

JAR 2013/249 Hoge Raad 's-Gravenhage, 06-09-2013, 12/00490, ECLI:NL:HR:2013:CA0566,
 ECLI:NL:PHR:2013:CA0566, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4260 Eenzijdige wijziging werkgever indexering in
 pensioenregeling, Beoordelingsmaatstaf, Besluit genomen vóór de inwerkingtreding Pensioenwet, Einde
 arbeidsovereenkomst brengt niet mee dat de rechtsverhouding tussen partijen is "uitgewerkt",
 Voortzetting in gewijzigde hoedanigheden in de pensioenovereenkomst, Uitleg pensioenovereenkomst

Publicatie	JAR 2013 afl. 14
Publicatiedatum	30 september 2013
College	Hoge Raad 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	06 september 2013
Rolnummer	12/00490 LJN BU4260 CA0566 ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4260 ECLI:NL:HR:2013:CA0566 ECLI:NL:PHR:2013:CA0566
Rechter(s)	mr. Numann mr. Van Buchem-Spapens mr. Streefkerk mr. Heisterkamp mr. Snijders
Partijen	1. Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland, 2a. de vennootschap onder firma Nuclear Research and Consultancy Group, 2b. ECN Nucleair BV, allen te Petten, gemeente Zijpe, eiseressen tot cassatie, verweersters in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. R.A.A. Duk, tegen Vereniging van Oud-Medewerkers ECN & NRG te Petten, gemeente Zijpe, verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. H.J.W. Alt. Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als ECN en OMEN.
Noot	prof. mr. drs. M. Heemskerk
Trefwoorden	Eenzijdige wijziging werkgever indexering in pensioenregeling, Beoordelingsmaatstaf, Besluit genomen vóór de inwerkingtreding Pensioenwet, Einde arbeidsovereenkomst brengt niet mee dat de rechtsverhouding tussen partijen is "uitgewerkt", Voortzetting in gewijzigde hoedanigheden in de pensioenovereenkomst, Uitleg pensioenovereenkomst,
Regelgeving	BW Boek 3 - 13 BW Boek 6 - 248 lid 2 PSW Penw - 19

Samenvatting

Bij besluit van 26 december 2006 wijzigt de werkgever ten nadele van oud-werknemers de indexeringsregeling in de pensioenregelingen van onvoorwaardelijk in (uitdrukkelijk) voorwaardelijk. Deze wijziging gaat in per 1 januari 2007. Een vereniging van oud-werknemers komt tegen deze eenzijdige wijziging op en vordert een verklaring voor recht dat de werkgever niet bevoegd was de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen voor oud-werknemers die op 1 januari 2007 niet meer in dienst waren, alsmede de veroordeling van de werkgever tot naleving van de oude pensioenreglementen jegens hen op straffe van een dwangsom. De kantonrechter wijst de vorderingen af. Het hof wijst de vorderingen toe. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof op de volgende gronden. De Pensioenwet is op 1 januari 2007 in werking getreden, derhalve nadat het litigieuze besluit door de werkgever was genomen. De op 26 december 2006 nog geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet voorzag niet in een maatstaf voor de beoordeling van

een eenzijdige wijziging in pensioenreglementen. Het hof had dan ook het eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenreglementen van de werkgever moeten toepassen. Het enkele feit dat de werkgever 1 januari 2007 had gekozen als ingangsdatum van de wijziging, betekent niet dat die datum ook maatgevend is voor de bevoegdheid tot wijziging. De uitoefening van de bevoegdheid tot wijziging werd destijds slechts beperkt voor zover de werkgever van die bevoegdheid misbruik maakte of uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het hof heeft voorts verzuimd het betoog van de werkgever in zijn oordeel te betrekken dat de werkgever eind 2006 "op de rand van de financiële afgrond balanceerde" en dat in geschil was of op basis van de verplicht gehanteerde boekhoudmethode een bepaalde voorziening moest worden getroffen of dat daarvoor dispensatie gekregen kon worden. De vereniging betoogt in incidenteel cassatieberoep nog dat wijziging in het geheel niet mogelijk was, omdat er geen rechtsverhouding meer bestond tussen de werkgever en de oud-werknemers. De Hoge Raad overweegt dat ingeval van pensioenaanspraken het einde van de arbeidsovereenkomst niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen partijen is "uitgewerkt". Die rechtsverhouding wordt met gewijzigde hoedanigheid van partijen voortgezet in de pensioenovereenkomst. Waar in de pensioenreglementen wordt gesproken van "werknemers", hoefde dat het hof niet te weerhouden om de wijzigingsbevoegdheid mede te betrekken op de – uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende – verhouding tussen de werkgever en de voormalige werknemers met pensioenaanspraken.

NB. Het uitgangspunt bij de wijziging van pensioenreglementen was, net als bij alle overeenkomsten, dat een overeenkomst nagekomen diende te worden en dat eenzijdige wijziging in beginsel niet mogelijk was. Vanwege onder meer het bijzondere karakter – de zeer lange looptijd, waarbij ook na het einde van de arbeidsovereenkomst nog verplichtingen jegens werknemers (en hun partners) bestaan –, onder meer het "solidariteitsbeginsel" is de mogelijkheid tot wijziging in de Pensioenwet verruimd. Vgl. conclusie A-G, par. 3.20 e.v.

Uitspraak

Hof Amsterdam

1 november 2011

(...; red.)

3. Beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

3.1.1. OMEN is een vereniging die krachtens haar statuten de belangen van haar (potentiële) leden behartigt, in het bijzonder betreffende hun pensioenaanspraken ten opzichte van de oud-werkgevers van die leden, ECN&NRG. ECN&NRG hadden tot 1 januari 2007 de pensioenregeling van hun werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer Achmea. Tot 1 januari 1990 kende artikel 9 van het destijds toepasselijke pensioenreglement 1964 een door de verzekeraar gegarandeerde vaste indexering van 3% per jaar, waarvoor een reserve werd aangehouden.

3.1.2. Bij de invoering van het pensioenreglement zoals dit van 1 januari 1990 tot 1 januari 1999 (en gewijzigd in 1992) heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1990) is de volgende indexeringsregeling ingevoerd:

"Artikel 9: Beperkte waardeversttheid

1. Pensioenen, welke op grond van dit reglement zijn toegekend, worden jaarlijks op 1 januari verhoogd.

2. De in lid 1 bedoelde pensioenen zullen op het in lid 1 genoemde tijdstip in ieder geval worden verhoogd met het door de verzekeraar op die datum berekende percentage van de overrentekorting.

3. Indien op de datum van de pensioenverhoging het vastgestelde prijsindexcijfer het in lid 2 bedoelde percentage van de overrentekorting overstijgt, zal het pensioen extra worden verhoogd met de geconstateerde overstijging, met dien verstande dat de extra stijging nooit meer zal bedragen dan 6%.

4. (...)

5. De in voorgaande leden bedoelde stijgingen worden respectievelijk gefinancierd uit de door de verzekeraar te verlenen overrentekortingen die over de premiereserve van de ingegane pensioenen wordt vastgesteld, en de gelden die door de wijzigingen van de financiering van het pensioenreglement zijn vrijgevallen.

6. De in lid 5 bedoelde vrijgevallen gelden zijn door de werkgever ter beschikking van de verzekeraar gesteld en tegoed geschreven op een ten name van de werkgever bij de verzekeraar geopende depotrekening. Het saldo van de depotrekening zal uitsluitend worden aangewend als in de depotovereenkomst is bepaald."

3.1.3. Het pensioenreglement zoals dit van 1 januari 1999 tot 1 januari 2007 heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1999) bevat een zelfde indexeringsregeling, zij het niet alleen van ingegane pensioenen maar ook van de pensioenaanspraken van de slapers. De leden 5 en 6 ontbreken in pensioenreglement 1999.

3.1.4. Bij de invoering van pensioenreglement 1990 is een reserve ter voorziening in (onder andere) de vaste toeslag van 3% per jaar ten bedrage van f 48.521.785 (ca € 22 mio) vrijgevallen. Dit bedrag is in een rentedragend depot (8,3% rente per jaar) gesteld bij Centraal Beheer Achmea (hierna:

Indexatiedepot). Artikel 1 lid 5 van de depotovereenkomst luidt voor zover hier van belang:

“Het nominale bedrag van de depotrekening, blijft gedurende de looptijd van deze overeenkomst, in principe gelijk.

De rente-opbrengsten van de depotrekening, zullen door de verzekeraar uitsluitend worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd.

Voor zover de rente-opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling.”

3.1.5. Artikel 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van pensioenreglementen 1990 respectievelijk 1999 houdt een premiebetalingsvoorbehoud in voor het geval van “een zodanig ingrijpende wijziging van de financiële omstandigheden waarin de werkgever verkeert dat (ongewijzigde) continuering van de pensioenregeling niet langer mogelijk is.”

3.1.6. Artikel 18 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 bevat het volgende wijzigingsbeding:

“Artikel 18. Wijziging of intrekking van de pensioenregeling

1. De in dit pensioenreglement omschreven pensioenregeling kan door de werkgever worden gewijzigd of ingetrokken na overleg met de betrokken werknemers. Met name kan hiervan gebruik worden gemaakt indien: (...)

2. Bij wijziging of intrekking van de pensioenregeling blijven de ten tijde van de wijziging of intrekking op grond van gedane pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken gehandhaafd.”

Artikel 20 van het pensioenreglement 1964 bevat een vergelijkbaar wijzigingsbeding.

3.1.7. Met ingang van 1 januari 1998 hebben ECN&NRG een gesepareerd beleggingsdepot gevormd, waarin een gedeelte van de pensioenreserve is ondergebracht. Per 1 januari 2000 is het Indexatiedepot vrijgevallen en per 1 juli 2000 is het depotbedrag van € 27.131.977,= toegevoegd aan het gesepareerd beleggingsdepot. Eind 2002 is het gesepareerd beleggingsdepot geliquideerd vanwege grote verliezen en is de resterende pensioenreserve weer ondergebracht in het “solidaire beleggingsdepot” van Centraal Beheer Achmea. Hierbij manifesteerde zich een dekkingstekort van ca € 8 á 9 mio.

3.1.8. Met ingang van 1 januari 2003 hebben ECN&NRG het toekennen van toeslagen op pensioenaanspraken/rechten gestaakt. OMEN heeft vervolgens een procedure tegen ECN&NRG aangespannen. In het tussenvonnis van 15 februari 2006 heeft de kantonrechter onder meer beslist dat de mogelijkheid de indexering van ingegane pensioenen te wijzigen of te verminderen met een beroep op het voorbehoud van artikel 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van de pensioenreglementen slechts aan de orde kan zijn in geval van zodanige ingrijpende gewijzigde financiële omstandigheden dat ongewijzigde continuering van de pensioenregeling niet langer als mogelijk moet worden geoordeeld en in het (onherroepelijk geworden) eindvonnis van 26 juli 2006 (gewezen onder zaaknummer 174902-04-5207) heeft de kantonrechter ECN&NRG veroordeeld aan Centraal Beheer Achmea de koopsommen te voldoen ten behoeve van het indexeren van de (premienvrije) pensioenaanspraken van haar ex-werknemers over de jaren 2003, 2004 en 2005. ECN&NRG hebben aan dit vonnis voldaan. ECN&NRG hebben daarnaast de koopsommen voor indexering over het jaar 2006 voldaan.

3.1.9. Met ingang van 1 januari 2007 hebben ECN&NRG in overleg met de ondernemingsraad de pensioenregeling voor de actieve werknemers ondergebracht bij het ABP. De tot 1 januari 2007 op grond van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 opgebouwde pensioenaanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden zijn achtergebleven bij Centraal Beheer Achmea.

3.1.10. Bij brieven van 24 november 2006 en 6 december 2006 aan de ex-werknemers hebben ECN&NRG deze ex-werknemers verzocht in te stemmen met wijziging van de artikelen 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 aldus dat de indexeringsregelingen uitdrukkelijk voorwaardelijk werden gemaakt. Bij brieven van 26 december 2006 aan degenen van de ex-werknemers die niet hadden ingestemd met de wijziging, hebben ECN&NRG bericht dat de artikelen 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 met ingang van 1 januari 2007 eenzijdig werden gewijzigd.

3.2. OMEN heeft ECN&NRG op 5 juli 2007 gedagvaard voor de kantonrechter en heeft gevorderd – kort gezegd – een verklaring voor recht dat ECN&NRG niet bevoegd waren de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen ten aanzien van de oud-medewerkers die op 1 januari 2007 niet meer in dienst waren, alsmede veroordeling van ECN&NRG de oude pensioenreglementen te blijven toepassen ten aanzien van deze medewerkers, op straffe van verbeurten van een dwangsom. De kantonrechter heeft op 16 juli 2008 een tussenvonnis gewezen en heeft daarvan tussentijds hoger beroep opengesteld. Het hof heeft bij arrest van 29 december 2009 dit tussenvonnis bekrachtigd. De kantonrechter heeft vervolgens bij het bestreden vonnis de vorderingen van OMEN afgewezen en heeft haar in de proceskosten veroordeeld. Hiertegen komt OMEN in hoger beroep op.

3.3. De grieven en de eiswijziging stellen de volgende geschilpunten aan de orde:

- de mogelijkheid tot wijziging van de indexeringsregeling (grief I);
- de uitoefening van de wijzigingsbevoegdheid en de weging van het belang van ECN&NRG bij wijziging van de indexeringsregeling, met inachtneming van de door OMEN aangevoerde omstandigheden (grieven II tot en met XVI);
- het ontbreken van een overgangsregeling (de bij wege van eisvermeerdering in hoger beroep ingestelde subsidiaire vordering).

Grief XVII, die is gericht tegen de proceskostenveroordeling, mist zelfstandige betekenis.

Mogelijkheid tot wijziging

3.4. In het tussenarrest van 29 december 2009 heeft het hof op het hoger beroep tegen het tussenvonnis van 16 juli 2008 beslist. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis de zaak vervolgens afgedaan met inachtneming van het tussenarrest. Met grief I stelt OMEN geschilpunten aan de orde waarop het hof in rechtsoverwegingen 4.7, 4.8 en 4.9 van voornoemd tussenarrest al uitdrukkelijk heeft beslist. Deze geschilpunt zijn hiermee afgedaan in de huidige instantie. Zij kunnen in het kader van een cassatieberoep tegen het in deze zaak te wijzen eindarrest desnodig wel weer aan de orde komen. In zoverre faalt grief I.

3.5. Het hof ziet in grief I en in de daarop gegeven toelichting evenmin aanleiding terug te komen van hetgeen in deze overwegingen van het tussenarrest is beslist. Wel bestaat aanleiding dit tussenarrest als volgt te verduidelijken. In rechtsoverweging 4.4 heeft het hof overwogen dat aan rechtsoverweging 2.1 van het vonnis van de kantonrechter van 15 februari 2006 (in de zaak met zaaknummer 174902-04-5207) in deze zaak geen gezag van gewijsde toekomt, nu in de onderhavige zaak een ander geschil aan de orde is. Het hof heeft vervolgens (in rechtsoverweging 4.7) overwogen dat wijziging van de pensioenreglementen met toepassing van artikel 18 lid 1 binnen de grenzen omschreven in lid 2 van dat artikel ook mogelijk is ten aanzien van ex-werknemers, alsmede (in rechtsoverweging 4.9) dat de uitoefening van deze wijzigingsbevoegdheid getoetst dient te worden aan de maatstaf of het belang van ECN&NRG bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door die wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In deze laatste rechtsoverweging bevat de zinsnede "...of handhaving van de *onvoorwaardelijke* indexeringsregeling... etc." De toevoeging van het woordje "onvoorwaardelijke" kan tot misverstanden aanleiding geven nu het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft overwogen dat aan het vonnis van 15 februari 2006 – waarin betekenis wordt gehecht aan de (on)voorwaardelijkheid van de indexeringsregeling ter beantwoording van de vraag of het premiebetalingsvoorbehoud (conjunctuurbeding) kan worden toegepast – in deze zaak geen gezag van gewijsde toekomt. De betreffende zinsnede uit rechtsoverweging dient daarom te worden gelezen: "...of handhaving van de indexeringsregeling... etc."

3.6. Voor zover OMEN met grief I wel een nieuw geschilpunt aan de orde stelt, te weten of artikel 18 lid 2 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 aan wijziging van artikel 9 van die reglementen in de weg staat, overweegt het hof als volgt. Niet in geschil is dat ECN&NRG over de perioden vanaf 2007 geen koopsommen hebben voldaan aan Centraal Beheer/Achmea met betrekking tot de in artikel 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 toegezegde toeslagen. Er is derhalve geen sprake van verkregen rechten op deze toeslagen als bedoeld in artikel 18 lid 2 van de pensioenreglementen. Ook in zoverre faalt grief I.

Zwaarwichtig belang, rekening houdende met alle omstandigheden

3.7. Bij de toetsing van de wijze waarop ECN&NRG gebruik hebben gemaakt van hun in artikel 18 c.q. 20 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 opgenomen wijzigingsbevoegdheid komt het er op aan of het (financiële) belang van ECN&NRG bij wijziging van de indexeringsregeling zodanig zwaarwichtig is dat de belangen van de gepensioneerden en slapers (waarvoor OMEN opkomt) hiervoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te wijken. Bij deze toetsing zullen alle omstandigheden van dit geval worden betrokken, meer in het bijzonder of de gepensioneerden en slapers er op grond van uitlatingen van ECN&NRG gerechtvaardigd op hebben mogen vertrouwen dat de overrente en het Indexatiedepot zouden worden aangewend voor financiering van de indexeringsregeling, alsmede of het door ECN&NRG in de periode van 1998 tot en met 2002 gevoerde beleggingsbeleid en de premievrijstelling in die jaren eraan in de weg staan dat de vanaf 2003 opgetreden financieringsproblematiek aan de inperking van de indexeringsregeling van de gepensioneerden en slapers ten grondslag wordt gelegd.

3.8. ECN&NRG hebben het financiële belang bij de wijziging van de indexeringsregeling toegelicht in het als productie bij de conclusie na tussenvonnis van 17 maart 2010 in eerste aanleg gevoegde rapport van ECN van 9 maart 2010 (hierna: het ECN-rapport), waarin de door de kantonrechter in het tussenvonnis van 16 juli 2008 gestelde vraagpunten worden beantwoord. In het antwoord op *vraagpunt i* vermeldt het ECN-rapport dat indexering van de vóór 1 januari 2007 opgebouwde pensioenaanspraken van de slapers en de gepensioneerden tot een jaarlijkse extra pensioenlast zal leiden van (geschat) € 1,2 mio. Als rekening wordt gehouden met de door ECN&NRG met de ondernemingsraad gemaakte afspraak dat de vóór 1 januari 2007 opgebouwde (en nog bij Centraal Beheer Achmea verzekerde) pensioenaanspraken van de actieven in gelijke mate zullen worden geïndexeerd als de pensioenaanspraken/rechten van slapers en gepensioneerden bedraagt de jaarlijkse extra last in totaal een bedrag van € 2,1 mio. ECN&NRG hebben tegen deze achtergrond onvoldoende toegelicht dat hun financiële belang bij de wijziging van de indexeringsregeling een bedrag in de orde van grootte van € 80 mio zou bedragen. Andere zwaarwegende belangen hebben ECN&NRG niet (voldoende gemotiveerd) naar voren gebracht. OMEN heeft de onder *vraagpunt i* genoemde bedragen in haar antwoordconclusie na tussenarrest van 19 mei 2010 ook niet bestreden.

3.9. OMEN stelt dat dit financiële belang onvoldoende zwaarwiegend is om het bij haar leden opgewekte gerechtvaardigd vertrouwen opzij te zetten dat in elk geval de vanaf 1990 ontvangen overrentekorting en de opbrengst van het Indexatiedepot zouden worden aangewend ter financiering van de toeslagen. OMEN verwijst daartoe naar een notitie van 28 november 1989 van de toenmalige algemeen directeur van ECN aan de ondernemingsraad, waarin de nieuwe indexeringsregeling wordt toegelicht (productie 7 bij inleidende dagvaarding), naar de toelichting in het personeelsblad Forum van januari 1990 op de invoering van het pensioenreglement 1990 (productie 9 bij inleidende dagvaarding), naar de tekst van pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999, in het bijzonder naar artikel 9 lid 2 en naar artikel 9 lid 5 en lid 6 van pensioenreglement 1990, waarin de financiering van de toeslagen uit de overrente is vastgelegd en naar artikel 1 lid 5 van de depotovereenkomst en de toelichting daarop in de notitie aan de ondernemingsraad van 17 april 1991 (productie 10 bij inleidende dagvaarding). Het voor de financiering van de toeslagen bestemde Indexatiedepot is in strijd met deze afspraken in 2000 zonder overleg met de ondernemingsraad of de ex-werknemers volledig toegevoegd aan het gesepareerde beleggingsdepot en vervolgens als gevolg van beleggingsverliezen verloren gegaan. Voorts is op grond van de in februari 2007 met de ondernemingsraad gemaakte afspraken een bedrag van € 2 mio per jaar beschikbaar is gesteld voor toeslagen op de bij Centraal Beheer Achmea verzekerde aanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden.

