



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

PJ 2022/104

van Slooten, J.M.

Publication date

2022

Document Version

Other version

Published in

Pensioen Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Slooten, J. M. (2022). PJ 2022/104. 104. Case note on: HR, 23/09/22, ECLI:NL:HR:2022:1267 (Euronext). *Pensioen Jurisprudentie*, 2022(10), 819-865.

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 2022/104

Het niet opnieuw sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met de gewezen deelnemers en gepensioneerden met borging van hun indexatieperspectief levert geen schending van artikel 7:611 BW, 58 Pw of 23 Pw door de werkgever op.

HR 23-09-2022, ECLI:NL:HR:2022:1267, m.nt. prof. mr. J.M. van Slooten

Instantie	Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum	23 september 2022
Magistraten	Mrs. G. de Groot, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, S.J. Schaafsma, F.R. Salomons
Zaaknummer	20/03418
Conclusie	A-G mr. B.J. Drijber
Noot	prof. mr. J.M. van Slooten
JCDI	JCDI:ADS672340:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V) Arbeidsrecht (V) Verbintenissenrecht (V) Verzekeringsrecht (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2022:1267, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 23-09-2022 ECLI:NL:PHR:2021:1042, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 05-11-2021 Beroepschrift, Hoge Raad, 18-12-2020 Beroepschrift, Hoge Raad, 23-10-2020
Wetgeving	Art. 7:611 BW; art. 23, 58 PW

Essentie

Het niet opnieuw sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met de gewezen deelnemers en gepensioneerden met borging van hun indexatieperspectief levert geen schending van artikel 7:611 BW, 58 Pw of 23 Pw door de werkgever op.

Samenvatting

Dit geding betreft de uitspraak in cassatie op Hof Amsterdam 23 april 2019, *PJ 2019/72* en *PJ 2020/131* inzake de vraag of Euronext tekortkomt door na te laten met gewezen deelnemers en gepensioneerden een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met borging van hun indexatieperspectief aan te gaan. Het hof oordeelde dat Euronext in strijd handelde met art. 7:611 BW, art. 23 Pw en art. 58 Pw. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. De Hoge Raad oordeelt allereerst dat artikel 7:611 BW op de pensioenovereenkomst van toepassing is, ook nadat de arbeidsovereenkomst voor het overige geëindigd is. Het hof heeft echter miskend dat artikel 58 Pw niet ziet op de werkgever, maar op de pensioenuitvoerder. Bovendien bevat artikel 58 Pw geen plicht om actieven gelijk te behandelen als gewezen deelnemers en gepensioneerden. De werkgever heeft geen plicht tot instandhouden van een uitvoeringsovereenkomst na het einde van de verwerving van de

pensioenaanspraken. De werknemer is automatisch via een derdenbeding partij bij de uitvoeringsovereenkomst maar heeft tegenover de werkgever geen recht op nakoming van diens financiële verplichtingen jegens de uitvoerder. De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst kan in strijd zijn met goed werkgeverschap zijn, ook jegens inactieven. In casu wordt dat niet aangenomen.

Partij(en)

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 20/03418

Datum 23 september 2022

ARREST

In de zaak van

EURONEXT AMSTERDAM N.V., gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep,

hierna: Euronext,

advocaat: M.W. Scheltema,

tegen

1. VERENIGING PENSIOENGERECHTIGDEN EURONEXT AMSTERDAM, gevestigd te Amsterdam, hierna: VPE,

2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats],

3. [verweerder 3], wonende te [woonplaats],

4. [verweerder 4], wonende te [woonplaats],

5. [verweerder 5], wonende te [woonplaats],

6. [verweerder 6], wonende te [woonplaats],

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,

hierna gezamenlijk: VPE c.s.,

advocaat: J.P. Heering.

Uitspraak

1. Procesverloop

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

- a. het vonnis in de zaak 2990426 CV EXPL 14-11251 van de kantonrechter te Amsterdam van 24 juni 2016;

- b. de arresten in de zaak 200.201.897/01 van het gerechtshof Amsterdam van 23 juli 2019 en 28 juli 2020.

Euronext heeft tegen de arresten van het hof beroep in cassatie ingesteld.

VPE c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Euronext mede door J.B.B. Heinen en voor VPE c.s. mede door A.W. van Leeuwen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing, en in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

- (i) Euronext heeft met haar werknemers pensioenovereenkomsten gesloten. Tot 1 januari 2012 was de door Euronext met haar individuele werknemers gesloten pensioenovereenkomst - door verwijzing in de arbeidsovereenkomsten - schriftelijk vastgelegd in het Handboek Personeel Euronext Amsterdam N.V. (hierna: het personeelshandboek).
- (i) Met ingang van 1 januari 2012 is de pensioenovereenkomst tussen Euronext en haar op of na 1 januari i) 2012 bij haar in dienst zijnde werknemers vastgelegd in de CAO inzake pensioenen NYSE Euronext (hierna: de CAO 2012).
- (i) De tussen Euronext en de op 1 januari 2012 niet meer bij haar in dienst zijnde werknemers (de ii) gewezen deelnemers en de gepensioneerden) geldende pensioenovereenkomst is opgenomen in een bijlage van het personeelshandboek. Daarin is vastgelegd hoe het pensioen zijn waarde behoudt als de (gewezen) werknemer van Euronext een gewezen deelnemer of gepensioneerde is in de pensioenregeling. Er staat onder meer:

“(…) Het bestuur van het pensioenfonds (...) kan ieder jaar besluiten om een toeslag te verlenen op uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen. (...).

U heeft geen recht op toeslagverlening (indexatie) van uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen. De toeslagverlening op uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen is voorwaardelijk. Het bestuursbesluit tot het wel of niet (geheel of gedeeltelijk) een toeslag te verlenen is afhankelijk van de financiële positie van het pensioenfonds. Als u in enig jaar een toeslag ontvangt, is het niet zeker of en in welke mate in de toekomst ook een toeslag wordt verleend. Er wordt namelijk geen geld gereserveerd voor toeslagverlening en er wordt geen pensioenpremie voor betaald. (...) Nogmaals, u heeft geen recht op toeslagverlening!”

- (i) Ter uitvoering van de pensioenovereenkomsten had Euronext tot en met 31 december 2013
- v) enige elkaar opvolgende uitvoeringsovereenkomsten gesloten met Stichting Pensioenfonds Mercurius Amsterdam (hierna: PMA). Het gaat om de uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 (aangepast in 2010 en 2011) en de uitvoeringsovereenkomst 2012-2013. PMA had ook met vier andere werkgevers uitvoeringsovereenkomsten gesloten.

- (v) Art. 6 van de oorspronkelijke uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 luidt met betrekking tot de aanpassing van ingegane pensioenen en aanspraken van gewezen deelnemers en gepensioneerden onder meer:

“Voor gewezen deelnemers en gepensioneerden bestaat er geen recht op toekomstige indexaties, de indexatie van de pensioenaanspraken is voorwaardelijk. Het fonds probeert de pensioenaanspraken jaarlijks aan te passen aan de procentuele stijging van de CBS Consumentenprijsindex Alle huishoudens, maar gaat daar alleen toe over als er een dekkingsgraad aanwezig is die op lange termijn voldoende zekerheid geeft.”

- (vi) Sinds de eerste aanpassing van de uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 in 2010 bepaalt art. 6 onder meer:

“Op de pensioenrechten van gepensioneerden, op de pensioenaanspraken van gewezen deelnemers (...) wordt jaarlijks toeslag verleend van maximaal de prijsontwikkeling, met een maximum van 6%. Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is geen reserve gevormd en wordt geen premie betaald, maar deze wordt uit beleggingsrendement gefinancierd.”

- (vi i) Een inhoudelijk gelijke bepaling is opgenomen in art. 7 lid 1 van de uitvoeringsovereenkomst 2012-2013. In lid 2 van dat artikel is een (nieuwe) toeslagregeling met een loonindex opgenomen voor de op 1 januari 2012 actieve deelnemers van Euronext.

- (vi ii) PMA heeft de uit de uitvoeringsovereenkomsten met Euronext voortvloeiende pensioenverplichtingen vastgelegd in een pensioenreglement 2006 en een pensioenreglement 2012. Volgens het pensioenreglement 2012 is dat reglement uitsluitend van toepassing op deelnemers in dienst van Euronext op 31 december 2011 en 1 januari 2012 en op deelnemers die later in dienst treden.

- (ix) Art. 17 lid 1 van het pensioenreglement 2006 en art. 22 lid 1 van het pensioenreglement 2012 luiden met betrekking tot de aanpassing van ingegane pensioenen en aanspraken van gewezen deelnemers onder meer:

“Op de pensioenrechten van pensioengerechtigden, de pensioenaanspraken van gewezen deelnemers (...) wordt jaarlijks (per 1 januari) toeslag verleend van maximaal de procentuele stijging van de kosten van levensonderhoud, met een maximum van 6%. Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is geen reserve gevormd en wordt geen premie betaald, maar deze wordt uit beleggingsrendement gefinancierd.”

- (x) In 2008 is bij PMA een reservetekort ontstaan als bedoeld in art. 138 lid 1 Pensioenwet (hierna: Pw) en in 2009 een dekkingstekort als bedoeld in art. 140 lid 1 Pw.

- (x i) In de oorspronkelijke uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 tussen PMA en Euronext is geen specifieke bepaling opgenomen voor de situatie van een reserve- of dekkingstekort bij PMA. Wel is in art. 5 opgenomen dat partijen (tijdelijk) een hogere premie kunnen overeenkomen, als dit in het kader van de uitvoering van de pensioenregeling gewenst of nodig is. Art. 12 van die uitvoeringsovereenkomst luidt:

“Indien zich omstandigheden voordoen die ten tijde van deze overeenkomst niet voorzienbaar waren en die nakoming van de overeenkomst substantieel beïnvloeden, zullen partijen in gezamenlijk overleg en naar redelijkheid en billijkheid een oplossing proberen te vinden, die recht doet aan de belangen van beide partijen in het kader van deze overeenkomst.”

- (x ii) Art. 9 lid 2 van de oorspronkelijke uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 bevat een bepaling die het Euronext mogelijk maakte om bij financieel onvermogen van PMA haar bijdrageverplichtingen te verminderen dan wel te beëindigen.

(x
iii) In verband met de ontstane tekorten heeft PMA in 2008 een langetermijnherstelplan en in 2009 een kortetermijnherstelplan (hierna samen: het Herstelplan) ingediend bij toezichthouder DNB. Euronext heeft op 19 mei 2009 aan PMA bevestigd dat zij een eenmalige storting in PMA heeft gedaan van € 1.360.000,-- en dat zij een opslag van 10% van de premie zal betalen gedurende de looptijd van het Herstelplan. Deze aanvullende bijdrageafspraken is niet opgenomen in de in 2010 (voor de eerste keer) aangepaste uitvoeringsovereenkomst 2007-2012.

(x
iv) In de uitvoeringsovereenkomst 2007-2012, zoals in 2011 (voor de tweede keer) aangepast, is in art. 5 een aanvullende bijdrageafspraken overeengekomen voor de situaties van een reservetekort en van een dekkingstekort. De bepaling voor de situatie van een reservetekort luidt onder meer:

“(…) zal het pensioenfonds (…) een langetermijnherstelplan opstellen om uiterlijk binnen 15 jaar het tekort op te heffen (…). In het langetermijnherstelplan zal een opslag worden opgenomen op de reglementaire premie (…). Deze opslag is verschuldigd zolang het pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert.”

De bepaling voor de situatie van een dekkingstekort luidt onder meer:

“(…) zal het pensioenfonds (…) een kortetermijnherstelplan opstellen om uiterlijk binnen 3 jaar het tekort op te heffen (…). In het kortetermijnherstelplan zal een opslag worden opgenomen op de reglementaire premie (…), waarbij rekening is gehouden met de opslag opgenomen in het langetermijnherstelplan. Zonodig vindt overleg plaats met de werkgever over een incidentele storting door de werkgever.”

Vervolgens wordt in art. 5 bevestigd dat in het kader van het Herstelplan een opslag is overeengekomen van 10% van de reglementaire premie. Deze opslag is verschuldigd zolang het pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert.

(x
v) In de uitvoeringsovereenkomst 2012-2013 is een inhoudelijk gelijke aanvullende bijdrageafspraken overeengekomen. Daarnaast is in een nieuw art. 6 afgesproken dat indien er op 31 december 2012 nog sprake is van een dekkingstekort, PMA tijdig aan Euronext zal laten weten of een extra storting nodig is en wat de gevolgen zijn indien er geen extra storting zou worden verricht. Ook is art. 15 inzake beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst ingrijpend aangepast en zijn afspraken gemaakt over de situatie dat de uitvoeringsovereenkomst eindigt en de werkgever al dan niet verzoekt om collectieve waardeoverdracht.

(x
vi) Euronext heeft een extra onverplichte eenmalige bijdrage van € 11.759.437,-- gedaan. Ondanks die bijdrage zijn de pensioenaanspraken en rechten van de deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden van Euronext op 1 april 2013 gekort met 3%.

(x
vi
i) Euronext en de andere vier bij PMA aangesloten werkgevers hebben elk hun uitvoeringsovereenkomst met PMA beëindigd per 31 december 2013. Euronext heeft naar aanleiding van de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst € 665.000,-- aan PMA betaald als bijdrage in de beëindigingskosten.

(x
vi
ii) Met ingang van 1 januari 2014 heeft Euronext een uitvoeringsovereenkomst gesloten met Delta Lloyd Levensverzekering NV (hierna: Delta Lloyd) ter uitvoering van de pensioenovereenkomsten tussen Euronext en de op of na 1 januari 2014 bij haar in dienst zijnde werknemers.

(x
ix) Euronext heeft besloten om geen verzoek te doen aan PMA tot overdracht van de waarde van de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van de deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden van Euronext aan Delta Lloyd op de voet van art. 83 Pw.

(x
x) Euronext is in art. 15 van de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd een toeslagafspraken overeengekomen voor de op of na 1 januari 2014 bij Euronext in dienst zijnde werknemers in de vorm van een indexatiedepot waarin Euronext bij aanvang € 1.200.000,-- heeft gestort en waarin op 1 januari van de jaren 2014 tot en met 2019 jaarlijks € 700.000,-- is/zou worden gestort door Euronext. Indien Euronext daartoe na bindend advies van de pensioencommissie besluit en voor zover de middelen in het depot daartoe toereikend zijn, kan Delta Lloyd volgens art. 15 lid 1 van de uitvoeringsovereenkomst uit dat depot de opgebouwde pensioenaanspraken van de actieve

deelnemers tijdens de opbouwfase verhogen tot maximaal de stijging van het door het CBS vastgestelde indexcijfer van de Cao-lonen. Indien Euronext daartoe na bindend advies van de pensioencommissie besluit en voor zover de middelen in het depot daartoe toereikend zijn, kan Delta Lloyd volgens art. 15 lid 2 van de uitvoeringsovereenkomst uit dat depot de opgebouwde pensioenaanspraken van op 1 januari 2014 actieve deelnemers die nadien gewezen deelnemers zijn geworden en de ingegane pensioenrechten van de op 1 januari 2014 actieve deelnemers die nadien pensioengerechtig zijn geworden, verhogen tot maximaal de door het CBS vastgestelde CPI alle huishoudens. Art. 15 lid 5 van de uitvoeringsovereenkomst bepaalt:

“Het in lid 1 en lid 2 bepaalde geldt tevens voor de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken van de deelnemers die actief zijn op 1 januari 2014.”

- (x) PMA heeft in de loop van 2013 besloten tot liquidatie van haar fonds en is op grond van art. 84
- xi) Pw overgegaan tot collectieve waardeoverdracht van de opgebouwde pensioenrechten en aanspraken van alle deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden van Euronext aan Delta Lloyd. De collectieve waardeoverdracht is geëffectueerd per 1 januari 2014.

- (x) Gelet op haar financiële situatie ten tijde van de collectieve waardeoverdracht, heeft PMA met
- xi) Delta Lloyd geen toeslageregeling kunnen overeenkomen. In het kader van de liquidatie was het
- i) aanwezige vermogen wel voldoende om bij de waardeoverdracht aan Delta Lloyd de oorspronkelijke korting op rechten en aanspraken van 3% (zie hiervoor onder (xvii)) met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014 te verlagen naar 1,55%.

2.2

In dit geding vorderen VPE c.s., voor zover in cassatie van belang, voor recht te verklaren dat Euronext jegens de voormalige werknemers van Euronext aan wie een pensioenregeling is toegezegd, toerekenbaar is tekortgeschoten en/of tekortschiet in de nakoming van de arbeidsovereenkomsten en/of de cao en/of de pensioenovereenkomsten en/of art. 23 Pw en/of de eisen van goed werkgeverschap. Verder vorderen VPE c.s. *primair* Euronext te veroordelen een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met PMA dan wel met Delta Lloyd dan wel met een andere pensioenuitvoerder aan te gaan, die gelijk is aan of ten minste gelijke rechten en waarborgen biedt als de uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 of de uitvoeringsovereenkomst 2013, *subsidiar* Euronext te veroordelen een zodanig geldbedrag te betalen aan PMA of Delta Lloyd dat de voormalige werknemers van Euronext in dezelfde positie worden gebracht als waarin zij zouden hebben verkeerd als de uitvoeringsovereenkomst 2007-2012 en de uitvoeringsovereenkomst 2013 ongewijzigd zou zijn voortgezet, *meer subsidiar* Euronext te veroordelen tot vergoeding van schade, op te maken bij staat.

2.3

De rechtbank^[1.] heeft, voor zover in cassatie van belang, de gevorderde verklaring voor recht toegewezen, Euronext veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.4

Het hof heeft bij eindarrest^[2.] het vonnis van de rechtbank, met uitzondering van de verklaring voor recht, vernietigd en Euronext veroordeeld om - kort gezegd - (a) de door PMA op de rechten en aanspraken van de leden van VPE toegepaste korting van 1,55% ongedaan te maken, (b) alsnog vanaf 1 januari 2014 en in de toekomst jaarlijks bij Delta Lloyd of een andere pensioenuitvoerder de toeslagen in te kopen die corresponderen met de toeslagverlening na einde dienstverband van de werknemers die op 1 januari 2014 bij Euronext in dienst waren en (c) ervoor te zorgen dat Delta Lloyd of een andere pensioenuitvoerder hieraan

meewerkt.

2.5

Het hof heeft daartoe bij tussenarrest^[3.1], samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen ten aanzien van schending van art. 7:611 BW, art. 58 Pw en art. 23 Pw.

Euronext dient zich jegens de gewezen deelnemers en gepensioneerden te gedragen als een goed werkgever (art. 7:611 BW), waarbij Euronext niet mag afwijken van dwingendrechtelijke bepalingen van de Pensioenwet. (rov. 3.5.3)

Euronext miskent dat art. 23 Pw dwingend voorschrijft dat zij een uitvoeringsovereenkomst sluit en in stand houdt voor opgebouwde pensioenaanspraken van haar (gewezen) werknemers en gepensioneerden. Het lag op de weg van Euronext om bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst en Euronext mocht geen genoegen nemen met de overdracht door PMA aan Delta Lloyd van de (gekorte) nominale pensioenrechten en aanspraken zonder indexatieperspectief. De overdracht van de pensioenrechten en aanspraken door PMA aan Delta Lloyd leidde immers niet tot een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomsten tussen Euronext en haar (gewezen) werknemers en gepensioneerden. (rov. 3.5.3)

Dit geldt te meer nu Euronext voor de bij haar op 1 januari 2014 nog in dienst zijnde werknemers, van wie de bij PMA ondergebrachte pensioenaanspraken (net als de pensioenaanspraken en rechten van de gewezen deelnemers en gepensioneerden) door PMA zijn overgedragen aan Delta Lloyd, een indexatiedepot heeft gevormd bij Delta Lloyd voor het verlenen van indexaties op hun uitgestelde pensioenaanspraken en -rechten na uitdiensttreding bij Euronext. (rov. 3.5.3)

De tot 1 januari 2014 in de door PMA uitgevoerde pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken van de werknemers van Euronext worden vanaf 1 januari 2014 in de CAO, het Reglement Pensioencommissie en de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd gelijk behandeld met de na 1 januari 2014 opgebouwde pensioenaanspraken voor de toepassing van de loonindexatie tijdens de opbouwfase en prijsindexatie na uitdiensttreding of pensionering. (rov. 3.5.3)

Nu Euronext ervoor heeft gekozen om sommige gewezen deelnemers in de door PMA uitgevoerde pensioenregelingen 2006 en 2012, namelijk de op 1 januari 2014 actieven, anders te behandelen dan andere gewezen deelnemers en gepensioneerden in die pensioenregelingen, heeft Euronext niet alleen gehandeld in strijd met haar verplichtingen uit art. 7:611 BW maar ook met art. 58 Pw. (rov. 3.5.3)

Het verbod onderscheid te maken tussen verschillende groepen (gepensioneerde) werknemers richt zich ook tot de werkgever. Het is immers de werkgever die in de pensioenovereenkomst (CAO) en in de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd het in art. 58 Pw verboden onderscheid tussen actieven en niet-actieven creëert door pensioenrechten en pensioenaanspraken uit dezelfde pensioenregelingen niet voor alle daarbij betrokkenen gelijk te behandelen. (rov. 3.5.4)

Op grond van art. 58 Pw is Euronext gehouden om met Delta Lloyd als opvolgende uitvoerder van de oorspronkelijk door PMA uitgevoerde pensioenregeling een (aanvullende) uitvoeringsovereenkomst af te sluiten waarin een gelijkwaardige indexatieregeling wordt vastgelegd voor alle pensioenaanspraken en rechten van gewezen deelnemers en gepensioneerden die (nog) niet worden bestreken door de indexatieregeling van de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd voor de toekomstige opbouw na 1 januari 2014 en de indexatieregeling voor de voor 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken. (rov. 3.5.4)

Het zou anders wel heel eenvoudig zijn voor een werkgever om art. 58 Pw te ontduiken door aan de actieven een nieuwe pensioenregeling aan te bieden en die te laten uitvoeren door een nieuwe uitvoerder en daarbij alleen de opgebouwde aanspraken van actieven in de indexatieregeling te betrekken. (rov. 3.5.4)

Het bepaalde in art. 23 Pw brengt mee dat het op de weg van Euronext had gelegen om aan PMA te

verzoeken de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van alle (gewezen) werknemers en gepensioneerden van Euronext over te dragen aan Delta Lloyd op de wijze als voorzien in art. 83 Pw. (rov. 3.5.4)

2.6

Ten aanzien van de vraag in hoeverre VPE c.s. jegens Euronext aanspraak kunnen maken op nakoming van financiële verplichtingen die Euronext had op grond van de uitvoeringsovereenkomst met PMA, heeft het hof in het tussenarrest, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

De samenhang tussen de pensioenovereenkomst, de ter uitvoering daarvan gesloten uitvoeringsovereenkomst met PMA en de vastlegging van de verplichtingen van PMA tegenover haar (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in de pensioenreglementen 2006 en 2012, leidt ertoe dat Euronext - naast de uit goed werkgeverschap voortvloeiende zorgplicht en het gebod van gelijke behandeling - op grond van de pensioenovereenkomst gehouden was om aan PMA al die betalingen te (blijven) verrichten die nodig waren om de pensioenovereenkomst na te komen. Het gaat dan om betaling van: (1) de met PMA overeengekomen premieopslag van 10% totdat volledige indexatie weer mogelijk zou zijn en kortingen ongedaan zouden zijn gemaakt, (2) de uitvoeringskosten voor de tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken en (3) eventuele andere incidentele betalingen. (rov. 3.5.12)

De uitvoeringsovereenkomsten tussen Euronext en PMA houden een begunstiging in van de deelnemers in de pensioenregelingen (art. 6:253 BW). Die begunstiging vloeit direct voort uit het systeem van de Pensioenwet, dat in beginsel meebrengt dat de werknemers van Euronext na aanvaarding van het derdenbeding partij bij de uitvoeringsovereenkomst zijn (art. 6:254 lid 1 BW). (rov. 3.5.18)

Toetreding door een werknemer tot een pensioenovereenkomst houdt een aanvaarding in van het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst. Daarom is de pensioenuitvoerder verplicht om de werknemer op te nemen als deelnemer in de pensioenregeling en aan die werknemer pensioenaanspraken toe te kennen conform het van toepassing zijnde pensioenreglement. Euronext is met PMA (aanvullende) betalingsverplichtingen overeengekomen die ertoe strekten dat PMA de pensioenovereenkomsten kon uitvoeren. Daarmee is er direct een verband met de nakoming van de voorwaardelijke indexatieregeling in de pensioenovereenkomst, maar ook met de nakoming van de onvoorwaardelijke pensioentoezegging zonder korting van opgebouwde pensioenaanspraken. (rov. 3.5.18)

2.7

In het eindarrest heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

De eerste vraag die wordt beantwoord is of en, zo ja, in hoeverre de oorspronkelijke verplichting van Euronext tot betaling van de uitvoeringskosten van PMA boven twee procent van de voorziening pensioenverplichtingen voldoende grondslag biedt om de korting van 1,55 procent ongedaan te maken door betaling door Euronext van een geldbedrag ineens aan Delta Lloyd, dan wel aan een andere pensioenuitvoerder. (rov. 2.5)

In het geval Euronext zou hebben voldaan aan haar verplichting in de uitvoeringsovereenkomst met PMA om de opslag van 2 procent van de voorziening aan te vullen tot ten minste 5 procent van de voorziening zou de korting van 1,55 procent ongedaan zijn gemaakt. (rov. 2.5)

Euronext wordt daarom veroordeeld de volledige korting van 1,55 procent ongedaan te maken door betaling van een zodanig geldbedrag aan Delta Lloyd dan wel aan een andere pensioenuitvoerder dat de bij Delta Lloyd verzekerde door PMA overgedragen pensioenaanspraken en pensioenrechten van de op 1 januari 2014 voormalige werknemers van (de rechtsvoorgangers van) Euronext (de oud-deelnemers) die lid zijn van VPE met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014 kunnen worden verhoogd met 1,55 procent, daaronder begrepen directe uitbetaling van het niet genoten (hogere) pensioen over de periode van 1 januari 2014 tot de datum van

betaling. (rov. 2.6)

Euronext moet haar na 1 januari 2014 uit dienst getreden gewezen deelnemers en gepensioneerden en de leden van VPE gelijk behandelen voor de toeslagverlening op basis van de prijsindex. Beoordeeld zal worden of aan een veroordeling daartoe nog beperkingen moeten worden verbonden in tijd of in hoogte van de indexatie vanaf 1 januari 2014 en of er voldoende gronden zijn om Euronext te veroordelen om daarvoor een depotbedrag te storten bij Delta Lloyd. (rov. 2.10)

De cumulatieve verplichting van Euronext in enig jaar en in de tijd wordt beperkt tot 85,2 procent van 10 procent van de premie, verminderd met de aan Delta Lloyd of een andere pensioenuitvoerder betaalde koopsommen voor de toeslagverlening aan voor 1 januari 2014 uit dienst getreden gewezen deelnemers en gepensioneerden en vermeerderd met het rentepercentage ter grootte van het rentepercentage dat Delta Lloyd vergoedt op de middelen in het toeslagdepot volgens de depotovereenkomst en met evenredige toerekening van 42/85,2 van dat maximum aan de pensioenaanspraken en pensioenrechten van (de leden van) VPE. (rov. 2.17)

Een veroordeling van Euronext om de voorwaardelijke toeslagregeling voor alle gewezen deelnemers en gepensioneerden toe te passen is toewijsbaar. In lijn daarmee zal Euronext worden veroordeeld om ter uitvoering daarvan met Delta Lloyd, of een andere pensioenuitvoerder, een (aanvullende) uitvoeringsovereenkomst te sluiten voor het toekennen van toeslagen op alle door PMA aan Delta Lloyd overgedragen pensioenaanspraken en pensioenrechten, ongeacht of de gerechtigden vóór of na 1 januari 2014 uit dienst van Euronext zijn getreden, met de beperkingen als besproken in 2.17. (rov. 2.19)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1

Het cassatiemiddel in het principale beroep valt uiteen in 20 onderdelen. De onderdelen 1 tot en met 3 vormen een inleiding en bevatten geen klachten. De onderdelen 4 tot en met 13 zijn gericht tegen beslissingen in het tussenarrest. De onderdelen 14 tot en met 20 zijn gericht tegen beslissingen in het eindarrest. In het navolgende hebben verwijzingen naar rechtsoverwegingen van het hof steeds betrekking op het tussenarrest, tenzij anders vermeld.

Onderdelen 4, 8 en 13

3.2

De veroordeling van Euronext in het eindarrest (zie hiervoor in 2.4) heeft het hof gebaseerd op de volgende, kort weergegeven, oordelen:

- (1) Euronext heeft gehandeld in strijd met de norm van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), onder meer door schending van art. 58 Pw en art. 23 Pw; (rov. 3.5.3 en 3.5.4)
- (2) de samenhang tussen de pensioenovereenkomst, de ter uitvoering daarvan gesloten uitvoeringsovereenkomst met PMA en de vastlegging van de verplichtingen van PMA tegenover haar (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in de pensioenreglementen 2006 en 2012 leidt ertoe dat Euronext op grond van de pensioenovereenkomst gehouden was om aan PMA al die betalingen te (blijven) verrichten die nodig waren om de pensioenovereenkomsten na te komen; (rov. 3.5.12)
- (3) de aanvaarding van het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst tussen Euronext en PMA brengt mee dat de leden van VPE een beroep op nakoming van de uitvoeringsovereenkomst toekomt. (rov.

