

#3

OKTOBER 2019

P&P

pensioen &
praktijk

Alle facetten van een
duurzaam pensioen

Heeft de wet BPF 2000 nog toekomst?

Het pensioenakkoord: naar een nieuw pensioenstelsel

De payrollovereenkomst onder de WAB

Het hoofdzakelijkheids criterium

De erosie van het bijzonder partnerpensioen

Het Euronextarrest: rechtsgevolgen opzeggen uitvoe-
ringsovereenkomst

VAN
VAKMEDIARET



Mr. drs. Edwin Schop CPL
Partner Sprenkels & Verschuren
Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

In dit artikel behandel ik het recente vonnis van het hof inzake het geschil tussen werkgever Euronext en een aantal gepensioneerden (gerechtshof Amsterdam 8 juli 2019, ECLI:NLGHAMS:2019:1452). Ik ga ook in op de mogelijke gevolgen ervan voor pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij een pensioenverzekeraar. Ik sluit af met een conclusie.

Het Euronextarrest: rechtsgevolgen van opzegging uitvoeringsovereenkomst

Werkgever Euronext zegt de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds op en brengt de opbouw van nieuwe pensioenaanspraken onder bij Delta Lloyd. Het pensioenfonds liquideert, de opgebouwde aanspraken worden collectief overgedragen. Deze overdracht heeft consequenties voor het perspectief op toeslagen (hierna: indexatieperspectief). Een aantal gepensioneerden betreft de (inmiddels ex-)werkgever in rechte. Bij de kantonrechter trekt Euronext aan het kortste eind (rechtbank Amsterdam 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742) en gaat in hoger beroep. Het hof denkt er niet anders over.

FEITEN

Pensioenfonds Mercurius Amsterdam (PMA) voerde een middelloonregeling met strikt voorwaardelijk toeslagverlening uit voor onder meer Euronext. Sinds 2009 zijn er geen toeslagen meer verleend, in 2013 heeft een korting plaatsgevonden van 3 %. Er was

een herstelplan van toepassing waarbij gedurende de duur van het herstelplan een toeslag van 10 % op de premie wordt betaald (2009). Later (2011) is een aanvullende bijdragenregeling overeengekomen zolang het fonds in een tekortsituatie verkeert. Euronext stortte een bedrag gestort van totaal 13 miljoen euro. Inmiddels hadden alle ondernemingen (dus ook Euronext) de uitvoeringsovereenkomst opgezegd tegen 31 december 2013.

.....

Euronext stelt dat ex-werknemers geen partij zijn in de uitvoeringsovereenkomst

..... >

De opbouw van actieve deelnemers is vanaf 1 januari 2014 ondergebracht bij Delta Lloyd. Hierbij is de afspraak gemaakt dat Euronext eenmalig 1,2 miljoen euro en jaarlijks van 2014 tot en met 2019 € 700.000 stort in een toeslagendepot voor de opgebouwde aanspraken en de ingegane uitkeringen van medewerkers die na 1 januari 2014 actieve deelnemer waren of worden. Hiermee is er sprake van een onderscheid in de toeslagenregeling van ex-werknemers die voor deze datum geen actieve deelnemer meer waren en erna wel.

Euronext heeft geen verzoek gedaan tot collectieve waardeoverdracht. Het bestuur van PMA heeft daarna besloten over te gaan tot liquidatie. De korting van 3 % is bij de waardeoverdracht als gevolg van de liquidatie verlaagd naar 1,55 %. Nadat DNB, de deelnemersraad en het verantwoordingsorgaan daartegen geen bezwaren hadden, heeft het bestuur de opgebouwde aanspraken en ingegane rechten van de deelnemers van Euronext collectief overgedragen naar Delta Lloyd. Als gevolg van de financiële positie van het fonds was het op dat moment slechts mogelijk nominale aanspraken en rechten in te kopen, zonder indexatie.