3.10. Het hof overweegt hieromtrent als volgt. Artikel 9 van pensioenreglement 1964 bevat vaste een indexering met 3%. Artikel 9 lid 2 van pensioenreglementen 1990 en 1999 bepaalt uitdrukkelijk dat de pensioenaanspraken/rechten "...in ieder geval worden verhoogd met het door de verzekeraar op die datum berekende percentage van de overrentekorting...". In artikel 9 lid 5 pensioenreglement 1990 is voorts bepaald dat de toeslagen zullen worden gefinancierd uit de overrentekorting en in lid 6 wordt verwezen naar de depotovereenkomst. Artikel 1 lid 5 van de depotovereenkomst bepaalt dat de rente-opbrengsten van de depotrekening door de verzekeraar uitsluitend zullen worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd. Voor zover de rente-

opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling. OMEN heeft niet aangetoond dat gedurende de looptijd van de depotovereenkomst onttrekkingen zijn gedaan in strijd met de pensioenreglementen c.q. de depotovereenkomst. Blijkens het ECN-rapport (vraagpunt k) en het rapport van feitelijke bevindingen van 25 oktober 2006 van Deloitte (productie C bij conclusie van antwoord in eerste aanleg, hierna: het Deloitte-rapport) zijn de renteopbrengsten van het Indexatiedepot als volgt besteed: een bedrag van € 275.600,= ter financiering van de toeslagen, een bedrag van € 2.268.901,= aan premievrijstelling werknemers, een bedrag van € 11.780.644,= aan premievrijstelling werkgevers en is een bedrag van € 5.113.751,= toegevoegd aan de hoofdsom. Het Deloitte-rapport (Uitkomsten verrichte werkzaamheden, onder 8) vermeldt dat in de jaren 1990 tot en met 1999 in totaal circa € 19 mio is besteed aan indexatiebetalingen en dat dit bedrag nagenoeg gelijk is aan de totale renteopbrengsten van het Indexatiedepot (een bedrag van € 19.438.896,=). Uit het overzicht Pensioenlasten in geconsolideerde jaarrekening ECN/NRG 1990-2006, behorende bij het ECN-rapport, blijkt dat in de jaren 1995 tot en met 1999 de volgende bedragen aan overrente zijn ontvangen: € 4.016.153,= in 1995, € 4.238.890,= in 1996, € 2.363.214,= in 1997, € 4.936.722,= in 1998 en € 1.619.801,= in 1999, derhalve in totaal een bedrag van € 17.174.780,=, welk bedrag de financieringslast van de toeslagen over de jaren 1990 tot en met 1999 al grotendeels dekt.

3.11. De toevoeging per 1 juli 2000 van het vrijgevallende depotbedrag van € 27.131.977,= aan het gesepareerde beleggingsdepot is naar het oordeel van het hof echter wel strijdig met de in de pensioenreglementen opgenomen regels omtrent de financiering van de toeslagen, in het bijzonder met artikel 9 lid 6 van pensioenreglement 1990. Weliswaar is voornoemd artikellid niet teruggekeerd in de tekst van artikel 9 in pensioenreglement 1999, maar daaruit hebben de ex-werknemers bij gebreke van een nadere toelichting redelijkerwijze niet kunnen of moeten afleiden dat de tot en met 1999 bestaande wijze van financiering van de toeslagen uit een daarvoor geoormd indexatiedepot (voor zover de overrentekorting in enig jaar ontoereikend mocht zijn) niet zou worden gehandhaafd. Bovendien mochten de ex-werknemers (in elk geval degenen onder hen die op eind 1989 al deelnamen aan de pensioenregeling) vertrouwen op de uitdrukkelijke mededelingen van de kant van ECN&NRG in 1989 dat de bij de invoering van de nieuwe pensioenregeling vrij te vallen waardevastheidsreserve zou worden ondergebracht in het daartoe te vormen Indexatiedepot, dat was geoormd voor de financiering van de toeslagen.

3.12. De omstandigheid dat in de jaren 1999 tot en met 2002 grote beleggingsverliezen zijn geleden maakt dit niet anders. In het vonnis van 26 juli 2006 in de zaak met nummer 174.902/04-5207 heeft de kantonrechter overwogen dat ECN&NRG niet hebben aangetoond dat het hun vrijstond het Indexatiedepot aan te wenden ter afdekking van beleggingsverliezen in de algemene pensioenreserve en dat in het licht hiervan in 2003 geen sprake was van zodanig ingrijpend gewijzigde financiële omstandigheden dat het invoeren van het premiebetalingvoorbehoud (door de kantonrechter aangeduid als conjunctuurclausule) met betrekking tot het verlenen van de toeslagen hierdoor gerechtvaardigd was. Ook in de onderhavige zaak hebben ECN&NRG onvoldoende toegelicht dat het besluit het Indexatiedepot toe te voegen aan het gesepareerde beleggingsdepot beruiste op een evenwichtige afweging van alle daarbij betrokken belangen van actieve deelnemers, slapers en gepensioneerden, zoals van ECN&NRG als goed werkgeefster c.q. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in lijn met het destijds geldende voorschrift van artikel 5 lid 4 PSW mocht worden verwacht. In het bijzonder hebben ECN&NRG niet toegelicht dat zij het belang van gepensioneerden en slapers bij handhaving van de aan hen in 1992 gegeven garantie (in de vorm van een vastrentend depot) voor toeslagverlening in voldoende mate bij hun besluitvorming hebben betrokken. Dit geldt temeer nu ECN&NRG in 2000 rekening dienden te houden met de mogelijkheid dat in het gesepareerde beleggingsdepot (aanzienlijke) beleggingsverliezen konden worden geleden.

3.13. In het licht van de hierboven omschreven omstandigheden kunnen ECN&NRG aan het dekkingstekort dat zich na de opheffing van het gesepareerde beleggingsdepot vanaf 1 januari 2003 voerdeed (in samenhang waarmee voorts langjarig geen aanspraak op overrente kan worden gemaakt) niet een voldoende zwaarwegend belang ontleen voor het staken van toeslagverlening aan de ex-werknemers. Bij dit alles neemt het hof nog in aanmerking dat ECN&NRG onvoldoende gemotiveerd hebben bestreden dat met ingang van 1 januari 2007 is voorzien in een bijdrage in de kosten van toeslagverlening van € 2 mio per jaar. Hiertegenover is een jaarlijkse last van € 2,1 mio welke volgens het ECN-rapport is verbonden aan handhaving van de indexeringsregeling met betrekking tot de bij Centraal Beheer Achmea verzekerde pensioenaanspraken/rechten niet onevenredig.

3.14. Het ontbreken van een voldoende zwaarwegend belang bij de wijziging van artikel 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 brengt mee dat ECN&NRG deze wijziging niet aan de (ten tijde van de wijziging) ex-deelnemers kunnen tegenwerpen. ECN&NRG zijn gehouden aan de ex-werknemers die op 31 december 2006 een premievrije aanspraak (de slapers) dan wel een pensioenrecht (de gepensioneerden) hadden de toeslagen die voortvloeien uit de tot en met 31 december 2006 geldende tekst van deze pensioenreglementen toe te kennen.

3.15. Het voorgaande brengt mee dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven. In zoverre slagen de grieven II tot en met XVI. De primaire vorderingen van OMEN zijn toewijsbaar als hierna vermeld. Aan de subsidiaire vordering wordt gelet op het voorgaande niet toegekomen.

4. Slotsom en kosten

Het vonnis van 8 september 2010 zal worden vernietigd. Voor recht zal worden verklaard dat de wijziging van artikel 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 niet kan worden tegengeworpen aan de ex-werknemers die op 31 december 2006 ex-deelnemer in die pensioenregelingen waren. ECN&NRG zullen worden veroordeeld met ingang van 1 januari 2007 aan deze ex-werknemers de jaarlijkse toeslagen die voortvloeien uit deze pensioenreglementen toe te kennen. Het hof acht geen termen aanwezig deze veroordeling met een dwangsom te versterken.

ECN&NRG zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties.

(...; red.)

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Timmerman)

Kern: In deze procedure staat de vraag centraal of en zo ja, op grond waarvan de pensioenondernemer ten opzichte van reeds gepensioneerden eenzijdig een toezegging inzake onvoorwaardelijke indexatie, kon wijzigen.

1. Feiten

1.1. Omen is een vereniging die krachtens haar statuten de belangen van haar (potentiële) leden behartigt, in het bijzonder betreffende hun pensioenaanspraken ten opzichte van de oud-werkgever van die leden, ECN.

1.2. ECN had tot 1 januari 2007 de pensioenregeling van zijn werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer Achmea. Tot 1 januari 1990 kende art. 9 van het destijds toepasselijke pensioenreglement 1964 een door de verzekeraar gegarandeerde vaste indexering van 3% per jaar waarvoor een reserve werd aangehouden.

1.3. Bij de invoering van het pensioenreglement zoals die van 1 januari 1990 tot 1 januari 1999 (en gewijzigd in 1992) heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1990) is de volgende indexeringsregeling ingevoerd:

“Art. 9: Beperkte waardevastheid

1. Pensioenen, welke op grond van dit reglement zijn toegekend, worden jaarlijks op 1 januari verhoogd.

2. De in lid 1 bedoelde pensioenen zullen op het in lid 1 genoemde tijdstip in ieder geval worden verhoogd met het door de verzekeraar op die datum berekende percentage van de overrentekorting.

3. Indien op de datum van de pensioenverhoging het vastgestelde prijsindexcijfer het in lid 2 bedoelde percentage van de overrentekorting overstijgt, zal het pensioen extra worden verhoogd met de geconstateerde overstijging, met dien verstande dat de extra stijging nooit meer zal bedragen dan 6%.

4. (...)

5. De in voorgaande leden bedoelde stijgingen worden respectievelijk gefinancierd uit de door de verzekeraar te verlenen overrentekortingen die over de premiereserve van de ingegane pensioenen wordt vastgesteld, en de gelden die door de wijzigingen van de financiering van het pensioenreglement zijn vrijgevallen.

6. De in lid 5 bedoelde vrijgevallen gelden zijn door de werkgever ter beschikking van de verzekeraar gesteld en tegoed geschreven op een ten name van de werkgever bij de verzekeraar geopende depotrekening. Het saldo van de depotrekening zal uitsluitend worden aangewend als in de depotovereenkomst is bepaald.”

1.4. Het pensioenreglement, zoals dit van 1 januari 1999 tot 1 januari 2007 heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1999), bevat een zelfde indexeringsregeling, zij het niet alleen van ingegane pensioenen maar ook van de pensioenaanspraken van de slapers. De leden 5 en 6 ontbreken in pensioenreglement 1999.

1.5. Bij de invoering van pensioenreglement 1990 is een reserve ter voorziening in (onder andere) de vaste toeslag van 3% per jaar ten bedrage van f 48.521.785 (ca € 22 mio) vrijgevallen. Dit bedrag is in een rentedragend depot (8,3% rente per jaar) gesteld bij Centraal Beheer Achmea (hierna: Indexatiedepot). Art. 1 lid 5 van de depotovereenkomst luidt voor zover hier van belang:

“Het nominale bedrag van de depotrekening, blijft gedurende de looptijd van deze overeenkomst, in principe gelijk. De rente-opbrengsten van de depotrekening, zullen door de verzekeraar uitsluitend worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd.

Voor zover de rente-opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling.”

1.6. Art. 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van pensioenreglementen 1990 respectievelijk 1999 houdt een premiebetalingsvoorbehoud in voor het geval van “een zodanig ingrijpende wijziging van de financiële omstandigheden waarin de werkgever verkeert dat (ongewijzigde) continuering van de pensioenregeling niet langer mogelijk is.”

1.7. Art. 18 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 bevat het volgende wijzigingsbeding:

“1. De in dit pensioenreglement omschreven pensioenregeling kan door de werkgever worden gewijzigd of ingetrokken na overleg met de betrokken werknemers. Met name kan hiervan gebruik worden gemaakt indien: (...)

2. Bij wijziging of intrekking van de pensioenregeling blijven de ten tijde van de wijziging of intrekking op grond van gedane pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken gehandhaafd”

Art. 20 van het pensioenreglement 1964 bevat een vergelijkbaar wijzigingsbeding.

1.8. Met ingang van 1 januari 1998 heeft ECN een gesepareerd beleggingsdepot gevormd waarin een gedeelte van de pensioenreserve is ondergebracht. Per 1 januari 2000 is het Indexatiedepot vrijgevallen en per 1 juli 2000 is het depotbedrag van € 27.131.977,= toegevoegd aan het gesepareerd beleggingsdepot. Eind 2002 is het gesepareerd beleggingsdepot geliquideerd vanwege grote verliezen en is de resterende pensioenreserve weer ondergebracht in het “solidaire beleggingsdepot” van Centraal Beheer Achmea. Hierbij manifesteerde zich een dekkingstekort van ca € 8 à 9 miljoen.

1.9. Met ingang van 1 januari 2003 heeft ECN het toekennen van toeslagen op pensioenaanspraken/rechten gestaakt. Omen heeft vervolgens een procedure tegen ECN aangespannen. In het tussenvonnis van *15 februari 2006* [noot:1] heeft de kantonrechter onder meer beslist dat de mogelijkheid de indexeringsregeling van ingegane pensioenen te wijzigen of te verminderen met een beroep op het voorbehoud van art. 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van de pensioenreglementen slechts aan de orde kan zijn in geval van zodanige ingrijpende gewijzigde financiële omstandigheden dat ongewijzigde continuering van de pensioenregeling niet langer als mogelijk moet worden geoordeeld en in het (onherroepelijk geworden) eindvonnis van *26 juli 2006* [noot:2] (gewezen onder zaaknummer 174902-04-5207) heeft de kantonrechter ECN veroordeeld aan Centraal Beheer Achmea de koopsommen te voldoen ten behoeve van het indexeren van de (premiervrije) pensioenaanspraken van haar ex-werknemers over de jaren 2003, 2004 en 2005. ECN heeft aan dit vonnis voldaan. ECN heeft daarnaast de koopsommen voor indexeringsregeling over het jaar 2006 voldaan.

1.10. Met ingang van 1 januari 2007 heeft ECN in overleg met de ondernemingsraad de pensioenregeling voor de actieve werknemers ondergebracht bij het ABP. De tot 1 januari 2007 op grond van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 opgebouwde pensioenaanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden zijn achtergebleven bij Centraal Beheer Achmea.

1.11. Bij brieven van 24 november 2006 en 6 december 2006 aan de ex-werknemers heeft ECN deze ex-werknemers verzocht in te stemmen met wijziging van art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 (zie hierboven onder 1.3 van deze conclusie) zo dat de indexeringsregelingen uitdrukkelijk voorwaardelijk werden gemaakt. Bij brieven van 26 december 2006 aan degenen van de ex-werknemers die niet hadden ingestemd met de wijziging, heeft ECN bericht dat art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 met ingang van 1 januari 2007 eenzijdig werden gewijzigd.

2. Procesverloop

2.1. Omen heeft ECN op 5 juli 2007 gedagvaard voor de kantonrechter en heeft gevorderd een verklaring voor recht dat ECN niet bevoegd was de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen voor de oud-medewerkers die op 1 januari 2007 niet meer in dienst waren, alsmede veroordeling van ECN de oude pensioenreglementen te blijven toepassen op deze medewerkers, op straffe van verbeurte van een dwangsom. De kantonrechter heeft op *16 juli 2008* [noot:3] een tussenvonnis gewezen en heeft daarvan tussentijds hoger beroep opengesteld. Het hof heeft bij arrest van *29 december 2009* [noot:4] dit tussenvonnis bekrachtigd. De kantonrechter heeft vervolgens bij het bestreden vonnis de vorderingen van Omen afgewezen en heeft haar in de proceskosten veroordeeld. Hiertegen is Omen in hoger beroep gegaan.

2.2. De grieven en de eiswijziging stellen de volgende geschilpunten aan de orde:

- de mogelijkheid tot wijziging van de indexeringsregeling (grief I);
- de uitoefening van de wijzigingsbevoegdheid en de weging van het belang van ECN bij wijziging van de indexeringsregeling, met inachtneming van de door Omen aangevoerde omstandigheden (grieven II tot en met XVI);
- het ontbreken van een overgangsregeling (de bij wege van eisvermeerdering in hoger beroep ingestelde subsidiaire vordering).

2.3. Het hof doet op *1 november 2011* [noot:5] uitspraak. Het komt tot de conclusie dat de grieven II t/m XVI slagen en het ontbreken van een voldoende zwaarwegend belang bij de wijziging van art. 9 van het pensioenreglement 1964, 1990, en 1999 met zich brengt dat ECN deze wijziging niet aan de ex-deelnemers kan tegenwerpen. ECN is gehouden die ex-werknemers die op 31 december 2006 een premievrije aanspraak (de slapers) dan wel een pensioenrecht (de gepensioneerden) hadden de toeslagen die voortvloeien uit de tot en met 31 december 2006 geldende tekst van deze pensioenreglementen toe te kennen.

2.4. ECN stelt cassatie in bij dagvaarding d.d. 19 januari 2012. Omen stelt bij Conclusie van Antwoord d.d. 23 maart 2012 voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in.

3. Enkele opmerkingen vooraf

3.1. De ontwikkelingen die zich het afgelopen decennia op onder andere de aandelenmarkten hebben voorgedaan hebben grote gevolgen gehad voor de Nederlandse pensioenfondsen. Niet alleen zijn de dekkingsgraden van veel pensioenfondsen gedaald, ook de indexatie van pensioenen is onder druk komen te staan. In het licht van die ontwikkelingen speelt de onderhavige zaak. [noot:6] De kern van het geschil ziet op de vraag of ECN bevoegd was de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. De onderhavige zaak heeft betrekking op oud-werknemers met ingegane uitkeringen of premievrije aanspraken, zgn. gewezen deelnemers (ook wel slapers genoemd) en gepensioneerden. Hierbij komt onder andere de vraag op wat de aard van de rechtsverhouding is tussen oud-werkgevers (of een pensioenfonds) en post-actieven. Van Slooten stelt dat een rechtsverhouding meer omvat dan een contractuele verhouding en, zolang er nog verbintenissen zijn tussen de voormalig werkgever en de voormalig werknemer, de uit het contract voortvloeiende rechtsverhouding voortduurt. [noot:7] Er is dus z.i. geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding met post-actieven die niet meer gewijzigd kan worden. De vraag of die rechtsverhouding nog kan worden gewijzigd, is afhankelijk van de inhoud van die verhouding, zoals die blijkt uit de wet en reglementen. Dat lijkt mij een juiste benadering.

3.2. Tot een zelfde oordeel komt ook het hof in zijn bestreden arrest van 29 december 2009:

“4.7. (...) Een pensioenovereenkomst is, anders dan OMEN betoogt, niet ‘uitgewerkt’ bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar pas op het moment dat er geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn. Het feit dat in art. 18 van het pensioenreglement uitsluitend gesproken wordt over de mogelijkheid van wijziging van de pensioenregeling na overleg met ‘werknemers’ betekent op zichzelf niet dat de reglementen ten opzichte van ex-werknemers niet gewijzigd kunnen worden, zij het dat op grond van lid 2 van art. 18 ten tijde van de wijziging op grond van gedane premiestortingen verkregen rechten op pensioen (en reeds toegekende indexeringsregeling) gehandhaafd blijven.”

3.3. De rechtsverhouding tussen oud-werknemers/pensioengerechtigden en ECN wordt beheerst door de Pensioenwet (PW) en/of diens voorganger de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW), door reglementen en ook, zoals voor elke verbintenrechtelijke rechtsverhouding in Nederland geldt, onder andere door de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 (lid 2) BW). Ik merk op dat art. 7:613 BW m.i. voor de onderhavige zaak niet van belang is. Ingevolge dit artikel kan in een arbeidsovereenkomst of een pensioenreglement een eenzijdig wijzigingsbeding worden opgenomen. Dit artikel is op het onderhavige geval niet van toepassing nu het enkel ziet op nog actieve (premie betalende) deelnemers en niet op post-actieven. [\[noot:8\]](#)

3.4. De Pensioenwet is ingevoerd per 1 januari 2007. [\[noot:9\]](#) Daarvoor was de Pensioen- en Spaarfondsenwet van kracht. De vraag is welke wet van toepassing was toen de eenzijdige wijziging in de pensioenreglementen door ECN werd doorgevoerd. ECN heeft bij brieven van 24 november 2006 en 6 december 2006 aan de ex-werknemers verzocht in te stemmen met wijziging van art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 en wel in die zin dat de indexeringsregelingen uitdrukkelijk voorwaardelijk werden gemaakt. Bij brief van 26 december 2006 is aan de ex-werknemers die niet hadden ingestemd met de wijziging, door ECN bericht dat art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 met ingang van 1 januari 2007 eenzijdig is gewijzigd. Nu de wijziging van het reglement per 1 januari 2007 van kracht werd, is de Pensioenwet, die ook op die datum inging, op de onderhavige rechtsverhouding van toepassing. [\[noot:10\]](#) Ik ga op beide wetten in.

Pensioenwet

3.5. Ingevolge de Pensioenwet kan een werkgever een beding in de pensioenovereenkomst opnemen dat hem de bevoegdheid geeft eenzijdig een wijziging in die overeenkomst door te voeren. Een dergelijk beding is alleen rechtsgeldig indien het schriftelijk is gemaakt, in de pensioenovereenkomst is opgenomen en de wijzigingsbevoegdheid beperkt is tot de situaties waarin aan de zijde van werkgever sprake is van een zodanig zwaarwegend belang dat het belang van de werknemers dat door die wijziging wordt geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Deze regeling is opgenomen in art. 19 van PW. Dit artikel is te vergelijken met art. 7:613 BW. [\[noot:11\]](#)

"Art. 19 – Wijziging pensioenovereenkomst"

Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken."

Art. 19 PW ziet in beginsel alleen op de relatie tussen werkgevers (of pensioenfondsen) en werknemers. [\[noot:12\]](#) In art. 20 PW is een bepaling opgenomen die ervoor zorgt dat art. 19 en 20 PW, gelezen in samenhang, van toepassing is op de zgn. post-actieven:

"Art. 20 – Gevolgen van wijziging van een pensioenovereenkomst"

In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134."

