



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

PJ 2019/72

van Slooten, J.

**Publication date**

2019

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Pensioen Jurisprudentie

[Link to publication](#)

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

van Slooten, J. (2019). PJ 2019/72. 72. Case note on: Hof Amsterdam, 23/04/19, 200.201.897/01, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (Euronext Amsterdam tegen Vereniging Pensioengerechtigden Euronext Amsterdam). *Pensioen Jurisprudentie*, 2019(6), 491-505.

**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.

## Pensioenwet

PJ 2019/72

**HOF AMSTERDAM**

23 april 2019, nr. 200.201.897/01

(Mrs. G.C. Boot, A.M.A. Verscheure, A.C.M. Kuypers)

m.nt. prof. mr. J. van Slooten

Art. 23, 58 PW; art. 6:253, 7:611 BW

ECLI:NL:GHAMS:2019:1452

**Werkgever aansprakelijk wegens illusoir maken indexatieperspectief.**

*Werkgever zegt uitvoeringsovereenkomst met fonds op en laat na om voor de achtergelaten inactieven een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met borging van hun indexatieperspectief aan te gaan. Werkgever aansprakelijk wegens schending art. 7:611 BW, art. 23 PW en art. 58 PW. Opzegging zonder waardeoverdracht kwam neer op een ongeldige eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst.*

Euronext Amsterdam N.V., te Amsterdam, appellante in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel, adv.: mr. P.H.E. Voûte te Amsterdam, tegen

1. Vereniging Pensioengerechtigden Euronext Amsterdam, te Amsterdam,
2. [Appellant 2] t/m [appellant 6],

geïntimeerden in principaal appel, appellanten in incidenteel appel, adv.: mr. A.W. van Leeuwen te Rotterdam.

**1. Het geding in hoger beroep**

Partijen worden hierna Euronext en VPE c.s. genoemd. Geïntimeerde/appellante sub 1 wordt ook aangeduid als VPE en geïntimeerden/appellanten sub 2 tot en met 6 als [appellant 2] c.s.

Euronext is bij dagvaarding van 21 september 2016 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter) van 24 juni 2016 (hierna: het vonnis), onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen VPE c.s. als eisers en Euronext als gedaagde. De memorie van grieven zijdens Euronext bevat zes grieven.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van antwoord in principaal appel, tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel tevens houdende akte wijziging eis zijdens VPE c.s.;
- memorie van antwoord in incidenteel appel zijdens Euronext;

Euronext heeft geconcludeerd dat het hof het vonnis zal vernietigen voor zover de vorderingen van VPE c.s. zijn toegewezen en, opnieuw rechtdoende, VPE c.s. niet ontvankelijk zal verklaren in hun vorderingen jegens Euronext, althans de vorderingen van VPE c.s. alsnog volledig zal afwijzen, met bepaling dat indien Euronext reeds aan het betreffende vonnis heeft voldaan, VPE c.s. zal worden veroordeeld tot terugbetaling van het betaalde bedrag en met hoofdelijke veroordeling van VPE c.s. in de proceskosten van beide instanties, te vermeerderen met nakosten.

VPE c.s. hebben in principaal appel geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis voor zover het betreft het oordeel van de kantonrechter dat Euronext tekort is geschoten jegens de leden van VPE, althans [appellant 2] c.s. in de nakoming van de pensioenovereenkomst en de veroordeling van Euronext tot vergoeding van de schade die [appellant 2] c.s. dientengevolge lijden, op te maken bij staat.

VPE c.s. hebben in incidenteel appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis voor het overige zal vernietigen en opnieuw rechtdoende Euronext zal veroordelen een nieuwe uitvoeringsovereenkomst (hierna: UVO) met Delta Lloyd (hierna: DL) dan wel met een andere pensioenuitvoerder aan te gaan welke gelijk is aan of tenminste gelijke rechten en waarborgen biedt als de UVO 2007–2012, dan wel de UVO 2013, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,- per dag dat Euronext na betekening van het vonnis niet voldoet aan deze veroordeling, *subsidiar*, Euronext zal veroordelen een zodanig geldbedrag te betalen aan DL dan wel een andere pensioenuitvoerder, dat de voormalige werk-

nemers van (de rechtsvoorgangers van) Euronext (de oud-deelnemers) in dezelfde positie worden gebracht als waarin zij zouden hebben verkeerd als de UVO 2007–2012, althans de UVO 2013, ongewijzigd zou zijn voortgezet, waarbij in ieder geval wordt voorzien in (1) vergoeding van de uitvoeringskosten, (2) maatregelen ter opheffing van het dekkingstekort en (3) consistentie en solidariteit tussen actieven en inactieven, welk geldbedrag wordt vastgesteld door een te benoemen actuaaris en Euronext zal veroordelen dit bedrag binnen een week na die vaststelling aan DL dan wel een andere pensioenuitvoerder te betalen, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,- per dag dat Euronext niet aan die veroordeling voldoet, *meer subsidiair* VPE c.s. ontvankelijk zal verklaren in haar vordering tot veroordeling van Euronext tot vergoeding van de schade van haar leden nader op te maken bij staat en deze vordering, opnieuw rechtdoende, toe zal wijzen.

VPE c.s. hebben in principaal en incidenteel appel geconcludeerd tot veroordeling van Euronext in de proceskosten van beide instanties.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 24 november 2017 doen bepleiten door hun genoemde advocaten, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Bij die gelegenheid is aan beide partijen akte verleend van het nog in het geding brengen van producties.

Ten slotte is arrest gevraagd.

## 2. Feiten

2.1 De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.21 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.2 Euronext heeft met haar werknemers een pensioenovereenkomst gesloten. Ter uitvoering van die pensioenovereenkomst had Euronext tot en met 31 december 2013 een of meer elkaar opvolgende UVO's gesloten met Stichting Pensioenfonds Mercurius Amsterdam (hierna: PMA). PMA was ook UVO's overeengekomen met vier andere werkgevers. De UVO's tussen PMA enerzijds en Euronext en de andere vier werkgevers anderzijds zijn geëindigd per 31 december 2013. Euronext heeft met ingang van 1 januari 2014 een nieuwe UVO gesloten met DL ter uitvoering van de pensioenovereenkomst met haar (vanaf 1 januari 2014) actieve werknemers.

2.3 Anders dan de twee andere grote werkgevers, die een UVO met PMA hadden, heeft Euronext besloten om geen verzoek te doen aan PMA tot overdracht van de opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van haar (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van Euronext naar DL. PMA heeft in de loop van 2013 besloten tot liquidatie van het fonds en tot overdracht van de resterende opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken van alle (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van Euronext en de twee resterende werkgevers aan DL. Die collectieve waardeoverdracht (hierna: CWO) van PMA aan DL is per 1 januari 2014 geëffectueerd.

