

JAR 2013/300 Hoge Raad, 08-11-2013, 12/04500, ECLI:NL:HR:2013:1134, ECLI:NL:PHR:2013:874, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050 Pensioenaanspraken, Bevoegdheid pensioenfonds tot wijziging van (reeds opgebouwde) aanspraken, Onvoorwaardelijk recht op indexatie, Uitleg pensioenreglement, Cao-norm, Eenzijdig wijzigingsbeding, Informatieverstrekking niet vereist voor rechtsgeldigheid, Art. 7:613 BW niet van toepassing

Publicatie	JAR 2013 afl. 17
Publicatiedatum	03 december 2013
College	Hoge Raad
Uitspraakdatum	08 november 2013
Rolnummer	12/04500 LJN BW8050 ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050 ECLI:NL:HR:2013:1134 ECLI:NL:PHR:2013:874
Rechter(s)	mr. Numann mr. Van Buchem-Spapens mr. Streefkerk mr. Heisterkamp mr. Loth
Partijen	1. Vereniging van Gepensioneerden van de Delta Lloyd Groep te Amsterdam, 2. Jan Bastiaan Engelenberg te Haarlem, 3. Louis Philip Vos te Amstelveen, eisers tot cassatie, advocaat: mr. P.S. Kamminga, tegen 1. Delta Lloyd NV, 2. Delta Lloyd Services BV, 3. Delta Lloyd Verzekeringen NV, 4. Delta Lloyd Schadeverzekering NV, 5. Delta Lloyd Levensverzekering NV, 6. Stichting Pensioenfonds Delta Lloyd, alle te Amsterdam, verweersters in cassatie, advocaat: mr. R.A.A. Duk.
Noot	prof. mr. drs. M. Heemskerk
Trefwoorden	Pensioenaanspraken, Bevoegdheid pensioenfonds tot wijziging van (reeds opgebouwde) aanspraken, Onvoorwaardelijk recht op indexatie, Uitleg pensioenreglement, Cao-norm, Eenzijdig wijzigingsbeding, Informatieverstrekking niet vereist voor rechtsgeldigheid, Art. 7:613 BW niet van toepassing,
Regelgeving	PSW - (oud) art. 7 lid 1 onder i

Samenvatting

Delta Lloyd heeft een eigen pensioenregeling. In verband daarmee is een financieringsovereenkomst gesloten tussen werkgever en het Pensioenfonds. De regeling is onderdeel van de toepasselijke cao. In de arbeidsovereenkomsten wordt de cao standaard

geïncorporeerd en het personeelshandboek van toepassing verklaard, waarbij uitdrukkelijk wordt gewezen op het daarin opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding. Het personeelshandboek bevat het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds. Die statuten voorzien sinds 1983 in de mogelijkheid tot wijziging van de statuten en het pensioenreglement. Bepaald was (in elk geval tot 2000) dat de wijziging van het pensioenreglement niet zal kunnen leiden tot vermindering van pensioenaanspraken die over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen waren opgebouwd, tenzij (een gebrek aan) de in het pensioenfonds aanwezige middelen daartoe nopen. Sinds 2006 moet een voorstel tot wijziging van de statuten en het pensioenreglement worden voorgelegd aan de deelnemersraad. Indien deze raad niet binnen zes maanden advies geeft, geldt het advies als positief. In 2006 wordt naar aanleiding van een nieuw financieel toetsingskader van de toezichthouder het pensioenreglement gewijzigd, onder meer in die zin dat de indexeringen vanaf 2011 voorwaardelijk worden en dat er voor de voorwaardelijke toeslagverlening geen jaarlijkse bijdrage van de werkgever verschuldigd is. De deelnemersraad adviseert na ommekomst van de voorgeschreven adviestertermijn negatief. De Vereniging van gepensioneerden van de Delta Lloyd Groep c.s. stellen zich in de onderhavige procedure op het standpunt dat sprake is van een onvoorwaardelijk recht op toeslagen, dat de wijziging per 2011 niet rechtsgeldig is en dat Delta Lloyd verplicht blijft de kosten van de indexering te betalen. Zij vorderen in dat verband verschillende verklaringen voor recht. Zowel de kantonrechter als het hof wijst de vorderingen af. Het hof overweegt daartoe als volgt. Op grond van de bewoordingen van het pensioenreglement – die, gelezen in het licht van de gehele tekst, voor de uitleg van doorslaggevende betekenis zijn – kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat met het ingaan van het pensioenreglement 2000 de onvoorwaardelijkheid van de indexatie niet is gehandhaafd. Voor de rechtsgeldigheid van de litigieuze wijziging is niet vereist dat zij (duidelijk) is gecommuniceerd aan belanghebbenden. Het Pensioenfonds was op grond van de statuten jo. art. 7 lid 1 onder i PSW bevoegd het pensioenreglement te wijzigen. Het personeelshandboek, waarin het pensioenreglement is opgenomen, bevat een eenzijdig wijzigingsbeding, waarop in de arbeidsovereenkomsten uitdrukkelijk is gewezen. Die bevoegdheid tot wijziging geldt ook ten aanzien van een aanspraak op onvoorwaardelijke indexatie. Het eindigen van de arbeidsovereenkomst staat niet in de weg aan de bevoegdheid tot wijziging, aangezien de rechtsverhouding tussen partijen dan nog niet is “uitgewerkt”. Art. 7:613 BW is niet van toepassing op besluiten van het Pensioenfonds. Niet gebleken is dat het Pensioenfonds in dit verband misbruik van zijn bevoegdheid maakt. De deelnemersraad heeft de adviestertermijn overschreden. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat positief is geadviseerd. De tegen deze overwegingen gerichte cassatieklachten verwerpt de Hoge Raad met toepassing van art. 81 lid 1 RO.

NB. Dat de rechtsverhouding niet is uitgewerkt, was reeds beslist in «JAR» 2013/249. Aangenomen wordt dat onder de huidige Pensioenwet (art. 20) het wijzigen van onvoorwaardelijke in voorwaardelijke indexering slechts mogelijk is in exceptionele gevallen.

Uitspraak

Hof Amsterdam

12 juni 2012

(...; red.)

3. Beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

i. De Vereniging behartigt de pensioenbelangen van de gepensioneerden van Delta Lloyd, van de gewezen deelnemers die vervoegd zijn uitgetreden op grond van een VUT-achtige regeling alsmede van hun weduwe, weduwnaar of partner (artikel 3 en 4 Statuten van de Vereniging).

ii. J.P. Engelenberg (verder: Engelenberg) (geboortedatum: 20 juni 1945) is op 1 september 1963 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Delta Lloyd Verzekeringen. Met ingang van 1 juli 2004 is Engelenberg uit dienst getreden op grond van de zogenoemde 57,5 regeling. Met ingang van 1 juni 2010 ontvangt Engelenberg een ouderdomspensioen van het Pensioenfonds.

iii. L. Ph. Vos (verder: Vos) (geboortedatum: 9 februari 1932) is op 1 december 1970 in dienst getreden bij Delta Lloyd Schadeverzekering. Met ingang van 1 januari 1987 is Vos uit dienst getreden. Met ingang van 1 februari 1997 ontvangt Vos een ouderdomspensioen van het Pensioenfonds.

iv. De gepensioneerden en gewezen deelnemers waarvan de Vereniging de pensioenbelangen behartigt alsmede Engelenberg en Vos zijn in dienst geweest bij Delta Lloyd. Delta Lloyd heeft haar pensioenregeling ondergebracht bij het Pensioenfonds. Het Pensioenfonds

voert deze pensioenregeling uit.

v. Delta Lloyd heeft sinds 1970 een eigen pensioenregeling. Deze is altijd (gespreks)onderwerp of onderdeel geweest van de op de arbeidsovereenkomsten tussen Delta Lloyd en haar werknemers toepasselijke cao. Voorheen was dat de bedrijfstak-cao voor het Verzekeringsbedrijf Binnendienst. Vanaf 1 januari 2003 is dat de ondernemings-cao voor de Delta Lloyd Groep. De cao wordt standaard geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten die tot de Delta Lloyd Groep behorende ondernemingen als werkgever sluiten met hun personeel. Daarnaast geldt een personeelshandboek waarin het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds zijn opgenomen. Dit personeelshandboek bevat tevens een eenzijdig wijzigingsbeding. In de arbeidsovereenkomst is dit personeelshandboek van toepassing verklaard en is tevens gewezen op het eenzijdig wijzigingsbeding dat daarin is opgenomen.

vi. Het Pensioenfonds is verantwoordelijk voor de inhoud van het pensioenreglement, waarin de cao-afspraken uitgeschreven worden. In de diverse pensioenreglementen is (steeds in artikel 3 lid 1) op soortgelijke wijze omschreven wat het begrip pensioenaanspraken omvat. Zo zijn in het pensioenreglement 1991 de pensioenaanspraken als volgt geformuleerd:

“Krachtens deze regeling wordt aanspraak verkregen op ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen. Onder nabestaandenpensioen wordt verstaan: weduwenpensioen, weduwnaarspensioen, partnerpensioen, tijdelijk partnerpensioen en wezenpensioen.”

en luidt die omschrijving in het pensioenreglement 2000 als volgt:

“Aan de deelnemers worden pensioenaanspraken toegekend onder de voorwaarden in dit reglement omschreven. Deze pensioenaanspraken omvatten:

- ouderdomspensioen voor alle deelnemers;
- overbruggingspensioen voor alle deelnemers;
- arbeidsongeschiktheidspensioen voor alle deelnemers, die behoren tot de verplicht verzekerden volgens de WAO en wier jaarsalaris meer bedraagt dan het maximum jaarloon, waarover uitkeringen ingevolge voornoemde wet worden berekend;
- nabestaandenpensioen voor alle deelnemers;
- wezenpensioen voor alle deelnemers.”

vii. In verband met de pensioenregeling is tevens een financieringsovereenkomst gesloten tussen de werkgever enerzijds en het Pensioenfonds anderzijds. Artikel 2 lid 2 van deze overeenkomst van 25 februari 2004, zoals die gold tussen 1 januari 2003 en 1 januari 2006 luidde als volgt:

“De werkgever verbindt zich het pensioenfonds jaarlijks de bijdrage te verstrekken, onverminderd het recht van de werkgever om gebruik te maken van het in het pensioenreglement opgenomen voorbehoud om de betaling van de benodigde gelden voor de toekomst te verminderen of geheel te beëindigen. De bijdrage van de werkgever bestaat uit:

a. de volgende bedragen die het pensioenfonds aan de herverzekeraar verschuldigd is:

- de netto premie of koopsom voor de opbouw van pensioen in het jaar en de netto risicopremies;
- de netto koopsom voor de indexaties van tot het jaar opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers in het Pensioenfonds;
- de netto premie of koopsom voor aanspraken of pensioenen uit hoofde van overgangsregelingen;

b. de koopsommen voor indexatie van de aanspraken uit hoofde van de oude pensioenregeling zoals die gold voor werknemers van

- Delta Lloyd NV die uitdienst getreden zijn vóór 1 augustus 2000 en
- Ohra B.V. die uitdienst getreden zijn vóór 1 januari 2001”.

viii. In artikel 10 van de statuten van het Pensioenfonds is bepaald dat het pensioenreglement niet in strijd mag zijn met de statuten van het Pensioenfonds.

ix. Artikel 15 van de statuten van het Pensioenfonds bevatte in ieder geval in januari 1983 de volgende mogelijkheid tot wijziging:

"1. Het bestuur kan besluiten tot wijziging van deze statuten en van het pensioenreglement, na verkregen goedkeuring van de Raad van bestuur en van de Ondernemingsraad, behoudens het bepaalde in de volgende leden van dit artikel.

2. (...)

3. Wijziging van het pensioenreglement zal niet kunnen leiden tot vermindering van pensioenaanspraken, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, behoudens het bepaalde in lid 5.

4. Indien het bestuur in overeenstemming met het oordeel van de actuaris constateert, dat de bezittingen van het pensioenfonds tezamen met de te verwachten inkomsten ontoereikend zijn ter dekking van de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds zal het bestuur voorstellen doen tot een zodanige wijziging van het pensioenreglement, dat het verstoorde evenwicht wordt hersteld. (...)

5. Vermindering der aanspraken als in lid 4 bedoeld, zal voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaatsvinden, echter met dien verstande dat pensioenen, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, onaangetast blijven, voorzover de in het pensioenfonds aanwezige middelen zulks toestaan."

x. Bij akte, verleden op 23 augustus 2006, is deze bepaling in artikel 22 van de statuten van het Pensioenfonds als volgt komen te luiden:

"1. Het bestuur kan besluiten tot wijziging van deze statuten en van het pensioenreglement, na verkregen advies van de deelnemersraad.

2. Wijziging van het pensioenreglement zal niet kunnen leiden tot vermindering van pensioenaanspraken, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, behoudens het bepaalde in lid 4.

3. Indien het bestuur in overeenstemming met het oordeel van de actuaris constateert, dat de bezittingen van het pensioenfonds tezamen met de te verwachten inkomsten ontoereikend zijn ter dekking van de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds zal het bestuur voorstellen doen tot een zodanige wijziging van het pensioenreglement, dat het verstoorde evenwicht wordt hersteld.

Indien zes maanden nadat de wijzigingsvoorstellen door het bestuur zijn gedaan de deelnemersraad geen advies heeft gegeven, zal het bestuur het pensioenreglement zodanig wijzigen, dat het verstoorde evenwicht door middel van vermindering der aanspraken wordt hersteld, voor welke wijziging het advies van de deelnemersraad niet is vereist.

4. Vermindering der aanspraken als in lid 3 bedoeld, zal voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaatsvinden, echter met dien verstande dat pensioenen, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, onaangetast blijven, voorzover de in het pensioenfonds aanwezige middelen zulks toestaan."

xi. De statuten van het Pensioenfonds 2006 kennen (zie artikel 11) een deelnemersraad. Het functioneren van de deelnemersraad is vastgelegd in het Reglement deelnemersraad.

xii. Het oudste pensioenreglement van het Pensioenfonds dateert uit 1970. In 1981, 1991, 2000, 2001, 2002, 2003 en 2006 is het pensioenreglement van het Pensioenfonds, zoals dat gold sedert 1970, gewijzigd.

xiii. Artikel 18 van het pensioenreglement 1970 zoals dat in 1981 luidde, bepaalt:

"1. Ingegane pensioenen worden jaarlijks per 1 januari aangepast aan een eventuele stijging van de kosten van levensonderhoud.

(...)

4. De jaarlijkse aanpassing aan de stijging van de kosten van levensonderhoud vindt plaats op basis van de prijsindexcijfers, die worden gehanteerd bij het bepalen van de prijscompensatie voor salarissen volgens de Collectieve Arbeidsovereenkomst in het verzekeringsbedrijf. (...)"

xiv. Artikel 15 van het pensioenreglement 1970 zoals dat in 1981 luidde, bepaalt:

"1. Door het pensioenfonds worden ter dekking van de pensioenverplichtingen herverzekeringen als bedoeld in artikel 3 lid 3 van de statuten gesloten bij de herverzekeraar. (...) Voor de aanpassing van ingegane pensioenen aan de stijging van de kosten van levensonderhoud als bedoeld in artikel 18 worden per de 1e januari waarop de aanpassing plaatsvindt zodanige koopsommen betaald, dat de verhoogde pensioenrechten volledig zijn gedekt.

2. (...)

3. De aan de pensioenregeling verbonden kosten komen geheel ten laste van de werkgever.

4. De Raad van bestuur behoudt zich het recht voor om, wanneer dit ter waarborging van de continuïteit van de onderneming naar zijn oordeel noodzakelijk is, de betaling van de voor de instandhouding der pensioenregeling benodigde gelden voor de toekomst te verminderen of geheel te beëindigen. In dat geval zullen de uit dit reglement voortvloeiende pensioenaanspraken door een reglementswijziging aan de gewijzigde situatie worden aangepast, op welke reglementswijziging het bepaalde in artikel 15 leden 4 en 5 van de statuten van toepassing is."

xv. Artikel 24 van het pensioenreglement 1970, zoals gewijzigd in 1991, luidt als volgt:

"1. Ingegane pensioenen worden jaarlijks per 1 januari aangepast aan een eventuele stijging van de kosten van levensonderhoud.

(...)

4. De jaarlijkse aanpassing aan de stijging van de kosten van levensonderhoud vindt plaats op basis van het geschoonde prijsindexcijfer van de gezinsconsumptie voor werknemersgezinnen, zoals dat wordt berekend door het Centraal Bureau voor de Statistiek. (...)"

xvi. Met ingang van 1 januari 1999 is pensioenreglement 2000 in werking getreden voor de werknemers die op of na 1 augustus 2000 werknemer zijn bij Delta Lloyd. Het reglement is goedgekeurd door de raad van bestuur van Delta Lloyd en de ondernemingsraad.

xvii. Artikel 22 van het pensioenreglement 2000 bepaalt, voor zover thans van belang:

"1. De opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers worden, met inachtneming van het bepaalde in artikel 23, lid 2 van dit pensioenreglement, gelijktijdig aangepast met het percentage van de algemene loonrondes in de verzekeringsbedrijfstak. Verwerking van deze aanpassing geschiedt jaarlijks per 1 januari, dan wel per de datum van beëindiging van deelnemerschap.

2. Het pensioenfonds streeft naar aanpassing van ingegane pensioenen en premievrije pensioenen van gewezen deelnemers volgens het bepaalde in de hierna volgende leden, tenzij de financiële positie van het pensioenfonds naar het oordeel van het bestuur, gehoord de actuaris, dit niet toelaat, met name indien de werkgever gebruik maakt van zijn bevoegdheid als neergelegd in artikel 23, lid 2 van dit pensioenreglement.

3. Ingegane pensioenen en premievrije pensioenen van gewezen deelnemers worden, met inachtneming van het bepaalde in lid 2, jaarlijks per 1 januari aangepast aan een eventuele stijging van de kosten van levensonderhoud.

4. De jaarlijkse aanpassing aan de stijging van de kosten van levensonderhoud vindt, met inachtneming van het bepaalde in lid 2, plaats op basis van de Consumentenprijsindex alle huishoudens, afgeleid, zoals die wordt berekend door het Centraal Bureau voor de Statistiek.

5. De jaarlijkse aanpassing geschiedt, met inachtneming van het bepaalde in lid 2, door telkens per 1 januari de laatstelijk vastgestelde pensioenbedragen te verhogen met hetzelfde percentage, als waarmee het over oktober van het voorgaande jaar vastgestelde prijsindexcijfer is gestegen ten opzichte van het over oktober van het daar weer aan voorafgaande jaar vastgestelde prijsindexcijfer.

Indien door deze aanpassing de pensioenen sterker zouden stijgen dan de salarissen in de overeenkomstige periode zijn gestegen ten gevolge van de in de CAO voor het verzekeringsbedrijf overeengekomen aanpassing(en) aan de stijging van de kosten voor levensonderhoud, kan het bestuur besluiten de aanpassing van de pensioenen tot een gelijke stijging te beperken; in dat geval zullen de pensioenen echter ten minste worden aangepast aan de stijging van het prijsindexcijfer als bedoeld in de eerste zin van dit lid, met een maximum van 3%. Het bestuur kan besluiten een stijging niet toe te passen voorzover deze in enig jaar meer dan 5% zou bedragen.

