 overwogene, onder omstandigheden een beroep doen op, kort gezegd, de art. 6:248 lid 2 BW en 6:258 BW. (...)

4.7

In deze zaak gaat het om een voor onbepaalde tijd gesloten uitvoeringsovereenkomst, die voorziet in een regeling van opzegging (art. 10 UVO 2010). Dan doet zich de situatie voor als genoemd in rov. 3.6.3 en 3.6.4 van het *Goglio*-arrest: de uitvoeringsovereenkomst is opzegbaar maar de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen hieraan nadere eisen en beperkingen stellen. De ‘nadere eis’ die in deze zaak centraal staat, is een (eventuele) verplichting om bij de opzegging een aanbod tot betaling van (schade)vergoeding te doen. Dát de UVO 2010 geldig is opgezegd en dat die opzegging effect heeft gesorteerd, is tussen partijen niet in geschil.<sup>[21.]</sup>

### **Aanbod tot betaling van (schade)vergoeding**

4.8

Dat redelijkheid en billijkheid met zich kunnen brengen dat de opzegging van een duurovereenkomst gepaard dient te gaan met een aanbod tot betaling van (schade)vergoeding heeft ook de nodige pennen in beweging gebracht.<sup>[22.]</sup> Ook hierover zal ik dan ook kort zijn. De Hoge Raad heeft voor de beoordeling van een dergelijke aanbiedingsplicht in ieder geval de volgende omstandigheden relevant geacht: (i) of investeringen zijn gedaan met het oog op het nog voortduren van de relatie en die nog moeten worden terugverdiend, (ii) de situatie na



opzegging, (iii) tijd en kosten die zijn gepaard met omschakeling in de bedrijfsvoering door opzegging,<sup>[23.]</sup> (iv) afhankelijkheid, en (v) het feit dat partijen al lang zaken met elkaar deden.<sup>[24.]</sup>

4.9

Niet alleen 'schade' komt voor vergoeding in aanmerking. De keuze van de Hoge Raad om het woord 'schade' in '(schade)vergoeding' steeds <sup>[25.]</sup> tussen haakjes te plaatsen, wijst erop dat ook andere posten die niet in een klassiek schadebegrip zijn te gieten, voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Ook Tjong Tjin Tai<sup>[26.]</sup> meent dat de vergoeding bij beëindiging van de duurovereenkomst niet noodzakelijkerwijs een *schadevergoeding* hoeft te zijn. Zo is een klantenvergoeding op voet van art. 7:442 BW bij agentuur geen schadevergoeding, terwijl schadeloosstelling bij onregelmatige opzegging van agentuur evenmin hoeft overeen te komen met de volledige schade. Drion<sup>[27.]</sup> ziet in het woordgebruik van de Hoge Raad ook een aanwijzing dat hij hiermee andere vergoedingen dan alleen die tot vergoeding van schade open wenst te houden. Drion noemt als voorbeelden goodwill of aan afhankelijkheid gerelateerde vergoedingsgrondslagen. Ook Wallart<sup>[28.]</sup> ziet ruimte voor andere vergoedingen dan strikt schadevergoedingen. Hij ziet bijvoorbeeld een mogelijkheid bij beëindiging van een distributieovereenkomst voor een aanbod aan de distributeur tot vergoeding voor een door de distributeur gecreëerd klantenbestand voor de producten van de principaal waar de principaal na het einde van de distributieovereenkomst nog voordeel van heeft (goodwill).

4.10

Schelhaas<sup>[29.]</sup> en Tjong Tjin Tai<sup>[30.]</sup> zoeken de ratio voor een (schade)vergoeding bij het opzeggen van een duurovereenkomst in het geven van een mogelijkheid aan de opgezegde partij om zijn bedrijfsvoering aan te passen aan de nieuwe situatie en de daarmee gepaard gaande omschakeling. Voor een ondernemingspensioenfondsen ligt dat anders dan voor de meeste ondernemingen, zoals ik hieronder nader zal toelichten.

### **Financiële aspecten van pensioenuitvoering; 'de-risken'**

4.11

De uitvoeringsovereenkomst, en de gevolgen van de opzegging daarvan, moet bezien worden in de specifieke pensioencontext. Dit kleurt mijns inziens in belangrijke mate de "*aard (...) van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval*" genoemd in rov. 3.6.3 van het *Goglio*-arrest, en oefent zijn invloed uit op het soort (schade)vergoeding dat bij beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst verschuldigd kan zijn. Ik maak in dat verband eerst een kort uitstapje om, ter achtergrond, een beeld te schetsen van de financiële werkelijkheid waarmee pensioenfondsen en werkgevers te maken hebben. Daarbij beperk ik mij tot *ondernemingspensioenfondsen*, zoals SPC.<sup>[31.]</sup>

4.12

Als gevolg van, onder meer, de financiële crises van 2008 en de daarop volgende jaren, de dalende en aanhoudend lage rente, de tegenvallende beleggingsresultaten en tegelijkertijd de stijgende levensverwachting, is de omvang van de pensioenverplichtingen voor pensioenfondsen naar verhouding fors toegenomen.<sup>[32.]</sup> Een groot deel van het surplus dat bij veel pensioenfondsen in de jaren '90 kon worden gegenereerd, is verdampt.<sup>[33.]</sup> Werkgevers zijn (of voelen zich) onder omstandigheden gehouden aanvullende bijdragen aan het pensioenfonds te doen, met name om kortingen van de pensioenuitkeringen te voorkomen. Dit leidt tot relatief grote (en bovendien volatiele) balansvoorzieningen voor werkgevers. Werkgevers zoeken daarom vaak naar mogelijkheden om de financiële risico's die samenhangen met de pensioenregeling te mitigeren. Onderdeel daarvan is niet zelden de aanpassing of opzegging van een uitvoeringsovereenkomst door de werkgever en bijvoorbeeld onderbrenging van de pensioenregeling bij een pensioenverzekeraar.<sup>[34.]</sup> Dit noemt men ook wel 'de-risken': het beperken van financiële risico's van de werkgever met betrekking tot de uitvoering van de pensioenregeling.<sup>[35.]</sup> Dat 'de-risken' op zichzelf weer niet zonder risico is blijkt wel uit deze zaak, maar ook uit andere zaken die de afgelopen jaren in de feitenrechtspraak hebben gespeeld.<sup>[36.]</sup> Voor een goed begrip van de redenen achter 'de-risking' bespreek ik de financiële voorschriften waar ondernemingspensioenfondsen aan moeten voldoen.

### **Financiële voorschriften ondernemingspensioenfondsen**

4.13

Ondernemingspensioenfondsen zijn gebonden aan het *Financieel Toetsingskader* in Hoofdstuk 6 van de

Pensioenwet. Met de daarin vervatte financiële voorschriften is beoogd te borgen dat pensioenuitkeringen kunnen worden uitbetaald.<sup>[37.]</sup>

#### 4.14

Het belangrijkste financiële voorschrift voor ondernemingspensioenfondsen is de dekkingseis: de pensioenverplichtingen (*passiva*) moeten gedekt zijn door bezittingen (*activa*). Hiertoe vereist de Pensioenwet dat het ondernemingspensioenfonds een zodanig eigen vermogen heeft dat met een zekerheid van 97,5% is gewaarborgd dat zij aan haar pensioenverplichtingen kan voldoen (art. 132 lid 2 Pw). Dit betekent in essentie dat de kans op onderdekking binnen één jaar niet groter mag zijn dan 2,5%.<sup>[38.]</sup>

#### 4.15

Of het pensioenfonds aan de aan haar gestelde financiële vereisten voldoet, wordt beoordeeld op basis van de 'dekkingsgraad'. De dekkingsgraad wordt berekend door de waarde van de beleggingen van een pensioenfonds te delen door de waarde van de verplichtingen van een pensioenfonds.<sup>[39.]</sup>

	Waarde beleggingen pensioenfonds	
Dekkingsgraad =	-----	x 100%
	Waarde verplichtingen pensioenfonds	

#### 4.16

De waarde van de *verplichtingen* wordt ook wel aangeduid met de term 'technische voorzieningen'. De technische voorzieningen worden gewaardeerd aan de hand van een door DNB bepaalde rekenrente op basis van rentetarieven op financiële markten (kort gezegd: de marktrente).<sup>[40.]</sup> Die rekenrente bepaalt hoeveel geld het pensioenfonds *nu* nodig heeft om *later* het toegezegde pensioen uit te keren. Hoe hoger de rekenrente, hoe minder geld het ondernemingspensioenfonds nu in kas hoeft te hebben om later het toegezegde pensioen uit te keren. Hoe lager de rekenrente, hoe meer geld ze in kas moet hebben. Bijvoorbeeld: bij een pensioentoezegging van 100 over twintig jaar, tegen een rekenrente van 2% dient het pensioenfonds *nu* 67.30 in kas te hebben ( $100 / 1,0220 = 67.30$ ).

#### 4.17

Tegenover de technische voorzieningen staan de bezittingen van het pensioenfonds. Dit zijn beleggingen, vorderingen en liquide middelen.<sup>[41.]</sup> Deze beleggingen worden gewaardeerd op marktwaarde (art. 135 lid 1, onder c, Pw).<sup>[42.]</sup>

#### 4.18

Het vermogen van het pensioenfonds moet niet alleen toereikend zijn om 100% van de pensioenverplichtingen te kunnen voldoen. Daarenboven moeten pensioenfondsen buffers aanhouden en minimaal een dekkingseis hebben van 126%. Dan beschikt het pensioenfonds over voldoende 'vereist eigen vermogen' (VEV). Bij een dekkingseis tussen 105-126% is sprake van een reservetekort. Bij een dekkingseis van minder dan 105% - het 'minimaal vereist eigen vermogen' (MVEV) - is sprake van een dekkingstekort. Bij een dekkingseis onder 100% is sprake van onderdekking.<sup>[43.]</sup> Wanneer het pensioenfonds onder de grens van een reservetekort zakt dient dat fonds een herstelplan op te stellen en in te dienen bij DNB, waaruit blijkt hoe wordt verwacht uit de tekortsituatie te komen (art. 138 Pw).<sup>[44.]</sup>

#### 4.19

Essentieel voor de financiering van de pensioenverplichtingen is de door de werkgever te betalen premie. Dit is in essentie de kostprijs voor het pensioen. De premie bestaat uit vier componenten (art. 128 Pw): (i) premie ter dekking van de aangroei van pensioenverplichtingen, (ii) een solvabiliteitsopslag, (iii) opslag voor uitvoeringskosten, en (indien van toepassing) (iv) premie voor indexatie. De premie wordt berekend aan de hand van de marktwaarde. Het is in principe dezelfde berekening als waarmee de pensioenverplichtingen worden vastgesteld. Wanneer een pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert, kan op basis van een herstelplan zijn overeengekomen dat bovenop de kostendekkende premie herstel- of inhaalpremies verschuldigd zijn, zulks ter verbetering van de dekkingseis.

#### 4.20

Ik sta ook nog kort stil bij wat wordt aangeduid als de 'solvabiliteitsvrijval'. Dit doet zich voor bij het verrichten van pensioenuitkeringen door het pensioenfonds aan gepensioneerden.<sup>[45.]</sup> Ik memoreer dat de premie, naast de actuariel benodigde component die noodzakelijk is voor de pensioenopbouw, een opslag bevat voor de bij die pensioenopbouw benodigde aangroei van het vereist eigen vermogen (de solvabiliteitsopslag). Die opslag is geen onderdeel van de pensioenuitkering, en valt bij uitkering dus vrij. Deze 'vrijval' van reserveringen heeft een positief effect op de dekkingsgraad omdat verplichtingen aan de passiefzijde afnemen, en een voorziening waar activa tegenover staan vrijvalt die aan de algemene middelen van het pensioenfonds wordt toegevoegd. Daardoor stijgt de dekkingsgraad. Het lijkt wellicht paradoxaal, maar hoe meer het pensioenfonds uitkeert, hoe groter dit positieve effect is op de dekkingsgraad.

#### 4.21

De berekening van de dekkingsgraad is primair een zuiver boekhoudkundige kwestie. De uitwerking is echter essentieel en kan grote gevolgen hebben. Met name de genoemde methoden voor waardering van de pensioenverplichtingen en beleggingen hebben een groot effect op de dekkingsgraad. Dat effect kan negatief zijn bij slechte marktomstandigheden. Na de financiële crisis is de markttrente structureel laag gebleven als gevolg waarvan de technische voorzieningen dus relatief hoog waren. Door diezelfde financiële crisis nam de waarde van die beleggingen bovendien af en werd minder beleggingsrendement gegenereerd. Beide waarderingmethoden hebben in dat geval een negatief effect op de dekkingsgraad, wat bij veel ondernemingspensioenfonds tot tekortsituaties heeft geleid.<sup>[46.]</sup>

### **(Schade)vergoeding bij opzegging uitvoeringsovereenkomsten**

#### 4.22

De uitvoeringsovereenkomst onderscheidt zich in een aantal opzichten van typische duurovereenkomsten, zoals de distributieovereenkomst en de franchiseovereenkomst.<sup>[47.]</sup> Ik noem enkele relevante punten van onderscheid.

#### 4.23

Een ondernemingspensioenfonds kenmerkt zich door in de regel steeds voor maar één werkgever (of meerdere werkgevers behorende tot dezelfde groep) een pensioenregeling uit te voeren.<sup>[48.]</sup> Als deze werkgever de uitvoeringsovereenkomst beëindigt zoekt het pensioenfonds geen andere werkgever om een pensioenregeling voor uit te voeren. Het ondernemingspensioenfonds heeft dan, kort gezegd, twee keuzes: (i) doorgaan als 'gesloten fonds' waarin geen pensioen meer wordt opgebouwd en dat alleen nog reeds opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken uitkeert, of (ii) de collectieve waardeoverdracht van de bij haar opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken naar een andere pensioenuitvoerder, gevolgd door liquidatie (art. 83 en 84 Pw). Dit is in zoverre anders dan bij meer 'klassieke' duurovereenkomsten zoals de distributieovereenkomst waarbij (schade)vergoeding veelal ziet op het (financieel) verzachten van de transitie naar een nieuwe contractspartij (zie hiervoor 4.8-4.10). Die transitie vindt bij ondernemingspensioenfonds niet plaats.

#### 4.24

Dit brengt mij op een ander belangrijk kenmerk van de uitvoeringsovereenkomst. Anders dan bij bijvoorbeeld een distributierelatie, vindt bij opzegging van een uitvoeringsovereenkomst niet een gehele ontvlechting plaats van de relaties tussen de pensioenuitvoerder en de werkgever en de pensioenuitvoerder en de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Behalve in het geval waarin het pensioenfonds overgaat tot liquidatie, zal zij als gesloten fonds vaak nog (vele) jaren bezig zijn om de pensioenregeling van de werkgever uit te voeren en de gepensioneerden hun pensioenrechten uit te keren. De (gewezen) deelnemers en gepensioneerden blijven voorts op basis van het pensioenreglement rechten en aanspraken jegens de pensioenuitvoerder houden.<sup>[49.]</sup>

#### 4.25

Het pensioenfonds drijft voorts geen commerciële onderneming die gericht is op het maken van winst voor zichzelf.<sup>[50.]</sup> Het fonds is voor zijn financiering in de eerste plaats afhankelijk van de door de werkgever betaalde premie. Voorts is behaald rendement op beleggingen een bron van inkomsten. Deze wijze van financiering kleurt in belangrijke mate de ietwat dichotome afhankelijkheidsrelatie tussen het ondernemingspensioenfonds en de werkgever. In de eerste plaats moet de afhankelijkheid worden gerelativeerd zolang de betaalde premie toereikend is, en/of voldoende beleggingsrendement wordt behaald.

Het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst hoeft dan geen negatieve financiële gevolgen te hebben voor het pensioenfonds en het door haar beheerde vermogen. Evenwel blijkt niet zelden - deze zaak is daar een voorbeeld van - dat de vastgestelde premie *niet* toereikend is omdat bijvoorbeeld de opslag voor uitvoeringskosten te laag blijkt te zijn om de uitvoeringskosten te dekken, of omdat het pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert en onder een herstelplan opereert. In dat geval laat de afhankelijkheid van het pensioenfonds zich juist te meer gelden nu het pensioenfonds buiten overrendement, geen andere financiële bronnen kan aanspreken om het eigen vermogen te versterken. Als de werkgever niet financieel bijspringt kan het pensioenfonds gedwongen zijn over te gaan tot het opschorten van indexaties en (in een uiterst geval) tot het korten van pensioenrechten en -aanspraken, teneinde de dekkingsgraad op een aanvaardbaar peil te houden.