2.4 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: personeelshandboek). Met ingang van 1 januari 2012 is de pensioenovereenkomst tussen Euronext en haar op of na 1 januari 2012 actieve werknemers vastgelegd in de CAO inzake pensioenen NYSE Euronext met een looptijd tot 31 december 2016 (hierna: CAO 2012).

2.5 PMA had de uit hoofde van de UVO's met Euronext voortvloeiende pensioenverplichtingen tegenover (gewezen) werknemers en gepensioneerden van Euronext vastgelegd in een pensioenreglement 2006 en pensioenreglement 2012. Volgens 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.

2.6 In het personeelshandboek (versie mei 2010) is op pagina 2 vastgelegd *'De bepalingen in dit handboek zijn in principe bindend: afwijkingen dienen in een schriftelijke overeenkomst tussen 'werkgever en medewerker te worden vastgelegd.'* In het personeelshandboek wordt verwezen naar de inhoud van het pensioenreglement 2006. Tussen partijen staat vast dat dit betekent dat het pensioenreglement 2006 is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten. De tussen Euronext en de op 1 januari 2012 niet meer actieve werknemers (de gewezen deelnemers en gepensioneerden) geldende pensioenovereenkomst is opgenomen in bijlage III van het personeelshandboek. In die bijlage III onder F was in punt 11 vastgelegd hoe het pensioen zijn waarde hield als de (gewezen) werknemer van Euronext een gewezen deelnemer is in de pensioenregeling of gepensioneerde. Hierin staat onder meer:

“(…) Het bestuur van het pensioenfonds (hof: PMA) 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!*”

2.7 Artikel 6 van de oorspronkelijke UVO 2007–2012 luidt met betrekking tot de aanpassing van ingegane pensioenen en aanspraken van gewezen deelnemers 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. 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 gezien zal worden wat het toekomstige indexatiebeleid zal kunnen zijn. (...)”.

2.8 In 2010 is (uitsluitend) artikel 6 van de UVO 2007–2012 aangepast. Dat artikel luidt met betrekking tot de aanpassing van ingegane pensioenen en aanspraken van gewezen deelnemers met terugwerkende kracht tot 2007 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.”

Een inhoudelijk gelijke bepaling is opgenomen in artikel 6 van de in 2011 aangepaste UVO 2007–2012 en artikel 7 lid 1 van de UVO 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.

2.9 Artikel 17 lid 1 van het pensioenreglement 2006 van PMA luidt 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 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.” Artikel 22 lid 1 van het pensioenreglement 2012 is gelijkloidend.

2.10 In de oorspronkelijke UVO 2007–2012 tussen PMA en Euronext was geen specifieke bepaling opgenomen voor de situatie van een reserve- of dekkingstekort bij PMA. Wel was in artikel 5 van die UVO opgenomen dat partijen (tijdelijk) een hogere premie kunnen overeenkomen, als dit in het kader van de uitvoering van de pensioenregeling gewenst of nodig is.

Artikel 12 van die UVO 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.”

Tenslotte bevat artikel 9 lid 2 van de oorspronkelijke UVO een bepaling die het Euronext mogelijk maakte om bij financieel onvermogen van PMA haar bijdrageverplichtingen te verminderen dan wel te beëindigen.

2.11 In 2008 is PMA eerst in reservetekort terecht gekomen (aanwezig vermogen minder dan 126,9% van de technische voorziening (TV), terwijl het wettelijk vereiste eigen vermogen (VEV) 26,9% bedroeg van de TV) en later in 2009 ook in dekkingstekort (aanwezige vermogen minder dan 104,3% van de TV, terwijl het wettelijk minimum vereiste eigen vermogen (MVEV) 4,3% bedroeg van de TV). PMA heeft eerst in 2008 een langetermijnherstelplan en vervolgens in 2009 een kortetermijnherstelplan (hierna samen: 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,- alsmede een opslag van 10% van de premie zal betalen *gedurende de looptijd van het Herstelplan* (onderstreping Hof). Deze aanvullende bijdrageafspraken is niet opgenomen in de in 2010 (voor de eerste keer) aangepaste UVO 2007/2012.

2.12 Tussen PMA en Euronext is vervolgens in de in 2011 (voor de tweede keer) aangepaste UVO 2007/2012 in artikel 5 - in aanvulling op de bepaling over de reglementaire premie en de bestaande afspraak dat partijen (tijdelijk) een hogere premie kunnen overeenkomen (zie hiervoor overweging 2.10) - 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* (onderstreping Hof).”

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 bevestigd dat in het kader van de ingediende lange- en kortetermijnherstelplannen een opslag op de reglementaire premie is overeengekomen van 10% van de reglementaire premie. Deze opslag is verschuldigd zolang het pensioenfonds *in een tekortsituatie verkeert* (cursivering Hof).

2.13 In de UVO 2012/2013 is inhoudelijk een gelijke (aanvullende) bijdrageafspraken overeengekomen. Daarnaast is in een nieuw artikel 6 afgesproken 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. Ook is artikel 15 inzake beëindiging van de UVO, ingrijpend aangepast en zijn afspraken gemaakt over de situatie dat de UVO eindigt en de werkgever al dan niet verzoekt om collectieve waardeoverdracht.

2.14 Ondanks een extra onverplichte eenmalige bijdrage door Euronext van € 11.759.437,- zijn de pensioenaanspraken en -rechten van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van Euronext in eerste instantie op 1 april 2013 gekort met 3%. De UVO is op 31 december 2013 geëindigd en Euronext heeft naar aanleiding daarvan € 665.000,- aan PMA betaald als bijdrage in de beëindigingskosten.

2.15 Gelet op haar financiële situatie per 16 december 2013, de datum van economische waardeoverdracht aan DL, heeft PMA in de UVO met DL (genoemd in overweging 2.3 hiervoor) geen toeslagafspraken kunnen overeenkomen. In het kader van de liquidatie was het aanwezige vermogen ter grootte van 102,1% van de TV op grondslagen van PMA (waarbij in de TV een opslag voor kosten van beheer en administratie was begrepen van 2%) wel voldoende om bij de waardeoverdracht aan DL (op de grondslagen van DL inclusief afkoop van alle toekomstige kosten van beheer en administratie) met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014 de oorspronkelijke korting op rechten en aanspraken van 3% (2.13) te verlagen naar 1,55%.