(...)"

xviii. Artikel 23 lid 1 van het pensioenreglement 2000 bepaalt dat de kosten van de pensioenregeling voor rekening zijn van de werkgever, waarbij deze volgens lid 2 bevoegd is tot vermindering of beëindiging van de betaling van de kosten van de pensioenregeling indien de financiële toestand van de werkgever zodanig is dat hij de kosten van de pensioenregeling slechts gedeeltelijk of niet meer kan dragen. Indien de werkgever van deze bevoegdheid gebruik maakt, zal het pensioenreglement worden aangepast aan de gewijzigde situatie.

xix. De wijzigingen in 2001 bevatten, voor zover hier van belang, geen substantiële veranderingen ten opzichte van de bepalingen zoals die in het reglement voorkwamen bij invoering in 1999.

xx. Hetzelfde geldt voor de wijzigingen in 2002.

xxi. Met ingang van 1 januari 2003 geldt het pensioenreglement 2003. De hier van belang zijnde bepalingen luiden niet anders dan in het pensioenreglement 2000. Dit pensioenreglement is van toepassing op degenen die op 1 januari 2003 en daarna in dienst zijn van Delta Lloyd.

xxii. In 2006 is wederom een nieuw pensioenreglement ingevoerd. De hier van belang zijnde bepalingen luiden als volgt:

"ARTIKEL 23. KOSTEN VAN DE PENSIOENREGELING

1. De deelnemers zullen, als bijdrage in de kosten van de pensioenregeling, aan de werkgever tot aan de richtpensioendatum jaarlijks een bedrag verschuldigd zijn ter grootte van 6 2/3% van de voor hen vastgestelde pensioengrondslag voor de berekening van het ouderdomspensioen.

2. (...)

3. (...)

4. De overige kosten van de pensioenregeling zijn voor rekening van de werkgever.

5. (...)

6. (...)

7. (...)

8. De werkgever behoudt zich de bevoegdheid voor tot vermindering of beëindiging van de betaling van de kosten van de pensioenregeling, indien zijn financiële toestand van dien aard is, dat hij de kosten van de pensioenregeling slechts gedeeltelijk of niet meer kan dragen.

Indien de werkgever van deze bevoegdheid gebruik maakt, zal de werkgever de deelnemers en het pensioenfonds daarvan onverwijld schriftelijk in kennis stellen en zal het pensioenreglement worden aangepast aan de gewijzigde situatie.

(...)

ARTIKEL 26. AANPASSINGEN VAN DE PENSIOENEN

Tot 2011, laatste aanpassing op 01.01.2011

1. De werkgever verleent tot 01.01.2011 de deelnemers, jaarlijks op 1 januari een toeslag op hun opgebouwde aanspraken op basis van het percentage van de ontwikkeling van de CAO-lonen van het voorafgaande jaar.

2. De werkgever verleent tot 01.01.2011 de pensioengerechtigden en de gewezen deelnemers, jaarlijks op 1 januari een toeslag op hun ingegane pensioenen, respectievelijk hun opgebouwde aanspraken op basis van de CBS Consumentenprijsindex alle huishoudens (...).

3. Voor de toeslagverlening als vermeld in lid 1 en 2 van dit artikel is geen bestemmingsreserve bij het pensioenfonds gevormd. De werkgever en het pensioenfonds zijn overeengekomen dat de werkgever tot 01.01.2011 jaarlijks een bedrag stort dat voldoende is om de toeslagen te financieren.

4. Indien de werkgever gebruik maakt van zijn voorbehoud als opgenomen in artikel 23 lid 8 van dit pensioenreglement, verleent het pensioenfonds de ingegane pensioenen en opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers en gewezen deelnemers geen doelgerichte toeslagen.

5. Het bestuur kan bij toepassing van lid 4 van dit artikel jaarlijks besluiten om per 1 januari een toeslag te verlenen indien de financiële situatie van het pensioenfonds zodanig is dat toekenning van de toeslag niet ten koste gaat van de pensioenrechten en pensioenaanspraken en het fonds over vrij vermogen beschikt.

6. Het bestuur beslist tot aanpassing indien de financiële positie van het pensioenfonds naar het oordeel van het bestuur dit toelaat.

Vanaf 2011, eerste aanpassing op 01.01.2012

7. Voor de ingegane pensioenen, ongeacht het tijdstip van ingang, de premievrije pensioenaanspraken van gewezen deelnemers, ongeacht het tijdstip van premievrij maken en de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers, worden vanaf 01.01.2011 jaarlijks toeslagen verleend van maximaal de stijging van de consumenten prijsindex alle huishoudens, afgeleid (2006=100) over de periode van 12 maanden gerekend vanaf oktober tot en met september direct voorafgaand aan de datum waarop de indexatie plaatsvindt, zoals vastgesteld door het CBS, tenzij voor 1-01-2011 het bepaalde in lid 4 van dit artikel van toepassing is.

8. In afwijking van het bepaalde in lid 7 van dit artikel kan het bestuur beslissen om op de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers een toeslag te verlenen die is gebaseerd op het percentage van de ontwikkeling van de CAO-lonen van het voorafgaande jaar.

9. Het bestuur beslist jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast.

10. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is geen bestemmingsreserve gevormd en wordt geen premie betaald.

(...)"

xxiii. De wijziging van het pensioenreglement in 2006 berustte op een besluit van het Pensioenfonds van 6 september 2006 tot harmonisatie van verscheidene, op dat moment bestaande indexatiebepalingen (verder: het Harmonisatiebesluit). De achtergrond en procedure daarvan zijn als volgt geweest.

xxiv. In de pensioenregeling zoals die sinds 2000 gold, was de indexatie van de pensioenaanspraken van de groep gewezen deelnemers en de pensioenen van gepensioneerden vanaf 1 augustus 2000 afhankelijk van de financiële positie van het Pensioenfonds. Uit een studie in opdracht van de cao-partijen bleek dat het Pensioenfonds over onvoldoende middelen beschikte om met een hoge mate van zekerheid de prijsindexatie of een gedeelte daarvan te kunnen continueren. Dit heeft ertoe geleid dat aan de cao-partijen de keus is voorgelegd tussen enerzijds een hoge mate van zekerheid en een lager ambitieniveau of, anderzijds, een iets lagere mate van zekerheid zonder aanpassing van het ambitieniveau.

xxv. Als gevolg van de beurscrisis in 2002/2003 zijn zeer veel pensioenfondsen in Nederland onder de voorgeschreven dekkingsgraadvereisten terechtgekomen. In reactie daarop heeft de toezichthouder een financieel toetsingskader opgesteld.

In dat kader werd ook een beleid ontwikkeld ten aanzien van indexatieverplichtingen. Dit beleid hield onder meer in dat pensioenfondsen zich beter bewust moesten worden van wat deze op het gebied van indexatie hadden gecommuniceerd en dat zij, afhankelijk van de inhoud van die communicatie, de financiering daarvan correct dienden te regelen. In het kader van deze operatie (die in 2003-2004 plaatsvond) is voor het eerst op brede schaal gesproken in termen van "voorwaardelijke indexatie" en "onvoorwaardelijke indexatie".

xxvi. Bij veel pensioenfondsen bleek de communicatie (nog) niet op dit duidelijke onderscheid te zijn afgestemd. Dat heeft de toezichthouder ertoe gebracht om deze pensioenfondsen voor de keus te stellen of (1) de tekst met betrekking tot indexatie te verhelderen om tot uitdrukking te brengen dat het een voorwaardelijke indexatie betrof (financiering op voorhand was in dat geval niet nodig) of (2) de indexatie een onvoorwaardelijk karakter te geven, hetgeen dan financiering op voorhand wel noodzakelijk maakte.

xxvii. In het kader van deze operatie heeft de toezichthouder – die vanaf 1981 tot 2005 steeds heeft geaccepteerd dat het Pensioenfonds geen technische voorziening aanhield voor haar indexatieverplichting – voor het eerst gesteld dat voor de gepensioneerden onder het pensioenreglement 1991 een financiële voorziening door het Pensioenfonds getroffen zou moeten worden ter dekking van alle in de toekomst te verlenen toeslagen indien niet beter tot uitdrukking werd gebracht dat het hier een voorwaardelijke toeslagregeling betrof. Hiermee zou volgens Delta Lloyd c.s. een bedrag gemoeid zijn geweest van ± € 160.000.000,=. Een dergelijk bedrag kon het Pensioenfonds niet opbrengen. Volgens het Pensioenfonds beschikte het slechts over een buffer van ongeveer € 90.000.000,= die bestemd was voor de groep gewezen deelnemers en gepensioneerden vanaf 1 augustus 2000. Bovendien was in de financieringsovereenkomst geen bijstortingsverplichting van de werkgever afgesproken, zodat in het geval van een (indexatie)reservetekort geen beroep op de werkgever kon worden gedaan.

xxviii. Uiteindelijk is door sociale partners gekozen voor het "voorwaardelijk maken van alle indexaties" omdat dit bij afweging van de belangen van alle betrokkenen het meest evenwichtig was. Met "voorwaardelijk" werd bedoeld dat de toekenning van indexatie ten aanzien van de opgebouwde aanspraken van alle actieven, de ingegane pensioenen van alle gepensioneerden en de premievrije pensioenen van alle gewezen werknemers, afhankelijk werd gemaakt van de daarvoor beschikbare middelen in het Pensioenfonds en daardoor niet langer meer afhankelijk was van enige koopsombetaling door de werkgever. Delta Lloyd heeft uiteindelijk € 92.000.000,= plus € 150.000.000,= voor indexatiekosten bijbetaald. Er is besloten voor geen van de betrokkenen een uitzondering te maken met betrekking tot het voorwaardelijk maken van de indexatie.

xxix. In de cao 2005-2007 was ook afgesproken dat de jaarlijkse premie gebaseerd werd op de actuariële premie op basis van een rekenrente van drie procent. Dit percentage was voorheen vier procent. Door verlaging van het percentage is het Pensioenfonds beter in staat om overrente te realiseren, hetgeen vervolgens kan worden aangewend voor indexatie. Uit een in opdracht van het Pensioenfonds uitgevoerde studie bleek dat bij een omrekening van de pensioenverplichtingen van het Pensioenfonds op een rekenrente van drie procent én een eenmalige koopsom van de werkgever van € 92.000.000,- én jaarlijkse bijstorting van in totaal € 150.000.000,- in de periode 2006 tot aan 2011, er naar verwachting voldoende middelen in het Pensioenfonds zouden zijn om ook vanaf 2011 te kunnen blijven indexeren conform ambitieniveau.

xxx. Het Pensioenfonds heeft vervolgens besloten tot het invoeren van een en ander.

xxxi. Het bestuur van het Pensioenfonds heeft haar voorgenomen besluit ter advies voorgelegd aan de deelnemersraad op 9 januari 2006 en opnieuw op 22 juni 2006 en met de deelnemersraad besproken. Deze heeft niet binnen de door het Reglement van de deelnemersraad voorgeschreven termijn van twee maanden advies uitgebracht (de uiterlijke datum was gesteld op 29 augustus 2006, de bestuursvergadering was op 6 september 2006). Op grond van art. 4 lid 4 van het Reglement wordt de deelnemersraad in dat geval geacht het bestuur van het Pensioenfonds te adviseren om te besluiten volgens haar voornemen. Formeel is derhalve sprake geweest van een positief advies. De deelnemersraad heeft op 6 september 2006 inhoudelijk gereageerd. Dit advies luidde dat de deelnemersraad er niet van overtuigd was dat de aanpassing van de indexeringsregeling noodzakelijk was, maar enkel gebeurde op wens van de werkgever.

xxxii. Het bestuur van het Pensioenfonds heeft nog een bijeenkomst gehad met de deelnemersraad op 6 oktober 2006 en aangegeven dat continuatie van de bestaande indexatieregelingen onmogelijk was gelet op de financiële impact die de aangescherpte wettelijke eisen meebrachten en dat de kans van realisatie van de indexatie-ambitie in de oude vóór 1 augustus 2000 geldende regeling van 85% was opgelopen en 90 tot 95% bedroeg.

xxxiii. De deelnemersraad heeft zijn standpunt niet nader willen motiveren. Na dit overleg heeft de deelnemersraad geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer tegen het Harmonisatiebesluit.

xxxiv. Bij brief van 27 november 2006 zijn de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden door het Pensioenfonds geïnformeerd dat de onvoorwaardelijke indexering – althans de regeling zoals die van toepassing was op gewezen deelnemers en gepensioneerden in de pensioenregeling die gold vóór 1 augustus 2000 – met ingang van 1 januari 2011 zou worden gewijzigd in een voorwaardelijke indexering.

xxxv. Blijkens (de bijlagen bij) deze brief luidt de indexeringsbepaling met ingang van 1 januari 2011 als hiervoor onder (xxii) aangegeven.

xxxvi. De inhoud van deze brief luidt, voorzover hier van belang:

“Vanaf 1 januari 2011 zal de indexatie van uw pensioenaanspraken niet meer jaarlijks door de werkgever aan het pensioenfonds betaald worden, maar indien mogelijk uit de vrij beschikbare middelen van het pensioenfonds gefinancierd gaan worden. De werkgever heeft in verband met deze wijziging een extra storting in het pensioenfonds gedaan en de toekomstig te betalen premie is verhoogd. Hierdoor is de verwachting dat op basis van de huidige economische uitgangspunten het pensioenfonds de pensioenen ook na 1 januari 2011 zal kunnen blijven indexeren.”

xxxvii. In de cao voor de jaren 2004 en 2005 is overeengekomen dat het indexatiebeleid tijdens de looptijd van de cao nader zal worden uitgewerkt. In de cao voor de jaren 2005, 2006 en 2007 is vastgelegd dat de kosten van de indexatie van de opgebouwde pensioenen geheel ten laste komen van het Pensioenfonds. Voorts is bepaald dat ernaar wordt gestreefd voor deelnemers de indexatie te baseren op de stijging van de cao-lonen en voor de gewezen deelnemers op basis van de prijsindex van het Centraal Bureau voor de Statistiek. De indexatie wordt gedurende de jaren 2006 tot en met 2010 betaald door de werkgever op basis van een ter beschikking te stellen koopsom.

3.2. De Vereniging c.s. hebben in eerste aanleg, kort gezegd, het volgende gevorderd. Allereerst hebben zij een verklaring voor recht gevorderd dat pensioenreglement 2000, 2001, 2002 en 2003 een recht op onvoorwaardelijke indexatie van ingegane pensioenen bevatten en dat zij die na 1 augustus 2000 gewezen deelnemer en/of gepensioneerde van het Pensioenfonds zijn geworden ook na 1 januari 1999 recht hebben op een onvoorwaardelijke indexatie van hun ingegane pensioenen en gevorderd dat Delta Lloyd c.s. zal worden verplicht om de ingegane pensioenen van Engelenberg en Vos met ingang van hun pensioendatum onvoorwaardelijk te indexeren. Voorts hebben de Vereniging c.s. een verklaring voor recht gevorderd dat de wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke indexatie – krachtens het Harmonisatiebesluit – per 1 januari 2011 niet rechtsgeldig is en gevorderd dat Delta Lloyd c.s. zal worden verplicht om de ingegane pensioenen van Engelenberg en Vos ook na 1 januari 2010 (bedoeld zal zijn: 2011) onvoorwaardelijk te indexeren. Daarnaast hebben de Vereniging c.s. een verklaring voor recht gevorderd dat de wijze van financiering

van de indexeringsregeling, waarbij Delta Lloyd niet langer verplicht is de kosten van de indexeringsregeling te betalen, niet rechtsgeldig is en gevorderd dat Delta Lloyd zal worden verplicht de kosten van de indexeringsregeling te betalen. Ten slotte hebben de Vereniging c.s. gevorderd dat Delta Lloyd c.s. zal worden veroordeeld tot betaling van buitengerechtigde kosten ten bedrage van € 12.481,86 en van de proceskosten.

3.3. De Vereniging c.s. hebben hun vorderingen hierop gegrond, kort gezegd, dat vóór 1 januari 1999 een onvoorwaardelijke indexeringsregeling gold, dat de wijziging van het pensioenreglement in het jaar 2000 niet tot gevolg heeft gehad dat voor de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden – waaronder Engelenberg – die op of na 1 augustus 2000 in dienst waren bij Delta Lloyd een voorwaardelijke indexeringsregeling is gaan gelden, dat het Harmonisatiebesluit van 2006 er evenmin toe heeft geleid dat de indexatiebepalingen – die een onvoorwaardelijk karakter hadden – voor gewezen deelnemers en gepensioneerden een voorwaardelijk karakter hebben gekregen en dat het Delta Lloyd en het Pensioenfonds in dat kader niet vrijstond de wijze van financiering van de indexeringsregeling in die zin te wijzigen dat niet langer Delta Lloyd de kosten van de indexeringsregeling betaalde maar het Pensioenfonds dit uit eigen middelen diende te doen.

3.4. De kantonrechter heeft beslist, kort gezegd, dat de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 geen onvoorwaardelijke indexatie bevatten en, voorts, dat de bij het Harmonisatiebesluit van 2006 doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie, die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000, in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011 rechtsgeldig is. Verder heeft de kantonrechter de Vereniging niet ontvankelijk verklaard in haar vordering dat Delta Lloyd voor de financiering van de indexeringsregeling dient te zorgen, omdat de Vereniging buiten de financieringsafspraken staat. Met betrekking tot Engelenberg en Vos heeft de kantonrechter beslist dat hun pensioenen dienen te worden geïndexeerd conform de voor hen geldende regelingen, inclusief de addenda van 2006 en 2009.

3.5. De Vereniging c.s. hebben geen grieven aangevoerd tegen de bestreden vonnissen van 1 juli 2008 en 17 november 2009, zodat zij niet ontvankelijk dienen te worden verklaard in hun hoger beroep voor zover dit tegen deze vonnissen is gericht.

3.6. Bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof is komen vast te staan dat wat de Vereniging c.s. bij memorie van grieven onder E, F, G en H hebben aangevoerd de grieven van de Vereniging c.s. vormen en dat dit ook als zodanig door Delta Lloyd c.s. is opgevat.

3.7. Bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof is tevens komen vast te staan dat alle (drie) incidentele grieven als voorwaardelijk zijn bedoeld.

3.8. De Vereniging c.s. hebben een viertal grieven tegen de beslissingen van de kantonrechter aangevoerd, die in de memorie van grieven als E tot en met H worden omschreven, hierna als grief 1 tot en met grief 4 zullen worden aangeduid en – kort gezegd – inhouden dat de kantonrechter ten onrechte heeft beslist

– dat de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 geen onvoorwaardelijke indexatie bevatten (grief 1);

– dat de bij het Harmonisatiebesluit van 2006 doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie, die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000, in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011 rechtsgeldig is (grief 2);

– dat de Vereniging niet ontvankelijk is in haar vordering dat Delta Lloyd voor de financiering van de indexeringsregeling dient te zorgen, omdat de Vereniging buiten de financieringsafspraken zou staan (grief 3);

– dat bij de brief van Delta Lloyd Verzekeringen van 19 november 2004 (productie 5 bij akte na tussenvonnis van de zijde van Delta Lloyd c.s.) geen expliciete individuele toezegging is gedaan aan Engelenberg dat zijn pensioenaanspraken waardevast blijven door een jaarlijkse indexatie, maar de brief slechts de strekking heeft om Engelenberg als gewezen deelnemer onder het pensioenreglement 2003 aan te merken (grief 4).

Delta Lloyd c.s. hebben hun eerste incidentele grief gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat vóór 1 januari 1999 een onvoorwaardelijke indexeringsregeling gold, terwijl zij met hun tweede en derde incidentele grief betogen dat De Vereniging niet ontvankelijk is in haar vorderingen omdat zij niet voldoet aan de vereisten van artikel 3:305a BW. De incidentele grieven zijn slechts voorwaardelijk ingesteld.

3.9. Het hof ziet aanleiding eerst de grieven in het principaal appel te behandelen en de incidentele grieven voorshands buiten beschouwing te laten. Dit betekent dat het hof voorshands ervan zal uitgaan dat vóór 1 januari 1999 een onvoorwaardelijke indexeringsregeling gold, zoals de kantonrechter heeft beslist. Slaagt het principaal appel, dan zullen de incidentele grieven alsnog worden besproken. Faalt het principaal appel, dan blijven de incidentele grieven buiten bespreking.