#### 4.26

Of bepaalde (schade)posten bij beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst voor vergoeding in aanmerking komen, en zo ja in welke mate, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waarbij uiteraard in het bijzonder gewicht toekomt aan hetgeen in de uitvoeringsovereenkomst is bepaald. Slechts in algemene zin bespreek ik hier enkele posten die ik eerder heb geïdentificeerd:<sup>[51.]</sup>

- premie, en de daartoe behorende solvabiliteitsopslag, kostenopslag en (eventuele) indexatiefinanciering (art. 128 Pw);
- opslagen en premies in het kader van een lopend herstelplan;
- na opzegging ontstane tekorten en kosten in verband met een alsdan uit te voeren herstelplan; en
- gemist rendement.

#### 4.27

Niet ten aanzien van al deze posten lijkt vergoeding bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst voor de hand te liggen. Zo zal het deel van de premie dat bestemd is voor de aangroei van pensioenverplichtingen mijns inziens niet snel voor een vergoeding in aanmerking kunnen komen omdat bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst geen aangroei van pensioenverplichtingen meer plaatsvindt bij de pensioenuitvoerder.<sup>[52.]</sup> Hetzelfde geldt voor de solvabiliteitsopslag en de kostenopslag nu deze opslagen juist worden betaald “ *voor het bij de aangroei van de pensioenverplichtingen behorende vereist eigen vermogen*” van het ondernemingspensioenfonds (art. 128 lid 1, onder b en c, Pw). Of een vergoeding in verband met de beëindiging van de opslag voor indexatieverlening verschuldigd is, zal denk ik veelal afhangen van de voorwaarden waaronder indexatie wordt verleend. Is deze onvoorwaardelijk toegezegd, of is zij niet afhankelijk gemaakt van overrendement maar bijvoorbeeld van premie, dan ligt een vergoeding eerder voor de hand.

#### 4.28

Wordt de uitvoeringsovereenkomst beëindigd op het moment dat nog een herstelplan van kracht is dan kan er, gelet op de afhankelijkheid van de werkgever, ruimte zijn voor het aannemen van een vergoedingsplicht ter zake. Ik teken daarbij aan dat het enkele feit dat een ondernemingspensioenfonds zich in een herstelsituatie bevindt en een herstelplan heeft opgesteld, niet zonder meer een vergoedingsplicht met zich brengt. Financiering door de werkgever is immers niet het enige herstelmiddel waar het ondernemingspensioenfonds gebruik van kan maken. Of een vergoedingsplicht kan worden aangenomen zal dan ook mede afhangen van de mate waarin het pensioenfonds op grond van dat herstelplan afhankelijk is van de werkgever. Als die afhankelijkheid groot is, bijvoorbeeld omdat de uitvoeringsovereenkomst wordt opgezegd terwijl de werkgever had toegezegd nog jaren fikse herstelpremies te zullen betalen, dan ligt een vergoeding meer voor de hand. Hetzelfde geldt voor een na opzegging uit te voeren herstelplan, of andere na opzegging te maken kosten (zoals uitvoeringskosten bovenop de kostenopslag, kosten voor aanpassing van de organisatie en liquidatiekosten).

#### 4.29

Het komt mij tot slot voor dat gemist rendement niet snel voor vergoeding in aanmerking komt. Ook voor premie(componenten) ter zake waarvan een vergoedingsplicht kan worden aangenomen is het gemiste rendement in essentie schade als gevolg van het niet, of vertraagd, betalen van die premie(componenten).

Een vergoedingsplicht voor dat gemiste rendement schuurt dan met art. 6:119 BW dat bepaalt dat vergoeding wegens vertraging in de betaling van een geldsom wordt gefixeerd op de wettelijke rente.<sup>[53.]</sup>

4.30

Tegen deze achtergrond bespreek ik de klachten.

### **Onderdeel 1 - Ruimte voor (schade)vergoeding naast de beëindigingsregeling in de UVO 2010**

4.31

Onderdeel 1 valt uiteen in meerdere rechts- en motiveringsklachten die zich richten tegen rov. 6.3-6.5.

4.32

*Onderdeel 1.1* richt zich in het bijzonder tegen rov. 6.3 en de uitleg die het hof daarin geeft van het *Alcatel*-arrest.<sup>[54.]</sup> Die uitleg is volgens het middel onjuist. Pas als sprake is van een leemte kan worden toegekomen aan de aanvulling daarvan met een schadevergoeding bij opzegging op grond van eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>[55.]</sup>

4.33

Het middel stelt op zichzelf met juistheid dat de (dogmatisch) te volgen route die eindigt in een verplichting tot het aanbieden van een (schade)vergoeding bij opzegging van een duurovereenkomst, begint met het door uitleg vaststellen van een leemte in de betreffende overeenkomst.<sup>[56.]</sup> Uit rov. 6.4-6.5 blijkt echter dat het hof van oordeel is dát de UVO 2010 niet een uitputtende regeling ten aanzien van beëindigingsvergoedingen bevat. De UVO 2010 kende op dat punt wel een leemte want was om de in rov. 6.4 genoemde redenen niet alomvattend. Het hof leidt zijn oordeel in rov. 6.4 bovendien in met de constatering dat ook als wél sprake zou zijn van een leemte in de UVO 2010, de beoordeling hetzelfde dient te zijn. Daarom faalt de klacht bij gebrek aan belang.

4.34

*Onderdeel 1.2* valt in vier subonderdelen uiteen.

4.35

Onder *1.2.1* klaagt het middel dat het hof ten onrechte enkel acht heeft geslagen op art. 10 UVO 2010 en het belang van andere bepalingen uit de UVO 2010 heeft miskend. In art. 5 lid 4 en 5 UVO 2010 zijn partijen premieopslagen overeengekomen die in hoogte en duur begrensd waren, zodat betaling daarvan na beëindiging van de UVO geen voorziening behoefde. Verder blijkt uit art. 8 lid 2 UVO 2010 dat FrieslandCampina geen betalingsverplichtingen had voor toeslagverlening (indexatie) aan inactieven. Uit deze bepalingen volgt, of kan volgen, dat partijen *bewust* geen ruimte hebben willen laten voor aanvullende vergoedingen op basis van de UVO 2010, aldus het middel.<sup>[57.]</sup>

4.36

De toelichting op dit middelonderdeel presenteert een rijk onderbouwd en gelaagd betoog. FrieslandCampina legt daarin veel nadruk op de stapsgewijze benadering die het hof volgens haar had moeten volgen.<sup>[58.]</sup> In de context van dit middelonderdeel gaat het evenwel enkel om de vraag of het hof op begrijpelijke wijze heeft geconstateerd dat de UVO 2010 een leemte bevatte op het punt van beëindigingsvergoedingen.

4.37

Of een overeenkomst een leemte vertoont is een uitlegvraag, die aan de hand van de Haviltex-maatstaf moet worden beantwoord. Als is vastgesteld dat een overeenkomst een bepaalde situatie regelt, maar dat niet volledig doet, is in zoverre sprake van een leemte. Daarbij dient de rechter zich er wel van te vergewissen dat die leemte niet iets betreft dat partijen *bewust* ongeregeld hebben gelaten. Partijen kunnen ook een onderwerp ongeregeld laten zonder daartoe de bedoeling te hebben gehad, bijvoorbeeld omdat zij er in onderhandelingen niet uit zijn gekomen. In dat geval bevat de overeenkomst wél een leemte die kan worden aangevuld.<sup>[59.]</sup> Het gaat dus in essentie om de vraag of ter zake van een onderdeel van de overeenkomst - iets dat is geregeld of juist ongeregeld is gelaten - geen wilsovereenstemming bestaat.<sup>[60.]</sup>

4.38

Het hof heeft in de bestreden rechtsoverwegingen vastgesteld dat art. 10 UVO 2010 de vergoedingen regelt die verschuldigd zijn bij beëindiging en heeft zich gebogen over de vraag of partijen met art. 10 UVO 2010



bewust andere beëindigingsvergoedingen dan voor uitvoeringskosten hebben willen uitsluiten. In dat verband heeft het hof acht geslagen op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 10 UVO 2010. Deze bepaling is toegevoegd aan de UVO 2007 in de nasleep van de discussie in 2009 tussen SPC en FrieslandCampina over de - volgens SPC te - lage opslag voor uitvoeringskosten. Partijen zijn destijds niet tot overeenstemming gekomen over een hogere kostenopslag en hebben de oorspronkelijke kostenopslag zo lang gehandhaafd. Door middel van een addendum is aan art. 10 UVO 2007 toegevoegd dat in geval van beëindiging van de UVO 2007 nader overleg zou worden gevoerd over de kostenopslag, en als dit niets opleverde een bindend advies zou worden gevraagd. Deze bepaling is in de UVO 2010 gehandhaafd.

4.39

Art. 10 UVO 2010 zie ik daarom als het antwoord van partijen op de discussie uit 2009 over de noodzakelijke hoogte van de opslag voor uitvoeringskosten.<sup>[61.]</sup> Dat partijen in verband met de totstandkoming van art. 10 UVO 2010 voor ogen hadden daarmee andere vergoedingen uit te sluiten blijkt niet uit die totstandkomingsgeschiedenis. Dit lijkt FrieslandCampina ook niet te bestrijden. De geconstateerde onvolledigheid in art. 10 UVO 2010 is volgens het hof, in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, kennelijk geen bewuste keuze van partijen waarover wilsovereenstemming bestond.

4.40

Het middel stelt weliswaar dat partijen *bewust* geen andere vergoedingen overeen zijn gekomen maar beroept zich niet op stellingen of bewijsmiddelen waar dat uit zou kunnen volgen. De strekking van het betoog lijkt mij te zijn dat zulks *a contrario* moet worden afgeleid uit art. 5 lid 4 en 5 en art. 8 UVO 2010.

4.41

Dat overtuigt om een aantal redenen niet. In de eerste plaats gaat het middel voorbij aan het ter zake toe te passen criterium, namelijk of over het ongeregeld laten van andere beëindigingsvergoedingen wilsovereenstemming bestond. Die wilsovereenstemming heeft het hof niet afgeleid uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 10 UVO. Evenmin valt in te zien hoe wilsovereenstemming zou moeten worden afgeleid uit art. 5 lid 4 en 5 en art. 8 UVO of de totstandkomingsgeschiedenis daarvan. In de tweede plaats miskent het onderdeel dat het hof de door hem geïdentificeerde schade niet heeft aangemerkt als het gevolg van het stopzetten van de premieopslagen op grond van art. 5 lid 4 en 5 UVO 2010 (die immers hun eigen looptijd kenden), maar van het missen van de solvabiliteitsopslagen als onderdeel van de 'gewone' premie (zie hierna bij onderdeel 2).

4.42

Niet onbegrijpelijk is dan dat het hof in de begrenzing in hoogte en duur van de opslagen uit art. 5 lid 4 en 5 UVO 2010 geen reden heeft gezien om aan te nemen dat ook de stopzetting van de solvabiliteitsopslag geen voorziening behoefde, althans dat uit die begrenzing voort zou vloeien dat partijen *bewust* een vergoedingsregeling voor gemiste solvabiliteitsopslagen hebben willen uitsluiten. Ook zie ik niet hoe art. 8 UVO 2010 het hof tot een ander oordeel had moeten brengen. Het hof heeft geen ongeclausuleerde financieringsverplichting voor indexaties aangenomen op basis van art. 8 UVO 2010, maar enkel geoordeeld dat de opzegging van de UVO 2010 tijdens de looptijd van het herstelplan op grond waarvan SPC afhankelijk was van solvabiliteitsopslagen, noopt tot het betalen van een schadevergoeding.

4.43

Dat het hof heeft geoordeeld dat de UVO 2010 een leemte bevat vind ik dus niet onbegrijpelijk. Evenmin onbegrijpelijk is dat het hof niet op art. 5 lid 4 en 5 en art. 8 UVO 2010 is ingegaan.<sup>[62.]</sup>

4.44

Onder 1.2.2 klaagt het middel dat het hof ten onrechte geen acht heeft geslagen op de aard van partijen en het feit dat zij zich door adviseurs lieten bijstaan.<sup>[63.]</sup>

4.45

De omstandigheid dat SPC als professionele partij moet worden gezien, heeft volgens het middel betekenis voor de uitleg van de UVO 2010 en de nadruk daarbij op hetgeen partijen schriftelijk hebben vastgelegd.<sup>[64.]</sup> Evenwel is het aan de rechter om te beoordelen welk gewicht aan de (gestelde) professionaliteit van SPC moet worden toegekend.<sup>[65.]</sup> Het hof heeft kennelijk in de professionaliteit van SPC, en de letterlijke tekst van de UVO 2010, geen aanleiding gezien om te derogeren aan de bedoeling van partijen om in art. 10 UVO 2010

enkel een regeling voor de vergoeding van uitvoeringskosten te treffen, zonder uitsluiting van overige vergoedingen. Dit acht ik in het licht van de (onbestreden) totstandkomingsgeschiedenis van art. 10 UVO 2010 niet onbegrijpelijk. Overigens lees ik in het middel geen argument waarom een zuiver taalkundige interpretatie van de UVO 2010 tot de conclusie moet leiden dat andere vergoedingen dan voor uitvoeringskosten zijn uitgesloten. Dat staat er namelijk niet.

4.46

Onder 1.2.3 betoogt het middel dat de overwegingen van het hof diens oordeel niet kunnen dragen. Het middel identificeert drie 'schakels' op basis waarvan het hof tot zijn oordeel is gekomen, namelijk: (i) SPC hoefde niet anders te begrijpen dan dat de vergoeding uit art. 10 UVO 2010 enkel zag op uitvoeringskosten, (ii) het standpunt van FrieslandCampina omtrent de betaalde kostendekkende premie noopt niet tot een ander oordeel, en (iii) buiten de UVO 2010 is een bedrag van € 24,5 miljoen betaald op grond van de vaststellingsovereenkomst. Ten aanzien van schakel (i) stelt het middel dat het feit dat art. 10 UVO 2010 uitsluitend betrekking heeft op uitvoeringskosten niet betekent dat art. 10 daarmee niet allesomvattend is en sprake zou zijn van een leemte. Partijen zijn namelijk *bewust* geen andere vergoeding overeengekomen. Schakel (ii) kan het oordeel van het hof evenmin dragen omdat het hof niet inzichtelijk maakt *waarom* de stellingen van FrieslandCampina niet tot een ander oordeel nopen. Met betrekking tot schakel (iii) voert de klacht aan dat het hof niet is ingegaan op de essentiële stelling dat de betalingen voor het langlevensrisico en de vrijval van het vroegpensioen onverplicht waren. Dat die betalingen onverplicht zijn gedaan bevestigt dat de UVO 2010 géén leemte bevat en dat de regeling daarin dus wél uitputtend was, aldus het middel.<sup>[66.]</sup>

4.47

De klacht tegen 'schakel' (i) faalt in het voetspoor van de klacht onder 1.2.1. De klachten ter zake van 'schakel' (ii) falen omdat het feit dat FrieslandCampina een kostendekkende premie betaalde losstaat van wat zij met SPC is overeen gekomen ter zake van vergoedingen bij beëindiging van de UVO 2010. Dat partijen bovendien zijn overeengekomen dat bij beëindiging van de UVO een vergoeding voor uitvoeringskosten moet worden betaald, doet dit betoog in mijn visie verder aan kracht inboeten nu de premie in principe geacht wordt een toerekende kostenopslag te bevatten (art. 128 Pw). Met betrekking tot 'schakel' (iii) treft het middel evenmin doel. De vaststellingsovereenkomst wordt door FrieslandCampina in stelling gebracht omdat die betaling *onverplicht* is verricht. Dat gaat evenwel voorbij aan het belang dat het hof aan die betaling toekent: namelijk dat partijen met art. 10 UVO 2010 niet *bewust* andere vergoedingen hebben willen uitsluiten door voor *alle* vergoedingen een uitputtende regeling te treffen.

4.48

De klacht onder 1.2.4 is een voortbouwklacht die faalt in het verlengde van het voorgaande.

## Onderdeel 2 - Heeft opzegging van de UVO 2010 tot schade van SPC geleid?

4.49

Onderdeel 2 valt uiteen in twee subonderdelen. De klachten richten zich tegen rov. 7.1-7.6 van het bestreden arrest, maar vallen wel beschouwd alleen rov. 7.3 en 7.6 aan.

4.50

Ik zet kort uiteen wat volgens het hof de geleden schade is, en hoe die schade in causaal verband staat tot de opzegging van de UVO 2010.

