

# Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder)tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst

mr. dr. J.P.H. Zwemmer en mr. T. Huijg<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Zodra sprake is van een situatie waarin de werkgever met een derde contracteert en dit een overeenkomst betreft die ook betrekking heeft op de werknemer, kan sprake zijn van afspraken die kwalificeren als een derdenbeding jegens de werknemer. Gevolg is dat de werknemer, na aanvaarding van dit derdenbeding, partij wordt bij die overeenkomst en een zelfstandig vorderingsrecht heeft op de derde. Andersom kan het ook zijn dat de derde zich beroept op een derdenbeding in een overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer. In deze bijdrage staan twee situaties centraal – één in het arbeidsrecht en één in het pensioenrecht – waarin de werknemer er belang bij heeft een ander dan de werkgever direct aan te spreken op door die ander met de werkgever gemaakte afspraken.<sup>2</sup>

De eerste situatie betreft die waarin de werknemer arbeid verricht voor een ander ter uitvoering van een (opdracht)overeenkomst van de werkgever met die ander en zoomt in op de vraag of de werknemer die permanent en exclusief arbeid verricht voor één opdrachtgever van de werkgever (zoals bij payroll) op grond van een derdenbeding in de (opdracht)overeenkomst (weder)tewerkstelling kan vorderen bij die opdrachtgever. De tweede situatie ziet op de vraag of een uitvoeringsovereenkomst van de werkgever met een pensioenuitvoerder een derdenbeding bevat op grond waarvan een werknemer, (of ex-werknemer) pensioen kan vorderen van de pensioenuitvoerder.

## 2. Voorwaarden derdenbeding

In haar bijdrage in deze aflevering van het *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming* licht Schelhaas toe dat voor het aannemen van een derdenbeding niet doorslaggevend is dat partijen met zoveel woorden een derdenbeding zijn overeengekomen.<sup>3</sup> Indien dit niet duidelijk blijkt uit de door partijen gesloten overeenkomst, dient de vraag of sprake is van een derdenbeding te worden beantwoord aan de hand van een uitleg (van de bewoordingen) van de overeenkomst.<sup>4</sup> Die uitleg geschiedt op basis van de Haviltex-maatstaf.<sup>5</sup> Gekeken moet dus worden naar de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mogen toekennen

1. Johan Zwemmer is Universitair Docent aan de UvA en advocaat bij Stibbe. Teun Huijg is advocaat bij Held in Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.
2. Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat derdenbedingen in vele andere arbeids- en pensioenrechtelijke situaties denkbaar zijn. Zo werden als derdenbeding ten behoeve van de werknemer gekwalificeerd de door de werkgever met de ondernemingsraad gemaakte afspraken over de pensioenbijdrage (Hof Den Haag 20 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:1649), de door de werkgever (niet in een cao) met vakbonden gemaakte afspraken over een toeslag (Hof Arnhem 1 november 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU8695) en een door de werkgever aan het UWV gedane toezegging dat de arbeidsovereenkomst met een werknemer niet zou worden beëindigd (Hof Den Haag 12 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1491). Ook afspraken tussen de (curator van de) werkgever en een derde in een overeenkomst tot verkoop van de onderneming waarin de derde toezegt dat de arbeidsvoorwaarden van de door hem over te nemen werknemers niet zullen wijzigen in het nadeel van de werknemers en dat de overname geen gevolgen zal hebben voor de werkgelegenheid kunnen kwalificeren als een derdenbeding (zie o.a. HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496 en de door V. Gerlach besproken uitspraken

in 'Het derdenbeding voor de werknemer in de koopovereenkomst', in *TAP* 2013/5).

3. Schelhaas verwijst hierbij naar het *TCM/Gesink*-arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2004 (*NJ* 2005/499 m.nt. C.E. du Perron).
4. Eventueel in combinatie met aanvulling van de inhoud van de overeenkomst conform art. 6:248 lid 1 BW. Zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III 2014/566.
5. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 m.nt. Brunner (Ermes en Langerwerf/Haviltex).

aan (de bewoordingen van) de overeenkomst en voor wat zij op dat punt redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. De Hoge Raad overweegt dat daarbij ook van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van partijen mag worden verwacht. De beantwoording van de vraag of sprake is van een derdenbeding en op welke rechten een derde aanspraak kan maken geschiedt aan de hand van hetgeen de oorspronkelijke contractspartijen zijn overeengekomen.<sup>6</sup> Omdat de derde die zich beroept op een derdenbeding geen partij is bij die overeenkomst zal bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een derdenbeding en de inhoud van het derdenbeding de tekst van de overeenkomst een belangrijke rol spelen. Dat zou naar onze mening niet alleen het geval (moeten) zijn wanneer de derde zich meldt, maar ook als de oorspronkelijke contractspartijen van mening verschillen over de aard en de inhoud van de door hen met betrekking tot de derde gemaakte afspraken.<sup>7</sup>

Door aanvaarding van het derdenbeding wordt de werknemer partij bij de oorspronkelijke overeenkomst.<sup>8</sup> Op grond van art. 6:253 lid 3 BW geschiedt de aanvaarding door een verklaring gericht tot één van de partijen bij de oorspronkelijke overeenkomst. Of sprake is van aanvaarding door de werknemer moet worden vastgesteld aan de hand van art. 3:37 BW. Dat betekent dus dat aanvaarding niet uitdrukkelijk of schriftelijk hoeft te geschieden, maar ook besloten kan liggen in één of meer gedragingen van de werknemer.