3.10. Bij beantwoording van de (door de eerste grief opgeworpen) vraag of de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 een onvoorwaardelijke indexatie bevatten, stelt het hof het volgende voorop. Als uitgangspunt geldt dat de zogenoemde cao-norm is

aangewezen voor de uitleg van een pensioenreglement in de verhouding tussen het pensioenfonds en een werknemer, voor wie de bedoeling van de oorspronkelijk contracterende partijen niet kenbaar is – behoudens voor zover van die bedoeling blijkt uit een schriftelijke toelichting – en die op de formulering daarvan geen invloed heeft gehad. Het voorgaande houdt in dat aan de bepalingen van het pensioenreglement een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven. Bij gebreke van een gepubliceerde schriftelijke toelichting op het pensioenreglement zijn bij de uitleg daarvan derhalve in beginsel de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen die het reglement tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin het reglement is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in het reglement gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden (vgl. HR 8 oktober 2010, NJ 2010, 546).

3.11. Geen van beide partijen heeft gesteld dat een gepubliceerde schriftelijke toelichting op het pensioenreglement 2000 voorhanden is, zodat bij de uitleg daarvan in beginsel de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn. Op grond van die bewoordingen kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat de onvoorwaardelijkheid van de indexatie, voor zover voordien aanwezig, met het ingaan van het pensioenreglement 2000 in elk geval niet is gehandhaafd. De in artikel 22 lid 2 van dit reglement gebruikte bewoordingen dat het pensioenfonds “streeft naar aanpassing van ingegane pensioenen” [curs. hof] wijkt zodanig af van de in artikel 24 lid 1 van het pensioenreglement 1991 gehanteerde tekst luidende “Ingegane pensioenen worden jaarlijks per 1 januari aangepast” [curs. hof] dat daaraan een belangrijke materiële betekenis moet worden toegekend. Omdat “streven naar” in het normale spraakgebruik in beginsel niet meer betekenis heeft dan “zijn best doen om”, kan het gebruik van deze bewoordingen niet worden uitgelegd als een recht op onvoorwaardelijke indexatie uitdrukkelijk, maar slechts als een voorwaardelijke indexatie. Met deze uitleg stroken andere in artikel 22 (met name lid 5) voorkomende bepalingen, zoals de regel dat de aanpassing van ingegane en premievrije pensioenen volgens prijsindexcijfer bij een prijsindexcijfer boven de drie procent door het bestuur kan worden beperkt tot de stijging van lonen bij de werkgever: via invloed op die loonstijging heeft de werkgever tevens invloed op de indexatie. Met die uitleg strookt eveneens het financieringsvoorbewoud dat de werkgever ingevolge artikel 23 van het reglement heeft.

3.12. Voor zover de Vereniging c.s. zich hebben beroepen op de bedoeling die bij de totstandkoming van het pensioenreglement 2000 zou hebben voorgezeten en zij terzake bewijs hebben aangeboden (zie met name dagvaarding in eerste aanleg onder 3.17 tot en met 3.27 en memorie van grieven onder 36.6 tot en met 36.8), gaat het hof hieraan voorbij, omdat het blijkt uit het hiervoor (onder 3.10) geformuleerde uitgangspunt niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die het reglement tot stand hebben gebracht voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn. Met betrekking tot de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende tekstinterpretaties kunnen leiden – waaromtrent partijen geen specifieke stellingen hebben betrokken – merkt het hof slechts op dat in elk geval niet ondenkbaar is dat op zeker moment van een ruimhartiger naar een beperkter indexatiebeleid wordt overgegaan, of vice versa.

3.13. Voor zover de stellingen van de Vereniging c.s. zo moeten worden begrepen dat de wijziging van een onvoorwaardelijke naar een voorwaardelijke indexatie niet is medegedeeld aan de belanghebbenden – omdat zowel de informatiebrief van 3 april 2001 als de daarbij gevoegde populaire versie van het reglement hierover niet duidelijk (genoeg) waren – en daarom geen effect kan hebben (zie met name dagvaarding in eerste aanleg onder 3.4 tot en met 3.9 en memorie van grieven onder 36.1 tot en met 36.5 en ook 36.9) overweegt het hof dat deze stelling op het onjuiste uitgangspunt berust dat wijziging van een bepaling in het reglement alleen rechtsgeldig is als deze is gecommuniceerd en miskent dat communicatie geen vereiste is om een wijziging van het pensioenreglement rechtsgeldig en afdwingbaar te doen zijn.

3.14. Voor zover de stellingen van de Vereniging c.s. in dit verband ten slotte zo zouden moeten worden begrepen dat zowel de informatiebrief van 3 april 2001 als de daarbij gevoegde populaire versie van het reglement niet duidelijk (genoeg) waren omtrent de wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie en dat de belanghebbenden daaraan het gerechtvaardigd vertrouwen hebben mogen ontlenen dat het systeem van onvoorwaardelijke indexatie ook met het pensioenreglement 2000 werd voortgezet, kan het betoog van de Vereniging c.s. evenmin slagen. Vaststaat dat eerst als gevolg van de beurscrisis in 2002/2003 de toezichthouder een financieel toetsingskader heeft opgesteld en in dat kader ook een beleid is ontwikkeld ten aanzien van indexatieverplichtingen, onder meer inhoudende dat pensioenfondsen zich beter bewust moesten worden van wat deze op het gebied van indexatie hadden gecommuniceerd en, afhankelijk van de inhoud van die communicatie, de financiering daarvan correct dienden te regelen en dat in het kader van deze operatie (die in 2003-2004 plaatsvond) voor het eerst op brede schaal is gesproken in termen van “voorwaardelijke indexatie” en “onvoorwaardelijke indexatie”. In het licht hiervan kan naar het oordeel van het hof niet zonder de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden – die, hoewel dit op de weg lag van de Vereniging c.s., niet door haar zijn gesteld – worden aangenomen dat de Vereniging c.s. als gevolg van de (gebrekkige) wijze van communicatie gerechtvaardigd erop hebben mogen vertrouwen dat het systeem van onvoorwaardelijke indexatie ook met het pensioenreglement 2000 werd voortgezet.

3.15. Hetgeen de Vereniging c.s. in dit verband meer of anders hebben aangevoerd (zie met name memorie van grieven onder 36.10 tot en met 37) kan aan het voorgaande niet afdoen. Dit betekent dat *grief 1 in het principaal appel* faalt.

3.16. Met betrekking tot de (door de tweede grief opgeworpen) vraag of de bij het Harmonisatiebesluit van 2006 doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie – die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000 – in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011 rechtsgeldig is, overweegt het hof allereerst dat het bij de beantwoording van die vraag tevens de (door de derde grief opgeworpen) vraag betreft of de wijziging van de wijze van financiering van de indexering die daarbij plaatsvond, rechtsgeldig is. Dit aspect vormt immers onderdeel van het in 2006 genomen Harmonisatiebesluit. Het hof ziet geen aanleiding om, zoals de kantonrechter heeft gedaan, de Vereniging c.s. niet ontvankelijk te verklaren in hun vordering voor zover deze op dit aspect betrekking heeft. In het licht van al het voorgaande kan immers niet worden volgehouden dat de Vereniging c.s. – zoals de kantonrechter kennelijk heeft bedoeld – geen belang hebben bij de (wijze van) financiering van de door hen gevorderde indexering. In zoverre slaagt de tegen de beslissing van de kantonrechter op dit punt gerichte grief van de Vereniging c.s. in elk geval. Voorts overweegt het hof omtrent deze beide grieven als volgt.

3.17. Ten tijde van het Harmonisatiebesluit op 6 september 2006 gold de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) – de Pensioenwet trad eerst op 1 januari 2007 in werking – en bepaalde artikel 7 lid 1 aanhef en sub i PSW dat in de statuten en reglementen van een pensioenfonds en van een spaarfonds bepalingen moesten worden opgenomen betreffende onder meer (sub i) de wijziging van de statuten en reglementen, met name ook wat betreft de wijziging van de rechten en verplichtingen van de deelnemers, gewezen deelnemers en andere belanghebbenden in gevallen waarin de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding gaf. Op de voet hiervan was het bestuur van het Pensioenfonds op dat moment krachtens artikel 22 van de statuten bevoegd – na het inwinnen van advies van de deelnemersraad – tot wijziging van die statuten en van het pensioenreglement, met dien verstande dat dit – behoudens een gebrek aan in het Pensioenfonds aanwezige middelen – niet kon leiden tot vermindering van pensioenaanspraken die over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen waren opgebouwd, en kennelijk met name was beoogd voor het geval dat de bezittingen en de te verwachten inkomsten van het Pensioenfonds ontoereikend waren ter dekking van de pensioenverplichtingen van het fonds, in welk geval het bestuur voorstellen diende te doen tot een zodanige wijziging dat daarmee het verstoorde evenwicht werd hersteld.

3.18. De Vereniging c.s. hebben in dit verband allereerst aangevoerd dat zij, althans de leden van de Vereniging, toen zij nog werknemer waren van Delta Lloyd, met Delta Lloyd zijn overeengekomen dat zij recht hebben op een pensioen met een onvoorwaardelijke indexatie en dat de werkgever (deels) de kosten draagt voor deze indexatie, dat een eenmaal gemaakte afspraak in beginsel slechts kan worden gewijzigd indien beide partijen het met die wijziging eens zijn en dat zij zich niet akkoord hebben verklaard met de door Delta Lloyd in dit geval voorgestelde wijziging, zodat sprake is van een eenzijdige wijziging van de kant van Delta Lloyd die daarom niet rechtsgeldig is. Dit betoog faalt, reeds omdat uit het voorgaande volgt dat het Pensioenfonds krachtens artikel 22 van zijn statuten j^o artikel 7 lid 1 aanhef en sub i PSW (onder de daarin bepaalde voorwaarden) in beginsel bevoegd was wijzigingen aan te brengen in de statuten en het pensioenreglement en, naar vaststaat (zie hiervoor onder 3.1 sub (v)),

– de pensioenregeling altijd onderdeel is geweest van de op de arbeidsovereenkomsten tussen Delta Lloyd en haar werknemers toepasselijke cao,

– die cao standaard was geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten die Delta Lloyd als werkgever sloot met haar personeel,

– daarnaast bij Delta Lloyd een personeelshandboek bestond waarin het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds waren opgenomen en dat tevens een eenzijdig wijzigingsbeding bevatte, en

– de inhoud van dit personeelshandboek in de arbeidsovereenkomst van toepassing was verklaard, waarbij tevens werd gewezen op het eenzijdig wijzigingsbeding dat daarin was opgenomen.

3.19. De Vereniging c.s. hebben voorts betoogd – kort gezegd – dat de betrokken werknemers niet langer in dienst zijn bij Delta Lloyd en als gevolg daarvan niet langer pensioen genieten op basis van de pensioenovereenkomst tussen hen en Delta Lloyd, waardoor tussen hen en Delta Lloyd een uitgewerkte rechtsverhouding is ontstaan die in beginsel niet langer – en zeker niet eenzijdig – kan worden gewijzigd. Ook dit betoog moet worden verworpen, omdat het berust op het onjuiste uitgangspunt dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst iedere contractuele relatie die de werknemer is aangegaan ten tijde en als gevolg van zijn dienstverband – in het bijzonder ook die welke hij aan een pensioenovereenkomst althans aan het verkrijgen van pensioenaanspraken is gaan ontleen – tot een einde komt. Een pensioenovereenkomst is echter niet “uitgewerkt” bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar eerst op het moment dat geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn, waarvan voor de beoordeling van het onderhavige geval niet dient te worden uitgegaan.

3.20. De Vereniging c.s. hebben in dit verband verder aangevoerd dat de onvoorwaardelijke indexatie – die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000 – niet voor wijziging in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011 vatbaar was omdat deze behoorde tot de reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Het hof kan de Vereniging c.s. niet in dit betoog volgen. Vaststaat (zie hiervoor onder 3.1 sub (vi)) dat in de diverse pensioenreglementen is omschreven wat het begrip pensioenaanspraken

omvat en dat in die omschrijving geen indexeringsrechten voorkomen. Evenmin komt uit die reglementen of uit andere stukken naar voren dat enigerlei rechten op indexatie reeds voor de toekomst, dus voorafgaand aan de jaarlijkse aanpassing van de pensioenen, zijn gefinancierd. Voor zover de Vereniging c.s. hebben betoogd dat de bedoelde onvoorwaardelijkheid van de indexatie impliceerde dat deze niet (meer) voor wijziging vatbaar was, kan het hof de Vereniging c.s. evenmin in hun betoog volgen, reeds omdat met betrekking tot de artikelen waarop die onvoorwaardelijkheid wordt gebaseerd (zie hiervoor onder 3.1 sub (xiii) en (xv)) niet in de desbetreffende reglementen of elders is bepaald dat deze niet voor wijziging vatbaar zijn en een bepaling omtrent wijziging ook toen al in de statuten stond. Het hof verwijst in dit verband tevens naar wat het onder 3.18 reeds heeft overwogen. Het voorgaande sluit overigens niet uit dat een dergelijke wijziging onder omstandigheden misbruik van bevoegdheid – ter zake waarvan de stelplicht en bewijslast op de Vereniging c.s. rusten – kan opleveren (waaromtrent hierna onder 3.22 en 3.23) althans niet aan de aan wijziging te stellen eisen kan voldoen. Voor zover de Vereniging c.s. ter onderbouwing van hun standpunt ten slotte een beroep doen op (bepalingen uit) de Pensioenwet verwerpt het hof hun betoog, omdat de Pensioenwet eerst op 1 januari 2007 in werking is getreden en dus ten tijde van het nemen van het Harmonisatiebesluit nog niet gold.

3.21. De Vereniging c.s. hebben voorts aangevoerd dat, zo al sprake zou kunnen zijn van wijziging, deze wijziging werd beheerst door het bepaalde in artikel 7:613 BW, zodat aan de daar genoemde vereisten voor wijziging moest zijn voldaan, met name aan het in dat artikel vervatte vereiste dat een werkgever slechts een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

3.22. Het hof overweegt allereerst dat artikel 7:613 BW te dezen toepassing mist, omdat deze bepaling niet ziet op besluiten van een pensioenfonds, waar het hier om gaat, maar op besluiten van een werkgever, en de desbetreffende bevoegdheid niet enkel kan worden beschouwd – zoals de Vereniging c.s. hebben aangevoerd – als een door de werkgever aan het Pensioenfonds overgedragen bevoegdheid die het fonds niet meer of andere rechten verschaft dan de werkgever had. Dit laat evenwel onverlet dat het pensioenfonds onder omstandigheden misbruik van zijn in artikel 22 van de statuten vervatte bevoegdheid tot wijziging kan maken, hetgeen met name het geval zal kunnen zijn indien die wijziging tot vermindering van over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde premies opgebouwde pensioenaanspraken leidt of de wijziging niet ertoe strekt door middel van een vermindering van (andere) aanspraken een verstoord evenwicht te herstellen tussen enerzijds bezittingen en inkomsten van het Pensioenfonds en anderzijds diens pensioenverplichtingen, waarbij de vermindering van aanspraken voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid moet plaatsvinden.

3.23. Met betrekking tot de vraag of het Pensioenfonds door het nemen van het Harmonisatiebesluit misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, en daarmee de grenzen van zijn bevoegdheid heeft overschreden, overweegt het hof allereerst dat de Vereniging c.s. niet – althans niet anders dan vanuit de door het hof (onder 3.20) onjuist geachte aanname dat de onvoorwaardelijke indexatie die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000 behoorde tot de reeds opgebouwde pensioenaanspraken – hebben gesteld en evenmin is gebleken dat de daarmee bewerkstelligde wijziging tot vermindering van over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde premies opgebouwde pensioenaanspraken heeft geleid. Voorts overweegt het hof dat uit de feiten die in eerste aanleg zijn komen vast te staan – met name de feiten genoemd onder 3.1 sub (xxiv) tot en met (xxxvii) – en in hoger beroep niet althans onvoldoende door de Vereniging c.s. zijn weersproken, kan worden afgeleid dat het Pensioenfonds geen misbruik heeft gemaakt van haar in artikel 22 van de statuten vervatte bevoegdheid tot wijziging. In de eerste plaats strekte de wijziging ertoe om door middel van een vermindering van (andere) aanspraken een verstoord evenwicht te herstellen tussen enerzijds bezittingen en inkomsten en anderzijds pensioenverplichtingen van het Pensioenfonds. Vaststaat dat uit een studie in opdracht van de cao-partijen bleek dat het Pensioenfonds over onvoldoende middelen beschikte om met een hoge mate van zekerheid de prijsindexatie of een gedeelte daarvan te continueren. Vaststaat bovendien dat de toezichthouder – die vanaf 1981 tot 2005 steeds heeft geaccepteerd dat het Pensioenfonds geen technische voorziening aanhield voor zijn toekomstige indexatieverplichting – toen voor het eerst had gesteld dat voor de gepensioneerden onder het pensioenreglement 1991 een financiële voorziening door het Pensioenfonds getroffen zou moeten worden ter dekking van alle toekomstig te verlenen toeslagen (indexaties) indien niet beter tot uitdrukking zou worden gebracht dat het hier een voorwaardelijke toeslageregeling betrof, waarmee volgens Delta Lloyd c.s. een bedrag gemoeid zou zijn geweest van ± € 160.000.000,=, welk bedrag het Pensioenfonds niet kon opbrengen omdat het Pensioenfonds slechts beschikte over een buffer van ongeveer € 90.000.000,= die bestemd was voor de groep gewezen deelnemers en gepensioneerden vanaf 1 augustus 2000, terwijl bovendien in de financieringsovereenkomst geen bijstortingsverplichting van de werkgever was afgesproken, zodat in het geval van een (indexatie)reservetekort geen beroep op de werkgever kon worden gedaan. In de tweede plaats vond, in het kader van de wijziging, de vermindering van aanspraken voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaats. Dit kwam met name tot uitdrukking in de keuze van de sociale partners voor het “voorwaardelijk maken van alle indexaties” omdat dit bij afweging van de belangen van alle betrokkenen het meest evenwichtig was. Dat bij het maken van een dergelijke keuze de vermindering van aanspraken voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaatsvond, hebben de Vereniging c.s., op zichzelf beschouwd, niet (gemotiveerd) weersproken.

3.24. Hetgeen de Vereniging c.s. in dit verband meer of anders hebben aangevoerd (zie met name inleidende dagvaarding onder 4.22 tot en met 4.70) kan, in het licht van het door de Vereniging c.s. onvoldoende gemotiveerd bestreden verweer van Delta Lloyd c.s. (zie met name conclusie van antwoord onder 81 ad D tot en met 97), aan het voorgaande niet afdoen.

3.25. Het hof overweegt in dit verband ten overvloede dat ook als ervan zou moeten worden uitgegaan dat het Pensioenfonds voor het nemen van het Harmonisatiebesluit een zwaarwichtig belang had moeten hebben als bedoeld in artikel 7:613 BW, Delta Lloyd c.s. voldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld (zie met name memorie van antwoord tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel onder 98 tot en met 102) waaruit, in onderling verband en samenhang beschouwd, een zodanig zwaarwichtig belang kan worden afgeleid, welke feiten en omstandigheden (met name bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof) onvoldoende door de Vereniging c.s. zijn weersproken.

3.26. De Vereniging c.s. hebben verder betoogd dat de onvoorwaardelijke indexatie destijds – in 1981 – is ingevoerd als compensatie voor een verlaging van het ouderdomspensioen. Tot 1980 kende de pensioenregeling van Delta Lloyd een voorwaardelijke indexeringsregeling, waarbij Delta Lloyd ieder jaar een besluit nam of en, zo ja, in welke mate de ingegane pensioenen zouden worden geïndexeerd. In 1980 hebben Delta Lloyd en het Pensioenfonds onder meer besloten dat het wenselijk was om de waardevastheid van ingegane pensioenen als een recht in de pensioenregeling op te nemen. Omdat de kosten van de pensioenregeling door deze verbetering volgens het Pensioenfonds “een onaanvaardbare stijging” zouden ondergaan, is de pensioenregeling daarom op een ander punt in kwaliteit verminderd: door het opbouwpercentage te verlagen over de pensioengrondslag boven f 10.500,= (artikel 6 lid 2 Pensioenreglement 1981) is volgens de Vereniging c.s. het totale ouderdomspensioen voor een aanzienlijk deel van de deelnemers verlaagd tot een niveau dat 10 tot 12% lager was dan gebruikelijk in de bedrijfstak. Het laten vervallen van de compensatie voor het verlaagde ouderdomspensioen is alleen toegestaan als zwaarwegende argumenten daarvoor bestaan, waarvan geen sprake is, aldus (nog steeds) de Vereniging c.s. Bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof hebben de Vereniging c.s. hieraan toegevoegd dat de “uitruil” Delta Lloyd een besparing heeft opgeleverd ten opzichte van de oude regeling die bij eenvoudige berekening kan oplopen tot € 100.000.000,= en terzake bewijs aangeboden. Delta Lloyd c.s. hebben bezwaar gemaakt tegen het aanvoeren van deze stelling in een zo laat stadium. Het hof beschouwt laatstbedoelde stelling, die op zichzelf al onvoldoende is onderbouwd, als tardief aangevoerd en passeert om die reden mede het door de Vereniging c.s. gedane bewijsaanbod.