2.16 Euronext is in artikel 15 van haar UVO met DL (zie 2.1) een toeslagregeling overeengekomen voor haar op of na 1 januari 2014 actieve 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/zal 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 artikel 15 lid 1 van de UVO uit dat depot de opgebouwde pensioenaanspraken van de actieve werknemers van Euronext 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 artikel 15 lid 2 uit dat depot de opgebouwde pensioenaanspraken van de sinds 1 januari 2014 gewezen deelnemers en premievrijgestelden en de ingegane pensioenrechten van de pensioenge-rechtigden verhogen tot maximaal de door het CBS vastgestelde CPI alle huishoudens. Artikel 15 lid 5 van de UVO bepaalt:

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

### 3. Beoordeling

3.1 VPE c.s. vorderden in eerste aanleg:

- a. voor recht te verklaren dat Euronext jegens de voormalige werknemers van (de rechtsvoorgan-  
gers van) Euronext aan wie een pensioenregeling is toegezegd toerekenbaar tekort is geschoten  
en/of tekort schiet in de nakoming van de arbeidsovereenkomsten en/of de cao en/of de pensi-  
oenuitvoeringsovereenkomsten en/of artikel 23 Pensioenwet en/of de eigen van goed werkgeverschap;
- b. primair:  
Euronext te veroordelen een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met PMA dan wel met DL dan  
wel met een andere pensioenuitvoerder aan te gaan welke gelijk is aan of tenminste gelijke  
rechten en waarborgen biedt als de uitvoeringsovereenkomst 2007–2012, dan wel de uitvoe-  
ringsovereenkomst 2013, of straffe van verbeurte van een dwangsom;
- c. subsidiair:  
Euronext te veroordelen een zodanig geldbedrag te betalen aan PMA dan wel DL waardoor de  
voormalige werknemers van (de rechtsvoorgangers van) Euronext in dezelfde positie worden  
gebracht als waarin zij zouden hebben verkeerd als de UVO 2007–2012, althans de UVO 2013  
ongewijzigd zou zijn voortgezet, waarbij in ieder geval wordt voorzien in (1) vergoeding van  
uitvoeringskosten, (2) maatregelen ter opheffing van het dekkingstekort en (3) consistentie  
en solidariteit tussen actieven en inactieven, welk geldbedrag wordt vastgesteld door een te  
benoemen actuaire en Euronext te veroordelen dit bedrag binnen een week na die vaststelling  
aan PMA dan wel DL te betalen, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- d. meer subsidiair:  
Euronext te veroordelen tot vergoeding van de schade die de voormalige werknemers van (de  
rechtsvoorganger van) Euronext althans [appellant 2] c.s. lijden op te maken bij staat;
- e. Euronext te veroordelen in de kosten van het geding.

3.2 De kantonrechter heeft in het vonnis VPE niet ontvankelijk verklaard in haar vordering tot ver-  
goeding van de schade van haar leden. De kantonrechter heeft vervolgens vastgesteld dat de pensioen-  
overeenkomst van de leden van VPE een zeker perspectief op indexatie van hun pensioenrechten in-  
houdt. Door de beëindiging door Euronext van de UVO met PMA per 31 december 2013 en de keuze om  
alle opgebouwde pensioenaanspraken achter te laten in PMA is het perspectief op indexatie na 1 januari  
2014 volledig verdwenen. Er heeft aldus een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst plaats-  
gevonden. De pensioenovereenkomst bevat geen wijzigingsbeding en de leden van VPE hebben niet  
ingestemd met die wijziging. Dat Euronext bevoegd was tot beëindiging van de UVO met PMA betekent  
niet dat Euronext niet gehouden was om rekening te houden met leden van VPE gesloten pensioenover-  
eenkomsten en met de belangen van de door VPE vertegenwoordigde leden. Die zorgplicht vloeit voort  
uit de verplichtingen uit goed werkgeverschap die Euronext tegenover haar oud-werknemers in acht  
behoort te nemen. Als gevolg van een en ander is Euronext toerekenbaar tekortgeschoten in de nako-  
ming van de met de leden van VPE gesloten pensioenovereenkomsten, zo overwoog de kantonrechter.  
De primaire vordering van VPE c.s., die er op neerkomt dat Euronext in enige vorm de UVO met PMA  
moet voortzetten of de daarin opgenomen herstelmaatregelen moet nakomen (zie hiervoor 2.11 tot en  
met 2.14), zijn door de kantonrechter afgewezen omdat VPE c.s. onvoldoende hebben aangetoond dat

die UVO een daartoe strekkend beding ten gunste van de leden van VPE bevatte. De kantonrechter heeft de door VPE c.s. gevraagde verklaring voor recht, dat Euronext jegens de leden van VPE aan wie een voorwaardelijke indexatie is toegezegd, toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van hun pensioenovereenkomsten, toegewezen en Euronext veroordeeld om de schade (op te maken bij staat) die [appellant 2] c.s. dientengevolge lijden te vergoeden, Euronext veroordeeld in de proceskosten en de vorderingen van VPE c.s. voor het overige afgewezen. Tegen deze beslissing en de gronden waarop deze berust, richten zich de grieven in principaal en incidenteel appel.

3.3 De eerste grief in principaal appel betreft de (gedeeltelijke) ontvankelijk verklaring van VPE. De tweede en derde grief van Euronext richten zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat als gevolg van de beëindiging van de UVO met PMA en 'het achterlaten van de pensioenrechten van de actieven bij PMA' het perspectief op verhoging (indexatie) van de pensioenrechten van de leden van VPE volledig is verdwenen en dat de leden van VPE hierdoor schade hebben geleden en tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van een oorzakelijk verband tussen het besluit van Euronext om de UVO met PMA te beëindigen en de pensioenaanspraken en pensioenrechten bij PMA achter te laten en het verlies van enig indexatieperspectief. De vierde en vijfde grief in principaal appel richten zich tegen de oordelen van de kantonrechter dat Euronext tekort is geschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomsten en de norm van goed werkgeverschap heeft geschonden omdat de wijziging van de pensioenovereenkomsten zonder instemming van debetrokkenen heeft plaatsgevonden terwijl er geen wijzigingsbeding was overeengekomen. Tenslotte betreft de zesde grief in principaal appel de door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht. Volgens Euronext is de desbetreffende vordering van VPE c.s. onvoldoende bepaalbaar en had deze daarom moeten worden afgewezen.

3.4 Grief 1 in incidenteel appel richt zich op de niet-ontvankelijkverklaring van VPE in haar vordering tot vergoeding van de schade die haar leden, de voormalige werknemers van Euronext, lijden, op te maken bij staat. Grief 2 in incidenteel appel betreft het oordeel van de kantonrechter dat de op Euronext rustende zorgplicht uitsluitend voortvloeit uit de verplichting van goed werkgeverschap. De derde grief van VPE c.s. richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de leden van VPE jegens Euronext geen beroep toekomt op nakoming van de UVO tussen Euronext en PMA, omdat de leden van VPE geen partij zijn bij die UVO.