4.51

Het hof duidt in rov. 7.3 het verslechterde 'indexatieperspectief' <sup>[67.]</sup> als de relevante schade aan. Deze schade staat volgens het hof in causaal verband tot de opzegging van de UVO 2010. Op grond van art. 5 UVO 2010 was FrieslandCampina namelijk gehouden tot betaling van premie. Tot die premie behoorde op grond van art. 5 UVO 2010 "diverse (buffer)opslagen" die hadden bijgedragen aan het herstel van het eigen vermogen van SPC. Een verbeterd eigen vermogen draagt bij aan verbetering van het indexatieperspectief.

4.52

Het hof maakt niet duidelijk of het met de verwijzing naar art. 5 UVO 2010 en de op grond daarvan verschuldigde "diverse (buffer)opslagen" enkel doelt op de in de premie verdisconteerde solvabiliteitsopslag uit art. 5 lid 1 UVO 2010, of (ook) op de tijdelijke aanvullende premie en herstellpremie die verschuldigd waren



op grond van art. 5 lid 4 en 5 UVO 2010. Het komt mij voor dat het hof hier enkel doelt op de solvabiliteitsopslag die onderdeel is van de reguliere premie, en het effect op doorbetaling daarvan op het herstel van het vermogen van SPC.<sup>[68.]</sup> In het herstelplan uit maart 2009<sup>[69.]</sup> valt te lezen dat de dekkinggraad van SPC per 31 december 2008 gelijk is aan 93%. In dit herstelplan is voorzien dat FrieslandCampina gedurende zes jaar, met ingang van 1 januari 2008, een extra premie van 4% van de bruto-loonsom zal voldoen aan SPC. Ik lees dit in art 5 lid 4 UVO 2010. Voorts voorziet het herstelplan erin dat FrieslandCampina gedurende vijf jaar, met ingang van 1 januari 2008, een garantie van maximaal 1% van de voorziening voor pensioenverplichtingen geeft. Dit staat in art. 5 lid 5 UVO 2010. Voorts is toeslagverlening aan inactieven stopgezet. In het herstelplan is ook het effect van de solvabiliteitsopslag op de premie meegenomen. Er is in geprognosticeerd dat de dekkinggraad in 15 jaar zal toenemen van 93% naar 135%. Na drie jaar zou het dekkingstekort, en na zeven jaar zou het reservetekort, verholpen zijn.<sup>[70.]</sup> In het herstelplan dat gold ten tijde van opzegging van de UVO 2010 rekende SPC aldus, onder meer, op de betaling van de solvabiliteitsopslag als onderdeel van het herstel uit de tekortsituatie.

4.53

Dan nu de klachten.

4.54

De klacht onder 2.1.1 acht rov. 7.3 onbegrijpelijk in het licht van een zestal essentiële stellingen waaraan het hof voorbij zou zijn gegaan. De stellingen zien er, samengevat, op dat: (i) ook zonder premiebetaling herstel mogelijk is gebleken als gevolg van de solvabiliteitsvrijval, (ii) de inactieven op lange termijn beter af zijn in een situatie waarin geen pensioenopbouw meer plaatsvindt bij SPC als gevolg van de opzegging van de UVO 2010, (iii) het reservetekort waarin SPC zich bevond niet is toe te rekenen aan de opzegging van de UVO 2010, (iv) opzegging van de UVO 2010 heeft geleid tot een verbetering van de financiële situatie van SPC, (v) de effecten van pensioenopbouw en premiebetaling op de dekkinggraad van SPC verwaarloosbaar zijn, en (vi) SPC voordeel heeft genoten van de opzegging van de UVO 2010 bestaande uit de beëindigingsvergoeding voor uitvoeringskosten en de bedragen onder de vaststellingsovereenkomst. Ter zake van de stellingen onder (iv) en (v) heeft FrieslandCampina een bewijsaanbod gedaan welk aanbod het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft gepasseerd.<sup>[71.]</sup>

4.55

Geen van deze stellingen kan tot cassatie leiden.

4.55.1

*Ad (i)* - het hof heeft op deze stelling gerespondeerd in rov. 7.3 door te overwegen dat de solvabiliteitsvrijval losstaat van de opzegging van de UVO 2010 omdat de solvabiliteitsvrijval zich ook zonder deze opzegging had voorgedaan. Deze respons is afdoende en begrijpelijk. Dat de solvabiliteitsvrijval zou zijn *versterkt* door opzegging van de UVO 2010<sup>[72.]</sup> zie ik niet. Bovendien doet dat niet af aan het belang dat het hof heeft gehecht aan het herstellende effect van de betaling van de solvabiliteitsopslag.

4.55.2

*Ad (ii)* - het hof heeft deze stelling verworpen (en is daar dus niet aan voorbijgegaan), met de overweging dat het feit dat inactieven op de lange termijn beter af zijn in een situatie waarin pensioenopbouw zou zijn voortgezet, er niet aan af doet dat dit op korte termijn niet zo is.

4.55.3

*Ad (iii)* - het hof heeft op deze stelling gerespondeerd in rov. 7.5, en de stelling, alleszins begrijpelijk, verworpen. Het hof heeft niet geoordeeld dat de opzegging van de UVO 2010 de oorzaak is van de tekortsituatie, maar van de vertraging van het herstel uit die tekortsituatie.

4.55.4

*Ad (iv)* - dit lijkt een herhaling van de stelling onder (i). De verbetering van de financiële situatie van SPC is volgens deze stelling het gevolg van de solvabiliteitsvrijval<sup>[73.]</sup>. Het hof heeft op dit punt gerespondeerd.

4.55.5

*Ad (v)* - dat het hof deze stelling heeft gepasseerd is niet onbegrijpelijk in het licht van het oordeel van het hof in rov. 7.3 dat het aan de berekeningen van Focus Orange voorbij zal gaan omdat die van een onjuiste

aanvangsdatum uitgaan.

4.55.6

*Ad (vi)* - dit is geen essentiële stelling omdat niet valt in te zien waarom die stelling aan de juistheid van het oordeel van het hof toe of af kan doen. Bovendien kwalificeert het middel de betalingen als *voordelen*, wat op zijn minst vatbaar is voor discussie. De genoemde betalingen dienden tot compensatie van aanzienlijke kostenposten die anders door SPC, en indirect door de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden, waren gedragen.

4.56

In het licht van de verwerping van stellingen (iv) en (v) kon het hof ook het bewijsaanbod van FrieslandCampina passeren.

4.57

Onder 2.1.2 richt het middel zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de verwerping van het standpunt dat de bufferopslagen toebehoren aan de actieven en niet aan de inactieven. Dit zou rechtens onjuist zijn gelet op art. 128 Pw. Uit de bewoordingen “*bij aangroei van pensioenverplichtingen*” in art. 128 lid 1, aanhef en onder b, Pw volgt dat de bufferopslagen zijn bedoeld voor actieven, en niet voor inactieven. De zinsnede “*in ieder geval onder de PW zoals deze gold ten tijde van belang*” is onbegrijpelijk omdat het hof niet inzichtelijk maakt welke periode het van belang acht. Als dat vóór 1 januari 2007 was, is dat oordeel onbegrijpelijk in het licht van de vaststelling in rov. 7.3 dat de peildatum in 2013, dan wel in 2015 lag. Het onderdeel bevat tot slot een voortbouwklacht.<sup>[74.]</sup>

4.58

Bedoelde zinsnede uit art. 128 lid 1, aanhef en onder b, Pw is in 2008 ingevoerd.<sup>[75.]</sup> Vóór die wijziging luidde de bepaling:

“1. Een pensioenfonds stelt een kostendekkende premie vast die bestaat uit:

(...)

b. de opslag die nodig is voor het in stand houden van het vereist eigen vermogen als bedoeld in art. 132 Pw.”

4.59

In 2008 is de zinsnede “*in stand houden van hef*” vervangen door “*bij de aangroei van de pensioenverplichtingen behorende*”. Deze wijziging strekte ertoe te verduidelijken dat het bij een kostendekkende premie niet gaat om een premie voor reeds bestaande verplichtingen maar voor de aangroei van verplichtingen.<sup>[76.]</sup> Voor reeds bestaande verplichtingen is immers al premie betaald.<sup>[77.]</sup>

4.60

Het middel wil doen voorkomen dat hieruit volgt dat de solvabiliteitsopslag als het ware ‘geoormerkt’ is om enkel tot voordeel van de actieven te strekken. Hiermee lijkt het middel de context waarin de solvabiliteitsopslag wordt betaald, te verwarren met het effect van de betaling van de solvabiliteitsopslag op het vermogen van het pensioenfonds. Art. 128 lid 1, aanhef en onder b, Pw verwijst naar art. 132 Pw waarin de eis wordt gesteld dat het pensioenfonds beschikt over een vereist eigen vermogen dat zodanig vast moet staan dat met een zekerheid van 97,5 procent wordt voorkomen dat het pensioenfonds binnen een periode van één jaar over minder waarden beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen. Art. 132 Pw maakt geen onderscheid ten aanzien van de waarden die worden aangehouden voor actieven of inactieven. Binnen het vereist eigen vermogen van het pensioenfonds wordt geen onderscheid gemaakt tussen vermogen dat wordt aangehouden ten aanzien van actieven of ten aanzien van inactieven. Betaalde solvabiliteitsopslagen komen ten goede aan het gehele vermogen van het pensioenfonds, en daarmee aan zowel de actieven als de inactieven.

4.61

De door het middel bepleite benadering wringt bovendien met het voorschrift dat een ondernemingspensioenfonds dat meerdere pensioenregelingen uitvoert financieel als één geheel moet worden beschouwd, zulks in het licht van de solidariteit tussen de verschillende pensioenregelingen. Dat is het zogenoemde verbod op ringfencen (art. 123 Pw). Door dit voorschrift vindt onderling kruissubsidiëring plaats

zodat de ene regeling kan profiteren van overschotten bij de andere regeling.<sup>[78.]</sup> Moeilijk valt in te zien waarom die solidariteit wél wordt afgedwongen tussen *verschillende* pensioenregelingen, maar kennelijk níét zou gelden binnen *dezelfde* pensioenregeling tussen actieven en inactieven.

4.62

De rest van de klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag nu het hof is uitgegaan van de opslagen op het moment van de opzegging van de UVO 2010 (20 december 2013), dan wel de datum waartegen is opgezegd (1 januari 2015), welke data beide liggen ná de wijziging van art. 128 Pw in 2008. Kennelijk doelt het hof met de “*PW zoals deze gold ten tijde van belang*” op art. 128 Pw zoals dat is gaan luiden ná de wijziging in 2008.

4.63

Onder 2.1.3 acht het middel onbegrijpelijk het oordeel dat het indexeringsperspectief van de “*inactieven van nu*” cq het indexeringsperspectief “*op korte termijn*” is verslechterd. In rov. 7.3 stelt het hof namelijk vast dat bestaande en toekomstig inactieven op lange termijn beter af zijn in een situatie waarin geen pensioenopbouw meer plaatsvindt bij SPC. Het nadeel op korte termijn kan wegvallen tegen het voordeel op lange termijn. Het hof geeft geen inzicht in de verhouding tussen het nadeel op de korte en het voordeel op de lange termijn.

4.64

Ik stel voorop dat het hof de zaak naar de schadestaat heeft verwezen. Voor verwijzing naar de schadestaat volstaat dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Het gaat er daarbij om of er voldoende aanleiding bestaat om te vermoeden dat er schade is geleden, zonder dat de gehele omvang door de rechter is vast te stellen.<sup>[79.]</sup>

4.65

In dat licht acht ik alleszins begrijpelijk het oordeel van het hof dat die drempel is gehaald met het verlies van het indexatieperspectief op korte termijn. FrieslandCampina stelt op zich terecht dat pensioenverplichtingen doorgaans ver in de toekomst liggen en over een lange termijn moeten worden uitgevoerd, en dat verbeteringen van het resultaat op de lange termijn dus eventuele negatieve gevolgen op de korte termijn *kunnen* opheffen. Daargelaten of op de lange termijn de door het middel gestelde verbetering zich zou hebben voorgedaan, ook áls die verbetering zich zou hebben voorgedaan dan zijn daarmee niet alle bestaande en toekomstige inactieven op lange termijn beter af. Er zullen namelijk inactieven zijn die de verbetering van dat resultaat op de lange termijn niet zullen genieten, omdat zij geen pensioenuitkeringen meer ontvangen op het moment dat het effect zal zijn opgeheven. De inactieven die niet in de positie zijn de nadelen op de lange termijn te zien kenteren in voordelen, lijden dan schade. In zoverre faalt de klacht.

4.66

De mogelijke verbetering van het indexatieperspectief op termijn kan overigens in de schadestaatprocedure worden meegenomen bij de schadebegroting (art. 6:97 BW) of eventueel voordeelstoerekening (art. 6:100 BW).<sup>[80.]</sup> In zoverre hoefde het hof dus ook geen inzicht te geven in de verhouding tussen het nadeel op korte en het voordeel op lange termijn.

4.67

Onder 2.1.4 richt het middel een motiveringsklacht tegen rov. 7.3. De overweging dat een en ander te meer klemmt omdat het indexatieperspectief door de sluiting van de pensioenregeling in 2009 ook al onder druk was komen te staan, is onbegrijpelijk in het licht van de vaststelling van het hof in rov. 10 dat mag worden aangenomen dat de financiële gevolgen van de sluiting van de pensioenregeling met SPC in 2009 voor nieuwe deelnemers zijn geregeld omdat dit bij het aangaan van de UVO in 2010 al bekend was. Nu die gevolgen zijn geregeld is onbegrijpelijk - want innerlijk tegenstrijdig - dat het hof in rov. 7.3 aan de sluiting van die regeling gewicht heeft toegekend en mede richtinggevend heeft geacht voor het aannemen van schade, aldus de klacht.

4.68

Mij lijkt dit geen dragende overweging voor het door het hof gegeven oordeel maar een overweging ten overvloede. De daartegen gerichte klacht faalt daarom bij gebrek aan belang. Overigens lijkt dit oordeel niet onbegrijpelijk of innerlijk tegenstrijdig. Het hof acht van belang dat het indexatieperspectief door sluiting van de regeling onder druk was komen te staan omdat SPC ook in 2009 al in een herstelsituatie verkeerde. Ook na sluiting van de regeling in 2009 duurde de herstelsituatie van SPC voort, kennelijk ondanks de verdiscontering

van de beëindiging van de regeling tussen SPC en FrieslandCampina.

4.69

Onder 2.1.5 betoogt het middel dat het hof zijn oordeel dat de schade van de inactieven als schade *van SPC* heeft te gelden, ontoereikend heeft gemotiveerd. Niet valt in te zien waarom SPC schade lijdt of zal kunnen lijden door een verslechterd indexeringsperspectief van de inactieven. Een verslechterd indexatieperspectief geeft inactieven geen vorderingsrecht op SPC en het kan er ook niet toe leiden dat SPC schade zal lijden.<sup>[81.]</sup>

4.70

De klacht mist belang nu ook posten die niet als schade zijn te kwalificeren bij beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst voor vergoeding in aanmerking kunnen komen (zie hiervoor, 4.9).

4.71

Ook overigens faalt de klacht. Het komt mij voor dat het hof niet zozeer diende te motiveren in hoeverre de schade die is geleden als gevolg van de opzegging van de UVO 2010 specifiek als schade *van SPC* is aan te merken, in plaats van specifiek schade *van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden*.<sup>[82.]</sup> Het hof heeft zich gesteld gezien voor de vraag of de verplichtingen in de UVO 2010 moeten worden aangevuld met een (schade)vergoeding omdat door de opzegging indexatieperspectief wordt gemist. Dit is een *aanvulling* op hetgeen op basis van de UVO 2010 *tussen FrieslandCampina en SPC* heeft te gelden.

4.72

Mij lijkt dat als verweer tegen een dergelijke aanvulling niet kan worden aanvaard dat daarvoor geen ruimte zou moeten zijn omdat het gemiste indexatieperspectief niet als schade van SPC heeft te gelden. Als die stelling zou worden aanvaard dan heeft SPC strikt genomen bij vrijwel geen enkele financiële vergoeding belang aangezien haar *raison d'être* is gelegen in het beheer van aan anderen toekomstige pensioenrechten en -aanspraken.

4.73

Ik durf zo ver te gaan dat de verwerping van deze stelling ook besloten ligt in het *Alcatel*-arrest. Daar overwoog uw Raad dat ook bij opzegging van een uitvoeringsovereenkomst ruimte is voor een verplichting om een (schade)vergoeding aan te bieden, en dat daarbij de volgende gezichtspunten van belang zijn: (...) Daarbij zal onder meer gewicht kunnen toekomen aan de aard van de betrokken belangen, aan de omstandigheid dat in art. 25 lid 1, aanhef en onder h, PW, voor andere pensioenuitvoerders dan een ondernemingspensioenfonds, het belang is onderkend dat is voorzien in voorwaarden die gelden bij de beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst, aan eventuele maatregelen die aan het betrokken pensioenfonds zijn opgelegd (zoals de verplichting in verband met een herstelplan of de verplichting tot waardeoverdracht van hetgeen na opzegging resteert), 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)."