3.27. In eerste aanleg hebben Delta Lloyd c.s. tegenover de (overige) stellingen van de Vereniging c.s. bij wege van verweer aangevoerd dat juist is dat destijds een “uitruil” heeft plaatsgevonden, maar dat ook duidelijk is dat dit de indexatietoezegging niet onvoorwaardelijk althans niet onveranderbaar maakt. Er is op dat moment (in 1980) een recht op indexatie vastgelegd in het pensioenreglement waarvan de deelnemers uitdrukkelijk hebben geprofiteerd, omdat tussen 1980 en 2011 de pensioenen met tientallen procentpunten meer zijn geïndexeerd dan de verlaging met twee à drie procent van het ouderdomspensioen waarvan in 1980 sprake was, zodat het een “goede deal” voor de deelnemers is gebleven, aldus (nog steeds) Delta Lloyd c.s. In hoger beroep hebben Delta Lloyd c.s. hieraan toegevoegd (zie met name memorie van antwoord tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel onder 141 tot en met 145)

- dat in 1980 meer verbeteringen zijn doorgevoerd dan alleen het recht op indexatie, te weten een verbetering van het weduwepensioen, de invoering van het levensjarenbeginsel en de toekenning van hogere rechten bij uitdiensttreding,
- dat in de berekening van de Vereniging c.s. – waarmee zij door de “uitruil” op een blijvend 5 tot 6% lagere pensioenuitkering komen – niet is meegenomen dat in 1981 een compensatie is toegekend waarbij het verschil in aanspraken over de backservicejaren tussen de pensioenregeling 1971 en de pensioenregeling 1981 eenmalig is vastgesteld en als extra pensioen is toegekend en gefinancierd,
- dat de Vereniging c.s. daarnaast uitgaan van ongewijzigde voortzetting van de regeling tot de pensioendatum (zijnde 2004), terwijl de regeling per 1 januari 1999 is omgezet in een middelloonregeling, waardoor het opgegeven percentage van inlevering feitelijk te hoog is,
- dat in de door de Vereniging c.s. gemaakte berekening ook doorgevoerde verbeteringen in de pensioenregeling volledig buiten beschouwing worden gelaten, en
- dat het woord “uitruil” ten onrechte suggereert dat sprake zou zijn geweest van een regeling op individuele basis die nu achteraf eenzijdig wordt opengebroken, wat niet juist is omdat zowel in 1981 als in 2006 de regeling is aangepast in overleg met vertegenwoordigers van betrokkenen,

welke feiten en omstandigheden (met name bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof) niet door de Vereniging c.s. zijn weersproken. Dit impliceert dat de Vereniging c.s., op wier weg dit lag, onvoldoende aan hun stelplicht hebben voldaan en ook dit argument van de Vereniging c.s. niet kan afdoen aan wat hiervoor onder 3.23 tot en met 3.25 is overwogen.

3.28. Ten slotte hebben de Vereniging c.s. aangevoerd dat de onredelijkheid van de wijziging en het gebrek aan noodzakelijk belang voor Delta Lloyd en het Pensioenfonds bij de onderhavige wijziging ook blijkt uit de negatieve adviezen van de deelnemersraad van het Pensioenfonds met betrekking tot deze wijziging. Hieromtrent overweegt het hof dat de deelnemersraad haar advies te laat heeft

uitgebracht, dat als gevolg daarvan dit advies heeft te gelden als een positief advies en dat de deelnemersraad geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer van dit hof (zie hiervoor onder 3.1 sub (xxxi) en (xxxiii)). Bovendien bevat noch het advies van de deelnemersraad van 6 september 2006, noch dat van 29 september 2007 inhoudelijke argumenten die tot de conclusie moeten leiden dat het Harmonisatiebesluit van het Pensioenfonds niet rechtsgeldig is geweest althans het Pensioenfonds door het nemen daarvan misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Het enkele feit dat beide adviezen in elk geval negatief bedoeld waren kan evenmin tot die conclusie leiden.

3.29. Het voorgaande brengt mee dat *grief 2 en grief 3 in het principaal appel* moeten worden verworpen.

3.30. Met betrekking tot de (door de vierde grief opgeworpen) vraag of bij de brief van Delta Lloyd Verzekeringen van 19 november 2004 (productie 5 bij akte na tussenvonnissen van de zijde van Delta Lloyd c.s.) een expliciete individuele toezegging is gedaan aan Engelenberg dat zijn pensioenaanspraken waardevast zouden blijven door een jaarlijkse indexatie dan wel deze brief slechts de strekking heeft om Engelenberg als gewezen deelnemer onder het pensioenreglement 2003 aan te merken, overweegt het hof als volgt.

3.31. Engelenberg baseert zijn stelling dat hem een expliciete individuele toezegging is gedaan dat zijn pensioenaanspraken waardevast zouden blijven door een jaarlijkse indexatie op voornoemde brief van Delta Lloyd Verzekeringen aan hem van 10 maart 2009, die kennelijk is geschreven ter uitvoering van (artikel 3 van) de tussen Delta Lloyd en Engelenberg gesloten vaststellingsovereenkomst van 16 februari 2004, met name op de volgende daarin voorkomende (en door Engelenberg en ook hierna door het hof vetgedrukte) passage:

"(...) In afwijking op de CAO-afspraken willen wij met u, ter vereenvoudiging van de personeelsadministratie en de administratie van het pensioenfonds, een aangepaste regeling overeenkomen en wel als volgt:

(...)

2. In de huidige afspraken wordt uw pensioengevend inkomen vanaf de ingangsdatum van de seniorenregeling geïndexeerd met de CAO loonronden. Dit betekent in feite dat uw te bereiken pensioenen geïndexeerd worden op basis van de loonindex. Door de voorgestelde overgang van actieve deelnemer naar gewezen deelnemer *blijven uw pensioenaanspraken waardevast door een jaarlijkse indexatie van de aanspraken vanaf 1 januari 2005 met de door het CBS gepubliceerde Consumentenprijsindex* (een en ander conform artikel 22 lid 2, 3, 4 en 5 van het pensioenreglement)."

Engelenberg stelt dat hij dit aanbod heeft aanvaard, dat daarmee tussen Delta Lloyd Verzekeringen en hem een overeenkomst is ontstaan die hem recht geeft op indexatie van zijn pensioenaanspraken per 1 januari 2005 conform artikel 22 van het toen geldende pensioenreglement en dat invoering van een nieuw pensioenreglement door het Pensioenfonds deze overeenkomst niet wijzigt.

3.32. Engelenberg heeft niet betwist dat, zoals Delta Lloyd c.s. hebben gesteld, het pensioenreglement waarnaar in de brief wordt verwezen het pensioenreglement 2003 betreft en dat dit op hem van toepassing is. Hiervan uitgaande oordeelt het hof als volgt. Voor zover in de stellingen van Engelenberg ligt besloten dat in het pensioenreglement 2003, in het bijzonder in artikel 22 lid 2 tot en met 5, een recht op onvoorwaardelijke indexatie is vervat, kan het hof, gelet op de wijze waarop het de eerste grief in het principaal appel heeft afgedaan, Engelenberg daarin niet volgen. Voor zover de stellingen van Engelenberg zo moeten worden gelezen dat het pensioenreglement 2003 niet voor wijziging vatbaar was, stuit zijn betoog af op wat het hof met betrekking tot de tweede en derde grief in het principaal appel heeft overwogen.

3.33. Uit het vorenstaande volgt dat *grief 4 in het principaal appel* evenmin kan slagen.

3.34. De Vereniging c.s. hebben geen feiten of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot een andere uitkomst moeten leiden, zodat hun bewijsaanbod als niet ter zake dienend moet worden gepasseerd.

4. Slotsom en kosten

De Vereniging c.s. zullen niet ontvankelijk worden verklaard in het appel voor zover dit is gericht tegen de bestreden vonnissen van 1 juli 2008 en 17 november 2009. Het principaal appel faalt voor zover dit is gericht tegen de bestreden vonnissen van 27 januari 2009, 30 juni 2009 en 9 maart 2010. Het voorwaardelijk incidenteel appel kan buiten bespreking blijven nu de voorwaarde waaronder dit is ingesteld – te weten het slagen van een van de grieven in het principaal appel – niet is vervuld. De vonnissen waarvan beroep zullen worden bekrachtigd. De Vereniging c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het principaal appel.

(...; red.)

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Wesseling-van Gent)

Inleiding

Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of verweersters in cassatie 1 t/m 5 (hierna aangeduid als Delta Lloyd) en verweerster in cassatie 6 (hierna aangeduid als het Pensioenfonds) – hierna gezamenlijk aangeduid als Delta Lloyd c.s. – gehouden zijn de pensioenaanspraken van eisers tot cassatie (hierna aangeduid als de Vereniging c.s., respectievelijk de Vereniging, Engelenberg en Vos) en de belanghebbende leden van de Vereniging op grond van de pensioenreglementen van het Pensioenfonds onvoorwaardelijk te indexeren en/of gehouden zijn onvoorwaardelijk de benodigde financiering te verstrekken voor die indexering.

1. Feiten

1.1. De Vereniging behartigt de pensioenbelangen van de gepensioneerden van Delta Lloyd, van de gewezen deelnemers die vervroegd zijn uitgetreden op grond van een VUT-achtige regeling alsmede van hun weduwe, weduwnaar of partner (artikel 3 en 4 Statuten van de Vereniging).

1.2. Engelenberg (geboortedatum: 20 juni 1945) is op 1 september 1963 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Delta Lloyd Verzekeringen. Met ingang van 1 juli 2004 is Engelenberg uit dienst getreden op grond van de zogenoemde 57,5 regeling. Met ingang van 1 juni 2010 ontvangt Engelenberg een ouderdomspensioen van het Pensioenfonds.

1.3. Vos (geboortedatum: 9 februari 1932) is op 1 december 1970 in dienst getreden bij Delta Lloyd Schadeverzekering. Met ingang van 1 januari 1987 is Vos uit dienst getreden. Met ingang van 1 februari 1997 ontvangt Vos een ouderdomspensioen van het Pensioenfonds.

1.4. De gepensioneerden en gewezen deelnemers waarvan de Vereniging de pensioenbelangen behartigt alsmede Engelenberg en Vos zijn in dienst geweest bij Delta Lloyd. Delta Lloyd heeft haar pensioenregeling ondergebracht bij het Pensioenfonds. Het Pensioenfonds voert deze pensioenregeling uit.

1.5. Delta Lloyd heeft sinds 1970 een eigen pensioenregeling. Deze is altijd (gespreks)onderwerp of onderdeel geweest van de op de arbeidsovereenkomsten tussen Delta Lloyd en haar werknemers toepasselijke cao. Voorheen was dat de bedrijfstak-cao voor het Verzekeringsbedrijf Binnendienst. Vanaf 1 januari 2003 is dat de ondernemings-cao voor de Delta Lloyd Groep. De cao wordt standaard geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten die tot de Delta Lloyd Groep behorende ondernemingen als werkgever sluiten met hun personeel. Daarnaast geldt een personeelshandboek waarin het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds zijn opgenomen. Dit personeelshandboek bevat tevens een eenzijdig wijzigingsbeding. In de arbeidsovereenkomst is dit personeelshandboek van toepassing verklaard en is tevens gewezen op het eenzijdig wijzigingsbeding dat daarin is opgenomen.

1.6. Het Pensioenfonds is verantwoordelijk voor de inhoud van het pensioenreglement, waarin de cao-afspraken worden uitgeschreven. In de diverse pensioenreglementen is (steeds in artikel 3 lid 1) op soortgelijke wijze omschreven wat het begrip pensioenaanspraken omvat. Zo zijn in het pensioenreglement 1991 de pensioenaanspraken als volgt geformuleerd:

“Krachtens deze regeling wordt aanspraak verkregen op ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen. Onder nabestaandenpensioen wordt verstaan: weduwenpensioen, weduwnaarspensioen, partnerpensioen, tijdelijk partnerpensioen en wezenpensioen.”,

en luidt die omschrijving in het pensioenreglement 2000 als volgt:

“Aan de deelnemers worden pensioenaanspraken toegekend onder de voorwaarden in dit reglement omschreven. Deze pensioenaanspraken omvatten:

- ouderdomspensioen voor alle deelnemers;
- overbruggingspensioen voor alle deelnemers;
- arbeidsongeschiktheidspensioen voor alle deelnemers, die behoren tot de verplicht verzekerden volgens de WAO en wier jaarsalaris meer bedraagt dan het maximum jaarloon, waarover uitkeringen ingevolge voornoemde wet worden berekend;
- nabestaandenpensioen voor alle deelnemers;
- wezenpensioen voor alle deelnemers.”

1.7. In verband met de pensioenregeling is tevens een financieringsovereenkomst gesloten tussen de werkgever enerzijds en het Pensioenfonds anderzijds. Artikel 2 lid 2 van deze overeenkomst van 25 februari 2004, zoals die gold tussen 1 januari 2003 en 1 januari 2006 luidde als volgt:

“De werkgever verbindt zich het pensioenfonds jaarlijks de bijdrage te verstrekken, onverminderd het recht van de werkgever om gebruik te maken van het in het pensioenreglement opgenomen voorbehoud om de betaling van de benodigde gelden voor de toekomst te verminderen of geheel te beëindigen. De bijdrage van de werkgever bestaat uit:

a. de volgende bedragen die het pensioenfonds aan de herverzekeraar verschuldigd is:

- de netto premie of koopsom voor de opbouw van pensioen in het jaar en de netto risicopremies;
- de netto koopsom voor de indexaties van tot het jaar opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers in het Pensioenfonds;
- de netto premie of koopsom voor aanspraken of pensioenen uit hoofde van overgangsregelingen;

b. de koopsommen voor indexatie van de aanspraken uit hoofde van de oude pensioenregeling zoals die gold voor werknemers van

- Delta Lloyd NV die uitdienst getreden zijn vóór 1 augustus 2000 en
- Ohra B.V. die uitdienst getreden zijn vóór 1 januari 2001.”

1.8. In artikel 10 van de statuten van het Pensioenfonds is bepaald dat het pensioenreglement niet in strijd mag zijn met de statuten van het Pensioenfonds.

1.9. Artikel 15 van de statuten van het Pensioenfonds bevatte in ieder geval in januari 1983 de volgende mogelijkheid tot wijziging:

“1. Het bestuur kan besluiten tot wijziging van deze statuten en van het pensioenreglement, na verkregen goedkeuring van de Raad van bestuur en van de Ondernemingsraad, behoudens het bepaalde in de volgende leden van dit artikel.

2. (...)

3. Wijziging van het pensioenreglement zal niet kunnen leiden tot vermindering van pensioenaanspraken, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, behoudens het bepaalde in lid 5.

4. Indien het bestuur in overeenstemming met het oordeel van de actuaris constateert, dat de bezittingen van het pensioenfonds te zamen met de te verwachten inkomsten ontoereikend zijn ter dekking van de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds zal het bestuur voorstellen doen tot een zodanige wijziging van het pensioenreglement, dat het verstoorde evenwicht wordt hersteld. (...)

5. Vermindering der aanspraken als in lid 4 bedoeld, zal voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaatsvinden, echter met dien verstande dat pensioenen, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, onaangetast blijven, voorzover de in het pensioenfonds aanwezige middelen zulks toestaan.”

1.10. Bij akte, verleden op 23 augustus 2006, is deze bepaling in artikel 22 van de statuten van het Pensioenfonds als volgt komen te luiden:

“1. Het bestuur kan besluiten tot wijziging van deze statuten en van het pensioenreglement, na verkregen advies van de deelnemersraad.

2. Wijziging van het pensioenreglement zal niet kunnen leiden tot vermindering van pensioenaanspraken, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, behoudens het bepaalde in lid 4.

3. Indien het bestuur in overeenstemming met het oordeel van de actuaris constateert, dat de bezittingen van het pensioenfonds tezamen met de te verwachten inkomsten ontoereikend zijn ter dekking van de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds zal het bestuur voorstellen doen tot een zodanige wijziging van het pensioenreglement, dat het verstoorde evenwicht wordt hersteld.

Indien zes maanden nadat de wijzigingsvoorstellen door het bestuur zijn gedaan de deelnemersraad geen advies heeft gegeven, zal het bestuur het pensioenreglement zodanig wijzigen, dat het verstoorde evenwicht wordt hersteld.

4. Vermindering der aanspraken als in lid 3 bedoeld, zal voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaatsvinden, echter met dien verstande dat pensioenen, welke over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bijdragen zijn opgebouwd, onaangetast blijven, voorzover de in het pensioenfonds aanwezige middelen zulks toestaan."

1.11. De statuten van het Pensioenfonds 2006 kennen (zie artikel 11) een deelnemersraad. Het functioneren van de deelnemersraad is vastgelegd in het Reglement deelnemersraad.

1.12. Het oudste pensioenreglement van het Pensioenfonds dateert uit 1970. In 1981, 1991, 2000, 2001, 2002, 2003 en 2006 is het pensioenreglement, zoals dat gold sinds 1970, gewijzigd.

1.13. Artikel 18 van het pensioenreglement 1970 zoals dat in 1981 luidde, bepaalt:

"1. Ingegane pensioenen worden jaarlijks per 1 januari aangepast aan een eventuele stijging van de kosten van levensonderhoud.

(...)

4. De jaarlijkse aanpassing aan de stijging van de kosten van levensonderhoud vindt plaats op basis van de prijsindexcijfers, die worden gehanteerd bij het bepalen van de prijscompensatie voor salarissen volgens de Collectieve Arbeidsovereenkomst in het verzekeringsbedrijf. (...)"

1.14. Artikel 15 van het pensioenreglement 1970 zoals dat in 1981 luidde, bepaalt:

"1. Door het pensioenfonds worden ter dekking van de pensioenverplichtingen herverzekeringen als bedoeld in artikel 3 lid 3 van de statuten gesloten bij de herverzekeraar. (...) Voor de aanpassing van ingegane pensioenen aan de stijging van de kosten van levensonderhoud als bedoeld in artikel 18 worden per de 1e januari waarop de aanpassing plaatsvindt zodanige koopsommen betaald, dat de verhoogde pensioenrechten volledig zijn gedekt.

2. (...)

3. De aan de pensioenregeling verbonden kosten komen geheel ten laste van de werkgever.

4. De raad van bestuur behoudt zich het recht voor om, wanneer dit ter waarborging van de continuïteit van de onderneming naar zijn oordeel noodzakelijk is, de betaling van de voor instandhouding der pensioenregeling benodigde gelden voor de toekomst te verminderen of geheel te beëindigen. In dat geval zullen de uit dit reglement voortvloeiende pensioenaanspraken door een reglementswijziging aan de gewijzigde situatie worden aangepast, op welke reglementswijziging het bepaalde in artikel 15 leden 4 en 5 van de statuten van toepassing is."

1.15. Artikel 24 van het pensioenreglement 1970, zoals gewijzigd in 1991, luidt als volgt:

"1. Ingegane pensioenen worden jaarlijks per 1 januari aangepast aan een eventuele stijging van de kosten van levensonderhoud.

(...)

4. De jaarlijkse aanpassing aan de stijging van de kosten van het levensonderhoud vindt plaats op basis van het geschoonde prijsindexcijfer van de gezinsconsumptie voor werknemersgezinnen, zoals dat wordt berekend door het Centraal Bureau voor de Statistiek. (...)"