3.5 Het hof oordeelt als volgt.

3.5.1 Anders dan Euronext betoogt maar VPE c.s. gemotiveerd hebben bestreden, is VPE in haar onderhavige vorderingen ontvankelijk. VPE is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, de statutaire doelomschrijving van VPE, *het behartigen van de belangen van haar leden in de meest ruime zin* is toereikend om op te komen voor de in deze procedure aan de orde zijnde pensioenbelangen van haar leden, gewezen werknemers van Euronext en de onderhavige belangen lenen zich voor een collectieve actie. De eerste grief in principaal appel faalt; de eerste grief in incidenteel appel slaagt.

3.5.2 De vierde en vijfde grief in principaal appel en grief twee in incidenteel appel lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

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 dwingend-rechtelijke 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 met 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 1 januari 2014 actieven, anders te behandelen dan andere gewezen deelnemers en gepensioneerd 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 pensioemogelingen 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 gepensioneerd 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 gepensioneerd 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 actuaire 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 artikel en 23 en 58 PW.

3.5.5 De stelling van Euronext in het tweede onderdeel van grief 4 dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid de werking van het goed werkgeverschap beperkt omdat de voorwaarden van de indexatieverlening, de voorwaarden van de beëindiging van de uitkeringsovereenkomst of de voorwaarden voor een CWO volledig zouden zijn geregeld in de pensioenovereenkomst of de PW is onjuist.

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 de in het derde onderdeel van de vierde grief genoemde 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) dat de leden van VPE pensioen hebben opgebouwd in een eindloonregeling;
- (3) dat Euronext onverplicht EUR 13 miljoen heeft bijgestort.

3.5.7 Ter toelichting op de eerste genoemde omstandigheid voert Euronext - kort samengevat - aan dat continuering van de uitvoering van de pensioenregeling van Euronext door PMA wegens het beëindigen van de UVO door de andere werkgevers, tot een. disproportionele kostenstijging voor Euronext zou hebben geleid. Het hof volgt Euronext niet in dit betoog. Bij continuering zou Euronext immers het grootste deel van de uitvoeringskosten van PMA hebben moeten dragen. Zoals VPE c.s. hebben gesteld,



ziet Euronext daarbij over het hoofd dat zij er zelf in de UVO voor had gekozen om een evenredig deel van de jaarlijkse uitvoeringskosten voor haar rekening te nemen volgens een andere verdeelsleutel dan haar aandeel in de TV en dat daarom PMA in haar TV maar een kostenopslag van 2% had opgenomen, in plaats van een kostenopslag van 5%, die wel vereist was bij zelfstandige voortzetting van PMA. Zoals VPE c.s. terecht hebben gesteld brengt ook DL uitvoeringskosten in rekening bij en na overname van die verplichtingen van PMA en zal die in de overnamekoopsom hebben verdisconteerd. Als het hof er eenvoudigheidshalve van uitgaat dat die uitvoeringskosten van DL vergelijkbaar waren met de 5% die PMA als kostenopslag in haar TV moest aanhouden, was er dus ten tijde van de overdracht sprake van een tekort van 3% van de over te dragen TV. Dat vormt dan naar het hof met VPE c.s. aanneemt een belangrijke reden dat er uiteindelijk 1,55% korting op de pensioenaanspraken resteerde. De door Euronext in dit verband aangevoerde dekkingsgraadproblematiek bij PMA was al bekend in 2008 en 2009 en had toen juist geleid tot aanvullende financiële afspraken waarbij Euronext onder meer op zich heeft genomen om een extra opslag van 10% op de premie te betalen tot de dekkingsgraad zou zijn hersteld. Euronext draagt naar het oordeel van het hof geen bewijs aan van de stelling dat zij er een zwaarwegend belang bij had om een einde te maken aan haar verplichting om de jaarlijkse uitvoeringskosten van PMA te dragen en om 10% opslag op de premie te betalen. Integendeel, het feit dat Euronext wel een indexatiedepot heeft gevormd in de nieuwe UVO met DL voor de actieve deelnemers bewijst dat Euronext wel over middelen beschikt om indexatie van pensioenen te bekostigen.

3.5.8 Ter nadere onderbouwing van de hiervoor in 3.5.6 ad 2 genoemde omstandigheid voert Euronext aan dat de leden van VPE in het verleden veel hogere pensioenrechten opbouwden (met een eindloontoezegging, een hoger bouwpercentage en indexatie) dan de huidige werknemers. Daarom zou het objectief gerechtvaardigd zijn dat Euronext voor de werknemers die op 1 januari 2014 en daarna actief waren wel een depot heeft gevormd voor indexatieregelingen om hen aldus te compenseren voor de versoering van de pensioenregeling en voor de leden van VPE niet. Het hof volgt Euronext niet in dit betoog. Euronext heeft de pensioenregeling per 1 januari 2012 aangepast maar in de aangepaste UVO 2012/2013 geen extra premiecomponent afgesproken met PMA voor een compensatieregeling. Zonder een extra bijdrage werd dus de oorspronkelijke ruimte aan overrendement die mede bestemd was voor de reeds bestaande indexatieregeling voor pensioenaanspraken en -rechten van slapers en gepensioneerden (waaronder de leden van VPE) gedeeltelijk toegerekend aan de actieven. Voor die wijziging draagt Euronext onvoldoende argumenten aan. Dat Euronext dat later, in 2013, 'gerepareerd' heeft door in de UVO met DL wel een apart depot op te nemen voor een indexatieverlening op de pensioenaanspraken van de actieven zo lang zij in dienst bleven, doet daar niet aan af. Hier geldt, zoals hiervoor onder 3.5.7 ook werd overwogen dat Euronext het indexatiedepot bij DL mede heeft gevormd voor de 'slapersrechten' van haar actieven in het PMA-contract van DL, hetgeen als een gerechtvaardigde compensatie voor die actieven kan worden gezien (alle opgebouwde aanspraken van actieven worden dan immers gelijk behandeld gedurende het dienstverband), maar ook voor alle pensioenaanspraken van haar gewezen deelnemers en gepensioneerden na uitdiensttreding na 1-1-2014. Juist op dat punt is de indexatieregeling in strijd met het gebod van artikel 58 PW (zie 3.5.4).