3.3

Deze oordelen (1)-(3) van het hof worden achtereenvolgens door de onderdelen 4, 8 en 13 bestreden.

(1) Heeft Euronext in strijd gehandeld met art. 7:611 BW? (onderdeel 4)

Heeft Euronext in strijd gehandeld met art. 7:611 BW door schending van art. 58 Pw? (onderdeel 4.2)

3.4.1

Onderdeel 4.2 bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 3.5.3 en 3.5.4 dat Euronext in strijd heeft gehandeld met art. 7:611 BW doordat zij haar uit art. 58 Pw voortvloeiende verplichting niet heeft nageleefd. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat art. 58 Pw alleen van toepassing is op pensioenuitvoerders en zich niet richt tot Euronext.

3.4.2

Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst mee dat de rechtsverhouding tussen partijen, zij het met gewijzigde hoedanigheid van partijen, wordt voortgezet in de pensioenovereenkomst.^[4] Art. 7:611 BW, waarin de norm van goed werkgeverschap is neergelegd, is van toepassing op de pensioenovereenkomst als onderdeel van de arbeidsovereenkomst, ook nadat de arbeidsovereenkomst voor het overige is geëindigd.

3.4.3

Art. 13 Pw houdt in dat in de pensioenovereenkomst wordt bepaald of er toeslagen worden verleend en, zo ja, wat het ambitieniveau is en welke voorwaarden gelden bij de toeslagverlening. Art. 23 Pw schrijft voor dat de werkgever de pensioenovereenkomst onderbrengt bij een pensioenuitvoerder, dat wil zeggen een pensioenfonds of een verzekeraar. De pensioenuitvoerder heeft op grond van art. 32 Pw tot taak de pensioenovereenkomst, en daarmee ook het daarin bepaalde over de toeslagverlening, uit te voeren. Art. 58 Pw, dat ziet op gelijke behandeling bij toeslagen, behoort tot de algemene bepalingen met betrekking tot de pensioenuitvoerder (hoofdstuk 4 Pw).

3.4.4

In rov. 3.5.3, eerste en tweede volzin, heeft het hof op zichzelf met juistheid (zie hiervoor in 3.4.2) overwogen dat Euronext zich jegens de gewezen deelnemers en gepensioneerden dient te gedragen als een goed werkgever (art. 7:611 BW). Daarbij mag Euronext, aldus het hof, niet afwijken van dwingendrechtelijke bepalingen van de Pensioenwet. In rov. 3.5.3 en rov. 3.5.4 heeft het hof vervolgens onder meer overwogen dat en waarom Euronext in strijd heeft gehandeld met art. 58 Pw.

Voor zover de overwegingen van het hof in rov. 3.5.3 en 3.5.4 zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat art. 58 Pw een verplichting op Euronext als werkgever legt, gaan zij uit van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals blijkt uit de opneming van art. 58 Pw in hoofdstuk 4 van de Pensioenwet (zie hiervoor in 3.4.3), richt art. 58 Pw zich tot de pensioenuitvoerder en niet tot de werkgever. De hiervoor in 3.4.1 vermelde klacht slaagt derhalve.

3.4.5

Onderdeel 4.2 klaagt verder dat het hof heeft miskend dat art. 58 Pw toestaat dat onderscheid wordt gemaakt naar het moment waarop de dienstbetrekking is geëindigd en dat art. 58 Pw geen verplichting bevat een indexatieperspectief te creëren of te behouden voor de leden van VPE (dan wel alle gewezen deelnemers) als dit voor de op 1 januari 2014 nog in dienst zijnde werknemers is gecreëerd. Ook klaagt het onderdeel dat art. 58 Pw niet ziet op actieven en daarmee ook niet kan worden ontdoken door een nieuwe pensioenregeling aan te bieden aan de actieven.

3.4.6

Art. 58 lid 1 Pw bepaalt dat indien een ouderdomspensioenrecht van een gepensioneerde die geen gewezen deelnemer is geweest wordt verhoogd door middel van een toeslag, het ouderdomspensioenrecht van een

gepensioneerde die wel gewezen deelnemer is geweest in dezelfde mate wordt verhoogd indien zij in dezelfde pensioenregeling hebben deelgenomen. Art. 58 lid 3 Pw bepaalt dat indien een ouderdomspensioenrecht wordt verhoogd door middel van een toeslag, de aanspraak op ouderdomspensioen van een gewezen deelnemer die in dezelfde pensioenregeling heeft deelgenomen in dezelfde mate wordt verhoogd.

3.4.7

Enkele in art. 58 Pw voorkomende begrippen zijn gedefinieerd in art. 1 Pw. Onder 'gewezen deelnemer' is te verstaan: de werknemer of gewezen werknemer door wie op grond van een pensioenovereenkomst geen pensioen meer wordt verworven en die bij beëindiging van de deelneming een pensioenaanspraak heeft behouden jegens een pensioenuitvoerder. De 'gewezen deelnemer' moet worden onderscheiden van de 'deelnemer': de werknemer of gewezen werknemer die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder. Onder 'pensioenregeling' is te verstaan: een pensioenregeling op grond van een pensioenovereenkomst.

3.4.8

In de parlementaire geschiedenis is over art. 58 lid 1 Pw onder meer het volgende opgemerkt: "Het eerste lid ziet op de gelijke behandeling tussen degenen die tot hun pensioendatum deelnemer in de pensioenregeling zijn geweest en degenen die voor hun pensionering met ontslag waren gegaan. Deze groepen worden ook wel aangeduid met de term 'actief-gepensioneerden' en 'slapers-gepensioneerden'. Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt dat die verplichting tot gelijke behandeling inhoudt dat een slaper-gepensioneerde niet slechter af mag zijn dan een actief-gepensioneerde, maar geldt het omgekeerde niet." [5.]

3.4.9

Over art. 58 lid 3 Pw is onder meer het volgende opgemerkt: "Dit lid ziet op de gelijke behandeling tussen gewezen deelnemers en gepensioneerden, met dien verstande dat de gewezen deelnemer niet slechter af mag zijn dan de gepensioneerde. Het omgekeerde geldt niet." [6.]

3.4.10

Over het in art. 58 lid 1 en 3 Pw vermelde toepassingsvereiste van 'deelgenomen hebben in dezelfde pensioenregeling' is in de parlementaire geschiedenis onder meer het volgende opgemerkt: "De eis (...) dat de betrokkenen in dezelfde pensioenregeling moeten hebben deelgenomen geldt ook op grond van de PSW (Hoge Raad: de Pensioen- en Spaarfondsenwet, voorloper van de Pensioenwet). Denkbaar is dat een werkgever twee pensioenregelingen heeft voor verschillende categorieën deelnemers. Indien bijvoorbeeld toeslagen worden verleend aan de actief-gepensioneerden uit de ene regeling kunnen de slapers-gepensioneerden uit de andere pensioenregeling daaraan geen recht op gelijke behandeling onttelen." [7.]

3.4.11

In rov. 3.5.3 heeft het hof overwogen dat Euronext voor de bij haar op 1 januari 2014 nog in dienst zijnde werknemers, van wie de bij PMA ondergebrachte pensioenaanspraken (net als de pensioenaanspraken en rechten van de gewezen deelnemers en gepensioneerden) door PMA zijn overgedragen aan Delta Lloyd, een indexatiedepot heeft gevormd bij Delta Lloyd voor het verlenen van indexaties op hun uitgestelde pensioenaanspraken en -rechten na uitdiensttreding bij Euronext. Verder heeft het hof in rov. 3.5.3 met betrekking tot de pensioenaanspraken van deze werknemers overwogen dat de tot 1 januari 2014 in de door PMA uitgevoerde pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken vanaf 1 januari 2014 in art. 2 lid 6 onder e van de CAO, in art. 7 lid 3 onder 5 van het Reglement Pensioencommissie en art. 15 lid 5 van de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd gelijk worden behandeld met de na 1 januari 2014 opgebouwde pensioenaanspraken voor de toepassing van de loonindexatie tijdens de opbouwfase en prijsindexatie na uitdiensttreding of pensionering.

3.4.12

Uit het hiervoor in 3.4.11 overwogene volgt dat het hof tot uitgangspunt neemt dat voor de op 1 januari 2014 actieven prijsindexatie van de (ook bij PMA opgebouwde) pensioenaanspraken en rechten na uitdiensttreding of pensionering plaatsvindt op grond van de pensioenregeling die is vastgelegd in "de CAO", door het hof in rov. 3.8 aangeduid als de "CAO 2014". Deze CAO 2014 is derhalve niet dezelfde pensioenregeling als de pensioenregeling in het personeelshandboek (zie hiervoor in 2.1 onder (i)) die haar weerslag heeft gekregen in het pensioenreglement 2006 van PMA (zie hiervoor in 2.1 onder (viii)), en de pensioenregeling in de CAO

2012 (zie hiervoor in 2.1 onder (iii)) zoals door PMA neergelegd in het pensioenreglement 2012 (zie hiervoor in 2.1 onder (viii)).

3.4.13
Bij het zojuist bedoelde uitgangspunt brengt art. 58 lid 1 en lid 3 Pw (zie hiervoor in 3.4.6) slechts het volgende mee. Als een ouderdomspensioenrecht van een 'actief-gepensioneerde' die op of na 1 januari 2014 bij Euronext in dienst was, wordt verhoogd op grond van de pensioenregeling neergelegd in de CAO 2014, moet in dezelfde mate verhoging plaatsvinden van het ouderdomspensioenrecht van een 'slaper-gepensioneerde': de gepensioneerde die voor zijn pensionering gewezen deelnemer in diezelfde pensioenregeling is geweest (lid 1). Als een ouderdomspensioenrecht van een gepensioneerde die op of na 1 januari 2014 bij Euronext in dienst was, wordt verhoogd op grond van de pensioenregeling neergelegd in de CAO 2014, moet in dezelfde mate verhoging plaatsvinden van de aanspraak op ouderdomspensioen van een nog niet gepensioneerde, gewezen deelnemer in diezelfde pensioenregeling (lid 3).

De woorden 'indien zij in dezelfde pensioenregeling hebben deelgenomen' in art. 58 lid 1 Pw en de woorden 'die in dezelfde pensioenregeling heeft deelgenomen' in art. 58 lid 3 Pw moeten immers aldus worden begrepen dat de verhoging door middel van toeslagen voor een slaper-gepensioneerde resp. een gewezen deelnemer op gelijke wijze moet plaatsvinden als die voor een (actief-)gepensioneerde indien zij hebben deelgenomen - deelnemer zijn geweest - in dezelfde pensioenregeling als die op grond waarvan het ouderdomspensioenrecht van de (actief)gepensioneerde wordt verhoogd. Dat dit vereiste zo moet worden begrepen volgt ook uit de parlementaire geschiedenis bij art. 58 lid 1 Pw, waarin is opgemerkt dat het eerste lid ziet op de gelijke behandeling tussen degenen die tot hun pensioendatum deelnemer in 'de' pensioenregeling zijn geweest en degenen die voor hun pensionering met ontslag waren gegaan (zie hiervoor in 3.4.8). Verder blijkt dit uit de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat denkbaar is dat een werkgever twee pensioenregelingen heeft voor verschillende categorieën deelnemers en dat indien bijvoorbeeld toeslagen worden verleend aan de actief-gepensioneerden uit de ene regeling, de slapers-gepensioneerden uit de andere pensioenregeling daaraan geen recht op gelijke behandeling kunnen ontleen (zie hiervoor in 3.4.10).

3.4.14
Uit art. 58 lid 1 en lid 3 Pw volgt niet dat gewezen deelnemers en gepensioneerden op gelijke wijze moeten worden behandeld als actieven. Die bepalingen verzetten zich immers, gelet op de bewoordingen ervan en de parlementaire geschiedenis, alleen tegen een onderscheid dat kan ontstaan in het geval van verhoging van een ouderdomspensioenrecht door middel van een toeslag (zie hiervoor in 3.4.6, 3.4.8-3.4.9). Verhoging van pensioenaanspraken van bij Euronext op 1 januari 2014 actieven door middel van een toeslag kan dus niet leiden tot een door art. 58 lid 1 en lid 3 Pw verboden onderscheid.

3.4.15
Evenmin volgt uit art. 58 lid 1 en lid 3 Pw dat als een ouderdomspensioenrecht van een (actief)gepensioneerde die op 1 januari 2014 als werknemer bij Euronext in dienst was, wordt verhoogd op grond van de pensioenregeling neergelegd in de CAO 2014, het ouderdomspensioenrecht of de aanspraak op ouderdomspensioen van personen die voor 1 januari 2014 gepensioneerde of gewezen deelnemer in de door PMA (en na de collectieve waardeoverdracht Delta Lloyd) uitgevoerde pensioenregelingen zijn geworden, in dezelfde mate moet worden verhoogd. Deze personen hebben immers niet deelgenomen in de pensioenregeling neergelegd in de CAO 2014 waarin de toeslagen hun grondslag vinden, zodat niet voldaan wordt aan het vereiste van 'deelgenomen hebben in dezelfde pensioenregeling' (zie hiervoor in 3.4.12-3.4.13). Daarbij is voor de toepassing van art. 58 lid 1 en lid 3 Pw niet relevant dat een onder de CAO 2014 (actief-)gepensioneerde die tot 1 januari 2014 deelnemer is geweest in de door PMA uitgevoerde pensioenregelingen waarin ook de leden van VPE hebben deelgenomen, voor onder die pensioenregelingen opgebouwde pensioenrechten toeslagen op grond van de CAO 2014 kan krijgen. Die toeslagen vinden hun grondslag immers evenmin in de door PMA uitgevoerde pensioenregelingen, waarin ook de leden van VPE hebben deelgenomen, maar in de pensioenregeling van de CAO 2014, waarin alleen de op of na 1 januari 2014 actieven deelnemen of hebben deelgenomen.

3.4.16
In het door het onderdeel bestreden oordeel van het hof in rov. 3.5.3 dat, nu Euronext ervoor heeft gekozen

om 'sommige gewezen deelnemers' in de door PMA uitgevoerde pensioenregelingen 2006 en 2012, namelijk de op 1 januari 2014 actieven, anders te behandelen dan 'andere gewezen deelnemers en gepensioneerden' in die pensioenregelingen, Euronext heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 58 Pw, wordt miskend wat hiervoor in 3.4.13-3.4.15 is uiteengezet.

Dit geldt ook voor het daarop voortbouwende oordeel van het hof in rov. 3.5.4 dat Euronext op grond van art. 58 Pw gehouden is om met Delta Lloyd als opvolgende uitvoerder van de oorspronkelijk door PMA uitgevoerde pensioenregeling een (aanvullende) uitvoeringsovereenkomst af te sluiten waarin een gelijkwaardige indexatieregeling wordt vastgelegd voor alle pensioenaanspraken en rechten van gewezen deelnemers en gepensioneerden die (nog) niet worden bestreken door de indexatieregeling in de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd voor de toekomstige opbouw na 1 januari 2014 en de indexatieregeling voor de voor 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken. Hetzelfde geldt voor het voortbouwende oordeel van het hof in rov. 3.5.4 dat het anders wel heel eenvoudig zou zijn voor een werkgever om art. 58 Pw te ontduiken door aan de actieven een nieuwe pensioenregeling aan te bieden en die te laten uitvoeren door een nieuwe uitvoerder en daarbij alleen de opgebouwde aanspraken van actieven in de indexatieregeling te betrekken.

3.4.17

De hiervoor in 3.4.5 weergegeven klachten van onderdeel 4.2 slagen dan ook.

Heeft Euronext in strijd met art. 7:611 BW gehandeld door schending van art. 23 Pw? (onderdeel 4.3)

3.4.18

Onderdeel 4.3 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.5.3 dat Euronext miskent dat art. 23 Pw dwingend voorschrijft dat zij een uitvoeringsovereenkomst sluit en in stand houdt voor de opgebouwde pensioenaanspraken van haar (gewezen) werknemers en gepensioneerden en het oordeel in rov. 3.5.4 dat art. 23 Pw voorschrijft dat Euronext de door haar met haar werknemers gesloten pensioenovereenkomsten bij een toegelaten uitvoerder onderbrengt door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand te houden. Volgens de klacht zijn deze oordelen rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk indien zij inhouden dat Euronext is tekortgeschoten in haar verplichting de uitvoeringsovereenkomst met PMA te continueren of een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd te sluiten voor de op 1 januari 2014 niet meer actieven.

3.4.19

Art. 23 lid 1 Pw bepaalt onder meer dat een werkgever een pensioenovereenkomst, uiterlijk wanneer een werknemer pensioenaanspraken verwerft, onderbrengt door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met en in stand te houden bij een pensioenuitvoerder. In de parlementaire geschiedenis is over art. 23 lid 1 Pw opgemerkt dat de werkgever de plicht heeft om een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder in stand te houden zolang er sprake is van verwerving van pensioenaanspraken.^[8.]

3.4.20

In de parlementaire geschiedenis van art. 1 Pw is opgemerkt dat er geen sprake meer is van het verwerven van pensioenaanspraken indien een pensioenrecht of -aanspraak uitsluitend groeit door de toekenning van toeslagen. Ook is daarin opgemerkt dat wanneer de dienstbetrekking van een werknemer wordt beëindigd en zijn aanspraak nog niet is afgefinancierd, de verwerving wordt beëindigd, maar de financiering van de aanspraak nog moet worden voltooid. Omdat de verwerving eindigt, wordt de werknemer gewezen deelnemer. Ook na de pensionering kan een pensioen nog groeien, maar ook dan wordt er niet meer gesproken over verwerving van pensioen.^[9.]

3.4.21

Uit de hiervoor in 3.4.19-3.4.20 weergegeven parlementaire geschiedenis volgt dat een gewezen deelnemer en een pensioengerechtigde niet langer pensioenaanspraken verwerven. Verder volgt daaruit dat de werkgever op grond van art. 23 Pw een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder dient te sluiten en in stand te houden zolang er sprake is van verwerving van pensioenaanspraken.

3.4.22

De verplichting voor Euronext op grond van art. 23 Pw (zie hiervoor in 3.4.19) strekte dus niet zover dat zij bij

opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met PMA gehouden was om niet alleen voor de op 1 januari 2014 actieven - voor wie de verwerving van pensioenaanspraken nog niet was geëindigd - maar ook, zoals het hof heeft geoordeeld, voor degenen die al voor 1 januari 2014 gepensioneerd of gewezen deelnemer waren geworden - en voor wie de verwerving van pensioenaanspraken dus al wel was geëindigd - de uitvoeringsovereenkomst met PMA in stand te houden dan wel een nieuwe uitvoeringsovereenkomst te sluiten.

Het in de overwegingen van het hof in rov. 3.5.3 en 3.5.4 besloten liggende oordeel dat art. 23 Pw Euronext ertoe verplichtte de uitvoeringsovereenkomst met PMA te continueren of een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd te sluiten voor de op 1 januari 2014 niet meer actieven, geeft dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De klacht van onderdeel 4.3 slaagt dan ook.

Heeft Euronext gehandeld in strijd met art. 7:611 BW omdat zij geen alternatief heeft gezocht voor uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst? (onderdeel 4.1)

3.4.23

Onderdeel 4.1 richt zich tegen rov. 3.5.3. Het onderdeel klaagt onder meer dat voor zover het hof daarin heeft geoordeeld dat Euronext de uitvoeringsovereenkomst niet had mogen beëindigen alvorens een regeling was getroffen voor behoud van het indexatieperspectief ten aanzien van de pensioenaanspraken en rechten van de leden van VPE, dit oordeel onbegrijpelijk is. Het onderdeel wijst erop dat, zoals Euronext in feitelijke instanties heeft gesteld, er voor Euronext geen wettelijke of contractuele verplichting meer bestond om in de tekorten van PMA bij te dragen. De pensioenrechten en aanspraken waren volledig 'afgefinancierd' en indexaties dienden volledig uit de beleggingsresultaten te worden voldaan. Tegen die achtergrond kan volgens de klacht uit de norm van goed werkgeverschap voor Euronext geen verplichting worden afgeleid om een financiële bijdrage te leveren die ertoe kan leiden dat de leden van VPE mogelijk aanspraak kunnen maken op indexatie.

3.4.24

Opzegging van een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder door een werkgever is in beginsel mogelijk, ongeacht of de uitvoeringsovereenkomst voorziet in een regeling van opzegging.^[10.] Dit laat onverlet dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een werkgever - hoewel bevoegd tot het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst - door op te zeggen of door op te zeggen zonder daarbij nadere maatregelen of voorzieningen te treffen, zich niet als goed werkgever gedraagt.

3.4.25

Het hof heeft in rov. 3.5.3 overwogen dat juist omdat in de onderhavige pensioenovereenkomsten naast de nominale pensioentoezegging ook een indexatieperspectief was gegeven, het op de weg van Euronext lag om bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst en Euronext geen genoegen mocht nemen met de overdracht van PMA aan Delta Lloyd van de (gekorte) nominale pensioenaanspraken. De overdracht van de nominale pensioenaanspraken en -rechten door PMA aan Delta Lloyd op 31 december 2013 leidde immers niet tot een (rechtsgeldige) eenzijdige wijziging van de op dat moment bestaande pensioenovereenkomst(en) tussen Euronext en haar (gewezen) werknemers en gepensioneerden, waaronder de leden van VPE, aldus het hof.

3.4.26

Dit door de klacht bestreden oordeel berust kennelijk op de gedachte, zoals onderdeel 4.1 naar voren brengt, dat Euronext de norm van goed werkgeverschap heeft geschonden doordat zij bij de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van haar (voormalige) werknemers door niet te voorzien in een regeling tot behoud van het indexatieperspectief ten aanzien van hun pensioenaanspraken en -rechten. Uit de beslissing van het hof blijkt niet hoe dit oordeel zich verhoudt tot de hiervoor in 3.4.23 genoemde - door het hof niet verworpen - stellingen van Euronext. Aldus heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. Voor zover het hof aan dit oordeel mede ten grondslag heeft gelegd dat Euronext art. 23 Pw heeft geschonden, volgt uit het slagen van onderdeel 4.3 (zie hiervoor in 3.4.22) dat het hof dit ten onrechte heeft gedaan. De hiervoor in 3.4.23 weergegeven klacht van onderdeel 4.1 slaagt derhalve.

3.4.27

Onderdeel 4.5 bouwt voort op de klachten van de onderdelen 4.1, 4.2 en 4.3 en slaagt ook.

(2) Was Euronext op grond van de samenhang tussen de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst en de pensioenreglementen gehouden aan PMA betalingen te (blijven) verrichten? (onderdeel 8)

3.5.1

Onderdeel 8.1 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.5.12 dat de samenhang tussen de pensioenovereenkomst, de ter uitvoering daarvan gesloten uitvoeringsovereenkomst met PMA en de vastlegging van de verplichtingen van PMA tegenover haar (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in de pensioenreglementen 2006 en 2012, ertoe leidt dat Euronext op grond van de pensioenovereenkomst gehouden was om aan PMA al die betalingen te blijven verrichten die nodig waren om de pensioenovereenkomst na te komen. Het gaat dan, aldus het hof, om betaling van (i) de met PMA overeengekomen premieopslag van 10% van de verschuldigde premie voor de basispensioenregeling totdat volledige indexatie, zowel voor de actieven als de inactieven, weer mogelijk zou zijn en kortingen ongedaan gemaakt zouden zijn gemaakt (ii) de uitvoeringskosten voor de tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenrechten en aanspraken en (iii) eventuele andere incidentele betalingen. Volgens de klacht is dit oordeel rechtens onjuist, omdat Euronext de uitvoeringsovereenkomst met PMA kon beëindigen en aan al haar uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen heeft voldaan.

3.5.2

Het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij een pensioenuitvoerder mondt uit in een driepartijenverhouding. De driepartijenverhouding wordt gevormd door de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer op basis van de pensioenovereenkomst, de rechtsbetrekking tussen werkgever en pensioenuitvoerder tot uitvoering van de pensioenovereenkomst op basis van de uitvoeringsovereenkomst en de rechtsbetrekking tussen pensioenuitvoerder en pensioen(aanspraak)gerechtigde op basis van het pensioenreglement (deelnemersverhouding). Tussen deze rechtsbetrekkingen bestaat samenhang, maar hetgeen geldt in de ene rechtsbetrekking geldt niet zonder meer ook in de andere rechtsbetrekkingen.

3.5.3

Het hof heeft in rov. 3.5.12 kennelijk niet het oog op een verplichting tot premiebetaling^[11.], zoals ook strookt met de stelling van Euronext - door het hof niet verworpen - dat de pensioenrechten en aanspraken van de leden van VPE volledig 'afgefinancierd' waren (zie hiervoor in 3.4.23 en 3.4.26). Evenmin heeft het hof vastgesteld dat de met de leden van VPE gesloten pensioenovereenkomsten een bepaling bevatten die ertoe strekt dat de in de uitvoeringsovereenkomst vervatte (aanvullende) financiële verplichtingen van Euronext ook jegens de werknemers zouden gelden. Bovendien heeft Euronext de uitvoeringsovereenkomst met PMA opgezegd en vervolgens € 665.000,- aan PMA betaald als bijdrage in de beëindigingskosten, waarna PMA vervolgens is geliquideerd (zie hiervoor in 2.1 onder (xvii) en (xxi)). Na de opzegging en liquidatie kon PMA geen rechten meer ontlenen aan de in de uitvoeringsovereenkomst met Euronext neergelegde (aanvullende) financiële afspraken. VPE c.s. konden dat derhalve evenmin, ook niet als de pensioenovereenkomsten een bepaling als zojuist bedoeld bevatten.

3.5.4

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen in 3.5.3 slaagt de klacht van onderdeel 8.1.

3.5.5

De klacht van onderdeel 8.4 bouwt voort op onderdeel 8.1 en slaagt ook.

(3) Hebben de VPE-leden op grond van een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst recht op

nakoming van de uitvoeringsovereenkomst door Euronext? (onderdeel 13)

3.6.1

Onderdeel 13.2 richt zich tegen de gegrondbevinding van de derde grief van VPE c.s., gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat VPE c.s. jegens Euronext geen beroep op nakoming van de uitvoeringsovereenkomst toekomt omdat de leden van VPE geen partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst. Het onderdeel klaagt dat het desbetreffende oordeel van het hof (in rov. 3.5.18) rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is. Het hof heeft volgens de klacht miskend dat leden van VPE als begunstigde of derde partij geen recht hebben op nakoming van de uitvoeringsovereenkomst met PMA op grond van art. 6:253 BW, omdat een dergelijke begunstiging niet direct voortvloeit uit het systeem van de Pensioenwet maar contractueel dient te zijn vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst. Voor zover het hof heeft beslist dat dit laatste het geval is, is de beslissing van het hof onbegrijpelijk in het licht van de stelling van Euronext dat in de uitvoeringsovereenkomst geen derdenbeding is opgenomen op grond waarvan leden van VPE aanspraak kunnen maken op de gestelde betalingsverplichtingen van Euronext jegens PMA.

3.6.2

De Pensioenwet berust op het uitgangspunt dat de werknemer jegens de pensioenuitvoerder recht heeft op de pensioenaanspraken en uitkeringen die de werkgever ten behoeve van hem in de uitvoeringsovereenkomst heeft bedongen. Deze begunstiging in de uitvoeringsovereenkomst is aan te merken als derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 lid 1 BW.^[12.] De werknemer aanvaardt, door het sluiten van de pensioenovereenkomst met de werkgever, de begunstiging (het derdenbeding) in de uitvoeringsovereenkomst.^[13.] Na aanvaarding van het derdenbeding geldt de werknemer op grond van art. 6:254 lid 1 BW als partij bij de uitvoeringsovereenkomst.

3.6.3

De begunstiging heeft betrekking op het in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen recht op een pensioenuitkering.^[14.] De enkele omstandigheid dat een werknemer door aanvaarding van de begunstiging op grond van art. 6:254 lid 1 BW als partij bij de uitvoeringsovereenkomst geldt, brengt niet mee dat de werknemer op die grond jegens de werkgever recht heeft op nakoming van diens in de uitvoeringsovereenkomst neergelegde (financiële) verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder. Een zodanig recht op nakoming vloeit ook niet voort uit de Pensioenwet.

3.6.4

Het hof baseert zijn oordeel dat de derde grief in het incidenteel appel van VPE c.s. gegrond is, onder meer op de overwegingen dat de begunstiging direct voortvloeit uit het systeem van de Pensioenwet en in beginsel meebrengt dat de werknemers van Euronext, na aanvaarding van het derdenbeding door toetreding tot de pensioenovereenkomst partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst. Deze overwegingen geven in het licht van hetgeen hiervoor in 3.6.3 is overwogen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.6.5

De klacht van onderdeel 13.2 slaagt dus.

Onderdeel 14

3.7

Onderdeel 14 bouwt voort op de slagende klachten van de onderdelen 4, 8 en 13 en slaagt eveneens.