1.16. Met ingang van 1 januari 1999 is pensioenreglement 2000 in werking getreden voor de werknemers die op of na 1 augustus 2000 werknemer zijn bij Delta Lloyd. Het reglement is goedgekeurd door de raad van bestuur van Delta Lloyd en de ondernemingsraad.

1.17. Artikel 22 van het pensioenreglement 2000 bepaalt, voor zover thans van belang:

"1. De opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers worden, met inachtneming van het bepaalde in artikel 23, lid 2 van dit pensioenreglement, gelijktijdig aangepast met het percentage van de algemene loonrondes in de verzekeringsbedrijfstak. Verwerking van deze aanpassing geschiedt jaarlijks per 1 januari, dan wel per de datum van beëindiging van deelnemerschap.

2. Het pensioenfonds streeft naar aanpassing van ingegane pensioenen en premievrije pensioenen van gewezen deelnemers volgens het bepaalde in de hierna volgende leden, tenzij de financiële positie van het pensioenfonds naar het oordeel van het bestuur, gehoord de actuaris, dit niet toelaat, met name indien de werkgever gebruik maakt van zijn bevoegdheid als neergelegd in artikel 23, lid 2 van dit pensioenreglement.

3. Ingegane pensioenen en premievrije pensioenen van gewezen deelnemers worden, met inachtneming van het bepaalde in lid 2, jaarlijks per 1 januari aangepast aan een eventuele stijging van de kosten van levensonderhoud.
4. De jaarlijkse aanpassing aan de stijging van de kosten van levensonderhoud vindt, met inachtneming van het bepaalde in lid 2, plaats op basis van de Consumentenprijsindex alle huishoudens, afgeleid, zoals die wordt berekend door het Centraal Bureau voor de Statistiek.
5. De jaarlijkse aanpassing geschiedt, met inachtneming van het bepaalde in lid 2, door telkens per 1 januari de laatstelijk vastgestelde pensioenbedragen te verhogen met hetzelfde percentage, als waarmee het over oktober van het voorgaande jaar vastgestelde prijsindexcijfer is gestegen ten opzichte van het over oktober van het daar weer aan voorafgaande jaar vastgestelde prijsindexcijfer. Indien door deze aanpassing de pensioenen sterker zouden stijgen dan de salarissen in de overeenkomstige periode zijn gestegen ten gevolge van de in de cao voor het verzekeringsbedrijf overeengekomen aanpassing(en) aan de stijging van de kosten voor levensonderhoud, kan het bestuur besluiten de aanpassing van de pensioenen tot een gelijke stijging te beperken; in dat geval zullen de pensioenen echter ten minste worden aangepast aan de stijging van het prijsindexcijfer als bedoeld in de eerste zin van dit lid, met een maximum van 3%. Het bestuur kan besluiten een stijging niet toe te passen voorzover deze in enig jaar meer dan 5% zou bedragen.

(...)”

1.18. Artikel 23 lid 1 van het pensioenreglement 2000 bepaalt dat de kosten van de pensioenregeling voor rekening zijn van de werkgever, waarbij deze volgens lid 2 bevoegd is tot vermindering of beëindiging van de betaling van de kosten van de pensioenregeling indien de financiële toestand van de werkgever zodanig is dat hij de kosten van de pensioenregeling slechts gedeeltelijk of niet meer kan dragen. Indien de werkgever van deze bevoegdheid gebruik maakt, zal het pensioenreglement worden aangepast aan de gewijzigde situatie.

1.19. De wijzigingen in 2001 bevatten, voor zover hier van belang, geen substantiële veranderingen ten opzichte van de bepalingen zoals die in het reglement voorkwamen bij invoering in 1999.

1.20. Hetzelfde geldt voor de wijzigingen in 2002.

1.21. Met ingang van 1 januari 2003 geldt het pensioenreglement 2003. De hier van belang zijnde bepalingen luiden niet anders dan in het pensioenreglement 2000. Dit pensioenreglement is van toepassing op degenen die op 1 januari 2003 en daarna in dienst zijn van Delta Lloyd.

1.22. In 2006 is wederom een nieuw pensioenreglement ingevoerd. De hier van belang zijnde bepalingen luiden als volgt:

“ARTIKEL 23. KOSTEN VAN DE PENSIOENREGELING

1. De deelnemers zullen, als bijdrage in de kosten van de pensioenregeling, aan de werkgever tot aan de richtpensioendatum jaarlijks een bedrag verschuldigd zijn ter grootte van $6 \frac{2}{3}\%$ van de voor hen vastgestelde pensioengrondslag voor de berekening van het ouderdomspensioen.

2. (...)

3. (...)

4. De overige kosten van de pensioenregeling zijn voor rekening van de werkgever.

5. (...)

6. (...)

7. (...)

8. De werkgever behoudt zich de bevoegdheid voor tot vermindering of beëindiging van de betaling van de kosten van de pensioenregeling, indien zijn financiële toestand van dien aard is, dat hij de kosten van de pensioenregeling slechts gedeeltelijk of niet meer kan dragen. Indien de werkgever van deze bevoegdheid gebruik maakt, zal de werkgever de deelnemers en het pensioenfonds daarvan onverwijld schriftelijk in kennis stellen en zal het pensioenreglement worden aangepast aan de gewijzigde situatie.

(...)

ARTIKEL 26. AANPASSINGEN VAN DE PENSIOENEN

Tot 2011, laatste aanpassing op 01.01.2011

1. De werkgever verleent tot 01.01.2011 de deelnemers, jaarlijks op 1 januari een toeslag op hun opgebouwde aanspraken op basis van het percentage van de ontwikkeling van de CAO-lonen van het voorafgaande jaar.
2. De werkgever verleent tot 01.01.2011 de pensioengerechtigden en de gewezen deelnemers, jaarlijks op 1 januari een toeslag op hun ingegane pensioenen, respectievelijk hun opgebouwde aanspraken op basis van de CBS Consumentenprijsindex alle huishoudens (...).
3. Voor de toeslagverlening als vermeld in lid 1 en 2 van dit artikel is geen bestemmingsreserve bij het pensioenfonds gevormd. De werkgever en het pensioenfonds zijn overeengekomen dat de werkgever tot 01.01.2011 jaarlijks een bedrag stort dat voldoende is om de toeslagen te financieren.
4. Indien de werkgever gebruik maakt van zijn voorbehoud als opgenomen in artikel 23 lid 8 van dit pensioenreglement, verleent het pensioenfonds de ingegane pensioenen en opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers en gewezen deelnemers geen doelgerichte toeslagen.
5. Het bestuur kan bij toepassing van lid 4 van dit artikel jaarlijks besluiten om per 1 januari een toeslag te verlenen indien de financiële situatie van het pensioenfonds zodanig is dat toekenning van de toeslag niet ten koste gaat van de pensioenrechten en pensioenaanspraken en het fonds over vrij vermogen beschikt.
6. Het bestuur beslist tot aanpassing indien de financiële positie van het pensioenfonds naar het oordeel van het bestuur dit toelaat.

Vanaf 2011, eerste aanpassing op 01.01.2012

7. Voor de ingegane pensioenen, ongeacht het tijdstip van ingang, de premievrije pensioenaanspraken van gewezen deelnemers, ongeacht het tijdstip van premievrij maken en de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers, worden vanaf 01.01.2011 jaarlijks toeslagen verleend van maximaal de stijging van de consumenten prijsindex alle huishoudens, afgeleid (2006=100) over de periode van 12 maanden gerekend vanaf oktober tot en met september direct voorafgaand aan de datum waarop de indexatie plaatsvindt, zoals vastgesteld door het CBS, tenzij voor 1-01-2011 het bepaalde in lid 4 van dit artikel van toepassing is.
8. In afwijking van het bepaalde in lid 7 van dit artikel kan het bestuur beslissen om op de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers een toeslag te verlenen die is gebaseerd op het percentage van de ontwikkeling van de CAO-lonen van het voorafgaande jaar.
9. Het bestuur beslist jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast.
10. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is *geen* [vetgedrukt in oorspronkelijke tekst: W-vG (gecursiveerd; red.)) bestemmingsreserve gevormd en wordt geen premie betaald.

(...)"

- 1.23. De wijziging van het pensioenreglement in 2006 berustte op een besluit van het Pensioenfonds van 6 september 2006 tot harmonisatie van verscheidene, op dat moment bestaande indexatiebepalingen (verder: het Harmonisatiebesluit). De achtergrond en procedure daarvan zijn als volgt geweest.
- 1.24. In de pensioenregeling zoals die sinds 2000 gold, was de indexatie van de pensioenaanspraken van de groep gewezen deelnemers en de pensioenen van gepensioneerden vanaf 1 augustus 2000 afhankelijk van de financiële positie van het Pensioenfonds. Uit een studie in opdracht van de cao-partijen bleek dat het Pensioenfonds over onvoldoende middelen beschikte om met een hoge mate van zekerheid de prijsindexatie of een gedeelte daarvan te kunnen continueren. Dit heeft ertoe geleid dat aan de cao-partijen de keus is voorgelegd tussen enerzijds een hoge mate van zekerheid en een lager ambitieniveau of, anderzijds, een iets lagere mate van zekerheid zonder aanpassing van het ambitieniveau.
- 1.25. Als gevolg van de beurscrisis in 2002/2003 zijn zeer veel pensioenfondsen in Nederland onder de voorgeschreven dekkingsgraadvereisten terechtgekomen. In reactie daarop heeft de toezichthouder een financieel toetsingskader opgesteld. In dat kader werd ook een beleid ontwikkeld ten aanzien van indexatieverplichtingen. Dit beleid hield onder meer in dat pensioenfondsen zich beter bewust moeten worden van wat deze op het gebied van indexatie hadden gecommuniceerd en dat zij, afhankelijk van de inhoud van die communicatie, de financiering daarvan correct dienden te regelen. In het kader van deze operatie (die in 2003-2004 plaatsvond) is voor het eerst op brede schaal gesproken in termen van "voorwaardelijke indexatie" en "onvoorwaardelijke indexatie".

1.26. Bij veel pensioenfondsen bleek de communicatie (nog) niet op dit duidelijke onderscheid te zijn afgestemd. Dat heeft de toezichthouder ertoe gebracht om deze pensioenfondsen voor de keus te stellen of (1) de tekst met betrekking tot indexatie te verhelderen om tot uitdrukking te brengen dat het een voorwaardelijke indexatie betrof (financiering op voorhand was in dat geval niet nodig) of (2) de indexatie een onvoorwaardelijk karakter te geven, hetgeen dan financiering op voorhand wel noodzakelijk maakte.

1.27. In het kader van deze operatie heeft de toezichthouder – die vanaf 1981 tot 2005 – steeds heeft geaccepteerd dat het Pensioenfonds geen technische voorziening aanhield voor haar indexatieverplichting – voor het eerst gesteld dat voor de gepensioneerden onder het pensioenreglement 1991 een financiële voorziening door het Pensioenfonds getroffen zou moeten worden ter dekking van alle in de toekomst te verlenen toeslagen indien niet beter tot uitdrukking werd gebracht dat het hier een voorwaardelijke toeslageregeling betrof. Hiermee zou volgens Delta Lloyd c.s. een bedrag gemoeid zijn geweest van ± € 160.000.000,=. Een dergelijk bedrag kon het Pensioenfonds niet opbrengen. Volgens het Pensioenfonds beschikte het slechts over een buffer van ongeveer € 90.000.000,= die bestemd was voor de groep gewezen deelnemers en gepensioneerden vanaf 1 augustus 2000. Bovendien was in de financieringsovereenkomst geen bijstortingsverplichting van de werkgever afgesproken, zodat in het geval van een (indexatie)reservetekort geen beroep op de werkgever kon worden gedaan.

1.28. Uiteindelijk is door de sociale partners gekozen voor het “voorwaardelijk maken van alle indexaties” omdat dit bij afweging van de belangen van alle betrokkenen het meest evenwichtig was. Met “voorwaardelijk” werd bedoeld dat de toekenning van indexatie ten aanzien van de opgebouwde aanspraken van alle actieven, de ingegane pensioenen van alle gepensioneerden en de premievrije pensioenen van alle gewezen werknemers, afhankelijk werd gemaakt van de daarvoor beschikbare middelen in het Pensioenfonds en daardoor niet langer meer afhankelijk was van enige koopsombetaling door de werkgever. Delta Lloyd heeft uiteindelijk € 92.000.000,= plus € 150.000.000,= voor indexatiekosten bijbetaald. Er is besloten voor geen van de betrokkenen een uitzondering te maken met betrekking tot het voorwaardelijk maken van de indexatie.

1.29. In de cao 2005-2007 was ook afgesproken dat de jaarlijkse premie werd gebaseerd op de actuariële premie op basis van een rekenrente van drie procent. Dit percentage was voorheen vier procent. Door verlaging van het percentage is het Pensioenfonds beter in staat om overrente te realiseren, hetgeen volgens haar kan worden aangewend voor indexatie. Uit een in opdracht van het Pensioenfonds uitgevoerde studie bleek dat bij een omrekening van de pensioenverplichtingen van het Pensioenfonds op een rekenrente van drie procent én een eenmalige koopsom van de werkgever van € 92.000.000,= én jaarlijkse bijstortingen van in totaal € 150.000.000,= in de periode van 2006 tot aan 2011, er naar verwachting voldoende middelen in het Pensioenfonds zouden zijn om ook vanaf 2011 te kunnen blijven indexeren conform ambitieniveau.

1.30. Het Pensioenfonds heeft vervolgens besloten tot het invoeren van een en ander.

1.31. Het bestuur van het Pensioenfonds heeft haar voorgenomen besluit ter advies voorgelegd aan de deelnemersraad op 9 januari 2006 en opnieuw op 22 juni 2006 en met de deelnemersraad besproken. Deze heeft niet binnen de door het Reglement van de deelnemersraad voorgeschreven termijn van twee maanden advies uitgebracht (de uiterlijke datum was gesteld op 29 augustus 2006, de bestuursvergadering was op 6 september 2006). Op grond van artikel 4 lid 4 van het Reglement wordt de deelnemersraad in dat geval geacht het bestuur van het Pensioenfonds te adviseren om te besluiten volgens haar voornemen. Formeel is derhalve sprake geweest van een positief advies. De deelnemersraad heeft op 6 september 2006 inhoudelijk gereageerd. Dit advies luidde dat de deelnemersraad er niet van overtuigd was dat de aanpassing van de indexeringsregeling noodzakelijk was, maar enkel gebeurde op wens van de werkgever.

1.32. Het bestuur van het Pensioenfonds heeft nog een bijeenkomst gehad met de deelnemersraad op 6 oktober 2006 en aangegeven dat continuatie van de bestaande indexatieregeling onmogelijk was gelet op de financiële impact die de aangescherpte wettelijke eisen meebrachten en dat de kans van realisatie van de indexatie-ambitie in de oude vóór 1 augustus 2000 geldende regeling van 85% was opgelopen en 90 tot 95% bedroeg.

1.33. De deelnemersraad heeft zijn standpunt niet nader willen motiveren. Na dit overleg heeft de deelnemersraad geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer tegen het Harmonisatiebesluit.

1.34. Bij brief van 27 november 2006 zijn de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden door het Pensioenfonds geïnformeerd dat de onvoorwaardelijke indexering – althans de regeling zoals die van toepassing was op gewezen deelnemers en gepensioneerden in de pensioenregeling die gold vóór 1 augustus 2000 – met ingang van 1 januari 2011 zou worden gewijzigd in een voorwaardelijke indexering.

1.35. Blijkens (de bijlagen bij) deze brief luidt de indexeringsbepaling met ingang van 1 januari 2011 als hiervoor onder 1.22 vermeld.

1.36. De inhoud van deze brief luidt, voor zover hier van belang:

“Vanaf 1 januari 2011 zal de indexatie van uw pensioenaanspraken niet meer jaarlijks door uw werkgever aan het pensioenfonds betaald worden, maar indien mogelijk uit de vrij beschikbare middelen van het pensioenfonds gefinancierd gaan worden. De werkgever heeft in verband met deze wijziging een extra storting in het pensioenfonds gedaan en de toekomstig te betalen premie is verhoogd. Hierdoor is de verwachting dat op basis van de huidige economische uitgangspunten het pensioenfonds de pensioenen ook na 1 januari 2011 zal kunnen blijven indexeren.”

1.37. In de cao voor de jaren 2004 en 2005 is overeengekomen dat het indexatiebeleid tijdens de looptijd van de cao nader zal worden uitgewerkt. In de cao voor de jaren 2005, 2006 en 2007 is vastgelegd dat de kosten van de indexatie van opgebouwde pensioenen geheel ten laste komen van het Pensioenfonds. Voorts is bepaald dat ernaar wordt gestreefd voor deelnemers de indexatie te baseren op de stijging van de cao-lonen en voor de gewezen deelnemers op basis van de prijsindex van het Centraal Bureau voor de Statistiek. De indexatie wordt gedurende de jaren 2006 tot en met 2010 betaald door de werkgever op basis van een ter beschikking te stellen koopsom.

2. Procesverloop

2.1. De Vereniging c.s. hebben Delta Lloyd c.s. bij inleidende dagvaarding van 28 februari 2008 gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam, sector kanton. De Vereniging c.s. hebben daarbij – samengevat – gevorderd: [\[noot:1\]](#)

i. een verklaring voor recht dat pensioenreglement 2000, 2001, 2002 en 2003 een recht op onvoorwaardelijke indexatie van ingegane pensioenen bevatten;

ii. een verklaring voor recht dat zij die na 1 augustus 2000 gewezen deelnemer en/of gepensioneerde van het Pensioenfonds zijn geworden ook na 1 januari 1999 recht hebben op een onvoorwaardelijke indexatie van hun ingegane pensioenen;

iii. dat Delta Lloyd c.s. zullen worden verplicht om de ingegane pensioenen van Engelenberg en Vos met ingang van hun pensioendatum onvoorwaardelijk te indexeren;

iv. een verklaring voor recht dat de wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke indexatie – krachtens het Harmonisatiebesluit – per 1 januari 2011 niet rechtsgeldig is;

v. dat Delta Lloyd c.s. zullen worden verplicht om de ingegane pensioenen van Engelenberg en Vos ook na 1 januari 2010 (bedoeld zal zijn: 2011) onvoorwaardelijk te indexeren;

vi. een verklaring voor recht dat de wijze van financiering van de indexering, waarbij Delta Lloyd niet langer verplicht is de kosten van de indexering te betalen, niet rechtsgeldig is;

vii. dat Delta Lloyd zal worden verplicht de kosten van indexering te betalen.

2.2. Aan deze vorderingen hebben de Vereniging c.s. – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat vóór 1 januari 1999 een onvoorwaardelijke indexeringsregeling gold, dat de wijziging van het pensioenreglement in het jaar 2000 niet tot gevolg heeft gehad dat voor de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden – waaronder Engelenberg – die op of na 1 augustus 2000 in dienst waren bij Delta Lloyd een voorwaardelijke indexeringsregeling is gaan gelden, dat het Harmonisatiebesluit van 2006 er evenmin toe heeft geleid dat de indexatiebepalingen – die een onvoorwaardelijk karakter hadden – voor gewezen deelnemers en gepensioneerden een voorwaardelijk karakter hebben gekregen en dat het Delta Lloyd en het Pensioenfonds in dat kader niet vrijstond de wijze van financiering van de indexeringsregeling in die zin te wijzigen dat niet langer Delta Lloyd de kosten van indexering betaalde maar het Pensioenfonds dit uit eigen middelen diende te doen. [\[noot:2\]](#)

2.3. Delta Lloyd c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

2.4. Na tussenvonnissen op 1 juli 2008, 27 januari 2009, 30 juni 2009, en 17 november 2009 heeft de kantonrechter eindvonnis gewezen op 9 maart 2010. De in deze vonnissen vervatte beslissingen van de kantonrechter komen er kort samengevat op neer dat de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 geen onvoorwaardelijke indexatie bevatten alsmede dat de bij het Harmonisatiebesluit van 2006 doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie, die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000, in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011, rechtsgeldig is. Verder heeft de kantonrechter de Vereniging niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering dat Delta Lloyd voor de financiering van de indexering dient te zorgen, omdat de Vereniging buiten de financieringsafspraken staat. Met betrekking tot Engelenberg en Vos heeft de kantonrechter beslist dat hun pensioenen dienen te worden geïndexeerd conform de voor hen geldende regelingen, inclusief de addenda van 2006 en 2009.