4.74

In dat arrest oordeelde uw Raad verder:

"4.5

De hiervoor in 4.2.3 weergegeven onderdelen 2.3.1 en 2.3.2 klagen terecht dat het hof in het bestreden arrest onvoldoende is ingegaan op de stellingen van het Pensioenfonds in hoger beroep dat, indien de gestelde andere betalingsverplichtingen niet volgen uit de uitvoeringsovereenkomst, de kosten waarop die verplichtingen betrekking hebben voor rekening van Alcatel-Lucent komen in verband met een leemte in de uitvoeringsovereenkomst dan wel in verband met de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is en de beëindiging daarvan Alcatel-Lucent noopt tot betaling van schadevergoeding."

4.75

Samengevat zegt de Hoge Raad: (i) opzegging van een uitvoeringsovereenkomst kan gepaard gaan met aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding; (ii) relevante gezichtspunten zijn de onderkenning van het belang van beëindigingsvoorwaarden in uitvoeringsovereenkomsten met andere pensioenuitvoerders dan ondernemingspensioenfondsen, en de verantwoordelijkheid van (oud) werkgevers ten opzichte van (oud)



werknemers; en (iii) het hof (in *Alcatel*) is onvoldoende ingegaan op de stellingen van het pensioenfonds dat de door haar gevorderde kosten op die grondslag kon worden toegewezen. In het *Alcatel*-arrest werd door het pensioenfonds een waaier aan betalingsverplichtingen gevorderd, waaronder herstellpremiebetalingen op basis van het (korte en lange termijn) herstelplan, excassokosten, solvabiliteitsopslagen, opslagen ten behoeve van de algemene reserve, kosten voor indexatie, etc. Voornoemde gezichtspunten brengen met zich mee *dat* dergelijke (schade)posten aan het pensioenfonds *kunnen* worden vergoed. Onbegrijpelijk zou het oordeel van de Hoge Raad zijn indien - met FrieslandCampina in deze zaak - zou moeten worden aanvaard dat pensioenfondsen van die (schade)posten überhaupt geen vergoeding kunnen vorderen omdat de gevolgen van niet-betaling uiteindelijk worden gedragen door gewezen deelnemers en gepensioneerden.

4.76

Van een onjuiste of ontoereikende motivering is dan ook niet gebleken.

4.77

Onder 2.1.6 bouwt het middel voort op de klachten onder 2.1.2 en 2.1.3 waar het betoogt dat het slagen van deze klachten ook de beslissingen in rov. 8.5-8.7 raakt. Voorts voert het middel aan dat voor het aannemen van een (schade)vergoedingsplicht geen plaats is wanneer het pensioenfonds geen schade heeft geleden en de opzegging van de UVO 2010 zelfs voordeel heeft opgeleverd. In ieder geval is dat een relevant gezichtspunt.<sup>[83.]</sup>

4.78

De klachten falen in het verlengde van de klachten onder 2.1.2-2.1.5.

4.79

*Onderdeel 2.2* richt zich met motiveringsklachten tegen rov. 7.3, waarin het hof aan de berekeningen van Focus Orange voorbij is gegaan. Dit is zonder nadere motivering onbegrijpelijk omdat het hof niet inzichtelijk maakt waarom berekeningen die uitgaan van een aanvangsdekkingsgraad per oktober 2017 niet relevant zouden kunnen zijn in het kader van de beantwoording van de vraag of SPC schade heeft geleden bij opzegging van de UVO 2010 per 2015. Pensioenverplichtingen hebben namelijk een langere looptijd zodat ontwikkelingen van de dekkingsgraad ná de peildatum relevant zijn. Bovendien werden de conclusies uit het rapport onderschreven door ALM-studies<sup>[84.]</sup> in 2011 en 2012 die het hof bij zijn oordeel heeft betrokken. In dat licht is ook het passeren van het bewijsaanbod onbegrijpelijk. De in het bewijsaanbod genoemde getuige Doornbos had kunnen verklaren over het verloop van de dekkingsgraad van SPC sinds 1998 en dus ook over de door het hof relevant geachte jaren 2013-2015.<sup>[85.]</sup>

4.80

Ik begin met de klacht over de berekeningen van Focus Orange. Ik lees het arrest zo dat het hof, in tegenstelling tot wat het middel voorhoudt, wél is ingegaan op de reden waarom de aanvangsdatum van oktober 2017 een reden is om aan het rapport voorbij te gaan. Het hof overweegt immers dat met name in de eerste jaren van een herstelperiode premiebetaling en solvabiliteitsopslagen bijdragen aan het herstel van het eigen vermogen. In het verlengde daarvan oordeelt het hof dan ook dat, daargelaten of inactieven op de lange termijn beter af zijn wanneer pensioenopbouw niet meer plaatsvindt bij SPC, dit op de korte termijn niet het geval is. Daarmee is schade als gevolg van het gemiste indexatieperspectief op korte termijn voldoende aannemelijk. Mede daarom kon het hof aan de berekeningen van Focus Orange voorbijgaan. Uit die berekeningen volgt ook niet dat op de korte termijn geen schade wordt geleden, maar enkel dat op korte termijn geleden schade op de lange termijn wordt goedge maakt door de voordelen die met de opzegging van de UVO 2010 gepaard gaan.

4.81

Het hof heeft het startpunt in 2017 bovendien van belang geacht omdat op dat punt een verschil bestaat tussen de berekeningen van EY en die van Focus Orange, waarbij het eigen vermogen hoger wordt verondersteld door Focus Orange dan door EY. Dit is niet onbegrijpelijk.

4.82

Tot slot het bewijsaanbod tot het horen van Doornbos. Het hof kon dit als onvoldoende ter zake doende passeren. Dat Doornbos volgens het middel kon verklaren over de dekkingsgraadontwikkeling van SPC sinds 1998 doet niet af aan het feit dat het hof heeft geoordeeld dat in de eerste jaren na opzegging van de UVO

2010 het effect van de gemiste solvabiliteitsopslagen op het eigen vermogen het grootst was. Zie ik het goed, dan wordt dit door FrieslandCampina ook niet zozeer betwist, maar neemt zij het standpunt in dat nadelen op de korte termijn zouden worden gecompenseerd door een positieve ontwikkeling op de lange termijn. Volgens het hof staat dit er niet aan in de weg dat schade op de korte termijn voldoende aannemelijk is. Niet onbegrijpelijk acht ik dat het hof in hetgeen Doornbos zou kunnen verklaren over de dekkingsgraadontwikkeling vanaf 1998, overigens in aanvulling op het (mede door hem opgestelde) rapport van Focus Orange, geen aanleiding heeft gezien voor het apart horen van Doornbos nu uit dat bewijsaanbod geen weerlegging volgt van de aannemelijkheid van schade op korte termijn.

4.83

Slotsom is dat onderdeel 2 in zijn geheel faalt.

### **Onderdeel 3 - Beroep op Pensioen CAO 2006 in strijd met één conclusieregel of goede procesorde?**

4.84

*Onderdeel 3* klaagt over de begrijpelijkheid van rov. 8.4. Er is geen sprake van een nadere toelichting op eerder aangevoerde stellingen binnen de door de grieven getrokken grenzen van de rechtsstrijd. SPC heeft op verschillende omstandigheden gewezen maar geen kenbaar beroep gedaan op de Pensioen CAO 2006 als grondslag van haar vordering. Hier heeft zij slechts summier aan gerefereerd, zodat voor FrieslandCampina niet kenbaar was dat zij zich tevens hiertegen had te verweren. De door het hof genoemde omstandigheden kunnen zijn oordeel niet dragen omdat die niets zeggen over het door de grieven ontsloten gebied, en dus niet, althans niet onder verwijzing naar de *grieven*, het oordeel kunnen dragen dat sprake is van een nadere uitwerking.

4.85

Ik stel voorop dat de vraag of een stelling moet worden aangemerkt als een novum of als een verduidelijking van een reeds ingenomen stelling, een kwestie van uitleg van de gedingstukken betreft. Deze uitleg is voorbehouden aan de feitenrechter en in cassatie slechts toetsbaar op begrijpelijkheid.<sup>[86.]</sup>

4.86

Mijns inziens is het oordeel begrijpelijk. Het middel klaagt dat SPC de Pensioen CAO 2006 pas bij pleidooi in hoger beroep aan haar vordering *ten grondslag* heeft gelegd. Het hof heeft evenwel in rov. 8.6 enkel belang gehecht aan de Pensioen CAO 2006 bij het vaststellen van hetgeen waartoe FrieslandCampina met betrekking tot de waardevastheid van de pensioenen was gehouden, wederom mede in het licht van goed werkgeverschap. In rov. 8.7 hecht het hof enkel belang aan de Pensioen CAO 2006 in de context van het verschil in indexaties tussen de twee groepen oud-werknemers, mede in het licht van goed werkgeverschap. Reeds bij inleidende dagvaarding heeft SPC beroep gesteld dat FrieslandCampina zich diende te bekommeren om de waardevastheid van de pensioenen van de inactieven en dat door dat niet te doen, FrieslandCampina gehouden was tot betaling van (schade)vergoeding. In dat verband heeft SPC mede een beroep gedaan op goed werkgeverschap.<sup>[87.]</sup> Ook ter zake van het verschil tussen de twee groepen oud-werknemers heeft SPC een beroep gedaan op goed werkgeverschap.<sup>[88.]</sup> Dat het hof met het overleggen van de Pensioen CAO 2006 een nadere toelichting op eerder ingenomen stellingen heeft gezien, vind ik daarom niet onbegrijpelijk.

4.87

Evenmin valt in te zien dat het hof daarmee buiten het door de grieven ontsloten gebied is getreden. SPC heeft met haar grieven 3 en 4 aan de orde gesteld dat de kantonrechter ten onrechte haar beroep op (i) de financiële gevolgen van beëindiging van de UVO 2010 voor de inactieven, en (ii) de onaanvaardbaarheid van de verschillen tussen de oud-Campina werknemers en oud-FrieslandFoods werknemers, heeft verworpen. Ook heeft SPC om een volledige heroverweging van het vonnis van de kantonrechter gevraagd.<sup>[89.]</sup>

### **Onderdeel 4 - Schadevergoedingsplicht ex art. 6:248 lid 1 BW?**

4.88

Onderdeel 4 richt zich tegen rov. 8.5-8.7. Het onderdeel valt in vier subonderdelen uiteen.

4.89

Ik zal eerst de bouwstenen voor het oordeel van het hof in rov. 8.5-8.7 weergeven.

4.90

De door het hof geformuleerde centrale vraag is of de opzegging van de UVO 2010 zonder het aanbieden van schadevergoeding gelet op alle omstandigheden van het geval onrechtmatig is. Daartoe oordeelt het hof in de eerste plaats dat andere vergoedingen dan voor uitvoeringskosten niet zijn uitgesloten in de UVO 2010 (rov. 6.1-6.5), en dat de opzegging van de UVO 2010 tot schade heeft geleid in de vorm van gemist indexatieperspectief (rov. 7.1-7.6). In rov. 8.5-8.7 zet het hof vervolgens uiteen op grond van welke omstandigheden FrieslandCampina gehouden is tot het vergoeden van genoemde schade. Het hof oordeelt dat FrieslandCampina in strijd heeft gehandeld met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) door geen (schade)vergoeding aan te bieden aan SPC, en acht daartoe twee gronden van belang: (a) FrieslandCampina diende zich te bekommeren om de waardevastheid van het pensioen van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van SPC omdat dezen op basis van de pensioenovereenkomst een voorwaardelijk recht op indexatie (met bijbehorende indexatieambitie) hebben die door FrieslandCampina uit premie zou worden gefinancierd, en (b) FrieslandCampina heeft een aanzienlijk verschil in indexaties tussen de oud-Campina en de oud-FrieslandFoods werknemers laten ontstaan dan wel voortduren, terwijl beide groepen onder dezelfde pensioenregeling vallen. Bovendien heeft FrieslandCampina wél een aanzienlijk bedrag aan Avéro Achmea betaald ten behoeve van de oud-FrieslandFoods werknemers, maar niet aan SPC ten behoeve van de oud-Campina werknemers. Zij heeft wel een vrijval op de balans van € 131 miljoen genoten.

4.91

Ik begrijp het arrest zo dat het hof strijd met goed werkgeverschap *niet als zelfstandige grondslag* voor de veroordeling van FrieslandCampina tot betaling van schadevergoeding heeft aangenomen. In die schendingen heeft het hof (enkel) relevante omstandigheden gezien die, in het verlengde van de vanaf rov. 6.1 ingezette analyse over gevolgen van de opzegging van duurovereenkomsten, nopen tot het aanbieden van (schade)vergoeding.

4.92

*Onderdeel 4.1* betoogt dat het hof in zijn beoordeling voorbij is gegaan aan aangevoerde feiten en omstandigheden die alle ter zake dienend waren. Het middel noemt de volgende omstandigheden:

- (i) de deskundigheid van SPC;
- (ii) de beëindigingsvergoeding van € 20,2 miljoen voor uitvoeringskosten op grond van art. 10 UVO;
- (iii) de onverplichte aanvullende betaling van € 42 miljoen op basis de vaststellingsovereenkomst<sup>[90.]</sup>;
- (iv) de tijdelijke betaling van € 77 miljoen in de vorm van aanvullende herstelbetalingen;
- (v) de betaling van een hogere zuivere kostendekkende premie (tegen de lage marktrente) in plaats van de minimaal vereiste gedempte kostendekkende premie (tegen verwacht rendement) - het verschil daartussen is € 40 miljoen;
- (vi) FrieslandCampina had na 1 januari 2014 geen verplichtingen meer tot het doen van herstelbetalingen (anders dan de werkgever in de *Alcatel*-zaak);
- (vi i) de opzeggingsregeling voorziet in een ruime opzegtermijn en een vergoeding bij opzegging;
- (vi ii) het herstelplan van SPC gaat er niet vanuit dat FrieslandCampina gehouden was tot het doen van aanvullende betalingen; DNB heeft geen maatregelen opgelegd;
- (ix) de pensioenuitvoering door SPC is gewaarborgd na opzegging; het voortbestaan van SPC is niet in gevaar (anders dan in de *Alcatel*-zaak);
- (x) de positie van SPC en het indexeringsperspectief van inactieven op lange termijn is juist verbeterd en opzegging had een gunstig effect op de dekkingsgraad, onder meer door de solvabiliteitsvrijval;



- (xi) FrieslandCampina is altijd de wettelijke normen nagekomen;
- (xi) FrieslandCampina heeft voorstellen voor een carve-out gedaan die een gunstig effect zouden hebben gehad op de dekkingsgraad, maar door SPC zijn afgewezen; en
- (xi) het is wettelijk toegestaan een voorwaardelijke toeslagregeling geheel te financieren met toekomstige beleggingsresultaten.

#### 4.93

Het hof had hiermee rekening moeten houden. Als het hof dat niet deed omdat het heeft miskend dat het alle relevante omstandigheden moet beoordelen (en alle genoemde omstandigheden relevant zijn) getuigen rov. 8.5-8.7 van een onjuiste rechtsopvatting. Als het hof dit alles niet heeft miskend, dan is rov. 8.5 niet met redenen omkleed door op voornoemde omstandigheden niet te responderen, aldus het middel.<sup>[91.]</sup>

#### 4.94

Mijns inziens missen deze stellingen doel. Ik loop ze kort langs.

##### 4.94.1

*Ad (i)* - deze stelling behoefde geen respons nu het hof de onrechtmatigheid heeft gegrond op hetgeen waartoe FrieslandCampina jegens de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van SPC was gehouden. De deskundigheid van SPC speelt daarbij geen rol. Bovendien is deze omstandigheid enkel aangevoerd in verband met de vraag of de UVO 2010 een leemte bevatte ter zake van vergoedingen na opzegging (zie onderdeel 1).

##### 4.94.2

*Ad (ii)-(viii) en (xi)* - de strekking van al deze stellingen is, kort gezegd, dat FrieslandCampina betaald heeft waartoe zij op grond van de UVO 2010 was gehouden, en daarenboven nog aanvullende betalingen heeft gedaan waartoe zij niet was gehouden. Mij lijken dit in deze context geen essentiële stellingen. Voor hetgeen waartoe FrieslandCampina op grond van de UVO 2010 was gehouden (stellingen (ii), (iv), (v), (vi) en (vii)) valt hierin geen essentiële stelling te lezen waarop het hof, naast zijn overwegingen in rov. 6.4, diende te responderen. Bovendien gaat het bij een (schade)vergoeding als hier aan de orde om een aspect van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en dus per definitie om een verplichting *in aanvulling op* hetgeen partijen in de UVO 2010 zijn overeengekomen.