Art. 20 PW bepaalt dat de opgebouwde pensioenaanspraken niet meer gewijzigd kunnen worden. Dat betekent dat nog niet opgebouwde aanspraken wel voor reeds pensioengerechtigden kunnen worden gewijzigd.

3.6. Van cruciaal belang is wat moet worden verstaan onder "opgebouwde pensioenaanspraken". Vallen onder die term ook voorwaardelijk of onvoorwaardelijk toegezegde indexaties van de pensioenen? Vallen daar ook nog niet ingegane aanspraken, dus bijvoorbeeld toegezegde, maar nog niet ingegane indexeringen, onder? [\[noot:13\]](#) Bij de behandeling van de PW in de Tweede Kamer wordt onder het kopje "wijziging van de pensioenovereenkomst" het volgende gezegd over art. 19 en onvoorwaardelijke toezeggingen: [\[noot:14\]](#)

"Uit art. 19 van het wetsvoorstel vloeit voort, dat een eventuele wijziging van het toeslagbeleid ook betrekking kan hebben op toekomstige toeslagen op pensioenrechten van reeds gepensioneerden. De stelling van het CSO, dat onder het begrip 'opgebouwde aanspraken' in art. 19 ook de toeslagverlening zou vallen zoals die plaatsvond vóór het wijzigen van de pensioenregeling, is niet correct. Voorwaardelijke toeslagverlening is immers uitgezonderd van het begrip pensioenaanspraak (art. 1). Een dergelijke interpretatie zou overigens impliceren, dat gepensioneerden bij versoberingen in de pensioenregeling altijd volledig buiten beeld blijven, en er dus in feite roofovername wordt gepleegd op jongere generaties."

In deze passage wordt de mogelijkheid om wijziging van onvoorwaardelijke toeslagen door te voeren geopperd. Centraal lijkt te staan het begrip pensioenaanspraak van art. 1 PW. In dit artikel is het volgende opgenomen:

"pensioenaanspraak: het recht op een nog niet ingegane pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening;"

Uit deze definitie valt op te maken dat onder de "opgebouwde pensioenaanspraken" van art. 20 PW wordt verstaan het nog niet ingegane pensioen zonder de voorwaardelijke toeslagen. [\[noot:15\]](#) De vraag is of onvoorwaardelijke toeslagen tot de pensioenaanspraak in de zin van art. 20 PW behoren.

3.7. In de parlementaire geschiedenis van de PW is bij de indexering over het pensioenbegrip gesproken. Dit begrip lijkt samen te vallen met de term "opgebouwde aanspraken" van art. 20 PW. In het kader van de toeslagen wordt iets opgemerkt over de omvang het pensioenbegrip. In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat daar waar het gaat om voorwaardelijke toeslagverlening deze deel uit gaan maken van de pensioenaanspraak op het moment van toekenning: [\[noot:16\]](#)

"Het begrip toeslag wordt gedefinieerd als: een verhoging van het recht op een ingegane pensioenuitkering, een verhoging van het recht op een nog niet ingegane pensioenuitkering van gewezen deelnemers (voor zover niet het gevolg van beleggingsrendement bij premieovereenkomsten of rente of winstdeling bij kapitaalovereenkomsten), of een verhoging van aanspraken van actieve deelnemers met een uitkeringsovereenkomst (met uitzondering van de deelnemer in een eindloonregeling). Elke afspraak in de pensioenovereenkomst over een toeslag, al dan niet voorwaardelijk overeengekomen, valt

daarmee onder het begrip pensioen. Immers, in de definitie van de drie vormen van pensioen (ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen) wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van pensioen als er tussen werkgever en werknemer een 'geldelijke, vastgestelde uitkering voor werknemer of gewezen werknemer ...' is overeengekomen. Met een al dan niet voorwaardelijk overeengekomen toeslag wordt aan die eis voldaan: voorwaardelijke toeslagverlening leidt op het moment van daadwerkelijke toekenning namelijk tot een 'geldelijke, vastgestelde uitkering'. Vanaf dat moment wordt de toeslag ook onderdeel van de pensioenaanspraak of het pensioenrecht en krijgt dus een onvoorwaardelijk karakter. Alleen bij vooraf onvoorwaardelijk overeengekomen toeslagen is de toeslag al onderdeel van de pensioenaanspraak of het pensioenrecht vanaf het moment van opbouwen. Het onderscheid tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke toeslagen wordt dus gemaakt door het bijvoeglijk naamwoord 'voorwaardelijk' of 'onvoorwaardelijk' te zetten voor toeslag (zie daarover hoofdstuk 6 van het algemeen deel van de memorie van toelichting over pensioenverplichtingen en het gebruik van de voorwaardelijkheidsverklaring)."

3.8. Uit de hierboven weergegeven passages valt op te maken dat onvoorwaardelijke toezeggingen tot het begrip pensioenaanspraak worden gerekend.

[\[noot:17\]](#) Hierover is in de MvT nog het volgende opgenomen: [\[noot:18\]](#)

"Het begrip pensioenaanspraak ziet ook op de aanspraak op onvoorwaardelijke toeslagen, maar niet op voorwaardelijk overeengekomen toeslagverlening."

Als gevolg daarvan is wijziging uitgesloten. De onmogelijkheid om onvoorwaardelijke toeslagen te wijzigen is ook met zoveel woorden te vinden in de MvA bij de behandeling van het wetsvoorstel Pensioenwet in de Eerste Kamer: [\[noot:19\]](#)

"Wanneer tijdens de periode dat het pensioen van een gepensioneerde is opgebouwd geen beperking was aangebracht in de verlening van toeslagen, en dus sprake is geweest van onvoorwaardelijke toeslagverlening, kan ook de indexatie van het pensioen van gepensioneerden niet worden beperkt als gevolg van een wijziging van de inhoud van de pensioenregeling. Op grond van art. 19 van de Pensioenwet kunnen de opgebouwde pensioenaanspraken immers niet worden gewijzigd als gevolg van een wijziging van de pensioenovereenkomst. Aangezien in het verleden toegezegde onvoorwaardelijke toeslagen onderdeel uitmaken van de pensioenaanspraken van gepensioneerden, volgt hieruit dat ook de indexatie van reeds ingegane pensioenen niet meer beperkt kan worden. Dat zou immers een ongeoorloofde beperking van in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken betekenen."

Wijziging van onvoorwaardelijke indexeringsregeling is, op grond van het feit dat sprake is van een reeds opgebouwde pensioenaanspraak, in beginsel uitgesloten. [\[noot:20\]](#) Anders werd geoordeeld in een uitspraak van het hof Amsterdam waarin het begrip pensioenaanspraak werd uitgelegd aan de hand van de definitie opgenomen in de pensioenreglementen. In die reglementen omvatte het begrip pensioenaanspraken niet de (onvoorwaardelijke) indexeringsrechten. [\[noot:21\]](#) Annotator Langemeijer noemt deze redenering dubieus. Hij stelt dat in het geval sprake is van een onvoorwaardelijk recht op toeslagen (ook vóór invoering van de PW) sprake is van opgebouwde aanspraken. [\[noot:22\]](#)

3.9. Van belang is vast te stellen wat moet worden verstaan onder een onvoorwaardelijke toeslag. Uit de parlementaire behandeling valt over onvoorwaardelijke toeslagen op te maken dat die toeslagen te herkennen zijn aan het woord "onvoorwaardelijk" in de tekst van de bepaling. [\[noot:23\]](#) Voorts wordt tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer opgemerkt dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een voorwaardelijke of onvoorwaardelijke indexatie, de achterliggende financiering ook van belang is. [\[noot:24\]](#)

3.10. Of een toeslag voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is toegezegd hangt dus, naast de formulering van de bepaling omtrent de indexering, ook af van de achterliggende financiering. Valt uit de formulering en achterliggende financiering op te maken dat een toegezegde toeslag onvoorwaardelijk is toegezegd, dan lijkt op te maken uit de structuur van de wet en parlementaire behandeling, dat deze onvoorwaardelijke toeslag onder het begrip "opgebouwde pensioenaanspraak" van art. 20 PW valt en niet tussentijds kan worden gewijzigd, althans niet op grond van de PW. Breuker gaat in op het verband tussen de achterliggende financiering en de voorwaardelijkheid of onvoorwaardelijkheid van een toegezegde indexering. [\[noot:25\]](#) Hij zegt hierover dat, hoe onvoorwaardelijker het karakter van de toeslagregeling is, des te explicieter hiervoor binnen de voorziening pensioenverplichtingen moet worden gereserveerd. Terecht stellen Breuker c.s. in een artikel uit 1999 dat de achterliggende financiering eerder een afgeleide is van de wijze waarop de toezegging is gedaan of geformuleerd dan dat deze bepalend is voor een antwoord op de vraag of deze kan worden aangepast [\[noot:26\]](#) of, met andere woorden, als onvoorwaardelijk kan worden aangemerkt. Breuker merkt nog op dat als uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een voorwaardelijke dan wel een onvoorwaardelijke toezegging, het pensioenreglement het vertrekpunt moet zijn. [\[noot:27\]](#) Daarbij geldt de formulering van het reglement ten tijde van de pensionering (of ten tijde van het ontstaan van het premievrije recht als gevolg van beëindiging van de dienstbetrekking). [\[noot:28\]](#)

De onderhavige zaak: onvoorwaardelijke toezegging

3.11. In de onderhavige zaak wordt door partijen niet getwist over het karakter van de indexering. [\[noot:29\]](#) Zowel ECN als Omen zijn de mening toegedaan dat de aanvankelijk overeengekomen indexeringsmaatregel onvoorwaardelijk was. Dit blijkt ook uit de tekst van de reglementen en uit de vaststelling van de feiten door de rechtbank en het hof. [\[noot:30\]](#) ECN had tot 1 januari 2007 de pensioenregeling van zijn werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer Achmea. Tot 1 januari 1990 kende art. 9 van het destijds toepasselijke pensioenreglement 1964 een door de verzekeraar gegarandeerde vaste indexering van 3% per jaar, waarvoor een reserve werd aangehouden. Bij de invoering van het pensioenreglement zoals die van 1 januari 1990 tot 1 januari 1999 (en gewijzigd in 1992) heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1990) is in art. 9 een indexeringsregeling ingevoerd waarbij het indexatiepercentage werd gekoppeld aan de rendementen. Het pensioenreglement, zoals dit van 1 januari 1999 tot 1 januari 2007 heeft gegolden, bevat eenzelfde indexeringsregeling, zij het niet alleen van ingegane pensioenen maar ook van de pensioenaanspraken van de slapers. Over de achterliggende financiering van de onvoorwaardelijke indexering kan nog worden opgemerkt dat deze aanvankelijk apart was ondergebracht.

Pensioen- en Spaarfondsenwet

3.12. Voordat de Pensioenwet werd ingevoerd, was de Pensioen- en Spaarfondsenwet van kracht. [\[noot:31\]](#) De PSW is niet op de onderhavige zaak van toepassing, nu de Pensioenwet van kracht is geworden op 1 januari 2007. Onder de PSW was minder duidelijk geregeld of wijzigingen mogelijk waren ten opzichte van gepensioneerden, met name voor reeds opgebouwde aanspraken. Zo kende de PSW geen expliciet verbod tot het wijzigen van reeds

opgebouwde pensioenaanspraken. [noot:32] Als gevolg van uitspraken tijdens de parlementaire behandeling van wijziging van de PSW wordt aangenomen dat in geval van reeds gepensioneerden sprake was van een uitgewerkte rechtsverhouding. [noot:33] Hierin was het volgende te lezen: [noot:34]

“Hetzelfde geldt voor de nog niet ingegane pensioenen van degenen van wie de deelneming aan de pensioenregeling inmiddels is beëindigd (de zogenaamde slapers). Ook in die situatie is sprake van een volledig uitgewerkte rechtsverhouding en stond bij voortijdig vertrek de hoogte van de opgebouwde pensioenaanspraken vast. Die aanspraken, die op grond van art. 8 PSW nauwkeurig vaststaan, kunnen niet door wetswijziging naderhand worden aangetast. Bij wijziging van statuten en reglementen toetst de VK telkens of aantasting van opgebouwde rechten plaatsvindt. Aan de goedkeuring van wijzigingen wordt dan ook de gebruikelijke voorwaarde verbonden dat aan die wijzigingen geen terugwerkende kracht wordt verleend”.

3.13. Nu de passage spreekt over “opgebouwde pensioenaanspraken”, kan aansluiting worden gezocht bij wat de PW over de invulling van dit begrip zegt. Op die grond is geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding waardoor gepensioneerden of slapers geen wijziging meer tegen zich te dulden hebben, maar kunnen enkel geen wijzigingen plaatsvinden over “reeds opgebouwde aanspraken”. Voorwaardelijke indexeringen vallen hier in overeenstemming met de situatie onder de PW niet onder, onvoorwaardelijke wel. Ook onder de PSW was het dus mogelijk om, onder voorwaarden, een eenzijdig wijzigingsbeding op te nemen in de reglementen die deel uitmaakten van de pensioenovereenkomst. Ook ten opzichte van reeds gepensioneerden. Onder de PSW en de PW kunnen onvoorwaardelijke indexeringen niet gewijzigd worden nu zij vallen onder het begrip “reeds opgebouwde pensioenaanspraken”. [noot:35] Langemeijer merkt ook op dat art. 20 PW vaak wordt gezien als een codificatie van wat al onder de PSW gold. [noot:36]

De van toepassing zijnde pensioenreglementen

3.14. In de onderhavige zaak spelen drie reglementen een rol, die van 1964, 1990 en 1999. Door partijen is geen discussie gevoerd over het al dan niet toepasselijk zijn van deze drie reglementen. De belangrijkste bepaling voor wijziging van de overeenkomst zijn art. 11 lid 5 en 6 van de reglementen van 1990 en 1999 en art. 18 van diezelfde twee reglementen. Art. 20 van het pensioenreglement 1964 bevat een vergelijkbaar wijzigingsbeding, aldus Hof Amsterdam 1 november 2011, in rov. 3.1.6.

3.15. Art. 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van pensioenreglementen 1990, respectievelijk 1999 houdt het volgende in:

“De werkgever heeft zich overigens bij de pensioentoezegging de bevoegdheid tot vermindering of beëindiging van zijn uitgaven ter zake van de pensioenregeling voorbehouden, indien de financiële omstandigheden waarin deze verkeert zich zodanig ingrijpend wijzigen, dat (ongewijzigde) continuering van de pensioenregeling niet langer mogelijk is. Wanneer de werkgever voornemens is van de vorenbedoelde bevoegdheid gebruik te maken, deelt hij dit onverwijld schriftelijk mee aan de verzekeraar, alsmede aan degenen, van wie het pensioen of de aanspraak op pensioen daardoor wordt getroffen.”

Dit artikel geeft de werkgever, onder omstandigheden, het recht tot vermindering of beëindiging van zijn uitgaven ter zake van de pensioenregeling. Wat in dit geval wordt verstaan onder “zijn uitgaven van de pensioenregeling” is niet duidelijk. Zien deze bewoordingen op het betalen van de pensioenpremie en is daarmee sprake van een premievoorbehoud, dan is de vraag of ook eenzijdige wijziging van (onvoorwaardelijke) indexaties onder dit artikel vallen. Het hof duidt het artikel in rov. 3.1.5 ook aan als een “premiebetalingsvoorbehoud”. [noot:37] Dit artikel ziet niet op wijzigingen in de uitbetaling van reeds opgebouwd pensioen, maar op het wijzigen van de verplichtingen tijdens het opbouwen. Wel noemt het derde lid van het artikel (alleen in de versie van het reglement van 1999) de financiering van de indexatie, maar meer niet. Het kopje van het artikel luidt “kosten van de verzekering”, wat erop lijkt te duiden dat dit artikel eerder ziet op de opbouw van het pensioen dan op de uitbetaling ervan. Dit art. 11 was al onderdeel van het eerdere geschil tussen partijen waarin het ging om de zgn. conjunctuurclausule. Dit geschil, met name dan het tussenvonnissen van de rechtbank Alkmaar van 15 februari 2006, is ook ter sprake gekomen in hoger beroep. Op basis van een grief in hoger beroep van de zijde van Omen over het gezag van gewijsde van het tussenvonnissen van de Rb Alkmaar van 15 februari 2006 oordeelt het hof in rov. 3.5 dat dat vonnis geen gezag van gewijsde toekomt. Volgens de grief was het in die eerdere zaak toegepaste criterium niet van toepassing, in ieder geval niet op basis van dat eerdere vonnis, dat in een ander geschil was geweest. Dit eerder gehanteerde criterium was met name niet van toepassing nu dat eerdere geschil zag op de artikelen 11 lid 5 (1990) en 11 lid 6 (1999) van de reglementen. Mede in dat licht, ook met het oog op de formulering en het toepassingsbereik van art. 11, is dat artikel in dit geschil niet aan de orde.

3.16. Van belang is de in lid 2 van het hierboven in 1.7 genoemde art. 18 van de reglementen opgenomen bepaling dat reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken na wijziging gehandhaafd blijven. [noot:38] Deze zinsnede lijkt te zien op hetgeen onder de PW in art. 19 en 20 voor de reeds “opgebouwde aanspraken” en onvoorwaardelijke toezeggingen geldt. Moeten de onvoorwaardelijke indexeringen gezien worden als reeds opgebouwde aanspraken in de zin van PW of als “op grond van pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken” in de zin van de reglementen? [noot:39]

Aangenomen moet m.i. worden dat onvoorwaardelijke indexeringsbepalingen onder PW vallen onder de term “opgebouwde” aanspraken, die niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd. Het gebruik van de zinsnede “op grond van pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken”, doet vermoeden dat sprake is van een vergelijkbare bepaling. Te meer daar voor de onvoorwaardelijke indexering reeds een apart beleggingsdepot was opgenomen. Men mag aannemen dat het daarmee gaat om gedane pensioenstortingen. Ook de onvoorwaardelijke indexering valt onder de term “reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken”. Met deze constatering dat de (door partijen en het hof (zie rov. 3.5 en 3.7 van het arrest van 1 november 2011)) toepasselijk geachte reglementen eenzelfde beperking op eenzijdige wijziging van onvoorwaardelijke toeslagen kennen als de Pensioenwet, kan het vraagstuk van de aan te leggen maatstaf bij het wijzigen van de onvoorwaardelijke indexeringsbepalingen in dit geval m.i. enkel via de weg van art. 6:248 BW worden beantwoord.

3.17. Het hof is een andere mening toegedaan. Het gaat uit van toepasselijkheid van de reglementen waaruit voortvloeit dat de onvoorwaardelijke indexering (onder voorwaarden) kan worden gewijzigd. In het tussenarrest van 29 december 2009 behandelt het hof dit onderwerp (de aan te leggen maatstaf) in rov. 4.6 t/m 4.9. In het eindarrest van 1 november 2011 komt het hof hier nog kort op terug in rov. 3.5 en daarna in 3.7. Hieronder zijn eerst de rechtsoverwegingen 4.7 t/m 4.9 weergegeven waarbij de belangrijkste overwegingen in vet zijn weergegeven.

"4.7. OMEN kan in deze stellingen niet worden gevolgd. Een pensioenovereenkomst is, anders dan OMEN betoogt, niet 'uitgewerkt' bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar pas op het moment dat er geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn. Het feit dat in art. 18 van het pensioenreglement uitsluitend gesproken wordt over de mogelijkheid van wijziging van de pensioenregeling na overleg met 'werknemers' betekent op zichzelf niet dat de reglementen ten opzichte van ex-werknemers niet gewijzigd kunnen worden, zij het dat op grond van lid 2 van art. 18 ten tijde van de wijziging op grond van gedane premiestortingen verkregen rechten op pensioen (en reeds toegekende indexering) gehandhaafd blijven.

4.8. Grief II strekt voorts ten betoge dat als eenzijdige wijziging van de reglementen ten opzichte van ex-werknemers al mogelijk is, de toetsing van de vraag of ECN en NCR in het onderhavige geval van hun wijzigingsbevoegdheid gebruik mochten maken, dient te geschieden aan de hand van het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248 BW.

4.9. Anders dan OMEN betoogt, is het bij de vraag of ECN en NCR bevoegd waren per 1 januari 2007 de door hen voorgestelde wijziging in de pensioenreglementen door te voeren, niet slechts van belang of handhaving van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Waar het om gaat is of het belang van ECN en NCR bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken."

3.18. Het Hof overweegt in rov. 4.7 dat reeds verkregen rechten niet kunnen worden gewijzigd, maar daaronder slechts de reeds toegekende indexeringen lijkt te vatten. Het feit dat het hof zich niet bewust is van de bijzondere positie van onvoorwaardelijke indexeringstoezeggingen is te meer op te maken uit rov. 3.5 van het eindarrest van 1 november 2011. [\[noot:40\]](#) Daarin komt het woord "onvoorwaardelijk" in rov. 4.9 van het tussenarrest niet voor en spreekt het hof enkel nog van "indexeringsregeling", zonder aan te geven dat het gaat om een voorwaardelijke of onvoorwaardelijke regeling. [\[noot:41\]](#) Voorts gaat het hof niet expliciet in op de vraag of art. 6:248 BW van toepassing is, maar legt enkel als criterium aan of "het belang van ECN en NCR [\[noot:42\]](#) bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken." Niet van belang is volgens hem de vraag of handhaving van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.19. In het rov 3.5 van het eindarrest wordt herhaald wat het hof in rov. 4.9 zegt over het toepasselijke criterium. [\[noot:43\]](#) In rov 3.6 wordt daaraan toegevoegd:

"3.6. Voor zover OMEN met grief I wel een nieuw geschilpunt aan de orde stelt, te weten of art. 18 lid 2 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 aan wijziging van art. 9 van die reglementen in de weg staat, overweegt het hof als volgt. Niet in geschil is dat ECN&NRG over de perioden vanaf 2007 geen koopsommen hebben voldaan aan Centraal Beheer/Achmea met betrekking tot de in art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 toegezegde toeslagen. Er is derhalve geen sprake van verkregen rechten op deze toeslagen als bedoeld in art. 18 lid 2 van de pensioenreglementen. Ook in zoverre faalt grief I."