3.5.9 In 3.5.6 ad 3 voert Euronext aan dat zij onverplicht bedragen van € 1.360.000,- en € 11.759.437,- heeft betaald aan PMA en een aantal jaren een opslag van 10% op de jaarpremie en dat de kantonrechter daar ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden bij haar oordeel. Het hof volgt Euronext daarin niet omdat de beide eenmalige betalingen en de 10% opslag het resultaat zijn van onderhandelingen tussen Euronext en PMA als voorzien in de UVO ter uitvoering van de (ongewijzigde) pensioenovereenkomsten 2006 en 2012. Uit niets blijkt dat Euronext heeft bedongen dat in ruil voor die aanvullende bijdragen de indexatieregeling voor de leden van VPE (en andere gerechtigden) in de pensioenovereenkomsten, de UVO en de pensioenreglementen zou vervallen. Dat staat nog los van het feit dat uit de afspraken van Euronext met DL voor de actieven na 1 januari 2014 volgt dat de indexatietoezegging voor de actieven per die datum niet is vervallen en zelfs werd versterkt met een direct bij het aangaan van de UVO met DL bij DL voor dat doel gevormd depot. Hoe dan ook geldt dat Euronext de overeengekomen extra bijdrageverplichting van 10% had moeten blijven betalen zo lang PMA in dekkingstekort verkeerde en dat zij de bijdrage in de uitvoeringskosten van PMA voor de tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenrechten en -aanspraken eenzijdig heeft beëindigd voor de toekomst.

3.5.10 Samenvattend is het hof 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 de leden van VPE en de ter uitvoering daarvan gesloten UVO, terwijl de hiervoor genoemde omstandigheden onvoldoende zwaarwegend waren om de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst en de UVO te rechtvaardigen. Daarnaast heeft Euronext niet aangetoond dat aanvaarding van de wijziging van de pensioenovereenkomst en de UVO in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid

van de leden van VPE gevergd kon worden. Tenslotte past Euronext vanaf 1 januari 2014 een aangepaste indexatieregeling voor haar actieven toe die zij volgens het gebod van artikel 58 PW ook zou hebben moeten toepassen op de pensioenaanspraken en -rechten van haar gewezen werknemers en gepensioneerden, waaronder de leden van VPE. Hiermee falen alle onderdelen van de vierde grief van Euronext.

3.5.11 Grief 5 van Euronext richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat Euronext tekort is geschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst omdat de wijziging van de indexatiebepaling onrechtmatig is. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot grief 4, faalt ook de vijfde grief. Euronext gaat er ten onrechte van uit dat alleen PMA de indexatieregeling kon wijzigen, omdat de indexatietoezegging van Euronext in de pensioenovereenkomsten met het tot stand komen van de UVO zou zijn overgedragen aan PMA. PMA voert de indexatieregeling in de pensioenovereenkomsten echter alleen maar uit en heeft die overgenomen in haar pensioenreglement en mede langs die weg maakt de indexatieregeling op zich weer deel uit van de pensioenovereenkomst.

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.

3.5.14 Met grief 2 in principaal appel bestrijdt Euronext dal 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.

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.

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 CWO 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 CWO 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.

3.5.17 Volgens de toelichting bij grief 6 in principaal appel zou de gevorderde Verklaring voor recht van VPE c.s. onvoldoende bepaalbaar zijn en had de Kantonrechter deze daarom niet mogen toewijzen. Uit al het voorgaande blijkt genoegzaam dat de vordering voldoende bepaalbaar is, zodat ook deze grief van Euronext faalt.

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.

3.5.19 Met betrekking tot grief 1 in incidenteel appel is het hof met VPE c.s. van oordeel dat het in de schadestaatprocedure gaat om de vaststelling van relevante feiten en omstandigheden die voor alle leden van VPE, waaronder [appellant 2] c.s., gelijk zijn, zodat er geen belemmering is om de schade van alle leden in één schadestaatprocedure op te maken. Dit is ook een logisch gevolg op de door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht dat Euronext jegens de leden van VPE aan wie een voorwaardelijke indexatie is toegezegd toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van hun pensioenovereenkomsten. Nu de grieven van Euronext gericht tegen de toewijzing van de verklaring voor recht en de verwijzing naar de schadestaat procedure worden afgewezen, leidt dat er toe dat in de schadestaatprocedure de schade kan worden vastgesteld van alle leden van VPE, waaronder [appellant 2] c.s. Het daartegen gerichte verweer van Euronext in het incidentele appel gaat er op voorhand van uit dat het in de schadestaat procedure zal gaan om vaststelling van een vervangende schadevergoeding in geld. Het

hof kan dat verweer van Euronext, mede gezien het door VPE c.s. gestelde, niet volgen omdat de rechter in de schadestaatprocedure Euronext ook kan veroordelen vastgestelde schade ongedaan te maken, bijvoorbeeld door alsnog de aan de actieve werknemers in het vooruitzicht gestelde indexatie op vóór 1 januari 2014 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten na uitdiensttreding toe te kennen aan de vóór 1 januari 2014 uit dienst getreden werknemers, dan wel door een eenmalige storting te doen bij een pensioenuitvoerder. Ook de eerste grief in incidenteel appel slaagt.

3.6 Concluderend is het hof van oordeel dat de grieven van Euronext in het principale appel niet slagen en de grieven van VPE c.s. in het incidentele appel wel. Het vonnis waarvan beroep zal bij het eindarrest worden bekrachtigd voor zover het het dictum onder II, IV en V betreft. VPE c.s. wordt wel ontvankelijk verklaard in haar vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat.

3.7 Of de vordering strekkende tot veroordeling van Euronext tot het aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst toewijsbaar is of dat toewijzing van de subsidiair of meer subsidiair toegewezen vordering moet worden toegewezen, kan eerst worden beslist nadat de hieronder bedoelde nadere inlichtingen van partijen zijn verkregen.

3.8 De in de CAO 2014 en (a) het ter uitwerking daarvan opgestelde reglement van de pensioencommissie en (b) de ter uitvoering daarvan in artikel 15 van de UVO tussen Euronext en DL geformuleerde toeslagregeling voor gewezen deelnemers, premievrijgestelden en pensioengerechtigden, wijkt inhoudelijk niet af van de toeslagregeling in het pensioenreglement 2006 en zou hetzelfde pensioenresultaat kunnen opleveren voor de leden van VPE als in het vooruitzicht gesteld in pensioenreglement 2006 en de ter uitvoering daarvan gesloten UVO tussen Euronext en PMA, thans DL.

Uit hetgeen Euronext en VPE c.s. over en weer hebben gesteld kan het hof niet afleiden (i) of de leden van VPE - en onder welke voorwaarden - akkoord zouden kunnen gaan met de toeslagregeling in de CAO 2014 en de uitvoering daarvan door DL, ter vervanging van de toeslagregeling in pensioenreglement 2006, en (ii) of - en onder welke voorwaarden - Euronext, respectievelijk DL, bereid zijn om de toeslagregeling in de CAO 2014 ook toe te passen op de tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten van de op 1 januari 2014 gewezen werknemers en pensioengerechtigden, waaronder de leden van VPE, met een aanpassing van een UVO met DL en aanvullende stortingen in het toeslagdepot voor de uitvoering van zo'n toeslagregeling.