### 3. De werknemer verricht arbeid voor een derde ter uitvoering van een (opdracht)overeenkomst van de werkgever met die derde

Wanneer de werknemer in het kader van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie arbeid verricht voor een ander ter uitvoering van een (opdracht)overeenkomst van de werkgever met die ander (de opdrachtgever), dan heeft (i) de werknemer belang bij de nakoming van die opdrachtovereenkomst door de opdrachtgever en (ii) heeft de opdrachtgever belang bij de nakoming van de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer. De

vraag is dan of deze opdrachtovereenkomst een derdenbeding bevat waarop de werknemer direct een beroep kan doen bij de opdrachtgever en of de arbeidsovereenkomst een derdenbeding bevat waarop de opdrachtgever direct een beroep kan doen bij de werknemer. Hierbij moet worden vastgesteld of deze overeenkomsten voor de werknemer en de opdrachtgever het recht scheppen een prestatie van één van de partijen bij die overeenkomsten te vorderen. In situatie (i) kan worden gedacht aan de in de opdrachtovereenkomst gemaakte afspraak dat de werknemer bij de opdrachtgever tewerk wordt gesteld.<sup>9</sup> Bij een beding in de arbeidsovereenkomst ten behoeve van de opdrachtgever kan gedacht worden aan de verplichting van de werknemer arbeid te verrichten voor de opdrachtgever.<sup>10</sup>

#### 3.1. Kan de werknemer op grond van een derdenbeding (weder)tewerkstelling vorderen bij de opdrachtgever van de werkgever?

De werkgever kan op grond van het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW door de werknemer worden aangesproken op de verplichting de werknemer (weder) tewerk te stellen. De werknemer heeft in het algemeen belang bij tewerkstelling in het kader van de benutting en ontwikkeling van zijn eigen arbeidspotentieel, maar dit speelt bijvoorbeeld ook in verband met het negatieve (diffamerende) effect dat uitgaat van een op non-actiefstelling. Of een werknemer recht heeft op (weder)tewerkstelling hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de aard van de dienstbetrekking, de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden van elk geval.<sup>11</sup> Dit wordt in de (lagere) rechtspraak zo uitgelegd dat de werkgever de werknemer slechts

6. Zie ook Schelhaas die hierbij verwijst naar HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI Gerling*).

7. Zie ook par. 2.4.4 van J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012. Wij leiden dit af uit het arrest van de Hoge Raad van 26 mei 2000, NJ 2000/473 (*Akzo/FNV*), waarin de Hoge Raad overweegt dat een in een sociaal plan opgenomen beding niet op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd (de grammaticale uitleg of de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf) al naar gelang wie zich bij een geschil daaromtrent tot de rechter wendt; een partij bij het sociaal plan of een werknemer die rechten ontleent aan het sociaal plan.

8. Art. 6:254 lid 1 BW.

9. Sinds 1 juli 2015 is de opdrachtgever waarbij of waarvoor de werknemer ter uitvoering van een opdrachtovereenkomst, een overeenkomst van aanneming van werk of vervoersovereenkomst werkzaamheden verricht reeds op grond van art. 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon (tenzij deze in rechte aannemelijk maakt dat hem, gelet op de omstandigheden van het geval, niet kan worden verweten dat het aan de werknemer verschuldigde loon niet is voldaan).

10. Afdwingbaar zal dit echter niet zijn gelet op het verbod op dwangarbeid/vrije arbeidskeuze in art. 19 Grondwet.

11. HR 26 maart 1965, NJ 1965/163 m.nt. Scholten (*Walsweer e.a./Acmesa*). De Hoge Raad herhaalde dit in zijn arresten van 25 januari 1980, NJ 1980/264 m.nt. Stein; 27 mei 1983, NJ 1983/758 en HR 12 mei 1989, NJ 1989/801 m.nt. Stein. Zie over het recht op (weder)tewerkstelling van de werknemer in arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties als uitzending en payrolling de noot van Zwemmer onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1938 op *AR-Updates.nl* 2015-0264 en onder Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690 onder *AR-Updates.nl* 2015-0371. Deze paragraaf is (deels) ontleend aan deze noot.