Onderdeel 18

3.8.1

Onderdeel 18.1 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.17 van het eindarrest dat de door Euronext jaarlijks te betalen opslag wordt beperkt tot 85,2 procent van 10 procent van de premie met een vermindering en een vermeerdering als aldaar nader omschreven. Volgens de klacht is dit oordeel in combinatie met het dictum van het eindarrest onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat het hof een opslag heeft toegewezen die niet is en niet kon worden gevorderd nu de opslag van 85,2 procent van 10 procent ziet op alle gewezen deelnemers die vóór 1 januari 2014 uit dienst zijn getreden en niet alleen op de leden van VPE. Daarnaast is het oordeel in tegenspraak met andere overwegingen uit het eindarrest (in het bijzonder rov. 2.2.1), aldus de klacht.

3.8.2

Deze klacht slaagt. Art. 3:305a (oud) BW bepaalt dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Het hof heeft in het tussenarrest vastgesteld (rov. 3.5.1) dat de statutaire doelomschrijving van VPE “het behartigen van de belangen van haar leden in de meest ruime zin” is. Nu de doelomschrijving zich dus niet ook uitstrekt tot behartiging van de belangen van gewezen deelnemers en gepensioneerden die geen lid zijn van VPE, kon het hof geen opslag toewijzen die betrekking heeft op alle gewezen deelnemers en gepensioneerden die voor 1 januari 2014 uit dienst zijn getreden. Het oordeel is daarnaast in tegenspraak met andere overwegingen uit het eindarrest (onder meer rov. 2.2.1) waarin het hof, samengevat, heeft geoordeeld dat de door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht geen betrekking heeft op hen die geen lid zijn van VPE, en dat het hof de veroordeling tot reparatie van pensioenaanspraken en pensioenrechten van niet-leden niet juist acht.

3.8.3

Onderdeel 18.2 klaagt dat het hof ook in rov. 2.19 van het eindarrest meer heeft toegewezen dan gevorderd, omdat het hof de vordering van VPE c.s. ook ten aanzien van niet in dit geschil betrokken gewezen deelnemers die voor 1 januari 2014 uit dienst waren getreden, heeft toegewezen.

3.8.4

Deze klacht slaagt ook, gezien hetgeen hiervoor in 3.8.2 is overwogen.

Onderdeel 20

3.9

Onderdeel 20 bouwt voort op slagende klachten van de onderdelen 4, 8, 13 en 14 en slaagt eveneens.

Overige klachten

3.10

De klachten van de onderdelen 9, 10, 11, 12, 16 en 17 kunnen onbehandeld blijven, aangezien de daarin aan de orde gestelde punten na verwijzing aan de orde kunnen komen.

3.11

De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. 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 art. 81 lid 1 RO).

4. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

De klachten van het middel in het incidentele beroep kunnen niet tot cassatie leiden. 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 art. 81 lid 1 RO).

5. Beslissing

De Hoge Raad:

In het principale beroep:

- vernietigt de arresten van het gerechtshof Amsterdam van 23 april 2019 en 28 juli 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt VPE c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Euronext begroot op € 995,56 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien VPE c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan;

In het incidentele beroep:

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

Conclusie

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

1. Inleiding

1.1

Deze zaak gaat voornamelijk over het wegvallen van het voorwaardelijke recht op pensioenindexatie na uitdiensttreding. De achtergrond wordt gevormd door dekkingstekorten bij het ondernemingspensioenfonds waarbij Euronext in het verleden was aangesloten. Die tekorten waren aanleiding voor Euronext om een premieopslag van 10% te betalen en bijstortingen van in het totaal ruim € 13 miljoen te doen.

1.2

Het pensioenfonds waarbij Euronext was aangesloten is eind 2013 in liquidatie gegaan. Euronext heeft per 1 januari 2014, voor haar op dat moment actieve werknemers, bij een pensioenverzekeraar een nieuwe pensioenregeling afgesloten, die voorziet in een voorwaardelijk recht op indexatie. De pensioenrechten en -aanspraken die bij het pensioenfonds waren opgebouwd, zijn door dat fonds overgedragen aan dezelfde verzekeraar. Daarbij kon een in april 2013 vastgestelde korting op de pensioenen van 3% uiteindelijk (met terugwerkende kracht) worden beperkt tot 1,55%. Voor hen die niet onder de nieuwe regeling vallen - onder wie bij VPE aangesloten gepensioneerden en gewezen deelnemers - voorziet de sinds 1 januari 2014 geldende pensioenregeling niet in een voorwaardelijk recht op indexatie.

1.3

VPE c.s. willen met deze procedure bereiken dat gepensioneerden en gewezen deelnemers net als vóór 2014 op het punt van de indexatie gelijk worden behandeld met de actieve werknemers. Zij eisen tevens dat de pensioenkorting van 1,55% voor hen^[1.] wordt teruggedraaid.

1.4

Het gerechtshof Amsterdam heeft VPE c.s. in het gelijk gesteld. Zijn tussenarrest^[2.] bevat enkele principiële beslissingen, die in de literatuur van de nodige kanttekeningen zijn voorzien.^[3.] Het eindarrest vertaalt die beslissingen in betalingsverplichtingen van Euronext.^[4.] De uitgesproken veroordelingen zijn niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

1.5

Euronext komt met een groot aantal klachten tegen de beide arresten op. Het zwaartepunt ligt bij het tussenarrest. Een belangrijk geschilpunt betreft de vraag wat precies de grondslag is voor de verschillende aan Euronext opgelegde betalingsverplichtingen. Mijns inziens worden enkele klachten terecht voorgesteld. Ik concludeer daarom tot vernietiging.

1.6

Ter inleiding benoem ik hieronder de rechtsverhoudingen waar het hier om gaat.

1.7

Er bestaat een onderscheid tussen:

- (i) *actieve deelnemers*: werknemers die pensioenaanspraken opbouwen;
- (ii) *gewezen deelnemers* of ' *slapers*': voormalig werknemers die pensioenaanspraken hebben opgebouwd en nog niet pensioengerechtigd zijn;
- (iii) *gepensioneerden*: voormalig werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt en pensioenuitkeringen ontvangen; en
- (iv) *inactieven*: gepensioneerden en gewezen deelnemers samen, die geen actieve deelnemers zijn.^[5.]

1.8

Ik zal, in lijn met bovenstaande onderscheid, spreken van *actieven*, *gewezen deelnemers*, *gepensioneerden* en *inactieven*.

1.9

Voorts bestaat er een onderscheid tussen drie typen regelingen, die elk betrekking hebben op één zijde van de driehoeksverhouding werkgever-werknemer-pensioenuitvoerder (ook wel de *pensioendriehoek* genoemd):^[6.]

- (i) de *pensioenovereenkomst*: een wederkerige overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer die onderdeel vormt van hun arbeidsverhouding;^[7.]
- (ii) de *uitvoeringsovereenkomst*: een verzekeringsovereenkomst die de werkgever afsluit met een pensioenuitvoerder om de pensioenovereenkomst extern onder te brengen en waarin onder meer de financiële verplichtingen van de werkgever zijn vastgelegd;^[8.] en
- (ii) het *pensioenreglement*: een door de pensioenuitvoerder vastgestelde regeling waarin de verhouding
i) tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer is vastgelegd.^[9.]

1.10

De rechtsverhoudingen binnen de pensioendriehoek zijn in werkelijkheid complexer dan lijktjes tussen drie partijen:

- (i) De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer wordt voortgezet als de werknemer uit dienst treedt en gewezen deelnemer of gepensioneerde wordt;^[10.]
- (ii) De uitvoeringsovereenkomst bevat afspraken (over premies, indexatievoorwaarden, etc.), die kunnen leiden tot begunstiging van derden (de deelnemers); en
- (iii) Het pensioenreglement kan doorwerken in de pensioenovereenkomst en bevat relevante bepalingen voor actieven, gewezen deelnemers én gepensioneerden.

2. Feiten

2.1

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.^[11.]

2.2

Euronext heeft met haar werknemers een pensioenovereenkomst gesloten. Tot 1 januari 2012 was de inhoud van die pensioenovereenkomst - door verwijzing in de individuele arbeidsovereenkomsten - vastgelegd in het *personeelshandboek*. Met ingang van 1 januari 2012 is de pensioenovereenkomst tussen Euronext en haar op of na die datum actieve werknemers vastgelegd in de 'CAO inzake pensioenen NYSE Euronext' (hierna: *CAO 2012*).^[12.]

2.3

De pensioenovereenkomst die van kracht was tussen Euronext en de op 1 januari 2012 niet meer actieve werknemers, is opgenomen in bijlage III van het personeelshandboek. Daarin is vastgelegd hoe het pensioen zijn waarde behoudt als de werknemer van Euronext een gewezen deelnemer of een gepensioneerde wordt.

Hierin staat onder meer het volgende over indexatie/toeslagverlening^[13.] (cursivering in origineel):
“(...) Het bestuur van het pensioenfonds kan ieder jaar besluiten om een toeslag te verlenen op uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen. Dit houdt in dat er een toeslag kan worden gegeven op uw pensioenaanspraken, of uw ouderdomspensioen, zodat de waarde van uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen (geheel of gedeeltelijk) meestijgt met de prijzen. Zodoende is er de mogelijkheid dat uw opgebouwde pensioenaanspraken of uw ouderdomspensioen (...) zijn waarde geheel of gedeeltelijk behoudt.”

U heeft geen recht op toeslagverlening (indexatie) van uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen. De toeslagverlening op uw pensioenaanspraken of ouderdomspensioen is voorwaardelijk. Het bestuursbesluit tot het wel of niet (geheel of gedeeltelijk) een toeslag te verlenen is afhankelijk van de financiële positie van het pensioenfonds. Als u in enig jaar een toeslag ontvangt, is het niet zeker of en in welke mate in de toekomst ook een toeslag wordt verleend. Er wordt namelijk geen geld gereserveerd voor toeslagverlening en er wordt geen pensioenpremie voor betaald. (...) *Nogmaals, u heeft geen recht op toeslagverlening!*”

2.4

Ter uitvoering van die pensioenovereenkomst heeft Euronext met Stichting Pensioenfonds Mercurius Amsterdam (hierna: *PMA*) uitvoeringsovereenkomsten (hierna: *UVOs*) afgesloten. Het gaat om de *UVO 2007-2012* (aangepast in 2010 en 2011) en de *UVO 2012-2013*. Bij *PMA* waren enkele andere instellingen aangesloten, waaronder de *AFM* en *Euroclear*.

2.5

De pensioenrechten en -verplichtingen zijn vastgelegd in het *pensioenreglement 2006* en het *pensioenreglement 2012* van *PMA*. In het personeelshandboek (versie mei 2010) wordt verwezen naar de inhoud van het pensioenreglement 2006.^[14.]

2.6

Art. 6 *UVO 2007-2012* heeft betrekking op de aanpassing van de ingegane pensioenrechten en - aanspraken en luidt, voor zover hier van belang:

“Voor gewezen deelnemers en gepensioneerden bestaat er geen recht op toekomstige indexaties, de indexatie van de pensioenaanspraken is voorwaardelijk. Het fonds probeert de pensioenaanspraken jaarlijks aan te passen aan de procentuele stijging van de CBS Consumenten-prijsindex alle huishoudens, maar gaat daar alleen toe over als er een dekkingsgraad aanwezig is die op lange termijn voldoende zekerheid geeft. De indexatie in een jaar, met een maximum van 6%, wordt vastgesteld door het bestuur van het fonds. Indexering van de premievrije aanspraken en de ingegane pensioenen zal alleen plaatsvinden indien en voor zover de middelen van het fonds dit toelaten waarbij op basis van de uitkomsten van een *ALM*-studie en/of continuïteitsanalyse en de wensen van de werkgever bezien zal worden wat het toekomstige indexatiebeleid zal kunnen zijn. (...)”

2.7

Sinds 2010 bepaalt het genoemde artikel 6 onder meer:

“Op de pensioenrechten van gepensioneerden, op de pensioenaanspraken van gewezen deelnemers (...) wordt jaarlijks toeslag verleend van maximaal de prijsontwikkeling, met een maximum van 6%. Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is geen reserve gevormd en wordt geen premie betaald, maar deze wordt uit beleggingsrendement gefinancierd.”

2.8

Een inhoudelijk gelijke bepaling is opgenomen in art. 7 lid 1 *UVO 2012-2013*. In lid 2 van dat artikel is een

(nieuwe) toeslagregeling met een loonindex opgenomen voor de op 1 januari 2012 actieve werknemers van Euronext.

2.9

Art. 17 lid 1 pensioenreglement 2006 bepaalt met betrekking tot de aanpassing van ingegane pensioenen en aanspraken van gepensioneerden en gewezen deelnemers onder meer:

“Op de pensioenrechten van pensioengerechtigden, de pensioenaanspraken van gewezen deelnemers en op de pensioenaanspraken van ex-partners van gewezen deelnemers of gepensioneerden wordt jaarlijks (per 1 januari) toeslag verleend van maximaal de procentuele stijging van de kosten van levensonderhoud, met een maximum van 6%. Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is geen reserve gevormd en wordt geen premie betaald, maar deze wordt uit beleggingsrendement gefinancierd.”

2.10

Art. 22 lid 1 pensioenreglement 2012 is hieraan gelijkloidend.

2.11

PMA is ten tijde van de financiële crisis geconfronteerd met tekorten. In 2008 is PMA in een reservetekort terecht gekomen,^[15.] in 2009 gevolgd door een dekkingstekort.^[16.]

2.12

In de UVO 2007-2012 was geen specifieke bepaling opgenomen voor de situatie van een reserve- of dekkingstekort. Wel is in artikel 5 bepaald dat partijen (tijdelijk) een hogere premie kunnen overeenkomen, als dit in het kader van de uitvoering van de pensioenregeling gewenst of nodig is. Art. 12 UVO 2007-2012 luidt als volgt:

“Indien zich omstandigheden voordoen die ten tijde van deze overeenkomst niet voorzienbaar waren en die nakoming van de overeenkomst substantieel beïnvloeden, zullen partijen in gezamenlijk overleg en naar redelijkheid en billijkheid een oplossing proberen te vinden, die recht doet aan de belangen van beide partijen in het kader van deze overeenkomst.”

2.13

Tenslotte bevat art. 9 lid 2 UVO 2007-2012 een bepaling die het Euronext mogelijk maakt om bij financieel onvermogen van PMA haar bijdrageverplichtingen te verminderen dan wel te beëindigen.

2.14

In verband met de ontstane tekorten heeft PMA in 2008 een langetermijnherstelplan, en in 2009 een kortetermijnherstelplan (hierna samen: *herstelplan*), ingediend bij toezichthouder DNB.^[17.] Euronext heeft op 19 mei 2009 aan PMA bevestigd dat zij een (eenmalige) storting in PMA had gedaan van € 1.360.000,- en dat zij een opslag van 10% van de pensioenpremie zal betalen gedurende de looptijd van het herstelplan. Deze aanvullende bijdrageafspraken is niet opgenomen in de in 2010 aangepaste UVO 2007-2012.

2.15

In 2011 is de UVO 2007-2012 opnieuw aangepast. In artikel 5 is toen een aanvullende bijdrageregeling opgenomen voor de situaties van een reservetekort en van een dekkingstekort. De bepaling voor de situatie van een reservetekort luidt onder meer:

“(…) zal het pensioenfonds (…) een langetermijnherstelplan opstellen om uiterlijk binnen 15 jaar het tekort op te heffen (...). In het langetermijnherstelplan zal een opslag worden opgenomen op de reglementaire premie (...). Deze opslag is verschuldigd zolang het pensioenfonds in een tekort situatie verkeert.”

De bepaling voor de situatie van een dekkingstekort luidt onder meer:

“(…) zal het pensioenfonds (…) een kortetermijnherstelplan opstellen om uiterlijk binnen 3 jaar het tekort op te heffen (...). In het kortetermijnherstelplan zal een opslag worden opgenomen op de reglementaire premie (...), waarbij rekening is gehouden met de opslag opgenomen in het langetermijnherstelplan. Zonodig vindt overleg plaats met de werkgever over een incidentele storting door de werkgever.”

2.16

Vervolgens wordt bevestigd dat een opslag op de reglementaire premie is overeengekomen van 10%, zolang het pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert.

2.17

In de UVO 2012-2013 is een inhoudelijk gelijke bijdrageregeling overeengekomen. Tevens is in een nieuw artikel 6 bepaald dat PMA tijdig aan Euronext zal laten weten of een extra storting nodig is indien er op 31 december 2012 nog sprake is van een dekkingstekort en wat de gevolgen zijn indien er geen extra storting zou worden verricht. Daarnaast zijn afspraken gemaakt over de situatie dat de UVO eindigt.

2.18

Euronext heeft behalve de zojuist in 2.14 genoemde bijdrage van € 1.360.000,- ook (onverplicht) een bedrag van € 11.759.437,- bijgestort. Die laatste storting (de bij PMA aangesloten instellingen hebben samen ruim € 21 miljoen gestort) heeft geholpen om een korting op de pensioenuitkeringen per 1 april 2013 te beperken. De pensioenrechten en -aanspraken van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van Euronext zijn op 1 april 2013 gekort met 3%.^[18.]

2.19

De partijen die bij PMA waren aangesloten hebben alle hun UVO met PMA beëindigd per 31 december 2013.^[19.] PMA heeft in de loop van 2013 besloten tot liquidatie van het fonds. Euronext heeft met PMA een overeenkomst over de modaliteiten van de feitelijke beëindiging gesloten en in dat kader € 665.000,- betaald als bijdrage in de beëindigingskosten. Anders dan enkele andere grote werkgevers die een UVO met PMA hadden, heeft Euronext niet aan PMA op de voet van art. 83 Pw een verzoek gericht tot overdracht van de pensioenrechten en -aanspraken aan een verzekeraar.

2.20

In die omstandigheden heeft PMA op de voet van art. 84 Pw de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van alle (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van Euronext op 16 december 2013 overgedragen aan Delta Lloyd Levensverzekering N.V. (hierna: *DL*).^[20.] Deze collectieve waardeoverdracht is per 1 januari 2014 geëffectueerd. Dankzij een gunstige door DL gehanteerde rekenrente kon de korting van 3% met terugwerkende kracht worden beperkt tot 1,55%. PMA heeft gelet op haar financiële situatie per 16 december 2013 in de UVO met DL geen toeslagregeling kunnen overeenkomen (rov. 2.15). Daarmee verdween voor de *inactieven* het voorwaardelijk recht op jaarlijkse indexatie van hun pensioenrechten of -aanspraken. Daar staat tegenover dat pensioenverzekeraar als DL de pensioenen niet kan korten.

2.21

Euronext heeft, ter nakoming van de aangepaste pensioenregeling in een nieuwe CAO (hierna: *CAO 2014*), per 1 januari 2014 met DL een UVO gesloten (hierna: *UVO met DL*) ten behoeve van de op of na die datum

actieven. Bij DL vond dus de nieuwe pensioenopbouw plaats op grond van een nieuwe pensioenregeling. Van de nieuwe regeling maakte voorwaardelijke jaarlijkse toeslagverlening na uitdiensttreding deel uit (art. 15 UVO met DL). Art. 15 lid 5 UVO met DL bepaalt dat de indexatieregeling tevens geldt voor “*de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken van de deelnemers die actief zijn op 1 januari 2014.*”

2.22

Voor de financiering van die voorziening is een indexatiedepot ingesteld, waarin Euronext bij aanvang € 1.200.000,- heeft gestort en vervolgens jaarlijks € 700.000,- tot in het totaal € 4.700.000,-. Indien Euronext, na bindend advies van de pensioencommissie, tot indexatie besluit en voor zover de middelen in het depot toereikend zijn, kan DL uit dat depot de opgebouwde pensioenaanspraken van de actieven van Euronext tijdens de opbouwfase verhogen tot maximaal de stijging van het prijsindexcijfer. Hetzelfde geldt voor de opgebouwde pensioenaanspraken van hen die na 1 januari 2014 gewezen deelnemer zijn geworden. Tot en met (in elk geval) 2019 heeft geen indexatie op grond van deze regeling plaatsgevonden.

3. Procesverloop

Eerste aanleg

3.1

VPE c.s. hebben Euronext bij inleidende dagvaarding van 31 maart 2014 gedagvaard voor de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: *de kantonrechter*).

3.2

VPE c.s. hebben ten eerste gevorderd voor recht te verklaren dat Euronext jegens hen toerekenbaar tekortschiet of is geschoten in de nakoming van een reeks contractuele en niet-contractuele verplichtingen. VPE c.s. hebben ten tweede gevorderd, *primair*, de veroordeling van Euronext om een UVO te sluiten met DL of een andere pensioenuitvoerder^[21.], welke UVO ten minste voorziet in dezelfde rechten of waarborgen als de UVO 2007-2012 of de UVO 2012-2013 en, subsidiair, de veroordeling van Euronext om een bedrag aan DL, dan wel een andere pensioenuitvoerder, te betalen teneinde de voormalige werknemers van Euronext in dezelfde positie te brengen als waarin zij zouden hebben verkeerd indien de UVO 2007-2012 en de UVO 2012-2013 ongewijzigd zouden zijn voortgezet. Tot slot hebben VPE c.s. *meer subsidiair* veroordeling van Euronext tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, gevorderd.

3.3

VPE c.s. hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat Euronext toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van de pensioenovereenkomst van de gepensioneerden en gewezen deelnemers, alsmede diverse niet-contractuele verplichtingen zoals art. 23 Pw en goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Euronext had er namelijk voor moeten zorgen dat na de liquidatie van PMA de regeling met de gepensioneerden en gewezen deelnemers bij een andere pensioenuitvoerder werd ondergebracht op zodanige wijze dat zij daar geen nadeel van zouden ondervinden. Door dit na te laten heeft Euronext de collectiviteit tussen de actieven enerzijds en gepensioneerden en gewezen deelnemers anderzijds, geschonden. Na onderbrenging van de pensioenrechten en -aanspraken door PMA bij DL is er in het geheel geen zicht meer op indexatie. Dit leidt tot schade voor VPE c.s.. Daarnaast kunnen VPE c.s. zich niet verenigen met de korting van (uiteindelijk) 1,55% op hun pensioenrechten en -aanspraken.

3.4

Bij vonnis van 24 juni 2016 heeft de kantonrechter de gevorderde verklaring voor recht toegewezen, Euronext veroordeeld tot betaling van schadevergoeding (zoals meer subsidiair was gevorderd), op te maken bij staat, en het meer of anders gevorderde afgewezen.^[22.]

Hoger beroep

3.5

Euronext is van genoemd vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Amsterdam (hierna: *het hof*).

3.6

Euronext heeft zes grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis van de kantonrechter en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van VPE c.s.. VPE c.s. hebben in principaal appel geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis voor zover het betreft het oordeel dat Euronext tekort is geschoten jegens VPE c.s., en de veroordeling van Euronext tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat. VPE c.s. hebben in incidenteel appel geconcludeerd tot vernietiging van de rest van het vonnis en tot veroordeling van Euronext in hun ten tweede primair en/of subsidiair ingestelde vorderingen.

3.7

Op 23 april 2019 heeft het hof het in de inleiding al even genoemde tussenarrest gewezen (hierna: *het tussenarrest*).^[23.] Het hof heeft daarin geoordeeld dat de grieven van Euronext in het principaal appel niet en de grieven van VPE c.s. in het incidenteel appel wél slagen. Het hof heeft, samengevat en voor zover in cassatie nog relevant, als volgt geoordeeld.

3.8

Allereerst overweegt het hof dat Euronext zich jegens de gewezen deelnemers en gepensioneerden diende te (blijven) gedragen als een goed werkgever (art. 7:611 BW). Euronext diende bij beëindiging van de UVO met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst en mocht geen genoegen nemen met de overdracht door PMA aan DL van de (gekorte) nominale pensioenrechten en -aanspraken zonder indexatieperspectief. Deze overdracht van de pensioenrechten en -aanspraken door PMA aan DL leidde niet tot een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomsten tussen Euronext en haar (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Ook handelt Euronext in strijd met het in art. 58 Pw neergelegde voorschrift van gelijke behandeling door een indexatieregeling te treffen voor de actieven die niet van toepassing is op de gewezen deelnemers en gepensioneerden (rov. 3.5.3).

3.9

Het hof verwerpt de bezwaren van Euronext tegen de toepasselijkheid van art. 58 Pw. Voorts gaat het hof in op art. 23 Pw. De daarin vervatte onderbrengingsplicht brengt mee dat het op de weg van Euronext had gelegen om aan PMA te verzoeken de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken over te dragen aan DL op de voet van art. 83 Pw (art. 3.5.4).

3.10

Het hof beoordeelt daarna drie door Euronext aangevoerde zwaarwegende omstandigheden die een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst zouden rechtvaardigen. De eerste omstandigheid is dat Euronext bij beëindiging van de UVO een evenwichtige afweging heeft gemaakt tussen de belangen van VPE c.s. en die van de actieven. De tweede omstandigheid is dat VPE c.s. pensioen hebben opgebouwd in een (gunstige) eindloonregeling en de actieven dat doen in een (minder gunstige) middelloonregeling. De derde omstandigheid ziet op de onverplichte stortingen van Euronext aan PMA ad € 13 miljoen en de betaling van 10% opslag op de premie (rov. 3.5.6). Het hof beoordeelt vervolgens deze omstandigheden en concludeert dat zij onvoldoende zwaarwegend zijn om een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst te rechtvaardigen (rov. 3.5.7-3.5.9).

3.11

Het hof is samenvattend van oordeel dat Euronext zich niet als goed werkgever heeft gedragen door zich eenzijdig te onttrekken aan de verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst met VPE c.s. en de ter uitvoering daarvan gesloten UVO. Aanvaarding van de doorgevoerde wijziging van de pensioenovereenkomst en de UVO kon ook niet in redelijkheid gevergd worden van VPE c.s. Euronext diende op grond van art. 58 Pw de voor de actieven geldende indexatieregeling ook toe te passen op haar gewezen deelnemers en gepensioneerden (rov. 3.5.10).

3.12

De eenzijdige wijziging door Euronext van de indexatieregeling acht het hof onrechtmatig. Euronext gaat er ten onrechte van uit dat alleen PMA de indexatieregeling kon wijzigen (rov. 3.5.11).

3.13

Het hof gaat vervolgens, in reactie op grief 2 in incidenteel appel, in op de vraag of de op Euronext rustende

zorgplicht enkel voortvloeit uit goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Het oordeelt dat Euronext - "naast de uit goed werkgeverschap voortvloeiende zorgplicht en het gebod op gelijke behandeling" -, op grond van de pensioenovereenkomst gehouden was om aan PMA al die betalingen te verrichten die nodig waren om de pensioenovereenkomst na te komen. Dit zijn de betalingsverplichtingen die voortvloeien uit de UVO: (1) de met PMA overeengekomen premieopslag van 10% totdat volledige indexatie weer mogelijk zou zijn en kortingen ongedaan zouden zijn gemaakt, (2) de uitvoeringskosten voor de tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken en (3) eventuele andere incidentele betalingen (rov. 3.5.12). Het hof verwerpt het hiertegen door Euronext gevoerde verweer dat de verplichtingen uit de UVO niet zijn geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst of de pensioenreglementen (rov. 3.5.13).

3.14

Daarna buigt het hof zich over de vraag of VPE c.s. schade hebben geleden als gevolg van de beëindiging van de UVO door Euronext. Voor verwijzing naar de schadestaat, zoals door VPE c.s. gevorderd, is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Het hof oordeelt dat aan die voorwaarde is voldaan (rov. 3.5.14-3.5.15).

3.15

De volgende stap in de redenering van het hof betreft het causaal verband tussen het besluit van Euronext om de UVO te beëindigen en de gestelde schade van VPE c.s.. Euronext stelt dat het causaal verband ontbreekt omdat het indexatieperspectief verloren is gegaan door het liquidatiebesluit van PMA en de daaropvolgende collectieve waardeoverdracht door PMA aan DL. Het hof verwerpt dit betoog (rov. 3.5.16).

3.16

Het hof gaat, in reactie op de derde incidentele grief van VPE c.s., in op de vraag of VPE c.s. jegens Euronext een beroep kunnen doen op bepalingen uit de UVO met PMA die financiële verplichtingen voor Euronext bevatten. Het hof oordeelt dat de UVO een begunstiging inhoudt van de deelnemers in de pensioenregelingen als bedoeld in art. 6:253 BW. De werknemers van Euronext zijn daarmee (door toetreding tot een pensioenovereenkomst) partij bij de UVO en kunnen nakoming vorderen van de daarin vervatte financiële verplichtingen van Euronext (rov. 3.5.18).

3.17

Het hof concludeert dat de grieven in principaal appel falen en de grieven in incidenteel appel slagen. Alvorens te beslissen op de vorderingen van VPE c.s. verzoekt het hof om inlichtingen van partijen over (i) de bereidheid van VPE c.s. om akkoord te gaan met de toeslagregeling in de vanaf 2014 op de actieven toepasselijke CAO 2014 ter vervanging van de toeslagregeling in het pensioenreglement 2006; (ii) of Euronext respectievelijk DL bereid zijn om de toeslagregeling in de huidige pensioenovereenkomst op grond van de CAO 2014, toe te passen op de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken; over (iii) de hoogte van de koopsom die nodig is om de korting van 1,55% met terugwerkende kracht ongedaan te maken, (iv) de benodigde jaarlijkse premie om een depot te vormen voor toekomstbestendige toeslagverlening voor alle door DL van PMA overgenomen verplichtingen met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014, en (v) het maximaal te vormen en aan te houden depot om te waarborgen dat toeslagverlening ook aan gepensioneerden en gewezen deelnemers mogelijk is (rov. 3.8). Daarover hebben partijen bij akte informatie verstrekt.