Meer in het bijzonder wenst het hof door Euronext in samenwerking met Delta Lloyd als de huidige en toekomstige pensioenuitvoerder te worden geïnformeerd over (iii) de eenmalige koopsom die nodig is om de nog resterende korting van 1,55% met terugwerkende kracht tot 1-1-2014 ongedaan te maken en hoe die koopsom zich in procenten van de overgenomen TV verhoudt tot de kosten van beheer en uitvoering die DL heeft verwerkt in de aan PMA in rekening gebrachte koopsom voor de overgenomen verplichtingen jegens actieven, slapers en gepensioneerden van Euronext en in de premie voor toekomstige opbouw, (iv) de benodigde jaarlijkse premie, tot een maximum van 10% van de jaarpremie voor de toekomstige opbouw van actieven, en de maximale duur in jaren van die premiebetaling om een depot te vormen voor een toekomstbestendige toeslagverlening conform artikel 15 lid 2 van de UVO tussen Euronext en DL, toegepast op alle van PMA overgenomen verplichtingen met terugwerkende kracht tot 1-1-2014, en (v) het maximaal te vormen en aan te houden depot dat, rekening houdend met het naar verwachting door DL toe te voegen rendement uit de pensioenregeling en de depot belegging, waarborgt dat er een consistent geheel is tussen de gewekte verwachtingen, de financiering en het realiseren van voorwaardelijke toeslagen, als bedoeld in artikel 95 PW waarbij volledige toeslagverlening aan actieve deelnemers en slapers en gepensioneerden naar verwachting mogelijk is.

3.9 Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen voor akte aan de zijde van beide partijen als bedoeld onder 3.8, waarna VPF c.s. eveneens bij akte op de daar bedoelde opgaven kan reageren.

3.10 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

#### 4. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 25 juni 2019 voor akte aan de zijde van beide-partijen als hiervoor onder 3.8 (i) en (ii) bedoeld. Euronext dient bij die gelegenheid tevens de opgaven van DL als hiervoor onder 3.8 (iii) tot en met (v) aangeduid in het geding te brengen;

bepaalt dat VPE c.s. vervolgens ter rolle van 23 juli 2019 bij akte op de opgaven van Euronext als hiervoor onder 3.8 (iii) tot en met (v) kan reageren;

houdt iedere verdere beslissing aan.

## Noot

1. Dit tussenarrest behandelt de inmiddels beruchte strijd tussen Euronext en een aantal gepensioneerden en slapers. De uitspraak bevat een aantal opvallende beslissingen waarvan sommige discutabel zijn.

### Inleiding

2. Eisers in eerste aanleg (hierna: “VPE c.s.”) komen op tegen een gemis aan indexatie van hun pensioenrechten en -aanspraken. Het betreft een groep die reeds voor 1 januari 2014 inactief was geworden. Per die datum eindigde de uitvoeringsovereenkomst tussen Euronext en het pensioenfonds (“PMA”). De werkgever ging voor de actieven een nieuwe uitvoeringsovereenkomst aan met Delta Lloyd. De tot die datum opgebouwde rechten en aanspraken bleven achter bij PMA. PMA besloot vervolgens deze middelen een collectieve waardeoverdracht ook onder te brengen bij Delta Lloyd, maar dan in een ander contract. Aangezien het fonds onder water stond (dekkingsgraad van 102%), kon Delta Lloyd aan deze groep geen indexatie aanbieden. In het Delta Lloyd contract dat de werkgever voor de actieven had afgesloten was wel geld voor indexatie opgenomen. Het pijnpunt zit er in dat deze middelen ook worden gebruikt om indexatie toe te kennen over de tot 2014 opgebouwde aanspraken van de actieven (welke aanspraken op zich zelf dus in een andere regeling bij Delta Lloyd werden geadmistriseerd). Hierdoor ontstond er een verschil in behandeling van opgebouwde aanspraken over de periode tot 2014: was men per die datum reeds uit dienst, dan was er geen indexatie bij Delta Lloyd (de inactieven-regeling). Was men nog in dienst, dan kreeg men over die aanspraken wel indexatieperspectief (de actieven-regeling).

3. De kernredenering van het hof is als volgt:

- Euronext diende zich ook jegens inactieven conform artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) te gedragen;
- artikel 23 BW dwong om een uitvoeringsovereenkomst met PMA of Delta Lloyd in stand te houden;
- de pensioenovereenkomst hield een “indexatieperspectief” in;
- Euronext mocht geen genoegen nemen met de overdracht van de inactieven naar Delta Lloyd door PMA, zonder indexatieperspectief;
- de overdracht van PMA naar Delta Lloyd leidde tot een (ongeldige) eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst;
- zeker nu de actieven wel indexatie krijgen over hun aanspraken van voor 2014, is artikel 58 PW geschonden.

Een aantal van de bouwstenen in deze redenering zal ik hierna kort bespreken.

### Goed werkgeverschap

4. Het hof oordeelt dat het goed werkgeverschap ook van toepassing blijft op inactieven. Naar de letter genomen is dat natuurlijk opvallend omdat er geen sprake meer is van een arbeidsovereenkomst. Zoals echter bekend, beheerst het goed werkgeverschap de gehele arbeidsovereenkomst en dus ook de pensioenovereenkomst. De pensioenovereenkomst eindigt niet bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar wordt voortgezet tussen dezelfde partijen in andere hoedanigheden (zie ECLI:NL:HR:2013:CA0566; ECN/OMEN). Voorts geldt dat het goed werkgeverschap een uitdrukking is van artikel 6:248 BW (zie ECLI:NL:HR:2004:AM2312; Parallel Entry). Ook dat artikel beheerst uiteraard de pensioenovereenkomst.

Het goed werkgeverschap is een belangrijke bouwsteen in het oordeel van het hof, maar *hoe precies* blijft enigszins ongrijpbaar. In rov. 3.5.10 oordeelt het hof dat Euronext zich niet als goed werkgever heeft gedragen door zich eenzijdig te onttrekken aan de verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst. Blijkbaar bepaalt het goed werkgeverschap mede de inhoud van die verplichtingen want wanneer een verplichting op grond van de wet of de overeenkomst volkomen helder is, is dat leerstuk niet nodig.