Hiermee lijkt het hof te oordelen dat geen sprake is van reeds *verkregen rechten* in de zin van art. 18 lid 2 van de reglementen. Zij gaat daarmee voorbij aan het (onbetwiste) onvoorwaardelijke karakter van de toegezegde indexering en lijkt van mening te zijn dat de wijzigingsbevoegdheid van art. 11 van de reglementen van toepassing is. Daarmee geeft het hof m.i. blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Daarnaast toetst het Hof overduidelijk aan de criteria van art. 19 PW, door te oordelen in rov. 4.9 dat:

"Waar het om gaat is of het belang van ECN en NCR bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken."

Dit criterium sluit aan bij de formulering van art. 19 PW [\[noot:44\]](#) (en art. 7:613 BW), terwijl dit artikel als gevolg van hetgeen is opgenomen in zowel de reglementen (in art. 18 lid 2) als de Pensioenwet (in art. 20 PW) niet van toepassing is nu onbetwist vast staat dat sprake is van een wijziging van onvoorwaardelijke indexeringen. Blijkens de hierboven uiteengezette parlementaire geschiedenis en literatuur worden die geacht te vallen onder het begrip "reeds opgebouwde aanspraken" van art. 20 PW, vergelijkbaar met de term "reeds verkregen rechten op pensioen" in art. 18 lid 2 van de reglementen, en zijn die aanspraken niet voor wijziging vatbaar, althans enkel mogelijk op grond van art. 6:248BW. [\[noot:45\]](#) Daarbij merk ik nog op dat de situatie onder de PSW niet anders zou zijn.

Art. 6:248 BW

3.20. Ook op grond van art. 6:248 lid 2 BW kan, indien handhaving van een overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, een overeenkomst tussen partijen (eenzijdig) worden gewijzigd. Art. 6:248 BW vormt het sluitstuk van de mogelijkheden tot wijziging van de indexatie. Op grond van dit artikel is m.i. wijziging van onvoorwaardelijke indexaties mogelijk. Uit jurisprudentie over de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW op pensioenovereenkomsten valt met name op te maken dat die jurisprudentie geen algemene regel oplevert voor de beoordeling van geschillen als het onderhavige. Dit lijkt ook logisch, nu de beantwoording van de vraag of sprake is van een regel in de pensioenovereenkomst waarvan handhaving naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval. Uit oudere rechtspraak blijkt dat de financiële situatie vaak geen onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW opleverde. [\[noot:46\]](#) In het huidige tijdperk waarbij banken omvallen en pensioenfondsen moeten korten en dekkingsgraden moeten aanpassen, is een andere uitkomst denkbaar. [\[noot:47\]](#)

3.21. Onaanvaardbaarheid van het handhaven van de overeengekomen regeling blijkt in gevallen van het aanpassen van pensioenreglementen vooral, of misschien wel uitsluitend, uit de financiële gevolgen voor de organisatie, het pensioenfonds zelf of de leden (actieven, slapers en gepensioneerden) van dat fonds. Ook spelen een belangrijke rol de ontwikkelingen in de algemene economische situatie zowel voor als ten tijde van de wijzigingen, de financiële positie van het pensioenfonds voor en ten tijde van de wijziging, het handelen van het pensioenfonds gedurende de gehele looptijd, mede in het licht van de toentertijd heersende opvattingen omtrent het beheer van pensioenfondsen, de (huidige en toentertijd geldende) maatschappelijke opvattingen over gedane investeringen en beleggingen, het wijzigen of verminderen van premiebetalingen, het terugstorten van gelden uit het fonds en de instemming van

ondernemingsraden en vakbonden bij voorgestelde wijzigingen, de aard van de voorgestelde wijziging, de specifieke gevolgen van die wijziging en de gevolgen als niet wordt gewijzigd.

3.22. Voorts moet worden opgemerkt dat het uitgangspunt bij de wijziging van pensioenreglementen, net als bij alle overeenkomsten, is dat een overeenkomst nagekomen dient te worden. Eenzijdige wijziging van overeenkomsten is in beginsel niet mogelijk, nu het uitgangspunt in het Nederlandse verbintenissenrecht is dat overeenkomsten tussen partijen bindend zijn. [noot:48] Dat is bij pensioenovereenkomsten niet anders. Daar waar het gaat om pensioenovereenkomsten speelt wel het volgende een rol. Pensioenovereenkomsten worden aangegaan voor een zeer lange looptijd. Het gaat om regelingen die ook na het einde van de arbeidsovereenkomst nog verplichtingen met zich brengen en waaraan niet alleen werknemers, maar ook hun partners rechten kunnen ontlenen. De meeste pensioenregelingen kennen een looptijd van 35 tot 40 jaar voor de volledige verwerving van pensioenaanspraken. Daarna duurt de uitkeringsperiode gemiddeld tussen de 15 en 20 jaar. [noot:49] Het lijkt bij een dergelijke lange looptijd voor de hand te liggen dat zich situaties kunnen voordoen waardoor de overeenkomst tussentijds moet worden gewijzigd. Voorts speelt bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW nog een ander aspect een rol. Dat is de gedachte die ook ten grondslag ligt aan de in o.a. de Pensioenwet opgenomen wijzigingsmogelijkheden vooral voor voorwaardelijke indexatieregelingen, namelijk het solidariteitsbeginsel.

3.23. Uit de Pensioenwet valt op te maken dat onvoorwaardelijke indexatieafspraken behoren tot de reeds opgebouwde aanspraken die o.g.v. art. 19 en 20 PW niet meer kunnen worden gewijzigd. De MvA vervolgt met de volgende passage die wellicht een nuance kan aanbrengen op dit strenge standpunt:

“Dit ligt uiteraard anders indien in het verleden een vorm van voorwaardelijke indexatie was toegezegd. In dat geval vormt de toekomstige indexatie over de ingegane pensioenuitkeringen nog geen onderdeel van de opgebouwde pensioenaanspraken. Bij een vorm van voorwaardelijke indexatie is het dan ook mogelijk om het niet of niet volledig toekennen van toeslagen aan gepensioneerden wél als sturingsmiddel te gebruiken, overigens ongeacht of daarbij sprake is van een collectieve beschikbare premieregeling. Dat kan net zo goed in geval van bijvoorbeeld een ‘traditionele’ middel- of eindloonregeling. De regering acht het ook wenselijk dat deze mogelijkheid er is, omdat anders de gerede kans bestaat dat een onevenredig zwaar en éénzijdig financieel beroep op actieve deelnemers en/of slapers in een pensioenregeling zou moeten worden gedaan om de financiële positie van een pensioenfonds te herstellen. Een dergelijke vorm van doorgesloten solidariteit past bovendien niet bij het karakter van een pensioenfonds, waarin in beginsel alle belanghebbenden – actieve deelnemers, slapers en gepensioneerden – in onderlinge solidariteit de financiële lusten en lasten dragen.”

De redenering die in de MvA wordt gegeven om toegezegde (of overeengekomen) voorwaardelijke indexatie te wijzigen, het genoemde argument van solidariteit, is m.i. niet alleen van toepassing op voorwaardelijke indexatieregeling, maar net zo goed op onvoorwaardelijke indexatieregelingen. Dit lijkt eens te meer aannemelijk in die gevallen waarin sprake is van prangende financiële omstandigheden. Ter vergelijking: de PSW kent in art. 7 lid 1 onder i ook de mogelijkheid wijzigingen door te voeren in de reglementen indien “de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding geeft”. Onder die omstandigheden is het denkbaar dat een wijziging o.g.v. 6:248 lid 2 BW te verdedigen is.

3.24. Van Slooten [noot:50] noemt solidariteit als argument om een dynamische en geen statische benadering van de rechtsverhouding tussen werkgever/pensioenfonds en gepensioneerden te verdedigen. Dit komt erop neer dat bij wijzigingen in de rechtsverhoudingen gepensioneerden solidair zouden moeten zijn met werknemers. [noot:51] Breuker en Van Leuven [noot:52] stellen dat bij een besluit tot het beperken van de indexatie of tot niet-indexeren, soms wordt gezegd dat de rekening voor tegenvallende beleggingen enkel bij de gepensioneerden komt te liggen en hierdoor sprake zou kunnen zijn van strijd met art. 5 lid 4 PSW. In dit artikel is opgenomen dat sprake moet zijn van evenwichtige belangenbehartiging. Zij stellen de vraag aan de orde of dit argument opgaat. Daarvoor merken zij ten eerste op dat een beperkte indexering, ingevolge art. 8 lid 6 PSW, zowel voor slapers als gepensioneerden geldt. Voorts wijzen zij impliciet op het solidariteitsargument door aan te geven dat de afgelopen jaren door wijzigingen in de pensioensystemen, onder andere ten aanzien van eindloon en middenloon, juist de nog actieve werknemers met verslechterende situaties werden geconfronteerd. Die wijzigingen golden echter niet voor reeds gepensioneerden. Art. 5 lid 4 PSW [noot:53] kan een argument zijn om tot beperking van indexatie voor reeds gepensioneerden over te gaan. Het doorzetten van indexaties (over in het verleden opgebouwde pensioenrechten) kan leiden tot hoge premies voor de nog actieve deelnemers en negatieve aanpassing van de opbouw in de toekomst en daarmee tot een niet evenwichtig bestuur. [noot:54] Een equivalent van dit artikel is opgenomen in art. 105 lid 2 van de Pensioenwet. [noot:55] Breuker en Van Leuven lijken de argumenten vooral te richten op de situatie van voorwaardelijke indexering, [noot:56] deze argumenten gaan m.i. net zo goed op voor een onvoorwaardelijke indexering. Zeer wel denkbaar is dat het doorvoeren van onvoorwaardelijke indexering ook kan leiden tot een onevenwichtige belangenbehartiging. [noot:57]

3.25. Het argument dat gepensioneerden reeds jarenlang premies hebben betaald voor hun pensioen en bij het wijzigen van indexering ten onrechte de rekening krijgen gepresenteerd, gaat m.i. niet op. Ten eerste bestaat tussen de betaalde premie en de beloofde indexatie niet altijd een verband. In de praktijk is de indexatie vaak gekoppeld aan de rendementen van de beleggingen of de stijging van salarissen. Bij onvoorwaardelijke indexatie kan dit anders liggen, nu, aldus Breuker en Van Leuven een onvoorwaardelijke indexatie zou hebben geleid tot een (flink) hogere premie. [noot:58] Of die relatie tussen premiebetaling en indexatie bestaat zou moeten blijken uit de omstandigheden van het geval, wil dit argument van invloed zijn op de vraag of een wijziging in de regeling kan worden doorgevoerd. [noot:59] Ten tweede hebben reeds gepensioneerden in het verleden vaak geprofiteerd van toen behaalde rendementen doordat o.a. lagere pensioenpremies werden gehanteerd.

3.26. Mijns inziens is het solidariteitsbeginsel een belangrijk argument om in sommige gevallen voor het wijzigen van een pensioenregeling, in dit geval de indexatieregeling, te kiezen. Niet alleen strekt die solidariteit tussen werknemers en oud-werknemers zich uit tot het moeten laten gelden van dezelfde wijzigingen of aanpassingen in de rechtsverhouding. De solidariteit gaat mijns inziens verder. Het weigeren van sommige wijzigingen door oud-werknemers kan in bepaalde gevallen verstrekken gevolgen hebben voor de huidige werknemers. Zo is denkbaar dat de werkenden een hogere premie zullen moeten betalen om de ongewijzigde instandhouding van de regeling voor de oud-werknemers te kunnen financieren, maar kan een ongewijzigde instandhouding ook tot gevolg hebben dat bestaande werknemers minder pensioen krijgen, geen pensioen krijgen, of zelfs hun werkgever in financiële problemen zien raken en daardoor hun baan kwijtraken. In één of enkele van de hier geschetste omstandigheden zou het solidariteitsbeginsel er toe kunnen bijdragen dat de norm van het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248 lid BW in overeenstemming met het solidariteitsbeginsel moet worden ingevuld. Daar komt bij dat denkbaar is dat onder omstandigheden bij het niet doorvoeren van een wijziging, terwijl omstandigheden daar wel om vragen, sprake is van onevenwichtige belangenbehartiging door het bestuur van het pensioenfonds, zoals neergelegd in art. 105 lid 2 PW (en ook onder de PSW).

4. Bespreking van de klachten in principaal cassatieberoep

Onderdeel (1): het te hanteren juridische criterium

4.1. Volgens de *eerste klacht* heeft het hof ten onrechte het criterium van art. 19 PW toegepast, terwijl dit ten tijde van de het nemen van het besluit door ECN niet van kracht was, althans, dat de wijziging niet aan de hand van de reglementen of de PW dient te worden getoetst, maar aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW. De klacht richt zich tegen rov. 4.9 van het tussenarrest van het hof en rov. 3.5 van het eindarrest. In deze rechtsoverweging heeft het hof blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het door ECN doorgevoerde wijzigingsbesluit te toetsen aan een onjuist criterium. Nu ook rov. 4.8 van belang is, [\[noot:60\]](#) wordt zowel rov. 4.8 als rov. 4.9 van het tussenvonnissen d.d. 29 december 2009 aangehaald:

“4.8. Grief II strekt voorts ten betoge dat als eenzijdige wijziging van de reglementen ten opzichte van ex-werknemers al mogelijk is, de toetsing van de vraag of ECN en NCR in het onderhavige geval van hun wijzigingsbevoegdheid gebruik mochten maken, dient te geschieden aan de hand van het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248 BW.

4.9. Anders dan OMEN betoogt, is het bij de vraag of ECN en NCR bevoegd waren per 1 januari 2007 de door hen voorgestelde wijziging in de pensioenreglementen door te voeren, niet slechts van belang of handhaving van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Waar het om gaat is of het belang van ECN en NCR bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

In rov. 3.5 van het arrest van het hof. d.d. 1 november 2011 is te lezen:

“3.5. Het hof ziet in grief I en in de daarop gegeven toelichting evenmin aanleiding terug te komen van hetgeen in deze overwegingen van het tussenarrest is beslist. Wel bestaat aanleiding dit tussenarrest als volgt te verduidelijken. In rechtsoverweging 4.4 heeft het hof overwogen dat aan rechtsoverweging 2.1 van het vonnis van de kantonrechter van 15 februari 2006 (in de zaak met zaaknummer 174902-04-5207) in deze zaak geen gezag van gewijsde toekomt, nu in de onderhavige zaak een ander geschil aan de orde is. Het hof heeft vervolgens (in rechtsoverweging 4.7) overwogen dat wijziging van de pensioenreglementen met toepassing van art. 18 lid 1 [\[noot:61\]](#) binnen de grenzen omschreven in lid 2 van dat artikel ook mogelijk is ten aanzien van ex-werknemers, alsmede (in rechtsoverweging 4.9) dat de uitoefening van deze wijzigingsbevoegdheid getoetst dient te worden aan de maatstaf of het belang van ECN&NRG bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door die wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In deze laatste rechtsoverweging bevat de zinsnede ‘...of handhaving van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling... etc.’ De toevoeging van het woordje ‘onvoorwaardelijke’ kan tot misverstanden aanleiding geven nu het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft overwogen dat aan het vonnis van 15 februari 2006 – waarin betekenis wordt gehecht aan de (on)voorwaardelijkheid van de indexeringsregeling ter beantwoording van de vraag of het premiebetalingsvoorbehoud (conjunctuurbeding) kan worden toegepast – in deze zaak geen gezag van gewijsde toekomt. De betreffende zinsnede uit rechtsoverweging dient daarom te worden gelezen: ‘(...) of handhaving van de indexeringsregeling... etc.’”

4.2. Zoals hierboven in de conclusie opgemerkt, is het eenzijdige wijzigingsbesluit van ECN genomen bij brief van eind 2006, en ingegaan op 1 januari 2007. Nu de Pensioenwet ook op die datum van kracht is geworden en het besluit is ingegaan per 1 januari 2007, is de vanaf die datum ook van kracht zijnde Pensioenwet van toepassing op deze zaak. Overigens merk ik op dat het niet van belang is welke wet (Pensioenwet of Pensioen- en spaarfondsewet) van toepassing is, nu beide wetten op het punt van wijziging van onvoorwaardelijk indexaties van pensioenen, voor reeds gepensioneerden dezelfde regels bevatten: Wijziging van pensioenreglementen is mogelijk, met dien verstande dat hiervoor een bepaling is opgenomen in de betreffende pensioenreglementen en het niet gaat om wijziging van “reeds opgebouwde aanspraken”. Nu onvoorwaardelijke indexeringen vallen onder de term “opgebouwde aanspraken”, kunnen deze zowel onder de PSW als onder de PW niet worden gewijzigd. [\[noot:62\]](#) In onderhavige zaak komt daar nog bij dat eenzelfde regel lijkt op te maken uit de tekst van het pensioenreglement zelf in art. 18 lid 2. Het gevolg hiervan is dat in de onderhavige zaak de onvoorwaardelijk toegezegde indexatieregeling, nog maar op één enkele manier worden gewijzigd. En dat is via art. 6:248 lid 2 BW. Het hof is dan ook van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan nu het, blijkens de formulering van het door hem gehanteerde criterium de doorgevoerde wijziging getoetst heeft aan de Pensioenwet. Daarbij heeft zij tevens een innerlijk tegenstrijdig, althans onduidelijk of in ieder geval onvoldoende gemotiveerd oordeel gegeven door voorbij te gaan aan het onvoorwaardelijke karakter van de overeengekomen indexering en de bijzonder positie die dat soort indexeringen innemen in het stelsel van de wet en het onderhavige pensioenreglement. Derhalve slaagt de eerste klacht.

4.3. In de op de eerste klacht voortbordurende *tweede klacht*, ook opgenomen in het eerste onderdeel, wordt verwezen naar de rov. 3.11 en 3.12 en wordt geklaagd dat, indien de eerste klacht niet opgaat, in elk geval geldt dat het hof blijkens rov. 3.11 en 3.12 van het eindarrest van 1 november 2011, heeft miskend dat de rechterlijke beoordeling dient plaats te vinden in de context zoals die eind 2006 was. [\[noot:63\]](#) Het arrest is rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, nu uit dat arrest niet blijkt hoe het Hof die omstandigheid in zijn beoordeling van het besluit van ECN van december 2006 heeft betrokken. De rechtsoverwegingen waarnaar wordt verwezen zijn de volgende:

“3.11. De toevoeging per 1 juli 2000 van het vrijgevallden depotbedrag van € 27.131.977,= aan het gesepareerde beleggingsdepot is naar het oordeel van het hof echter wel strijdig met de in de pensioenreglementen opgenomen regels omtrent de financiering van de toeslagen, in het bijzonder met art. 9 lid 6 van pensioenreglement 1990. [\[noot:64\]](#) Weliswaar is voornoemd artikellid niet teruggekeerd in de tekst van art. 9 in pensioenreglement 1999, maar daaruit hebben de ex-werknemers bij gebreke van een nadere toelichting redelijkerwijze niet kunnen of moeten afleiden dat de tot en met 1999 bestaande wijze van financiering van de toeslagen uit een daarvoor geoormerkt indexatiedepot (voor zover de overrentekorting in enig jaar ontoereikend mocht zijn) niet zou worden gehandhaafd. Bovendien mochten de ex-werknemers (in elk geval degenen onder hen die op eind 1989 al deelnamen aan de pensioenregeling) vertrouwen op de uitdrukkelijke mededelingen van de kant van ECN&NRG in 1989 dat de bij de invoering van de nieuwe pensioenregeling vrij te vallen waardevastheidsreserve zou worden ondergebracht in het daartoe te vormen Indexatiedepot, dat was geoormerkt voor de financiering van de toeslagen.

3.12. De omstandigheid dat in de jaren 1999 tot en met 2002 grote beleggingsverliezen zijn geleden maakt dit niet anders. In het vonnis van 26 juli 2006 in de zaak met nummer 174.902/04-5207 heeft de kantonrechter overwogen dat ECN&NRG niet hebben aangetoond dat het hun vrijstond het

Indexatiedepot aan te wenden ter afdekking van beleggingsverliezen in de algemene pensioenreserve en dat in het licht hiervan in 2003 geen sprake was van zodanig ingrijpend gewijzigde financiële omstandigheden dat het invoeren van het premiebetalingsvoorbehoud (door de kantonrechter aangeduid als conjunctuurclausule) met betrekking tot het verlenen van de toeslagen hierdoor gerechtvaardigd was. Ook in de onderhavige zaak hebben ECN&NRG onvoldoende toegelicht dat het besluit het Indexatiedepot toe te voegen aan het gesepareerde beleggingsdepot berustte op een evenwichtige afweging van alle daarbij betrokken belangen van actieve deelnemers, slapers en gepensioneerden, zoals van ECN&NRG als goed werkgeefster c.q. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in lijn met het destijds geldende voorschrift van art. 5 lid 4 PSW mocht worden verwacht. In het bijzonder hebben ECN&NRG niet toegelicht dat zij het belang van gepensioneerden en slapers bij handhaving van de aan hen in 1992 gegeven garantie (in de vorm van een vastrentend depot) voor toeslagverlening in voldoende mate bij hun besluitvorming hebben betrokken. Dit geldt temeer nu ECN&NRG in 2000 rekening dienden te houden met de mogelijkheid dat in het gesepareerde beleggingsdepot (aanzienlijke) beleggingsverliezen konden worden geleden."