VORDERINGEN

Enkele gepensioneerde werknemers vorderen dat Euronext een nieuwe uitvoeringsovereenkomst aangaat met een pensioenuitvoerder die gelijkwaardig is aan de uitvoeringsovereenkomst van vóór 1 januari 2013, of een koopsom betaald aan PMA of Delta Lloyd zodanig dat de gepensioneerde werknemers in dezelfde positie worden gebracht als van toepassing vóór 1 januari 2013. De kantonrechter vonnist in hun voordeel. Tegen dit vonnis gaat Euronext in beroep. Volgens Euronext is er geen oorzakelijk verband tussen enerzijds het besluit van Euronext om de uitvoeringsovereenkomst te beëindigen en de opgebouwde aanspraken en rechten bij PMA achter te laten, en anderzijds het verlies aan indexatieperspectief door het besluit van PMA om te liquideren, waardoor Euro-

next geen tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst te verwijten valt. Tevens is er geen sprake van schending van de norm van goed werkgeverschap, onder meer omdat niet is meegewogen dat Euronext onvrijwillig 13 miljoen euro aan koopsommen heeft bijgestort. Tenslotte zijn, aldus Euronext, de betreffende ex-werknemers geen partij bij uitvoeringsovereenkomst en komt hen daarom geen beroep toe op nakoming van de uitvoeringsovereenkomst tussen Euronext en PMA.

OORDEEL HOF

Het hof oordeelt als volgt:

- uit het systeem van de Pensioenwet vloeit direct voort dat werknemers (deelnemers) via het derdenbeding partij zijn en blijven bij de uitvoeringsovereenkomst;
- door opzegging van de uitvoeringsovereenkomst wordt de pensioenovereenkomst (eenzijdig) gewijzigd;
- voor deze wijziging heeft 'de werkgever' geen zwaarwegend belang;
- door ongerechtvaardigde wijziging is sprake van strijd met de onderbrengingsplicht, de werkgever heeft verzuimd de uitvoeringsovereenkomst 'in stand te houden';
- door onvoldoende rekening te houden met de gevolgen voor de gepensioneerden handelt de werkgever door opzegging van de uitvoeringsovereenkomst in strijd met zijn zorgplicht ten opzichte van die ex-werknemers;
- Euronext maakt ongerechtvaardigd onderscheid tussen groepen inactieve deelnemers.

ANALYSE & COMMENTAAR

Hierna ga ik kort in op enkele overwegingen van het hof.

DERDENBEDING

Over de rechtsfiguur van derdenbeding heerst nog onduidelijkheid (zie uitgebreid: T. Huijg en J. Zwemmer, Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht, Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming 2018, nr. 3). Anders dan de kantonrechter van mening is stelt het hof dat deelnemers door aangaan van de pensioenovereenkomst automatisch het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst aangaan hebben en partij zijn bij die overeenkomst. Dit houdt in dat (1) iedere deelnemer kan vorderen dat de uitvoeringsovereenkomst wordt nagekomen en

.....

**De werkgever heeft geen
zwaarwichtig belang tot
wijziging**

.....

(2) iedere deelnemer zich individueel kan verzetten tegen een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst en dat een wijziging zonder hun instemming in strijd is met de pensioenovereenkomst, in ieder geval als het daarin opgenomen indexatieperspectief wordt gewijzigd.