op grond van een verdedigbaar motief op non-actief mag stellen.<sup>12</sup>

De in de rechtspraak ontwikkelde regel dat de vordering tot (weder)tewerkstelling in beginsel wordt toegewezen, leidt tot complicaties in de situatie waarin sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie. Hier verricht de werknemer de arbeid immers bij een opdrachtgever van zijn werkgever. In deze situatie hebben lagere rechters geoordeeld dat het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot (weder)tewerkstelling bij de opdrachtgever. Het ging dan telkens om situaties waarin de werknemer op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW werkzaam was bij de opdrachtgever. In deze situatie hoeft de opdrachtgever zich – zoals het Hof Leeuwarden overweegt in zijn uitspraak van 13 december 2006<sup>13</sup> – bij de invulling van de opdrachtsovereenkomst met de uitzendwerkgever niet mede te laten leiden door de belangen van de uitzendwerkgever omdat ‘juist de flexibiliteit voor de inlener een wezenlijk kenmerk is’ in het samenstel van enerzijds de opdrachtsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener en anderzijds de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer.<sup>14</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de allocatiefunctie van het uitzendbureau wordt gezien als een rechtvaardiging voor het feit dat de uitzendwerknemer, anders dan een gewone werknemer, in beginsel geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen wanneer deze de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer beëindigt.<sup>15</sup> De opdrachtgever ging de uitzendovereenkomst aan met het oog op de flexibele inzet van de uitzendwerknemer en het bedrijfsmodel van de uitzendwerkgever is erop gericht de uitzendwerknemer na de beëindiging van de terbeschikkingstelling zo snel mogelijk onder te brengen bij een andere opdrachtgever. In arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de werknemer niet in het kader van een dergelijke allocatiefunctie arbeid verricht voor de opdrachtgever van de werkgever,

ontbreekt deze rechtvaardiging voor het door de uitzendwerkgever niet kunnen afdwingen van wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Dat is aan de orde in de situatie waarin de werknemer op grond van de opdrachtsovereenkomst tussen zijn werkgever en de opdrachtgever permanent en exclusief arbeid verricht voor één opdrachtgever, zoals bij payrolling. Het formele aspect van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever dat in deze situatie in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling staat op gespannen voet met de regel dat de vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer wordt toegewezen tenzij zeer goede gronden bestaan voor een op non-actiefstelling van de werknemer.<sup>16</sup> Ook in situaties waarin de werknemer niet in dienst, maar wel permanent en exclusief arbeid verricht voor één opdrachtgever kan de werknemer belang hebben bij wedertewerkstelling bij die opdrachtgever. Bij payrolling bijvoorbeeld is dat het geval omdat de werknemer dan weliswaar op de ‘payroll’ van het payrollbedrijf blijft staan maar geen werk meer heeft.<sup>17</sup>

Wij menen dat de afspraak in de opdrachtsovereenkomst tussen de werkgever en de opdrachtgever op grond waarvan de werknemer permanent en exclusief tewerk moet worden gesteld bij de opdrachtgever kan kwalificeren als een derdenbeding ten behoeve van de werknemer. Dit omdat deze afspraak, gelet op het hiervoor beschreven belang van de werknemer bij tewerkstelling en gelet op de grondslag van het recht op (weder)tewerkstelling van de

12. Zo constateert Stein in zijn noot bij HR 25 januari 1980, NJ 1980/264 op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad en de lagere rechtspraak op dat moment. In hun analyse van twintig jaar gepubliceerde (lagere) rechtspraak uit 2014 concluderen Boot en Bokx-Boom (G.C. Boot en S.H. Bokx-Boom, ‘Het recht op tewerkstelling’, TRA 2014/41) dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen tenzij de werkgever aantoonde dat hij zeer goede gronden heeft voor een op non-actiefstelling van de werknemer.

13. Hof Leeuwarden 13 december 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ4618.

14. In bijzondere omstandigheden kan in geval van het door de opdrachtgever zonder goede reden beëindigen van de terbeschikkingstelling wel sprake zijn van misbruik van bevoegdheid door de opdrachtgever. Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden (ktr.) 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU2509.

15. Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 16.

16. Overigens vormt dit formele aspect in de lagere rechtspraak dan weer geen belemmering bij het toewijzen van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, vormt zelfs geen punt van aandacht in de overwegingen van rechters bij de beoordeling van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer (zie o.a. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922). Op zichzelf is dat goed te begrijpen. Anders zouden werknemers die werkzaam zijn binnen een groep waarin één groepsmaatschappij fungeert als centrale werkgever nooit wedertewerkstelling kunnen vorderen.

17. In lijn met deze gedachte zijn in 2015 in de Ontslagregeling bijzondere ontslagregels bij payrolling opgenomen waarmee wordt beoogd de ontslagbescherming van de payrollwerknemer niet te laten afwijken van de ontslagbescherming die hij had gehad wanneer hij rechtstreeks een arbeidsovereenkomst had gesloten met de opdrachtgever. Ook in de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van uitspraken waarin de payrollwerknemer bij de toepassing van ‘werkgerelateerde’ arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving werd gelijkgeschakeld met de eigen werknemer van de opdrachtgever. Zo oordeelde de kantonrechter te Almere eerder dit jaar dat bij de overgang van de onderneming van de opdrachtgever ook de hierin werkzame payrollwerknemers van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger op grond van art. 7:663 BW (Rb. Midden-Nederland (ktr. Almere) 12 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1476).

werknemer, moet worden geacht voor de werknemer het recht te scheppen (weder)tewerkstelling bij de opdrachtgever te kunnen vorderen. Hierbij betrekken wij ook dat art. 7:611 BW, hoewel daarin wordt gesproken van verplichtingen van 'de werkgever en de werknemer', evenzeer betekenis kan hebben bij een beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever. Daarbij wijzen wij erop dat bij gelegenheid van de invoering van titel 7.10 BW is meegedeeld dat art. 7:611 BW 'niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen'.<sup>18</sup> Aanvaarding van dit derdenbeding door de werknemer zou dan besloten liggen in het feit – de gedraging – dat de werknemer arbeid is gaan verrichten voor de opdrachtgever. Wordt de tewerkstelling van deze werknemer zonder goede reden beëindigd door de opdrachtgever, dan zou de werknemer dus op grond van het derdenbeding wedertewerkstelling kunnen vorderen bij de opdrachtgever.

