

LJN: BU4260, Gerechtshof Amsterdam , 200.078.456/01

Datum uitspraak: 01-11-2011
Datum publicatie: 14-11-2011
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Vereniging van gepensioneerden vordert nakoming van toeslagenregeling (indexatie) in tot 2007 geldende pensioenreglement. De wijziging van de toeslagenregeling m.i.v. 2007 kan niet aan de voormalige werknemers die op 31 december 2006 al ex-deelnemer waren worden tegengeworpen, nu bij hen - onder meer op grond van een in oudere pensioenreglementen voorzien indexatiedepot - de verwachting was gewekt dat voor indexatie een afzonderlijke ('geormerkte') voorziening werd aangehouden. Alles afwegende heeft de onderneming gelet op het gerechtvaardigd vertrouwen bij deze categorie ex-deelnemers een onvoldoende zwaarwichtig belang bij wijziging van de toeslagenregelling.
Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

1 november 2011

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
EERSTE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER
ARREST

in de zaak van:

de vereniging VERENIGING VAN OUD MEDEWERKERS ECN & NRG,
gevestigd te Petten, gemeente Zijpe,
APPELLANTE,
advocaat: mr. M. A. Rensen te Alkmaar,

t e g e n

1. de stichting
STICHTING ENERGIEONDERZOEK CENTRUM NEDERLAND,
en
2a. de vennootschap onder firma
NUCLEAR RESEARCH AND CONSULTANCY GROUP,
alsmede haar vennoten,
2b. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ECN NUCLEAIR B.V., en
2c. de stichting
STICHTING ENERGIEONDERZOEK CENTRUM NEDERLAND,
alle gevestigd te Petten, gemeente Zijpe,
GEÏNTIMEERDEN,
advocaat: mr. R.A.A. Duk te Den Haag.

Appellante wordt hierna OMEN genoemd. Geïntimeerden worden gezamenlijk aangeduid als ECN&NRG, geïntimeerde onder 1 wordt afzonderlijk aangeduid als ECN.

1. Het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 6 december 2010 is OMEN in hoger beroep gekomen van het vonnis van 8 september 2010 van de rechtbank Alkmaar, sector kanton, locatie Alkmaar (hierna: de kantonrechter), in deze zaak onder rolnummer 243413 CV EXPL 07 3338 gewezen tussen OMEN als eiseres en ECN&NRG als gedaagden.

OMEN heeft in de appeldagvaarding zeventien grieven aangevoerd, haar eis gewijzigd en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest,

primair:

1. voor recht zal verklaren dat ECN&NRG niet bevoegd waren en zijn eenzijdig de pensioenreglementen te wijzigen ten aanzien van de ex-medewerkers van ECN&NRG die op 1 januari 2007 niet in dienst waren van ECN&NRG, althans dat ECN&NRG bij de wijziging van de pensioenreglementen per 1 januari 2007 niet een zo zwaarwichtig belang hadden dat het belang van de oud-werknemers dat door de wijziging werd geschaad daarvoor naar redelijkheid en billijkheid heeft moeten wijken;

2. ECN&NRG zal veroordelen onverkort de pensioenreglementen, zoals deze luiden voor 1 januari 2007, te blijven toepassen ten aanzien van de ex-medewerkers die per 1 januari 2007 niet in dienst waren van ECN&NRG en ECN&NRG zal bevelen daartoe in het bijzonder ieder jaar onvoorwaardelijk de ingegane pensioenen en opgebouwde aanspraken van deze ex-medewerkers te indexeren en dit op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,- voor iedere overtreding van dit bevel;

subsidiair:

3. ECN&NRG zal veroordelen aan Centraal Beheer Achmea over de jaren 2007 tot en met 2016 zodanige bedragen te betalen als volgens opgave van Centraal Beheer Achmea noodzakelijk zal zijn om de ingegane pensioenen en opgebouwde aanspraken van de ex-medewerkers die per 1 januari 2007 niet in dienst waren van ECN&NRG onvoorwaardelijk en volledig te indexeren op de wijze zoals beschreven in artikel 9 van de pensioenregeling(en) 1990 en 1999, met dien verstande dat tijdens de periode van de overgangsregeling artikel 11 lid 5 van de pensioenregelingen niet toegepast zal mogen worden, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,- voor iedere overtreding van dit bevel; met veroordeling van ECN&NRG in de kosten van beide instanties.