4.4. Voor zover met deze klacht wordt geklaagd over de toepasselijkheid van de Pensioenwet, geldt dat de Pensioenwet onderdeel uitmaakte van de rechtsverhouding tussen partijen nu de wijziging van kracht is geworden op het moment dat ook de Pensioenwet van kracht werd. Voor zover de klacht ziet op het ontbreken van of het onvoldoende meewegen van de financiële situatie van pensioenfondsen in 2006 in het algemeen en die van ECN in het bijzonder, wordt op de klacht ingegaan in onderdeel 2 die ziet op de inhoudelijke beoordeling van de (financiële) situatie. Voor het overige kan de klacht niet slagen nu deze, blijkens zijn bewoordingen een voorwaardelijk karakter draagt en enkel ziet op de situatie waarin de eerste klacht niet zal slagen. Nu de eerste klacht wel slaagt, mist ECN bij de tweede klacht belang.

Onderdeel (2): het beroep van ECN op de RJ 271

4.5. Het tweede onderdeel richt zich tegen rov. 3.7 t/m 3.15 van het eindarrest van 1 november 2011. Volgens de klacht is het hof voorbij gegaan aan de wezenlijke stellingen van ECN, althans heeft hieraan geen kenbare aandacht besteed, althans is het onvoldoende gemotiveerd voorbij gegaan aan de stellingen van ECN waarom voor haar de financiële situatie bij het handhaven van de onvoorwaardelijke indexeringen zo nijpend was. In het bijzonder is het hof voorbij gegaan aan de stellingen van ECN die aangeven waarom de door haar gehanteerde (en verplichte) boekhoudmethode, de zogenaamde RJ271, haar verplichtte een voorziening van 80 miljoen te treffen als de onvoorwaardelijke indexering in stand zou blijven. Het hof is onterecht voorbij gegaan aan een groot aantal wezenlijke stellingen van ECN aangaande dit onderwerp.

4.6. De rechtsoverwegingen waar de klacht op ziet zijn de volgende:

"3.7. Bij de toetsing van de wijze waarop ECN&NRG gebruik hebben gemaakt van hun in art. 18 c.q. 20 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 opgenomen wijzigingsbevoegdheid komt het er op aan of het (financiële) belang van ECN&NRG bij wijziging van de indexeringsregeling zodanig zwaarwichtig is dat de belangen van de gepensioneerden en slapers (waarvoor OMEN opkomt) hiervoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te wijken. Bij deze toetsing zullen alle omstandigheden van dit geval worden betrokken, meer in het bijzonder of de gepensioneerden en slapers er op grond van uitspraken van ECN&NRG gerechtvaardigd op hebben mogen vertrouwen dat de overrente en het Indexatiedepot zouden worden aangewend voor financiering van de indexeringsregeling, alsmede of het door ECN&NRG in de periode van 1998 tot en met 2002 gevoerde beleggingsbeleid en de premievrijstelling in die jaren eraan in de weg staan dat de vanaf 2003 opgetreden financieringsproblematiek aan de inperking van de indexeringsregeling van de gepensioneerden en slapers ten grondslag wordt gelegd.

3.8. ECN&NRG hebben het financiële belang bij de wijziging van de indexeringsregeling toegelicht in het als productie bij de conclusie na tussenvonnis van 17 maart 2010 in eerste aanleg gevoegde rapport van ECN van 9 maart 2010 (hierna: het ECN-rapport), waarin de door de kantonrechter in het tussenvonnis van 16 juli 2008 gestelde vraagpunten worden beantwoord. In het antwoord op vraagpunt i vermeldt het ECN-rapport dat indexering van de vóór 1 januari 2007 opgebouwde pensioenaanspraken van de slapers en de gepensioneerden tot een jaarlijkse extra pensioenlast zal leiden van (geschat) € 1,2 mio. Als rekening wordt gehouden met de door ECN&NRG met de ondernemingsraad gemaakte afspraak dat de vóór 1 januari 2007 opgebouwde (en nog bij Centraal Beheer Achmea verzekerde) pensioenaanspraken van de actieven in gelijke mate zullen worden geïndexeerd als de pensioenaanspraken/rechten van slapers en gepensioneerden bedraagt de jaarlijkse extra last in totaal een bedrag van € 2,1 mio. ECN&NRG hebben tegen deze achtergrond onvoldoende toegelicht dat hun financiële belang bij de wijziging van de indexeringsregeling een bedrag in de orde van grootte van € 80 mio zou bedragen. Andere zwaarwegende belangen hebben ECN&NRG niet (voldoende gemotiveerd) naar voren gebracht. OMEN heeft de onder vraagpunt i genoemde bedragen in haar antwoordconclusie na tussenarrest van 19 mei 2010 ook niet bestreden.

3.9. OMEN stelt dat dit financiële belang onvoldoende zwaarwegend is om het bij haar leden opgewekte gerechtvaardigd vertrouwen opzij te zetten dat in elk geval de vanaf 1990 ontvangen overrentekorting en de opbrengst van het Indexatiedepot zouden worden aangewend ter financiering van de toeslagen. OMEN verwijst daartoe naar een notitie van 28 november 1989 van de toenmalige algemeen directeur van ECN aan de ondernemingsraad, waarin de nieuwe indexeringsregeling wordt toegelicht (productie 7 bij inleidende dagvaarding), naar de toelichting in het personeelsblad Forum van januari 1990 op de invoering van het pensioenreglement 1990 (productie 9 bij inleidende dagvaarding), naar de tekst van pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999, in het bijzonder naar art. 9 lid 2 en naar art. 9 lid 5 en lid 6 van pensioenreglement 1990, waarin de financiering van de toeslagen uit de overrente is vastgelegd en naar art. 1 lid 5 van de depotovereenkomst en de toelichting daarop in de notitie van N. Silver aan de ondernemingsraad van 17 april 1991 (productie 10 bij inleidende dagvaarding). Het voor de financiering van de toeslagen bestemde Indexatiedepot is in strijd met deze afspraken in 2000 zonder overleg met de ondernemingsraad of de ex-werknemers volledig toegevoegd aan het gesepareerde beleggingsdepot en vervolgens als gevolg van beleggingsverliezen verloren gegaan. Voorts is op grond van de in februari 2007 met de ondernemingsraad gemaakte afspraken een bedrag van € 2 mio per jaar beschikbaar is gesteld voor toeslagen op de bij Centraal Beheer Achmea verzekerde aanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden.

3.10. Het hof overweegt hieromtrent als volgt. Art. 9 van pensioenreglement 1964 bevat vaste een indexering met 3%. Art. 9 lid 2 van pensioenreglementen 1990 en 1999 bepaalt uitdrukkelijk dat de pensioenaanspraken/rechten "...in ieder geval worden verhoogd met het door de verzekeraar op die datum berekende percentage van de overrentekorting...". In art. 9 lid 5 pensioenreglement 1990 is voorts bepaald dat de toeslagen zullen worden gefinancierd uit de overrentekorting en in lid 6 wordt verwezen naar de depotovereenkomst. Art. 1 lid 5 van de depotovereenkomst bepaalt dat de renteopbrengsten van de depotrekening door de verzekeraar uitsluitend zullen worden aangewend voor financiering van de in het

pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd. Voor zover de rente-opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling. OMEN heeft niet aangetoond dat gedurende de looptijd van de depotovereenkomst onttrekkingen zijn gedaan in strijd met de pensioenreglementen c.q. de depotovereenkomst. Blijkens het ECN-rapport (vraagpunt k) en het rapport van feitelijke bevindingen van 25 oktober 2006 van Deloitte (productie C bij conclusie van antwoord in eerste aanleg, hierna: het Deloitte-rapport) zijn de renteopbrengsten van het Indexatiedepot als volgt besteed: een bedrag van € 275.600,= ter financiering van de toeslagen, een bedrag van € 2.268.901,= aan premievrijstelling werknemers, een bedrag van € 11.780.644,= aan premievrijstelling werkgevers en is een bedrag van € 5.113.751,= toegevoegd aan de hoofdsom. Het Deloitte-rapport (Uitkomsten verrichte werkzaamheden, onder 8) vermeldt dat in de jaren 1990 tot en met 1999 in totaal circa € 19 mio is besteed aan indexatiebetalingen en dat dit bedrag nagenoeg gelijk is aan de totale renteopbrengsten van het Indexatiedepot, (een bedrag van € 19.438.896,=). Uit het overzicht Pensioenlasten in geconsolideerde jaarrekening ECN/NRG 1990-2006, behorende bij het ECN-rapport, blijkt dat in de jaren 1995 tot en met 1999 de volgende bedragen aan overrente zijn ontvangen: € 4.016.153,= in 1995, € 4.238.890,= in 1996, € 2.363.214,= in 1997, € 4.936.722,= in 1998 en € 1.619.801,= in 1999, derhalve in totaal een bedrag van € 17.174.780,=, welk bedrag de financieringslast van de toeslagen over de jaren 1990 tot en met 1999 al grotendeels dekt.

3.11. De toevoeging per 1 juli 2000 van het vrijgevallen depotbedrag van € 27.131.977,= aan het gesepareerde beleggingsdepot is naar het oordeel van het hof echter wel strijdig met de in de pensioenreglementen opgenomen regels omtrent de financiering van de toeslagen, in het bijzonder met art. 9 lid 6 van pensioenreglement 1990. Weliswaar is voornoemd artikellid niet teruggekeerd in de tekst van art. 9 in pensioenreglement 1999, maar daaruit hebben de ex-werknemers bij gebreke van een nadere toelichting redelijkerwijze niet kunnen of moeten afleiden dat de tot en met 1999 bestaande wijze van financiering van de toeslagen uit een daarvoor geoormerkt indexatiedepot (voor zover de overrentekorting in enig jaar ontoereikend mocht zijn) niet zou worden gehandhaafd. Bovendien mochten de ex-werknemers (in elk geval degenen onder hen die op eind 1989 al deelnamen aan de pensioenregeling) vertrouwen op de uitdrukkelijke mededelingen van de kant van ECN&NRG in 1989 dat de bij de invoering van de nieuwe pensioenregeling vrij te vallen waardevervalsreserve zou worden ondergebracht in het daartoe te vormen Indexatiedepot, dat was geoormerkt voor de financiering van de toeslagen.

3.12. De omstandigheid dat in de jaren 1999 tot en met 2002 grote beleggingsverliezen zijn geleden maakt dit niet anders. In het vonnis van 26 juli 2006 in de zaak met nummer 174.902/04-5207 heeft de kantonrechter overwogen dat ECN&NRG niet hebben aangetoond dat het hun vrijstond het Indexatiedepot aan te wenden ter afdekking van beleggingsverliezen in de algemene pensioenreserve en dat in het licht hiervan in 2003 geen sprake was van zodanig ingrijpend gewijzigde financiële omstandigheden dat het invoeren van het premiebetalingvoorbehoud (door de kantonrechter aangeduid als conjunctuurclausule) met betrekking tot het verlenen van de toeslagen hierdoor gerechtvaardigd was. Ook in de onderhavige zaak hebben ECN&NRG onvoldoende toegelicht dat het besluit het Indexatiedepot toe te voegen aan het gesepareerde beleggingsdepot berustte op een evenwichtige afweging van alle daarbij betrokken belangen van actieve deelnemers, slapers en gepensioneerden, zoals van ECN&NRG als goed werkgeefster c.q. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in lijn met het destijds geldende voorschrift van art. 5 lid 4 PSW mocht worden verwacht. In het bijzonder hebben ECN&NRG niet toegelicht dat zij het belang van gepensioneerden en slapers bij handhaving van de aan hen in 1992 gegeven garantie (in de vorm van een vastrentend depot) voor toeslagverlening in voldoende mate bij hun besluitvorming hebben betrokken. Dit geldt temeer nu ECN&NRG in 2000 rekening dienden te houden met de mogelijkheid dat in het gesepareerde beleggingsdepot (aanzienlijke) beleggingsverliezen konden worden geleden.

3.13. In het licht van de hierboven omschreven omstandigheden kunnen ECN&NRG aan het dekkingstekort dat zich na de opheffing van het gesepareerde beleggingsdepot vanaf 1 januari 2003 voordeed (in samenhang waarmee voorts langjarig geen aanspraak op overrente kan worden gemaakt) niet een voldoende zwaarwegend belang ontlenen voor het staken van toeslagverlening aan de ex-werknemers. Bij dit alles neemt het of nog in aanmerking dat ECN&NRG onvoldoende gemotiveerd hebben bestreden dat met ingang van 1 januari 2007 is voorzien in een bijdrage in de kosten van toeslagverlening van € 2 mio per jaar. Hiertegenover is een jaarlijkse last van. € 2,1 mio welke volgens het ECN-rapport is verbonden aan handhaving van de indexeringsregeling met betrekking tot de bij Centraal Beheer Achmea verzekerde pensioenaanspraken/rechten niet onevenredig.

3.14. Het ontbreken van een voldoende zwaarwegend belang bij de wijziging van art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 brengt mee dat ECN&NRG deze wijziging niet aan de (ten tijde van de wijziging) ex-deelnemers kunnen tegenwerpen. ECN&NRG zijn gehouden aan de ex-werknemers die op 31 december 2006 een premievrije aanspraak (de slapers) dan wel een pensioenrecht (de gepensioneerden) hadden de toeslagen die voortvloeien uit de tot en met 31 december 2006 geldende tekst van deze pensioenreglementen toe te kennen.

3.15. Het voorgaande brengt mee dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven. In zoverre slagen de grieven II tot en met XVI. De primaire vorderingen van OMEN zijn toewijsbaar als hierna vermeld. Aan de subsidiaire vordering wordt gelet op het voorgaande niet toegekomen."

4.7. Bij het eerste onderdeel heb ik aangenomen dat het hof ten onrechte een verkeerde maatstaf heeft aangelegd bij het toetsen van het besluit van ECN om over te gaan tot het eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst. Tevens is het hof voorbij gegaan aan het onvoorwaardelijke karakter van de toegezegde indexering en het bijzondere karakter daarvan. In de daarop volgende rov. heeft het hof voortgeborduurd op die verkeerde keuze. Eén van de gevolgen daarvan is dat het hof in de rov. 3.7, 3.9 en 3.11 is ingegaan op bij OMEN gewekte verwachtingen omtrent de indexeringen. Die verwachtingen zijn slechts relevant bij het beantwoorden van de vraag of ECN op grond van art. 6:248 lid 2 BW bevoegd was de reglementen te wijzigen náást andere factoren. Voor de beantwoording van die vraag zijn ook veel andere omstandigheden van belang, onder andere de ontwikkelingen in de algemene economische situatie zowel voor als ten tijde van de wijzigingen, de financiële positie van het pensioenfonds voor en ten tijde van de wijziging, het handelen van het pensioenfonds gedurende de gehele looptijd, mede in het licht van de toentertijd heersende opvattingen omtrent het beheer van pensioenfondsen, het nemen van financiële risico's, het wijzigen of verminderen van premiebetalingen, het terugstorten van gelden en de wijze van beleggen dan wel op andere wijze investeren van gelden en het solidariteitsbeginsel. Aangezien een verkeerde maatstaf door het hof is gehanteerd en uitgegaan is verkeerde vooronderstellingen omtrent de aard van de toegezegde indexeringen, slaagt deze klacht.

Onderdeel 3: (aanvullende) motiveringsklachten

4.8. Het derde onderdeel bevat een reeks aan motiveringsklachten gericht tegen het arrest van het hof. De *eerste klacht* van het derde onderdeel ziet op rov. 3.8. Hierin overweegt het hof, aldus de klacht, ten onrechte dat "onvoldoende toegelicht" zou zijn wat het financieel belang van ECN is. In samenhang

met wat reeds in het tweede onderdeel naar voren is gebracht getuigt dit van onvoldoende motivering aan de zijde van het hof, aldus de klacht.

4.9. De *tweede klacht* van het derde onderdeel (opgenomen onder b), ziet op rov. 3.8. Volgens ECN is het oordeel van het hof dat ECN "tegen deze achtergrond" onvoldoende heeft toegelicht dat haar financiële belang t.a.v. wijziging rond de 80 miljoen ligt, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd in het licht van de antwoorden gegeven door ECN op vragen van de kantonrechter (het in eerste aanleg door ECN onder 4 gegeven antwoord op vraagpunt i in rov. 3.6 van dat tussenvonnissen) over de jaarlijkse extra lasten van ECN. Het hof heeft niet (kenbaar) ingezien dat de jaarlijkse extra last (die in het antwoord op vraagpunt i door ECN is vermeld) een extra last is bovenop de indexatielast, die reeds voortvloeit uit de vanaf 1 januari 2007 door ECN gemaakt indexatieafspraken ter uitvoering van de op die datum gemaakte voorwaardelijke indexatieregeling.

4.10. De *derde klacht* van het derde onderdeel ziet op rov. 3.11 van het arrest van 1 november 2011. Ten onrechte oordeelt het hof, aldus de klacht, dat de toevoeging van het kapitaal aan het gesepareerd beleggingsdepot, in strijd met art. 9 lid 6 van het pensioenreglement. Het hof heeft geen enkele aandacht gegeven aan het wezenlijke verweer van ECN dat geen sprake is van strijd met de reglementen.

4.11. De *vierde klacht* van het derde onderdeel ziet ook op rov. 3.11. Volgens de klacht gaat het hof ten onrechte uit van door ECN opgewekt vertrouwen over de toekenning van de indexaties. ECN stelt in cassatie allereerst dat door Omen geen beroep is gedaan op opgewekt vertrouwen. Als gevolg hiervan heeft het hof in strijd met art. 24 Rv gehandeld.

Voorts verwijst het hof naar een "uitdrukkelijke mededeling uit 1989", terwijl in de feitelijke vaststellingen van de verschillende feitelijke instanties, geen sprake is van feitelijke mededelingen uit 1989.

4.12. De *vijfde* en laatste klacht ziet op rov. 3.12 en 3.13 waarin het hof tot het oordeel komt dat geen sprake is geweest van een evenwichtige belangenbehartiging. Volgens de klacht is dit oordeel onjuist en onvoldoende gemotiveerd. Voorts gaat de klacht dieper in op de financiële aspecten die volgens ECN een rol spelen en onvoldoende, of onjuist of onvoldoende gemotiveerd door het hof zijn meegewogen.

4.13. Voor alle hierboven weergegeven klachten van dit derde onderdeel geldt hetzelfde als voor de klacht opgenomen in het tweede onderdeel. Nu het hof al is uitgegaan van een onjuiste maatstaf, heeft verdere behandeling van de klachten op deze plaats geen zin, althans slagen zij voor zover zij blijken van de onjuist toegepaste maatstaf.

5. Voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

5.1. Door Omen is een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingediend bij conclusie van antwoord d.d. 23 maart 2012. Hierin is een groot aantal klachten opgenomen dat zich richt tegen het eindarrest en deels ook tussenaarrest van het hof.

Gezag van gewijsde

5.2. De *eerste klacht* ziet op rov. 3.5 van het eindarrest van het hof. In die rechtsoverweging wordt verwezen naar rov. 4.4. van het tussenaarrest en naar rov. 2.1. van het vonnis van 15 februari 2006 waarin de rechtbank Alkmaar (sector kanton) een uitspraak deed over de conjunctuurclausule. Ik citeer de betrokken rechtsoverweging uit dat vonnis. Daarna worden rov. 4.4 van het tussenaarrest en rov. 3.5 van het eindarrest aangehaald. Rov. 2.1 van Rb Alkmaar 15 februari 2006 [\[noot:65\]](#) in de andere procedure over de conjunctuurclausule luidt:

"2.1. De Pensioenregeling dient te worden aangemerkt als een collectieve regeling. Bij de uitleg van een dergelijke regeling zijn de bewoordingen van de betreffende artikel gelezen in samenhang met de gehele tekst van de regeling in beginsel bepalend voor de betekenis die daaraan moet worden gehecht.

Gelet op de tekst van de betreffende artikelen uit het Pensioenreglement wordt in navolging van hetgeen in het rapport van prof. dr. E. Lutjens (productie 19 conclusie van eis) is geconcludeerd overwogen dat in het reglement vóór 1990 in artikel 9 lid 1 een onvoorwaardelijke indexeringstoezegging voor ingegane pensioenen wordt gedaan, gelijk ook het geval is in het reglement na 1990 in artikel 9. Voor die lezing van genoemd reglement kan daarnaast ook nog overtuigend steun worden gevonden in de toelichting van (leidinggevende) functionarissen van ECN zoals prof. Van den Kroonenberg (productie 5 C.v.E.) en Mr. Silver (productie 7 C.v.E.).

Teruggekeerd tot de inhoud van de betreffende artikelen uit genoemde Pensioenreglementen kan anders dan ECN doet aanvoeren, niet worden gelezen dat de indexering direct afhankelijk is van financiers. Dat de jaarlijkse indexering ook wel is geplafonneerd (tot 6%) impliceert dan ook niet dat daarmee een directe relatie is gelegd met (onmiddellijke) financiering van de daaruit voortvloeiende kosten, nu de tekst daaromtrent niets vermeld.

Geconcludeerd wordt dat de mogelijkheid om de pensioenen te wijzigen of te verminderen als genoemd in artikel 11, lid 5 (1990) c.q. lid 6 (1999) (kennelijk ontleend aan artikel 2, lid 7 van de Pensioen- en spaarfondswet) derhalve slechts aan de orde kan zijn in geval van zodanige ingrijpend gewijzigde financiële omstandigheden, dat ongewijzigde continuering van de pensioenregeling niet langer als mogelijk moet worden geoordeeld."