##### 4.94.3

*Ad (iii)* - de stelling over de betalingen die FrieslandCampina heeft gedaan buiten de context van de UVO 2010 raakt niet aan de vooropstelling van het hof dat op grond van de pensioenovereenkomst (de Pensioen CAO 2006) indexaties *uit premies* zouden worden gefinancierd, FrieslandCampina daarmee in feite een financieringsverplichting ter zake van die indexaties had en *daarom* niet de UVO 2010 kon opzeggen zonder het aanbieden van een schadevergoeding. Dat FrieslandCampina buiten de context van de UVO 2010 (onverplicht of niet) betalingen heeft gedaan doet daaraan niet toe of af. De stelling dat het herstelplan niet uitgaat van aanvullende betalingen voor FrieslandCampina (stelling (viii)) miskent dat het hof de schade en het causaal verband niet gelegen heeft gezien in de stopzetting van de op basis van het herstelplan (en art. 5 lid 4 en 5 UVO 2010) genoemde herstelbetalingen, maar in het stopzetten van de reguliere premiebetaling waarin een solvabiliteitsopslag was verdisconteerd.

##### 4.94.4

*Ad (ix)* - dit is geen essentiële stelling. Dat het voortbestaan van SPC niet in gevaar zou zijn regardeert niet het oordeel dat door opzegging schade is geleden in de vorm van gemist indexatieperspectief.

##### 4.94.5

*Ad (x)* - deze stelling is door het middel ook opgevoerd in de context van onderdeel 2.1.1 onder (i) en (ii) en betreft om dezelfde reden geen essentiële stelling in de context van deze rechtsoverwegingen.

##### 4.94.6

*Ad (xii)* - gelet op rov. 9.2, waarin het hof deze stelling verwerpt, hoefde het hof in de context van rov. 8.5-8.7

niet op deze stelling te responderen.

4.94.7

*Ad (xiii)* - het is inderdaad wettelijke toegestaan om een voorwaardelijke toeslagregeling geheel te financieren met toekomstige beleggingsresultaten. De stelling miskent echter dat het hof in rov. 8.5 van belang heeft geacht dat FrieslandCampina in de *pensioenovereenkomst* nu juist had toegezegd de indexaties te financieren uit *premie*, en dus niet uit beleggingsresultaten. Dat in de UVO 2010 is bepaald dat de indexaties uit beleggingsrendement zouden worden gefinancierd doet daar, zo oordeelt het hof alleszins begrijpelijk, niet aan af.

4.95

Het hof heeft evenmin miskend dat het alle *relevante* omstandigheden van het geval bij zijn beoordeling diende te moet betrekken (zoals blijkt uit rov. 5.1 en 8.1). Voor zover het hof door FrieslandCampina aangevoerde *omstandigheden* onbesproken heeft gelaten vloeit daar geen miskening van die norm voort.

4.96

*Onderdeel 4.2* richt zich met rechtsklachten tegen rov. 8.6 en 8.7 van het bestreden arrest en gaat over de ten onrechte 'volle toetsing' aan goed werkgeverschap ( art. 7:611 BW) in de relatie tussen FrieslandCampina en SPC, in plaats van een terughoudende postcontractuele reflexwerking. Tussen FrieslandCampina en SPC geldt de norm van goed werkgeverschap niet, aldus de klacht. Hoogstens geldt een sterk verdunde versie van die norm, die zich kenmerkt door reflexwerking (FrieslandCampina staat niet in een werkgeversverhouding tot SPC) en een postcontractuele context (het gaat om verplichtingen van FrieslandCampina jegens slapers). Dat geen ruimte is voor volle en rechtstreekse toetsing vloeit ook voort uit het *Alcatel*-arrest. Daarin wordt benadrukt " *een zekere verantwoordelijkheid*" die de werkgever heeft behouden ten opzichte van de vroegere werknemer.<sup>[92.]</sup>

4.97

*Onderdeel 4.3* gaat over de gelijke behandeling tussen de oud-Campina en oud-Friesland Foods medewerkers.<sup>[93.]</sup> Volgens de klacht onder 4.3.1 miskent het hof dat in het geval van een juridische fusie (zoals hier tussen FrieslandFoods en Campina) de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst weliswaar overgaan op de nieuwe werkgever maar dat de norm van goed werkgeverschap, op zijn best noopt tot gelijke behandeling binnen de groep werknemers die bij *dezelfde* rechtsvoorganger van de door fusie ontstane entiteit in dienst zijn (geweest) en/of dat de contractuele werking van 7:611 BW geen verplichting met zich brengt voor de nieuwe werkgever om slapers die voorafgaand aan de fusie in dienst zijn geweest van verschillende werkgevers gelijk te behandelen, in die zin dat de nieuwe verkrijgende werkgever arbeidsvoorwaarden na de fusie moest gelijktrekken op het hoogste niveau dat vóór de fusie bestond bij één werkgever. Als het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, omdat het hof niet voldoende toelicht waarom het in afwijking van het voornoemde wel die verplichting heeft aangenomen.<sup>[94.]</sup>

4.98

De onderdelen 4.2 en 4.3.1 lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

4.99

De klacht stelt een punt aan de orde dat ook in de noot van Huijg<sup>[95.]</sup> bij het bestreden arrest wordt gemaakt. Volgens Huijg speelt de vraag naar de verplichtingen van FrieslandCampina ter zake van het waarmaken van een indexatieperspectief enkel in de relatie tussen FrieslandCampina en de inactieven die pensioen bij SPC hebben.

4.100

Ik wijs nog maar eens op rov. 4.4.3 van het *Alcatel*-arrest, waarin de Hoge Raad enkele gezichtspunten benoemt die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van een uitvoeringsovereenkomst in de weg staan aan opzegging zonder betaling van een (schade)vergoeding (mijn onderstreping):

"4.4.3

Het antwoord op de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van een uitvoeringsovereenkomst als de onderhavige in de weg staan aan opzegging zonder betaling van een

(schade)vergoeding, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal onder meer gewicht kunnen toekomen aan de aard van de betrokken belangen, aan de omstandigheid dat in art. 25 lid 1, aanhef en onder h, PW, voor andere pensioenuitvoerders dan een ondernemingspensioenfonds, het belang is onderkend dat is voorzien in voorwaarden die gelden bij de beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst, aan eventuele maatregelen die aan het betrokken pensioenfonds zijn opgelegd (zoals de verplichting in verband met een herstelplan of de verplichting tot waardeoverdracht van hetgeen na opzegging resteert), 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).”

4.101

Anders dan het middel ingang wil doen vinden heeft de Hoge Raad in dit arrest met de “zekere verantwoordelijkheid” die de werkgever heeft ten opzichte van de werknemer, niet tot uitdrukking gebracht dat de norm van goed werkgeverschap slechts marginaal kan worden getoetst. De Hoge Raad zegt niet meer dan er staat: *dát* de werkgever een zekere verantwoordelijkheid heeft behouden ten opzichte van de voormalig werknemer. Dat een *voormalig* werkgever een “zekere verantwoordelijkheid” heeft ten aanzien van *voormalig* werknemers is overigens reeds uitgemaakt in het *ECN-Omen* arrest.<sup>[96.]</sup>

4.102

De door mij onderstreepte omstandigheid brengt mee dat bij opzegging mede de belangen van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in acht moeten worden genomen.<sup>[97.]</sup> Mij lijkt dit ook in lijn met de arresten *Vleesmeesters/Alog*<sup>[98.]</sup> en *Compaen*.<sup>[99.]</sup> Op grond van deze jurisprudentie dient een contractant onder omstandigheden rekening te houden met de belangen van derden die bij de behoorlijke nakoming van de overeenkomst betrokken kunnen zijn. 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>[100.]</sup>

4.103

Het hof heeft enkele van deze uitgangspunten in zijn beoordeling betrokken en aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. In de eerste plaats hecht het hof bijzonder belang aan het feit dat SPC zich op het moment van opzegging van de UVO 2010 in een tekortsituatie bevond en (in ieder geval deels) afhankelijk was van FrieslandCampina voor het herstel van haar vermogen. Dit is in lijn met de afhankelijkheidssituatie die inherent is aan de relatie tussen pensioenuitvoerders en werkgevers, zoals hiervoor onder 4.25 uiteengezet. Bovendien heeft het hof uitdrukkelijk onderkend dat de UVO 2010 een duurovereenkomst is en dat de regels omtrent de opzegging van duurovereenkomsten van toepassing zijn op de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst. Aldus heeft het hof kennelijk acht geslagen op voornoemde *gezichtspunten (a) en (b)*.

4.104

Daarop volgt het door het hof onderkende belang van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van SPC, die het indexatieperspectief nadelig beïnvloed zagen door het vertraagde herstel van het vermogen van SPC. Als de UVO 2010 niet was opgezegd, dan had verdere pensioenopbouw bij SPC plaatsgevonden en was FrieslandCampina een solvabiliteitsopslag op de premie blijven betalen waardoor het eigen vermogen van SPC zou zijn verbeterd. Hiermee is ook *gezichtspunt (c)* in de beoordeling betrokken. Het hof gaat voorts in rov. 8.5-8.7 uitdrukkelijk in op de relatie tussen FrieslandCampina en de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van SPC. Het hof overweegt dat FrieslandCampina zich om de waardevastheid van de pensioenen diende te bekommeren, niet alleen omdat zij daartoe op grond van de Pensioen CAO 2006 gehouden was, maar ook omdat zij daarin had toegezegd om indexaties uit de premie te zullen financieren.

4.105

Voorts overweegt het hof dat FrieslandCampina een aanzienlijk verschil in indexaties heeft laten ontstaan (en oplopen) tussen de voormalig Campina werknemers en de voormalig FrieslandFoods werknemers, terwijl

beide groepen voormalig werknemers onder dezelfde pensioenovereenkomst vallen (namelijk: de Pensioen CAO 2006). In het licht van de voordelen die de werknemers van FrieslandFoods hebben genoten mocht FrieslandCampina ten aanzien van de voormalig Campina werknemers niet, wat het hof noemt, “ *de hand op de knip*” houden, waardoor hun perspectief op indexatie illusoir is geworden (immers geen indexering zonder financiering). Deze overwegingen lijken mij betrekking te hebben op voornoemde *gezichtspunten (f) en (g)*.

4.106

*Gezichtspunt (i)* heeft het hof bij zijn oordeel betrokken door te oordelen dat het onredelijk is dat in het geheel geen schadevergoeding is aangeboden.<sup>[101.]</sup>

4.107

Dat het hof “ *ten volle*” aan goed werkgeverschap heeft getoetst, of de postcontractuele relatie tussen FrieslandCampina en de gewezen deelnemers en gepensioneerden van SPC zou hebben miskend, zie ik dan ook niet. FrieslandCampina en SPC staan, zoals het middel met juistheid opmerkt, niet in een werkgever-werknemer relatie tot elkaar zodat geen sprake kan zijn van verplichtingen die FrieslandCampina rechtstreeks jegens SPC heeft op grond van goed werkgeverschap. Dat heeft het hof ook niet miskend. Het hof heeft in de door hem geïdentificeerde schendingen van goed werkgeverschap van FrieslandCampina jegens de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van SPC een relevante omstandigheid gezien die er mede toe strekt dat opzegging van de UVO 2010 zonder het aanbieden van een schadevergoeding onrechtmatig is. Het gaat hier om een invulling van feiten en omstandigheden ter bepaling van wat op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid tussen Friesland Campina en SPC heeft te gelden. Schending van goed werkgeverschap is in dat verband een relevante omstandigheid.

4.108

In navolging van het *Alcatel*-arrest heeft het hof kunnen concluderen dat schendingen van goed werkgeverschap relevante omstandigheden zijn die in het licht van redelijkheid en billijkheid vergden dat een aanbod tot (schade)vergoeding werd gedaan. Dat is niet onbegrijpelijk. Onjuist is het evenmin. In zoverre falen de onderdelen 4.2 en 4.3.1.

4.109

Ten aanzien van onderdeel 4.3.1 merk ik volledigheidshalve nog het volgende op. In de eerste plaats heeft het hof niet in algemene zin geoordeeld dat bij een juridische fusie de nieuwe werkgever gehouden zou zijn om alle (gewezen) deelnemers en gepensioneerden die vóór de fusie over verschillende werkgevers waren verdeeld, na de fusie gelijk te behandelen op het hoogste niveau dat vóór de fusie bestond. Evenmin heeft het hof geoordeeld dat, gelet op de omstandigheden van het geval, goed werkgeverschap met zich bracht dat FrieslandCampina het onderscheid niet mocht laten voortduren. Het hof heeft enkel geoordeeld dat, gegeven dit verschil, FrieslandCampina de UVO 2010 niet mocht beëindigen zonder aan SPC een (schade)vergoeding aan te bieden voor het gemiste indexatieperspectief. In het verlengde daarvan begrijp ik het arrest ook zo dat FrieslandCampina is veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding voor het herstel van het indexatieperspectief. Zij is *niet* veroordeeld tot betaling van dezelfde indexaties aan de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van SPC die de oud-FrieslandFoods werknemers hebben genoten. In zoverre mist de klacht feitelijke grondslag.

4.110

Het middel gaat bovendien voorbij aan het belang dat het hof heeft gehecht aan het feit dat de oud-FrieslandFoods en oud-Campina werknemers weliswaar vóór de fusie bij verschillende entiteiten in dienst waren en dat hun pensioenen door verschillende pensioenuitvoerders werden uitgevoerd, maar dat zij wel beiden onder dezelfde *pensioenovereenkomst* vielen, en er in zoverre sprake is van dezelfde *pensioenregeling*.<sup>[102.]</sup> (zie ook de hiervoor besproken gezichtspunten). Ná de fusie ontstond dus een volgens het hof ontoelaatbaar verschil in indexatieresultaat tussen twee groepen werknemers die op basis van dezelfde pensioentoezegging in de Pensioen CAO 2006 in dezelfde pensioenregeling deelnamen.<sup>[103.]</sup> Het enkele feit dat vóór de fusie dat onderscheid niet bestond, althans niet in strijd was met goed werkgeverschap, doet niet af aan de begrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat het ná de fusie laten voortbestaan van dit onderscheid een relevante omstandigheid is die noopt tot (schade)vergoeding bij opzegging. Het oordeel dat ná de fusie FrieslandCampina niet kon volstaan met het accepteren van de verschillen in indexatie als voldongen feit is evenmin onjuist of onbegrijpelijk. Bovendien heeft het hof niet *alleen* belang gehecht aan het



onderscheid tussen de indexaties, maar ook aan de omstandigheid dat door de opzegging van de UVO 2010 een forse balansvoorziening vrijviel wat strekte tot voordeel van FrieslandCampina.

4.111

Onder 4.3.2 voert het middel een motiveringsklacht aan. FrieslandCampina heeft ontkend dat de betaling van € 64 miljoen aan Avéro te maken had met toeslagverlening (indexatie), maar het hof oordeelt dat ongeloofwaardig. Dat dit in de visie van het hof ongeloofwaardig is, vindt het middel dan weer onbegrijpelijk in het licht van de gedingstukken. Daaruit blijkt namelijk dat de betaling samenhangt met het langlevensrisico. Als het hof zijn beslissing in rov. 8.4 dat de ontkenning door FrieslandCampina ongeloofwaardig is mede heeft gebaseerd op de “*erkenning in de MvA van 8.4.4*” is dat oordeel eveneens onbegrijpelijk. In die passages heeft FrieslandCampina namelijk enkel gesteld dat er (in vier tranches) € 64 miljoen in het indexatiedepot is gestort, maar dat betekent niet dat die storting ook gedaan is met het oog op de toeslagverlening. Die storting hield verband met het langlevensrisico.<sup>[104.]</sup>

4.112

Ook deze klacht faalt. Uit de stellingen van FrieslandCampina blijkt dat de storting is gedaan in het indexatiedepot van Avéro Achmea. Het middel wil ingang doen vinden dat hieruit niet volgt dat de betaling is gedaan in het kader van toeslagverlening. Dat kan zo zijn, maar dat staat los van de vraag of de betaling ten goede is gekomen aan de toeslagverlening van de bij Avéro Achmea aangesloten (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. In dat verband heeft het hof kennelijk uit de gedingstukken afgeleid dat de storting in het indexatiedepot ten goede kwam aan de toeslagverlening. In die context moet ook de verwijzing door het hof naar de memorie van antwoord onder 8.4.4 worden gelezen, waarin FrieslandCampina bevestigt dat de betaling van € 64 miljoen in het indexatiedepot is gedaan. Bovendien heeft het hof in rov. 2.18 kennelijk aan zijn oordeel ten grondslag gelegd, onder verwijzing naar een memorandum aan de Centrale Ondernemingsraad van FrieslandCampina, dat de betaling van € 64 miljoen in een gesepareerd toeslagendepot zou worden gestort “*waaruit de indexatie kan worden gefinancierd*”. In dat licht acht ik het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.