### 3.2. Gebodsactie ex art. 6:162 BW door werknemer als belanghebbende derde waarbij opdrachtgever wordt verplicht tot (weder)tewerkstelling werknemer?

Wij realiseren ons dat uit de opdrachtovereenkomst tussen werkgever en opdrachtgever niet altijd zal kunnen worden afgeleid dat is afgesproken dat de werknemer permanent en exclusief arbeid zal verrichten voor de opdrachtgever. Is dat het geval, dan zou de werknemer de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad kunnen aanspreken ingeval van een onterechte beëindiging van de tewerkstelling en een zogenoemde gebodsactie kunnen instellen op grond waarvan de opdrachtgever wordt verplicht de werknemer toe te laten tot de werkzaamheden.<sup>19</sup> Dat de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer kan worden gehouden aan een 'werkgeversverplichting' in titel 7.10 BW bleek eerder bij de zorgplicht van de werkgever ex art. 7:658 BW en 7:611 BW.<sup>20</sup> De opdracht-

gever zou hier kunnen stellen dat geen sprake is van onrechtmatigheid zijnerzijds omdat het hem op grond van de opdrachtovereenkomst vrij staat de tewerkstelling van de werknemer zonder reden te beëindigen. Dat neemt echter niet weg dat de werknemer als belanghebbende derde bij de opdrachtovereenkomst wel geschaad wordt wanneer de tewerkstelling zonder goede reden is beëindigd en de werkgever hem niet tewerk kan stellen bij een andere opdrachtgever. Gelet op de nauw bij de opdrachtovereenkomst betrokken belangen van de werknemer en het nadeel dat hij leidt als gevolg van de beëindiging van de opdrachtovereenkomst, zou de opdrachtgever jegens hem onrechtmatig handelen wanneer deze de opdrachtovereenkomst zonder goede grond beëindigt. In het arrest *Vleesmeesters Versman/Alog*<sup>21</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Du Perron<sup>22</sup> leidt uit het *Vleesmeesters*-arrest af dat de kern van de vraag naar de zorgvuldigheid van contractspartijen tegenover derden niet is 'of de ene partij tegenover de andere tekortschiet (de wanprestatie), maar of die partij zijn gedrag mede door de belangen van de betrokken derde moet laten bepalen, doordat de overeenkomst een schakel is gaan vormen in het rechtsverkeer waarmee de belangen van die derde nauw zijn verbonden'. Een partij kan daardoor ook in een situatie waarin geen sprake is van wanprestatie onrechtmatig handelen jegens een nauw bij de overeenkomst betrokken derde indien zij de belangen en gerechtvaardigde verwachtingen van deze derde veronachtzaamt.

18. *Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 15.*

19. Zie over de gebodsactie: C.J. van Zeven & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 613.

20. In het arrest *Stormer/Vedox* oordeelde de Hoge Raad dat de opdrachtgever door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer op grond van onrechtmatige daad kan worden aangesproken voor een tekortschieten in de in art. 7:658 BW neergelegde zorgplicht van de werkgever (HR 15 juni 1990, NJ 1990/716 m.nt. Stein (*Stormer/Vedox*)). Nadat naar aanleiding hiervan in art. 7:658 lid 4 BW de zorgplicht van de werkgever en de aansprakelijkheid van de werkgever voor de nakoming daarvan uit art. 7:658 lid 1 en 2 BW van overeenkomstige toepassing werden verklaard op degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, bepaalde de Hoge Raad in het arrest *Licotec/Van der Hoeven* dat de op grond van

art. 7:611 BW uitgebreide zorgplicht van de werkgever voor werkgerelateerde schade ook geldt jegens ingeleende werknemers (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4088 en JAR 2010/197). Schiet de opdrachtgever hierin tekort, dan kan deze door de ingeleende werknemer op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden voor deze werkgerelateerde schade.

21. HR 24 september 2004, NJ 2008/587 m.nt. Du Perron. Zie ook HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (*Wierts/Visseren*), HR 21 december 2012, NJ 2013/46 (*HZPC/Veritas*), HR 14 juli 2017, NJ 2017/364 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Visers/Compaen*) en HR 22 september 2017, NJ 2017/395 m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting participanten Warmond/Lexence*).