3.18

Het hof heeft op 28 juli 2020 eindarrest gewezen (hierna: *het eindarrest*).^[24.] Het hof heeft Euronext veroordeeld om, kort gezegd, (a) de in 2013 door PMA op de rechten en aanspraken van de VPE-leden toegepaste korting van (uiteindelijk) 1,55% ongedaan te maken, (b) met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014 in de toekomst jaarlijks bij DL of een andere pensioenuitvoerder de toeslag in te kopen die correspondeert met de toeslagverlening na einde dienstverband van de op 1 januari 2014 nog actieve deelnemers en (c) ervoor te zorgen dat DL of een andere pensioenuitvoerder hieraan meewerkt.

3.19

Ik benoem kort enkele rechtsoverwegingen uit het eindarrest die in cassatie aan de orde worden gesteld.

3.20

Het hof laat zich uit over de vraag of VPE c.s. zich wel op toepassing van art. 58 Pw hebben beroepen (rov.

2.2.3).

3.21

Het hof overweegt dat de korting van 1,55% ongedaan zou zijn gemaakt indien Euronext aan haar verplichtingen (jegens PMA) tot betaling van de uitvoeringskosten had voldaan. Het hof veroordeelt Euronext tot ongedaanmaking van de korting van 1,55% (rov. 2.5-2.6).

3.22

Vervolgens oordeelt het hof dat Euronext op basis van de UVO verplicht was om 10% opslag op de premie te betalen zolang PMA in een reservetekort verkeerde (rov. 2.13).

3.23

Het hof oordeelt voorts dat Euronext de (oorspronkelijk met PMA overeengekomen) premieopslag moet betalen, maar dat die verplichting tot betaling wordt beperkt tot 85,2% van 10% van de premie verminderd met de aan DL of een andere pensioenuitvoerder betaalde koopsommen voor de toeslagverlening aan voor 1 januari 2014 uit dienst getreden gepensioneerden en gewezen deelnemers, en vermeerderd met het rentepercentage ter grootte van het rentepercentage dat DL vergoedt op de middelen in het toeslagdepot volgens de depotovereenkomst en met evenredige toerekening van 42/85,2 van dat maximum aan de pensioenrechten en -aanspraken van (de leden van) VPE c.s. (rov. 2.17).

3.24

Tot slot overweegt het hof dat de wijzigingen in de verschillende regelingen ten opzichte van de leden van VPE c.s. alleen geldig zijn na verkregen instemming van de gerechtigden, al dan niet vertegenwoordigd door VPE (rov. 2.20).

Cassatie

3.25

Bij procesinleiding van 23 oktober 2020 heeft Euronext (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen het tussenarrest en het eindarrest. VPE c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping en hebben tevens incidenteel cassatieberoep ingesteld. Euronext heeft geconcludeerd tot verwerping daarvan. Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk toegelicht, voor Euronext mede door mr. J.B.B. Heinen en namens VPE c.s. mede door mr. A.W. van Leeuwen. Daarna heeft re- en dupliek plaatsgevonden.

4. Bespreking van het middel in het principale cassatieberoep

Inleiding

4.2

Onderdeel 4, dat uiteenvalt in vijf subonderdelen, komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen de door het hof aangenomen tekortkomingen van Euronext en richt zich daarmee tegen de kern van het tussenarrest. Het hof oordeelt, kort gezegd, dat Euronext in strijd met art 7:611 BW, art. 58 Pw, en art. 23 Pw heeft gehandeld door de op 1 januari 2014 actieven nog wel een 'indexatieperspectief' te geven en de op dat moment inactieven niet.

4.3

Ik citeer de aangevochten overwegingen (mijn onderstrepingen):

"3.5.3

Anders dan Euronext in het eerste onderdeel van haar vierde grief bepleit, is de norm van goed werkgeverschap (voortvloeiende uit artikel 7:611 BW) wel degelijk van toepassing op de pensioenovereenkomst als onderdeel van de arbeidsovereenkomst. *Euronext dient zich dus jegens haar gewezen werknemers te gedragen, als een goed werkgever, waarbij Euronext niet mag afwijken van dwingendrechtelijke bepalingen van de Pensioenwet (PW), die (ook aanvullende) regels bevat voor de pensioenovereenkomst en de ter uitvoering daarvan te sluiten UVO. VPE c.s. wijzen er terecht op dat Euronext miskent dat de PW in artikel 23 dwingend voorschrijft dat zij een UVO sluit en in stand houdt voor de opgebouwde pensioenaanspraken van haar (gewezen) werknemers en gepensioneerden.* Juist omdat in de

onderhavige pensioenovereenkomsten naast de nominale pensioentoezegging ook een indexatieperspectief was gegeven - verwezen wordt naar hetgeen hieromtrent hiervoor onder 2.6 is overwogen -, lag het naar het oordeel van het hof *op de weg van Euronext om bij de beëindiging van de UVO met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst en mocht Euronext geen genoegen nemen met de overdracht door PMA aan DL van de (gekorte) nominale pensioenaanspraken en -rechten zonder indexatieperspectief*. Immers - anders dan Euronext bepleit en los van het antwoord op de vraag of PMA de toeslagregeling (al dan niet rechtsgeldig) heeft gewijzigd - leidde de *overdracht van de nominale pensioenaanspraken- en rechten door PMA aan DL op 31 december 2013 niet tot een (rechtsgeldige) wijziging van de op dat moment bestaande pensioenovereenkomst(en) tussen Euronext en haar (gewezen) werknemers en gepensioneerden*, waaronder de leden van VPE. Dit geldt temeer nu Euronext voor de bij haar op 1 januari 2014 nog actief in dienst zijnde werknemers, van wie de bij PMA ondergebrachte pensioenaanspraken (net als de pensioenaanspraken en -rechten van de gewezen deelnemers en gepensioneerden) door PMA zijn overgedragen aan DL, een indexatiedepot heeft gevormd bij DL voor het verlenen van indexaties op hun uitgestelde pensioenaanspraken en -rechten na uitdiensttreding bij Euronext, zoals onder 2.16 uiteen is gezet. Het hof stelt vast dat de tot 1 januari 2014 in de door PMA uitgevoerde pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken van de werknemers van Euronext vanaf 1 januari 2014 in artikel 2 lid 6 onder e van de CAO, in artikel 7 lid 3 onder 5 van het Reglement Pensioencommissie en in artikel 15 lid 5 van de UVO met DL gelijk worden behandeld met de na 1 januari 2014 opgebouwde pensioenaanspraken voor de toepassing van de loonindexatie tijdens de opbouwfase en prijsindexatie na uitdiensttreding of pensionering. VPE c.s. hebben terecht aangevoerd dat die bijzondere behandeling in de CAO, het reglement van de pensioencommissie en de UVO met DL niet nodig zou zijn geweest als de voor 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken door waardeoverdracht zouden zijn overgegaan naar DL. *Nu Euronext er voor heeft gekozen om sommige gewezen deelnemers in de door PMA uitgevoerde pensioenregelingen 2006 en 2012, namelijk de op januari 2014 actieven, anders te behandelen dan andere gewezen deelnemers en gepensioneerden in die pensioenregelingen, heeft Euronext niet alleen gehandeld, in strijd met haar verplichtingen uit artikel 7:611 BW maar ook met het bepaalde in artikel 58 PW.*

3.5.4

Anders dan Euronext bij pleidooi nog heeft betoogd, *richt het verbod onderscheid te maken tussen verschillende groepen (gepensioneerde) werknemers zich ook tot de werkgever*. Het is immers de werkgever die in de pensioenovereenkomst (CAO) en in de UVO met DL het in artikel 58 PW verboden onderscheid tussen actieven en niet-actieven creëert *door pensioenrechten en pensioenaanspraken uit dezelfde pensioenregelingen (de door PMA voor Euronext uitgevoerde pensioenregelingen 2006 en 2012) niet voor alle daarbij betrokkenen gelijk te behandelen*. *Op grond van het bepaalde in artikel 58 PW is Euronext gehouden om met DL als opvolgende uitvoerder van de oorspronkelijk door PMA uitgevoerde pensioenregeling een (aanvullende) UVO af te sluiten waarin een gelijkwaardige indexatieregeling wordt vastgelegd voor alle pensioenaanspraken en -rechten van gewezen deelnemers en gepensioneerden die (nog) niet worden bestreken door de indexatieregeling in de UVO met DL voor de toekomstige opbouw na 1 januari 2014 en de indexatieregeling voor de voor 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken*. Het zou anders wel heel eenvoudig zijn voor een werkgever om artikel 58 PW te ontduiken door aan de actieven een nieuwe pensioenregeling aan te bieden en die te laten uitvoeren door een nieuwe uitvoerder en daarbij alleen de opgebouwde aanspraken van actieven in de indexatieregeling te betrekken. Het voor overwogene geldt nog los van het antwoord op de vraag of DL door overname van de pensioenaanspraken en -rechten niet in de plaats van PMA is getreden in de laatst geldende UVO tussen Euronext en PMA. Immers, gelijk VPE c.s. terecht hebben gesteld, *schrijft artikel 23 PW voor dat Euronext de door haar met haar werknemers gesloten pensioenovereenkomsten bij een toegelaten uitvoerder onderbrengt door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand te houden*. *VPE c.s. stelt daarom terecht dat het op de weg van Euronext had gelegen om aan PMA te verzoeken de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten van alle (gewezen) werknemers en gepensioneerden van Euronext over te dragen aan DL op de wijze als voorzien in artikel 83 PW*. Het feit dat Euronext altijd aan haar door de certificerende actuaris goedgekeurde verplichtingen jegens PMA heeft voldaan en dat noch de deelnemersraad van PMA, noch het verantwoordingsorgaan van PMA, noch DNB bezwaren hebben gemaakt tegen de gang van zaken bij PMA en de waardeoverdracht bij liquidatie van PMA, doet niet af aan de verplichtingen van Euronext uit hoofde van de pensioenovereenkomsten tussen haar en haar (gewezen) werknemers, onder andere de leden van VPE, en haar verplichtingen uit hoofde van de artikelen 23 en 58 PW.”

Juridisch kader

Om de wetsbepalingen waar de in onderdeel 4 aangevochten oordelen over gaan in hun context te plaatsen, schets ik eerst het juridisch kader. Ik begin met *art. 58 Pw*, op welke bepaling VPE c.s. aanvankelijk geen uitdrukkelijk beroep hebben gedaan; de inzet in eerste aanleg was voortzetting van de oude situatie met indexatieperspectief. In het tussenarrest neemt *art. 58 Pw* een prominente plaats in, zoals blijkt uit de zojuist geciteerde rov. 3.5.4.

4.5

Art. 58 Pw staat in hoofdstuk 4 ('Algemene bepalingen met betrekking tot de pensioenuitvoerder'), § 4.2 ('Behoud van aanspraken') van de Pensioenwet. *Art. 58* gaat over gelijke behandeling bij 'toeslagen', de wettelijke term voor indexatie. Het luidt, voor zover hier relevant:

"1.

Indien een ouderdomspensioenrecht van een gepensioneerde die geen gewezen deelnemer is geweest wordt verhoogd door middel van een toeslag, wordt het ouderdomspensioenrecht van een gepensioneerde die wel gewezen deelnemer is geweest in dezelfde mate verhoogd indien zij in dezelfde pensioenregeling hebben deelgenomen.

(...)

3.

Indien een ouderdomspensioenrecht wordt verhoogd door middel van een toeslag, wordt de aanspraak op ouderdomspensioen van een gewezen deelnemer die in dezelfde pensioenregeling heeft deelgenomen in dezelfde mate verhoogd."

4.6

Het *eerste lid* van *art. 58 Pw* schrijft gelijke behandeling bij indexatieverlening voor tussen gepensioneerden die voor het ingaan van hun pensioen gewezen deelnemer waren en gepensioneerden voor wie het pensioen direct na beëindiging van de arbeidsovereenkomst is ingegaan. Deze laatste groep - 'direct-gepensioneerden' - mogen niet worden bevoordeeld ten opzichte van de eerste groep door aan hen indexaties toe te kennen die aan de eerste groep worden onthouden. Het *derde lid* van *art. 58 Pw* bevat een gebod van gelijke behandeling bij indexatieverlening van gewezen deelnemers ten opzichte van gepensioneerden. Als pensioenrechten van gepensioneerden worden geïndexeerd, moeten pensioenaanspraken van gewezen deelnemers in dezelfde mate worden verhoogd.

4.7

Art. 58 Pw schrijft géén gelijke behandeling voor van gepensioneerden en gewezen deelnemers met actieve deelnemers. Volgens Lutjens verplicht *art. 58 lid 3 Pw* evenmin tot het gelijk behandelen van gewezen deelnemers onderling.^[25.] Dat lijkt mij juist.

4.8

Art. 58 Pw is van toepassing indien de pensioenuitkering door middel van een toeslag 'wordt verhoogd', oftewel als indexatie daadwerkelijk plaatsvindt. Indien en zo lang niet tot indexatie wordt overgegaan, heeft het gebod van gelijke behandeling materieel geen effect. *Art. 58 Pw* houdt uitdrukkelijk niet een verplichting tot het toekennen van (of een recht op) toeslagen in.^[26.]

4.9

De verplichting om geen onderscheid te maken tussen bepaalde groepen gepensioneerden (lid 1) of tussen gepensioneerden en gewezen deelnemers (lid 3) is niet van toepassing indien deze personen niet aan 'dezelfde pensioenregeling' deelnemen. Een factor die duidt op een demarcatie tussen verschillende pensioenregelingen is in veel gevallen de daaraan ten grondslag liggende pensioenovereenkomst.^[27.] Zo kan een werkgever twee verschillende pensioenregelingen hebben voor twee groepen werknemers (bijvoorbeeld op basis van verschillende cao's). Het is dan niet in strijd met *art. 58 Pw* als pensioenrechten van gepensioneerden uit de ene groep wel, en uit de andere groep niet worden geïndexeerd. Zij vallen niet onder 'dezelfde pensioenregeling'. In de lagere rechtspraak is uitgemaakt dat geen sprake is van 'dezelfde pensioenregeling' als onderscheid is gemaakt op basis van de datum waarop de deelneming aan een bepaalde pensioenregeling is geëindigd, en indexatie was ingevoerd voor deelnemers die na een bepaalde

datum gepensioneerde of gewezen deelnemer werden.^[28.]

4.10

Bij een 'waardeoverdracht' wordt de waarde van opgebouwde pensioenrechten en/of -aanspraken overgedragen. Indien overdracht plaatsvindt naar een andere pensioenuitvoerder en die overdracht gepaard gaat met een het van toepassing worden van een andere pensioenregeling, dan is er in beginsel geen ongelijke behandeling binnen dezelfde pensioenregeling en daarom geen sprake van strijd met art. 58 Pw.^[29.]

4.11

Art. 83 en 84 Pw hebben betrekking op de voorwaarden en modaliteiten van *collectieve waardeoverdracht* van pensioenvermogen aan een andere pensioenuitvoerder. Collectieve waardeoverdracht kan plaatsvinden op verzoek van de werkgever (art. 83 Pw) en bij liquidatie van de pensioenuitvoerder (art. 84 Pw).

4.12

Collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever is onder meer mogelijk bij het einde van de uitvoeringsovereenkomst (art. 83 lid 1, onder a, Pw).^[30.] De werkgever heeft de bevoegdheid (en niet de verplichting), om een dergelijk verzoek in te dienen. Actieve deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden moeten de gelegenheid krijgen om eventuele bezwaren kenbaar te maken (art. 83 lid 2, onder a, Pw). Euronext heeft niet een dergelijk verzoek bij PMA ingediend.^[31.]

4.13

Liquidatie van een pensioenfonds gaat gepaard met collectieve waardeoverdracht aan een andere pensioenuitvoerder (art. 84 Pw). De laatste jaren zijn nogal wat pensioenfondsen geliquideerd, met name omdat de toenemende complexiteit van pensioenuitvoering schaalvergroting vergt. Ook zijn bepaalde pensioenfondsen door tegenvallende beleggingsresultaten 'onder water' komen te staan. PMA is daar een voorbeeld van.

4.14

Lutjens merkt op dat een collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 84 Pw in vier opzichten verschilt van de collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 83 Pw:

"In de eerste plaats is de waardeoverdracht op grond van art. 83 PW een bevoegdheid, op grond van art. 84 PW een plicht. In de tweede plaats kan de waardeoverdracht van art. 83 Pw betrekking hebben op een deelgroep van gerechtigden, bij art. 84 moeten alle pensioenaanspraken en -rechten worden overgedragen. In de derde plaats is bij waardeoverdracht op grond van art. 83 PW de instemming van de gerechtigde vereist, op grond van art. 84 PW niet. In de vierde plaats is er bij waardeoverdracht op grond van art. 83 PW omdat een uitzondering op art. 20 PW geldt, bij art. 84 PW geldt geen uitzondering."

4.15

De norm van goed werkgeverschap in *art. 7:611 BW* is ook van toepassing is op de rechtsverhouding tussen de werkgever en gepensioneerden en gewezen deelnemers. In het arrest *ECN/OMEN* is namelijk bepaald dat het einde van de arbeidsovereenkomst niet met zich brengt dat de relatie tussen werkgever en werknemer wat betreft pensioenaanspraken is 'uitgewerkt'.^[32.] Die rechtsverhouding wordt voortgezet, met inachtneming van de gewijzigde hoedanigheid van de partijen in de pensioenovereenkomst. Hieruit volgt dat de pensioenovereenkomst kan wijzigen als gevolg van wijzigingen in het pensioenreglement en de incorporatie daarvan in de pensioenovereenkomst. Art. 19 Pw, dat regels geeft voor wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever, mist in dat geval toepassing.^[33.] Art. 7:613 BW is evenmin van toepassing omdat het niet de werkgever is die een eenzijdige wijziging in de arbeidsovereenkomst doorvoert.^[34.]

4.16

Dat laatste voert tot de vraag of het opzeggen (dan wel anderszins beëindigen) van een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder en het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst met

een andere pensioenuitvoerder leidt tot het toerekenbaar tekortschieten in de *nakoming van de pensioenovereenkomst* tussen de werkgever/onderneming en ieder van de gepensioneerden en gewezen deelnemers. Het antwoord op die vraag hangt, zoals zo vaak, af van de omstandigheden. Enerzijds kan een onderneming zich niet door het eenvoudig opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst onttrekken aan de verplichting tot het betalen van overeengekomen bedragen die zouden kunnen leiden tot indexering van pensioenrechten en -aanspraken.^[35.] Anderzijds zie ik geen contractuele grondslag voor het aannemen van een verplichting van een werkgever jegens gepensioneerden en gewezen deelnemers tot het continueren van betalingsverplichtingen die vrijwillig jegens de eerste pensioenuitvoerder waren aangegaan om diens eigen vermogen te helpen opkrikken wanneer die uitvoerder in liquidatie is gegaan en de opvolgend pensioenuitvoerder (waaraan het pensioenvermogen is overgedragen) gelet op de omvang van dat vermogen geen ruimte ziet om te voorzien in voorwaardelijke indexatie. In die omstandigheden kunnen gepensioneerden en gewezen deelnemers in beginsel niet nakoming vorderen van de voorheen aangegane verplichtingen van de werkgever, temeer als de pensioenovereenkomst waar zij zich dan op zouden beroepen is gewijzigd als gevolg van de incorporatie van het pensioenreglement van de nieuwe uitvoerder in de pensioenovereenkomst.

4.17

Ik wijs er nog op dat er in de literatuur op is gewezen dat het regelmatig voorkomt dat bij collectieve waardeoverdracht, in geval van een tekort, het indexatierecht vervalt omdat er alleen geld is om de nominale pensioenen over te dragen, in het bijzonder waar het de overdracht naar een verzekeraar betreft.^[36.] De hier gevolgde gang van zaken komt dus kennelijk (veel) vaker voor. Art. 20 Pw, op grond waarvan in geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd, is niet van toepassing op het vervallen van een voorwaardelijke indexatieregeling omdat het daarbij niet om een 'pensioenaanspraak' gaat.

4.18

Dan kom ik nu toe aan de klachten van onderdeel 4.

4.19

Onderdeel 4.1 richt zich tegen rov. 3.5.3 en betoogt dat Euronext er niet toe kan worden gehouden ervoor te zorgen dat het indexatieperspectief van VPE c.s. bleef bestaan.

4.20

Ten eerste voert het subonderdeel aan dat het indexatieperspectief van de op 1 januari 2014 inactieven verloren is gegaan als gevolg van de negatieve beleggingsresultaten van PMA, althans van de rechtmatige wijziging van de toeslagbepaling door PMA bij de collectieve waardeoverdracht aan DL, die niet afhankelijk was van de instemming van Euronext. Niet valt in te zien hoe Euronext de gehoudenheid om zich als *goed werkgever te gedragen* had kunnen en moeten inzetten om een indexatieregeling ten behoeve van de inactieven te bedingen.

4.21

Ten tweede betoogt het subonderdeel dat, voor zover het hof heeft geoordeeld dat Euronext de UVO met PMA niet had mogen 'beëindigen' ^[37.] zonder een alternatieve regeling voor behoud van het indexatieperspectief te treffen, het daarmee heeft miskend dat Euronext geen wettelijke of contractuele verplichting heeft om in de tekorten van PMA bij te dragen. De pensioenrechten en -aanspraken waren volledig 'afgefinancierd' en indexaties dienden volledig uit de beleggingsresultaten te worden voldaan. Tegen die achtergrond kan niet uit de *norm van goed werkgeverschap* voor Euronext de verplichting worden afgeleid om een financiële bijdrage te leveren die ertoe kan leiden dat VPE c.s. mogelijk aanspraak kunnen maken op indexatie.

4.22

Ten derde klaagt het subonderdeel dat het hof ontoereikend heeft gemotiveerd waarom Euronext bij de beëindiging van de UVO met PMA additionele middelen had moeten storten om de mogelijkheid van indexering voor VPE in stand te houden, mede gelet op het feit dat (i) Euronext onverplicht al ongeveer € 13 miljoen heeft bijgestort, (ii) bij DL een gunstige tariefstelling is bedongen en (iii) het verlies van het indexatieperspectief uitsluitend verband houdt met de dekkingsgraadproblematiek bij PMA.

4.23

Ik stel voorop dat de term 'indexatieperspectief' geen wettelijke term is. De Pensioenwet kent enkel een onderscheid tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke indexatie.^[38.] 'Perspectief op' klinkt meer als een economische inschatting dan een juridische kwalificatie.^[39.] Wel beschouwd gaat het om de kans dat de voorwaarden voor het verlenen van indexatie vervuld worden, oftewel om *voorwaardelijke* indexatie.^[40.] Dit lijkt ook de betekenis te zijn die het hof hier voor ogen staat.^[41.] De leden van VPE hadden (dus) geen recht op de indexatie, maar enkel een kans dat indexatie zou plaatsvinden. De verwezenlijking van die kans was afhankelijk van de financiële positie van pensioenuitvoerder PMA, nu overrendement bij PMA de enige mogelijk financieringsbron voor indexatie was,^[42.] dus het door PMA behaalde beleggingsrendement dat uitstijgt boven wat nodig is ter financiering van de pensioenrechten en -aanspraken.

4.24

De stelling (zie zojuist onder '*ten eerste*') dat het indexatieperspectief verloren is gegaan als gevolg van de negatieve beleggingsresultaten van PMA mist in zoverre feitelijke grondslag dat die resultaten weliswaar de reden vormen waarom (voor 2014) niet is geïndexeerd, maar niet als zodanig de reden vormen waarom het indexatieperspectief voor de toekomst uit de pensioenregeling moest worden gehaald.

4.25

De daaropvolgende stelling dat het indexatieperspectief verloren is gegaan als gevolg van de wijziging van de toeslagbepaling door PMA bij de waardeoverdracht, miskent mijns inziens dat de verwijten van het hof aan het adres van Euronext zien op haar daaraan *voorafgaand* handelen. De overwegingen van het hof dat (i) het op de weg van Euronext lag om bij beëindiging van de UVO met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst, (ii) Euronext geen genoegen mocht nemen met de overdracht door PMA aan DL van de nominale pensioenrechten en -aanspraken zonder indexatieperspectief, en (iii) Euronext de actieven gunstiger behandelde dan VPE c.s., dragen zelfstandig het oordeel dat Euronext in strijd heeft gehandeld met de verplichtingen die voor haar voortvloeien uit art. 7:611 BW en art. 58 Pw. Dat betekent overigens niet dat dit oordeel rechtens juist is en rechtens voldoende is gemotiveerd.

4.26

De klacht (hiervoor weergegeven onder '*ten tweede*') dat Euronext bevoegd was tot beëindiging van de UVO komt onder meer terug bij onderdeel 5.1. In de context van rov. 3.5.3 (waartegen het hier besproken onderdeel zich richt) speelt dit gezichtspunt geen rol omdat het hof op die plaats enkel oordeelt dat Euronext gehouden was zich in te spannen tot behoud van de indexatieregeling. Daar heeft het hof niet geoordeeld dat Euronext de UVO niet mocht beëindigen, of dat Euronext financiering aan PMA diende te (blijven) verstrekken om indexering weer mogelijk te maken.

4.27

Daarentegen slaagt de motiveringsklacht (hiervoor weergegeven onder '*ten derde*') dat het hof geen toereikend inzicht in zijn gedachtegang heeft geboden waarom Euronext bij beëindiging van de UVO gehouden was additionele betalingen te doen, in het licht van (i) de onverplichte additionele stortingen die zij al

had gedaan, (ii) de gunstige rekenrente waarmee DL werkte, en (iii) de rol van de dekkingsgraadproblematiek.

4.28

De verplichting tot goed werkgeverschap kan ertoe leiden dat het op de weg van de voormalige werkgever ligt om zich ervoor in te spannen dat bij wisseling van pensioenuitvoerder er ten aanzien van de pensioenrechten en pensioenaanspraken geen wijzigingen optreden in het nadeel van de inactieven. De invulling van die inspanningsverplichting wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval.^[43.]

4.29

Het hof gaat er in zijn beoordeling aan voorbij dat die omstandigheden van het geval onder meer omvatten wat de werkgever reeds *heeft* gedaan om het nadeel voor *alle* (gewezen) deelnemers en gepensioneerden te beperken. Het hof heeft onvoldoende inzicht gegeven waarom Euronext, ondanks het doen van voornoemde onverplicht overeengekomen (substantiële) betalingen (een premieverhoging met 10% en twee bijstortingen van samen ruim € 13 miljoen), zich onvoldoende heeft ingespannen tot het behoud van het indexatieperspectief door niet *nog meer* te betalen. Dit terwijl Euronext nimmer een financieringsverplichting voor het indexatieperspectief had nu indexaties als gezegd uit overrendement zouden worden gefinancierd. Het reële indexatieperspectief was bovendien beperkt in het licht van de tekortsituatie. De kans op verdere kortingen daarentegen was aanzienlijk.

4.30

Dat Euronext in de UVO had afgesproken aanvullende betalingen te doen (zoals de uitvoeringskosten, de premieopslag van 10%, en eventuele incidentele betalingen) maakt dit niet zonder meer anders. Deze financiële afspraken waren gericht op het herstel van het vermogen van PMA in de context van het specifieke herstelplan.^[44.] Zij strekten noch tot financiering van het indexatieperspectief, noch tot financiering van PMA buiten de context van het herstelplan. Waartoe goed werkgeverschap verplicht hangt mede af van de oorzaak van het wegvallen van het indexatieperspectief.

4.31

Voorts gaat het hof eraan voorbij dat de omstandigheden van het geval onder meer omvatten of er objectieve verschillen zijn in de positie van actieven in vergelijking met die van inactieven. Zo strekte de indexatieregeling met het indexatiedepot voor de actieven mede tot compensatie van een versobering van de pensioenregeling (middelloon in plaats van eindloon als grondslag voor het pensioen en hogere pensioenleeftijd). In het bijzonder in het licht van de hierna besproken op onjuiste gronden aangenomen schendingen van art. 58 Pw, motiveert het hof onvoldoende (begrijpelijk) waarom goed werkgeverschap zich verzet tegen een dergelijke compensatie.

4.32

Gelet op het op het vorenstaande valt niet in te zien dat, naar het hof (kennelijk) heeft gemeend, art. 7:611 BW een verplichting meebracht voor Euronext tot het in stand houden van het indexatieperspectief voor VPE c.s. en dat Euronext deze verplichting heeft geschonden. Een dergelijke verplichting kan ook niet worden aangenomen op de grond dat PMA is geliquideerd en PMA het indexatieperspectief niet heeft kunnen bedingen bij DL.

4.33

Daarom slaagt *onderdeel 4.1*.

4.34

Onderdeel 4.2 valt het oordeel van het hof aan dat de verschillen in behandeling door Euronext van de actieven enerzijds en VPE c.s. anderzijds, in strijd is met art. 7:611 BW en met art. 58 Pw.^[45.]