### Art. 58 PW

5. Een volgende bouwsteen is artikel 58 PW. Zoals bekend, ziet dit op de gelijke behandeling tussen gewezen deelnemers enerzijds en gepensioneerden anderzijds ten aanzien van indexatie, “indien zij in dezelfde regeling hebben deelgenomen”. Het artikel verbiedt niet onderscheid tussen actieven ener-

zijds en inactieven anderzijds. Ook slapers onderling hoeven niet gelijk behandeld te worden (zie [www.toezicht.dnb.nl/3/50-203410.jsp](http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-203410.jsp)). Het hof merkt hier actieve werknemers tevens aan als gewezen deelnemers in de regeling van voor 2014, hetgeen op zichzelf juist is. Zij worden in een andere regeling (de actievenregeling) bevoordeeld ten opzichte van degenen die in de inactievenregeling zitten. Juist is dat er hier sprake is van ongelijke behandeling. Volgens mij is deze vorm ook vrij uitzonderlijk. Het Hof motiveert dit met de stelling dat het anders wel “heel eenvoudig” zou zijn om art. 58 PW te ontduiken. Op zichzelf is deze gedachte wel te billijken, nu de actievenregeling expliciet verwees naar de “tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde aanspraken.” Toch is wèl sprake van verschillende regelingen. Het is niet uitgesloten dat inactieven door dit oordeel vaker een ontduiking van art. 58 PW zullen menen te zien, ook daar waar de link tussen de actieven- en de inactievenregeling minder sterk wordt gelegd.

### Indexatiaperspectief

6. Een belangrijke bouwsteen van het hof is gebruik van de term “indexatiaperspectief”. Het hof ziet een verplichting tot het behouden of borgen van dit perspectief, dus het is belangrijk om te weten waaruit die verplichting blijkt en hoe ver die strekt. Het is immers in de ogen van het hof juist deze verplichting die Euronext schendt door de opgebouwde aanspraken niet zelf bij Delta Lloyd onder te brengen met voldoende financiële middelen. Het hof baseert dat op de in rov. 2.6 geciteerde reglementaire bepaling. De kern daarvan is enerzijds “de mogelijkheid dat uw opgebouwde pensioenaanspraak of uw ouderdomspensioen zijn waarde geheel of gedeeltelijk behoudt” en anderzijds staat in die passage: “Nogmaals, u heeft geen recht op toeslagverlening!” Ik vind dit een problematisch onderdeel van de uitspraak. Indexatiaperspectief is geen wettelijke term. Er wordt veel opgehangen aan deze reglementaire bepaling en zij wijkt niet af van een gemiddelde bepaling over voorwaardelijke indexatie. Dat geeft de uitspraak een potentieel grote reikwijdte, zonder dat duidelijk is waar dit vanaf hangt en hoe kan worden voorkomen – indien partijen dat willen – dat hier een verplichting ontstaat. Het Hof motiveert dit met de stelling dat het anders wel “heel eenvoudig” zou zijn om art. 58 PW te ontduiken. Op zichzelf is deze gedachte wel te billijken, nu de actievenregeling expliciet verwees naar de “tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde aanspraken.” Toch is wèl sprake van verschillende regelingen. Het is niet uitgesloten dat inactieven door dit oordeel vaker een ontduiking van art. 58 PW zullen menen te zien, ook daar waar de link tussen de actieven- en de inactievenregeling minder sterk wordt gelegd.

### Art. 23 PW

7. Het vierde juridische anker dat het hof uitslaat is artikel 23 PW: de verplichting om een uitvoeringsovereenkomst aan te gaan en *in stand te houden*. Hierop baseert het hof de verplichting van Euronext om het fonds te zoeken tot een collectieve waardeoverdracht aan Delta Lloyd. Men kan hier uiteraard tegenin brengen dat artikel 23 PW niet dwingt om *dezelfde* uitvoeringsovereenkomst af te sluiten voor actieven als voor inactieven. Het Hof motiveert dit met de stelling dat het anders wel “heel eenvoudig” zou zijn om art. 58 PW te ontduiken. Op zichzelf is deze gedachte wel te billijken, nu de actievenregeling expliciet verwees naar de “tot 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde aanspraken.” Toch is wèl sprake van verschillende regelingen. Het is niet uitgesloten dat inactieven door dit oordeel vaker een ontduiking van art. 58 PW zullen menen te zien, ook daar waar de link tussen de actieven- en de inactievenregeling minder sterk wordt gelegd. In de praktijk ziet men soms dat een uitvoeringsovereenkomst ontbreekt indien de werkgever deze met het fonds heeft beëindigd en het fonds vervolgens zelf besluit tot liquidatie over te gaan en de opgebouwde aanspraken en rechten onderbrengt bij een verzekeraar. Het komt ook soms voor indien een UO met een verzekeraar wordt beëindigd en de opgebouwde aanspraken bij de verzekeraar achterblijven.” Deze uitspraak houdt in dat ook in die gevallen een werkgever eigenlijk toch een uitvoeringsovereenkomst moet aangaan met die verzekeraar. Bovendien lijkt uit de uitspraak te volgen dat de werkgever in een aantal gevallen dan ook financiering ter beschikking moeten stellen.

### Eenzijdige wijziging pensioenovereenkomst door wijziging UO

8. Een volgend opvallend onderdeel van de uitspraak is de overweging dat een verslechtering van de financiering en/of indexatiemogelijkheden leidt tot een (ongeldige) eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. Dat is aan de orde als de pensioenovereenkomst een verplichting tot het waarmaken van indexatiaperspectief bevat (en waarvan ik net vaststelde dat onduidelijk blijft wanneer die verplichting wordt aangegaan). Voorts dient de financiering ten behoeve van dat perspectief dan te wijzigen. Het hof oordeelt op diverse plaatsen dat verandering in de financieringsafspraken in de relatie werkgever/

pensioenuitvoerder in feite kan neerkomen op een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. Men vindt dat onder andere in rov. 3.5.8 over een eerdere actie waarbij de pensioenregeling werd aangepast maar geen extra premiecomponent werd afgesproken.

9. Een ander voorbeeld waarin het hof deze redenering toepast ziet op de afspraak van Euronext met PMA om een premieopslag van 10% te betalen tot het herstel van PMA gerealiseerd was. Door de uitvoeringsovereenkomst te beëindigen nog voordat het herstel volledig was gerealiseerd, had zij de bijdrageverplichting eenzijdig beëindigd. De uitspraak is onduidelijk over de beëindigingsvoorwaarden die golden, maar nergens wordt gesteld dat die niet zouden zijn nagekomen of dat PMA heeft geprotesteerd tegen de opzegging. We mogen dus aannemen dat Euronext rechtsgeldig tot een beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst is overgegaan. Het hof oordeelt dat die beëindiging een schending van de pensioenovereenkomst oplevert. Dit is een opvallend deel van de uitspraak.