WIJZIGING PENSIOENOVEREENKOMST

Volgens het hof is de uitvoeringsovereenkomst geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. Het hof stelt dat het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst leidt tot een wijziging van de pensioenovereenkomst omdat het indexatieperspectief is gewijzigd. Volgens het hof leidde de overdracht door PMA aan Delta Lloyd niet tot een (rechtsgeldige) wijziging van de op dat moment bestaande pensioenovereenkomst. Dat een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst kan leiden tot wijziging van de pensioenovereenkomst kan ik volgen, gelijk aan artikel 27 lid 7 WOR voor zover het de werkgever is die wijzigt (“Onder regelingen op grond van een pensioenovereenkomst [...] worden mede verstaan regelingen opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst [...] die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst”). Het lastige is hier dat het fondsbestuur de statutaire bevoegdheid had om het pensioenreglement te wijzigen. De toets is dan of sprake is van evenwichtige belangenverteenwoordiging (artikel 105 lid 2 PW), strijd met de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) of misbruik van recht (artikel 3:13 BW), ook bekend als de ‘pensioenfondsroute’. Bij liquidatie is het (problematiese) standpunt van DNB dat de overdracht niet wordt gezien als een overdracht in de zin van artikel 84 PW (geen bezwaarmogelijkheid per deelnemer) maar artikel 83 PW (wel bezwaarmogelijkheid per deelnemer). DNB wenst in ieder geval de notulen van het bestuursbesluit te ontvangen waaruit blijkt waarom het verzoek van de werkgever tot waardeoverdracht wordt gehonoreerd en op welke wijze voldaan is aan de eis tot evenwichtige belangenafweging. Daarin vraagt DNB ook de mogelijkheid mee te nemen dat deze belangenafweging anders kan uitvallen indien bijvoorbeeld het merendeel van de deelnemers bezwaar maakt of indien de overdracht slechts voor een bepaalde groep voordelig is. DNB (en ook het verantwoordingsorgaan en de deelnemersraad) hebben uiteindelijk hieraan hun goedkeuring verleend.

OPZEGGING UITVOERINGSOVEREENKOMST IN STRIJD MET ONDERBRENGINGSPLICHT

Op grond van artikel 23 PW is de werkgever verplicht ‘onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met en in stand te houden bij’ een pensioenuitvoerder. Het hof legt dit laatste nogal eng uit. Het had, aldus het hof, op grond van artikel 23 PW op de weg van Euronext gelegen om PMA te verzoeken over te gaan tot een collectieve waardeoverdracht (artikel 83 PW), dan wel bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst, dan wel geen genoegen nemen met de overdracht door PMA aan Delta Lloyd. Door dit alles niet te doen heeft Euronext niet aan haar verplichting voldaan de (ongewijzigde) pensioenovereenkomst onder te brengen bij een nadere uitvoerder.

De vraag is of het opzeggen in strijd is met artikel 23 PW. Alle verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst zijn tenslotte ondergebracht bij een uitvoerder. Tenzij de toekomstige herstellpremies worden gezien als een dergelijke verplichting, zoals het hof lijkt te redeneren. Het hof lijkt aan te nemen dat in stand houden, moet inhouden het voortzetten van de bestaande of het afsluiten van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst. (anders: hof Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2017:2478 r.o. 3.6).

Euronext handelt in strijd met haar zorgplicht

OPZEGGING UITVOERINGSOVEREENKOMST IN STRIJD MET ZORGPLICHT

De opzegging kan wel leiden tot schade of strijd met zorgplicht. Over een eventuele schadeplicht jegens de pensioenuitvoerder als gevolg van opzegging van de uitvoeringsovereenkomst bieden literatuur en rechtspraak inmiddels duidelijkheid. Toegepast op Euronext: de werkgever die een wanprestatie levert jegens de pensioenuitvoerder, kan onrechtmatig handelen jegens zijn voormalige werknemers als hij onvoldoende oog heeft gehad voor hun belangen. Maar hier is geen sprake van een wanprestatie, de uitvoeringsovereenkomst is rechtsgeldig opgezegd.



Denkbaar is dat de werkgever door het opzeggen van een overeenkomst onder omstandigheden onrechtmatig handelt tegenover derden, in dit geval de ex-werknemers. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 in het Vleesmeesters Versman/Alog-arrest (24 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9069). Inmiddels is uit de rechtspraak een aantal omstandigheden te destilleren die een rol spelen bij de afweging of sprake is van onrechtmatig handelen. Blijkbaar acht het hof hier alle omstandigheden van het geval samengenomen de opzegging van de overeenkomst in strijd met de zorgplicht die op een werkgever rust.

