

RECHTSPRAAK

## Vereniging van oud-medewerkers ECN & NRG/Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland

***Vervolg ECN/Omen. Artikel 7:613 BW niet van toepassing. Wijziging onvoorwaardelijke indexering pensioenen van oud-werknemers toegestaan.***

(Vervolg op HR 6 september 2013, AR 2013-0692.) ECN had tot 1 januari 2007 de pensioenregeling van zijn werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer Achmea. Tot 1 januari 1990 kende artikel 9 van het destijds toepasselijke pensioenreglement 1964 (hierna: pensioenreglement 1964) een door de verzekeraar gegarandeerde vaste indexering van 3% per jaar, waarvoor een reserve werd aangehouden. Het pensioenreglement (alsmede die van 1990 en 1999) bevat een wijzigingsbeding. Artikel 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van pensioenreglementen 1990 respectievelijk 1999 houdt een premiebetalingsvoorbehoud in voor het geval 'de financiële omstandigheden waarin deze [de werkgever, hof] verkeert zich zodanig ingrijpend wijzigen, dat (ongewijzigde) continuering van de pensioenregeling niet langer mogelijk is'. Met ingang van 1 januari 2007 heeft ECN in overleg met de ondernemingsraad de pensioenregeling voor de actieve werknemers ondergebracht bij het ABP. De tot 1 januari 2007 op grond van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 opgebouwde pensioenaanspraken/rechten van actieven, slapers en gepensioneerden zijn achtergebleven bij Centraal Beheer Achmea. Bij brieven van 24 november 2006 en 6 december 2006 aan de ex-werknemers heeft ECN deze ex-werknemers verzocht in te stemmen met wijziging van 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, heeft ECN bericht dat de artikelen 9 van de pensioenreglementen 1964, 1990 en 1999 met ingang van 1 januari 2007 eenzijdig werden gewijzigd. Omen heeft ECN op 5 juli 2007 gedagvaard voor de kantonrechter en heeft gevorderd – kort gezegd – een verklaring voor recht dat ECN niet bevoegd was de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen ten aanzien van de oud-medewerkers die op 1 januari 2007 niet meer in dienst waren (verder: de oud-medewerkers), alsmede veroordeling van ECN de oude pensioenreglementen te blijven toepassen ten aanzien van deze medewerkers. Het Hof Amsterdam oordeelde dat ECN geen zwaarwichtig belang had bij de wijziging. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat artikel 19 PW nog niet van toepassing was ten tijde van de wijziging: '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).’ Voorts oordeelde de Hoge Raad dat het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als ‘uitgewerkt’ moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn. Volgens Omen betekent het voorgaande dat alsnog aansluiting moet worden gezocht bij artikel 7:613 BW.

Het hof oordeelt als volgt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat – nu de Pensioenwet niet van toepassing is – dat voor zover de pensioenreglementen ECN de bevoegdheid tot wijziging geven, het gebruikmaken van die bevoegdheid in beginsel geoorloofd is en dat de uitoefening van deze bevoegdheid slechts wordt beperkt voor zover ECN van die bevoegdheid misbruik maakt (art. 3:13 BW) of uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Anders dan Omen in haar memorie na verwijzing betoogt, dient toetsing van het gebruik van de wijzigingsbevoegdheid dus niet plaats te vinden aan de hand van artikel 7:613 BW. De norm van artikel 7:613 BW heeft de Hoge Raad immers niet genoemd, hetgeen wel in de rede had gelegen indien de Hoge Raad van oordeel was dat hieraan getoetst zou moeten worden. Immers, ECN heeft in haar principale cassatiemiddel, onderdeel 1 aan de orde gesteld: ‘Weliswaar gold ten tijde van het besluit van ECN art. 7:613 BW al wél, maar die bepaling is hier niet van toepassing, nu OMEN in deze procedure opkomt voor de belangen van de voormalige werknemers van ECN.’ Daar komt bij dat door de advocaat-generaal in zijn conclusie onder 3,5 is gesignaleerd dat de norm van artikel 19 Pensioenwet vergelijkbaar is met die van artikel 7:613 BW en het hof te Amsterdam in zijn arresten niet heeft weergegeven waaraan hij de door hem gehanteerde norm heeft ontleend. Bij deze stand van zaken is niet goed denkbaar dat de Hoge Raad, in het geval dat hij van oordeel was dat de door het hof gehanteerde norm mits ontleend aan artikel 7:613 BW (en niet aan art. 19 Pensioenwet) de juiste was, desondanks zou oordelen dat het hof een onjuiste norm heeft gehanteerd. Daar artikel 18 lid 1 van de pensioenreglementen de bevoegdheid biedt tot het eenzijdig wijzigen van de pensioenregeling, betekent het vorenstaande dat het hof de vraag heeft te beantwoorden of het gebruik dat ECN op 26 december 2006 heeft gemaakt van deze bevoegdheid misbruik van bevoegdheid oplevert, dan wel de uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Van misbruik van bevoegdheid is sprake indien moet worden geoordeeld dat ECN, in

aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van die bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Hiervan is naar het oordeel van het hof geen sprake. ECN heeft naar het oordeel van het hof voldoende overtuigend aangetoond dat zij in 2006 een zwaarwegend financieel belang had bij de uitoefening van de in het geding zijnde bevoegdheid. Zij heeft immers gesteld en met de rapporten van Deloitte onderbouwd dat zij in actie moest komen omdat de continuïteit van de onderneming bij ongewijzigd beleid in gevaar kwam door (a) het vonnis van de kantonrechter van 26 juli 2006, waarbij zij werd veroordeeld aan Centraal Beheer Achmea de koopsommen te voldoen ten behoeve van het indexeren van de (premiëvrije) pensioenaanspraken van haar ex-werknemers over de jaren 2003, 2004 en 2005, (b) de mede als gevolg van de beursontwikkelingen vanaf 2000 zeer gestegen kosten en (vooral) (c) het inzicht dat toepassing van de richtlijn RJ271 gaf in de toekomstige lasten verbonden aan handhaving van de onvoorwaardelijke indexatieafspraken. ECN mocht er op grond van het advies van haar accountant op vertrouwen dat deze richtlijn van haar vergde dat zij op haar balans een voorziening zou treffen van ongeveer € 80.000.000, hetgeen zou leiden tot een negatief eigen vermogen. Dit zou desastreus zijn voor de financiële positie van ECN. Het feit dat de ondernemingsraad akkoord is gegaan met versobering van de pensioenaanspraken van de actieve werknemers duidt erop dat ook de ondernemingsraad kennelijk van mening was dat ongewijzigde voortzetting van de (overigens ruimhartige) pensioenafspraken, zou leiden tot een serieus financieel probleem van ECN en dat daarom ingrijpende maatregelen nodig waren. Naar het oordeel van het hof heeft ECN bij de uitoefening van haar bevoegdheid in voldoende mate rekening gehouden met het belang van haar oud-medewerkers dat door die uitoefening zou worden geschaad, terwijl zij – zoals van een goed werkgever mag worden verwacht – tevens de belangen van haar actieve werknemers in ogenschouw heeft genomen. Aan ECN kan in redelijkheid niet worden verweten dat zij naar een oplossing heeft gezocht waarbij van alle betrokken partijen (dus ook van de oud-medewerkers) een offer werd gevraagd. Niet valt immers in te zien waarom alleen de actieve werknemers voor de financiële problemen van ECN zouden moeten opdraaien en oud-medewerkers niet. De vraag of ook een oplossing denkbaar was waarbij de oud-medewerkers buiten schot zouden blijven is daarom niet relevant. Het enkele feit dat gepensioneerden grotendeels geen andere mogelijkheid hebben om in hun inkomen te voorzien, maakt dit niet anders. Te verwachten is dat dit realiter ook voor een (groot) deel van de huidige werknemers en slapers zal gelden.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 31-03-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2015:608

**Zaaknummer:** 200.149.614

**Rechters:** R.S. van Coevorden, M.J. van der Ven en C.A. Jousra

**Advocaten:** E.A.T. den Haan-van Wijk en F.E. Vermeulen

**Wetsartikelen:** 19 PW, 3:13 BW en 6:248 BW