5.3. De kern van de rechtsoverweging zit in de laatste alinea waarin is opgenomen dat wijzigen of verminderen van de pensioenen, zoals genoemd in art. 11 lid 5 (1990) c.q. 11 lid 6 (1999) van de reglementen slechts aan de orde kan zijn in geval van zodanig ingrijpend gewijzigde omstandigheden dat ongewijzigde continuering van de pensioenregeling niet langer als mogelijk moet worden geoordeeld. In rov. 4.4 van het tussenaarrest van het hof wordt ingegaan op de eerste grief van Omen die zich richt tegen het oordeel van de rechtbank (sector kanton) dat aan de beslissing in het tussenvonnissen van 15 februari 2006 in de eerdere procedure over een ander onderwerp tussen partijen gezag van gewijsde toekomt.

"4.4. Grief I richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat aan de beslissing van de kantonrechter in het tussenvonnissen van 15 februari 2006 in de eerdere procedure tussen partijen kracht van gewijsde toekomt en dat daarom het in die zaak *geformuleerde criterium* ook voor de door ECN en NCR per 1 januari 2007 doorgevoerde wijziging in de pensioenreglementen moet gelden. Deze grief slaagt. Afgezien van het feit dat, zoals OMEN terecht aanvoert, op grond van artikel 236 lid 3 RV voor ambtshalve toepassing van het gezag van gewijsde geen plaats is, is in de onderhavige procedure een *ander geschil*

tussen partijen aan de orde dan in de eerdere procedure. Ging het daar om de vraag of ECN en NRG gerechtigd waren de conjunctuurclausule, zoals opgenomen in het hiervoor geciteerde artikel 11 lid 6 van het reglement 1999 (en artikel 11 lid 5 van het reglement 1990), toe te passen; in deze procedure is de vraag aan de orde of ECN en NRG bevoegd zijn de pensioenreglementen ten opzichte van oud-medewerkers eenzijdig te wijzigen”.

In rov. 4.9 is te lezen:

“4.9. Anders dan OMEN betoogt, is het bij de vraag of ECN en NCR bevoegd waren per 1 januari 2007 de door hen voorgestelde wijziging in de pensioenreglementen door te voeren, niet slechts van belang of handhaving van de *onvoorwaardelijke indexeringsregeling* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Waar het om gaat is of het belang van ECN en NCR bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

In rov. 3.5 van het eindarrest wordt teruggekomen op deze twee rechtsoverwegingen:

“3.5. Het hof ziet in grief I en in de daarop gegeven toelichting evenmin aanleiding terug te komen van hetgeen in deze overwegingen van het tussenarrest is beslist. Wel bestaat aanleiding dit tussenarrest als volgt te verduidelijken. In rechtsoverweging 4.4 heeft het hof overwogen dat aan rechtsoverweging 2.1 van het vonnis van de kantonrechter van 15 februari 2006 (in de zaak met zaaknummer 174902-04-5207) in deze zaak geen gezag van gewijsde toekomt, nu in de onderhavige zaak een ander geschil aan de orde is. Het hof heeft vervolgens (in rechtsoverweging 4.7) overwogen dat wijziging van de pensioenreglementen met toepassing van art. 18 lid 1 binnen de grenzen omschreven in lid 2 van dat artikel ook mogelijk is ten aanzien van ex-werknemers, alsmede (in rechtsoverweging 4.9) dat de uitoefening van deze wijzigingsbevoegdheid getoetst dient te worden aan de maatstaf of het belang van ECN&NRG bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door die wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. In deze laatste rechtsoverweging bevat de zinsnede ‘...of handhaving van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling... etc.’ De toevoeging van het woordje ‘onvoorwaardelijke’ kan tot misverstanden aanleiding geven nu het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft overwogen dat aan het vonnis van 15 februari 2006 – waarin betekenis wordt gehecht aan de (on)voorwaardelijkheid van de indexeringsregeling ter beantwoording van de vraag of het premiebetalingsvoorbehoud (conjunctuurbeding) kan worden toegepast – in deze zaak geen gezag van gewijsde toekomt. De betreffende zinsnede uit rechtsoverweging dient daarom te worden gelezen: ‘(...) of handhaving van de indexeringsregeling... etc.’”

5.4. Het hof brengt in rov. 3.5 van zijn eindarrest een verandering aan door het woord “onvoorwaardelijk” te verwijderen uit zijn eerdere tussenarrest. Dit doet het naar aanleiding van een grief over het gezag van gewijsde van het tussenvonnis van de Rb Alkmaar van 15 februari 2006. Hierin werd niet gegriefd over de vaststelling van het onvoorwaardelijke karakter van de indexering, maar over de toepassing van een eerder gehanteerd wijzigingscriterium op een andere situatie. [\[noot:66\]](#) Volgens de grief was dat criterium op de onderhavige zaak niet van toepassing, in ieder geval niet op basis van dat eerdere vonnis dat in een ander geschil was geweest. Dit eerder gehanteerde criterium is volgens het hof niet van toepassing nu dat eerdere geschil zag op de artikelen 11 lid 5 (1990) en 11 lid 6 (1999) van de reglementen. Die artikelen handelen over de vermindering van de pensioenbijdrage door de werkgever op grond van de zgn. conjunctuurclausule.

5.5. De *eerste klacht* van het incidentele beroep voert aan dat het hof door zijn oordeel in rov. 3.5 van het eindarrest dat de gehele rov. 2.1 van het vonnis van 15 februari 2006 geen gezag van gewijsde toekomt buiten de grenzen van het partijdebat is getreden en een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven door partijen niet in de gelegenheid te stellen te reageren op de door het hof gegeven uitleg aan grief I. Nu bij behandeling van de eerste klacht in het principale cassatieberoep reeds is geconstateerd dat het hof de verkeerde toetsingsmaatstaf heeft toegepast, mist deze klacht belang nu het oordeel van het hof waartegen geklaagd wordt m.i. voor vernietiging in aanmerking komt.

5.6. De *tweede klacht* van het incidentele beroep borduurt voort op de eerste. Voor zover het hof heeft gemeend dat de uitleg die de kantonrechter in rov. 2.1 aan art. 9 van de reglementen heeft gegeven, geen gezag van gewijsde toekomt omdat sprake is van een ander geschil, getuigt dit volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting, nu een eenmaal gegeven uitleg aan een bepaling in een reglement tussen twee partijen vaststaat en gezag van gewijsde heeft. Dat laatste moge zo zijn. Het doet niet af aan de juiste gedachte van het hof dat in een procedure over een ander geschil geen gezag van gewijsde van een uitspraak in een eerdere procedure aan de orde is.

5.7. De *derde klacht* stelt dat, mocht het hof hebben verondersteld dat het wijzigingscriterium dat de kantonrechter aan het slot van rov. 2.1 van het tussenvonnis heeft verwoord, niet los kan worden gezien van de constatering dat de indexeringstoezegging onvoorwaardelijk is, en wel omdat die onvoorwaardelijkheid ten grondslag zou liggen aan het wijzigingscriterium, dan is dit oordeel onbegrijpelijk. Deze klacht kan niet slagen nu m.i. niet blijkt dat het hof van die vooronderstelling is uitgegaan.

5.8. De *vierde klacht* [\[noot:67\]](#) stelt dat, voor zover in rov. 4.4 van het tussenarrest niet moet worden gelezen dat de gehele rov. 2.1 gezag van gewijsde ontbeert en het ontbreken van het gezag van gewijsde enkel het toetsingscriterium betreft, heeft te gelden dat het hof in rov. 3.5 van zijn eindarrest op zijn eenmaal gegeven eindbeslissing in rov. 4.4 van het tussenarrest ten onrechte is teruggekomen en dus in strijd met de leer van de bindende eindbeslissing heeft gehandeld. Ik meen dat het hof niet is teruggekomen op een bindende eindbeslissing. Het heeft slechts verduidelijkt dat het niet op het woord onvoorwaardelijk vastgepind wilde worden.

5.9. Onder II.1 is een vervolg op klachten behorend bij het tweede onderdeel opgenomen. De *vijfde klacht* luidt dat, voor zover in het oordeel van het hof ligt besloten dat het gezag van gewijsde geen feitelijke beslissing kan betreffen maar alleen een rechtsbeslissing, dat getuigt van een onjuiste rechtsopvatting over het gezag van gewijsde. Ook de uitleg van art. 1 lid 5 van de depotovereenkomst is aan het gezag van gewijsde onderhevig. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel niet begrijpelijk. De *zesde klacht* bouwt voort op de vijfde en stelt dat, voor zover in het oordeel van het hof ligt besloten dat in casu geen sprake is van gezag van gewijsde van de uitleg van art. 1 lid 5 van de Depotovereenkomst omdat het hier een andere rechtsvraag betreft, dat oordeel eveneens van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. De *zevende klacht* stelt dat zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is dat het hof heeft geoordeeld dat de beslissing over de uitleg van artikel 1 lid 5 van de Depotovereenkomst in het eindvonnis van 26 juli 2006 geen gezag van gewijsde heeft, omdat het niet zou gaan om beslissingen over rechtsbetrekkingen tussen partijen. De beslissing die de kantonrechter over de Depotovereenkomst heeft genomen is nu juist een beslissing die de rechtsbetrekking tussen partijen heeft bepaald, aldus de klacht. In de onderhavige

procedure gaat het om dezelfde rechtsbetrekking, zodat de eerdere beslissing over de Depotovereenkomst in het kader van die rechtsbetrekking, tussen partijen vaststaat ofte wel gezag van gewijsde heeft.

Gezien het slagen van het principaal cassatieberoep behoeven deze klachten geen verdere behandeling wegens gebrek aan belang. Na vernietiging van het bestreden arrest op het principale beroep kan worden bekeken in hoeverre gezag van gewijsde toekomt aan het vonnis van de rechtbank (sector kanton) van 15 februari 2006.

Uitgewerkte rechtsverhouding

5.10. Het volgende onderdeel dat is opgenomen onder III van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, ziet op het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding. De klachten richten zich tegen de eerste twee volzinnen van rov. 4.7 van het tussenarrest waarin het hof overweegt dat Omen in zijn grief niet kan worden gevolgd omdat een pensioenovereenkomst niet bij het einde van de arbeidsovereenkomst is uitgewerkt, maar pas op het moment dat er geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn. De *achtste klacht* van het incidenteel cassatieberoep stelt dat dit oordeel van een verkeerde lezing van de stellingen van Omen getuigt. Omen haalt in cassatie een groot aantal passages aan waarin zij heeft verwezen naar het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding. Uit die stellingen volgt, aldus de klacht, dat Omen geen beroep heeft gedaan op het uitgewerkt zijn van de pensioenovereenkomst en ook niet op een uitgewerkte rechtsverhouding in abstracto, maar op het uitgewerkt zijn van de arbeidsovereenkomst, zijnde de overeenkomst waarin onder meer de onvoorwaardelijke indexatierechten zijn geïncorporeerd en bij het einde van de arbeidsovereenkomst zijn gefixeerd. Als gevolg hiervan berust het oordeel van het hof op een onjuiste lezing daarvan, en is het dus onbegrijpelijk. Mocht het oordeel van het hof niet op een onjuiste lezing berusten, dan heeft het voornoemde essentiële stellingen van Omen ongemotiveerd gepasseerd, waarmee zijn oordeel onbegrijpelijk is. Deze stellingen zijn essentieel nu deze ertoe leiden dat eenzijdige wijziging niet mogelijk is.

5.11. Nu de indexatieregeling deel uitmaakt van de pensioenovereenkomst en niet van de arbeidsovereenkomst, kan de klacht alleen niet slagen. Ten tweede blijkt uit de memorie van grieven dat Omen wel degelijk uitgebreid is ingegaan [noot:68] op het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding, zoals dat bekend is in het pensioenrecht. In zoverre mist het middel feitelijke grondslag. Voor zover het hof de stellingen van Omen verkeerd heeft uitgelegd of begrepen door in te gaan op de vraag of sprake is van een uitgewerkte pensioenovereenkomst in plaats van een uitgewerkte arbeidsovereenkomst, mist de klacht belang, nu dit andere uitgangspunt de uitkomst m.i. niet anders had gemaakt. Daarmee zijn ook geen essentiële stellingen van Omen gepasseerd en faalt ook dat onderdeel van de klacht. Het oordeel van het hof getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting nu de rechtsverhouding tussen (ex)werknemer en werkgever ook na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst blijft bestaan en wel zo lang de pensioenovereenkomst voortduurt. [noot:69] Die pensioenovereenkomst is niet "uitgewerkt" bij het ingaan van het pensioen en/of het stoppen van de premiebetalingen, maar pas bij het stoppen van de betalingen van de pensioenuitkering. Het uitgewerkt zijn van de arbeidsovereenkomst heeft geen effect op de pensioenovereenkomst.

5.12. De *negende klacht* bouwt voort op de vorige klachten en stelt dat, mocht in het oordeel van het hof besloten liggen dat de betreffende aanspraken niet in de arbeidsovereenkomst zijn geïncorporeerd en deze niet per einde dienstverband zijn gefixeerd, het hof artikel 149 Rv heeft geschonden nu ECN die incorporatie en die fixatie niet heeft betwist, zodat zulks tussen partijen vaststond. Aldus is het hof tevens buiten het rechtsdebat van partijen getreden. Daarnaast getuigt het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting nu, zoals ook uit de memorie van toelichting bij de PSW blijkt, de wetgever tot uitgangspunt neemt dat bij einde van de arbeidsverhouding de pensioenaanspraken vaststaan. Ook deze klacht kan niet slagen. Het tweede onderdeel van de klacht faalt ook. De stelling dat sprake is van een uitgewerkte rechtsverhouding gaat m.i. uit van een onjuiste opvatting (zie onderdeel 3.1 van deze conclusie). Het eerste onderdeel kan niet slagen nu uit de processtukken blijkt dat ECN wel heeft betwist dat sprake is van uitgewerkte rechtsverhouding. [noot:70] Daaraan doet niet af dat zij niet alle afzonderlijke vooronderstellingen van Omen heeft betwist.

5.13. In de *tiende klacht* wordt het volgende aangevoerd: Ter bestrijding van de stelling van Omen dat de rechtsverhouding tussen partijen is uitgewerkt, heeft ECN onder punt 18 van zijn conclusie van antwoord aangevoerd dat de financiering van de indexatie vanaf 1990 van jaar tot jaar geschiedde, en dat pas nadat aan de hand van artikel 9 van de reglementen is vastgesteld in hoeverre moet worden geïndexeerd, inkoop daarvan plaatsvindt.

Mocht het hof, aldus de klacht, hierop hebben gerespondeerd, en wel in die zin dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen, met inbegrip van het incorporatiebeding, niet is uitgewerkt omdat ECN ook na afloop van de arbeidsovereenkomst voor de indexering nog "pensioenbetalingen" diende te verrichten, en dat ECN daarom eenzijdig op de indexeringsafspraken mocht terugkomen, dan getuigt zijn oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. Voor de opvatting dat van een uitgewerkte arbeidsverhouding geen sprake is zolang de werkgever deze niet heeft gefinancierd en dus nog "pensioenbetalingen" moet verrichten, ontbreekt volgens de klacht iedere wettelijke basis. Deze klacht kan niet slagen, omdat de veronderstelde lezing niet blijkt uit de rechtsoverweging waartegen wordt geklaagd.

5.14. De *elfde klacht* is opgenomen onder III.4 en voert aan dat de stelling van ECN dat de financiering van de indexatie vanaf 1990 van jaar tot jaar geschiedde en eerst nadat aan de hand van art. 9 van de reglementen is vastgesteld in hoeverre moet worden geïndexeerd, inkoop daarvan plaatsvindt, door Omen gemotiveerd is betwist en door ECN noch bij zijn conclusie van dupliek, noch bij haar memorie van antwoord voor de zitting van 12 mei 2009, weersproken. Het hof had deze stellingen op grond van art. 149 Rv én op grond van de devolutieve werking als vaststaand moeten aannemen. Door dit na te laten heeft het hof in strijd gehandeld met art. 149 Rv en heeft het zijn taak als appelrechter miskend. Daarnaast heeft te gelden dat het hof op deze essentiële stellingen van Omen niet heeft gerespondeerd. Daarmee heeft het hof een apert onbegrijpelijk oordeel gegeven. De klacht kan m.i. niet slagen nu tegenover de gemotiveerde betwisting van Omen de gemotiveerde stellingen van ECN staan. Dat ECN niet op de betwisting van Omen is ingegaan doet haar eigen stellingen niet te niet. De klacht van Omen kan voorts niet slagen wegens het ontbreken van feitelijke grondslag, nu het hof de wijze van financiering van de indexering niet als uitgangspunt heeft genomen in zijn beslissing. Hetgeen is opgenomen onder III.5 is een herhaling van reeds eerder opgenomen klachten.

5.16. Onder IV is het vervolg van klachten opgenomen die zich richten tegen rov. 4.6 In rov. 4.6 van zijn tussenarrest memoreert het hof dat Omen in haar grief II subsidiair heeft aangevoerd dat art. 18 lid 1 van de reglementen, waar gesproken wordt van "werknemers", zich ertegen verzet dat de reglementen ten opzichte van ex-werknemers worden gewijzigd. Vervolgens overweegt het hof in rov. 4.7 van het tussenarrest dat het feit dat in art. 18 lid 1 van het

pensioenreglement uitsluitend wordt gesproken over de mogelijkheid van wijziging van de pensioenregeling na overleg met "werknemers", niet betekent dat de reglementen niet ten opzichte van ex-werknemers gewijzigd kunnen worden. Hiertegen richten zich de volgende klachten. De *twaaftde klacht* stelt, verwijzend naar de definities van werknemer en werkgever, dat voor zover het hof met de hier weergegeven uitleg niet van die norm is uitgegaan, zijn oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting over de uitleg van reglementen als de onderhavige, nu deze ook volgens vaste jurisprudentie naar de CAO-norm moeten worden uitgelegd. Bovendien is het daarmee buiten het partijdebat getreden nu beide partijen hebben aangegeven dat die norm moet worden gehanteerd. Het leidt ook er toe dat sprake is van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing, nu het hof partijen geen gelegenheid heeft gegeven om zich over de norm nader uit te laten.

De klacht mist m.i. belang nu ik in het kader van het principale cassatieberoep heb aangenomen dat weliswaar geen sprake is van een uitgewerkte rechtsverhouding, maar de rechtsverhouding met de post-actieven ook na het eindigen van de arbeidsovereenkomst doorloopt.

5.17. De *dertiende klacht* bouwt voort op de elfde, volgens die klacht is, voor zover het hof de juiste uitleg volgens de CAO-norm wel voor ogen heeft gehad, zijn uitleg onbegrijpelijk, althans volstrekt onvoldoende gemotiveerd, mede in het licht van de stellingen van partijen daarover. Gezien het bovenstaande behoeft deze klacht geen verdere behandeling.

5.18. Onderdeel V bevat een reeks veegklachten. Geheel dan wel gedeeltelijke gegrondbevinding van de klachten raakt (samengevat) ook rov. 4.9 van het tussenarrest, de slotsom in rov. 5 van dit tussenarrest, rov. 3.4 van het eindarrest waarin het hof rov. 4.7 t/m 4.9 van het tussenarrest heeft overgenomen alsmede rov. 3.7 t/m 3.14 voor zover het hof daarin is uitgegaan van voormelde maatstaf in rov. 4.9 van het tussenarrest.

Nu het principaal cassatieberoep slaagt en reeds het gehele arrest voor vernietiging vatbaar maakt (en deels ook het incidenteel cassatieberoep slaagt), behoeft deze klacht geen verdere behandeling.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging in het principale beroep en het incidentele beroep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

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

- a. de vonnissen in de zaak 243413 CV EXPL 07-3338 WG van de kantonrechter te Alkmaar van 16 juli 2008, 10 september 2008 en 8 september 2010;
- b. de arresten in de zaken 200.018.355/01 en 200.078.456/01 van het gerechtshof te Amsterdam van respectievelijk 29 december 2009 en 1 november 2011.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i. OMEN is een vereniging die krachtens haar statuten de belangen van haar (potentiële) leden behartigt, in het bijzonder betreffende hun pensioenaanspraken ten opzichte van de oud-werkgever van die leden, ECN.
- ii. ECN had tot 1 januari 2007 de pensioenregeling van zijn werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer Achmea. Tot 1 januari 1990 kende art. 9 van het destijds toepasselijke pensioenreglement 1964 een door de verzekeraar gegarandeerde vaste indexering van 3% per jaar waarvoor een reserve werd aangehouden.
- iii. Bij de invoering van het pensioenreglement zoals dit van 1 januari 1990 tot 1 januari 1999 (en gewijzigd in 1992) heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1990) is de volgende indexeringsregeling ingevoerd:

"Art. 9: Beperkte waardeverstheid

- 1. Pensioenen, welke op grond van dit reglement zijn toegekend, worden jaarlijks op 1 januari verhoogd.
- 2. De in lid 1 bedoelde pensioenen zullen op het in lid 1 genoemde tijdstip in ieder geval worden verhoogd met het door de verzekeraar op die datum berekende percentage van de overrentekorting.

3. Indien op de datum van de pensioenverhoging het vastgestelde prijsindexcijfer het in lid 2 bedoelde percentage van de overrentekorting overstijgt, zal het pensioen extra worden verhoogd met de geconstateerde overstijging, met dien verstande dat de extra stijging nooit meer zal bedragen dan 6%.

4. (...)

5. De in voorgaande leden bedoelde stijgingen worden respectievelijk gefinancierd uit de door de verzekeraar te verlenen overrentekortingen die over de premiereserve van de ingegane pensioenen wordt vastgesteld, en de gelden die door de wijzigingen van de financiering van het pensioenreglement zijn vrijgevallen.