2.5. De Vereniging c.s. zijn in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de kantonrechter van 1 juli 2008, 27 januari 2009, 30 juni 2009, 17 november 2009 en 9 maart 2010. De Vereniging c.s. hebben daarbij geconcludeerd – naar het hof heeft begrepen [noot:3] – dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, de vonnissen waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw recht doende, de vorderingen van de Vereniging c.s. alsnog zal toewijzen, met veroordeling van Delta Lloyd c.s. in de kosten van beide instanties.

2.6. Het hof heeft in de rechtsoverwegingen 3.6-3.8 [noot:4] geoordeeld dat bij gelegenheid van de pleidooien ten overstaan van het hof is komen vast te staan dat wat de Vereniging c.s. bij memorie van grieven onder E, F, G, en H hebben aangevoerd de grieven van de Vereniging c.s. vormen en dat dit ook als zodanig door Delta Lloyd c.s. is opgevat.

De vier grieven in het principaal appel houden – kort gezegd – in [noot:5] dat de kantonrechter ten onrechte heeft beslist:

“– dat de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 geen onvoorwaardelijke indexatie bevatten (grief 1);

– dat de bij het Harmonisatiebesluit van 2006 doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie, die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000, in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011 rechtsgeldig is (grief 2);

– dat de Vereniging niet-ontvankelijk is in haar vordering dat Delta Lloyd voor de financiering van de indexering dient te zorgen, omdat de Vereniging buiten de financieringsafspraken zou staan (grief 3);

– dat de bij brief van Delta Lloyd Verzekeringen van 19 november 2004 (productie 5 bij akte na tussenvonnis van de zijde van Delta Lloyd c.s.) geen expliciete individuele toezegging is gedaan aan Engelenberg dat zijn pensioenaanspraken waardevast blijven door een jaarlijkse indexatie, maar de brief slechts de strekking heeft om Engelenberg als gewezen deelnemers onder het pensioenreglement 2003 aan te merken (grief 4).”

2.7. Delta Lloyd c.s. hebben de grieven bestreden en, onder aanvoering van drie grieven, voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. Delta Lloyd c.s. hebben in het principaal appel geconcludeerd dat het hof de vonnissen waarvan beroep zal bekrachtigen en in het voorwaardelijk incidenteel appel dat het hof de Vereniging c.s. alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren in hun vorderingen dan wel deze zal afwijzen.

De Vereniging c.s. hebben de grieven in het voorwaardelijk incidenteel appel bestreden en geconcludeerd tot ongegrondverklaring daarvan.

2.8. Partijen hebben hun de zaak vervolgens ter zitting van het hof van 4 oktober 2011 doen bepleiten en daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

2.9. Het hof heeft de Vereniging c.s. bij arrest van 12 juni 2012 niet-ontvankelijk verklaard in het appel tegen de vonnissen van 1 juli 2008 en 17 november 2009 en daarnaast de vonnissen van 27 januari 2009, 30 juni 2009 en 9 maart 2010 bekrachtigd.

2.10. De Vereniging c.s. hebben tegen dit arrest tijdig [noot:6] beroep in cassatie ingesteld.

Delta Lloyd c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping.

Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna door de Vereniging c.s. nog is gerepliceerd en door Delta Lloyd c.s. is gedupliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bevat drie onderdelen en een reeks subonderdelen.

3.2. *Onderdeel I*, dat uiteenvalt in de subonderdelen A t/m E, richt zich blijkens de aanhef tegen de rechtsoverwegingen 3.10-3.15. Daarin heeft het hof de door de eerste grief opgeworpen vraag beantwoord of de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 een onvoorwaardelijk recht op indexatie bevatten en geoordeeld dat dit niet het geval is.

3.3. Het hof heeft in rechtsoverweging 3.10 allereerst voorop gesteld dat op de uitleg van een pensioenreglement in de verhouding tussen het pensioenfonds en een werknemer de zogenoemde “cao-norm” van toepassing is en geoordeeld dat dit inhoudt dat aan de bepalingen van het pensioenreglement een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven.

3.4. Deze oordelen zijn juist gelet op het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2004. [noot:7]

In zijn inleidende opmerkingen heeft de Hoge Raad in dit arrest met verwijzing naar eerdere arresten de CAO-norm omschreven en geoordeeld dat toepassing van deze norm is aangewezen bij de uitleg van geschriften waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst/regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is. De aard van dergelijke geschriften brengt mee, aldus de Hoge Raad, dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. [\[noot:8\]](#)

3.5. Het hof heeft vervolgens – onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010 [\[noot:9\]](#) – geoordeeld dat bij gebreke van een gepubliceerde schriftelijke toelichting op het pensioenreglement, bij de uitleg daarvan derhalve in beginsel de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van partijen die het reglement tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin het reglement is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in het reglement gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

Ook deze oordelen, die woordelijk overeenstemmen met rechtsoverweging 3.4 van genoemd arrest uit 2010, geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. [\[noot:10\]](#)

3.6. Vervolgens heeft het hof in rechtsoverweging 3.11 geoordeeld dat geen van partijen heeft gesteld dat een gepubliceerde schriftelijke toelichting op het pensioenreglement 2000 voorhanden is, zodat bij de uitleg daarvan in beginsel de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn.

Dit oordeel geeft in het licht van de hiervoor besproken CAO-norm niet blijk van een verkeerde rechtsopvatting. Anders dan de klacht onder A.4-5 en de eerste klacht onder B betogen, heeft het hof niet miskend dat de bedoeling van partijen in sommige gevallen een rol kan spelen. Zoals het hof in rechtsoverweging 3.12 met juistheid heeft overwogen, komt de bedoeling van partijen aan de orde daar waar deze kenbaar is uit de bepalingen van het reglement of uit de schriftelijke toelichting daarop. [\[noot:11\]](#) Het oordeel of dat het geval is, is feitelijk.

3.7. *Subonderdeel A* – dat in de kern betoogt dat het hof bij de uitleg van de bepalingen van het pensioenreglement niet de objectieve cao-maatstaf had moeten hanteren, maar (ook) betekenis had moeten toekennen aan de bedoeling van de opstellers van dat reglement stuit op het voorgaande af.

De eveneens in het subonderdeel opgenomen motiveringsklacht voldoet niet aan de eisen die ingevolge art. 407 lid 2 Rv. aan een cassatiemiddel worden gesteld. [\[noot:12\]](#)

3.8. Terzijde vermeld ik dat het hof in rechtsoverweging 3.11 op grond van de bewoordingen van het pensioenreglement 2000 heeft geconcludeerd dat de onvoorwaardelijkheid van de indexatie, voor zover voordien aanwezig, met het ingaan van het pensioenreglement 2000 in elk geval niet is gehandhaafd nu die bewoordingen slechts een voorwaardelijke indexatie uitdrukken. De Vereniging c.s. hebben in hun schriftelijke toelichting (onder 2.9) gemeld dat zij het met die op het spraakgebruik gebaseerde uitleg op zich eens zijn.

3.9. *Subonderdeel B* bevat twee klachten waarvan de eerste hiervoor onder 3.6 aan de orde is geweest. De tweede – en uitgewerkte – klacht houdt allereerst in dat het hof in rechtsoverweging 3.12 ten onrechte voorbij is gegaan aan hetgeen de Vereniging c.s. hebben gesteld omtrent de bedoeling in de documenten waarop de Vereniging c.s. zich hebben beroepen, [\[noot:13\]](#) hetgeen essentiële stellingen zijn die het hof niet ongemotiveerd had mogen negeren. De klacht houdt daarnaast in dat het hof ten onrechte het bewijsaanbod van de Vereniging c.s. omtrent die bedoeling heeft gepasseerd.

3.10. Beide klachten falen. In het oordeel van het hof in de rechtsoverwegingen 3.11 en 3.12 ligt besloten dat het hof kennis heeft genomen van deze documenten, maar dat het daarin niet een toelichting op het pensioenreglement 2000 als hiervoor onder 3.5 bedoeld heeft gezien. Onder die omstandigheden mocht het hof aan genoemde documenten voorbij gaan en is het bewijsaanbod van de Vereniging c.s. niet ter zake dienend. [\[noot:14\]](#)

3.11. In dit verband beroepen de Vereniging c.s. zich nog op de annotatie van R.A.C.M. Langemeijer onder het in cassatie bestreden arrest. [\[noot:15\]](#) Kennelijk wordt daarbij gedoeld op de volgende passage in die annotatie:

“2. (...) In casu heeft toepassing van objectieve maatstaven belangrijke gevolgen. Het hof passeert met een beroep daarop een bewijsaanbod wat betreft de bedoeling van de wijziging per 2000 (r.o. 3.12). Dat lijkt me vreemd. De toepassing van objectieve maatstaven beoogt bescherming tegen een beroep op de niet kenbare gevolgen van anderen. Als degene voor wie die bescherming is

bedoeld in haar belang daar afstand van doet door zelf bewijs aan te bieden wat betreft de aan die partij kennelijk wel bekende bedoeling van anderen (in casu de wederpartij), dan zou dat moeten worden toegestaan lijkt mij. (...)"

3.12. Wat Langemeijer m.i. evenwel over het hoofd ziet, is dat de cao-norm partijen geen ruimte biedt om afstand te doen van de bescherming tegen een beroep op niet kenbare bedoelingen van de oorspronkelijk contracterende partijen. Dit geldt niet alleen voor derde partijen die op de formulering van de overeenkomst geen invloed hebben gehad, maar ook voor de oorspronkelijk contracterende partijen zelf: in beginsel zijn de bewoordingen van de overeenkomst, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis, ook als het geschil omtrent de uitleg is gerezen tussen partijen die beide bij de totstandkoming daarvan waren betrokken. De achterliggende gedachte daarbij is dat niet kan worden aanvaard dat een in een overeenkomst opgenomen beding op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd al naar gelang wie bij een geschil daaromtrent als partijen betrokken zijn. [\[noot:16\]](#) Om die de reden is een beroep op de achterliggende bedoeling in de rechtspraak beperkt tot de bedoeling zoals die – voor een ieder – kenbaar is uit de overeenkomst zelf, of blijkt uit een schriftelijke toelichting bij die overeenkomst. [\[noot:17\]](#)

3.13. Op grond van het vorenstaande faalt subonderdeel B in zijn geheel.

3.14. *Subonderdeel C* richt zich tegen het oordeel van het hof in rechtsoverweging 3.13, [\[noot:18\]](#) waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

"Voor zover de stellingen van de Vereniging c.s. zo moeten worden begrepen dat de wijziging van een onvoorwaardelijke naar een voorwaardelijke indexatie niet is medegedeeld aan de belanghebbenden – omdat zowel de informatiebrief van 3 april 2001 als de daarbij gevoegde populaire versie van het reglement hierover niet duidelijk (genoeg) waren – en daarom geen effect kan hebben (zie met name dagvaarding in eerste aanleg onder 3.4 tot en met 3.9 en memorie van grieven onder 36.1 tot en met 36.5 en ook 36.9) overweegt het hof dat deze stelling op het onjuiste uitgangspunt berust dat wijziging van een bepaling in het reglement alleen rechtsgeldig is als deze is gecommuniceerd en miskent dat communicatie geen vereiste is om een wijziging van het pensioenreglement rechtsgeldig en afdwingbaar te doen zijn."

Volgens het subonderdeel heeft het hof hiermee de betekenis van het bepaalde in art. 3:37 lid 2 BW [\[noot:19\]](#) miskend, althans heeft het zijn oordeel dienaangaande onjuist of onvoldoende gemotiveerd, omdat een wijziging van het pensioenreglement om juridisch effect te sorteren degene jegens wie het Pensioenfonds zich op de wijziging wil beroepen moet hebben bereikt en/of aan diegene kenbaar moet zijn gemaakt. In dat verband wordt in het subonderdeel verwezen naar een uitspraak van de Hoge Raad van 23 april 2010 (Halliburton). [\[noot:20\]](#)

3.15. M.i. faalt de klacht langs twee lijnen.

In de eerste plaats veronderstelt de klacht door de verwijzing naar het derde lid van art. 3:37 BW dat het om een rechtshandeling gaat die moet worden gecommuniceerd. De klacht verduidelijkt echter niet welke rechtshandeling het betreft en waarom communicatie is vereist. De verwijzing naar het Halliburton-arrest [\[noot:21\]](#) gaat niet op nu die zaak handelde over hetgeen tussen partijen (werkgever en werknemer) was overeengekomen op het punt van indexering van het pensioen en het in de onderhavige zaak de verhouding tussen het pensioenfonds en de werknemer betreft die niet met elkaar hebben gecontracteerd.

3.16. Daarnaast heeft het hof m.i. niet zozeer een algemene regel geformuleerd als wel, gezien de samenhang tussen de rechtsoverwegingen 3.11 tot en met 3.14, het pensioenreglement 2000 beoordeeld. Het hof spreekt in genoemde rechtsoverwegingen op een aantal plaatsen over "het pensioenreglement 2000", zoals in de eerste volzin van de rechtsoverwegingen 3.11 en 3.12, en in de rechtsoverwegingen 3.13 en 3.14 over "het reglement" en "het pensioenreglement". Nu laatstgenoemde overwegingen evenals rechtsoverweging 3.12 voortbouwen op rechtsoverweging 3.11 wordt in rechtsoverweging 3.13 met de begrippen "het reglement" en "het pensioenreglement" gedoeld op het pensioenreglement 2000. Het hof heeft mitsdien in rechtsoverweging 3.13 geoordeeld dat het pensioenreglement 2000 geen regel bevat die voorschrijft dat wijziging in de bepalingen moet worden gecommuniceerd om rechtsgeldig te zijn. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk gelet op de statuten van het Pensioenfonds (zie hiervoor onder 1.9), het pensioenreglement 2000 (zie onder 1.17 en 1.18) en de goedkeuring van de ondernemingsraad (zie hiervoor onder 1.16).

3.17. *Subonderdeel D* richt zich tegen rechtsoverweging 3.14, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

"Voor zover de stellingen van de Vereniging c.s. in dit verband ten slotte zo zouden moeten worden begrepen dat zowel de informatiebrief van 3 april 2001 als de daarbij gevoegde populaire versie van het reglement niet duidelijk (genoeg) waren omtrent de wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie en dat de belanghebbenden daaraan het gerechtvaardigd vertrouwen hebben mogen ontlenen dat het systeem van onvoorwaardelijke indexatie ook met het pensioenreglement 2000 werd voortgezet, kan het betoog van de Vereniging c.s. evenmin slagen. Vaststaat dat eerst als gevolg van de beurscrisis in 2002/2003 de toezichthouder een financieel toetsingskader heeft opgesteld en in dat kader ook een beleid is ontwikkeld ten aanzien van indexatieverplichtingen, onder

meer inhoudende dat pensioenfondsen zich beter bewust moesten worden van wat deze op het gebied van indexatie hadden gecommuniceerd en, afhankelijk van de inhoud van die communicatie, de financiering daarvan correct dienden te regelen en dat in het kader van deze operatie (die in 2003-2004 plaatsvond) voor het eerst op brede schaal is gesproken in termen van 'voorwaardelijke indexatie' en 'onvoorwaardelijke indexatie'. In het licht hiervan kan naar het oordeel van het hof niet zonder de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden – die, hoewel dit op de weg lag van de Vereniging c.s., niet door haar zijn gesteld – worden aangenomen dat de Vereniging c.s. als gevolg van de (gebrekkige) wijze van communicatie gerechtvaardigd erop hebben mogen vertrouwen dat het systeem van onvoorwaardelijke indexatie ook met het pensioenreglement 2000 werd voortgezet”.

3.18. De klacht van het subonderdeel luidt dat het hof een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het recht en/of zijn oordeel onjuist en/of ontoereikend heeft gemotiveerd omdat het hof daarmee miskent dat het begrip voorwaardelijke en onvoorwaardelijke verbintenissen ook in verband met indexatie ook vóór 2003-2004 bekend was, dat de wijze van communiceren voor rekening en risico van het Pensioenfonds is, het Pensioenfonds moet instaan voor de verwachtingen die het daarmee wekt en dat er tal van bijkomende omstandigheden door de Vereniging c.s. zijn aangevoerd die het hof niet heeft betrokken in zijn oordeel.

3.19. Deze klacht wordt vervolgens onder D.1-D.6 toegelicht, welke toelichting nadere klachten bevat.

Geen klacht is gericht tegen de uitleg door het hof van de stellingen van de Vereniging c.s. in de eerste volzin van de bestreden rechtsoverweging.

In de toelichting op de klacht onder D.1 – nader uitgewerkt onder D.2-D.5 – wordt opgemerkt dat het hof “(...) aldus kort gezegd [oordeelt] dat er gebrekkig is gecommuniceerd, maar dat dit door de vingers moet worden gezien omdat pas vanaf 2003-2004 op grote schaal gesproken zou zijn over voorwaardelijkheid en onvoorwaardelijkheid.”

M.i. is echter de kern van het oordeel van het hof dat de Vereniging c.s., hoewel dit op hun weg lag, geen bijkomende omstandigheden hebben gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat de Vereniging c.s. als gevolg van de (gebrekkige) wijze van communicatie gerechtvaardigd erop hebben mogen vertrouwen dat het systeem van onvoorwaardelijke indexatie ook met het pensioenreglement 2000 werd voortgezet. Dit oordeel is feitelijk en in cassatie slechts beperkt toetsbaar.

3.20. In de toelichting op de klacht onder D.6 wordt geklaagd dat het hof de wel aangevoerde omstandigheden heeft genegeerd. Deze klacht voldoet niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. [\[noot:22\]](#) nu niet wordt vermeld waar in de stukken in feitelijke instanties die omstandigheden zijn aangevoerd. Voor zover wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt onder B en C voldoet de klacht evenmin aan de daaraan te stellen eisen nu niet wordt verduidelijkt in hoeverre hetgeen onder B en C aan omstandigheden is opgevoerd in het kader van bijkomende omstandigheden als bedoeld door het hof in rechtsoverweging 3.14 heeft te gelden.

Het subonderdeel stuit op het voorgaande af.

3.21. *Subonderdeel E* richt zich tegen rechtsoverweging 3.15, waarin het hof – ter afronding – heeft geoordeeld dat hetgeen de Vereniging c.s. in dit verband meer of anders hebben aangevoerd (met name in de memorie van grieven onder 36.10 tot en met 37) niet aan het voorgaande kan afdoen.

Volgens het subonderdeel heeft het hof door aldus te oordelen een onjuiste toepassing gegeven aan het recht en/of heeft het zijn oordeel dienaangaande onjuist en/of onvoldoende gemotiveerd omdat het ten onrechte voorbij gaat aan essentiële stellingen.

3.22. In rechtsoverweging 3.15 ligt – in samenhang met de daaraan voorafgaande rechtsoverwegingen – besloten dat het hof in hetgeen de Vereniging c.s. meer of anders hebben aangevoerd evenmin een toelichting – als hiervoor onder 3.5 bedoeld – heeft gezien op het pensioenreglement 2000, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het de bedoeling was van de oorspronkelijk contracterende partijen dat de pensioenreglementen vanaf het jaar 2000 een onvoorwaardelijk recht op indexatie zouden bevatten. Dit op aan het hof voorbehouden waarderingen van feitelijke aard berustende oordeel is niet onbegrijpelijk, terwijl voor verdere toetsing in cassatie geen ruimte is.

Het subonderdeel faalt derhalve.

3.23. Onderdeel I faalt daarmee in zijn geheel.

3.24. *Onderdeel II* richt zich blijkens de aanhef tegen de rechtsoverwegingen 3.19-3.27 waarin het hof – aldus het opschrift van onderdeel II – het hof een onjuiste beslissing heeft gegeven over de “wijzigingsmogelijkheid voor werknemers die niet meer in dienst zijn van Delta Lloyd en van wie het pensioen is ingegaan.”