22. Zie zijn noot onder het arrest *Vleesmeesters Versman/Alog* onder NJ 2008/587.

#### 4. Derdenbeding en uitvoeringsovereenkomst

In deze paragraaf bespreken wij de vraag of een uitvoeringsovereenkomst in algemene zin en naar haar aard een derdenbeding bevat. Daarbij gaan wij uit van de standaard situatie dat de oorspronkelijke contractspartijen – d.w.z. werkgever en pensioen-uitvoerder – (het bestaan van) een derdenbeding niet hebben uitgesloten, maar ook verder hebben gezwegen over een derdenbeding. Ons doel is een overzicht te geven van de argumenten die voor en tegen het bestaan van een derdenbeding pleiten – geabstraheerd van het individuele geval – op basis van de Pensioenwet, haar wetsgeschiedenis en het doel van die wet.<sup>23</sup> Het spreekt voor zich dat deze argumenten niet steeds op zullen gaan, al was het maar omdat het derdenbeding moet worden overeengekomen tussen de oorspronkelijke contractspartijen (in dit geval: werkgever en pensioen-uitvoerder) en daaruit omstandigheden kunnen voortkomen die lijnrecht staan op de argumenten die wij hierna schetsen.<sup>24</sup>

Overigens biedt rechtspraak op dit punt niet veel duidelijkheid. Rechter hebben verschillende malen geoordeeld dat de litigieuze uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding bevatte. Het befaamde *DSM/Fox*-arrest van de Hoge Raad is daar een goed voorbeeld van,<sup>25</sup> maar ook kantonrechters in Amsterdam, Arnhem en Tiel oordeelden in lijn hiermee.<sup>26</sup> Uit deze uitspraken kan echter niet de conclusie worden getrokken dat iedere uitvoeringsovereenkomst dus altijd een derdenbeding bevat

indien partijen daar niets expliciet over hebben afgesproken. Enerzijds komt dat doordat de uitspraken te casuïstisch zijn; ze zijn te veel toegespitst op de desbetreffende situatie en anderzijds doordat de uitspraken op dit punt onvoldoende zijn gemotiveerd.<sup>27</sup> Daardoor is niet (goed) te achterhalen waarom de rechters oordeelden dat sprake was van een derdenbeding. Daar komt nog bij dat er meer lagere rechtspraak is waarin juist werd geoordeeld dat geen derdenbeding in de desbetreffende uitvoeringsovereenkomst gelezen kon worden.<sup>28</sup>

##### 4.1. De letterlijke tekst van de Pensioenwet

De Pensioenwet bevat geen bepaling waarin iets wordt gezegd over het bestaan (of juist niet bestaan) van een derdenbeding. Wel bevat de Pensioenwet diverse bepalingen die impliciet erop wijzen dat de uitvoeringsovereenkomst naar haar aard – dus vanuit een principieel oogpunt – geen derdenbeding bevat. Eén van de meest in het oog springende bepalingen die wijzen op het ontbreken van een derdenbeding betreft art. 1 Pensioenwet en de daarin opgenomen definitie van ‘uitvoeringsovereenkomst’. Die definitie luidt als volgt: ‘de overeenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder over de uitvoering van een of meer pensioenovereenkomsten.’ Het gaat dus om een overeenkomst tussen twee benoemde partijen; de werkgever en de uitvoerder. De werknemer wordt niet genoemd. Dit pleit tegen de aanwezigheid van een derdenbeding. Een soortgelijke redenering geldt voor art. 23 Pensioenwet, waarin de wettelijke onderbrengingsplicht is opgenomen. Daarin staat: ‘De werkgever brengt een pensioenovereenkomst [...] onder door [...] een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met [...] a. een pensioenuitvoerder’. Zie ook art. 83 (collectieve waardeoverdracht), art. 90 (collectieve waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioeninstelling) en art. 121 Pensioenwet (vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds). Steeds wordt alleen de werkgever en de uitvoerder genoemd. Tot slot gaan ook art. 25 en 26 Pensioenwet, waarin de eisen zijn opgenomen waaraan de uitvoeringsovereenkomst moet voldoen, uit van een overeenkomst tussen alleen de werkgever en de uitvoerder. Zo moeten in de uitvoeringsovereenkomst afspraken worden gemaakt omtrent (i) de premiebetaling door de werkgever, (ii) de informatieverzorging door de werkgever, (iii) voor de werkgever en uitvoerder evenwichtige

23. Wij gaan dus niet in op alle aspecten van het derdenbeding bij een uitvoeringsovereenkomst, zoals de wijze van aanvaarding. Lezenswaardige artikelen over het derdenbeding zijn: E. Lutjens & S.H. Kuiper, ‘Pensioenwet en privaatrecht’, *NTBR* 2008/10, Asser/Lutjens 7-XI 2016/226 e.v., J.R.C. Tangelder, ‘De deelnemersverhouding civielrechtelijk ontrafeld’, *TPV* 2017/5 en B.C.L. Kanen, ‘Het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst’, *TPV* 2016/29.

24. Het onderzoek hieronder ziet voornamelijk op het derdenbeding als de vermogensrechtelijke basis voor de deelnemer om zijn pensioen te claimen bij de uitvoerder. Daarnaast kan ook de vraag worden gesteld of financieringsverplichtingen – die voor de werkgever uit een uitvoeringsovereenkomst voortvloeien – óók kwalificeren als een derdenbeding ten gunste van de deelnemer, zodat die deelnemer met een beroep daarop zijn werkgever ook kan verplichten bijvoorbeeld bij te storten of anderszins bij te dragen aan zijn pensioenopbouw. Dat blijft hier buiten beschouwing. Zie daarover de recente uitspraak: Rb. Oost-Brabant (ktr. Den Bosch) 13 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438, r.o. 4.11. Zie ook T. Huijg, ‘Wel of geen indexatie na opzegging uitvoeringsovereenkomst?’, *PM* 2014/78.