ONGERECHTVAARDIGD ONDERSCHIED (ARTIKEL 58 PW)

Op grond van artikel 58 PW is het verboden onderscheid te maken tussen ex-werknemers door 'indien zij in dezelfde pensioenregeling hebben deelgenomen' niet voor alle daarbij betrokkenen gelijk te behandelen. Ter objectieve rechtvaardiging voert Euronext aan dat de ex-werknemers in het verleden veel hogere pensioenrechten opbouwden (met een eindloontoezegging en een hoger opbouwpercentage) dan de huidige werknemers en er daarom een depot is gevormd voor toeslagen om de huidige werknemers te compenseren voor de versoering van de pensioenregeling.

Het hof volgt Euronext niet. Euronext had gegeven de omstandigheden met Delta Lloyd een (aanvullende) uitvoeringsovereenkomst moeten afsluiten waarin een gelijkwaardige indexatieregeling wordt vastgelegd voor alle pensioenaanspraken en -rechten van ex-werknemers. Dus ook voor ex-werknemers waarop de toeslagenregeling bij Delta Lloyd voor de toekomstige opbouw na 1 januari 2014 en de toeslagenregeling voor de vóór 1 januari 2014 bij PMA opgebouwde pensioenaanspraken. Het zou, aldus het hof, anders wel heel eenvoudig zijn voor een werkgever om arti-

kel 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 toeslagenregeling te betrekken. Het hof stelt hiermee dat dergelijk onderscheid (altijd) in strijd is met artikel 58 PW. Ik vraag me af of dit een juist oordeel is, nog los van de vraag of hier sprake is van een zelfde regeling. Zie over dit laatste ook DBN Q&A nr. 00914 d.d. 24 februari 2011.

KORTINGPERSPECTIEF

Opmerkelijk is verder dat in de belangenafweging slechts het indexatieperspectief is meegenomen, en niet ook het kortingsperspectief. Het hof lijkt daarmee zachte aanspraken aan te nemen als harde. Wordt de vordering toegewezen, dan wordt Euronext geconfronteerd met zeer hoge koopsombetalingen, en worden de betreffende ex-werknemers sterk bevoordeeld. Tenslotte maken zij dan aanspraak op een (grotendeels op basis van een eindloonsystematiek) nominaal gegarandeerd pensioen gelijk aan de oorspronkelijke toezegging van het nominaal zachte pensioen (met een aanzienlijke kans op kortingen) én zal er sprake zijn van een voorwaardelijke (maar bijna onvoorwaardelijke) toeslagverlening. Terwijl de toeslagen bij PMA vooralsnog zeer beperkt tot nul zouden zijn geweest en kortingen niet denkbeeldig. Zie in dit opzicht ook hof Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2017:2478 r.o. 3.7.

VERZEKERDE REGELING

Op grond van het voorgaande is de vraag of en wat (ex-)werknemers kunnen doen richting hun (ex-)werkgever als hun toeslagenregeling in een verzekerde pensioenregeling 'van kleur verschiet/is verschoten' doordat de (ex-)werkgever de uitvoeringsovereenkomst opzegt.

VOORWAARDELIJKE TOESLAGVERLENING

Deelnemers hebben veelal een voorwaardelijk recht op toeslagen op opgebouwd en ingegaan pensioen. Kenmerkend voor die bepalingen in het pensioenreglement is dat er een jaarlijks besluit van de verzekeraar/de werkgever nodig is en/of de afhankelijkheid van overrente. De (vaak zeer) gedetailleerde financieeringsafspraken staan veelal alleen in de uitvoeringsovereenkomst. Waaronder dat beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst tot gevolg kan hebben dat de financiering van toeslagen anders gaat worden inge-

.....
De uitvoeringsovereenkomst wordt geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst
.....

vuld (of wordt stopgezet). Is dit een wijziging van de pensioenovereenkomst, of is dit een realisatie van wat reeds is overeengekomen?