6. De in lid 5 bedoelde vrijgevallen gelden zijn door de werkgever ter beschikking van de verzekeraar gesteld en tegoed geschreven op een ten name van de werkgever bij de verzekeraar geopende depotrekening. Het saldo van de depotrekening zal uitsluitend worden aangewend als in de depotovereenkomst is bepaald."

iv. Het pensioenreglement, zoals dit van 1 januari 1999 tot 1 januari 2007 heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1999), bevat een zelfde indexeringsregeling, zij het niet alleen van ingegane pensioenen maar ook van de pensioenaanspraken van de slapers. De leden 5 en 6 ontbreken in pensioenreglement 1999.

v. Bij de invoering van pensioenreglement 1990 is een reserve ter voorziening in (onder andere) de vaste toeslag van 3% per jaar ten bedrage van f 48.521.785,= (ca € 22 miljoen) vrijgevallen. Dit bedrag is in een rentedragend depot (8,3% rente per jaar) gesteld bij Centraal Beheer Achmea (hierna: Indexatiedepot).

Art. 1 lid 5 van de depotovereenkomst luidt voor zover hier van belang:

"Het nominale bedrag van de depotrekening, blijft gedurende de looptijd van deze overeenkomst, in principe gelijk. De rente-opbrengsten van de depotrekening, zullen door de verzekeraar uitsluitend worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd.

Voor zover de rente-opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling."

vi. Art. 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van pensioenreglementen 1990 respectievelijk 1999 houdt een premiebetalingsvoorbehoud in voor het geval van "een zodanig ingrijpende wijziging van de financiële omstandigheden waarin de werkgever verkeert dat (ongewijzigde) continuering van de pensioenregeling niet langer mogelijk is."

vii. Art. 18 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 bevat het volgende wijzigingsbeding:

"1. De in dit pensioenreglement omschreven pensioenregeling kan door de werkgever worden gewijzigd of ingetrokken na overleg met de betrokken werknemers. Met name kan hiervan gebruik worden gemaakt indien: (...)

2. Bij wijziging of intrekking van de pensioenregeling blijven de ten tijde van de wijziging of intrekking op grond van gedane pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken gehandhaafd."

Art. 20 van het pensioenreglement 1964 bevat een vergelijkbaar wijzigingsbeding.

viii. Met ingang van 1 januari 1998 heeft ECN een gesepareerd beleggingsdepot gevormd waarin een gedeelte van de pensioenreserve is ondergebracht. Per 1 januari 2000 is het Indexatiedepot vrijgevallen en per 1 juli 2000 is het bedrag daarvan, groot € 27.131.977,=, toegevoegd aan het gesepareerd beleggingsdepot. Eind 2002 is het gesepareerd beleggingsdepot geliquideerd vanwege grote verliezen en is de resterende pensioenreserve weer ondergebracht in het "solidaire beleggingsdepot" van Centraal Beheer Achmea. Hierbij manifesteerde zich een dekkingstekort van circa € 8 à 9 miljoen.

ix. Met ingang van 1 januari 2003 heeft ECN het toekennen van toeslagen op pensioenaanspraken/rechten gestaakt. OMEN heeft vervolgens een procedure tegen ECN aangespannen. In het tussenvonnis van 15 februari 2006 heeft de kantonrechter onder meer beslist dat de mogelijkheid de indexeringsregeling van ingegane pensioenen te wijzigen of te verminderen met een beroep op het voorbehoud van art. 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van de pensioenreglementen slechts aan de orde kan zijn in geval van zodanige ingrijpende gewijzigde financiële omstandigheden dat ongewijzigde continuering van de pensioenregeling niet langer als mogelijk moet worden geoordeeld. In het (onherroepelijk geworden) eindvonnis van 26 juli 2006 (gewezen onder zaaknummer 174902-04-5207) heeft de kantonrechter ECN veroordeeld aan Centraal Beheer Achmea de koopsommen te voldoen ten behoeve van het indexereren van de (premiervrije) pensioenaanspraken van haar ex-werknemers over de jaren 2003, 2004 en 2005.

ECN heeft aan dit vonnis voldaan. ECN heeft daarnaast de koopsommen voor indexeringsregeling over het jaar 2006 voldaan.

x. Met ingang van 1 januari 2007 heeft ECN in overleg met de ondernemingsraad de pensioenregeling voor de actieve werknemers ondergebracht bij het ABP. De tot 1 januari 2007 op grond van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 opgebouwde pensioenaanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden zijn achtergebleven bij Centraal Beheer Achmea.

xi. Bij brieven van 24 november 2006 en 6 december 2006 aan de ex-werknemers heeft ECN deze ex-werknemers verzocht in te stemmen met wijziging van art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 (zie hiervoor onder (iii)) in die zin, dat de indexeringsregelingen uitdrukkelijk voorwaardelijk werden gemaakt. Bij brieven van 26 december 2006 aan de ex-werknemers die niet hadden ingestemd met de wijziging, heeft ECN bericht dat art. 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 met ingang van 1 januari 2007 eenzijdig werd gewijzigd.

3.2. OMEN vordert in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat ECN niet bevoegd was de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen voor de oud-medewerkers die op 1 januari 2007 niet meer in dienst waren, alsmede veroordeling van ECN de oude pensioenreglementen te blijven toepassen op deze medewerkers op straffe van een dwangsom. De kantonrechter heeft de vorderingen van OMEN afgewezen.

3.3. Kort samengevat heeft het hof het volgende overwogen. Aan de beslissingen in de (hiervoor in 3.1 onder (ix) vermelde) vonnissen van de kantonrechter van 2006 komt in de onderhavige procedure geen gezag van gewijsde toe (rov. 4.4 en 4.5 van het tussenarrest). Voorts kan OMEN niet worden gevolgd in haar stelling dat wijziging van de pensioenreglementen niet mogelijk is op de grond dat sprake is van een "uitgewerkte" rechtsverhouding. Evenmin kan zij worden gevolgd in haar stelling dat de tekst van de pensioenreglementen aan wijziging daarvan in de weg staat (rov. 4.7 van het tussenarrest). Volgens het hof gaat het erom of het belang van ECN en NCR bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (rov. 4.9 van het tussenarrest en rov. 3.5 van het eindarrest). Bij ECN ontbreekt een voldoende zwaarwegend financieel belang bij de wijziging van art. 9 van het pensioenreglement 1964, 1990 en 1999, hetgeen meebrengt dat ECN deze wijziging niet aan de ex-deelnemers kan tegenwerpen. Daarom is ECN gehouden die ex-werknemers die op 31 december 2006 een premievrije aanspraak (de slapers) dan wel een pensioenrecht (de gepensioneerden) hadden, de toeslagen toe te kennen die voortvloeien uit de tot en met 31 december 2006 geldende tekst van deze pensioenreglementen, aldus het hof. (rov. 3.7-3.14 van het eindarrest)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt over het criterium dat het hof heeft gehanteerd in rov. 4.9 van zijn tussenarrest en rov. 3.5 van zijn eindarrest. Volgens het onderdeel voorzagt het toepasselijke reglement in een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid voor besluiten als hier aan de orde, en diende tot 1 januari 2007 ervan te worden uitgegaan dat ECN die bevoegdheid alleen dan niet mocht uitoefenen indien uitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte is uitgegaan van het criterium van art. 19 Pensioenwet, dat nog niet gold ten tijde van het nemen van het besluit.

4.1.2. Het onderdeel gaat uit van het oordeel van het hof dat de toepasselijke pensioenreglementen niet in de weg stonden aan de hiervoor in 3.1 onder (xi) vermelde eenzijdige wijziging van die reglementen door ECN. De in het incidentele beroep tegen dat oordeel gerichte klachten worden hierna in 5.2 behandeld en verworpen.

4.1.3. Het hof heeft geoordeeld dat het bij de vraag of ECN tot wijziging mocht overgaan erom gaat of het belang van ECN bij die wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het hof is daarbij kennelijk uitgegaan van de beoordelingsmaatstaf van art. 19 van de op 1 januari 2007 in werking getreden Pensioenwet (Pw). ECN heeft echter haar wijzigingsbevoegdheid uitgeoefend op 26 december 2006, op welke datum de Pensioenwet nog niet van kracht was. De omstandigheid dat 1 januari 2007 was gekozen als ingangsdatum van de wijziging brengt niet mee dat die datum ook maatgevend is voor de bevoegdheid tot wijziging.

4.1.4. De op 26 december 2006 geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet voorzagt niet in een beoordelingsmaatstaf als die van art. 19 Pw, noch in enige andere maatstaf voor de beoordeling van een eenzijdige wijziging in pensioenreglementen. Voor zover de pensioenreglementen ECN de bevoegdheid tot wijziging gaven, betekent dit dat het gebruikmaken van die bevoegdheid in beginsel geoorloofd was en dus niet dat die geoorlooftheid afhankelijk was van een belangenafweging als die van art. 19 Pw. Hiervan uitgaande werd de uitoefening van deze bevoegdheid slechts beperkt voor zover ECN van die bevoegdheid misbruik maakte (art. 3:13 BW) of uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

4.1.5. Onderdeel 1 slaagt derhalve.

4.2.1. Onderdeel 2 klaagt dat het hof is voorbijgegaan aan de stelling van ECN dat de door haar verplicht gehanteerde boekhoudmethode, de zogenoemde RJ 271, haar noodzaakte een voorziening van € 80 miljoen te treffen als de onvoorwaardelijke indexering in stand zou blijven. Het onderdeel wijst erop dat ECN voor het hof heeft aangevoerd dat zij hierdoor eind 2006 "op de rand van de financiële afgrond balanceerde" en voert aan dat voor het hof in geschil was of de voorziening inderdaad in de orde van grootte van € 80 miljoen lag en of ECN dispensatie van de RJ 271 kon krijgen.

4.2.2. Ook dit onderdeel treft doel. Het hof heeft het standpunt van ECN, dat zij op grond van de voor haar geldende richtlijn RJ 271 eind 2006 verplicht was in haar jaarrekening een voorziening van € 80 miljoen aan te houden, niet kenbaar betrokken in zijn waardering en afweging van de wederzijdse belangen. Een verwerping van dit standpunt volgt ook niet met de vereiste begrijpelijkheid uit rov. 3.8, waar het hof overweegt dat ECN tegen de achtergrond van een jaarlijkse extra last van € 2,1 miljoen onvoldoende heeft toegelicht dat haar financiële belang bij wijziging van de indexeringsregeling een bedrag in de orde van € 80 miljoen zou bedragen. Uit deze overweging blijkt immers niet dat het hof in zijn oordeel heeft betrokken dat volgens ECN enerzijds het bedrag van € 80 miljoen nodig was voor een verplicht aan te houden voorziening voor financiering van de indexaties over hun gehele te verwachten looptijd, terwijl anderzijds het bedrag van € 2,1 miljoen per jaar slechts haar verplichting op de korte termijn belichaamde. Bovendien was dat laatste bedrag volgens ECN niet representatief omdat het was gebaseerd op een historisch laag inflatiecijfer. Het hof heeft derhalve zijn oordeel op dit punt onvoldoende gemotiveerd.

4.3. De klachten van onderdeel 3 slagen voor zover zij voortbouwen op de onderdelen 1 en 2. Voor het overige behoeven zij geen behandeling.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1. Onderdeel III van het middel betoogt onder meer dat de onvoorwaardelijke aanspraak op indexatie niet meer kan worden gewijzigd na het einde van de arbeidsovereenkomst omdat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer dan is "uitgewerkt". Volgens het onderdeel heeft het hof zijn

oordeel ten onrechte gericht op het einde van de pensioenovereenkomst in plaats van op het einde van de arbeidsovereenkomst. Het onderdeel faalt in zoverre. Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als "uitgewerkt" moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn.

Of – en zo ja, in hoeverre – die aanspraak kan worden aangetast, is afhankelijk van de wet en de regels die de uitvoering van de pensioenovereenkomst beheersen alsmede van de inhoud van die overeenkomst (zie daarover hiervoor in 4.1.4 en hierna in 5.2).

5.2. Onderdeel IV klaagt over het oordeel van het hof dat de art. 18 lid 1 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 zich niet ertegen verzetten dat die reglementen ten opzichte van voormalige werknemers worden gewijzigd. Volgens het onderdeel volgt uit de omstandigheid dat beide pensioenreglementen naar hun tekst kunnen worden gewijzigd "door de werkgever" en "na overleg met de betrokken werknemers" dat een zodanige wijziging alleen de zittende werknemers kan betreffen. Het onderdeel faalt in zoverre. De desbetreffende artikelen bepalen naar hun tekst niet dat de pensioenreglementen niet ten opzichte van ex-werknemers kunnen worden gewijzigd, en ook bij een uitleg volgens de in het middel genoemde cao-norm behoefde het enkele feit dat in die artikelen ECN wordt vermeld als "de werkgever" en wordt gesproken van (overleg met) "werknemers" het hof niet ervan te weerhouden de wijzigingsbevoegdheid mede te betrekken op de – uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende – verhouding tussen ECN en haar voormalige werknemers met pensioenaanspraken. Daarbij is van belang dat, zoals het hof ook heeft benadrukt, het tweede lid van art. 18 waarborgt dat de op grond van gedane premiestortingen verkregen rechten op pensioen en reeds toegekende indexering gehandhaafd blijven. Het hof behoefde zijn oordeel niet verder te motiveren dan het heeft gedaan.

5.3. Onderdeel I richt zich met diverse klachten tegen rov. 4.4 van het tussenarrest in samenhang met rov. 3.5 van het eindarrest. In het bijzonder klaagt het onderdeel over de verduidelijking die het hof in rov. 3.5 van het eindarrest heeft aangebracht op rov. 4.9 van het tussenarrest door het schrappen van het woord "onvoorwaardelijke".

De beslissing van het hof in rov. 4.4 van zijn tussenarrest dient aldus te worden verstaan dat het gezag van gewijsde van het hiervoor in 3.1 onder (ix) bedoelde tussenvonnis van de kantonrechter van 15 februari 2006 niet meebrengt dat het in art. 11 lid 5 van het pensioenreglement 1990 (respectievelijk art. 11 lid 6 van het pensioenreglement 1999) neergelegde criterium dat geldt voor het mogen invoeren van de zogenoemde conjunctuurclausule – hiervoor weergegeven in 3.1 onder (vi) – ook dient te worden gehanteerd in het onderhavige geding, waarin de vraag aan de orde is of, en zo ja aan de hand van welke maatstaf, ECN bevoegd is eenzijdig de pensioenreglementen te wijzigen. Voor zover het onderdeel het oordeel van het hof een verdergaande strekking toedicht, mist het feitelijke grondslag. Ook waar het hof in rov. 3.5 van zijn eindarrest heeft overwogen dat het woord "onvoorwaardelijk" in rov. 4.9 van zijn tussenarrest aanleiding kan geven tot misverstand en heeft overwogen dat de desbetreffende zinsnede verbeterd – zonder dat woord – dient te worden gelezen, ligt daaraan alleen ten grondslag dat het hof zijn oordeel met betrekking tot mogelijk gezag van gewijsde van het vonnis van 15 februari 2006 heeft willen beperken tot de kwestie van de beoordelingsmaatstaf. Ook in dit opzicht mist het onderdeel feitelijke grondslag voor zover het anders betoogt. In zoverre kunnen de klachten derhalve niet tot cassatie leiden.

5.4.1. Onderdeel II is gericht tegen rov. 4.5 van het tussenarrest en berust op de opvatting dat de kantonrechter de in rov. 3.9, onder I, van zijn tussenvonnis vermelde vraag niet had mogen stellen, nu die vraag reeds is beantwoord in rov. 3.3 van het hiervoor in 3.1 onder (ix) bedoelde eindvonnis van 26 juli 2006 en aan dat oordeel voor de onderhavige procedure gezag van gewijsde toekomt.

5.4.2. De door de kantonrechter in rov. 3.9, onder I, van zijn tussenvonnis gestelde vraag luidt als volgt: "Was ECN bevoegd om het in 2000 vrijgevalen bedrag uit het Depot 1990 toe te voegen aan de vrije reserve van het GDP 1998 en het aldus te besteden (mede) aan de financiering van de reguliere pensioenverplichtingen?"

Rov. 3.3 en 3.4 van het eindvonnis van 26 juli 2006 luiden:

"3.3. Bij tussenvonnis van 15 februari 2006 is reeds overwogen dat Omen in deze aangelegenheid recht en belang heeft bij een duidelijk inzicht in de financiële situatie van ECN en de keuzemogelijkheden van ECN, daar waar het gaat om bezuinigingen (in casu op de financiering van de indexatie van pensioenen). Bij dat inzicht is van belang dat de gang van zaken rond de verschikkende depots helder wordt gemaakt, zoals eerder is overwogen. Dit impliceert tevens dat de kantonrechter de stelling van ECN dat het haar vrijstond de gelden van het zogenaamde gesepareerde beleggingsdepot dat zij aanhoudt c.q. aanhield bij de verzekeraar, te storten, zonder meer niet honoreert. In bedoelde overeenkomst is in artikel 1 lid 5 daarvan – voor zover [van] belang – vastgelegd:

'(...)

De renteopbrengsten van de depotrekening, zullen door de verzekeraar uitsluitend worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd.

Voor zover de renteopbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling.'

De stelling van ECN verhoudt zich niet met hetgeen in de depotovereenkomst van 1990 is vastgelegd, waarvoor ECN ook geen (steekhoudende) verklaring heeft gegeven.

3.4. Reeds in een zeer vroegtijdig stadium heeft Omen verzocht om bedoelde informatie, is deze ook door ECN toegezegd, doch is later deze toezegging ingetrokken wegens procedurele belangen van ECN. De kantonrechter kan thans slechts concluderen dat – nu door ECN geen nadere informatie is

verschafft als bedoeld in het vonnis van 15 februari 2006 – het beroep op de zogenaamde conjunctuurclausule, onredelijk is. De vorderingen van Omen zijn derhalve als hierna omschreven, toewijsbaar.”

5.4.3. Uit deze overwegingen blijkt dat rov. 3.3 moet worden gelezen in samenhang met rov. 3.4 en aldus bezien inhoudt dat ECN – ook wat betreft de gang van zaken rond de verschillende depots – in die procedure niet de van haar te vergen informatie heeft verschafft, met als gevolg dat haar beroep op de hiervoor in 5.3 bedoelde conjunctuurclausule onredelijk is. Derhalve is er geen sprake van dat de kantonrechter de hiervoor in 5.4.2, aanhef, vermelde vraag reeds in 2006 heeft beantwoord. Het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.

5.5. De klachten van onderdeel V falen voor zover zij voortbouwen op hierboven ongegrond bevonden klachten.

Ook voor het overige kunnen de klachten van het middel niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

In het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 1 november 2011;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt OMEN in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ECN begroot op € 899,82 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris;

In het incidentele beroep:

verwerpt het beroep

veroordeelt OMEN in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ECN begroot op € 68,07 aan verschotten en €2.200,= voor salaris.

Noot

1

De Hoge Raad hakt in dit ECN-arrest een voor de rechtspraktijk belangrijke knoop door: het is niet onmogelijk om (pensioen)afspraken met slapers (gewezen deelnemers) en pensioengerechtigden te wijzigen nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De Hoge Raad oordeelt verder over de maatstaf voor pensioenwijziging jegens voormalige werknemers onder PSW en Pensioenwet en over de uitleg van het eenzijdig wijzigingsbeding jegens hen.

2

De principiële beslissing uit dit arrest is de afwijzing door de Hoge Raad van de zogenaamde uitgewerkte rechtsverhouding. Ex-werknemers en pensioengerechtigden kunnen na dit arrest niet langer met succes bepleiten dat wijziging van pensioenverbintenissen onmogelijk is nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Daarmee komt een einde aan een stevige discussie in rechtspraak en literatuur over de (on)mogelijkheid om bijvoorbeeld pensioenafspraken of ziektekostenbijdragen te wijzigen na einde arbeidsovereenkomst (vergelijk Hof Arnhem 27 mei 2008, PJ 2008, 67 (AKZO), H. Breuker, 'Geen wijziging opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke aanspraken', *TPV* 2013/1, M. Heemskerk et al, 'Pensioen wijzigen jegens slapers en gepensioneerden: moeilijk maar niet onmogelijk', *TPV* 2013/1). De rechtsverhouding wordt volgens de Hoge Raad met gewijzigde hoedanigheid van partijen (de werknemer wisselt die status in voor slaper of pensioengerechtigde) voortgezet. Dat lijkt mij logisch: cru geformuleerd eindigt de laatste pensioenverbintenis pas bij de dood.

3.

Die heldere overweging zegt niets over de vraag of de werkgever of de pensioenuitvoerder in concrete gevallen bevoegd is om de pensioenafspraken te wijzigen. Het Hof oordeelde nog dat ECN geen zwaarwichtig belang had om de indexatie van inactieven te wijzigen. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 4.1.3 dat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd omdat het Hof kennelijk is uitgegaan van artikel 19 Pensioenwet – het pensioenrechtelijk equivalent van het eenzijdig wijzigingsbeding inclusief zwaarwichtig belang toets – dat toen nog niet van toepassing was. Het destijds geldende pensioenreglement van ECN bevatte in artikel 18 een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de werkgever, na overleg met de betrokken werknemers. Volgens de Hoge Raad hoeft het zwaarwichtig belang niet gewogen te worden en is de toets beperkt tot misbruik van bevoegdheid (3:13 BW) of de onaanvaardbaarheidstoets (6:248 lid 2 BW), zie r.o. 4.1.4. ECN zal het arrest met genoegen en hernieuwde energie hebben gelezen: zij gaf aan dat het om €80 miljoen ging.