Het onderdeel bevat vier subonderdelen (klachten F t/m I) en diverse subklachten.

3.25. Alvorens op deze subonderdelen in te gaan, wijs ik op het volgende.

Zoals hiervoor vermeld, is onderdeel I gericht tegen de rechtsoverwegingen 3.10-3.15 en richt onderdeel II zich tegen de rechtsoverwegingen 3.19-3.27.

In cassatie wordt derhalve niet opgekomen [\[noot:23\]](#) tegen de rechtsoverwegingen 3.16 tot en met 3.18, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“3.16. Met betrekking tot de (door de tweede grief opgeworpen) vraag of de bij het Harmonisatiebesluit van 2006 doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie – die was vervat in de pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000 – in een voorwaardelijke met ingang van 1 januari 2011 rechtsgeldig is, overweegt het hof allereerst dat het bij de beantwoording van die vraag tevens de (door de derde grief opgeworpen) vraag betreft of de wijziging van de wijze van financiering van de indexering die daarbij plaatsvond, rechtsgeldig is. Dit aspect vormt immers onderdeel van het in 2006 genomen Harmonisatiebesluit. (...). Voorts overweegt het hof omtrent deze beide grieven als volgt.

3.17. Ten tijde van het Harmonisatiebesluit op 6 september 2006 gold de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) – de Pensioenwet trad eerst op 1 januari 2007 in werking – en bepaalde artikel 7 lid 1 aanhef en sub i PSW dat in de statuten en reglementen van een pensioenfonds en van een spaarfonds bepalingen moesten worden opgenomen betreffende onder meer (sub i) de wijziging van de statuten en reglementen, met name ook wat betreft de wijziging van de rechten en verplichtingen van de deelnemers, gewezen deelnemers en andere belanghebbenden in gevallen waarin de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding gaf. Op de voet hiervan was het bestuur van het Pensioenfonds op dat moment krachtens artikel 22 van de statuten bevoegd – na het inwinnen van advies van de deelnemersraad – tot wijziging van die statuten en van het pensioenreglement, met dien verstande dat dit – behoudens een gebrek aan in het Pensioenfonds aanwezige middelen – niet kon leiden tot vermindering van pensioenaanspraken die over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde bedragen waren opgebouwd, en kennelijk met name was beoogd voor het geval dat de bezittingen en de te verwachten inkomsten van het Pensioenfonds ontoereikend waren ter dekking van de pensioenverplichtingen van het fonds, in welk geval het bestuur voorstellen diende te doen tot een zodanige wijziging dat daarmee het verstoorde evenwicht werd hersteld.

3.18. De Vereniging c.s. hebben in dit verband allereerst aangevoerd dat zij, althans de leden van de Vereniging, toen zij nog werknemer waren van Delta Lloyd, met Delta Lloyd zijn overeengekomen dat zij recht hebben op een pensioen met een onvoorwaardelijke indexatie en dat de werkgever (deels) de kosten draagt voor deze indexatie, dat een eenmaal gemaakte afspraak in beginsel slechts kan worden gewijzigd indien beide partijen het met die wijziging eens zijn en dat zij zich niet akkoord hebben verklaard met de door Delta Lloyd in dit geval voorgestelde wijziging, zodat sprake is van een eenzijdige wijziging van de kant van Delta Lloyd die daarom niet rechtsgeldig is. Dit betoog faalt, reeds omdat uit het voorgaande volgt dat het Pensioenfonds krachtens artikel 22 van zijn statuten j° artikel 7 lid 1 aanhef en sub i PSW (onder de daarin bepaalde voorwaarden) in beginsel bevoegd was wijzigingen aan te brengen in de statuten en het pensioenreglement en, naar vaststaat (zie hiervoor onder 3.1 sub (v)), [\[noot:24\]](#)

– de pensioenregeling altijd onderdeel is geweest van de op de arbeidsovereenkomsten tussen Delta Lloyd en haar werknemers toepasselijke cao,

– die cao standaard was geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten die Delta Lloyd als werkgever sloot met haar personeel,

– daarnaast bij Delta Lloyd een personeelshandboek bestond waarin het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds waren opgenomen en dat tevens een eenzijdig wijzigingsbeding bevatte, en

– de inhoud van dit personeelshandboek in de arbeidsovereenkomst van toepassing was verklaard, waarbij tevens werd gewezen op het eenzijdig wijzigingsbeding dat daarin was opgenomen.”

3.26. In cassatie moet derhalve uitgangspunt zijn dat het (bestuur van het) Pensioenfonds in 2006 krachtens artikel 22 van de statuten in verbinding met art. 7 lid 1 aanhef en onder i PSW bevoegd was – na het inwinnen van advies van de deelnemersraad – tot wijziging van die statuten en van het pensioenreglement, met name ook wat betreft wijziging van de rechten en verplichtingen van de deelnemers, gewezen deelnemers en andere belanghebbenden in gevallen waarin de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding geeft. Voorts staat in cassatie vast dat bedoelde wijzigingen in de statuten en het pensioenreglement ook konden worden aangebracht ten opzichte van de leden van de Vereniging, die, toen zij nog werknemer waren van Delta Lloyd, met Delta Lloyd zijn overeengekomen dat zij recht hebben op een pensioen met een onvoorwaardelijke indexatie, zodat de door Delta Lloyd voorgestelde wijziging rechtsgeldig is.

3.27. Daar komt bij dat Uw Raad inmiddels bij arrest van 6 september 2013 [\[noot:25\]](#) – voor zover hier van belang – heeft beslist dat de – ook op de onderhavige zaak van toepassing zijnde – Pensioen- en Spaarfondsenwet niet in enige maatstaf voorzag voor de

beoordeling van een eenzijdige wijziging in pensioenreglementen, zodat, voor zover de pensioenreglementen de bevoegdheid tot wijziging geven, het gebruikmaken van die bevoegdheid in beginsel geoorloofd is. De in dat verband door de Hoge Raad genoemde uitzondering komt hierna aan de orde (zie onder 3.39).

3.28. De omstandigheid dat bedoelde rechtsoverwegingen in cassatie niet zijn bestreden werkt daarenboven ook door bij de beoordeling van de klachten tegen de rechtsoverwegingen 3.19 en 3.20 [\[noot:26\]](#) (zie hierna onder 3.31 en 3.34).

3.29. *Subonderdeel F* klaagt over rechtsoverweging 3.19, waarin het hof het betoog van de Vereniging c.s. dat werknemers die niet langer in dienst zijn bij Delta Lloyd en als gevolg daarvan niet langer pensioen genieten op basis van de pensioenovereenkomst tussen hen en Delta Lloyd, waardoor tussen hen en Delta Lloyd een uitgewerkte rechtsverhouding is ontstaan die in beginsel niet langer – en zeker niet eenzijdig – kan worden gewijzigd, heeft verworpen. Het hof heeft daartoe overwogen dat dat betoog

“berust op het onjuiste uitgangspunt dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst iedere contractuele relatie die de werknemer is aangegaan ten tijde en als gevolg van zijn dienstverband – in het bijzonder ook die welke hij aan een pensioenovereenkomst althans aan het verkrijgen van pensioenaanspraken is gaan ontlenen – tot een einde komt. Een pensioenovereenkomst is echter niet ‘uitgewerkt’ bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar eerst op het moment dat geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn, waarvan voor de beoordeling van het onderhavige geval niet dient te worden uitgegaan.”

3.30. Het subonderdeel klaagt dat het hof met dit oordeel een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het recht dan wel dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd nu de Vereniging c.s. niet het uitgangspunt hebben ingenomen dat iedere contractuele relatie (in verband met de pensioenovereenkomst) tot een einde is gekomen.

De klacht mist feitelijke grondslag. Het hof heeft het standpunt van de Vereniging c.s. vermeld en vervolgens geoordeeld dat dit standpunt z.i. berust op een onjuist uitgangspunt.

3.31. Het subonderdeel spitst de klacht onder F.1 vervolgens toe op het punt van de wijziging van de indexering en betoogt onder F.2-4 dat de Vereniging c.s. in appel hebben willen bepleiten dat nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, de contractueel overeengekomen prestaties vaststaan, zodat – zo vul ik aan – een eenmaal overeengekomen indexering niet meer kan wijzigen.

Deze klacht stuit af op hetgeen het hof ten aanzien van deelnemers, gewezen deelnemers en andere belanghebbenden in cassatie niet bestreden heeft geoordeeld in rechtsoverweging 3.17 en voorts op de grond dat het subonderdeel niet vermeldt in welk opzicht het gewraakte oordeel een schending van het recht oplevert. [\[noot:27\]](#)

Overigens merk ik op dat Uw Raad in het hierboven genoemde arrest van 6 september 2013 [\[noot:28\]](#) heeft geoordeeld dat indien sprake is van pensioenaanspraken, het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet met zich meebrengt dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt, en dat in dat geval de rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid, wordt voortgezet in de pensioenovereenkomst. Voor zover het er om 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. [\[noot:29\]](#)

Gelet op de samenhang tussen de rechtsoverwegingen 3.18 en 3.19 is het oordeel evenmin onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd, zodat subonderdeel F in zijn geheel faalt.

3.32. *Subonderdeel G* richt zich tegen (een gedeelte van) rechtsoverweging 3.20 waarin het hof – voor zover thans van belang – als volgt heeft geoordeeld:

“De Vereniging c.s. hebben in dit verband verder aangevoerd dat de onvoorwaardelijke indexatie – die was vervat in pensioenreglementen voorafgaand aan het jaar 2000 – niet voor wijziging in een voorwaardelijke indexatie met ingang van 1 januari 2011 vatbaar was omdat deze behoorde tot de reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Het hof kan de Vereniging c.s. niet in dit betoog volgen. Vaststaat (...) dat in de diverse pensioenreglementen is omschreven wat het begrip pensioenaanspraken omvat en in die omschrijving geen indexeringsrechten voorkomen. Evenmin komt uit die reglementen of andere stukken naar voren dat enigerlei rechten op indexatie reeds voor de toekomst – dus voorafgaand aan de jaarlijkse aanpassing van de pensioenen – zijn gefinancierd. Voor zover de Vereniging c.s. hebben betoogd dat bedoelde onvoorwaardelijkheid van de indexatie impliceerde dat deze niet (meer) voor wijziging vatbaar was, kan het hof de Vereniging c.s. evenmin in hun betoog volgen, reeds omdat met betrekking tot de artikelen waarop die onvoorwaardelijkheid wordt gebaseerd (...) niet in de diverse reglementen of elders is bepaald dat deze niet voor wijziging vatbaar zijn en een bepaling omtrent wijziging ook toen al [bedoeld zal zijn: voorafgaand aan het jaar 2000; W-vG] in de statuten stond. Het hof verwijst in dit verband tevens naar wat het onder 3.18 reeds heeft overwogen.”

3.33. Het subonderdeel klaagt dat het hof met zijn oordeel dat indexeringsrechten niet voorkomen in de omschrijving van het begrip pensioenaanspraken in het pensioenreglement en niet is bepaald dat de betreffende reglementsartikelen niet voor wijziging vatbaar zijn, een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het recht en/of zijn oordeel onjuist dan wel ontoereikend heeft gemotiveerd doordat het hof heeft miskend dat de onvoorwaardelijke indexering van een pensioenaanspraak onder dat begrip pensioenaanspraak valt.

3.34. Bij eerste lezing lijkt het subonderdeel een rechtsklacht tegen rechtsoverweging 3.20 te bevatten over hetzelfde onderwerp waarover Uw Raad op 6 september 2013 [\[noot:30\]](#) uitspraak heeft gedaan.

Uit de toelichting op het subonderdeel blijkt evenwel dat slechts motiveringsklachten tegen dat oordeel worden gericht. Deze motiveringsklachten voldoen evenwel niet aan de vereisten die in art. 407 lid 2 Rv. aan een cassatiemiddel worden gesteld. [\[noot:31\]](#) Het subonderdeel kan daarmee niet tot cassatie leiden.

Zoals hiervoor gesignaleerd ontleent het hof daarenboven een deel van zijn motivering aan zijn in cassatie niet bestreden rechtsoverweging 3.18 over de bevoegdheid van het Pensioenfonds om wijzigingen aan te brengen in de statuten en in het pensioenreglement.

3.35. *Subonderdeel H* richt zich tegen (een gedeelte van) rechtsoverweging 3.22 van het arrest, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld – voor de leesbaarheid citeer ik ook de daaraan voorafgaande rechtsoverweging –:

“3.21. De Vereniging c.s. hebben voorts aangevoerd dat, zo al sprake zou kunnen zijn van wijziging, deze wijziging werd beheerst door het bepaalde in artikel 7:613 BW, zodat aan de daar genoemde vereisten voor wijziging moest zijn voldaan, met name aan het in dat artikel vervatte vereiste dat een werkgever slechts een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

3.22. Het hof overweegt allereerst dat artikel 7:613 BW te dezen toepassing mist, omdat deze bepaling niet ziet op besluiten van een pensioenfonds, waar het hier om gaat, maar op besluiten van een werkgever, en de desbetreffende bevoegdheid niet enkel kan worden beschouwd – zoals de Vereniging c.s. hebben aangevoerd – als een door de werkgever aan het Pensioenfonds overgedragen bevoegdheid die het fonds niet meer of andere rechten verschaft dan de werkgever had. (...)”

3.36. Het subonderdeel klaagt dat het hof, gezien zijn vaststelling in rechtsoverweging 3.1 onder (iv) [\[noot:32\]](#) dat het Pensioenfonds de pensioenregeling van de werkgever uitvoert, heeft miskend dat er sprake is van een wijziging van de tussen werkgever en ex-werknemer bestaande pensioenregeling waarvoor de norm van art. 7:613 BW geldt, althans dat het hof zijn oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd.

3.37. Het hof heeft in rechtsoverweging 3.25 – naar eigen zeggen: ten overvloede, maar in feite als tweede zelfstandig dragende grond – geoordeeld dat, ook als ervan zou moeten worden uitgegaan dat het Pensioenfonds voor het nemen van het Harmonisatiebesluit een zwaarwichtig belang had moeten hebben als bedoeld in art. 7:613 BW, Delta Lloyd c.s. voldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld (zie met name de memorie van antwoord tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel onder 98 tot en met 102) waaruit, in onderling verband en samenhang beschouwd, een zodanig zwaarwichtig belang kan worden afgeleid, welke feiten en omstandigheden (met name bij gelegenheid van de pleidooien ten overstaan van het hof) onvoldoende door de Vereniging c.s. zijn weersproken. Nu dit oordeel in cassatie niet is bestreden, faalt subonderdeel H bij gebrek aan belang.

3.38. *Subonderdeel I* richt zich – gelet op de inleiding – tegen de rechtsoverwegingen 3.24 en 3.26-3.27, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“3.24. Hetgeen de Vereniging c.s. in dit verband meer of anders hebben aangevoerd (zie met name inleidende dagvaarding onder 4.22 tot en met 4.70) kan, in het licht van het door de Vereniging c.s. onvoldoende gemotiveerd bestreden verweer van Delta Lloyd c.s. (zie met name conclusie van antwoord onder 81 ad D tot en met 97), aan het voorgaande niet afdoen.

(...)

3.26. De Vereniging c.s. hebben verder betoogd dat de onvoorwaardelijke indexatie destijds – in 1981 – is ingevoerd als compensatie voor een verlaging van het ouderdomspensioen. Tot 1980 kende de pensioenregeling van Delta Lloyd een voorwaardelijke indexeringsregeling, waarbij Delta Lloyd ieder jaar een besluit nam of en, zo ja, in welke mate de ingegane pensioenen zouden worden geïndexeerd. In 1980 hebben Delta Lloyd en het Pensioenfonds onder meer besloten dat het wenselijk was om de waardevastheid van ingegane pensioenen als een recht in de pensioenregeling op te nemen. Omdat de kosten van de pensioenregeling door deze verbetering volgens het Pensioenfonds ‘een onaanvaardbare stijging’ zouden ondergaan, is de pensioenregeling daarom op een ander

punt in kwaliteit verminderd: door het opbouwpercentage te verlagen over de pensioengrondslag boven f 10.500,= (artikel 6 lid 2 Pensioenreglement 1981) is volgens de Vereniging c.s. het totale ouderdomspensioen voor een aanzienlijk deel van de deelnemers verlaagd tot een niveau dat 10 tot 12% lager was dan gebruikelijk in de bedrijfstak. Het laten vervallen van de compensatie voor het verlaagde ouderdomspensioen is alleen toegestaan als zwaarwegende argumenten daarvoor bestaan, waarvan geen sprake is, aldus (nog steeds) de Vereniging c.s. Bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof hebben de Vereniging c.s. hieraan toegevoegd dat de 'uitruil' Delta Lloyd een besparing heeft opgeleverd ten opzichte van de oude regeling die bij eenvoudige berekening kan oplopen tot € 100.000.000,= en terzake bewijs aangeboden. Delta Lloyd c.s. hebben bezwaar gemaakt tegen het aanvoeren van deze stelling in een zo laat stadium. Het hof beschouwt laatstbedoelde stelling, die op zichzelf al onvoldoende is onderbouwd, als tardief aangevoerd en passeert om die reden mede het door de Vereniging c.s. gedane bewijsaanbod.

3.27. In eerste aanleg hebben Delta Lloyd c.s. tegenover de (overige) stellingen van de Vereniging c.s. bij wege van verweer aangevoerd dat juist is dat destijds een 'uitruil' heeft plaatsgevonden, maar dat ook duidelijk is dat dit de indexatietoezegging niet onvoorwaardelijk althans niet onveranderbaar maakt. Er is op dat moment (in 1980) een recht op indexatie vastgelegd in het pensioenreglement waarvan de deelnemers uitdrukkelijk hebben geprofiteerd, omdat tussen 1980 en 2011 de pensioenen met tientallen procentpunten meer zijn geïndexeerd dan de verlaging met twee à drie procent van het ouderdomspensioen waarvan in 1980 sprake was, zodat het een 'goede deal' voor de deelnemers is gebleven, aldus (nog steeds) Delta Lloyd c.s. In hoger beroep hebben Delta Lloyd c.s. hieraan toegevoegd (zie met name memorie van antwoord tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel onder 141 tot en met 145)

- dat in 1980 meer verbeteringen zijn doorgevoerd dan alleen het recht op indexatie, te weten een verbetering van het weduwepensioen, de invoering van het levensjarenbeginsel en de toekenning van hogere rechten bij uitdiensttreding,
- dat in de berekening van de Vereniging c.s. - waarmee zij door de 'uitruil' op een blijvend 5 tot 6% lagere pensioenuitkering komen - niet is meegenomen dat in 1981 een compensatie is toegekend waarbij het verschil in aanspraken over de backservicejaren tussen de pensioenregeling 1971 en de pensioenregeling 1981 eenmalig is vastgesteld en als extra pensioen is toegekend en gefinancierd,
- dat de Vereniging c.s. daarnaast uitgaan van ongewijzigde voortzetting van de regeling tot de pensioendatum (zijnde 2004), terwijl de regeling per 1 januari 1999 is omgezet in een middelloonregeling, waardoor het opgegeven percentage van inlevering feitelijk te hoog is,
- dat in de door de Vereniging c.s. gemaakte berekening ook doorgevoerde verbeteringen in de pensioenregeling volledig buiten beschouwing worden gelaten, en - dat het woord 'uitruil' ten onrechte suggereert dat sprake zou zijn geweest van een regeling op individuele basis die nu achteraf eenzijdig wordt opengebroken, wat niet juist is omdat zowel in 1981 als in 2006 de regeling is aangepast in overleg met vertegenwoordigers van betrokkenen,

welke feiten en omstandigheden (met name bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof) niet door de Vereniging c.s. zijn weersproken. Dit impliceert dat de Vereniging c.s., op wier weg dit lag, onvoldoende aan hun stelplicht hebben voldaan en ook dit argument van de Vereniging c.s. niet kan afdoen aan wat hiervoor onder 3.23 tot en met 3.25 is overwogen."