4.35

Ten eerste is het oordeel van het hof rechtens onjuist althans onbegrijpelijk, indien dat inhoudt dat hier sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen in *strijd met art. 7:611 BW*. Een feitelijk verschil is dat VPE c.s. op 1 januari 2014 niet meer actief waren, zodat geen sprake is van gelijke gevallen als de werknemers die op 1 januari 2014 in dienst waren (of nadien in dienst zijn getreden). Voor het geval hier toch gesproken kan worden van een ongelijke behandeling, bestaat daar een objectieve rechtvaardiging voor. Daarbij wijst de klacht op de omstandigheid dat VPE c.s. hun pensioenrechten (grotendeels) hebben opgebouwd op basis van een (gunstige) eindloonregeling.

4.36

Ten tweede is rechtens onjuist dat het hof de uit *art. 7:611 BW* voortvloeiende verplichting van goed werkgeverschap met name heeft *ingevuld aan de hand van de uit art. 58 Pw* voortvloeiende verplichting tot gelijke behandeling. Art. 58 Pw (i) staat toe dat onderscheid wordt gemaakt naar het moment waarop de dienstbetrekking is geëindigd en tussen gepensioneerden en gewezen deelnemers, (ii) is niet van toepassing op werkgevers maar alleen op pensioenuitvoerders, en (iii) is bovendien pas van toepassing indien daadwerkelijk een toeslag wordt betaald, aldus de klacht.

4.37

Ten derde heeft het hof miskend dat *art. 58 Pw* niet ziet op actieven en daarom niet kan worden ontdoken door een nieuwe pensioenregeling overeen te komen die alleen voor actieven geldt, aldus het middel.^[46.]

4.38

De eerste klacht faalt voor zover daarin wordt betoogd dat de actieven voor wie de nieuwe pensioenregeling geldt zich in een andere positie bevinden dan de inactieven. Het gaat mijns inziens niet om twee categorieën van deelnemers die zich niet in een vergelijkbare positie bevinden. Dit klemt te meer nu de nieuwe indexatieregeling voor actieven terugwerkende kracht heeft, in die zin dat een eventuele indexatie ook van toepassing zal zijn op pensioenrechten en -aanspraken die actieven vóór 1 januari 2014 hebben opgebouwd.

4.39

Een andere vraag is of het gemaakte verschil in behandeling binnen de werkingssfeer van art. 58 PW valt. Die vraag kent enkele deelaspecten, waarover de tweede klacht van het subonderdeel gaat. De bespreking van die klacht begin ik met de vraag of art. 58 Pw zich richt tot *de werkgever*. Het is juist dat deze bepaling zich strikt genomen uitsluitend richt tot de pensioenuitvoerder, niet alleen omdat zij in hoofdstuk 4 van de Pensioenwet staat (dat bepalingen met betrekking tot de pensioenuitvoerder bevat) maar ook omdat sinds de inwerkingtreding van de Pensioenwet de - voorheen op grond van de Pensioen- en Spaarfondsenwet bestaande - mogelijkheid van toeslagverlening door de werkgever is komen te vervallen.^[47.] De pensioenuitvoerder is de enige partij die een toeslag kan verlenen.^[48.] Dit betekent echter niet dat het verbod van art. 58 Pw de werkgever niet zou regaderen.^[49.] De pensioenuitvoerder voert de pensioenovereenkomst uit. Daarom zal een met art. 58 Pw strijdig onderscheid doorgaans te zijn herleiden tot de werkgever.

4.40

Dat brengt mij bij de *vraag of Euronext art. 58 Pw heeft geschonden*. Volgens het hof is dat het geval. Het hof

preciseert niet of Euronext het eerste lid, het derde lid dan wel die beide leden heeft geschonden. Ik bespreek de klachten van Euronext in een iets andere volgorde dan het middel aanhoudt:

- Is voldaan aan de voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 58 Pw, dat onderscheid is gemaakt 'binnen dezelfde pensioenregeling'?
- Is voor de toepasselijkheid van art. 58 Pw vereist dat daadwerkelijk een toeslag wordt verleend en is aan die voorwaarde voldaan?
- Is het onderscheid dat hier aan de orde is, een onderscheid dat binnen de reikwijdte van art. 58 Pw valt?

4.41

Volgens Euronext is het oordeel dat de actieven en VPE c.s. onder *dezelfde pensioenregeling* vallen onjuist, dan wel onbegrijpelijk, nu de pensioenregeling voor de actieven voortvloeit uit een andere pensioenovereenkomst - namelijk de CAO 2014. De pensioenovereenkomst waar VPE c.s. onder vallen is de pensioenovereenkomst zoals opgenomen in het personeelshandboek en/of de CAO 2012. Daarnaast is de pensioenregeling inhoudelijk verschillend. VPE c.s. bouwden pensioen op in een (gedeeltelijke) eindloonregeling; de actieven bouwen enkel nog pensioen op in een middelloonregeling.^[50.] De voorwaardelijke indexatie voor VPE c.s. werd bekostigd uit beleggingsrendement; voor de actieven uit een geormerkt depot. Ook gold bij de CAO 2014 een hogere pensioenleeftijd.^[51.]

4.42

De klacht slaagt. Het oordeel van het hof impliceert dat verschillende groepen (gewezen) deelnemers en gepensioneerden onder *dezelfde pensioenregeling* vallen indien pensioenrechten en -aanspraken (het *object* van indexatie) onder *dezelfde pensioenregeling* zijn opgebouwd, ook als de *grondslag* voor indexatie is neergelegd in een andere pensioenovereenkomst met een andere pensioenregeling. Daarmee geeft het hof een onjuiste uitleg van het begrip 'pensioenregeling'. De op 1 januari 2014 actieven zijn vanaf het moment dat zij bij Euronext uit dienst (zullen) treden aan te merken als gepensioneerden of gewezen deelnemers in de door DL voor Euronext uitgevoerde pensioenregeling. VPE c.s. kwalificeren als gepensioneerden en gewezen deelnemers in de door PMA uitgevoerde pensioenregelingen 2006 en 2012. Dat een indexatieregeling zich tevens uitstrekt tot pensioenrechten en -aanspraken die zijn opgebouwd in een voorafgaande periode waarin een andere pensioenregeling van toepassing was, brengt evenmin mee dat sprake is van één (en dezelfde) pensioenregeling. Het oordeel dat VPE c.s. en de actieven onder *dezelfde pensioenregeling* vallen is daarom rechtens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd.

4.43

Het middel stelt voorts terecht dat art. 58 Pw enkel van toepassing is bij *daadwerkelijke indexatieverlening*. Art. 58 Pw is immers alleen van toepassing indien (mijn onderstreping) " *een ouderdomspensioenrecht (...) wordt verhoogd door middel van een toeslag (...)*". Zolang geen sprake is van daadwerkelijke toeslagverlening - lees: een ouderdomspensioenrecht wordt (nog) niet verhoogd - kan er geen schending zijn van art. 58 Pw). Overigens blijkt niet uit de gedingstukken dat in de periode 2014 - 2019 indexatie heeft plaats gevonden ten behoeve van hen die op 1 januari 2014 actief waren. De meeste pensioenen zijn overigens al minstens 12 jaar niet geïndexeerd.

4.44

Het middel betoogt eveneens terecht dat het maken van onderscheid tussen actieven enerzijds en inactieven anderzijds buiten het *toepassingsbereik van art. 58 Pw* valt. Zoals ik hiervoor in 4.6-4.7 heb opgemerkt, is art. 58 Pw niet van toepassing op een verschil in behandeling van inactieven ten opzichte van actieven. Van een schending van *het eerste lid* art. 58 Pw is hier in elk geval geen sprake, omdat een onderscheid tussen direct-

gepensioneerden en gepensioneerden die vóór hun pensioen gewezen deelnemer waren niet aan de orde is. Schending van *het derde lid* van art. 58 Pw doet zich evenmin voor, nu geen onderscheid wordt gemaakt tussen de pensioenrechten van gepensioneerden en de pensioenaanspraken van gewezen deelnemers. Van een schending van art. 58 Pw kan enkel sprake zijn als de pensioenrechten van *gepensioneerden* worden geïndexeerd.

4.45

Zoals opgemerkt (zie noot 5) maken VPE c.s. onderscheid tussen ‘oude inactieven’ (die op 1 januari 2014 gepensioneerd of niet meer in dienst waren van Euronext) en ‘nieuwe inactieven’ (die na 1 januari 2014 gepensioneerd zijn geraakt of uit dienst zijn getreden).^[52.] Indien de pensioenrechten van deze gepensioneerden door indexatie worden verhoogd, wordt die toeslag gelet op het bepaalde in art. 15 lid 5 UVO met DL (zie 2.21) ook toegepast op de ‘PMA aanspraken’ die de nieuwe actieven hebben opgebouwd vóór 1 januari 2014. VPE c.s. zien daarin een ongelijke behandeling met de gewezen deelnemers uit de groep van oude inactieven omdat voor hen het indexatieperspectief volledig is weggefallen.^[53.] Ik stel vast dat dit niet de situatie (of vergelijking) is die het hof aan zijn oordeel omtrent de toepasselijkheid van art. 58 Pw ten grondslag heeft gelegd.^[54.] Ik wijs er verder (nogmaals) dat het maken van onderscheid *tussen gewezen deelnemers* niet onder het verbod van art. 58 lid 3 Pw valt, omdat die bepaling alleen voorschrijft dat ‘slapers’ dezelfde toeslag moeten ontvangen als gepensioneerden, en dan alleen indien zij deelnemen aan dezelfde pensioenregeling.

4.46

Het hof heeft de indexatieregeling zo opgevat dat op grond daarvan eveneens pensioenrechten en -aanspraken van actieven die ná 1 januari 2014 uit dienst zijn getreden, kunnen worden geïndexeerd. Ik verwijs naar rov. 3.5.8, waar het hof overweegt dat Euronext het indexatiedepot bij DL mede heeft gevormd voor de ‘slapersrechten’ van haar actieven in de UVO met DL, en voorts naar rov. 2.10 van het eindarrest, waar het hof oordeelt “ *dat Euronext haar na 1 januari 2014 uit dienst getreden gewezen deelnemers en gepensioneerden en de leden van VPE gelijk moet behandelen voor de toeslagverlening op basis van de prijsindex.*” Evenwel maakt het hof geen onderscheid tussen de indexatie van (i) pensioenaanspraken van actieven die na 1 januari 2014 uit dienst treden en onder de pensioenregeling met DL de status van *gewezen deelnemer* verkrijgen en (ii) pensioenrechten van actieven die na 1 januari 2014 uit dienst treden en daarbij direct de status van *gepensioneerde* verkrijgen. Het verbod van art. 58 Pw is op die eerste groep niet van toepassing. In zoverre is het oordeel van het hof onjuist en slaagt de klacht.

4.47

Tot slot wijs ik nog op het volgende. Uit het oordeel van het hof blijkt niet kenbaar waarom het door Euronext gemaakte onderscheid, indien dat *niet* op grond van art. 58 Pw is verboden, tóch in strijd zou zijn met (sec) de norm van goed werkgeverschap als bedoeld in art. 7:611 BW. Indien het hof, in afwijking van mijn lezing van het arrest, wél heeft bedoeld te oordelen dat art. 7:611 BW een zelfstandige basis vormt om het gemaakte onderscheid te verbieden, dan heeft het onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven.^[55.]

4.48

Dit alles leidt ertoe dat diverse klachten van *onderdeel 4.2* over de door het hof gegeven uitleg en toepassing van art. 58 Pw doel treffen.

4.49

Onderdeel 4.3 richt zich tegen de overwegingen van het hof in rov. 3.5.4 van het tussenarrest ten aanzien van de ‘onderbrengingsplicht’ van art. 23 Pw. Ik herhaal nog even de relevante overweging: “Immers, gelijk VPE c.s. terecht hebben gesteld, schrijft artikel 23 PW voor dat Euronext de door haar met

haar werknemers gesloten pensioenovereenkomsten bij een toegelaten uitvoerder onderbrengt door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand te houden. VPE c.s. stelt daarom terecht dat het op de weg van Euronext had gelegen om aan PMA te verzoeken de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten van alle (gewezen) werknemers en gepensioneerden van Euronext over te dragen aan DL op de wijze als voorzien in artikel 83 PW.”

4.50

Het middel klaagt, samengevat, dat Euronext niet op grond van art. 23 Pw verplicht was om voor de op 1 januari 2014 niet meer actieven een nieuwe UVO af te sluiten met of om de bestaande UVO met PMA te continueren.^[56.] Alleen actieven bouwen pensioenafspraken op, die extern moeten worden ondergebracht. Het door de niet meer actieven opgebouwde pensioenvermogen is al extern ondergebracht, te weten bij PMA. Alle tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenen zijn bovendien volledig gefinancierd. Euronext meent daarmee aan al haar verplichtingen jegens VPE c.s. te hebben voldaan.

4.51

In 1.9 ben ik reeds kort ingegaan op de onderbrengingsplicht van art. 23 Pw. Zolang (actieve) deelnemers nog pensioenaanspraken *opbouwen*, bestaat er een verplichting tot onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een pensioenuitvoerder teneinde die aanspraken veilig te stellen. Of een dergelijke noodzaak en verplichting ook bestaat ten aanzien van inactieven (die geen nieuwe pensioenaanspraken meer opbouwen), valt te betwijfelen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat externe onderbrenging niet meer opportuun is als de verwerving van pensioenaanspraken is opgehouden.^[57.] Er is voor de werkgever dan geen verplichting meer om de in het kader van een eerder ondergebrachte pensioenregeling gesloten uitvoeringsovereenkomst in stand te houden.^[58.] Euronext was op 31 december 2013 daarom alleen gehouden te voorzien in een UVO voor de actieven.

4.52

In de literatuur bestaat hieromtrent overigens wel enige discussie. Lutjens lijkt de mening toegedaan dat de werkgever een uitvoeringsovereenkomst in stand moet houden zolang de pensioenovereenkomst bestaat en er nog pensioenbetalingen worden gedaan.^[59.] Dommerholt en Broers lijken de mening toegedaan dat de verplichting om een uitvoeringsovereenkomst in stand te houden niet meer geldt wanneer er geen pensioenrechten en -aanspraken meer worden opgebouwd.^[60.] Ook Van Marwijk Kooy schrijft in zijn noot onder het tussenarrest dat geen rechtsregel met zich brengt dat een werkgever na opbouw van pensioenrechten en -aanspraken nog een uitvoeringsovereenkomst in stand moet houden.^[61.] Hetzelfde geldt voor Van Slooten die opmerkt:

“als de verwerving van aanspraken bij een bepaalde uitvoerder stopt, is er geen [uitvoeringsovereenkomst] meer nodig (zie ook Asser/Lutjens nr. 174). Vraag is dus of dit oordeel van het Hof juist is”.^[62.]

4.53

Bij die heersende opvatting sluit ik mij aan. Wanneer er geen aanwas van nieuwe pensioenaanspraken is, en de rechten en aanspraken die in het verleden zijn opgebouwd buiten het vermogen van de werkgever zijn gebracht, dient de uitvoeringsovereenkomst in principe niet een doel waarin art. 23 Pw dwingendrechtelijk voorziet. Gewezen deelnemers en gepensioneerden kunnen zich rechtstreeks wenden tot de pensioenuitvoerder op basis van het pensioenreglement. Het is de verplichting van de pensioenuitvoerder om uitvoering te geven aan indexatietoezeggingen in de pensioenovereenkomst en de werknemer ontleent rechtstreeks rechten aan het pensioenreglement. Art. 23 Pw verplicht er ook niet toe om dezelfde UVO af te sluiten voor actieven en inactieven.^[63.]

4.54

Indien een waardeoverdracht plaatsvindt, zoals in deze zaak, is het aan de nieuwe pensioenuitvoerder om het tussen hem en de deelnemers geldende reglement uit te voeren. Juist als een pensioenfonds wegens een aanhoudende dekkingsgraadproblematiek in liquidatie is gegaan, zal de opvolgende pensioenuitvoerder het mogelijk vanuit financieel oogpunt niet haalbaar achten om de rechten en aanspraken die voortvloeien uit het pensioenreglement van de vorige pensioenuitvoerder volledig onverkort in stand te laten. In dit geval is het PMA niet gelukt om het indexatieperspectief te bedingen bij DL.^[64.] Het is echter niet de verantwoordelijkheid van de voormalig werkgever om ervoor te zorgen dat de oude uitvoeringsovereenkomst ongewijzigd in stand blijft, met name nu art. 23 Pw daarin niet meer dwingendrechtelijk voorziet. In het verlengde daarvan is onjuist, dan wel onbegrijpelijk dat Euronext gehouden was tot het voortzetten van de UVO na 31 december 2013.

4.55

Ik meen daarom dat *onderdeel 4.3* ook slaagt.

4.56

Onderdeel 4.4 klaagt dat het hof heeft miskend dat geen sprake was (of kon zijn) van een collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 Pw omdat PMA besloot tot liquidatie en, in het verlengde, de collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 84 Pw.

4.57

Anders dan Euronext hier lijkt te suggereren, kan ik uit de gedingstukken niet opmaken dat PMA uit zichzelf art. 84 Pw zou hebben geactiveerd nog voordat Euronext gelegenheid zou hebben gehad om aan haar een verzoek te doen op de voet van art. 83 Pw. Ik sluit niet uit dat het eerder andersom is gegaan.^[65.] PMA had gelet op haar vermogenspositie geen andere keus dan tot liquidatie over te gaan nadat de aangesloten ondernemingen en instellingen hadden aangegeven na 2013 niet verder te willen; Euronext was dus niet de enige die de relatie met PMA niet wilde voortzetten. Euronext liet de rechten en aanspraken van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden bij PMA achter.^[66.] Mogelijk heeft Euronext daarbij de inschatting gemaakt dat de inactieven (waaronder VPE c.s.) niet met een collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 83 Pw zouden hebben willen instemmen, als vanwege de dekkingstekorten bij PMA de nieuwe pensioenuitvoerder onvoldoende financiële ruimte zou zien om de voorwaardelijke indexatieverlening te continueren.

4.58

Wat hier verder ook van zij (feitelijke vaststellingen die hierover zekerheid bieden ontbreken), het hof is er mijns inziens ten onrechte van uitgegaan dat op Euronext als voormalig werkgever (en 'uitbesteder' van de pensioenuitvoering) niet *de verplichting* rustte om PMA op de voet van art. 83 Pw een verzoek tot collectieve waardeoverdracht te doen, nu het hier gaat om een wettelijke *bevoegdheid* (zie 4.12 en 4.14). Indien het hof heeft geoordeeld dat Euronext *verplicht* was die bevoegdheid uit te oefenen (daar lijkt het op), dan stel ik vast dat uit het oordeel van het hof niet voldoende blijkt waar deze verplichting dan op zou zijn gebaseerd. Juist omdat waardeoverdracht aan een andere pensioenuitvoerder ook kan worden gerealiseerd op grond van art. 84 Pw, dient een dergelijke verplichting niet snel te worden aangenomen. Ik wijs er nog op dat het (voorgenomen) besluit van PMA tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht door de deelnemersraad en het verantwoordingsorgaan van PMA positief is beoordeeld.

4.59

Daarmee slaagt de klacht van *onderdeel 4.4*.

4.60

Onderdeel 4.5 bevat een voortbouwende klacht die slaagt in het voetspoor van de klachten die ik hiervoor

gegrond heb geacht.

Onderdelen 5-7 - Geen wijziging van de pensioenovereenkomst op grond van zwaarwegende omstandigheden (rov. 3.5.6-3.5.9)

4.61

In rov 3.5.6 vat het hof de zwaarwegende omstandigheden samen die volgens Euronext een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst met VPE c.s. konden rechtvaardigen:

“3.5.6 Euronext heeft aangevoerd dat de door haar doorgevoerde eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst met de leden van VPE gerechtvaardigd was op grond van (...) zwaarwegende omstandigheden, te weten:

- (1) dat Euronext bij beëindiging van de UVO de belangen van de leden van VPE en haar actieve werknemers evenwichtig heeft afgewogen;
- (2) (2) dat de leden van VPE pensioen hebben opgebouwd in een eindloonregeling;
- (3) dat Euronext onverplicht EUR 13 miljoen heeft bijgestort.”

4.62

In rov. 3.5.7-3.5.9 behandelt het hof deze rechtvaardigingsgronden en verwerpt ze allemaal.^[67.] Daartegen richten onderdelen 5 en 6 rechts- en motiveringsklachten.

4.63

Rov. 3.5.7-3.5.9 gaan uit van de *veronderstelling* dat de pensioenovereenkomst, goed werkgeverschap, art. 58 Pw en/of art. 23 Pw Euronext verplichtten zich in te spannen voor het behoud van de (voorwaardelijke) indexatie voor de inactieven. In deze rechtsoverwegingen bespreekt het hof het verweer van Euronext dat *als* die verplichtingen bestaan (anders dan zij had betoogd), Euronext deze eenzijdig heeft gewijzigd (en heeft kunnen wijzigen) op grond van zwaarwegende omstandigheden die maken dat de instandhouding van die verplichtingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor haar onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

4.64

Nu onderdeel 4 slaagt heeft Euronext geen belang bij behandeling van haar klachten in de onderdelen 5 tot en met 7. Of hier een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door Euronext als (voormalig) werkgever heeft plaatsgevonden zou ik willen betwijfelen (zie 4.15).

Onderdelen 8, 13, en 14 - VPE c.s. kunnen Euronext niet aanspreken op haar financiële verplichtingen op grond van beëindigde UVO met PMA (rov. 3.5.12, 3.5.13 en 3.5.18)

Inleiding

4.65

Onderdelen 8, 13 en 14 behandel ik gezamenlijk. Zij gaan over de vraag in hoeverre VPE c.s. jegens Euronext aanspraak kunnen maken op *nakoming* van financiële verplichtingen die Euronext had op grond van de UVO met PMA, in het bijzonder de verplichting tot (i) betaling van een opslag van 10% op de premie, (ii) betaling van uitvoeringskosten, en (iii) het in overleg met PMA doen van eventuele incidentele bijdragen. In rov. 3.5.12 oordeelt het hof dat Euronext genoemde financiële verplichtingen jegens VPE c.s. heeft op basis van de *pensioenovereenkomst* omdat de financiële verplichtingen uit de UVO daarin zijn geïncorporeerd. In rov. 3.5.18 gaat het hof in op de vraag in hoeverre de *UVO* een begunstiging (en corresponderend derdenbeding) inhoudt op grond waarvan VPE c.s. nakoming van de financiële verplichtingen van Euronext in de UVO kunnen vorderen. Twee verschillende routes zouden dus leiden tot hetzelfde resultaat.

4.66

Het hof overweegt in rov. 3.5.12 en 3.5.13 het volgende (mijn onderstrepingen):

“3.5.12

Met grief 2 in incidenteel appel stelt VPE c.s. vervolgens ter discussie of *de op Euronext rustende zorgplicht* uitsluitend voortvloeit uit de verplichting uit goed werkgeverschap (7:611 BW), zoals de kantonrechter in overweging 11 heeft geoordeeld. Mede gezien hetgeen hiervoor is overwogen inzake de vierde en vijfde grief in principaal appel, stelt VPE c.s. terecht dat de samenhang tussen de pensioenovereenkomst, de ter uitvoering daarvan gesloten UVO met PMA en de vastlegging van de verplichtingen van PMA tegenover haar (gewezen) deelnemers en gepensioneerden in de pensioenreglementen 2006 en 2012, er toe leidt dat *Euronext - naast de uit goed werkgeverschap voortvloeiende zorgplicht en naast het gebod van gelijke behandeling - op grond van de pensioenovereenkomst gehouden was om aan PMA al die betalingen te (blijven) verrichten die nodig waren om de pensioenovereenkomst na te komen*. Het gaat dan om betaling van (1) de met PMA overeengekomen *premieopslag van 10%* van de verschuldigde premie voor de basispensioenregeling tot dat volledige indexatie, zowel voor de actieven als voor de slapers en gepensioneerden, weer mogelijk zou zijn en kortingen ongedaan zouden zijn gemaakt, (2) *de uitvoeringskosten voor de tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken* en (3) *eventuele andere incidentele betalingen*. Euronext is - naar het hof uit de feitelijke gang van zaken afleidt - op dezelfde grondslagen met haar nieuwe pensioenuitvoerder DL een indexatiedepot overeengekomen waarin zij een eenmalige storting heeft gedaan en Euronext betaalt aan DL alle uitvoeringskosten.

3.5.13

Het door Euronext in het incidentele appel gevoerde verweer dat de verplichtingen uit hoofde van de UVO niet geïncorporeerd zijn in de individuele pensioenovereenkomsten van Euronext of de pensioenreglementen van PMA, gaat niet op omdat Euronext de pensioenovereenkomsten juist nakomt door de afspraken die zij heeft gemaakt in de UVO en daarvan afgeleide afspraken. *Aan die verplichting tegenover VPE c.s. is geen einde gekomen door de opzegging van de UVO met PMA. De voor 1 januari 2014 gewezen werknemers en gepensioneerden, waaronder de leden van VPE, hebben er net als de werknemers, gewezen werknemers en gepensioneerden van Euronext na 1 januari 2014 recht en belang bij dat Euronext zodanige betalingen verricht aan een pensioenuitvoerder (bijvoorbeeld DL) dat de korting van 1,55% op hun pensioenen ongedaan wordt gemaakt en hun indexatieverwachting door die pensioenuitvoerder gestand wordt gedaan op dezelfde wijze als PMA dat zou hebben kunnen doen bij doorlopende ontvangst van de tussen Euronext en PMA overeengekomen betalingen (buiten de premie voor toekomstige opbouw van pensioen en de uitvoeringskosten daarvoor die door Euronext al worden betaald aan DL en in aanvulling op de indexatie koopsommen of premies die Euronext al heeft gestort bij DL). Juist omdat Euronext eenzijdig een einde heeft gemaakt aan die UVO, kan zij tegenover VPE c.s. geen beroep doen op beëindigingsvoorwaarden in de UVO, zoals zij in onderdeel 5 van haar verweer in het incidentele appel doet. Grief 2 in incidenteel appel treft dus doel.*"

4.67

In rov. 3.5.18 overweegt het hof het volgende (mijn onderstrepingen):

"3.5.18

Met de derde grief in incidenteel appel stellen VPE c.s. het oordeel van de kantonrechter onder 12 ter discussie dat VPE c.s. jegens Euronext geen beroep op nakoming toekomt van de UVO's met PMA omdat de leden van VPE geen partij zijn bij de UVO. *Met VPE c.s. is het hof van oordeel dat de UVO's tussen Euronext en PMA een begunstiging inhouden van de deelnemers in de pensioenregelingen, als bedoeld in artikel 6:253 BW*. Euronext miskent in haar verweer dat die begunstiging direct voortvloeit uit het systeem van de PW, dat in beginsel meebrengt dat de werknemers van Euronext, anders dan geoordeeld door de kantonrechter, na aanvaarding van het derdenbeding partij bij de uitvoeringsovereenkomst zijn (art. 6:254 lid 1 BW). *Toetreding door een werknemer tot een pensioenovereenkomst houdt een aanvaarding van het derdenbeding in de UVO in*. Daarom is de pensioenuitvoerder verplicht om de werknemer op te nemen als deelnemer in de pensioenregeling en aan die werknemer pensioenaanspraken toe te kennen conform het van toepassing zijnde pensioenreglement. Al hetgeen Euronext in haar verweer in het incidentele appel naar voren brengt gaat voorbij aan het hiervoor overwogene dat *juiste nakoming van de pensioenovereenkomst tevens inhoudt juiste nakoming van de UVO*. Anders dan Euronext stelt *is Euronext met PMA (aanvullende) betalingsverplichtingen overeengekomen die er toe strekten dat PMA de pensioenovereenkomsten kon uitvoeren. Daarmee is er direct een verband met de nakoming van de voorwaardelijke indexatieregeling in de pensioenovereenkomst, maar ook met de nakoming van de onvoorwaardelijke pensioentoezegging zonder korting van opgebouwde pensioenaanspraken.*"

4.68

Het uitgangspunt van de Pensioenwet is de driehoeksverhouding - de pensioendriehoek - tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder (zie reeds 1.9). De drie bindingen hebben hun eigen grondslag en betreffen verschillende partijen. Er is er geen automatische inhoudelijke binding tussen de ene rechtsbetrekking met de andere.^[68.] Zo is de uitvoeringsovereenkomst specifiek gericht op de uitvoering van de pensioenovereenkomst. De Pensioenwet bevat ook specifiek op de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst toegesneden bepalingen. Een verplicht onderdeel van de uitvoeringsovereenkomst zijn afspraken over de financiering van de pensioenregeling (art. 25 Pw). De Pensioenwet bevat ook bepalingen over de inhoud van de pensioenovereenkomst, maar schrijft niet voor dat de pensioenovereenkomst ook bepalingen omtrent de financiering van de pensioenregeling moet bevatten (art. 10-18 Pw). Voorts staat het werkgever en pensioenuitvoerder vrij om al dan niet afspraken te maken over eventuele bijstortingen (art. 25 lid 2 sub c Pw). Zij kunnen ook niets hierover afspreken. Als over bijstortingsverplichtingen afspraken zijn gemaakt, dienen die in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen te worden. Dat is hier ook gebeurd (zie o.a. 2.15)

4.69

Uit de systematiek van de Pensioenwet vloeit voort dat de uitvoeringsovereenkomst een begunstiging ten behoeve van de werknemer bevat, en dat de werknemer die aanvaardt bij het aangaan van de pensioenovereenkomst.^[69.] De parlementaire geschiedenis bevestigt dat de begunstiging eveneens gezien moet worden als een derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW.^[70.] Dit volgt ook uit de uitvoeringsovereenkomst als verzekeringsovereenkomst, die naar zijn aard de strekking heeft een zelfstandig vorderingsrecht te scheppen voor de begunstigde, en daarom een derdenbeding inhoudt. Steun voor dit standpunt kan worden gevonden in art. 5 Pw, dat enkele bepalingen uit Boek 7 BW over verzekeringsovereenkomsten niet van toepassing verklaart op uitvoeringsovereenkomsten. Op grond van art. 5 Pw wordt onder meer art. 7:969 BW, dat een uitzondering bevat op de algemene regels omtrent de aanvaarding van derdenbedingen ex art. 6:253 lid 3 BW, niet van toepassing verklaard op de uitvoeringsovereenkomst. Hieruit kan worden afgeleid dat de algemene regels van art. 6:253 BW onverkort van toepassing zijn op de uitvoeringsovereenkomst.^[71.]