EIS VAN CONSISTENTIE

Artikel 95 lid 1 PW schrijft voor dat consistentie is vereist tussen verwachtingen, financiering en realisatie. De realisatie van toeslagen moet consistent zijn met de gewekte verwachtingen en de financiering. Dat wil niet zeggen dat de ambitie ieder jaar volledig moet worden waargemaakt; bij een besluit of te weinig middelen (overrente en/of bijstorting) kan in enig jaar geen of een lagere toeslag dan de ambitie worden toegekend, tenzij de werkgever vrijwillig bijstort. De vraag is dan nog wel of deelnemers op basis van de informatie en communicatie gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontnemen aan de gewekte verwachtingen indien na het einde van de uitvoeringsovereenkomst (in het geheel) geen toeslagen meer worden verleend.

WIJZIGING PENSIOENOVEREENKOMST DOOR OPZEGGING UITVOERINGSOVEREENKOMST

In deze situatie kunnen (ex-)werknemers mogelijk een beroep doen op de consistentie-eis en nakoming van de inspanningsverplichting om tot een toeslagverlening te komen. De gewekte verwachting betreft immers een streven tot toeslagverlening. Mogelijk is de financiering hiertoe niet consistent, evenmin als de realisatie hiervan. Wellicht dat de voormalig werkgever de financiering weer afstemt op (consistent maakt met) de verwachting. Dit gebeurt veelal niet; er is dan mogelijk sprake van onrechtmatig handelen. De voorwaardelijkheidsverklaring zal dan worden aangepast en is er weer sprake van een consistent geheel. De kernvraag is dan of de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd en door deze wijziging sprake is van strijd met de zorgplicht, of dat de belangen van de deelnemers zodanig zijn geschaad dat te schaden dat sprake is van onrechtmatig handelen.

Meestal is alleen in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen dat bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst de winstdeling vervalt/kan vervallen. In het Euronext-arrest acht het hof de uitvoeringsovereenkomst geïncorporeerd in de pensioenovereen-

komst. Is dat het uitgangspunt, dan maakt deze bepaling deel uit van de pensioenovereenkomst en is er geen sprake van een wijziging door beëindiging. Ook lagere rechtspraak wijst erop dat hier geen sprake is van (ongerechtvaardigde) wijziging (hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2043; hof Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2017:2478, hoewel bij deze laatste uitspraak sprake is van een Addendum Toeslagbepaling als onderdeel van het pensioenreglement en niet de uitvoeringsovereenkomst).

CONCLUSIE

Op grond van het overeenkomstenrecht dient de werkgever bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder de belangen van ex-werknemers mee te wegen en rust er een zorgplicht op de werkgever tegenover ex-werknemers. Of sprake is van benadeling door schending van verplichtingen/rechten is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. In het Euronext-arrest oordeelt het hof dat sprake is van ongerechtvaardigde wijziging van de pensioenovereenkomst door het besluit van het pensioenfonds om over te gaan tot liquidatie en waardeoverdracht, als gevolg van een besluit van de werkgever de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen. Daarnaast is de opzegging volgens het hof in strijd met de onderbrenningsplicht (artikel 23 PW) en met het verbod op ongelijke behandeling van ex-werknemers (artikel 58 PW). Op een aantal punten is de onderbouwing niet duidelijk en mogelijk onjuist, en daarmee de betekenis van het arrest niet helemaal duidelijk. Dit vraagstuk speelt ook bij verzekerde regelingen. Veel uitvoeringsovereenkomsten zijn beëindigd waarmee het indexatieperspectief is gewijzigd. De vraag is dan of deze wijziging onderdeel uitmaakt van de gemaakte afspraken (de pensioenovereenkomst) of niet. Volgens het hof is de uitvoeringsovereenkomst geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. In dat geval kan worden gesteld dat de mogelijkheid tot een toeslag van nul in het perspectief is verdisconteerd en dat de pensioenovereenkomst wordt nagekomen. Er is dan geen sprake van een wijziging, maar van wat al is afgesproken.