Bij memorie van antwoord hebben ECN&NRG de grieven bestreden en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van OMEN, uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het hoger beroep.

Ten slotte is verzocht arrest te wijzen op de stukken van beide instanties.

2. Feiten

De kantonrechter heeft in het tussenvonnis van 16 juli 2008 onder 1.1 tot en met 1.13 een aantal feiten vermeld. De juistheid hiervan is tussen partijen niet in geschil, zodat ook het hof deze feiten tot uitgangspunt zal nemen.

3. Beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

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

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

Artikel 9: Beperkte waardevermindering

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

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

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

4. (...)

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

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

3.1.3. Het pensioenreglement zoals dit van 1 januari 1999 tot 1 januari 2007 heeft gegolden (hierna: pensioenreglement 1999) bevat

een zelfde indexeringsregeling, zij het niet alleen van ingegane pensioenen maar ook van de pensioenaanspraken van de slapers. De leden 5 en 6 ontbreken in pensioenreglement 1999.

3.1.4. Bij de invoering van pensioenreglement 1990 is een reserve ter voorziening in (onder andere) de vaste toeslag van 3% per jaar ten bedrage van NLG 48.521.785 (ca € 22 mio) vrijgevallen. Dit bedrag is in een rentedragend depot (8,3% rente per jaar) gesteld bij Centraal Beheer Achmea (hierna: Indexatiedepot). Artikel 1 lid 5 van de depotovereenkomst luidt voor zover hier van belang: Het nominale bedrag van de depotrekening, blijft gedurende de looptijd van deze overeenkomst, in principe gelijk.

De rente-opbrengsten van de depotrekening, zullen door de verzekeraar uitsluitend worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd. Voor zover de rente-opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling.

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

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

Artikel 18. Wijziging of intrekking van de pensioenregeling

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

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

Artikel 20 van het pensioenreglement 1964 bevat een vergelijkbaar wijzigingsbeding.

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

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

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

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

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

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

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

Mogelijkheid tot wijziging

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

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

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

Zwaarwichtig belang, rekening houdende met alle omstandigheden

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

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

3.9. OMEN stelt dat dit financiële belang onvoldoende zwaarwegend is om het bij haar leden opgewekte gerechtvaardigd vertrouwen opzij te zetten dat in elk geval de vanaf 1990 ontvangen overrentekorting en de opbrengst van het Indexatiedepot zouden worden aangewend ter financiering van de toeslagen. OMEN verwijst daartoe naar een notitie van 28 november 1989 van de toenmalige algemeen directeur van ECN aan de ondernemingsraad, waarin de nieuwe indexeringsregeling wordt toegelicht (productie 7 bij

inleidende dagvaarding), naar de toelichting in het personeelsblad Forum van januari 1990 op de invoering van het pensioenreglement 1990 (productie 9 bij inleidende dagvaarding), naar de tekst van pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999, in het bijzonder naar artikel 9 lid 2 en naar artikel 9 lid 5 en lid 6 van pensioenreglement 1990, waarin de financiering van de toeslagen uit de overrente is vastgelegd en naar artikel 1 lid 5 van de depotovereenkomst en de toelichting daarop in de notitie aan de ondernemingsraad van 17 april 1991 (productie 10 bij inleidende dagvaarding). Het voor de financiering van de toeslagen bestemde Indexatiedepot is in strijd met deze afspraken in 2000 zonder overleg met de ondernemingsraad of de ex-werknemers volledig toegevoegd aan het gesepareerde beleggingsdepot en vervolgens als gevolg van beleggingsverliezen verloren gegaan. Voorts is op grond van de in februari 2007 met de ondernemingsraad gemaakte afspraken een bedrag van € 2 mio per jaar beschikbaar is gesteld voor toeslagen op de bij Centraal Beheer Achmea verzekerde aanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden.