4.113

*Onderdeel 4.4* bevat enkele overige motiveringsklachten.<sup>[105.]</sup>

4.114

Onder 4.4.1 richt het middel zich tegen rov. 5.1 en 8.5 van het bestreden arrest, waaruit volgt dat FrieslandCampina de UVO heeft opgezegd zonder SPC een schadevergoeding aan te bieden. Dat is onbegrijpelijk nu, zo ook het hof onderkent in rov. 2.14, FrieslandCampina diverse voorstellen voor een carve-out heeft gedaan en daarbij aanvullende vergoedingen heeft aangeboden. Niet valt in te zien waarom dat niet gezien moet worden als een aanbod tot schadevergoeding.

4.115

De klacht faalt. Niet onbegrijpelijk vind ik dat het hof in het voorstel voor de carve-out (in de periode 2011-2013) dat aan de opzegging van de UVO 2010 voorafging niet een aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding in verband met die opzegging heeft gezien. De carve-out en de gevolgen van opzegging van de UVO 2010 staan immers los van elkaar. Dat een carve-out een gunstig effect op de dekkingsgraad zou hebben maakt dit niet anders en doet aan de begrijpelijkheid van genoemd oordeel niet af.

4.116

Onder 4.4.2 klaagt het middel dat het hof een essentiële stelling onbesproken heeft gelaten. Die stelling is dat er geen schadevergoedingsplicht bestaat omdat FrieslandCampina tijdens de looptijd van de UVO 2010 geen premieplicht had. Er was immers slechts sprake van een voorwaardelijke toeslagverlening en pensioenrechten werden uit beleggingsrendementen gefinancierd (art. 8 UVO). FrieslandCampina kan jegens SPC geen zwaardere betalingsverplichtingen hebben ná beëindiging van de UVO dan tijdens de looptijd daarvan, aldus het middel.

4.117

Zie ik het goed dan heeft het hof deze stelling besproken in rov. 8.6, waar wordt geoordeeld dat in de UVO 2010 een afwijkende afspraak over de financiering van indexaties was opgenomen, maar dat dit geen afbreuk kan doen aan de tussen werkgever en werknemer geldende indexeringsambitie, waarbij toegepaste indexaties

uit premie zouden worden gefinancierd. Dat het aannemen van een verplichting tot het aanbieden van een (schade)vergoeding een situatie creëert waarin FrieslandCampina jegens SPC zwaardere betalingsverplichtingen heeft ná beëindiging van de UVO dan daarvoor kan - daargelaten of die situatie zich werkelijk voordoet - evenmin tot een ander oordeel leiden. Mij lijkt dit mogelijke gevolg inherent te zijn aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

4.118

Onder 4.4.3 richt het middel zich tegen het oordeel dat FrieslandCampina geen cent heeft bijgedragen. Dat oordeel acht FrieslandCampina onbegrijpelijk nu zij het volgende heeft betaald: (i) een beëindigingsvergoeding van € 20,2 miljoen, (ii) € 42 miljoen op basis van de vaststellingsovereenkomst en (iii) € 77 miljoen aan herstelbetalingen. Daar komt bij (iv) dat zij SPC carve-out voorstellen heeft gedaan met aanvullende vergoedingen die een positief effect zouden hebben gehad op de ontwikkeling van de dekkingsgraad van SPC.

4.119

De klacht faalt. De krachtig klinkende overweging van het hof dat FrieslandCampina “ *geen cent heeft bijgedragen*” is onderdeel van de motivering op grond waarvan het hof oordeelt dat FrieslandCampina zich diende te bekommeren om de waardevastheid van de pensioenrechten en -aanspraken bij SPC en om het verschil in indexaties tussen de twee groepen (ex-)werknemers. Nu het daaraan heeft geschort heeft het hof geoordeeld dat FrieslandCampina eind 2013 de UVO 2010 niet mocht opzeggen zonder het aanbieden van een schadevergoeding. Daar doet er niet aan af dat zij overigens wel (aanzienlijke) betalingen heeft gedaan.

4.120

Uit het vorenstaande volgt dat ook onderdeel 4 in zijn geheel faalt.

## Onderdeel 5 - eigen schuld

4.121

*Onderdeel 5.1* betoogt dat de verwerping in rov. 9.1 van het eigen schuld-verweer van FrieslandCampina niet met redenen omkleed is. Het hof heeft immers in het midden gelaten of de stelling van FrieslandCampina juist is dat een carve-out een gunstig effect op de dekkingsgraad zou hebben gehad. Dit staat als hypothetisch feitelijke grondslag vast, zodat er ook van moet worden uitgegaan dat een carve-out een zodanig voldoende gunstig effect zou hebben gehad op de dekkingsgraad wat het indexatieperspectief van inactieven bevordert, althans kan bevorderen. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom het hof heeft gemeend dat die gevolgen voor de inactieven aan een acceptatie van de carve-out in de weg stonden, nu het hof niet heeft vastgesteld dat aanvaarding van de carve-out voor inactieven nadelig was. De overweging van het hof dat de aanvullende betalingen in het kader van een carve-out niet zagen op betaling aan SPC ten behoeve van het indexatieperspectief van de achterblijvende inactieven maakt dat niet anders, nu daaruit evenmin blijkt dat acceptatie van de voorstellen voor een carve-out nadelig voor de inactieven was.

4.122

*Onderdeel 5.2* bevat een motiveringsklacht tegen rov. 9.1 waarin het hof zonder enige motivering is voorbij gegaan aan het relevante aanvullend bewijsaanbod van FrieslandCampina bij pleidooi in hoger beroep.

4.123

Een geslaagd beroep op art. 6:101 BW vereist dat (i) er een causaal verband bestaat tussen de schade en een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde, (ii) welke omstandigheid de benadeelde kan worden toegerekend. Als aan vereisten (i) en (ii) is voldaan wordt de vergoedingsplicht verminderd (a) door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot schade hebben bijgedragen, met (b) een eventuele correctie naar billijkheid.<sup>[106.]</sup> De vereisten onder (i) en (ii) worden ook wel de ‘entreetoets’ genoemd. <sup>[107.]</sup> Dit zijn toepassingsvoorwaarden voor art. 6:101 BW. De omstandigheden onder (a) en (b) strekken tot bepaling van het bedrag dat in mindering op de schadevergoedingsplicht komt.

4.124

Zie ik het goed, dan is de argumentatie van FrieslandCampina als volgt. De schade als gevolg van de opzegging van de UVO 2010 is gemist indexatieperspectief. Die schade, zo heeft het hof geoordeeld, is het gevolg van de opzegging van de UVO 2010 omdat daardoor herstel van het eigen vermogen van SPC is

vertraagd. Die schade is groter dan ze had kunnen zijn als SPC in 2011-2013 het voorstel voor een carve-out had aanvaard.

4.125

In rov. 9.1 oordeelt het hof dat “ *gesteld noch gebleken is dat geen redelijk handelend ondernemingspensioenfonds in dezelfde omstandigheden het aanbod van FrieslandCampina c.s. zou hebben afgewezen*”. Het hof past hier element (ii) van de genoemde entree-toets toe. De benadeelde moet kunnen worden aangerekend dat hij zich anders heeft gedragen dan een redelijk mens onder de gegeven omstandigheden met het oog op zijn eigen belang zou hebben gedaan.<sup>[108.]</sup> De toepassing van die maatstaf stelt het middel niet ter discussie.

4.126

Naar ik begrijp spraken FrieslandCampina en SPC al sinds 2011 met elkaar over de toekomst van de pensioenuitvoering door SPC en heeft FrieslandCampina in dat verband een voorstel gedaan voor een carve-out (de collectieve waardeoverdracht van de pensioenaanspraken van enkel de actieven, met achterlating van opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van de inactieven). SPC heeft de effecten van dat voorstel op het pensioenvermogen beoordeeld, en geconstateerd dat het voorstel een negatieve impact zou hebben op het indexatieperspectief van de inactieven. Ik maak uit de gedingstukken op dat kennelijk ook FrieslandCampina beducht was voor verslechtering van de positie van de inactieven bij SPC als gevolg van de carve-out en dat ook zij streefde naar een situatie waarbij geen enkele groep nadeel zou ondervinden van de carve-out.<sup>[109.]</sup> Voorts begrijp ik het zo dat de onderhandelingen met name stuk zijn gelopen op verschil van inzicht over de wijze waarop aan dit uitgangspunt het beste invulling kon worden gegeven. Kennelijk heeft FrieslandCampina ook een voorstel gedaan tot betaling van € 150 miljoen als duurzame oplossing voor de financiële situatie van SPC. SPC heeft op haar beurt een alternatief voorstel gedaan voor een buy-out (de collectieve waardeoverdracht van *alle* bij SPC opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken aan een pensioenverzekeraar). Dit voorstel had een financiële waarde van € 240 miljoen. Partijen hebben in 2013 geprobeerd de kloof tussen deze bedragen te overbruggen, maar zonder succes.

4.127

Ik constateer dat SPC in de onderhandelingen met FrieslandCampina heeft ingezet op de buy-out, vanuit de gedachte dat zij daarmee de door haar te behartigen belangen het beste diende. Een carve-out zou op de inactieven een (te) grote impact hebben, waarbij ook FrieslandCampina kennelijk het uitgangspunt deelde dat inactieven als gevolg van de carve-out geen nadeel mochten ondervinden. In het licht daarvan kan niet worden gezegd dat geen redelijk handelend ondernemingspensioenfonds onder dezelfde omstandigheden het voorstel voor de carve-out had afgewezen. Naar mijn mening is het aangevochten oordeel van het hof dan ook niet onbegrijpelijk. Daaruit volgt dat het hof aan het bewijsaanbod van FrieslandCampina voorbij mocht gaan.

4.128

Ik moet zeggen dat het betoog van FrieslandCampina op dit punt wel wat weg heeft van ‘kop ik win, munt jij verliest’. Óf SPC accepteerde het voorstel voor de carve-out, óf een eventuele vergoeding moet naderhand met eigen schuld worden verminderd omdat SPC ook de carve-out had kunnen aanvaarden. Ik vind het goed te billijken dat het hof hier niet in mee is gegaan.

## Onderdeel 6 - voortbouwklacht

4.129

Onderdeel 6 is een voortbouwklacht die faalt gelet op het voorgaande.

## 5. Bespreking van het middel in het incidentele beroep

5.1

Het incidenteel cassatiemiddel bevat één onderdeel dat zich richt tegen rov. 10 van het bestreden arrest. Daar oordeelt het hof dat FrieslandCampina niet gehouden is schade te vergoeden die het gevolg is van het zonder nadere vergoeding sluiten van de pensioenregeling met SPC voor nieuwe deelnemers per 1 januari 2009. In



het verlengde hiervan beperkt het hof de verklaring voor recht dan ook tot onrechtmatigheid in verband met de beëindiging van de UVO 2010 door opzegging per 1 januari 2015.

## 5.2

*Onderdeel 2.1* betoogt dat het hof de stellingen van SPC verkeerd heeft uitgelegd. Als het hof de stellingen van SPC aldus heeft opgevat dat sluiting van de pensioenregeling *op zichzelf* onrechtmatig was, is dit *onbegrijpelijk*. De stellingen van SPC laten zich namelijk niet anders uitleggen dan dat de sluiting van de pensioenregeling voor nieuwe deelnemers terwijl SPC zich in een herstelsituatie bevond, een van de omstandigheden is die maakt dat FrieslandCampina onrechtmatig heeft gehandeld door de UVO 2010 op te zeggen.

## 5.3

*Onderdeel 2.2* valt het oordeel aan dat de financiële gevolgen voor sluiting van de pensioenregeling voor nieuwe deelnemers is geregeld in de UVO 2010 omdat bij het aangaan daarvan die sluiting bekend was. Dit zou onbegrijpelijk omdat uit die bekendheid niet noodzakelijkerwijs volgt dat de financiële gevolgen daarvan in de UVO zijn geregeld.

## 5.4

Volgens *onderdeel 2.3* heeft het hof bovendien art. 24 Rv geschonden. FrieslandCampina heeft niet gesteld, noch aan haar verweer ten grondslag gelegd, dat de financiële gevolgen van de sluiting van de regeling in 2009 in de UVO 2010 waren geregeld.

## 5.5

Als het wel in de UVO 2010 is verdisconteerd, dan is het onverenigbaar met rov. 6.4 van het bestreden arrest over de reikwijdte van art. 10 UVO 2010, nu dat artikel volgens het hof enkel ziet op uitvoeringskosten, zo klaagt *onderdeel 2.4*.

## 5.6

*Onderdeel 2.5* houdt voor onbegrijpelijk het oordeel dat sluiting van de pensioenregeling voor nieuwe deelnemers geen rol speelt bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding. Als de financiële gevolgen van de sluiting niet in de UVO zijn geregeld, dan is onbegrijpelijk dat of waarom de financiële gevolgen niet zouden kunnen dan wel behoren te worden betrokken bij het bepalen van de schadevergoeding, zeker nu het hof in rov. 7.3 overweegt dat de verslechtering van het indexeringsperspectief temeer klemmt omdat het perspectief ook al door sluiting van de pensioenregeling in 2009 onder druk was komen te staan. Daarmee acht het hof de financiële gevolgen van de sluiting kennelijk wel relevant.

## 5.7

Ik begin de bespreking met onderdeel 2.5. Ik stel voorop dat de sluiting van de pensioenregeling in 2009 niet leidde tot de opzegging van de destijds geldende UVO. De door het hof aangenomen grondslag voor de verplichting tot het aanbieden van een (schade)vergoeding - namelijk de gevolgen van de opzegging van duurovereenkomsten - mist bij beëindiging van die eerdere pensioenregeling dan ook toepassing.

## 5.8

Het hof heeft in het dictum voor recht verklaard dat FrieslandCampina onrechtmatig heeft gehandeld door de UVO 2010 op te zeggen met ingang van 1 januari 2015 zonder een redelijke vergoeding aan te bieden.

Hiermee is in lijn dat onderdeel 2.1 tot uitgangspunt neemt dat de sluiting van de pensioenregeling op zichzelf *niet* onrechtmatig was, maar enkel een van de omstandigheden vormde waarom de *opzegging* van de UVO 2010 gepaard diende te gaan met een (schade)vergoeding. Het middel tracht kennelijk in de onrechtmatigbevinding van de opzegging van de UVO 2010 per 1 januari 2015 een haakje te vinden om schade als gevolg van de sluiting van de pensioenregeling in deze procedure (en mogelijk hierna in een eventuele schadestaatprocedure) mee te nemen. Maar de beëindiging van die pensioenregeling was naar de stellingen van SPC zelf niet onrechtmatig. Niet valt dan in te zien waarom die kennelijk in onderdeel 2.1 rechtmatig geachte beëindiging van de pensioenregeling in 2009, een grondslag zou kunnen bieden voor het vergoeden van de gevolgen daarvan enkel omdat de opzegging van de UVO 2010 per 1 januari 2015 met het aanbod tot betaling van (schade)vergoeding gepaard diende te gaan.

## 5.9

De overige onderdelen falen in dit voetspoor.

## Slotsom

### 5.10

Nu zowel het principale als het incidentele middel faalt kan het bestreden arrest in stand kan blijven.

## 6. Conclusie

De conclusie strekt in zowel het principaal als het incidenteel cassatieberoep tot verwerping.

## Noot

**Auteur:** prof. mr. J.M. van Slooten

Dit arrest betreft het cassatieverzoek tegen de beslissing van het Hof Den Haag d.d. 9 februari 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:136, *PJ* 2021/34 m.nt. T. Huijg). De Hoge Raad laat dat arrest in stand en doet dat op basis van art. 81 lid 1 RO. Hoewel het arrest zelf dus geen nieuwe inzichten biedt, bevat de conclusie van A-G Drijber (18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:259) een aantal interessante elementen die ik hieronder benoem.