4

Ik moet bekennen dat de Hoge Raad mij na lezing van het arrest achterlaat met een vraag. Wat ik begrijp, is (1) dat de wijzigingsbevoegdheid is uitgeoefend op 26 december 2006, (2) dat de wijziging daarom wordt getoetst onder het regime van de PSW en niet de Pensioenwet, die op 1 januari 2007 in werking is getreden. Het resultaat van deze uitspraak is dat een werkgever onder het PSW-regime eenvoudiger de pensioenregeling eenzijdig kon

wijzigen ten opzichte van ex-werknemers dan ten aanzien van nog in dienst zijnde werknemers. Wil een werkgever wijzigen jegens werknemers dan is een zwaarwichtig belang vereist. Wijzigt de werkgever jegens slapers en pensioengerechtigden dan was dat blijkbaar onder de PSW toegestaan, tenzij onaanvaardbaar of misbruik aan de orde was. Die zwakkere slapers- en gepensioneerdensbescherming oogt merkwaardig. Ter nuancering: de eenzijdige wijziging van voorwaardelijke indexatie betreft geen opgebouwd pensioen.

5

De huidige werkgever die zijn pensioenovereenkomst met een werknemer eenzijdig wil wijzigen moet voldoen aan de zwaarwichtig belang toets (artikel 19 Pensioenwet). Daarnaast bevat artikel 20 Pensioenwet een wettelijk verbod om opgebouwd pensioen aan te tasten anders dan via korting of waardeoverdracht. Opvallend in het ECN arrest is dat de vóór 2007 geldende 'gewone' arbeidsrechtelijke zwaarwichtig belang toets uit artikel 7:613 BW niet gold. Weliswaar was de Pensioenwet niet van toepassing, de arbeidsrechtelijke bescherming voor eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen van artikel 7:613 BW was er al. Volgens AG Timmerman (3.3) is artikel 7:613 BW niet van toepassing omdat de werking is beperkt tot de verhouding werkgever/werknemer. Maar ook de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid uit artikel 19 Pensioenwet is beperkt tot de verhouding werkgever en werknemer. Bovendien geeft de Hoge Raad aan dat voor de uitleg van het contractuele wijzigingsbeding uit het pensioenreglement – die eveneens beperkt was tot de verhouding werkgever/werknemer – de wijziging ten opzichte van voormalige werknemers ook kan worden ingelezen (r.o. 5.2). Dat oogt niet consistent. Ik ben benieuwd of die rechtsvraag nog wordt voorgelegd en (kan worden) beoordeeld door het Hof Den Haag na terugverwijzing. Toetsing van misbruik en onaanvaardbaarheid is wezenlijk anders dan toetsing van een zwaarwichtig belang bij wijziging.

6

De oorzaak van veel van dit soort procedures en de door mij gepercipieerde inconsistentie is dat voormalige werknemers een vergeten groep zijn in wetgeving en overeenkomsten. Artikel 19 Pensioenwet kopieert de eenzijdige wijzigingsbedingclausule inclusief zwaarwichtig belang toets uit het arbeidsrecht maar is vreemd genoeg beperkt tot de verhouding werkgever en werknemer. Het brengt slechts ambtenaren(pensioen) onder de eenzijdige wijzigingsparaplu omdat zij niet gedekt waren in artikel 7:613 BW. Ook de WCAO laat de positie van ex-werknemers ongeregeld. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn werkgever en deelnemers gebonden aan statuten en reglementen (artikel 4 wet Bpf 2000). De positie van slapers en pensioengerechtigden is ongeregeld, ook in contractuele eenzijdige wijzigingsbedingen van werkgevers. Geen wonder dat hierover veelvuldig wordt geprocedeerd.

7

De pensioenwijziging jegens voormalige werknemers is essentieel voor het welslagen van de overstap naar het reële pensioencontract inclusief opgebouwd pensioen. In het consultatiedocument wetsvoorstel invoering reële ambitieovereenkomst (Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 169 bijlage) staat een eerste voorzichtige poging om de positie van ex-werknemers een wettelijke grondslag te geven. Tegelijkertijd wordt het vetorecht bij collectieve waardeoverdracht geschrapt ter facilitering van dit 'invaren' van pensioen.

8

Zie ik het goed, dan biedt de Hoge Raad werkgevers ruimte voor een dynamische uitleg waarbij een eenzijdig wijzigingsbeding met een werknemer soms ook kan worden gebruikt bij voormalige werknemers (J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TVP* 2012/16). Veiliger is om de eenzijdige wijziging met voormalige werknemers op te nemen in het eenzijdig wijzigingsbeding. Een werkgeversvriendelijke uitleg van het eenzijdig wijzigingsbeding is contra proferentem en aanvechtbaar (M. Heemskerk et al, 'Wijzigen in de pensioendriehoek', *TPV* 2012/6).

9

Wijziging van pensioen met gepensioneerdens komt binnenkort terug bij de Hoge Raad. Het Hof Amsterdam oordeelde op 12 juni 2012 in het Delta Lloyd arrest, PJ 2012,129 samengevat, dat bij een wijziging van het pensioenreglement *door het pensioenfonds* niet getoetst hoeft te worden of sprake is van een zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW omdat niet de werkgever wijzigt. Daarmee zou ook onder de Pensioenwet een pensioenwijziging mogelijk zijn zonder toetsing aan het zwaarwichtig belang. Voor werkgevers en (voormalig) werknemers is het van groot belang hierover duidelijkheid te hebben. Aan de vooravond van grote pensioenwijzigingen is het immers zeer relevant welke juridische wijzigingsroute aan de orde is.

prof. mr. drs. M. Heemskerk,

Voetnoten

[1]

Rechtbank Alkmaar 15 februari 2006, nr. 174902-04-5207.

[2]

Rechtbank Alkmaar 26 juli 2006, nr. 174902-04-5207.

[3]

Rechtbank Alkmaar 16 juli 2008, nr. 243413 CV EXPL 07-3338.

[4]

Hof Amsterdam 29 november 2009, nr. 200.018.355/01.

[5]

Hof Amsterdam 1 november 2011, zaaknr. 200.078.456.01.

[6]

Het is zeker niet de eerste zaak die in dit kader spelt, zij het dat steeds andere aspecten een rol spelen. Zie onder andere N.M. Opdam, Indexatieprocedures, een (on)haalbare zaak?, SDU Amersfoort: 2006, Zie ook de noot van R.A.C.M. Langemeijer bij Ktr Venlo, 16 juni 2004, SR 2004/86.

[7]

J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechterlijk leerstuk, TVP 2012, 16, p. 21.

[8]

Aldus ook de dagvaarding in cassatie en ook A. Pásztor, Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten, Arbeidsrecht 2006, 9, p. 25. Anders: J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechterlijk leerstuk, TVP 2012, 16, p.26 en ook: Ktr Rotterdam 20 mei 2009, JAR 2010/136 en Ktr Nijmegen 30 juni 2006, nr. 374154.

[9]

Stb 2006, 705.

[10]

Vergelijkbare discussie, ander resultaat: Rb Amsterdam 24 juli 2009, LJN: BJ5013.

[11]

MvT PW artikelsgewijze toelichting, TK 30 413 nr. 3, p. 188. Ook: E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse en commentaar, 2010, p. 399, A. Pásztor, Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten, Arbeidsrecht 2006, 9, p. 26 die ook letterlijk van een "vergelijkbare bepaling" spreekt. De toegevoegde waarde van het opnemen van deze bepaling in de Pensioenwet is dat deze dan ook van toepassing is op de verhouding tussen ambtenaar en overheidswerkgever.

[12]

E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse en commentaar, 2010, p. 401, A. Pásztor, Wijziging van een pensioenregeling; deel 2: de materiële aspecten, Arbeidsrecht 2006, 14, p. 25.

[13]

Zie hierover ook: E. Schop, Wijzigen van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder pensioen, Pensioen Monografieën, nr. 10, 2007, p. 139-140.

[14]

PG Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 34.

[15]

Zie ook over toepassing van dit begrip bij voorwaardelijke toeslagen Ktr Tiel, 25 januari 2006, LJN: AV0494, RAR 2006, 66.

[16]

Kamerstukken II 2005/2006, 30 413 nr. 3, p. 17.

[17]

Kamerstukken II 2005/2006, 30 413 nr. 3, p. 172.

[18]

Kamerstukken II 2005/2006, 30 413 nr. 3, p. 172.

[19]

Kamerstukken I 2006/2007, 30 413, nr. C, p. 11.

[20]

Dit laat echter een eventueel beroep op art. 6:248 lid 2 BW onverlet, waarover hieronder meer.

[21]

Hof Amsterdam 12 juni 2012, LJN: BW8050, PJ 2012, 119 m.nt. Langemeijer, (Delta Lloyd), rov. 3.20.

[22]

R.A.C.M Langemeijer onder Hof Amsterdam 12 juni 2012, LJN: BW8050, PJ 2012, 119, (Delta Lloyd).

[23]

Kamerstukken II 2005/2006, 30 413 nr. 3, p. 17: "Het onderscheid tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke toeslagen wordt dus gemaakt door het bijvoeglijk naamwoord 'voorwaardelijk' of 'onvoorwaardelijk' te zetten voor toeslag".

[24]

Kamerstukken II 2005/2006, 30 413 nr. 17, p. 33: "De VVD vraagt zich af hoe de toeslagverlening bij middelloonregelingen plaatsvindt (de indexatie derhalve van het middelloon tijdens de periode van opbouw). Ter beantwoording van deze vragen merkt de regering het volgende op. Cruciaal voor de financiering van toeslagverlening zijn de eventuele voorwaarden die omtrent toeslagverlening in de pensioenovereenkomst zijn opgenomen. Als een

toeslag zonder voorbehoud is toegezegd, moet de financiering daarvoor op het moment van de toezegging geregeld zijn. Immers, 'onvoorwaardelijk' betekent dat vast staat dat die toeslag moet worden betaald, en dan moeten de benodigde middelen daarvoor er dus zijn. Al naar gelang de toeslag met meer voorbehouden is omgeven, worden ook de financierings-eisen minder. Dit is in art. 86 van het wetsvoorstel voor de Pensioenwet tot uitdrukking gebracht. Is een toeslag eenmaal toegekend als structurele verhoging van de aanspraak of het recht, dus als een toeslag die niet het volgende jaar kan worden teruggedraaid, dan is de toeslag vanaf dat moment onvoorwaardelijk geworden, en maakt de toeslag in feite deel uit van de (verhoogde) aanspraak, c.q. het verhoogde recht, zodat op de financiering niet meer art. 86 van het wetsvoorstel voor de Pensioenwet van toepassing is, maar de bepalingen van het FTK, die zijn opgenomen in hoofdstuk 6 van het wetsvoorstel. De vraag van de VVD naar de wijze van financieren van verhogingen van pensioenaanspraken is hiermee beantwoord."

[25]

H. Breuker, Wijzigen van de pensioenregeling, P&P 2005, p. 15-16.

[26]

H.P. Breuker, J.H.J. Meijer, A.W. Rutten, P.M. Siegman, J.J. van de Velde, de juridische aspecten van het wijzigen van de pensioenregeling, TPV 1999, nr. 4, p. 99.

[27]

H. Breuker, Wijzigen van de pensioenregeling, P&P 2005, p. 16, H. Breuker en B.J. van Leuven, Indexeren: recht of gunst?, P&P 2003, p. 5. Zie ook: Hof Amsterdam 12 juni 2012, LJN: BW8050, PJ 2012, 119 m.nt. Langemeijer, (Delta Lloyd), waarin het Hof de bewoordingen van het pensioenreglement bekijkt om tot het oordeel te komen dat geen sprake is van een onvoorwaardelijke indexatie. En ook Hof Amsterdam 26 mei 2009, LJN: BM2881.

[28]

H. Breuker en B.J. van Leuven, Indexeren: recht of gunst?, P&P 2003, p. 6.

[29]

Voorbeeld van een zaak waarin dit wel het geval was: Rb Amsterdam 24 juli 2009, LJN: BJ5013. Hoger beroep van deze zaak: Hof Amsterdam 31 mei 2011, LJN: BR4484. Ook: Rb Rotterdam 25 april 2006, LJN: AX0561.

[30]

Rechtbank Alkmaar 16 juli 2008, zaaknr. 243413 CV EXPL 07-3338, rov. 1.2 (waarnaar wordt verwezen in rov. 3 van Hof Amsterdam 29 december 2009, zaaknr. 200.018.355/01), Rechtbank Alkmaar 8 september 2010, zaaknr. 243413 CV EXPL 07-33383 WW, onder 2 en onder 3.

[31]

Van kracht geworden op 15 mei 1952, vervallen m.i.v. 1 januari 2007.

[32]

L.H.N.J.M. Janssen en P.E.H.M. van Mil, Wijzigt de PW de wijzigingsmogelijkheden van de PSW?, P&P 2007, p. 14.

[33]

H.P. Beuker, Wijziging van de pensioenregeling, P&P 2005, nr. 7/8, p. 12-17, L.H.N.J.M. Janssen en P.E.H.M. van Mil, Wijzigt de PW de wijzigingsmogelijkheden van de PSW?, P&P 2007, p. 14.

[34]

Kamerstukken II 1992/1993 23 123, nr. 3, p. 34.

[35]

Zie ook rov. 4.11 en 4.12 van Rechtbank Amsterdam 24 juli 2009, LJN: BJ5013.

[36]

Langemeijer in een noot onder Hof Amsterdam 12 juni 2012, LJN: BW8050, PJ 2012, 119 (Delta Lloyd).

[37]

Hof Amsterdam 1 november 2011, zaaknr. 200.078.456/01.

[38]

Lid 2 van art. 18 reglement 1990 en 1999: Bij wijziging of intrekking van de pensioenregeling blijven de ten tijde van de wijziging of intrekking op grond van gedane pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken gehandhaafd.

[39]

Of ziet de bepaling van art. 18 lid 2 op alle wijzigingen van de overeenkomst of enkel op die zoals opgenomen in het eerste lid van art. 18, namelijk de wijzigingen na overleg met de werknemers. Dit laatste lijkt onwaarschijnlijk.

[40]

Laatste stuk van rov. 3.5 van het eindarrest van 1 november 2011: In deze laatste rechtsoverweging bevat de zinsnede "...of handhaving van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling... etc." De toevoeging van het woordje "onvoorwaardelijke" kan tot misverstanden aanleiding geven nu het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft overwogen dat aan het vonnis van 15 februari 2006 – waarin betekenis wordt gehecht aan de (on)voorwaardelijkheid van de indexeringsregeling ter beantwoording van de vraag of het premiebetalingsvoorbehoud (conjunctuurbeding) kan worden toegepast – in deze zaak geen

gezag van gewijsde toekomt. De betreffende zinsnede uit rechtsoverweging dient daarom te worden gelezen: "...of handhaving van de indexeringsregeling... etc.".

[41]

Die onduidelijkheid over de aard van de indexeringsbepaling lijkt ook zijn weerslag te hebben gehad op het oordeel van E. Lutjes over het eindarrest van het Hof Amsterdam in zijn annotatie in PJ 2011/152. Hier merkt hij op: "Daarbij nam het Hof blijkbaar tot uitgangspunt dat een wijziging van de indexeringsregeling ten opzichte van gepensioneerden en slapers op zich wel mogelijk was. Nu hier van een voorwaardelijke indexeringsregeling sprake is, zou naar huidig recht de Pensioenwet zich niet tegen de wijziging verzetten (art. 20 Pensioenwet, de zaak speelt overigens onder de werking van de Pensioen- en spaarfondsenwet)."

[42]

Bedoeld zal worden NRG.

[43]

Rov. 3.5 (niet in zijn geheel): Het hof ziet in grief I en in de daarop gegeven toelichting evenmin aanleiding terug te komen van hetgeen in deze overwegingen van het tussenarrest is beslist. Wel bestaat aanleiding dit tussenarrest als volgt te verduidelijken. [...] Het hof heeft vervolgens (in rechtsoverweging 4.7) overwogen dat wijziging van de pensioenreglementen met toepassing van art. 18 lid 144 binnen de grenzen omschreven in lid 2 van dat artikel ook mogelijk is ten aanzien van ex-werknemers, alsmede (in rechtsoverweging 4.9) dat de uitoefening van deze wijzigingsbevoegdheid getoetst dient te worden aan de maatstaf of het belang van ECN&NRG bij de wijziging zo zwaarwichtig is dat het belang van de oud-werknemers dat door die wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. [...].

[44]

Art. 19 PW: Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

[45]

Zie ook Hof Arnhem 26 juni 2007, LJN: BA9573.

[46]

HR 7 december 1965, NJ 1958, 445, Hof 's-Gravenhage 29 april 1966, NJ 1967, 247.

[47]

Zie o.a. de volgende zaken voor recentere jurisprudentie waarin art. 6:248 lid 2 BW een rol speelde, waarin echter ook veel andere omstandigheden en rol speelde: Hof Amsterdam 12 juni 2012, LJN: BW8050, PJ 2012/119, m.nt. Langemeijer, Hof Arnhem 26 juni 2007, LJN: BA9573 (gebrek aan onderbouwing aan de zijde van het pensioenfonds), Ktr. Rotterdam 20 mei 2009, LJN: BM6983 [«JAR» 2010/136, *red.*] (over bijdrage ziektekosten), Hof Amsterdam 28 december 2010, LJN: BP1970 [«JAR» 2011/37, *red.*] en Hof Amsterdam 20 oktober 2009, LJN: BK3978 [«JAR» 2009/283, *red.*], Hof Amsterdam 20 oktober 2009, LJN: BK3977 [«JAR» 2009/282, *red.*] (allen over ziektekostenbijdrage).

[48]

E. Lutjes, Het wijzigen van een pensioenregeling, de problemen van een driehoeksrelatie, TPV 2005, nr. 6. p. 155.

[49]

E. Lutjes, Het wijzigen van een pensioenregeling, de problemen van een driehoeksrelatie, TPV 2005, nr. 6. p. 153.

[50]

J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechterlijk leerstuk, TVP 2012, 16, p. 23-24.

[51]

Het argument van gelijke behandeling is echter, aldus ook Van Slooten, minder sterk nu zeer de vraag is of van gelijke gevallen sprake is.

[52]

H. Breuker en B.J. van Leuven, Indexeren: recht of gunst?, P&P 2003, p. 7-8.

[53]

Art. 5 lid 4 PSW: De personen die het beleid van een pensioen- of spaarfonds bepalen of mede bepalen richten zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de bij het fonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers en overige belanghebbenden en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

[54]

Zie ook E. Ros, Wijziging indexatiebepaling in het pensioenreglement, P&P 2006, p. 7. en met andere woorden, maar vergelijkbaar: L.H.N.J.M. Janssen en P.E.H.M. van Mil, Wijziging de PW de wijzigingsmogelijkheden van de PSW?, P&P 2007, p. 14.

[55]

Art. 105 lid 2 PW: De personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen richten zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever dan wel werkgevers en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

[56]

H. Breuker en B.J. van Leuveren, Indexeren: recht of gunst?, P&P 2003, p. 8, waar ze het woord “voorwaardelijk” tussen haakjes plaatsen.

[57]

Zie bijvoorbeeld: Ktr Venlo, 16 juni 2004, PJ 2004, 99.

[58]

H. Breuker en B.J. van Leuveren, Indexeren: recht of gunst?, P&P 2003, p. 8.

[59]

Voorts wordt soms aangevoerd dat het in het verleden terugstorten van premie naar de werkgever een omstandigheid is die maakt dat het beperken van indexatieregelingen, onredelijk is. Dit terugstorten gebeurde toentertijd echter vaak onder druk van door de overheid dreigende maatregelen zoals het belasten van vermogensoverschotten van pensioenfondsen. Zie H. Breuker en B.J. van Leuveren, Indexeren: recht of gunst?, P&P 2003, p. 8.

[60]

In rov. 3.5 van het arrest van 1 november 2011 wordt verwezen naar rov 4.4. van het tussenarrest van 29 december 2009, deze rechtsoverweging is echt voor de beantwoording van deze klacht niet van belang.

[61]

Opmerking A-G: van de reglementen van 1990 en 1999.

[62]

Tot eenzelfde oordeel kwamen de rechtbank en het hof Amsterdam in de volgende zaak, alleen werd daar geen subsidiair beroep gedaan op art. 6:248 lid 2 BW. Rb Amsterdam 24 juli 2009, LJN: BJ5013, hoger beroep: Hof Amsterdam 31 mei 2011, LJN: BR4484.

[63]

DV in cassatie van ECN/NRG, P. 4 van de onderaan en p. 5 bovenaan.

[64]

Opmerking A-G: reglement van 1990 bevat (evenals dat van 1999) geen lid 6. Beide artikelen lopen maar tot lid 4.

[65]

Zaaknr/rolnr: 174902-04-5207WG.

[66]

Onder 17 e.v. MvG bij hof Amsterdam d.d. 18 november 2008, productie 9 in cassatiedossier.

[67]

Opgenomen onder 1.5 van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. In wat onder 1.4 is opgenomen kan geen klacht worden gelezen.

[68]

Zie Memorie van Grieven, grief II waarin zelfs een tussenkopje is geplaatst met de tekst “uitgewerkte rechtsverhouding”. Voorts is in eerste aanleg in de conclusie van repliek ook uitgebreid op dit onderwerp ingegaan onder 10 e.v.

[69]

De redenering die er op volgt, nl. dat wijziging op grond van de reglementen wel mogelijk is, klopt, gezien bovenstaande uiteenzetting in de inleiding van het principale cassatieberoep, niet.

[70]

Onder 3 van de conclusie na tussenvonnis in hoger beroep.