4.70

De begunstiging ziet met name op de in de uitvoeringsovereenkomst vervatte afspraak over het pensioen - het object van de begunstiging. Ik memoreer in dit verband de onderstaande overweging uit het arrest *DSM/Fox* (mijn onderstrepingen):^[72.]

“4.1

Het gaat in deze zaak om de uitleg van een pensioenreglement. Dit reglement wordt gehanteerd door een pensioenfonds waarvan DSM ten behoeve van haar werknemers onder bepaalde, in dat reglement nader uitgewerkte, voorwaarden *het recht op een pensioenuitkering* heeft bedongen. In de onderhavige zaak heeft de werknemer, [verweerder], *zijn uit deze bepaling voortvloeiende rechten* aanvaard, zodat hij heeft te gelden als *partij bij de tussen de werkgever en het pensioenfonds gesloten overeenkomst* (art. 6:254 lid 1 BW). (...)”

4.71

Het gevolg is dat het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst dan ook met name ten laste zal komen van de pensioenuitvoerder tegen wie de pensioenrechten en -aanspraken ingeroepen kunnen worden. Dat de begunstiging en het daarop aansluitende derdenbeding ook strekt ten aanzien van andere onderwerpen dan de pensioenbegunstiging en/of ten aanzien van de werkgever vloeit niet zonder meer uit de Pensioenwet voort,^[73.] maar kan wel volgen uit een daartoe strekkend, in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen derdenbeding. Of een uitvoeringsovereenkomst een dergelijk derdenbeding bevat zal door uitleg moeten worden vastgesteld. Het gaat er dan om vast te stellen of de verplichting een zelfstandig vorderingsrecht voor de werknemer in het leven beoogt te roepen ten laste van de werkgever, waarvan de werknemer nakoming kan eisen.^[74.] Daarvan is niet reeds sprake wanneer de werknemer een belang heeft bij nakoming van de betreffende verplichting.^[75.] In het bijzonder als het gaat om bijstortingsverplichtingen van een werkgever bij een pensioenfonds waar meerdere werkgevers bij zijn aangesloten en die bijstortingen tot doel hebben het herstel van het eigen vermogen ten behoeve van álle (gewezen) deelnemers en gepensioneerden, is niet zonder meer sprake van een verplichting die tevens een zelfstandig vorderingsrecht voor de individuele (gewezen) deelnemer of gepensioneerde in het leven roept.^[76.]

Bespreking van de klachten

4.72

Onderdelen 8.1 en 8.2 betogen in de eerste plaats dat de UVO is geëindigd en dat Euronext aan al haar uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen heeft voldaan. VPE c.s. kunnen niet op basis van de UVO afdwingen dat Euronext een indexatieregeling voor hen creëert en financiert. Er is geen grondslag voor incorporatie van die verplichtingen in de pensioenovereenkomst. VPE c.s. kunnen dat dus ook niet afdwingen. De pensioenovereenkomst is door het gewijzigde pensioenreglement na de collectieve waardeoverdracht aan DL gewijzigd en het nieuwe reglement bevat geen indexatieregeling.^[77.] Een grondslag voor betaling ontbreekt daarom. Derhalve is het bestreden oordeel van het hof rechtens onjuist.

4.73

Daarnaast richt het middel een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.5.12. Dat oordeel zou onbegrijpelijk zijn in het licht van de stelling van Euronext dat de contractuele betalingsverplichtingen jegens PMA niet in de pensioenovereenkomsten zijn geïncorporeerd. Bovendien heeft Euronext aangevoerd dat geen financiële verplichting voor het indexatieperspectief bestaat. Het hof heeft geen inzicht geboden in zijn gedachtegang waarom de pensioenovereenkomsten desalniettemin tot die betalingen zouden verplichten.

4.74

Zowel de rechtsklacht als de motiveringsklacht slaagt.

4.75

In de eerste plaats miskent het hof het karakter van de genoemde financiële afspraken uit de UVO. Zowel de betaling van de premieopslag van 10% als de incidentele stortingen had tot doel de geleidelijke opheffing van het dekkingstekort van PMA. De UVO is nadien geëindigd door het aflopen van de contractstermijn en PMA is geliquideerd. Euronext heeft € 665.000,- aan PMA betaald als bijdrage in de beëindigingskosten. Er is daarom geen dekkingstekort meer dat opgeheven dient te worden. Voorts maakt PMA geen uitvoeringskosten meer die moeten worden betaald. Niet valt dan in te zien waarin Euronext nog steeds gehouden zou zijn tot nakoming van de in de beëindigde UVO opgenomen financiële verplichtingen met betrekking tot het inmiddels geliquideerde pensioenfonds PMA.

4.76

Ook als die financiële verplichtingen het eindigen van de UVO en de liquidatie van PMA overleefd zouden hebben, valt niet in te zien waarom die verplichtingen zouden zijn geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. Dat de met VPE c.s. gesloten pensioenovereenkomst bepalingen bevat die strekken tot een inhoudelijke koppeling met de UVO en de daarin vervatte financiële verplichtingen - bijvoorbeeld door opneming van een incorporatiebeding in de pensioenovereenkomst - is door het hof niet vastgesteld, en daarvan is ook overigens niet gebleken.^[78.] Van een incorporatie van financiële afspraken uit de UVO in de pensioenovereenkomst van rechtswege is evenmin sprake. Het door de Pensioenwet gecreëerde onderscheid tussen uitvoering en financiering van de pensioenregeling en de nakoming van de pensioenovereenkomst, brengt met zich dat afspraken tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder in een uitvoeringsovereenkomst niet automatisch de werkgever en de werknemer bij de pensioenovereenkomst bindt. De afspraken in de UVO zien op de specifieke relatie tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder. Dat de pensioenuitvoerder en werkgever bij het opstellen van de uitvoeringsovereenkomst acht slaan op de pensioenovereenkomst, betekent evenmin dat (alle) bepalingen uit die uitvoeringsovereenkomst onderdeel zouden worden van de pensioenovereenkomst.^[79.]

4.77

Het hof motiveert voorts mijns inziens onvoldoende welke verplichtingen in de pensioenovereenkomst dan nagekomen zouden worden als Euronext haar aangegane financiële verplichtingen uit de UVO zou blijven nakomen. Voor zover deze financiële verplichtingen zien op nakoming van de indexatieregeling in de pensioenovereenkomst is het oordeel onbegrijpelijk, of althans innerlijk tegenstrijdig, nu het hof zelf oordeelt dat voor indexaties geen geld werd gereserveerd en ook geen pensioenpremie werd betaald omdat zij alleen uit beleggingsrendementen konden worden gefinancierd (rov. 2.6-2.10 en 2.12).^[80.] Niet valt dan in te zien waarom nakoming van die verplichting voortzetting van de financiële verplichtingen uit de UVO met zich brengt. Dit geldt eens te meer ten aanzien van de afspraken tot betaling van de premieopslag en de

incidentele betalingen (de verplichtingen onder (1) en (3) in de aangevallen rechtsoverweging 3.5.12). Dit zijn in essentie bijstortingsverplichtingen die (onverplicht) zijn overeengekomen toen PMA in een tekortsituatie verkeerde.

4.78

Onderdeel 8.3 betoogt dat het oordeel ook om een andere reden onbegrijpelijk is. Euronext heeft namelijk gesteld dat (i) de UVO haar niet verplicht om incidentele betalingen te doen, (ii) in de UVO niet staat dat aanvullend moet worden betaald voor uitvoeringskosten, en (iii) de betalingsverplichtingen in verband met de opslag van 10% geen verband houden met indexatieperspectief omdat dit verband houdt met het herstel van het vereiste eigen vermogen. Niet valt dan in te zien waarom de pensioenovereenkomsten een verplichting tot betaling van deze bedragen inhouden om een indexatieperspectief te creëren.

4.79

Na de voorafgaande klachten hoeft deze klacht geen behandeling.

4.80

Onderdeel 8.4 is een voortbouwklacht die slaagt gelet op het voorgaande.

4.81

Onderdeel 13 is gericht tegen rov. 3.5.18 (zie 4.67) en stelt aan de orde of VPE c.s. de financiële verplichtingen in de UVO kunnen afdwingen op de grond dat de UVO een daartoe strekkend derdenbeding bevat ten gunste van VPE c.s..

4.82

Het onderdeel valt uiteen in drie subonderdelen die met diverse rechts- en motiveringsklachten betogen dat VPE c.s. geen nakoming van de financiële verplichtingen van Euronext in de UVO met PMA kunnen vorderen. Die UVO is immers beëindigd. Bovendien hebben VPE c.s. niet jegens Euronext recht op nakoming van de UVO omdat dat contractueel moet zijn vastgelegd en dat is niet gebeurd. Ook hebben VPE c.s. de begunstiging en het derdenbeding uit de UVO niet aanvaard door aanvaarding van de pensioenovereenkomst of de pensioenreglementen, aldus de klacht.^[81.]

4.83

De klacht slaagt gelet op wat ik zojuist onder 4.69-4.71 heb opgemerkt. De uit het systeem van de Pensioenwet voortvloeiende begunstiging in de UVO strekt zich niet uit tot de financiële verplichtingen van Euronext tegenover PMA op grond van de UVO, tenzij de UVO een derdenbeding ten gunste van VPE c.s. bevatte dat ertoe strekte aan hen een zelfstandig vorderingsrecht jegens Euronext te verschaffen. Daarvan is niet gebleken, en ook uit het oordeel van het hof blijkt daarvan niet.

4.84

Het hof onvoldoende heeft onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven waarom na het aflopen van de contractuele termijn van de UVO op 31 december 2013 en de liquidatie van PMA, Euronext nog steeds gehouden was tot nakoming van de in die beëindigde overeenkomst opgenomen financiële verplichtingen. In het bijzonder geeft het hof geen inzicht in zijn gedachtegang waarom die verplichtingen nog moeten worden nagekomen nu die verplichtingen specifiek waren afgestemd op de financiële situatie van PMA, tot doel hadden het dekkingstekort te verhelpen, en PMA inmiddels geliquideerd is.

4.85

Het betoog van Euronext dat VPE c.s. de begunstiging en het derdenbeding in de UVO niet hebben aanvaard miskent dat die aanvaarding besloten ligt in het aangaan van de pensioenovereenkomst.

4.86

Onderdeel 14 is een voortbouwklacht die eveneens slaagt.

Onderdelen 9-10 - VPE c.s. hebben geen schade geleden (rov. 3.5.14)

4.87

De *onderdelen 9 en 10* richten zich tegen het oordeel van het hof dat voldoende aannemelijk is dat VPE c.s. schade hebben geleden. *Onderdeel 9* ziet op de verwerping door het hof van een interpretatie van Euronext

van een deskundigenrapport. Het hof overweegt in rov. 3.5.14:

“3.5.14

Met grief 2 in principaal appel bestrijdt Euronext dat er sprake is van schade als gevolg van de beëindiging van de UVO. VPE c.s. stellen daartegenover terecht dat het voor de toewijzing van een vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat voldoende is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Die mogelijkheid is voldoende aannemelijk. Euronext gaat er in haar betoog ten onrechte aan voorbij dat bij ongestoorde voortzetting van de UVO zij jaarlijks 10% van de jaarlijkse premie had moeten voldoen aan PMA tot de dekkingsgraad was hersteld, waardoor er perspectief zou komen op indexatie uit het eigen vermogen boven de TV en het MVEV, zoals VPE c.s. hebben gesteld. Volgens het geldende indexatiebeleid zou PMA immers al gedeeltelijke indexaties hebben verleend op de opgebouwde pensioenaanspraken van de actieven (loonindex) en van de slapers en op de pensioenrechten van de gepensioneerden (prijsindex tot maximaal 6%) bij een dekkingsgraad boven 105%. Totdat het volledige vereist eigen vermogen (VEV) zou zijn bereikt moest Euronext 10% premieopslag betalen, ook als het overrendement van PMA zou worden gebruikt voor (gedeeltelijke) indexering. Door de beëindiging van de UVO en het niet overeenkomen van een alternatief met DL, heeft Euronext de kans op overrendement en daarmee de mogelijkheid tot indexatieverlening tot nihil teruggebracht. Euronext stelt dat al voor 1 januari 2014 duidelijk was dat PMA niet kon herstellen, maar die stelling heeft zij niet onderbouwd. VPE c.s. stelt terecht dat als Euronext zich had gehouden aan de verplichtingen uit de pensioenovereenkomsten (2006 en 2012) en de ter uitvoering daarvan gesloten UVO, het indexatieperspectief zou zijn blijven bestaan. Het illusoir maken van dat indexatieperspectief door beëindiging van de UVO kan leiden tot schade.”

4.88

Onderdeel 9 klaagt dat deze beslissing onbegrijpelijk is omdat uit de door Euronext overgelegde ALM studies van Sprenkels & Verschuren blijkt dat het indexatieperspectief bij PMA te verwaarlozen was als de UVO niet zou zijn beëindigd, mede omdat PMA pensioenkortingen door had moeten voeren (wat DL als pensioenverzekeraar niet kan doen). Per saldo zouden VPE c.s. slechter af zijn geweest.^[82.]

4.89

Indien uw Raad concludeert dat de onderdelen 4 en/of 8, 13-14 *niet slagen*, dan blijft de basis voor het dictum onder b. in het eindarrest in stand. In dat geval faalt deze klacht wegens gebrek aan belang. Het hof oordeelt in rov. 3.5.14 dat deze overweging enkel ziet op de aannemelijkheid van schade in verband met de verwijzing naar de schadestaatprocedure. Evenwel vernietigt het hof de door de kantonrechter uitgesproken veroordeling tot betaling van schadevergoeding en verwijzing naar de schadestaatprocedure. Er was immers geen reden Euronext daartoe te veroordelen nu de subsidiaire vordering van VPE c.s. is toegewezen (eindarrest, rov. 2.21).

4.90

Indien uw Raad daarentegen van oordeel is dat de onderdelen 4 en/of 8, 13-14 *wél slagen*, zoals naar mijn mening het geval is, dan ontvalt daarmee de basis voor het dictum onder b. en heeft Euronext belang bij de vraag of schade voldoende aannemelijk in verband met een eventuele verwijzing naar de schadestaat na vernietiging en verwijzing. Tegen deze achtergrond bespreek ik de klacht.

4.91

De klacht faalt. Het gaat in rov. 3.5.14 enkel om de vraag of de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk is.^[83.] Het oordeel of dat zo is, is feitelijk van aard en kan in cassatie enkel op begrijpelijkheid worden getoetst.

4.92

Uit het deskundigenrapport van Sprenkels & Verschuren blijkt dat er (veel) scenario's zijn waarbij het pensioenresultaat bij voortzetting van de UVO met PMA slechter zou zijn dan bij de collectieve waardeoverdracht aan DL. Sprenkels & Verschuren heeft de scenario's onderzocht waarin PMA als gesloten fonds en als open fonds door zou gaan. VPE c.s. hebben hun bezwaren tegen dit rapport kenbaar gemaakt en, onder meer, bezwaren aangevoerd tegen de bevindingen, onderzoeksvragen, horizon, uitgangspunten en de aannemelijkheid van bepaalde scenario's. ^[84.] Euronext heeft zelf in appel onderkend dat uit het rapport van Sprenkels & Verschuren blijkt dat er in het (hypothetische) geval van voortzetting van de UVO tussen Euronext en PMA, alsook bij voortzetting van PMA als gesloten fonds, scenario's zijn - weliswaar verhoudingsgewijs ^[85.]

weinig - waarbij het pensioenresultaat bij PMA beter zou zijn dan bij DL. In het licht daarvan is niet onbegrijpelijk dat het hof, in deze fase van het geding, de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft geacht. Daarmee faalt de klacht.

4.93

Onderdeel 10 richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.5.15) dat (publiekrechtelijke) regels uit het financieel toetsingskader voor pensioenfondsen die beperkingen stellen aan indexatie niet in de beoordeling dienen te worden betrokken omdat zij dateren van na 1 januari 2014. Het hof overweegt:

“3.5.15

Euronext heeft kennelijk onderkend dat haar actieve werknemers (ook) schade zouden ondervinden en daarvoor een oplossing getroffen. Zoals het hof heeft overwogen onder 3.5.4, overtreedt Euronext met die oplossing het gebod van artikel 58 PW. De in 5.8 en 5.9 van de MvG door Euronext geciteerde dwingendrechtelijke regels voor indexatie (artikel 15 Besluit FTK), die de kans op indexatie zouden beperken, dateren van na 2014 en waren derhalve niet van toepassing in 2012/2013, zodat Euronext daar geen beroep op kan doen. Grief 2 in principaal appel faalt.”

4.94

Onderdeel 10.1 betoogt dat dit oordeel onjuist, dan wel onbegrijpelijk is omdat VPE c.s. zich voor hun vordering tot schadevergoeding met name baseren op de schade die zij vanaf 2015 zouden lijden vanwege het missen van een indexatieperspectief dat vanaf dat moment zou hebben bestaan.

4.95

Bij ongegrondbevinding van de klachten in de onderdelen 4 en/of 8, 13 en 14 faalt ook deze klacht faalt bij gebrek aan belang op dezelfde grond als onderdeel 9 (zie 4.89).

4.96

Ook als uw Raad oordeelt dat de onderdelen 4 en/of 8, 13 en 14 wél doel treffen, zoals naar mijn mening het geval is, faalt de klacht bij gebrek aan belang. De dwingendrechtelijke regels waarnaar Euronext verwijst staan er niet als zodanig aan in de weg staan dát indexatie wordt verleend. Deze regels stellen striktere voorwaarden waaraan het eigen vermogen van een pensioenfonds moet voldoen, wil het kunnen overgaan tot indexeren. In het oordeel van het hof ligt besloten dat bij voortzetting van de UVO aan die voorwaarden zou zijn voldaan.

4.97

Onderdeel 10.2 stelt dat de twee-conclusieregel is geschonden omdat VPE c.s. de (uitgangspunten en onderzoeksvraag van de) studie van Sprenkels & Verschuren pas bij pleidooi in hoger beroep gemotiveerd hebben betwist.

4.98

Deze klacht faalt. VPE c.s. hebben reeds bij memorie van antwoord in principaal appel^[86.] een eerste voorlopige reactie op het rapport gegeven met de strekking dat daaruit blijkt dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Vervolgens heeft VPE c.s. bij akte van 8 november 2017 een uitgebreider commentaar op het rapport in het geding gebracht, welke akte door het hof is toegelaten.^[87.] Bovendien heeft Euronext bij pleidooi daarop gereageerd.^[88.]

4.99

Onderdeel 10.3 is een voortbouwklacht die faalt gelet op het voorgaande.

Onderdeel 11 - Er bestaat geen causaal verband tussen het handelen van Euronext en de schade van VPE c.s. (rov. 3.5.16)

4.100

Onderdeel 11 is gekant tegen het oordeel van het hof (rov. 3.5.16) dat een causaal verband bestaat tussen het handelen van Euronext en de schade van VPE c.s.:

“3.5.16

Met haar derde grief voert Euronext aan dat de kantonrechter in zijn oordeel ten onrechte is uitgegaan van een causaal verband tussen het besluit van Euronext om de UVO te beëindigen en niet te kiezen voor een waardeoverdracht naar haar nieuwe pensioenuitvoerder DL en het verloren gaan van het indexatieperspectief. Volgens Euronext is dat perspectief verloren gegaan door het liquidatiebesluit van PMA en het besluit van

PMA tot een [collectieve waardeoverdracht] aan DL. Hiervoor is reeds overwogen dat de besluiten van Euronext om (i) de UVO met PMA niet te continueren (maar in zee te gaan met DL), (ii) de opgebouwde pensioenaanspraken van al haar (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden niet te laten overdragen aan DL en (iii) een indexatieregeling in stand te houden voor haar per 1-1-2014 aanwezige actieven, onaanvaardbare wijzigingen inhouden van de pensioenovereenkomsten. Ten gevolge van die beslissingen werd PMA, zoals VPE c.s. ook heeft gesteld, gedwongen te besluiten tot liquidatie en tot [collectieve waardeoverdracht] aan DL. Euronext weigerde immers nog langer (herstel)betalingen te verrichten en de uitvoeringskosten te betalen zoals in de UVO overeengekomen. Ook de derde grief van Euronext faalt.”

4.101

Onderdeel 11.1 betoogt dat dit oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk is. Onderzocht moet namelijk worden of het indexatieperspectief in stand zou zijn gebleven indien het besluit tot beëindiging van de UVO niet zou zijn genomen. Als de schade ook in dat geval zou zijn ontstaan omdat geen reële kans op indexatie bestond, ontbreekt het causaal verband. Deze vraag heeft het hof niet onderzocht. Het hof herhaalt slechts waarom Euronext de UVO niet mocht beëindigen en dat die beëindiging leidde tot de waardeoverdracht aan DL. Euronext heeft onderbouwd dat ook als de UVO was voorgezet, geen reële kans bestond op indexatie.

4.102

Onderdeel 11.2 voegt daaraan toe dat het oordeel onjuist en onbegrijpelijk is omdat de dekkingsgraad van PMA voldoende was om als gesloten fonds door te gaan, waarmee collectieve waardeoverdracht kon worden vermeden. Het hof maakt niet duidelijk waarom bij voortzetting van PMA als gesloten fonds indexatieperspectief zou zijn blijven bestaan.

4.103

Voor de beoordeling van het causaal verband in de zin van een *condicio sine qua non* verband dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie (de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen) en de hypothetische situatie zonder de onrechtmatige gedraging (de vaststelling van hetgeen zou zijn gebeurd zonder de normschending).^[89.]

4.104

De normschending waar het hof het causaal verband op baseert is de beëindiging van de UVO in het kader waarvan Euronext zich had gecommitteerd tot het verstrekken van aanvullende financiering. De feitelijke situatie is dat de pensioenrechten en -aanspraken van VPE c.s. niet kunnen worden geïndexeerd omdat PMA geen indexatieregeling kon overeenkomen met DL. Het oordeel van het hof houdt in dat, in de hypothetische situatie waarin de normschendingen van Euronext worden weggedacht, het vermogen van PMA zich voldoende zou hebben hersteld zodat er weer zicht zou komen op indexatie van de pensioenrechten en -aanspraken van VPE c.s. Het hof heeft aannemelijk geacht dat voortzetting van de financiële verplichtingen tot herstel van het vermogen van PMA had geleid, als gevolg waarvan kon worden geïndexeerd. In het licht daarvan is het oordeel van het hof dat er een causaal verband bestaat tussen die schade en het handelen van Euronext - wat in feite neerkomt op het onmogelijk maken van herstel van het vermogen van PMA - niet onbegrijpelijk. Dat PMA in reactie op het handelen van Euronext de schade heeft ‘verzegeld’ door over te gaan tot collectieve waardeoverdracht op grond van art. 84 Pw doorbreekt niet het causaal verband tussen de schade en het handelen van Euronext.

4.105

Daarmee faalt het onderdeel bij gebrek aan feitelijk grondslag omdat het hof juist wél heeft onderzocht of het indexatieperspectief in stand zou zijn gebleven indien het besluit tot beëindiging van de UVO niet zou zijn genomen. Uit het oordeel van het hof in rov. 3.5.14 volgt immers dat bij continuering van de UVO het voorwaardelijk recht op indexatie behouden bleef en dat bij voortzetting van de financiële verplichtingen in de UVO het vermogen van PMA zich op enig moment voldoende zou hebben hersteld en dat indexatie weer mogelijk werd. Het hof heeft de studies van Sprenkels & Verschuren bij dat oordeel betrokken zoals het hof toelicht in rov. 2.2.4 van het eindarrest.

4.106

Onderdeel 12 bouwt voort op het voorgaande en faalt.

Onderdelen 15 t/m 20 - de klachten gericht tegen het eindarrest

Inleiding

4.107

Hiermee ben ik aangeland bij de onderdelen van het middel die tegen het eindarrest zijn gericht. De verwijzingen hierna zien op overwegingen uit dat arrest, tenzij anders vermeld.

4.108

Ik stel het volgende voorop. In het dictum van het eindarrest heeft het hof Euronext veroordeeld (onder (a)) om een zodanig bedrag aan DL te betalen dat de pensioenrechten en de pensioenaanspraken van de leden van VPE met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014 worden verhoogd met 1,55% van het bruto-pensioen en (onder b)) vanaf 1 januari 2014 alsnog van jaar tot jaar worden verhoogd met de door de Pensioencommissie vastgestelde of nog vast te stellen toeslagen. Naar ik begrijp moet Euronext de onder (a) genoemde betaling verrichten in de vorm van een storting en de onder (b) genoemde betaling in de vorm van een jaarlijkse premieopslag van 8,52%.^[90.] Ik begrijp het zo dat de grondslag voor de betaling onder (b) de veronderstelde schending van art. 58 Pw is.

4.109

Op basis van de UVO 2007-2012 en 2012-2013 is zowel ten aanzien van het reservetekort als het dekkingstekort bepaald dat Euronext de opslag diende te betalen “*zolang het pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert*”. De opslag op de premie was overeengekomen in het kader van het langetermijnherstelplan, dat was opgesteld ter herstel van het reservetekort. Op 1 januari 2014 is PMA in liquidatie gegaan. Vanaf die datum zijn uitgewerkt de afspraken die sedert 2008 tussen PMA en Euronext zijn gemaakt om de vermogenspositie van PMA te versterken en was ook het herstelplan niet langer van toepassing. Mij lijkt niet goed mogelijk dat betalingsverplichtingen voor de periode na 1 januari 2014 kunnen worden gebaseerd op niet meer bestaande afspraken uit de periode daarvoor. Nu het hof de jaarlijkse premieopslag van 8,25% onderbouwt als zijnde het *pro rata* aan de gepensioneerden en gewezen deelnemers toebehorende deel van de premieopslag van 10% uit de UVO met PMA, berust die premieopslag mijns inziens op een onjuiste grondslag.

Bespreking van de klachten

4.110

Onderdeel 15 richt zich tegen rov. 2.2.3:

“2.2.3.
Voor zover Euronext met haar stelling, dat beoordeling van de schending van artikel 58 Pw buiten de grenzen van het geschil valt, bedoeld heeft het hof te verzoeken terug te komen van een bindende eindbeslissing wordt dit verzoek niet gehonoreerd aangezien hiervoor geen aanleiding bestaat. In paragraaf 4.38 van de memorie van antwoord in principaal appel hebben VPE c.s. een beroep gedaan op schending van het gebod van artikel 58 Pw:

‘ Verder kan een dergelijke handelwijze in strijd komen met artikel 58 lid 1 en 3 Pw. Zodra pensioengerechtigden, die op 1 januari 2014 nog actieve deelnemers waren, een toeslag krijgen, die, zoals hiervoor geconstateerd, ook betrekking heeft op de pensioenaanspraken die onder de PMA-regeling zijn opgebouwd, dienen de slapers die voor 1 januari 2014 geen dienstverband meer hadden met EA, op de voet van artikel 58 lid 3 Pw ook eenzelfde toeslag te ontvangen.’

In de memorie van grieven in incidenteel appel heeft VPE c.s. gesteld dat de hoofdstukken van de memorie van antwoord in principaal appel als herhaald en ingelast dienden te worden beschouwd. VPE c.s. hebben zich dus ook in incidenteel appel beroepen op toepassing van artikel 58 Pw.”

4.111

Het onderdeel betoogt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door het verweer van VPE c.s. ten onrechte aan te vullen met een beroep op art. 58 Pw. VPE c.s. hebben weliswaar gesteld dat hun stellingen in het verweer tegen het principale appel als herhaald en ingelast moeten worden beschouwd en in het principaal appel geconcludeerd tot verwerping, zij hebben in het incidentele appel uitsluitend gegriefd

tegen rov. 11 en 12 van het vonnis van de kantonrechter dat VPE geen derde partij is bij de UVO tussen Euronext en PMA. Daarin valt niet te lezen dat VPE c.s. ook in dit verband een beroep hebben gedaan op ongelijke behandeling als verboden in art. 58 Pw.