25. Hoge Raad 20 februari 2004, ECLI: NL: HR: 2004: AO1427, r.o. 4.1 (*DSM/Fox*).

26. Zie: (i) Rb. Amsterdam (ktr.) 20 juli 2011, ECLI: NL: RBAMS: 2011: BR6170, r.o. 4.3, (ii) Rb. Arnhem (ktr.) 16 maart 2009, ECLI: NL: RBARN: 2009: BI1185, r.o. 3.9 en (iii) Rb. Arnhem (ktr. Tiel) 25 januari 2006, ECLI: NL: RBARN: 2006: AV0494, r.o. 4.1.

27. Dat geldt in mindere mate voor: Rb. Amsterdam (ktr.) 20 juli 2011, ECLI: NL: RBAMS: 2011: BR6170, r.o. 4.3.

28. Zie: (i) Rb. Oost-Brabant (ktr. Den Bosch) 13 september 2018, ECLI: NL: RBOBR: 2018: 4438, r.o. 4.11, (ii) Rb. Amsterdam (ktr.) 24 juni 2016, zaaknummer 2990426 CV EXPL.14-11251 (niet gepubliceerd) (*Euronext*), r.o. 12, (iii) Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI: NL: GHARL: 2013: 6819, r.o. 4.12 (*Univé*), (iv) Rb. Rotterdam (ktr.) 22 juli 2008, ECLI: NL: RBROT: 2008: BD9176, r.o. 5.1, (v) Hof Arnhem 27 mei 2008, ECLI: NL: GHARN: 2008: BE9201, r.o. 4.28 en (vi) Rb. Rotterdam (ktr.) 28 maart 2006, ECLI: NL: RBROT: 2006: AV8546, r.o. 6.9.

exit-voorwaarden, (iv) etc. Het gaat steeds alleen om rechten en plichten tussen de werkgever en de uitvoerder onderling, zo zou gesteld kunnen worden. Eén bepaling in de Pensioenwet wijst juist wel op het bestaan van een derdenbeding, of op z'n minst op de mogelijkheid daartoe. Het betreft het veelbesproken art. 5 Pensioenwet. Dat artikel verklaart het algemeen verzekeringsrechtelijke art. 7:969 BW niet van toepassing op uitvoeringsovereenkomsten. Art. 7:969 BW kent een uitzondering op de algemene regels omtrent aanvaarding van het derdenbeding uit art. 6:253 lid 3 BW. Door het buiten toepassing verklaren van deze uitzondering, gelden de algemene regels uit art. 6:253 BW dus volop voor uitvoeringsovereenkomsten. Dat impliceert, zo zou gesteld kunnen worden, dat de Pensioenwet dus uitgaat van een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst.

Louter kijkend naar de tekst van de Pensioenwet, zijn dus meer argumenten tegen dan voor het bestaan van een derdenbeding in een uitvoeringsovereenkomst te vinden.

#### 4.2. Wetshistorisch

Ook aan de parlementaire geschiedenis zijn argumenten te ontleen (zowel argumenten voor als tegen). Het gaat daarbij zowel om de parlementaire stukken behorende bij de Pensioenwet, als om de stukken die horen bij de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW).

Reeds bij de totstandkoming van de PSW in 1950 las de wetgever een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst. In de memorie van toelichting werd hierover meegedeeld: 'Deze [de uitvoeringsovereenkomst, toev. auteurs] [...] komt neer op een door de werkgever gemaakt beding ten behoeve van een derde (de werknemer), dat door het burgerlijk recht geregeerd wordt.'<sup>29</sup> Ook in de memorie van toelichting van de voorganger van art. 5 Pensioenwet lijkt te worden uitgegaan van het bestaan van een derdenbeding. Daarin werd namelijk het volgende opgemerkt: 'Bedacht zij daarbij dat de werknemer, door het sluiten van de pensioenovereenkomst met de werkgever, tevens (op hetzelfde tijdstip) de begunstiging in de [de uitvoeringsovereenkomst, toev. auteurs] aanvaardt.'<sup>30</sup> Meest relevant is uiteindelijk toch wel de passage uit de memorie van toelichting bij de Pensioenwet zelf. Daarin wordt meegedeeld dat sprake is van een derdenbeding. Het lijkt zelfs alsof daarin wordt gesteld dat een uitvoeringsovereenkomst naar haar aard een derdenbeding bevat. De passage luidt als volgt: 'Bij de relatie tussen de deelnemer en de pensioenuitvoerder is weliswaar geen sprake van een overeenkomst, maar het is wel een verbintenis die voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst via het zogeheten derdenbeding. De werkgever sluit met een pensioenuitvoerder ten behoeve van de werknemer een uitvoeringsovereen-

komst.'<sup>31</sup> Hierbij dient wel te worden bedacht dat deze mededeling werd gedaan in de context van de vraag welk recht van toepassing is op de rechtsverhouding tussen de deelnemer en de uitvoerder. Het ging daarbij dus niet zo zeer om een principiële stellingname omtrent het wel of niet bestaan van een derdenbeding in een uitvoeringsovereenkomst. Bovendien zijn in de memorie van toelichting bij de Pensioenwet passages te vinden waarin ervan uit wordt gegaan dat de uitvoeringsovereenkomst alleen tussen de werkgever en de uitvoerder gesloten wordt.<sup>32</sup>