## 1. Inleiding

De zaak gaat over de vraag of FC (schade)vergoeding verschuldigd is wegens het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds SPC. Het hof had geoordeeld dat FC onrechtmatig had gehandeld door in strijd met de redelijkheid en billijkheid de UO op te zeggen zonder daarbij een redelijke vergoeding aan te bieden. Daartoe overweegt het hof kort gezegd dat er een leemte in de UO is, waardoor er ruimte was om een dergelijke vergoeding op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid toe te kennen. Het hof zag twee omstandigheden die toekenning van een (schade)vergoeding rechtvaardigen. Ten eerste hield de pensioenovereenkomst een indexatieambitie in en de indexatietoezegging zou uit de premie worden gefinancierd. Die premiebetaling hield op bij het einde van de UO en dat had dus gevolgen voor de indexatie. Volgens het hof was FC “als goed werkgever gehouden zich bij de opzegging van de UO te bekommeren om de waardevastheid van het pensioen van de inactieven.”

Ten tweede heeft FC een groot verschil in indexaties tussen twee bloedgroepen (oud Campina- en oud Frieslandmedewerkers) laten ontstaan en in stand gelaten, terwijl beide groepen onder dezelfde pensioenregeling vallen. Daarbij komt dat FC aan de pensioenuitvoerder van de oud Friesland-medewerkers een aanzienlijk bedrag heeft betaald, maar dit niet heeft betaald aan SPC, dat de pensioenregeling van de oud Campina-medewerkers uitvoert. Zij heeft zich volgens het hof “geen goed werkgever getoond door jegens SPC de hand op de knip te houden en geen cent bij te dragen.”

## 2. De rol van het goed werkgeverschap

De A-G verheldert hoe de passages in het arrest van het hof over het goed werkgeverschap gezien moeten worden. Het betreft hier een vordering van een pensioenfonds wegens opzegging. Daarop is het Alcatel-arrest van toepassing (HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134). Dit houdt kort gezegd in dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een opzegging onrechtmatig is wanneer geen (schade)vergoeding wordt voldaan. De Hoge raad heeft daarbij overwogen: “Daarbij zal onder meer gewicht kunnen toekomen aan de aard van de betrokken belangen, aan de omstandigheid dat in art. 25 lid 1, aanhef en onder h, PW, voor andere pensioenuitvoerders dan een ondernemingspensioenfonds, het belang is onderkend dat is voorzien in voorwaarden die gelden bij de beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst, aan eventuele maatregelen die aan het betrokken pensioenfonds zijn opgelegd (zoals de verplichting in verband met een herstelplan of de verplichting tot waardeoverdracht van hetgeen na opzegging resteert), *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).*”

Aan de onderstreepte passage ontleent de A-G de plicht om *mede* de belangen van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in acht te nemen. De relatie tussen een werkgever en een pensioenfonds is geen arbeidsovereenkomst en dus heeft FC geen rechtstreekse verplichtingen jegens SPC op grond van het goed werkgeverschap. Maar de rechter mag wel bij de toepassing van de Alcateltoets rekening houden met de omstandigheid dat de werkgever jegens (ex-)werknemers dergelijke verplichtingen heeft geschonden. De rechter moet immers met alle omstandigheden rekening houden en dus ook met die van derden. Op deze enigszins indirecte manier speelt het goed werkgeverschap dus een rol bij de toetsing van een UO-opzegging. Dat is geen marginale toets en ook geen volle toets (randnr. 4.101).

Het hof heeft overigens niet alleen naar het goed werkgeverschap gekeken maar naar alle omstandigheden. De A-G ontwaart in het arrest van het hof ook een toepassing van het arrest Vleesmeesters/Alog (HR 24 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9069). Daarin is 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 en de A-G stelt vast dat het hof, naast de toetsing van het goed werkgeverschap, die bij zijn beoordeling heeft betrokken (zie randnummers 4.105-106).

Zo bezien zijn dus bij een zaak over opzegging van een UO drie toetsingskaders tegelijkertijd aan de orde: het Alcatel-arrest, art. 7:611 en het Vleesmeesters/Alog-kader.

## 3. (Schade)vergoeding wegens gemis aan indexatieperspectief

Het goed werkgeverschap is dus geen zelfstandige grondslag voor toewijzing van de vordering, maar een omstandigheid die wordt meegewogen. Men kan dus ook niet uit deze zaak concluderen dat een werkgever altijd een vergoeding moet betalen wegens het gemis aan indexatieperspectief en zelfs niet dat het beperken van dat perspectief perse in strijd met het goed werkgeverschap is. Hetzelfde geldt voor de situatie dat groepen verschillend worden behandeld (dat blijkt ook uit het Euronext-arrest; HR 23 september 2022; ECLI:NL:HR:2022:1267). Deze vragen zijn afhankelijk van allerlei omstandigheden. De A-G acht het niet onbegrijpelijk dat het hof in deze zaak oordeelde dat het indexatieperspectief was geschonden. Hij wijst er ook nog op het Hof niet heeft geoordeeld dat FC dezelfde indexaties moet geven als de oud Friesland medewerkers hebben gekregen. Het gaat er slechts om dat het perspectief wordt hersteld (randnr. 4.109).

Het blijft een beetje wennen dat het woord indexatieperspectief zo langzamerhand wel is ingeburgerd. Zowel in deze zaak als in de Euronext-zaak wordt die term gebezigd zonder dat er iemand principiële problemen mee heeft. Men zou kunnen stellen dat de term niet goed werkbaar is: of er gelden voorwaarden en dan bepalen die mede het perspectief of de indexatie is onvoorwaardelijk en dan heeft het woord indexatieperspectief geen

toegevoegde waarde. De term kan echter nuttig zijn om tot uitdrukking te brengen of de werkgever in het licht van alle omstandigheden en/of in het licht van het goed werkgeverschap toerekenbaar tekort is geschoten door dat perspectief te verminderen.

Ook waardevol is dat de A-G het woord 'schadevergoeding' relativeert (randnr. 4.9). De Hoge Raad heeft het woord schade in '(schade)vergoeding' tussen haakjes geplaatst. Daardoor is er ook de mogelijkheid om andere posten die niet in een klassiek schadebegrip zijn te vatten voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Hij noemt geen voorbeelden in de pensioencontext die hierbij passen. Ik kan mij voorstellen dat het woord vergoeding de rechter de ruimte geeft om een schadevergoeding ex aequo et bono toe te kennen. Dus niet een tot achter de komma berekend bedrag maar een afgerond billijk bedrag. De diverse (schade)posten worden door de A-G genoemd en beoordeeld op de vraag of zij voor vergoeding in aanmerking komen; zie randnrs. 4.26-4.29.

Tenslotte wijs ik op enkele passages waarin de A-G de grondslag van de vergoeding nog wat meer in pensioenrechtelijk perspectief plaatst. Daar waar buiten het pensioenrecht de vergoeding veelal ziet op het verzachten van de transitie naar een nieuwe contractpartij is dat bij ondernemingspensioenfondsen niet aan de orde. Bovendien vindt er na opzegging - anders dan bij de "klassieke" duurovereenkomst - niet automatisch een ontvlechting plaats van de relaties tussen de partijen (randnrs. 4.23-24). Terecht wijst hij ook op het feit dat het ondernemingspensioenfonds geen commerciële partij is maar voor zijn financiering in de eerste plaats afhankelijk van de door de werkgever betaalde premies.

#### **4. Kan een pensioenfonds namens deelnemers vorderen?**

FC had ook nog aangevoerd dat SPC geen schade had geleden wegens gemist indexatieperspectief. De A-G maakt daar, onder verwijzing naar het Alcatel-arrest korte metten mee: "Als die stelling zou worden aanvaard dan heeft SPC strikt genomen bij vrijwel geen enkele financiële vergoeding belang aangezien haar *raison d'être* is gelegen in het beheer van aan anderen toekomende pensioenrechten en -aanspraken." (randnr. 4.71) Daarmee geeft de A-G ook een reactie op de kritiek die Huijg in zijn noot bij het arrest van het hof geformuleerd (zie *PJ* 2021/34). Die hield in dat het SPC en de postactieven te veel met elkaar werden vereenzelvigd. Wat de A-G betreft is die vereenzelving dus toegestaan.

#### **5. Bevat de UO een leemte?**

Het hof kon alleen oordelen dat een (schade)vergoeding verschuldigd was omdat er ruimte was voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daartoe is nodig dat de UO een leemte bevat; anders is er niets aan te vullen. In cassatie ging het onder meer over de vraag of het hof terecht had geoordeeld dat die leemte er was. Of een overeenkomst een leemte bevat, is een uitlegvraag. Hier kon het hof volgens de A-G oordelen dat die ruimte er was. De A-G wijst erop dat partijen soms bewust een onderwerp ongeregeld laten. Hij stelt dat het "in essentie gaat om de vraag of ter zake van een onderdeel van de overeenkomst - iets dat is geregeld of juist ongeregeld is gelaten - geen wilsovereenstemming bestaat." (randnr. 4.37). Het is goed om deze voorvraag in het achterhoofd te houden bij de beoordeling van een opzeggingscasus. Bovendien laat dat zien dat partijen een discussie over de verschuldigdheid van aanvullende schadevergoeding kunnen vermijden door duidelijk af te spreken dat die niet verschuldigd zal zijn.

---

#### **Voetnoten**

[1.] 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.

[2.] Vergelijk het arrest van het hof van onder 2.

- [3.] De term 'langlevenrisico' ziet op het financiële risico dat de levensverwachting van deelnemers stijgt. Als de gepensioneerde langer leeft dan ingeschat moet meer pensioen worden uitgekeerd dan vooraf op basis van sterftetafels was verwacht.
- [4.] FrieslandCampina Riedel B.V. heeft op 23 december 2013 eveneens de UVO opgezegd per 1 januari 2015.
- [5.] Het op basis van de Pensioenwet vereist eigen vermogen (VEV) bedroeg destijds 113,7% aan welk wettelijk minimum SPC dus niet voldeed.
- [6.] Productie 4 SPC.
- [7.] Productie 1 FrieslandCampina.
- [8.] Productie 62 SPC.
- [9.] Rb. Rotterdam (Ktr.) 3 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3875, *PJ* 2019/73, met aantekening V. Gerlach.
- [10.] Hof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136, *PJ* 2021/34, m.nt. T. Huijg.
- [11.] FrieslandCampina Nederland B.V. treedt in cassatie voor zichzelf op, alsmede in de hoedanigheid van rechtsopvolgster onder algemene titel van FrieslandCampina Riedel B.V. Laatstgenoemde was in de procedure bij het hof nog zelfstandige procespartij.
- [12.] Het arrest is gewezen op 9 februari 2021. De cassatietermijn bedraagt ingevolge art. 402 lid 1 Rv drie maanden. Omdat 9 mei 2021 op een zondag viel, is het cassatieberoep ingevolge art. 1 Algemene termijnenwet op 10 mei 2021 alsnog tijdig ingesteld.
- [13.] Zie over de 'pensioendriehoek' o.a. M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 131-132). Zie ook recent HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:163, rov. 3.2.
- [14.] Art. 25 lid 1, aanhef en onder h, Pw bepaalt dat een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenverzekeraar, premiepensioeninstelling of algemeen pensioenfonds voorwaarden voor beëindiging moet bevatten, maar dit voorschrift is niet van toepassing op een ondernemingspensioenfonds. Ook buiten de Pensioenwet zijn weinig voorschriften te vinden. De uitvoeringsovereenkomst vormt doorgaans ook een verzekeringsovereenkomst (M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 180-181). Dat betekent dat Titel 7.17 BW ook van toepassing is, zij het gelet op art. 5 Pw niet volledig. Art. 7:940 BW voorziet in bevoegdheden tot opzegging van de verzekeringsovereenkomst voor zowel de verzekeringnemer als (in mindere mate) de verzekeraar.
- [15.] C. Donner-Broersma, P. Kuijper & M. Vis, 'Opzeggen uitvoeringsovereenkomst', in: *Het verweesde pensioenfonds, en nu?*, Den Haag: Sdu 2013, p. 23-24. Ik merk op dat art. 26 en 27 Pw wel betalingsverplichtingen bevatten ten aanzien van reeds verschuldigde premies, maar dat die niet zijn toegesneden op het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst.
- [16.] Dit is bevestigd in het *Alcatel*-arrest (rov. 4.4.2), maar werd al daarvoor in de literatuur aangenomen (zie bijv. T. Huijg & J.M. van Slooten, 'De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst', *TPV* 2013/22, par 2.2 en de aldaar aangehaalde bronnen).
- [17.] Zie HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*De Ronde Venen/Stedin*), HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1280 (*Stichting Berregratte*), HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*), HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat*), HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Stichting Alcatel-Lucent Pensioenfonds*), HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Golden Earring*), HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio*) en HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Gemeente Voorst / Alliander*).



[18.] Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-III 2018/408 e.v., P. Abas, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Oisterwijk: Wolf 2018, N. de Boer, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: de stand van zaken', *ORP* 2019/7, en A. van Duijn-Koopman & E.J. van de Pas, 'Opzegging van duurovereenkomsten en de redelijkheid en billijkheid. Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98, *Contracteren* 2018/3,

[19.] Vgl. conclusie A-G- Kokott, ECLI:EU:C:2017:351, vóór HvJEU 25 oktober 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, onder 4 (*Polbud*) en de aldaar door haar aangehaalde Duitse komiek Karl Valentin.

[20.] HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98 (*Goglio*).

[21.] Vgl. schriftelijke toelichting SPC, onder 3.2.2.

[22.] Zie bijv. E.C. Beekman, 'Het aanbod tot (schade)vergoeding bij een regelmatig einde van duurovereenkomsten', *ORP* 2015/194 en de aldaar aangehaalde bronnen, en H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2017, p. 52.

[23.] Dit is bevestigd in HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, rov. 3.6.2 (*De Ronde Venen/Stedin*). Daar lijkt de Hoge Raad voort te borduren op HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291, *NJ* 1991/742, m.nt. P.A. Stein (*Mattel/Borka*). Valk noemt dit dan ook een variant op de lijn die de Hoge Raad met het arrest *Mattel/Borka* heeft ingezet (W.L. Valk, 'Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente/SNU en Stedin', *NTBR* 2012/25, par. 6)

[24.] Dit is bevestigd in HR 16 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, rov. 3.7 (*Auping/Beverlaap*).

[25.] Zie rov. 3.5.1 van het arrest *Ronde Venen*, rov. 3.6 van het arrest *Auping/Beverlaap*, rov. 4.4.3 van het arrest *Alcatel* en rov. 3.6.2 van het arrest *Goglio*.

[26.] Noot T.F.E. Tjong Tjin Tai bij het arrest *De Ronde Venen/Stedin*, *NJ* 2012/685.

[27.] C.E. Drion, 'Drafting tips & skills: Beëindiging van contracten en beëindigingsbepalingen', *ORP* 2018/172, voetnoot 12.

[28.] M. Wallart, 'De opzegtermijn voor de (onbenoemde) duurovereenkomst voor onbepaalde tijd', *ORP* 2021/164, voetnoot 25.

[29.] H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2017, p. 52.

[30.] Noot T.F.E. Tjong Tjin Tai bij het arrest *De Ronde Venen/Stedin*, *NJ* 2012/685.

[31.] Voor de pensioenverzekeraar, de premiepensioeninstelling, het bedrijfstakpensioenfonds en het algemeen pensioenfonds gelden veelal andere regels.

[32.] B.P. van der Graaf, 'Onderneming, pensioenregeling en verslaglegging', *TFR* 2014/7-8, p. 285, en R.H. Maatman & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Financieel toezicht op grond van de pensioenwet', in: M.P. Nieuwe Weme & D. Busch, *Cristels Koers*, Deventer: Kluwer 2013, par. 33.8.

[33.] Vgl. M.B. De Haas, *Pensioenfondsen in zwaar weer: een onderzoek naar de huidige problemen bij Nederlandse pensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37-39.

[34.] Een belangrijke reden hiervoor is dat pensioenverzekeraars, in tegenstelling tot ondernemingspensioenfondsen, niet mogen korten.

[35.] T. Huijg & P.G. Vestering, 'De-risiken door aanpassing van de pensioenregeling', *TFR* 2014/7-8, p. 297-298.