4.112 De klacht faalt. VPE c.s. hebben in eerste aanleg, onder meer, aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat Euronext tekort is geschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst, en zich niet heeft gedragen als goed werkgever. Ter ondersteuning hiervan hebben VPE c.s. zich beroepen op de ongelijke behandeling tussen VPE c.s. en de actieven voor wat betreft het indexatieperspectief ten aanzien van de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken.^[91.] De kantonrechter heeft de door VPE c.s. gevorderde verklaring voor recht dat Euronext toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst toegewezen en aannemelijk geacht dat VPE c.s. schade hebben geleden. Euronext heeft vervolgens zelf dit oordeel bestreden in het principale appel, in welk verband VPE c.s. wederom de ongelijke behandeling tussen de actieven en VPE c.s. aan de orde hebben gesteld.^[92.] VPE c.s. hebben bij de bespreking van de gestelde wanprestatie door Euronext verwezen naar art. 58 Pw.^[93.] Voorts hebben VPE c.s. ook in de toelichting op hun tweede incidentele grief uitdrukkelijk gewezen op de ongelijke behandeling en verzocht hun verweren in het principaal appel als herhaald en ingelast te beschouwen.^[94.] In het bijzonder schrijven VPE c.s. onder 6.12 van hun memorie van grieven in incidenteel appel dat Euronext voor de actieven € 4,7 miljoen in een indexatiedepot heeft gestort, en dat Euronext gehouden is een vergelijkbare storting ten behoeve van VPE c.s. te doen. In het licht van het bovenstaande maakte de toelaatbaarheid van het verschil in behandeling tussen VPE c.s. en de actieven voor wat betreft de indexatie van de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken, en in het verlengde de vraag of art. 58 Pw was geschonden, onderdeel uit van de omvang van het geschil in het principaal en incidenteel appel. Het hof is niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.^[95.]

4.113
De klacht faalt.

4.114

Onderdeel 16 richt zich tegen rov. 2.5 en 2.6:

“2.5.

Het hof zal eerst de vraag of en, zo ja, in hoeverre de oorspronkelijke verplichting van Euronext tot betaling van de uitvoeringskosten van PMA boven twee procent van de voorziening pensioenverplichtingen, zoals het hof heeft overwogen in overweging 3.5.7 van het tussenarrest, voldoende grondslag biedt om de korting van 1,55 procent ongedaan te maken door betaling door Euronext van een geldbedrag in eens aan DL, dan wel aan een andere pensioenuitvoerder. Euronext heeft in haar akte op de desbetreffende vraag geantwoord dat de eenmalige koopsom voor het ongedaan maken van de korting voor alle deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden naar de peildatum van 1 januari 2014 € 3.415.146,- bedraagt of 2,53 procent van de op die datum aan DL overgedragen technische voorziening. Op de door Euronext aan DL gestelde vraag over de kosten van beheer en uitvoering die DL heeft verwerkt in de aan PMA in rekening gebrachte koopsom, heeft DL Euronext geantwoord (blijkens de als productie 24 bij de nog genomen akte in het geding gebrachte e-mail van 20 juni 2019):

“ dit moment is niet voor ons te achterhalen welke koopsom voor uitvoeringskosten bij de collectieve waardeoverdracht in rekening is gebracht. Wij kunnen daarom ook niet bevestigen dat dat 2% van de technische voorziening is geweest.”

VPE c.s. stellen in hun tweede antwoordakte dat de actuaris van PMA van mening was dat de wettelijk voorgeschreven opslag voor beheer- en uitvoeringskosten, zonder garantie van Euronext voor de kosten boven twee procent van de technische voorziening, moest worden verhoogd met drie procent van twee procent naar vijf procent. Verzekeraars verlangen - in lijn met Solvabiliteit II - een dekkende opslag voor de toekomstige beheer- en uitvoeringskosten. VPE c.s. stellen vervolgens dat het aannemelijk is dat DL ook ten minste rekening heeft gehouden met een opslag van vijf procent voor beheers- en uitvoeringskosten. Bovendien brengen verzekeraars een garantie- en solvabiliteitsopslag in rekening en moeten verzekeraars ook rekening houden met het feit dat in hun (beklemd) eigen vermogen solvabiliteitsmarges moeten worden aangehouden. Het hof acht het met VPE c.s. aannemelijk dat DL aanzienlijk meer kosten in rekening heeft

gebracht dan 4,53 procent (twee procent plus 2,53 procent), respectievelijk vijf procent van de van PMA overgenomen technische voorziening. Op basis daarvan is het hof van oordeel dat in het geval Euronext zou hebben voldaan aan haar verplichting in de UVO met PMA om de opslag van 2 procent van de voorziening aan te vullen tot ten minste 5 procent van de voorziening, zoals het hof heeft overwogen in overweging 3.5.7 van het tussenarrest, de korting van 1,55 procent ongedaan zou zijn gemaakt. Dat de in 2020 aan een pensioenuitvoerder te betalen koopsom voor de onvoorwaardelijke inkoop van 1,55 procent van de pensioenaanspraken en pensioenrechten van alle deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden per 31 december 2013, inclusief de nabetaling van de vóór, op of na 1 januari 2014 ingegane uitkeringen, naar verhouding veel duurder is dan 2,53 procent van de overgedragen technische voorziening, moet voor rekening en risico van Euronext komen. Anderzijds ziet het hof geen reden om daarnaast nog rekening te houden met een eventueel voordeel voor Euronext omdat de compensatie voor de kostenopslag wordt beperkt tot 2,53 procent van de aan DL overgedragen technische voorziening in plaats van tot 3 procent. Hoewel de vordering van VPE c.s. zich mede uitstrekt tot de reparatie van pensioenaanspraken en pensioenrechten van anderen dan de leden van VPE, acht het hof het - net zoals de kantonrechter - juist de veroordeling te beperken tot de reparatie van de pensioenaanspraken van de leden van VPE (waaronder [verweerder 2] c.s.) en het aan Euronext over te laten of zij ook de schade van andere gerechtigden repareert uit het restant van de genoemde ruimte van (ten minste) 3 procent van de door PMA aan DL overgedragen technische voorziening.

2.6.

Het hof zal Euronext daarom veroordelen de volledige korting van 1,55 procent ongedaan te maken door betaling van een zodanig geldbedrag aan DL dan wel aan een andere pensioenuitvoerder dat de bij DL verzekerde door PMA overgedragen pensioenaanspraken en pensioenrechten van de op 1 januari 2014 voormalige werknemers van (de rechtsvoorgangers van) Euronext (de oud-deelnemers) die lid zijn van VPE, waaronder [verweerder 2] c.s., met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014 kunnen worden verhoogd met 1,55 procent, daaronder begrepen directe uitbetaling van het niet genoten (hogere) pensioen over de periode van 1 januari 2014 tot de datum van betaling.”

4.115

Onderdeel 16 valt deze rechtsoverwegingen aan als onbegrijpelijk omdat niet valt te achterhalen welke koopsom voor uitvoeringskosten bij de collectieve waardeoverdracht in rekening is gebracht en of dat 2% van de TV is geweest. Uit de mededelingen van DL blijkt niet dat 5% van de uitvoeringskosten is verwerkt in de koopsom of dat een tekort van 3% is afgewenteld op VPE c.s. door de pensioenkorting van 1,55%.

4.116

Het hof heeft het aannemelijk geacht dat de korting van 1,55% het gevolg is van het feit dat het vermogen van PMA ontoereikend was om de door DL in rekening gebrachte uitvoeringskosten te dekken. Het vermogen van PMA diende kennelijk 104,53% van het eigen vermogen te bedragen en het hof heeft aannemelijk geacht dat DL meer dan 4,53% respectievelijk 5% in rekening heeft gebracht aan kosten zodat de korting van 1,55% gevoeglijk kon worden toegeschreven aan de te lage kostenopslag bij PMA waar Euronext voor verantwoordelijk was. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk.

4.117

De stelling van Euronext dat DNB er op toeziet dat een toereikende vergoeding wordt betaald doet daar niet aan af, nu het oordeel niet gaat over de toereikendheid van de vergoeding maar enkel over de vraag in hoeverre de door DL in rekening gebrachte kosten tot een korting hebben geleid.

4.118

Het onderdeel faalt.

4.119

Onderdeel 17 valt rov. 2.13 aan, dat luidt:

“2.13.

Het hof is, los van de vaststelling hiervoor in overweging 2.2.4 dat de ALM studies van S&V geen betrekking hebben op de feiten en omstandigheden in aanloop naar de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst in 2013 en de in 2013 geldende pensioenwetgeving, met VPE c.s. van oordeel dat Euronext over het hoofd ziet dat zij zich volgens de aanvullende afspraak met PMA in 2008 verplichtte om 10 procent opslag op de premie te betalen zo lang PMA in reservetekort verkeerde en PMA pas geen reservetekort meer zou hebben als zij

kon beschikken over een vermogen van 126,9 procent van de technische voorziening (voorziening honderd procent plus vereist eigen vermogen 26,9 procent).”

4.120

Het onderdeel, dat in twee subonderdelen uiteenvalt, betoogt samengevat dat de betalingsverplichting ten aanzien van de opslag beperkt was tot herstel van de TV tot 108,1%, en dus niet tot 126,9%.

4.121

Aldus stelt het onderdeel de door het hof gegeven uitleg van de UVO aan de orde. Dit is cassatie slechts beperkt toetsbaar. Op basis van de UVO 2007-2012 en 2012-2013 is zowel ten aanzien van het reservetekort als het dekkingstekort bepaald dat Euronext de opslag diende te betalen “*zolang het pensioenfonds in een tekortsituatie verkeert*”. Voorts is de opslag op de premie specifiek overeengekomen in het kader van het langetermijnherstelplan, dat is opgesteld ter herstel van het reservetekort. Van een reservetekort was sprake (zoals het hof vaststelt in rov. 2.11) wanneer het pensioenfonds een dekkingsgraad had tussen de 104,3% en 126,9%.^[96.] Bij TV van 108,1% verkeert het fonds nog steeds in de tekortsituatie waarvoor de premieopslag was voorzien. In dat licht is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.

4.122

Het onderdeel klaagt verder dat VPE c.s. de studie van Sprenkels & Verschuren pas bij pleidooi en niet in de memorie van antwoord in principaal appel hebben betwist en daarom sprake zou zijn van strijd met de twee conclusie-regel.

4.123

De klacht faalt op dezelfde gronden als onderdeel 10.2 en in de context van deze rechtsoverweging ook wegens gebrek aan belang, nu het hof ook zonder de stellingen van VPE c.s. tot dezelfde beoordeling kon komen.

4.124

Het onderdeel faalt.

4.125

Onderdeel 18 richt zich tegen rov. 2.17 en 2.19, waarin het hof overweegt:
“2.17.

Gegeven de oorspronkelijke afspraken met PMA inzake de jaarlijkse betaling van 10 procent van de jaarpremie voor de opbouw in enig jaar, door Euronext begroot op € 170.000,- per jaar, dient volgens de eigen berekening van Euronext 14,8 procent van die premie te worden toegerekend aan haar deelnemers op 1 januari 2014. Dat betekent dat jaarlijks 85,2 procent van 10 procent van de premie, door DL in rekening gebracht voor de opbouw van pensioenaanspraken voor de deelnemers van Euronext die op 1 januari 2014 nog in dienst waren, beschikbaar is voor de toeslagverlening volgens de besluitvorming door de Pensioencommissie. Daarbij benadrukt het hof dat het verlenen van toeslagen op de pensioenaanspraken en pensioenrechten van VPE c.s. moet geschieden op de data en met gelijke percentages als Euronext na een bindend advies van de Pensioencommissie heeft besloten of zal besluiten om aan haar na 1 januari 2014 uit dienst getreden gewezen deelnemers en gepensioneerden toeslagen te verlenen op hun pensioenaanspraken en pensioenrechten, ongeacht of die pensioenaanspraken en pensioenrechten zijn opgebouwd vóór of na 1 januari 2014. Gegeven het voorwaardelijke karakter van die toeslagverlening aan (de leden van) VPE c.s. en de overige gewezen deelnemers en gepensioneerden die voor 1 januari 2014 uit dienst zijn getreden en de onduidelijkheid en onzekerheid hoeveel additionele middelen DL daarvoor nodig heeft buiten de middelen in het toeslagdepot, acht het hof het redelijk de verplichting van Euronext, voor zover relevant met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014, te beperken tot het storten van aanvullende middelen op de tijdstippen waarop zodanige toeslagen naar het onafhankelijk oordeel van de Pensioencommissie zijn en zullen worden verleend ten laste van het toeslagdepot aan de na 1 januari 2014 uit dienst getreden (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Het hof zal de cumulatieve verplichting van Euronext in enig jaar en in de tijd daarom beperken tot de som van de jaarlijks beschikbare premieopslagen van 85,2 procent van 10 procent van de premie, verminderd met de aan DL of een andere pensioenuitvoerder betaalde koopsommen voor de toeslagverlening aan voor 1 januari 2014 uit dienst getreden gewezen deelnemers en gepensioneerden en vermeerderd met een rentepercentage ter grootte van het rentepercentage dat DL vergoedt op de middelen in

het toeslagdepot volgens de depotovereenkomst en met evenredige toerekening van 42/85,2 van dat maximum aan de pensioenaanspraken en pensioenrechten van (de leden van) VPE c.s.. Dat betekent dat in enig jaar geen toeslagverlening plaatsvindt, of een lagere toeslagverlening dan de Pensioencommissie vaststelt, als daarvoor geen middelen beschikbaar zijn. Het is dan aan de Pensioencommissie om de ruimte in een volgend jaar te gebruiken om dat verschil in te halen.

(...)

2.19.

Een veroordeling van Euronext om de in artikel 2 lid 6 onder e van de cao 2014, respectievelijk in artikel 21 lid 5 van het Pensioenreglement, in artikel 7 lid 3 (onder 5) van het Reglement Pensioencommissie en in artikel 15 lid 5 van de UVO met DL beschreven voorwaardelijke toeslagregeling voor alle gewezen deelnemers en gepensioneerden toe te passen acht het hof, met verwijzing naar de tussenconclusie in 2.10, wel toewijsbaar. In lijn daarmee zal Euronext worden veroordeeld om ter uitvoering daarvan met DL, of een andere pensioenuitvoerder een (aanvullende) UVO te sluiten voor het toekennen van toeslagen op alle door PMA aan DL overgedragen pensioenaanspraken en pensioenrechten, ongeacht of de gerechtigden vóór of na 1 januari 2014 uit dienst van Euronext zijn getreden, met de beperkingen als besproken in 2.17.”

4.126

Het onderdeel, dat in twee subonderdelen uiteenvalt, betoogt dat het oordeel onjuist, dan wel onbegrijpelijk is omdat het hof een opslag heeft toegewezen die niet is en niet kon worden gevorderd nu de opslag van 85,2 procent van 10 procent ziet op alle gewezen deelnemers die vóór 1 januari 2014 uit dienst zijn getreden en niet alleen op VPE c.s..

4.127

Op grond van art. 3:305a (oud) BW^[97.] kan een vereniging een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij die belangen ingevolge haar statuten behartigt. Naar het hof in rov. 3.5.1 van het tussenarrest heeft geoordeeld, strekt de statutaire doelomschrijving enkel tot “ *het behartigen van de belangen van haar leden in de meest ruime zin*”, en dus niet mede tot behartiging van de belangen van gewezen deelnemers en gepensioneerden die geen lid zijn. Bovendien is het oordeel inconsistent met andere overwegingen uit het eindarrest (in het bijzonder rov. 2.2.1 en 2.5) waarin het hof, samengevat, oordeelt dat de door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht geen betrekking heeft op hen die geen lid zijn van VPE, en dat het hof de veroordeling tot reparatie van pensioenaanspraken en pensioenrechten van niet-leden niet juist acht.

4.128

Het onderdeel slaagt.

4.129

Onderdeel 19 richt zich tegen rov. 2.20:

“2.20.

Bij het voorgaande stelt het hof voor de goede orde vast dat een wijziging van de toeslagregeling in de cao 2014, respectievelijk het pensioenreglement, het Reglement Pensioencommissie en de ter uitvoering van die toeslagregeling gesloten UVO, ten opzichte van de leden van VPE alleen geldig is na verkregen instemming van de gerechtigden, al dan niet vertegenwoordigd door VPE. Tevens zal Euronext met VPE in overleg moeten treden over de vertegenwoordiging van de gewezen deelnemers en gepensioneerden in de Pensioencommissie, zo nodig met aanpassing van het aantal leden voor een evenwichtige samenstelling,”

4.130

Het onderdeel betoogt dat het hof met dit oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt. Tussen partijen was niet in geschil of voor wijziging van de door het hof bedoelde regelingen toestemming nodig was van VPE c.s. Zij hebben ook niet gevorderd dat Euronext met VPE c.s. in overleg moet treden over de vertegenwoordiging van de gewezen deelnemers en gepensioneerden in de Pensioencommissie. Bovendien heeft het hof miskend, naar in onderdeel 5.1 is uiteengezet, dat geen instemming van de gerechtigden nodig is voor wijziging van het pensioenreglement.

4.131

Dit onderdeel faalt. Het hof is met dit oordeel niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden nu de overwegingen in het verlengde liggen van de stellingen van VPE c.s. Het beroep op onderdeel 5.1 faalt bij gebrek aan belang.

4.132

Onderdeel 20 bouwt voort op alle voorgaande onderdelen 4-19 en slaagt.

5. Bespreking van het middel in het incidentele cassatieberoep

5.1

Het incidentele cassatiemiddel bestaat uit één onderdeel dat zich volledig richt tegen de overweging van het hof in rov. 2.17 van het eindarrest en het dictum onder b). VPE c.s. kunnen zich niet verenigen met de vermindering van de gevorderde premieopslag tot 8,52% van de jaarpremie (zie ook 3.23), welke strijdig zou zijn met art. 58 Pw.

5.2

Naar mijn mening faalt het incidentele cassatiemiddel omdat het uitgaat van een uitleg van art. 58 Pw die ik voor onjuist houd om de redenen genoemd bij de bespreking van onderdeel 4 van het middel in het principale beroep. Bovendien berekent het hof de 8,52% van de jaarpremie als het *pro rata* aan de inactieven toekomende deel van de 10% premieopslag die Euronext met PMA was overeengekomen in de UVO. Van die verplichting kunnen VPE c.s. geen nakoming (meer) vorderen om de redenen als genoemd bij de bespreking van onderdelen 8, 13 en 14. Bovendien moet een deel van de 8,52% van de jaarpremie worden toegerekend aan gewezen deelnemers en gepensioneerden die VPE niet vertegenwoordigt, zoals uiteengezet in de bespreking van onderdeel 18. Om deze redenen treft het middel geen doel.

6. Slotsom en afdoening

6.1

Het principale beroep treft doel. *Onderdeel 4* is terecht voorgesteld (zie 4.26-4.60). Datzelfde geldt voor de onderdelen 8, 13 en 14 (zie 4.74-4.86). Daarmee ontvalt de basis aan de in het dictum van het eindarrest onder a) en b) aan Euronext opgelegde betalingsverplichtingen en, in het verlengde daarvan, aan de onder c) aan Euronext opgelegde verplichting ervoor te zorgen dat DL, of een andere pensioenuitvoerder, meewerkt aan de veroordelingen onder a) en b).

6.2

Tot slot slaagt *onderdeel 18* en de algemene voortbouwklacht in *onderdeel 20* (zie 4.127 en 4.132), waardoor rov. 2.19 en 2.21 van het eindarrest niet in stand kunnen blijven. Aan de *onder b van het dictum* opgelegde betalingsverplichting ontvalt daarmee de basis voor zover deze verplichting ziet op gewezen deelnemers en gepensioneerden die geen lid zijn van VPE.

6.3

De slotsom is dat het tussenarrest en het eindarrest dienen te worden vernietigd en de zaak dient te worden verwezen.

6.4

Het incidentele beroep is tevergeefs voorgesteld.

7. Conclusie

De conclusie strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing, en in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

Noot

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

Noot bij HR 23 september 2022 (Euronext)^[1.]

De belangrijkste feiten in deze zaak zijn dat het pensioenfonds van Euronext (PMA) in een herstelplanfase was gekomen en besloot per 1 januari 2014 tot collectieve waardeoverdracht naar een verzekeraar van door de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden opgebouwde gekorte nominale pensioenrechten en -aanspraken zonder voorwaardelijk indexatieperspectief. Daarna werd PMA geliquideerd. Bij dezelfde verzekeraar werd door Euronext voor de actieven een andere regeling ondergebracht waarbij een indexatiedepot werd gevormd dat ook kon worden gebruikt voor pensioenaanspraken die voor 2014 waren opgebouwd. Op deze wijze kregen gewezen deelnemers en gepensioneerden die voor 2014 uit dienst waren gegaan geen toeslagen meer over hun pensioenaanspraken en -rechten, terwijl zij die op of na 1 januari 2014 als werknemer voor Euronext actief bleven over hun voor 2014 opgebouwde aanspraken toeslagen kregen.

Dit was de steen des aanstoots, niet alleen voor de vereniging van gepensioneerden VPE, maar ook voor het Hof Amsterdam. Met name in het tussenarrest van 23 juli 2019^[2.] werden flink wat hordes genomen om te kunnen oordelen dat Euronext uiteindelijk aansprakelijk was voor het indexatietekort van de inactieven. Zo was er, volgens dit hof, een verplichting tot het zoveel mogelijk bereiken van het gegeven indexatieperspectief, had Euronext de actieven en inactieven op grond van art. 58 Pw gelijk moeten behandelen, waren de inactieven partij geworden bij de uitvoeringsovereenkomst die Euronext voor 2014 had gesloten met PMA en diende Euronext alsnog te regelen dat de inactieven uit dienst voor 2014 qua toeslagen in dezelfde positie werden gebracht als de actieven en inactieven uit dienst na 2014.

In de praktijk was te merken dat het arrest van het hof een gevoelige snaar had geraakt. Enerzijds inspireerde het inactieven in andere rechtszaken om te bepleiten dat een werkgever verantwoordelijk kan blijven voor het zoveel mogelijk borgen van dat indexatieperspectief en dat hij dus ook aansprakelijk kan zijn indien dat perspectief verdwijnt na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Anderzijds maakten werkgevers zich zorgen dat hun financiële verplichtingen uit hoofde van de pensioenregeling nog niet ten einde zouden zijn, ook al hadden zij alle aanspraken afgefinancierd en was de relatie met de uitvoerder beëindigd.

De Hoge Raad is het duidelijk niet eens met de benadering van het hof. Er resteren niet veel argumenten voor inactieven om de rekening voor hun tegenvallende toeslagen bij hun (ex-)werkgever neer te leggen. Het arrest is niet alleen zeer duidelijk; het is ook bij tijd en wijle een collegedictaat en daarmee een verrijking voor de dogmatiek. Ik destilleer er negen regels uit.

Regel 1: goed werkgeverschap (rov. 3.4.2)

Art. 7:611 BW is op de pensioenovereenkomst van toepassing, “ *ook nadat de arbeidsovereenkomst voor het overige is geëindigd.*” Dit oordeel lag in de lijn der verwachting, hoewel er na het einde van de arbeidsovereenkomst geen sprake meer is van werkgeverschap in strikte zin. Men zou in zekere zin kunnen spreken van de postcontractuele of nawerking van art. 7:611 BW (*Asser/Lutjens* 2019/191), maar de visie van de Hoge Raad lijkt te zijn dat het woord “post” misplaatst is. De arbeidsovereenkomst is blijkbaar na einde werknemerschap nog niet geheel geëindigd getuige de woorden “voor het overige”.

Wat betekent de toepasselijkheid van art. 7:611 BW verder? Het artikel is o.m. bedoeld als drager van ongeschreven zorgvuldigheidnormen en is zo geschikt om het recht - daar waar volgens de rechter nodig - te

moderniseren. Het hof had overduidelijk die functie van art. 7:611 BW aangegrepen en de Hoge Raad moet daar weinig van hebben. Die benadering van de Hoge Raad begrijp ik aangezien het hof dit artikel aangreep om tegen de wettekst in te gaan. Dat is een voorbeeld van de beperkende werking van art. 7:611 BW en de rechter dient daar terughoudend mee om te gaan. Zie echter hierna bij regels 7 en 9 waarin ik vaststel dat het goed werkgeverschap een functie kan hebben in geschillen rondom opzegging en indexatieperspectiefverlies.

Regels 2, 3 en 4: gelijke behandeling bij toeslagen (rov. 3.4.3 - 3.4.17)

In dit vrij lange deel van het arrest geeft de Hoge Raad drie regels over art. 58 Pw. Ten eerste dat art. 58 Pw. zich richt tot de pensioenuitvoerder en niet tot de werkgever (rov. 3.4.4). Dat volgt uit de wet en de parlementaire geschiedenis en wordt nu bevestigd door de Hoge Raad. Ten tweede dat art. 58 Pw geen plicht bevat om actieven gelijk te behandelen met gewezen deelnemers en gepensioneerden (rov. 3.4.14). Ook dat is geen groot nieuws gelet op de tekst van art. 58 Pw, waarin het woord werknemer of deelnemer ontbreekt. Ten derde oordeelt de Hoge Raad dat de gelijke behandeling tussen actief-gepensioneerden en slapers-gepensioneerden alleen geldt indien zij in dezelfde pensioenregeling hebben deelgenomen. Dat staat ook al in art. 58 lid 1 Pw. Het hof had geoordeeld dat “het anders wel heel eenvoudig zou zijn voor een werkgever om art. 58 Pw te ontduiken door aan actieven een nieuwe pensioenregeling aan te bieden en die te laten uitvoeren door een nieuwe uitvoerder en daarbij alleen de opgebouwde aanspraken van actieven in de indexatieregeling te betrekken.” Ook dat oordeel sneuvelt, hetgeen opnieuw een aanwijzing is dat de werking van art. 7:611 BW in het rechtsvindingsproces vrij beperkt is als de wettekst duidelijk is.

Regel 5: geen plicht tot instandhouding uitvoeringsovereenkomst (rov. 3.4.18 - 3.4.22)

Euronext had ter zake van de inactieven van voor 2014 geen uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar gesloten. Hun aanspraken en rechten waren middels een collectieve waardeoverdracht door PMA aan Delta Lloyd overgegaan en daar kwam (en komt in de praktijk) de werkgever niet meer aan te pas. Het hof oordeelde tot schending van art. 23 Pw omdat dit artikel de werkgever verplicht een uitvoeringsovereenkomst niet alleen onmiddellijk te sluiten, maar ook in stand te houden. Uit de parlementaire geschiedenis kan echter worden afgeleid dat die instandhoudingsplicht alleen geldt zolang er aanspraken worden verworven (rov. 3.4.19). Van verwerving is geen sprake meer indien een pensioenrecht of -aanspraak uitsluitend groeit door de toekenning van toeslagen. Aangezien er geen sprake meer was van verwerving, was er dus geen verplichting voor Euronext de uitvoeringsovereenkomst met PMA te continueren of een nieuwe uitvoeringsovereenkomst aan te gaan met Delta Lloyd, aldus de Hoge Raad.

Daarmee is bevestigd dat een uitvoeringsovereenkomst niet altijd nodig is. Is de afwezigheid van een uitvoeringsovereenkomst na afloop van de verwerving wellicht toch problematisch? Mij lijkt dat niet per se het geval. De aanspraken en rechten zijn in ieder geval altijd bij een pensioenuitvoerder ondergebracht want tijdens de verwervingsfase moest er een uitvoeringsovereenkomst zijn. Als de pensioenuitvoerder meent nog aanspraak te hebben op betalingen na afloop van de uitvoeringsovereenkomst, komt het aan op een uitleg van de uitvoeringsovereenkomst of die aanspraak er is.

Regel 6: extra financiële verplichtingen (rov. 3.4.23 - 3.4.26)

De Hoge Raad stelt vast dat de pensioenrechten en -aanspraken volledig waren afgefinancierd en indexaties volledig dienden te worden voldaan uit de beleggingsresultaten. Andere contractuele of wettelijke verplichtingen tot bijdragen in de tekorten bestonden er niet (rov. 3.4.23). Eerst merkt de Hoge Raad in het algemeen op dat een werkgever zich bij de opzegging mogelijk “niet als goed werkgever gedraagt”. Dat is op zich een opening voor inactieven om de werkgever zelf aansprakelijk te stellen. De niet-wettelijke term “indexatieperspectief” blijft overeind. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad echter dat het niet begrijpelijk is dat het hof enerzijds vaststelt dat er geen wettelijke of contractuele verplichtingen meer zijn en dat anderzijds Euronext toch in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld kan hebben doordat zij bij de opzegging onvoldoende rekening heeft gehouden met het indexatieperspectief. Kortom: er kan niet zomaar uit het goed werkgeverschap een dergelijke verplichting worden afgeleid als de wet of het contract daartoe geen aanleiding

biedt. Het is evenwel ook niet uitgesloten, zo voeg ik daaraan toe, maar dan had VPE meer moeten stellen dan alleen maar dat haar leden een bepaald perspectief hadden. In zoverre is de term “indexatieperspectief” dus nietszeggend; het gaat erom een juridische grondslag aan te wijzen die daartoe verplicht. Die grondslag kan dus het goed werkgeverschap zijn. A-G Drijber houdt in zijn conclusie ook de deur open voor een claim op grond van goed werkgeverschap: “De verplichting tot goed werkgeverschap kan ertoe leiden dat het op de weg van de voormalige werkgever ligt om zich ervoor in te spannen dat bij wisseling van pensioenuitvoerder er ten aanzien van de pensioenrechten en pensioenaanspraken geen wijzigingen optreden in het nadeel van de inactieven. De invulling van die inspanningsverplichting wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval.” Conclusie A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2021:1042.