Voorgaande passages uit de parlementaire geschiedenis geven de indruk dat de wetgever uitgaat van de constructie van het derdenbeding. Recentere geschiedenis toont echter een weerbarstiger beeld. De afgelopen jaren heeft de minister van SZW uiteenlopende mededelingen gedaan over dit onderwerp. Tot tweemaal bevestigde de minister van SZW dat sprake is van een derdenbeding ('De deelnemer is via een derdenbeding partij geworden bij de uitvoeringsovereenkomst en kan derhalve nakoming afdwingen door de pensioenuitvoerder').<sup>33</sup> Later ontkrachtte de minister van SZW dat juist weer driemaal ('De werknemer is geen partij bij de uitvoeringsovereenkomst en heeft hierbij dus geen directe rol').<sup>34</sup> Eén keer heeft de minister van SZW het voor mogelijk gehouden dat een derdenbeding onderdeel vormt van de uitvoeringsovereenkomst ('De bijdragende onderneming (werkgever) zal de pensioendeelnemers (werknemers) partij kunnen maken bij de overeenkomst middels een derdenbeding (art. 253 van Boek 6 van het BW)').<sup>35</sup>

#### 4.3. Het doel van de Pensioenwet

Wij menen dat het doel van de Pensioenwet een belangrijk principiële argument bevat ten faveure van het bestaan van een derdenbeding. Dé kernbepaling van de Pensioenwet is art. 23. Dat verplicht de werkgever een pensioenovereenkomst extern onder te brengen door het sluiten (en in stand te houden) van een uitvoeringsovereenkomst. Dat noemt men de onderbrengingsplicht. Doel daarvan is, aldus de memorie van toelichting, de voor 'pensioen bestemde gelden af te scheiden van het vermogen van de werkgever. Op die manier wordt gewaarborgd dat deze gelden door de werkgever niet voor andere doeleinden dan pensioen kunnen worden aangewend en dat de voor pensioen bestemde gelden niet verloren gaan bijvoorbeeld in geval van

29. *Kamerstukken II* 1949/50, 1730, 3, p. 7.

30. *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, 3, p. 14.

31. *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 24.

32. *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 49 t/m 53, 55, etc.

33. Zie (i) *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 1784, p. 1-2 en (ii) *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 2977, p. 1-2.

34. Zie (i) *Kamerstukken I* 2013/14, 33182, I (p. 4 van Bijlage), (ii) *Kamerstukken I* 2012/13, 33182, D, p. 21-22 en (iii) *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 2122, p. 2.

35. *Kamerstukken II* 2008/09, 31891, 3, p. 44.

faillissement van de werkgever.<sup>36</sup> Dit was ook al het primaire doel van de PSW.<sup>37</sup>

Een derdenbeding sluit naadloos aan bij het doel van de Pensioenwet.<sup>38</sup> Wij lichten dit hierna toe, waarbij wij de kwaadwillende – niet meewerkende – uitvoerder als vertrekpunt nemen. Dat is de uitvoerder die weigert pensioen uit te keren aan een gepensioneerde – om welke reden dan ook en ondanks dat die uitvoerder zich daartoe wel heeft verplicht richting de werkgever. Tevens gaan wij uit van de situatie dat de werkgever door faillissement is opgehouden te bestaan (gelijk aan de situatie waar de memorie van toelichting zojuist over sprak). In een dergelijke situatie is de overgebleven werknemer met behulp van een derdenbeding in ieder geval nog zelfstandig in staat om pensioenen te claimen van de pensioenuitvoerder. Zonder derdenbeding zou alleen de werkgever dat recht hebben (dat wil zeggen het recht om die pensioenen uit te keren aan de gepensioneerde werknemer), maar het punt is juist dat die werkgever dan niet meer bestaat (want failliet). Het (onherroepelijk) derdenbeding vangt dat op en zorgt ervoor dat de uitvoerder – ook na faillissement van de werkgever – gewoon nog verplicht kan worden pensioenen uit te keren. Alleen zo worden de pensioengelden niet voor andere doeleinden dan pensioen aangewend en gaan die gelden niet verloren, en dat past dus uitstekend bij het voornaamste doel van de Pensioenwet.

Het voorgaande beperkt zich niet louter tot de situatie dat de werkgever failliet. Het geldt net zo goed voor andere situaties waarin de werkgever niet meer bestaat, bijvoorbeeld wegens een regulier ontbindingsbesluit.