### **Deelnemers automatisch partij bij de UO?**

10. Het hof oordeelt verder in algemene zin dat de verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst zijn geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. Het hof oordeelt tevens dat artikel 6:253 BW (derdenbeding) van toepassing is. Tot nu toe werd aangenomen dat de deelnemer de begunstiging die in de uitvoeringsovereenkomst besloten ligt moet aanvaarden na een aanbod daartoe. Het hof oordeelt evenwel dat de begunstiging direct voortvloeit uit het systeem van de PW en dat de aanvaarding van het derdenbeding besloten ligt in de toetreding tot een pensioenovereenkomst. Hiermee oordeelt het hof impliciet dat in beginsel alle deelnemers in een pensioenregeling vanaf de start tevens partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst. Wat ik lastig vind aan dit deel van de uitspraak is dat het hof enerzijds deelnemers partij acht bij de uitvoeringsovereenkomst en anderzijds bepalingen omtrent de bijstorting en beëindiging daarvan weer onverbindend acht voor de deelnemers wanneer deze in strijd zijn met de pensioenovereenkomst. Indien, zoals het hof aanneemt, de uitvoeringsovereenkomst in de pensioenovereenkomst is geïncorporeerd. Hoe kan dan worden gesteld dat die uitvoeringsovereenkomst terzijde moet worden gelaten wanneer zij in strijd is met de pensioenovereenkomst?

11. Uit bovenstaande vloeit ook voort dat deelnemers een individueel afdwingbaar recht op nakoming van de financieringsverplichting door een werkgever hebben. Zij zijn immers automatisch partij bij de uitvoeringsovereenkomst. De uitspraak leidt er toe dat iedere deelnemer zich kan verzetten tegen de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst en dat een wijziging zonder hun toestemming in strijd met de pensioenovereenkomst is indien daarmee het indexactieperspectief niet wordt gehonoreerd.

### **Werkgever aansprakelijk**

12. Komen de werkgever en de uitvoerder toch een wijziging overeen die “het indexactieperspectief illusoir maakt”, dan is de werkgever aansprakelijk. Euronext kan dat oplossen door ofwel een schadevergoeding ofwel een nieuwe uitvoeringsovereenkomst aan te gaan. Daar zal het hof zich nog over moeten uitlaten.

### **Samenvatting**

13. Samengevat bevat deze uitspraak (al dan niet impliciet) de volgende rechtsoordelen die vernieuwend, opvallend en/of discutabel zijn:

- een voorwaardelijke indexactietoezegging leidt tot indexatieperspectief, hetgeen een afdwingbare verplichting is;
- een financieringsafpraak in de uitvoeringsovereenkomst ter uitvoering van de verplichting tot borging van het indexactieperspectief is onderdeel van de pensioenovereenkomst;
- een deelnemer is in beginsel partij bij de uitvoeringsovereenkomst;
- een beperking van de financieringsafspraken tussen werkgever en uitvoerder is een wijziging van de pensioenovereenkomst die dus de instemming van de deelnemers behoeft;
- een beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst ontslaat de werkgever niet van zijn verplichting tot het bieden van indexactieperspectief,
- in een dergelijk geval moet de werkgever een gelijkwaardig alternatief vinden. Dat kan bestaan uit de verplichting om het fonds te vragen en te helpen bij de waardeoverdracht naar een nieuwe uitvoerder die dan een vergelijkbare financiering toegezegd dient te krijgen.

14. Hoewel de uitspraak een creatieve poging tot rechtsvinding is die enigszins tegemoet komt aan

het rechtsgevoel, is er te veel op aan te merken. Naar mijn oordeel dreigt het systeem door deze uitspraak onwerkbaar te worden. Wanneer is er nou sprake van “indexatieperspectief” en waaraan moet een alternatieve financiering voldoen om dat perspectief nog in voldoende mate te bereiken? Is het werkbaar als iedere deelnemer partij is bij de uitvoeringsovereenkomst, maar niet gebonden is aan de daarin opgenomen beëindigingsafspraken? En: als een wijziging in de financiering neerkomt op een eenzijdige wijziging van de verplichting tot het bieden van indexatieperspectief en dus de instemming van de deelnemers behoeft, is zo'n wijziging dan nog te realiseren zonder instemming van iedere individuele deelnemer? Tot slot de vraag of hiermee niet de kans op aansprakelijkheid van werkgevers te veel wordt vergroot?

15. Het meest fundamentele bezwaar dat men kan aanvoeren tegen de benadering van het hof is dat de pensioendriehoek hiermee verwordt tot een onoverzichtelijke kluwen. Het hof zag blijkbaar de noodzaak dit bouwwerk aan verplichtingen te maken teneinde de gepensioneerden van Euronext tegemoet te komen. De vraag is of niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt met het oordeel van de Hoge Raad dat de normen van ongeschreven recht kunnen meebrengen dat de contractspartijen hun gedrag mede door de belangen van derden dienen te laten bepalen (ECLI:NL:HR:2004:AO9069; Vleesmeesters/Alog & Asser-Lutjens nr. 251)

16. Helaas zijn de oordelen in algemene en juridisch dogmatische bewoordingen opgetrokken. Hierdoor moet er rekening mee worden gehouden dat de uitspraak verder reikt dan de Euronext-saga. Ik noem een paar vragen die bij mij naar boven kwamen. Geldt dit ook voor uitvoeringsovereenkomsten met verzekeraars die zijn beëindigd? Heeft een werkgever dan ook de plicht om de opgebouwde aanspraken over te hevelen naar de nieuwe uitvoerder? Er zijn nogal wat gesloten regelingen bij verzekeraars met een opgedroogd beleggingsdepot. Is daar ook het perspectief geschonden? Moet het beginsel van gelijke behandeling tussen slapers breder worden toegepast? Is het nodig om voortaan in de uitvoeringsovereenkomst op te nemen dat deelnemers gebonden zijn aan wijzigingen die werkgever en uitvoerder overeenkomen? Is dat rechtsgeldig? Art. 6:253 BW e.v. is van regelend recht. Kan rechtsgeldig worden bedongen dat deelnemers geen partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst of is dat in strijd met (het systeem van) de PW?

17. Dat het ook heel anders kan worden aangepakt blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2019:3875) inzake FrieslandCampina. Hierin oordeelde de rechtbank dat de werkgever niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het al dan niet kunnen indexeren door het pensioenfonds, nu dit recht slechts voorwaardelijk is. “Zou”, aldus de rechtbank, “een aanvullende (schade)vergoedingsplicht voor FrieslandCampina c.s. worden aangenomen, dan zou hiermee in feite alsnog een onvoorwaardelijk recht tot indexatie worden toegekend.”

prof. mr. J. van Slooten

---