Regel 7: deelnemers kunnen niet meer rechten ontlenen aan de uitvoeringsovereenkomst dan de uitvoerder kan (rov. 3.5.3)

Het hof had Euronext verplicht tot de betalingen aan PMA die nodig waren om de pensioenovereenkomst na te komen. De Hoge Raad stelt echter vast dat er geen bepaling in de pensioenovereenkomst stond die ertoe strekte dat de in de uitvoeringsovereenkomst vervatte bijstortverplichtingen van Euronext ook jegens de werknemers zouden gelden. Essentieel is de volgende passage uit het arrest: “Na de opzegging en liquidatie kon PMA geen rechten meer ontlenen aan de in de uitvoeringsovereenkomst met Euronext neergelegde (aanvullende) financiële afspraken. VPE c.s. konden dat *derhalve* evenmin, ook niet als de pensioenovereenkomsten een bepaling als zojuist bedoeld bevatten.” [benadrukking JvS] Ik leid hieruit af dat als de uitvoerder geen rechten meer heeft, de deelnemers dat evenmin meer kunnen hebben. Eigenlijk zegt de Hoge Raad dat deelnemers niet meer rechten hebben dan de uitvoerder zelf. Dat laat onverlet dat tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst een dergelijke vordering door deelnemers kan worden ingesteld in plaats van door de uitvoerder, zolang die uitvoerder dat recht niet heeft prijsgegeven.

Regel 8: de deelnemer is automatisch partij bij de uitvoeringsovereenkomst, maar heeft geen recht op nakoming van de bijstortverplichting van de werkgever jegens de uitvoerder (rov. 3.6.2. - 3.6.4)

Het was lange tijd onzeker of de werknemer partij is bij de uitvoeringsovereenkomst. De laatste jaren tekende zich echter steeds vaker af dat de begunstiging in de uitvoeringsovereenkomst aan te merken is als een derdenbeding in de zin van art. 6:253 lid 1 BW.^[3.] Die begunstiging wordt automatisch aanvaard bij het aangaan van de pensioenovereenkomst. Sommigen schrokken terug voor de vermoede gevolgen daarvan, namelijk dat de werknemer dan partij is bij de uitvoeringsovereenkomst en daarvan ook onverkort nakoming zou kunnen vragen. De Hoge Raad neemt die vrees grotendeels weg: de enkele omstandigheid dat de werknemer partij is, brengt niet mee dat hij op die grond jegens de werkgever recht heeft op nakoming van diens financiële verplichtingen jegens de uitvoerder. Een zodanig recht volgt niet uit de Pensioenwet. Anders gezegd: het moet uit de uitvoeringsovereenkomst duidelijk blijken dat ook deelnemers nakoming van de bijstortverplichting kunnen vragen, zo niet dan ontbreekt dat recht. Dan kan de deelnemer alleen nakoming van het recht op een pensioenuitkering vorderen. De vraag is wel wat hij daarmee opschiet want dat kan ook op basis van het pensioenreglement.

Regel 9: opzegging van de uitvoeringsovereenkomst kan in strijd met goed werkgeverschap zijn en kan door (gewezen) deelnemers en gepensioneerden worden bestreden (rov. 3.4.24)

Bekend is natuurlijk het oordeel in het Alcatel-arrest dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat, 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.^[4.] Dat oordeel was toegespitst op de mogelijkheden die het fonds had. In het Euronext-arrest oordeelt de Hoge Raad dat een werkgever “door op te zeggen of door op te zeggen zonder daarbij nadere maatregelen of voorzieningen te treffen, zich niet als goed werkgever gedraagt.” Hieruit valt af te leiden dat (gewezen) deelnemers en gepensioneerden ook kunnen opkomen tegen een opzegging van een uitvoeringsovereenkomst. Dat is ook niet zo gek aangezien ze daarbij partij zijn en de werkgever jegens hen

Conclusie

Het langverwachte Euronext-arrest van de Hoge Raad laat zien dat er niet veel reden is tot zorg voor werkgevers dat zij na voldoening van hun verplichtingen uit hoofde van de wet en overeenkomst extra financiële verplichtingen hebben. Het goed werkgeverschap lijkt daarvoor in ieder geval niet snel een basis, maar het is ook niet uitgesloten. De Hoge Raad bevestigt dat een (gewezen) deelnemer of gepensioneerde op zich automatisch partij bij de uitvoeringsovereenkomst is, maar daar heeft hij alleen niet veel aan. Hij kan geen rechten uitoefenen die alleen aan de uitvoerder toekomen, maar hij kan wel ageren tegen de opzegging op grond van het goed werkgeverschap.

Voetnoten

- [1.] Rechtbank Amsterdam 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742.
- [2.] Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2090.
- [3.] Gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452.
- [4.] HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, rov. 5.1 (ECN/Oomen).
- [5.] [Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3](#), p. 214.
- [6.] [Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3](#), p. 214.
- [7.] [Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3](#), p. 214.
- [8.] [Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3](#), p. 191.
- [9.] [Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3](#), p. 164-165.
- [10.] HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, rov. 4.4.2 (Alcatel/Lucent Pensioenfonds).
- [11.] Vlg. HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, rov. 3.10.
- [12.] [Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3](#), p. 24.
- [13.] [Kamerstukken II 2004/05, 30137, nr. 3](#), p. 14.
- [14.] Vgl. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, rov. 4.1 (DSM/Fox).
- [1.] Deze korting van 1,55% gold ook voor hen die in april 2013 in dienst waren en dat na 1 januari 2014 ook waren. De gelijke behandelingsclaim van VPE c.s. ziet alleen op (de financiering van) een indexatiemogelijkheid.
- [2.] ECLI:NL:GHAMS:2019:1452.
- [3.] Zie de annotaties van J.M. van Slooten, *PJ* 2019/72, A.G. van Marwijk Kooy, *Ondernemingsrecht* 2019/139 en I.H. Vermeeren-Keijzers, *JOR* 2019/254.
- [4.] ECLI:NL:GHAMS:2020:2080, *PJ* 2020/131, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy.
- [5.] VPE c.s. maken in hun schriftelijke toelichting onderscheid tussen 'oude inactieven' en 'nieuwe inactieven'. Oude inactieven waren op 1 januari 2014 al gepensioneerde of gewezen deelnemer. Nieuwe inactieven zijn zij die op die datum werknemer waren en na uitdiensttreding gewezen deelnemer of direct

gepensioneerde worden.

[6.] Zie Asser/Lutjens7-XI 2019/25; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 131-134. Vgl. ook de conclusie van A-G van Peurse van 6 augustus 2021, ECLI:NL:PHR:2021:737, onder 2.3 (ASR/X). In die zaak wordt de pensioenuitvoerder (en niet de werkgever) aangesproken door een deelnemer.

[7.] Art. 1 Pensioenwet (Pw).

[8.] Art. 23 Pw. De werkgever is verplicht de voor pensioen bestemde gelden buiten het ondernemingsvermogen onder te brengen door het sluiten en in stand houden van een uitvoeringsovereenkomst.

[9.] Art. 32 jo 35 Pw.

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

[11.] Vgl. het tussenarrest van het hof, rov. 2.2-2.16.

[12.] Verweerders sub 2-6 zijn vóór 1 januari 2012 uit dienst van Euronext getreden (memorie van grieven Euronext onder 2.2. en memorie van antwoord VPE c.s. onder 2.1). Zij vallen daarom onder de pensioenovereenkomst op grond van het personeelshandboek.

[13.] De Pw kent de term *indexatie* niet. De Pw spreekt van *toeslag*. Daarmee wordt hetzelfde bedoeld.

[14.] Dit betekent dat het pensioenreglement is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten (rov. 2.6 tussenarrest).

[15.] Een reservetekort ontstaat wanneer het aanwezig vermogen minder is dan 126,9% van de 'technische voorziening' (TV).

[16.] Een dekkingstekort ontstaat wanneer het aanwezige vermogen minder is dan 104,3% van de TV.

[17.] Het onderscheid tussen het langetermijn- en het kortetermijnherstelplan is per 1 januari 2015 komen te vervallen als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet aanpassing financieel toetsingskader (Stb. 2014, 567).

[18.] M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 426, merkt op dat in april 2013 het pensioen van ca. 5,5 miljoen Nederlanders is gekort. Een jaar later werd bij ca. 2 miljoen mensen het pensioen (opnieuw) gekort. De leden van VPE werden daar niet door getroffen omdat zij toen al bij een verzekeraar zaten, die niet mocht korten.

[19.] De AFM, kennelijk de grootste partij, heeft als eerste dat besluit genomen. De anderen, waaronder Euronext, zijn gevolgd. Zie de conclusie van antwoord van Euronext, onder 50 (voor zover ik kan nagaan niet weersproken).

[20.] In 2017 is Delta Lloyd overgenomen door Nationale Nederlanden. In deze zaak wordt nog steeds gesproken van Delta Lloyd (DL).

[21.] In eerste aanleg strekte de vordering er nog toe Euronext te veroordelen met PMA een nieuwe UVO te sluiten. Als gevolg van de liquidatie van PMA hebben VPE c.s. hun eis op dit punt in appel gewijzigd door te vorderen dat Euronext genoemde UVO met DL dient te sluiten.

[22.] ECLI:NL:RBAMS:2016:6742, PJ 2016/138, m.nt. T. Huijg.

[23.] ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (zie noot 3).

[24.] ECLI:NL:GHAMS:2020:2080, *PJ* 2020/131, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy.

[25.] *Asser/Lutjens7-XI* 2019/812: “De gelijke behandeling van gewezen deelnemers en gepensioneerden met actieven is niet voorgeschreven, net zo min als de gelijke behandeling tussen slapers onderling.” En in 2019/813 op p. 727: “De regeling laat toe dat er onderscheid wordt gemaakt tussen actieven enerzijds en gepensioneerden en gewezen deelnemers anderzijds. Dat zijn verschillende groepen voor de toepassing van art. 58 Pw.”

[26.] *Asser/Lutjens7-XI* 2019/813 (p. 727/728).

[27.] Zo definieert art. 1 Pw een ‘pensioenregeling’ ook als “een pensioenregeling op grond van een pensioenovereenkomst” (mijn onderstreping).

[28.] Hof Den Bosch 3 juni 1997, *PJ* 1997/62 (*De Globe /Kurstjens*) ; hof Amsterdam 30 mei 2017, *PJ* 2017/116 (*JT International*).

[29.] Vgl. W. Hoekert & H.M. Kapelle, ‘Evenwichtige belangenafweging bij carve out; oplossing voor knelpunt toeslagen’, *TPV* 2017/26; E. Soetendal, ‘To carve out or not to carve out - that’s the question’, *PensioenMagazine* 2017/152. Deze problematiek heeft recent aandacht gekregen in het licht van het nieuwe pensioenakkoord, en de (ter uitvoering daarvan opgestelde) *Wet toekomst pensioenen* waarvan de consultatie in februari dit jaar is gesloten (<https://www.internetconsultatie.nl/wettoekomstpensioenen>). Verschillende auteurs hebben zorgen geuit over de belemmeringen die art. 58 Pw opwerpt voor de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel wanneer deze splitsingen binnen regelingen op grond van collectieve waardeoverdracht niet gepaard gaat met een wijziging van de pensioenovereenkomst (zie bijvoorbeeld R.M.J.M. de Greef, ‘Een carve-out van de gelijke behandeling tussen slapers en gepensioneerden?’, *TPV* 2021/8).

[30.] ‘De waardeoverdracht (...) strekt [ertoe] in verband met de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de overdragende pensioenuitvoerder de waarde onder te brengen bij de ontvangende pensioenuitvoerder met wie de werkgever een uitvoeringsovereenkomst heeft gesloten;’

[31.] Op grond van art. 83 lid 2 onder a Pw hebben ook gewezen partners een bezwaarrecht.

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

[33.] Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, *JAR* 2013/300, m.nt. M. Heemskerk. Dit arrest heeft in cassatie standgehouden (81 RO); zie HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134. Zie voorts o.m. E.M.F. Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 49-50 en K.A. van Haaren, ‘Navigeren door de pensioenfondsenroute’, *TPV* 2019/46, p. 15). Zie anders A.G. van Marwijk Kooy, ‘Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd’, *TPV* 2020/40, p. 35-37, en de kritische reacties op dat artikel van Lutjens, *TPV* 2020/41, M. Heemskerk, *TPV* 2020/42 en J.R.C. Tangelder, *TPV* 2020/43.

[34.] Vgl over art. 7:613 BW HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, rov. 3.1.2-3.1.3, *NJ* 2021/84, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens en *PJ* 2020/6, m.nt. J. Kaldenberg (*Fair Play*).

[35.] Dat is wat zijdens VPE c.s. in deze procedure steeds is betoogd (zie bijv. reeds dagvaarding, onder 33).

[36.] Zie W.C.M. Donner-Broersma e.a., *Het verweesde pensioenfonds, en nu?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 40 en 93. Dit komt mede omdat verzekeraars vanwege de strengere prudentiële eisen die aan hen gesteld worden, andere tariefgrondslagen hanteren dan het gemiddelde pensioenfonds.

[37.] ‘Beëindiging’ is in dit verband mogelijk een verwarrende term omdat de UVO 20212-2013 tot en met eind 2013 was afgesloten. In de processtukken wordt inwisselbaar gesproken over beëindiging, opzegging, en het eindigen (door het niet verlengen) van de UVO 2012-2013.

[38.] M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 107-108; E.M.F. Schols-van Oppen,

[39.] In een recente uitspraak gebruikt het hof Den Haag ook de term 'indexatieperspectief'. Zie ECLI:NL:GHDHA:2021:136, rov. 7.3, *PJ* 2021/34, m.nt. T. Huijg: "7.3 (...) Een verbeterd eigen vermogen is van wezenlijk belang en draagt bij aan verbetering van het indexatieperspectief van (bestaande en toekomstige) inactieven." Tegen dit arrest is cassatieberoep ingesteld (zaak 21/02024, *Koninklijke FrieslandCampina/Stichting Pensioenfonds Campina*). Het geschil in die zaak betreft de vraag of de onderneming onrechtmatig heeft gehandeld jegens het pensioenfonds door de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen.

[40.] Hof Den Bosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1092; hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6819; hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS: 2012:BW8050 (*Delta Lloyd*); en hof Amsterdam 31 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4484 (*IBM*).

[41.] Vgl. de memorie van grieven in het principale appel, onder 8.10, waar Euronext stelt dat "het gestelde verlies van het toeslagperspectief niet kwalificeert als een wijziging van dat recht, maar uitsluitend het rechtsgevolg is van het niet intreden van die opschortende voorwaarden voor toeslagverlening waardoor geen toeslagverplichting is ontstaan. Eerst indien de drie opschortende voorwaarden zijn vervuld neemt de toeslagverbintenis een aanvang".

[42.] Vgl. art. 137 lid 1 onder e) Pw.

[43.] HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, rov. 3.3, *NJ* 2008/536, m.nt. E. Verhulp (*Parallel Entry*).

[44.] Zo oordeelt het hof ook dat de betalingen verschuldigd zouden zijn gedurende de looptijd van het herstelplan (rov. 2.11 en 2.12).

[45.] Het middel van Euronext stelt niet ter discussie dat de indexatieregeling voor de actieven enkel van toepassing is op actieven die pensioenaanspraken opbouwen tussen 1 januari 2014 en 1 januari 2019 (de 'opbouwperiode'). De bepaling in art. 15 lid 5 van de UVO tussen Euronext en DL zou dan niet zien op indexatie met terugwerkende kracht van de bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken *per se* maar enkel op het invulling geven aan indexatie tijdens de opbouwperiode. Vgl. de memorie van grieven van Euronext, onder 3.2.2.1-3.2.2.5 en 3.2.3.

[46.] Schriftelijke toelichting namens Euronext, onder 3.3.

[47.] Art. 8 lid 5 en 6 Psw richtten zich in algemene zin tot 'degene die de toeslag verleent'. De memorie van toelichting bij deze bepaling vermeldt onder meer: "Dit lid bevat het voorschrift tussentijds vertrokkenen gelijk te behandelen voor wat betreft toeslagen op ouderdomspensioen onder welke benaming ook verleend. Het gaat er niet om wie de toeslagen verstrekt. Dat kan het pensioenfonds zelf doen, alsook de betrokken werkgever of een afzonderlijk toeslagfonds." ([Kamerstukken II 1985/86, 19 638, nr. 3](#), p. 16-17).

[48.] [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), p. 214.

[49.] Vgl. *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/812. Anders bijv. E. Soetendal, 'To carve out or not to carve out - that's the question', *PensioenMagazine* 2017/152 die op basis van de plaatsing van art. 58 in Hoofdstuk 4 Pw concludeert dat het verbod zich richt tot de uitvoerder en betrekking heeft op elementen van de pensioenregeling die deze uitvoert.

[50.] Vgl. de nota van repliek van Euronext, onder 3.

[51.] Vgl. de conclusie van antwoord van Euronext, onder 73-75.

[52.] Vgl. de schriftelijke toelichting namens VPE c.s., voetnoot 4.

[53.] Vgl. de schriftelijke toelichting namens VPE c.s., onder 9, met verwijzing (in voetnoot 12) naar

vindplaatsen.

- [54.] VPE c.s. verwijzen op dit punt niet naar het tussenarrest, dat door hen op dit punt ook niet in cassatie is bestreden.
- [55.] Vgl. ook de slagende motiveringsklacht in 4.3. In zijn noot bij het tussenarrest in *PJ* 2019/72 (onder 4) signaleert Van Slooten dat niet duidelijk is waarom het hof heeft geoordeeld (in rov. 3.5.3, laatste volzin) dat de handelwijze van Euronext in strijd is met de op haar rustende verplichtingen uit art. 7:611 BW.
- [56.] Schriftelijke toelichting namens Euronext, onder 3.5.
- [57.] [Kamerstukken I, 2006/07, 30 413 C](#), p. 19, waar staat: “Het zinsdeel «...en in stand te houden...» in de aanhef van artikel 22 [later; art. 23; A-G] ziet op de plicht voor de werkgever de uitvoeringsovereenkomst in stand te houden zolang de verwerving doorloopt. Nadat de verwerving is opgehouden, is de vraag van externe onderbrenging niet meer opportuun: de gepensioneerde heeft immers alleen nog maar een relatie met de pensioenuitvoerder en niet meer met de werkgever (één van de drie zijden van de driehoeksverhouding).”
- [58.] [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), p. 191.
- [59.] *Asser/Lutjens* 7-XI 2019/201. Lutjens ziet evenwel ruimte voor een uitzondering op de onderbrengingsplicht wanneer er geen enkele vorm van pensioenverwerving meer is en de pensioenuitvoerder alle verplichtingen uit de pensioenovereenkomst, inclusief die betreffende eventuele toeslagverlening, onvoorwaardelijk op zich heeft genomen.
- [60.] M. Dommerholt, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 23 Pw, aant. 1; B.T. Broers, ‘Driehoeksverhouding in de Pensioenwet’, in: A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: Sdu 2020, p. 155. Voor literatuur vóór het tussenarrest vgl. H.M. Kapelle, ‘De uitvoeringsovereenkomst’, in E. Lutjens (red.), *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 175.
- [61.] *Ondernemingsrecht* 2019/139, onder 3.4.
- [62.] *PJ* 2019/139, onder 7. De verwijzing naar Asser/Lutjens betreft de vorige druk uit 2016. Daar meende Lutjens dat geen uitvoeringsovereenkomst in stand hoeft te blijven wanneer er geen pensioenaanspraken meer worden verworven. Lutjens lijkt zijn andersluidende standpunt in de 2019-editie (in ieder geval deels) te baseren op het bestreden tussenarrest van Hof Amsterdam.
- [63.] Zie nogmaals de noot van J.M. van Slooten, *PJ* 2019/139, onder 7.
- [64.] Zie de memorie van grieven in het principale appel, onder 8.9 e.v.
- [65.] Uit de omstandigheid dat andere bij PMA aangesloten werkgevers wél een verzoek tot collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 Pw hebben gedaan (welk verzoek PMA in één geval heeft afgewezen) leid ik af dat dit zelfs alleszins aannemelijk is (vgl. conclusie van antwoord Euronext, onder 35).
- [66.] Naar ik begrijp werden ook de opgebouwde rechten van de actieven (en dus niet alleen van de inactieven) achtergelaten in PMA. Zie de tabel in het advies van de deelnemingsraad van PMA (onder F, ‘Status keuze pensioenuitvoerder’), waarin per instelling vermeld staat hoe zij verder gaan na de liquidatie van PMA. Een andere aangesloten onderneming, LCH Clearnet, heeft volgens dat schema precies hetzelfde voorgesteld als Euronext.
- [67.] De context waarin het hof deze beoordeling maakt is ietwat verwarrend. In rov. 3.5.7-3.5.9 bespreekt het hof grief 4.3 van Euronext (memorie van grieven onder 7.8.1-7.8.25). Deze grief richt zich tegen rov. 10-11 uit het vonnis van de kantonrechter. In rov. 10 oordeelde de kantonrechter dat een (eenzijdige) wijziging van de pensioenovereenkomst door Euronext heeft plaatsgevonden. Grief 4.3 strekt er evenwel toe te betogen dat Euronext, in het licht van genoemde zwaarwegende omstandigheden, haar zorgplicht niet heeft geschonden

door het verlies van het indexatieperspectief niet te voorkomen. Grief 5 (memorie van grieven onder 8.1-8.28) richt zich tegen de volgens de kantonrechter onrechtmatige wijziging van de pensioenovereenkomst. Euronext beroept zich in deze grief op art. 19 Pw en zwaarwichtige redenen die de eenzijdige wijziging rechtvaardigen. Ook stelt Euronext dat vasthouden aan het toeslagperspectief door VPE c.s. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof lijkt deze grieven, en de argumenten die Euronext ter ondersteuning daarvan heeft aangevoerd, enigszins door elkaar te behandelen. Het cassatiemiddel klaagt hier evenwel niet over.

[68.] *Asser/Lutjens7-XI* 2019/216.

[69.] [Kamerstukken II 2004/05, 30 137, nr. 3](#), p. 14. Zie *Asser/Lutjens7-XI* 2019/255; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 196-197.

[70.] [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), p. 24. Zie ook *Asser/Lutjens7-XI* 2019/256; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 199-200.

[71.] Zie J.P.H. Zwemmer & T. Huijg, 'Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder)tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2018/3, voor een uitgebreide bespreking van de parlementaire geschiedenis op het punt van de vraag of een uitvoeringsovereenkomst van rechtswege een begunstiging en overeenkomstig derdenbeding van de werknemer bevat, welke vraag zij in positieve zin beantwoorden.

[72.] HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, rov. 4.1, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E du Perron (*DSM/Fox*).

[73.] Volgens *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/257bgeldt de begunstiging van de pensioenaanspraak (en het daartoe strekkende derdenbeding) niet in dezelfde mate voor andere onderwerpen in de uitvoeringsovereenkomst (die ook niet in de pensioenovereenkomst opgenomen hoeven zijn), zoals afspraken over financiering.

[74.] *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 948-949, 953 en p. 956; J.R. Beversluis, in: *Groene Serie Verbintenissenrecht*, aant. 3.1.1 bij art. 6:253 BW; B.C.L. Kanen, 'Het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst', *TPV* 2016/29.

[75.] *Asser/Sieburgh6-III* 2018/565.

[76.] Vgl. hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:510, rov. 3.6-3.8, *PJ* 2021/71, m.nt. J.M. van Slooten; rb. Oost-Brabant 13 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438, rov. 4.11, *PJ* 2018/173, m.nt. T. Huijg; ktr. Arnhem 29 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ7916, *PJ* 2007/40, m.nt. A.W. van Leeuwen.

[77.] Schriftelijke toelichting namens Euronext, onder 3.7.1-3.7.3.

[78.] Het is in de praktijk overigens geenszins ongebruikelijk om de bepalingen uit het *pensioenreglement* te incorporeren in de pensioenovereenkomst. Dit vindt doorgaans plaats door in de pensioenovereenkomst te verwijzen naar het pensioenreglement en de daarin vervatte pensioenregeling (*Asser/Lutjens 7-XI* 2019/216).

[79.] Vgl. hof Den Bosch 13 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2183, rov. 6.4.5.

[80.] Het hof refereert op meerdere plekken aan bepalingen uit het personeelshandboek, (verschillende versies van) de UVO 2007-2012, de UVO 2012-2013, het pensioenreglement 2006 en het pensioenreglement 2012 waarin steeds, zij het in verschillende bewoordingen, staat dat voor de voorwaardelijke toeslagverlening geen reserve is gevormd maar dat deze uit beleggingsrendement wordt gefinancierd. Voorts staat uitdrukkelijk in het pensioenhandboek (cursivering in origineel): "Er wordt namelijk geen geld gereserveerd voor toeslagverlening en er wordt geen pensioenpremie voor betaald. (...) *Nogmaals, u heeft geen recht op toeslagverlening!*".

[81.] Zie ook de schriftelijke toelichting namens Euronext, onder 3.7.4-3.7.8.

- [82.] Schriftelijke toelichting namens Euronext, onder 3.9.
- [83.] Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Kluwer 2012, p. 36-37.
- [84.] Productie 6 VPE c.s.
- [85.] Memorie van grieven van Euronext, onder 5.17-5.32.
- [86.] Memorie van antwoord in principaal appel van VPE c.s., onder 5.10(ii).
- [87.] Productie 6 VPE c.s.
- [88.] Pleitnota Euronext pleidooi hoger beroep, onder 5.
- [89.] HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053, rov. 4.3.2, *JOR* 2017/330, m.nt. J. van Bekkum; HR 23 december 2016, rov. 3.5.3, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*E/Erasmus MC*); R.J.B. Boonekamp, in: *Groene Serie Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aantekening 2.1.
- [90.] Uitgangspunt voor dat cijfer is de eerder betaalde 10% premieopslag op grond van tussen Euronext en PMA in 2008 gemaakte afspraken. Daarop wordt 1,48 procentpunten in mindering gebracht, overeenkomend met het aandeel van de op 1 januari 2014 actieve populatie in het geheel van rechten en aanspraken (zie 3.23).
- [91.] In de dagvaarding schrijven VPE c.s. (onder 23 sub e en 37) dat Euronext een verboden onderscheid maakt, dan wel handelt in strijd met goed werkgeverschap omdat het financiering wil verstrekken voor de indexatie van de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde aanspraken van de actieven, en niet voor de indexatie van de tot 1 januari 2014 opgebouwde aanspraken van VPE c.s.
- [92.] Memorie van antwoord VPE c.s., onder meer onder 3.3-3.11, 4.10, 4.37-4.38.
- [93.] Memorie van antwoord VPE c.s., onder 4.38.
- [94.] Memorie van grieven in incidenteel appel VPE c.s., onder 6.12-6.13.
- [95.] Ik merk wel op dat de wijze waarop het hof zich in het eindarrest heeft laten leiden door de veronderstelde schending van art. 58 Pw (waartegen onderdeel 4.2 zich m.i. met vrucht richt) leidt tot een dictum waarvan het verband met de oorspronkelijke vorderingen van VPE c.s. moeilijk te zien is. Immers, hoe ik de vorderingen van VPE c.s. zoals die blijken uit het petitum van de inleidende dagvaarding begrijp, zien die er in wezen op de oude indexatieregeling te herstellen en de korting ongedaan te maken. Gelijke behandeling met de actieven op grond van art. 58 Pw valt daar moeilijk in te lezen. Evenwel is art. 58 Pw leidend geweest voor het hof (zie bijv. rov. 2.10 eindarrest). Men kan zich met recht afvragen of het hof niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door de rechtsgronden van VPE c.s. aan te vullen met een beroep op de rechtsgevolgen van art. 58 Pw, in plaats van de gestelde schending van art. 58 Pw enkel te betrekken bij de beoordeling van de vraag of Euronext tekort is geschoten in haar verplichtingen jegens VPE c.s. op grond van de pensioenovereenkomst en goed werkgeverschap. Het middel richt hier evenwel geen klacht tegen.
- [96.] Zie ook M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 411-414, die spreekt van een reservetekort als de beleidsdekkingsgraad tussen 105% en 126% ligt.
- [97.] Art. 3:305a BW is per 1 januari 2020 gewijzigd als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve acties (WAMCA). Aangezien de vordering van VPE c.s. is ingesteld vóór 1 januari 2020 blijven de voorwaarden van art. 3:305a BW(oud) van toepassing (art. 119a Ow NBW). Overigens bevat de nieuwe regeling van art. 3:305a BW op dit punt geen relevant verschil. Vgl. voor het overgangsrecht op dit punt de recente conclusie van A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2021:933, onder 3.26-3.29.
- [1.] Prof. Mr. J.M. van Slooten, advocaat bij Stibbe en hoogleraar arbeidsrecht UvA.

[2.] Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452, *PJ* 2019, 72 m.nt. J.M. van Slooten; *Ondernemingsrecht* 2019, 131 m.nt. A.G. Van Marwijk Kooij en *JOR* 2019/ 254 m.nt. I.H. Vermeeren-Keijzers. Het eindarrest is van Hof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2080, *PJ* 2020/131 m.nt. A.G. van Marwijk Kooij.

[3.] In HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162, *PJ* 2022/16, m.nt. E. Lutjens had de Hoge Raad dit ook al geoordeeld.

[4.] HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, rov. 4.4.2.