3.39. Het subonderdeel bevat drie klachten.

Alvorens op deze klachten in te gaan, stel ik het volgende voorop.

Het hof heeft - naast het hiervoor in 3.35 geciteerde gedeelte - in rechtsoverweging 3.22 geoordeeld dat het pensioenfonds onder omstandigheden misbruik van zijn in artikel 22 van de statuten vervatte bevoegdheid tot wijziging kan maken, hetgeen met name het geval zal kunnen zijn indien die wijziging tot vermindering van over achterliggende dienstjaren door reeds betaalde premies opgebouwde pensioenaanspraken leidt of de wijziging niet ertoe strekt door middel van een vermindering van (andere) aanspraken een verstoord evenwicht te herstellen tussen enerzijds bezittingen en inkomsten van het Pensioenfonds en anderzijds diens pensioenverplichtingen, waarbij de vermindering van aanspraken voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid moet plaatsvinden. Dit - in cassatie niet bestreden - oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. [\[noot:33\]](#)

Of dergelijke omstandigheden voldoende gemotiveerd zijn gesteld, vergt een aan de feitenrechter voorbehouden feitelijke beoordeling die in cassatie slechts beperkt toetsbaar is.

3.40. Voorts lees ik in de cassatiedagvaarding geen klacht tegen rechtsoverweging 3.24 en is de derde klacht van het onderdeel, waarover hierna onder 3.45, kennelijk gericht tegen rechtsoverweging 3.23.

3.41. Hoofdklacht van het subonderdeel is dat het hof essentiële stellingen van de Vereniging c.s. in de rechtsoverwegingen 3.26 en 3.27 onbesproken heeft gelaten en mitsdien zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd.

De eerste klacht van het subonderdeel betoogt (onder I.1-2) dat de Vereniging c.s. in par. 39 van de memorie van grieven en par. 6 van de pleitaantekeningen gemotiveerd hebben aangevoerd dat pensioen is ingeleverd om de onvoorwaardelijkheid van de indexatie te behouden, hetgeen de rechthebbenden structureel een lager pensioen heeft opgeleverd en Delta Lloyd veel kosten heeft bespaard. Vervolgens wordt geklaagd (onder I.3) dat het hof ten onrechte overweegt dat de Vereniging c.s. nader op het nadeel hadden moeten ingaan.

3.42. Zoals uit de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen 3.26 en 3.27 blijkt, heeft het hof in rechtsoverweging 3.26 de stelling van de Vereniging c.s. weergegeven dat de onvoorwaardelijke indexatie destijds – in 1981 – is ingevoerd als compensatie (“uitruil”) voor een verlaging van het ouderdomspensioen. In rechtsoverweging 3.27 heeft het hof het hiertegen gerichte verweer [noot:34] van Delta Lloyd c.s. weergegeven, waarna het hof aan het slot van rechtsoverweging 3.27 tot de conclusie komt dat de door Delta Lloyd genoemde feiten en omstandigheden niet door de Vereniging c.s. zijn weersproken.

Dit oordeel is feitelijk en kan derhalve niet door een rechtsklacht worden bestreden. Hierop stuit de eerste klacht af.

3.43. De tweede klacht van het subonderdeel (onder I.4-I.5) is gericht tegen het slot van rechtsoverweging 3.26 en houdt in dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het in de memorie van grieven genoemde en bij pleidooi nader geconcretiseerde gestelde voordeel [noot:35] van Delta Lloyd tardief is en daarom wordt gepasseerd.

3.44. Voor zover de klacht voldoet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. [noot:36] mist deze belang nu het hof (ook) in rechtsoverweging 3.26 (laatste zin) heeft overwogen dat de stelling van de Vereniging c.s. bij pleidooi dat de “uitruil” Delta Lloyd c.s. een besparing heeft opgeleverd ten opzichte van de oude regeling, onvoldoende is onderbouwd. Tegen dit laatste – feitelijke – oordeel is niet opgekomen in cassatie.

3.45. De derde klacht van subonderdeel I (onder I.7; in zoverre voortbouwend op I.6 en nader uitgewerkt onder I.8) is kennelijk gericht tegen rechtsoverweging 3.23. Daarin heeft het hof geoordeeld dat uit de vaststaande feiten xxiv tot en met xxxvii kan worden afgeleid dat het Pensioenfonds geen misbruik heeft gemaakt van zijn wijzigingsbevoegdheid van art. 22 van de statuten. Het hof heeft dit oordeel in de eerste plaats gegrond op de overweging dat de wijziging ertoe strekte om door middel van een vermindering van (andere) aanspraken een verstoord evenwicht te herstellen tussen enerzijds bezittingen en inkomsten en anderzijds pensioenverplichtingen van het Pensioenfonds en in de tweede plaats op de grond dat in het kader van de wijziging, de vermindering van aanspraken voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid plaatsvond.

3.46. Volgens de klacht heeft het hof allereerst ten onrechte overwogen dat de Vereniging c.s. de door het hof in rechtsoverweging 3.1 onder xxiv – xxvii vastgestelde feiten [noot:37] niet heeft bestreden en voorts dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat deze feiten tot de conclusie leiden dat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid om de onvoorwaardelijke indexering om te zetten in een voorwaardelijke indexering.

3.47. Ik constateer allereerst dat de klacht zich richt tegen de feitenvaststelling in rechtsoverweging 3.1 onder xxiv – xxvii (24-27), terwijl het hof heeft geoordeeld dat uit de vaststaande feiten xxiv tot en met xxxvii (24-37) kan worden afgeleid dat het Pensioenfonds geen misbruik heeft gemaakt van zijn wijzigingsbevoegdheid van art. 22 van de statuten.

In de tweede plaats hebben de Vereniging c.s. in paragraaf 2 van hun cassatiedagvaarding voorop gesteld (onder 2.1) dat de door het hof in rechtsoverweging 3.1 vastgestelde feiten als onbestreden in cassatie als uitgangspunt kunnen gelden. Daarmee is de klacht in lijnrechte tegenspraak en voldoet deze niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. [noot:38] Tot slot komt de klacht niet op tegen de door het hof in rechtsoverweging 3.23 geformuleerde uitgangspunten met betrekking tot de beoordeling of het Pensioenfonds misbruik heeft gemaakt van de bevoegdheid en gaat deze mitsdien in zoverre uit van een te beperkte lezing van de bestreden rechtsoverweging.

3.48. Subonderdeel I faalt derhalve in zijn geheel.

3.49. *Onderdeel III* (bestaande uit *subonderdeel J*) richt zich ten slotte tegen rechtsoverweging 3.32, waarin het hof – voor zover thans van belang – het volgende heeft geoordeeld:

“(…) Voor zover in de stellingen van Engelenberg ligt besloten dat in het pensioenreglement 2003, in het bijzonder in artikel 22 lid 2 tot en met 5, een recht op onvoorwaardelijke indexatie is vervat, kan het hof, gelet op de wijze waarop het de eerste grief in het principaal appel heeft afgedaan, Engelenberg daarin niet volgen. Voor zover de stellingen van Engelenberg zo moeten worden gelezen dat het pensioenreglement 2003 niet voor wijziging vatbaar was, stuit zijn betoog af op wat het hof met betrekking tot de tweede en derde grief in het principaal appel heeft overwogen.”

Het onderdeel klaagt dat het hof een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het recht, althans zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd.

3.50. Het onderdeel bouwt blijkens de toelichting voort op de daaraan voorafgaande klachten, en deelt derhalve het lot daarvan.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

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 CV 08-7538 van de kantonrechter te Amsterdam van 1 juli 2008, 27 januari 2009, 30 juni 2009, 17 november 2009 en 9 maart 2010;

b. het arrest in de zaak 200.068.794/01 van het gerechtshof te Amsterdam van 12 juni 2012.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

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

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Vereniging c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Delta Lloyd c.s. begroot op € 799,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

Noot

1. Dit Delta Lloyd arrest van de Hoge Raad over indexatiewijziging is, ondanks de verwijzing naar artikel 81 RO, van groot belang voor pensioenwijzigingen. Het arrest is belangrijk omdat (1) de door het Hof Amsterdam aanvaarde pensioenfondsroute niet wordt gecasseerd en (2) de Hoge Raad dat niet inhoudelijk motiveert. Voor ieder wijzigingstraject bij pensioen is de wijzigingsbevoegdheid en de toetsingsmaatstaf voor die wijziging essentieel.

2. De pensioenfondsroute is in één zin samengevat de wijziging van het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst van werknemers, slapers en pensioengerechtigden door het (ondernemings)pensioenfonds. Cruciaal is dat niet de werkgever wijzigt. De wijzigingsbevoegdheid is doorgecontracteerd via pensioenreglementincorporatie in de (collectieve) arbeidsovereenkomst en/of binding aan statuten. In het Delta Lloyd-arrest oordeelde het Hof Amsterdam op 12 juni 2012, PJ 2012, 119 dat het pensioenfonds de onvoorwaardelijke indexatie uit het pensioenreglement kon wijzigen in een voorwaardelijke indexatie zonder dat de zwaarwichtig belang-toets van toepassing is. Er is immers geen eenzijdige wijziging door de werkgever (vergelijk artikel 7:613 BW/artikel 19 Pensioenwet) aangezien het pensioenfonds het pensioenreglement wijzigt. Daarom kon worden volstaan met een marginale toets of het pensioenfonds geen misbruik van zijn statutaire bevoegdheid maakte. Daarnaast moeten pensioenfonds bij hun besluiten een evenwichtige belangenafweging in acht nemen (artikel 105 lid 2 Pensioenwet).

3. De Hoge Raad casseert deze pensioenfondsrouten niet. Het lijkt er daarom op dat de Hoge Raad deze route 'goedkeurt.' Dat doet de Hoge Raad onder verwijzing naar artikel 81 RO. De in het middel aangevoerde klachten behoeven geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Op basis van het arrest is het pensioenfonds bevoegd – uitgaand van een adequate vastlegging van de wijzigingsbevoegdheid in statuten en reglementen – het pensioen te wijzigen zonder dat de werkgever of het pensioenfonds een zwaarwichtig belang voor die wijziging hoeft aan te tonen.

4. Wie de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent goed leest, ziet dat veel cassatietechniek wordt toegepast die verhindert dat rechtsvragen – zoals de wijzigingsbevoegdheid en toetsing daarvan – inhoudelijk worden beantwoord (zie bijvoorbeeld overweging 3.37). Dat is wellicht verklaarbaar – hoewel ik mij haast te melden dat ik het procesdossier en de cassatiemiddelen niet heb gelezen – maar zowel dogmatisch als praktisch betreurenswaardig.

Ook ten aanzien van de uitgewerkte rechtsverhouding – de stelling van de gepensioneerden dat indexatiewijziging niet mogelijk is nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd – komt er om cassatietechnische redenen geen oordeel (conclusie overweging 3.30-31). Dat is minder erg nu de Hoge Raad in het ECN arrest van 6 september, «JAR» 2013/249 al heeft geoordeeld dat pensioenwijzigingen met slapers en pensioengerechtigden na einde arbeidsovereenkomst niet onmogelijk zijn. Wanneer het wel mogelijk is, is vers twee.

5. Wellicht ten overvloede merk ik op dat de pensioenfondsrouten niet universeel toepasbaar is. Zo verlopen de meeste wijzigingstrajecten bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en verzekerde regelingen langs andere weg. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn werkgevers en deelnemers op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 gebonden aan statuten en reglementen (de bedrijfstakpensioenfondsrouten). De binding van slapers (gewezen deelnemers) en pensioengerechtigden is niet in de wet geregeld (daarover M. Heemskerk, Van pensioen crisis naar pensioen(r)evolutie, oratie Nijmegen, BJU 2013). Voor die groep kan de pensioenfondsrouten wellicht van pas komen. Bij wijzigingen van verzekerde regelingen is het wettelijk instemmingsrecht van de OR (artikel 27 lid 1 WOR) en de reikwijdte daarvan (pensioenovereenkomst én uitvoeringsovereenkomst?) een aandachtspunt.

6. Saillant detail is dat de Hoge Raad in het ECN-arrest oordeelde dat pensioenwijzigingen vóór 1 januari 2007 geen zwaarwichtig belang-toets vereisen omdat de Pensioenwet toen nog niet in werking was getreden. In mijn noot bij dat arrest («JAR» 2013/249) merkte ik al op dat ik niet goed begrijp waarom de zwaarwichtig belang-toets van artikel 7:613 BW dan geen toepassing vindt. Die wettelijke grondslag (artikel 7:613 BW) bestond ook vóór 2007. Dat punt komt nu evenmin aan de orde bij de Hoge Raad.

7. Werkgever en pensioenuitvoerders zullen het arrest zo (willen) uitleggen dat dat pensioenfonds de het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst mag wijzigen zolang die bevoegdheid blijkt uit statuten en reglementen. Een zwaarwichtig belang is bij die wijziging niet vereist nu het arrest van het Hof overeind is gebleven. Willen werknemers, slapers en pensioengerechtigden betogen dat ook pensioenwijzigingen via het pensioenfonds een zwaarwichtig belang eisen, dan moeten zij uitleggen waarom de Hoge Raad het Delta Lloyd arrest van het Hof Amsterdam ten onrechte in stand heeft gelaten. Dat is geen sinecure.

8. De komende jaren zitten naar verwachting vol pensioenwijzigingen. Vooralsnog heeft de opvatting van het Hof Amsterdam dat pensioenfondsen het pensioenreglement mogen wijzigen zonder dat er een zwaarwichtig belang-toets hoeft plaats te vinden het gehouden. Een werknemer, slaper of gepensioneerde zal zich – niet gehinderd door kennis van de Delta Lloyd doctrine – afvragen waarom zijn rechtsbescherming tegen eenzijdige wijziging door de werkgever (toetsing van het zwaarwichtig belang) niet geldt indien het pensioenfonds zijn pensioen wijzigt. Een visie van de wetgever of de wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen van werknemers, slapers of pensioengerechtigden zonder zwaarwichtig belang-toets, nu niet de werkgever maar een derde wijzigt, past in het arbeidsrecht- en pensioenrecht zou welkom zijn. Misschien is dat wishful thinking. Het belang voor alle partijen is er groot genoeg voor, met de aangekondigde pensioenherziening per 1 januari 2015 in zicht.

prof. mr. drs. M. Heemskerk,

Voetnoten

[1]

Zie de in cassatie niet bestreden rov. 3.2 e.v. van het arrest van het hof Amsterdam van 12 juni 2012, alsmede p. 15 van het vonnis van de kantonrechter van 27 januari 2009.

[2]

Zie rov. 3.3 van het arrest van het hof Amsterdam van 12 juni 2012.

[3]

Zie rov. 1, tweede alinea, van dat arrest.

[4]

Deze vaststelling van de omvang van de rechtsstrijd van partijen in de appelprocedure is in cassatie niet bestreden.

[5]

Zie rov. 3.8 van dat arrest.

[6]

De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 10 september 2012.

[7]

Vgl. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (NJ 2005, 495, m.nt. C.E. du Perron) [«JAR» 2004/83, *red.*], rov. 5.2.

[8]

Zie de rov. 4.3-4.4.

[9]

HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9621 (NJ 2010, 546) [«JAR» 2010/273, *red.*].

[10]

Zie naast het in de vorige noot genoemde arrest voorts HR 2 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3857 (NJ 2005, 495, m.nt. C.E. du Perron onder NJ 2005, 493) [«JAR» 2004/113, *red.*], rov. 3.3; HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376 (NJ 2003, 110, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2003, 111) [«JAR» 2002/153, *red.*], rov. 3.6. Vgl. ook HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961 (NJ 2000, 473) [«JAR» 2000/151, *red.*], rov. 3.3.2; HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366 (NJ 2003, 111, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss) [«JAR» 2002/168, *red.*]; HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059 (NJ 1994, 173, m.nt. PAS onder NJ 1994, 174) [«JAR» 1993/234, *red.*], rov. 3.3 en HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1072 (NJ 1994, 174, m.nt. PAS) [«JAR» 1993/236, *red.*], rov. 3.6. Zie ook T.H. Tanja-van den Broek, 'De Hoge Raad, CAO's en uitleg', in: R.A.A. Duk, e.a., Voor De Laat: de Hoge Raad, 2005, p. 152.

[11]

Vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366 (NJ 2003, 111, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss) [«JAR» 2002/168, *red.*], rov. 3.4.2, waarin de Hoge Raad oordeelt dat, indien de bedoeling van partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.

[12]

Subonderdeel A vermeldt niet concreet welke stellingen van de Vereniging c.s. het hof ten onrechte buiten beschouwing zou hebben gelaten. Zie voor de eisen die ingevolge art. 407 lid 2 Rv. aan een cassatiemiddel worden gesteld o.m. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1727 (RvdW 2013, 892), rov. 3.1; HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0828 (RvdW 2013, 719), rov. 3.1; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639 (NJ 2013, 125), rov. 3.1; en HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196 (NJ 2013, 124), rov. 3.4.1.

[13]

In dat verband verwijzen de Vereniging c.s. naar de dagvaarding in eerste aanleg onder 3 (m.n. 3.1-3.16; zie de cassatiedagvaarding onder B.3) en de memorie van grieven onder 36 (zie de cassatiedagvaarding onder B.2, alwaar de betreffende passage uit de memorie van grieven integraal wordt geciteerd).

[14]

Vgl. HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1072 (NJ 1994, 174, m.nt. PAS) [«JAR» 1993/236, *red.*], rov. 3.6.

[15]

Zie de cassatiedagvaarding onder A.5.

[16]

HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961 (NJ 2000, 473) [«JAR» 2000/151, *red.*], rov. 3.3.2 en 3.4.

[17]

Zoals in de schriftelijke toelichting van Delta Lloyd c.s. onder 9.4 terecht wordt gesignaleerd, zou anders de uniformiteit in de uitleg niet verzekerd zijn, en zou er een onwenselijk onderscheid kunnen ontstaan tussen degenen die wel en degenen die niet kunnen beschikken over de achterliggende bedoeling.

[18]

In de cassatiedagvaarding wordt in de inleiding op subonderdeel C abusievelijk gesproken van rov. 3.11.

[19]

Bedoeld zal waarschijnlijk zijn art. 3:37 *lid 3* BW: "Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. (...)".

[20]

ECLI:NL:HR:2010:BL5262 (PJ 2010, 157, m.nt. E. Lutjens) [«JAR» 2010/127, *red.*], rov. 3.5.3.

[21]

Zie de vorige voetnoot.

[22]

Zie omtrent de eisen die aan een cassatiemiddel worden gesteld voetnoot 14.

[23]

Zie ook de schriftelijke toelichting van Delta Lloyd c.s. onder 23.

[24]

Hierboven weergegeven onder 1.5.

[25]

ECLI:NL:HR:2013:CA0566, rov. 4.1.4; zie ook rov. 5.2.

[26]

Het hof verwijst in rov. 3.20 rechtstreeks naar rov. 3.18.

[27]

Zie omtrent de eisen die aan een cassatiemiddel worden gesteld voetnoot 14.

[28]

Zie voetnoot 27.

[29]

Vgl. rov. 5.1 van dat arrest.

[30]

Zie voetnoot 27.

[31]

Zie omtrent de eisen die aan een cassatiemiddel worden gesteld voetnoot 14.

[32]

Hierboven weergegeven onder 1.4.

[33]

Zie HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, rov. 4.1.4: "De (...) Pensioen- en Spaarfondsenwet voorzag 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 geoorloofdheid 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)".

[34]

Zie memorie van antwoord tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel onder 141-145.

[35]

Verwezen wordt naar de pleitaantekeningen onder 11.

[36]

De in cassatie overgelegde procesdossiers bevatten enkel de pleitnota zoals gevoegd achter het proces-verbaal van 4 oktober 2011 welke geen randnr. 11 bevat.

[37]

Hierboven weergegeven onder 1.24-1.27.

[38]

Zie omtrent de eisen die aan een cassatiemiddel worden gesteld voetnoot 14.