[36.] Zie het reeds genoemde arrest HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *PJ* 2016/01, m.nt. E. Lutjens

(Alcatel). Zie ook Rb. Amsterdam 14 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9415, *PJ* 2016/35 (*Plukon*), waarin een uitvoeringsovereenkomst na afloop van de contractstermijn niet was verlengd door werkgever Plukon. Hierop zijn pensioenaanspraken gekort en besloot het pensioenfonds over te gaan tot liquidatie met overdracht van alle opgebouwde pensioenaanspraken. Het pensioenfonds vorderde schadevergoeding in verband met de voor collectieve waardeoverdracht te betalen koopsom voor een buffertekort. De werkgever meende dat zij op basis van de uitvoeringsovereenkomst niet gehouden was tot betaling. De kantonrechter wees de vordering van het pensioenfonds af en achtte het beroep op de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Zie verder Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1451, *PJ* 2014/67, m.nt. H.P. Breuker (*Boskalis*). Die zaak ging om een overgang van onderneming. Na de overgang namen de overgenomen werknemers deel in het pensioenfonds van Boskalis. Het pensioenfonds waar de werknemers vóór de overgang in deelnamen stelde de voormalige (Smit) en huidige (Boskalis) werkgever aansprakelijk ter zake van onder meer bijstortingsverplichtingen, uitvoerings- en liquidatiekosten. De kantonrechter oordeelde dat de werkgevers de bijstortingsverplichtingen moesten nakomen nu die waren opgenomen in een vaststellingsovereenkomst die was gesloten in verband met een herstelplan. Ook een vergoeding voor uitvoeringskosten wees de kantonrechter toe. Een vordering tot betaling van gemist fondsrendement wees de kantonrechter af. Een vergoeding voor indexatiekosten wees de kantonrechter af omdat anders, in essentie, voorwaardelijke indexatie in een onvoorwaardelijke indexatieregeling wordt gevormd. Zie tot slot hof Den Haag, 11 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2120, *PJ* 2015/137, m.nt. B. Degelink.

[37.] [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), p. 83, en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 113, p. 19.

[38.] [Kamerstukken II 2013/14, 33 972, nr. 3](#), p. 15.

[39.] Zie <https://www.dnb.nl/actuele-economische-vraagstukken/pensioen/ons-pensioenstelsel-nu/dekkingsgraad/>.

[40.] M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 408-409.

[41.] [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 3](#), p. 86.

[42.] M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 421.

[43.] M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 411 e.v.

[44.] Vóór de inwerkingtreding van de Wet aanpassing financieel toetsingskader (*Stb.* 2014, 567) kende de Pensioenwet een onderscheid tussen langetermijn- en kortetermijnherstelplannen. Het kortetermijnherstelplan zag op het herstel van een dekkingstekort (dekkingsgraad < 105%) en het langetermijnherstelplan zag op het herstel van een reservetekort (dekkingsgraad tussen 105-126%).

[45.] [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), p. 90.

[46.] Vgl. M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 408-409.

[47.] *Asser/Houben* 7-X 2019/30 wijst op een zekere reciprociteit van de belangen van partijen. Partijen zijn er niet enkel op uit voor zichzelf het onderste uit de kan te halen. De goede uitvoering van de duurovereenkomst strekt in hun beider voordeel.

[48.] Uitzonderingen hierop zijn zeldzaam maar komen wel voor. Zo was in de Euronext-zaak (zie mijn conclusie van 5 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1042) een ondernemingspensioenfonds (Stichting Pensioenfonds Mercurius Amsterdam) aan de orde waarbij meerdere werkgevers aangesloten zijn geweest.

[49.] Ook overigens blijft de relatie tussen werkgever en werknemer doorlopen na het eind van het dienstverband. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, rov. 5.1, *NJ* 2014/67, m.nt. E. Lutjens (*ECN/Omen*): “ *Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. In*

*dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst.”*

[50.] Pensioenfondsen nemen bovendien de vorm aan van stichtingen (art. 1 Pw, definitie pensioenfonds), die geen winstoogmerk hebben.

[51.] Vgl. Conclusie A-G Timmerman, vóór het *Alcatel*-arrest, ECLI:NL:PHR:2016:48, onder 3.10-3.11 en 3.13

[52.] Vgl. M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 175 waar hij, ten aanzien van pensioenverzekeraars, premie pensioeninstellingen, of algemene pensioenfondsen schrijft, dat na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst logischerwijs geen pensioenpremies voor toekomstige pensioenopbouw zijn verschuldigd.

[53.] Vgl. Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1451, rov. 4.6-4.7, *PJ* 2014/67, m.nt. H.P. Breuker.

[54.] 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.

[55.] Schriftelijke toelichting Friesland-Campina, onder 89-91.

[56.] *Asser/Sieburgh6-III* 2018/403, P.S. Bakker, *Contractsuitleg*, Nijmegen: AA 2021, p. 22, A. Hendriks, ‘Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels Recht, in: *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2016, p. 155 e.v., en H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2017 p. 31. Ik teken aan dat het onderscheid tussen enerzijds uitleg van een overeenkomst en anderzijds de aanvulling van leemtes via de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, in de praktijk minder principieel wordt benaderd dan in de literatuur soms wordt gesuggereerd. Uitleg en aanvulling vindt veelal in één vloeiende beweging plaats zonder dat de rechter deze fasen uitdrukkelijk onderscheidt (vgl. noot J.B.M. Vranken in *NJ* 2014/415, onder 9, bij HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749 (*Koersplandewegkwijt*) en W.L. Valk, ‘Uitleg in zijn verhouding tot andere bronnen van art. 6:248 BW’, in H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016*, Zutphen: Paris 2016, p. 82-83 .

[57.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 94-100.

[58.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 44-87.

[59.] Vgl. conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:1182, vóór HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2300, onder 5.4.1-5.4.2.

[60.] HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, rov. 3.4.2, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken.

[61.] Memorie van grieven SPC, onder 2.14-2.20. FrieslandCampina lijkt deze lezing over de totstandkoming van art. 10 UVO 2010 te onderschrijven, waar zij onder 3.3.5.1 van haar memorie van antwoord schrijft: “ *Met de brief van 2 november 2009 stelde SPC dat de opslag voor uitvoeringskosten van 1% te laag zou zijn. SPC noemde het percentage van 1,5 maar was bereid tot een oplossing ‘om op dit moment aan de verhoging van de opslag te ontkomen’. Die oplossing werd de extra vergoeding bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst, zoals vastgesteld in het addendum betreffende art. 10 UVO 2007’.*

[62.] Dat FrieslandCampina ook zelf uitging van de veronderstelling dat art. 10 UVO 2010 een uitputtende beëindigingsregeling kende komt mij bovendien ietwat kwestieus voor in het licht van de gesprekken die gevoerd zijn tussen haar en SPC over de afwikkeling van de UVO 2010. Zo is blijkens de gespreksverslagen van de bijeenkomst op 12 mei 2014 (productie 48 SPC) gesproken over de “ *schade door opzegging zoals o.a. schade door stopzetting van nieuwe toetreders en van pensioenopbouw*” (onderwerp C). Elfers (van FrieslandCampina) zegt tijdens deze bijeenkomst dat hij dat punt ziet “ *als gescheiden van een vergoeding*

voor uitvoeringskosten in verband met opzegging, conform artikel 10 van de uitvoeringsovereenkomst". De Ridder (ook van FrieslandCampina) onderschrijft dat dit losstaat van art. 10 UVO 2010, " dat gaat over vergoeding voor uitvoeringskosten".

[63.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 101.

[64.] Kennelijk in navolging van de arresten HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer/PontMeyer*), HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, NJ 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (*Derksen/Homburg*), en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

[65.] HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, NJ 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*).

[66.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 102-108.

[67.] 'Indexatieperspectief' is een courante maar geen wettelijke term. De Pensioenwet onderscheidt alleen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke indexatie (M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 107-108; E.M.F. Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 12). In geval van een overeengekomen voorwaardelijke indexatie duidt het 'perspectief' vooral op een economische inschatting van de waarschijnlijkheid dat aan die voorwaarden zal zijn voldaan. Dit perspectief op het in vervulling gaan van die voorwaarden is daarom geen zelfstandig recht dat kan worden afgedwongen in aanvulling op hetgeen in de pensioenovereenkomst is afgesproken omdat anders geen perspectief zou bestaan.

[68.] Vgl. in dit verband par. 2 van het EY Rapport van 17 oktober 2017 (mijn onderstreping): " Door het stopzetten van nieuwe toetreders bij SPC in 2009 vindt derving van inkomsten plaats die de financiële positie van SPC en daarmee het herstel van SPC benadelen. Deze derving bestaat uit het mislopen van (toekomstige) premies van nieuwe toetreders en de daarmee samenhangende bufferopslag (solvabiliteitsopslag), rendement op deze gemiste bufferopslagen en overrendement op de premies van nieuwe toetreders".

[69.] Productie 10 SPC.

[70.] Het op 29 april 2015 vastgestelde herstelplan van SPC (Productie 51 SPC) gaat reeds uit van de situatie waarin de UVO 2010 is opgezegd en waarin geen premie meer wordt ontvangen. In het herstelplan staat dat de beleidsdekkingsgraad tijdens de herstelperiode (2015-2026) toeneemt van 106,1% in 2015 tot 130,9% in 2026. De vereiste dekkingsgraad bedraagt voor SPC 118,3%. De verbetering van de dekkingsgraad schrijft het herstelplan met name toe aan het verwachte overrendement en de solvabiliteitsvrijval.

[71.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 111-115.

[72.] Vgl. conclusie van antwoord FrieslandCampina, onder 6.2. Overigens lees ik in de reactie van EY op het rapport van Focus Orange (Productie 62 SPC, p. 10-11) dat het effect van de solvabiliteitsvrijval op het eigen vermogen van SPC zich pas voordoet wanneer SPC eenmaal hersteld is uit de tekortsituatie.

[73.] Zulks volgt ook uit de vindplaatsen van die stellingen in het procesdossier. Vgl. pleitnota hoger beroep FrieslandCampina, onder 3.5 en 3.7: " Evenmin is het indexatieperspectief nadelig beïnvloed door de opzegging. Integendeel, dat perspectief is verbeterd door de opzegging van de UO2010. (...) Een oorzaak daarvan is de 'solvabiliteitsvrijval'. "

[74.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 116-117.

[75.] *Stb.* 2008, 314.

[76.] [Kamerstukken II 2007/08, 31 226, nr. 3](#), p. 10.

[77.] Overigens hoeft het feit dat voor inactieven geen premies meer worden betaald, niet in de weg te staan aan een doorbetalingsplicht van herstelbetalingen die gerelateerd zijn aan de reguliere premie. Zo kan



bijvoorbeeld gewerkt worden met een fictieve pensioenpremie (vgl. conclusie A-G Timmerman vóór het *Alcatel*-arrest, ECLI:NL:PHR:2016:48, onder 3.10).

[78.] *Asser/Lutjens7-XI* 2019/735.

[79.] T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Kluwer 2012, p. 36-41. Vgl. ook de uiteenzetting van A-G Wuisman, ECLI:NL:PHR:2012:BW1519, vóór HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, onder 2.5 e.v.

[80.] Vgl. in dit verband T. Hartlief (e.a.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2021, p. 310 e.v. Hartlief noemt eventuele voordelen als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis (hier de verbetering van het indexatieperspectief op de *lange* termijn) zich kan vertalen in de wijze van schadebegroting waarin, als het ware, in één keer alle voor- en nadelen worden meegenomen, en in de voordeelstoerekening.

[81.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 118-119.

[82.] In zoverre lijkt hier sprake van een wat andere situatie zoals dan aan de orde in het *GOM*-arrest van de Hoge Raad (HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, m.nt. T. Huijg). In die zaak ging het om de vraag of een werkgever ten aanzien van overgenomen werknemers een verplichting heeft om door de overdragende werkgever onbetaald gelaten premies te betalen op voet van art. 7:663 en 7:664 BW. Ook daar speelde de vraag of het bedrijfspensioenfonds waaraan de premies verschuldigd waren, betaling daarvan kon vorderen van de overnemende werkgever. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend. Het betrokken bedrijfstakpensioenfonds viel onder de Wet Bpf 2000, waarbij de bijzonderheid speelt dat (gewezen) deelnemers en gepensioneerden recht hebben op pensioen, ook als géén premie wordt afgedragen ('geen premie, wel pensioen'). Daarmee heeft de werknemer geen belang bij het instellen van een vordering tot premiebetaling tegen de werkgever. Als het pensioenfonds niet over een eigen recht zou beschikken om de verkrijgende werkgever aan te spreken tot betaling van achterstallige premies, dan is die verplichting tot betaling van achterstallige premies onvoldoende gewaarborgd. Indirect schaadt dat de belangen van de werknemers (rov. 3.11). Uit dit arrest kan niet worden afgeleid dat *ondernemingspensioenfonds*en waarvoor het adagium 'geen premie, wel pensioen' niet geldt, buiten de context van overgang van onderneming en art. 7:663 en 7:664 BW, een zelfstandig vorderingsrecht zou moeten worden gegeven ter zake van alles wat de werknemer van de werkgever heeft te vorderen.

[83.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 120-123.

[84.] De afkorting ALM staat voor Asset Liability Management.

[85.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 124-127.

[86.] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:281, rov. 3.3.5, *JBPr* 2017/33, m.nt. G.C.C. Lewin (*Sanibel/Amaggi*). Zie over de tweeconclusieregel ook Chr. F. Kroes, 'De tweeconclusieregel en beginselen van burgerlijk procesrecht', *TCR* 2018/4, par. 4.3

[87.] Inleidende dagvaarding SPC, onder 4.1 en 4.1(iii). Zie ook memorie van grieven SPC, onder 1.11: " *De vraag die in deze procedure centraal staat is of RFC, door zo te handelen in de omstandigheden van dit geval, heeft voldaan aan haar 'voortdurende verantwoordelijkheden jegens (gewezen) deelnemers', zoals de Hoge Raad in het hierna nog te bespreken Alcatel/Lucent-arrest heeft geformuleerd, alsmede heeft voldaan aan de verplichtingen volgend uit art. 7:611 Burgerlijk Wetboek en art. 58 Pensioenwet (Pw) (verplichtingen tot het in acht nemen van een gelijke behandeling van toeslagen). Daarbij geldt dat de Pw als kerndoel heeft het bieden van zekerheid aan werknemers omtrent hun pensioenaanspraken: gewaarborgd dient te zijn dat de pensioenaanspraken en -rechten van deelnemers, aanspraak- en pensioengerechtigden daadwerkelijk geëffectueerd worden.*"

[88.] Memorie van grieven SPC, onder 4.30.



[89.] Memorie van grieven SPC, onder 1.7, 1.12 en 4.1.

[90.] Ik begrijp dat FrieslandCampina met de term ‘onverplicht’ bedoeld dat zij niet gehouden was de vaststellingsovereenkomst aan te gaan.

[91.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 128-140.

[92.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 141-148.

[93.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 149-166.

[94.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 167-174.

[95.] Zie noot T. Huijg in *PJ* 2021/34.

[96.] HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, rov. 5.1, *NJ* 2014/67, m.nt. E. Lutjens (*ECN/Omen*).

[97.] Vgl. M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom 2020, p. 190-191.

[98.] HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, rov. 3.4, *NJ* 2008/587, m.nt. C.E. du Perron.

[99.] HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, rov. 3.3.2, *NJ* 2017/364, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie ook HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, rov. 3.4.2, *NJ* 2012/59.

[100.] Vgl. conclusie A-G Langemeijer 17 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:583, vóór HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1168 (81 RO), onder 2.11.

[101.] Gezichtspunt (d) lijkt wat uitdrukkelijker terug te komen in de overwegingen van het hof aangaande de onderhandelingen tussen FrieslandCampina en SPC over de toekomst van de pensioenregeling en de voorstellen die over en weer zijn gedaan voor een buy-out en een carve-out. FrieslandCampina heeft uitdrukkelijk afgezien van een buy-out omdat dit te kostbaar zou zijn, en een carve-out voorgesteld, die SPC niet heeft aanvaard. FrieslandCampina was zich hierbij bewust van de gevolgen op de indexatiemogelijkheden.

[102.] Zie art. 1 Pw dat ‘pensioenregeling’ definieert als, onder meer, “een pensioenregeling op grond van een pensioenovereenkomst”.

[103.] In dit verband heeft SPC ook een beroep gedaan op art. 58 Pw met het argument dat enige indexaties toegekend aan FrieslandFoods gepensioneerden ook toegekend diende te worden aan Campina gepensioneerden en gewezen deelnemers omdat zij aan dezelfde pensioenregeling deelnamen. Zie voor de toepassingseisen van art. 58 Pw mijn recente conclusie, ECLI:NL:PHR:2021:1042, onder 4.4 e.v. (*Euronext*).

[104.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 175.

[105.] Schriftelijke toelichting FrieslandCampina, onder 80.

[106.] A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 35. Zie ook conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:1230, vóór HR 11 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:881 (81 RO), onder 3.3-3.5.4

[107.] Zie conclusie A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:826, vóór HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, onder 3.52.

[108.] T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 350-351

[109.] Zie de citaten in de memorie van grieven SPC, onder 2.29, 2.32, 2.33, 2.35, 2.36.