#### 4.4. Uitvoeringsovereenkomst als verzekering ten behoeve van een derde en (dus) derdenbeding?

De uitvoeringsovereenkomst kwalificeert als een verzekeringsovereenkomst,<sup>39</sup> meer specifiek als een overeenkomst tot levensverzekering en – nog specifiek – als een sommenverzekering ex art. 7:964 BW.<sup>40</sup> Diverse auteurs stellen dat het daarbij

moet gaan om een verzekering ten behoeve van een derde, en verbinden daaraan de conclusie dat dus sprake moet zijn van een derdenbeding. Zo stelt Kuiper: ‘Het is de heersende leer om verzekering ten behoeve van een derde te kwalificeren overeenkomstig de juridische figuur van het derdenbeding.’<sup>41</sup> Kanen zegt hierover: ‘Omdat de uitvoeringsovereenkomst, behalve bij een PPI, een verzekeringsovereenkomst voor een derde betreft, is de onvermijdelijke conclusie dat de uitvoeringsovereenkomst de strekking heeft een zelfstandig vorderingsrecht te scheppen voor de deelnemer en daarmee een derdenbeding inhoudt [...].’<sup>42</sup> Ook Clausing gaat uit van het noodzakelijkerwijs bestaan van een derdenbeding: ‘De verzekering ten behoeve van een derde is een overeenkomst met een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW’, maar wijst er ook op dat daarover geen eensgezindheid bestaat.<sup>43</sup> Ook (verzekeringsrechtelijke) rechtspraak wijst erop dat een sommenverzekering noodzakelijkerwijs duidt op (het bestaan van) een derdenbeding.<sup>44</sup> De kwalificatie als verzekering ten behoeve van een derde, zou dus ook een argument kunnen zijn ten faveure van het bestaan van een derdenbeding.

## 5. Conclusie

Veel wijst op het bestaan van een derdenbeding in een uitvoeringsovereenkomst. Een belangrijke nuancering die daarbij moet worden gemaakt is dat dit telkens uiteindelijk gewoon een uitlegvraag is. Daarbij gaat het erom te onderzoeken wat de oorspronkelijke contractspartijen – gezien de concrete omstandigheden van het geval – daaromtrent hebben gewild (en ook waar de derde gerechtvaardigd

2006/5.

36. Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 44.

37. Kamerstukken II 1949/50, 1730, 3, p. 5.

38. Verdedigd zou zelfs kunnen worden dat een werkgever die onderbrengingsplicht schendt indien zij niet een derdenbeding overeenkomt in de uitvoeringsovereenkomst. Zie daarover: R.C. Tangelder, ‘De deelnemersverhouding civielrechtelijk ontrafeld’, *TPV* 2017/5 (par. 5.3).

39. Uitgezonderd daarvan is de uitvoeringsovereenkomst met een premiepensioeninstelling, maar dat terzijde.

40. Zie daarover meer uitgebreid: (i) T. Huijg & J.M. van Slooten, ‘De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst’, *TPV* 2013/22, (ii) E. Lutjens & S.H. Kuiper, ‘Pensioenwet en privaatrecht’, *NTBR* 2008/10 en (iv) P.J.M. Akkermans, ‘Pensioenwet: first impressions’, *P&P* 2006/3. Zie voor enkele nuanceringen: (i) R.A.C.M. Langemeijer, ‘De Pensioenwet: nieuwe en klare wijn?’, *SR* 2006/11 en (ii) C.C.E. Ligtenberg, ‘De Pensioenwet: Het karakter van de uitvoeringsovereenkomst’, *P&P*

41. S.H. Kuiper, ‘Zeggenschap in het Nederlandse pensioenstelsel; De bevoegdheden van werkgevers en werknemers om een pensioenuitvoerder te kiezen’, *AIAS Working Paper* 135, Amsterdam: University of Amsterdam, 2013 p. 98. Met verwijzingen naar: (i) W.J.M. van Veen 1992, *De levensverzekering. Een privaatrechtelijke en successierechtelijke beschouwing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 53 e.v., (ii) F.R. Salomons 1996, *Verzekering ten behoeve van een derde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 160 e.v., (iii) W.M.A. Kalkman 2007, *De overeenkomst van levensverzekering*, 2e deel, Serie verzekeringrecht, ISSN 1572-574X, Deventer: Kluwer, p. 147 e.v., (iv) M.L. Hendrikse, Ph H. J. G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 557 e.v. en (v) Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/383.

42. B.C.L. Kanen, ‘Het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst’, *TPV* 2016/29, verwijzend naar o.a.: J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden* (Monografieën Nieuw BW, deel B-57), Deventer: Kluwer 2004, p. 43 en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/686.

43. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/383.

44. Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI: NL: GHAMS: 2017: 1751, r.o. 3.10: ‘Het hof overweegt als volgt. Er is sprake van een sommenverzekering en mitsdien van een derdenbeding.’

op mocht vertrouwen). Datzelfde geldt voor het bestaan van een derdenbeding in de opdrachtovereenkomst tussen de werkgever en een opdrachtgever met betrekking tot de (weder)tewerkstelling van de werknemer bij de opdrachtgever. De omstandigheden die wij hiervoor in beide situaties in kaart hebben gebracht, zijn niet direct te linken aan een individu, laat staan aan wat een individu heeft gewild (of zou hebben gewild). Indirect echter wel, bijvoorbeeld als invulling van wat aannemelijk is dat partijen zouden hebben gewild en/of als nadere inkleuring van de aard van de overeenkomst. In dat licht moeten onze omstandigheden dan ook worden gezien, en zodoende spelen zij wel degelijk een rol bij de vraag of een overeenkomst in deze situaties een derdenbeding bevat.