3.10. Het hof overweegt hieromtrent als volgt. Artikel 9 van pensioenreglement 1964 bevat vaste een indexering met 3%. Artikel 9 lid 2 van pensioenreglementen 1990 en 1999 bepaalt uitdrukkelijk dat de pensioenaanspraken/rechten "...in ieder geval worden verhoogd met het door de verzekeraar op die datum berekende percentage van de overrentekorting...". In artikel 9 lid 5 pensioenreglement 1990 is voorts bepaald dat de toeslagen zullen worden gefinancierd uit de overrentekorting en in lid 6 wordt verwezen naar de depotovereenkomst. Artikel 1 lid 5 van de depotovereenkomst bepaalt dat de rente-opbrengsten van de depotrekening door de verzekeraar uitsluitend zullen worden aangewend voor financiering van de in het pensioenreglement genoemde indexatie van ingegane pensioenen, die door de deponhouder bij de verzekeraar zijn verzekerd. Voor zover de rente-opbrengsten meer bedragen dan noodzakelijk is voor de indexatie van ingegane pensioenen kunnen zij worden aangewend voor door de deponhouder nader aan te geven doeleinden in het kader van de pensioenregeling. OMEN heeft niet aangetoond dat gedurende de looptijd van de depotovereenkomst onttrekkingen zijn gedaan in strijd met de pensioenreglementen c.q. de depotovereenkomst. Blijkens het ECN-rapport (vraagpunt k) en het rapport van feitelijke bevindingen van 25 oktober 2006 van Deloitte (productie C bij conclusie van antwoord in eerste aanleg, hierna: het Deloitte-rapport) zijn de renteopbrengsten van het Indexatiedepot als volgt besteed: een bedrag van € 275.600,- ter financiering van de toeslagen, een bedrag van € 2.268.901,- aan premievrijstelling werknemers, een bedrag van € 11.780.644,- aan premievrijstelling werkgevers en is een bedrag van € 5.113.751,- toegevoegd aan de hoofdsom. Het Deloitte-rapport (Uitkomsten verrichte werkzaamheden, onder 8) vermeldt dat in de jaren 1990 tot en met 1999 in totaal circa € 19 mio is besteed aan indexatiebetalingen en dat dit bedrag nagenoeg gelijk is aan de totale renteopbrengsten van het Indexatiedepot (een bedrag van € 19.438.896,-). Uit het overzicht Pensioenlasten in geconsolideerde jaarrekening ECN/NRG 1990-2006, behorende bij het ECN-rapport, blijkt dat in de jaren 1995 tot en met 1999 de volgende bedragen aan overrente zijn ontvangen: € 4.016.153,- in 1995, € 4.238.890,- in 1996, € 2.363.214,- in 1997, € 4.936.722,- in 1998 en € 1.619.801,- in 1999, derhalve in totaal een bedrag van € 17.174.780,-, welk bedrag de financieringslast van de toeslagen over de jaren 1990 tot en met 1999 al grotendeels dekt.

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

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

3.13. In het licht van de hierboven omschreven omstandigheden kunnen ECN&NRG aan het dekkingstekort dat zich na de opheffing van het gesepareerde beleggingsdepot vanaf 1 januari 2003 voordeed (in samenhang waarmee voorts langjarig geen aanspraak op overrente kan worden gemaakt) niet een voldoende zwaarwegend belang ontleen voor het staken van toeslagverlening aan de ex-

werknemers. Bij dit alles neemt het hof nog in aanmerking dat ECN&NRG onvoldoende gemotiveerd hebben bestreden dat met ingang van 1 januari 2007 is voorzien in een bijdrage in de kosten van toeslagverlening van € 2 mio per jaar. Hiertegenover is een jaarlijkse last van € 2,1 mio welke volgens het ECN-rapport is verbonden aan handhaving van de indexeringsregeling met betrekking tot de bij Centraal Beheer Achmea verzekerde pensioenaanspraken/rechten niet onevenredig.

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

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

4. Slotsom en kosten

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

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

5. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van 8 september 2010;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat ECN&NRG de wijziging met ingang van 1 januari 2007 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 niet kan tegenwerpen aan de ex-werknemers die op 31 december 2006 voormalig deelnemer waren in de in die reglementen vastgelegde pensioenregeling(en);

veroordeelt ECN&NRG artikel 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 respectievelijk 1999 te blijven toepassen ten aanzien van de ex-werknemers die op 31 december 2006 voormalig deelnemer waren in de in die reglementen vastgelegde pensioenregeling(en);

verwijst ECN&NRG in de kosten van het geding in eerste aanleg en begroot die kosten, tot heden aan de kant van OMEN gevallen op € 369,31 aan verschotten en € 2.400,- aan salaris;

verwijst ECN&NRG in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot die kosten, tot heden aan de kant van OMEN gevallen op € 781,93 aan verschotten en € 894,- aan salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.M.A. Verscheure, W.J. van den Bergh en A.W. Rutten, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 1 november 2011.
