

ECLI:NL:GHDHA:2020:25

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	21-01-2020
Datum publicatie	21-01-2020
Zaaknummer	200.237.496/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2018:121
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Onvoorwaardelijk recht op indexatie is pensioenaanspraak. Art. 20 Pensioenwet verbiedt wijziging van onvoorwaardelijke indexatie in voorwaardelijke indexatie. Niet naar maatstaven van red en bil onaanvaardbaar om onvoorwaardelijke indexatie te handhaven
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2020-0081 PR-Updates.nl PR-2020-0024 PJ 2020/20

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.237.496/01

Zaaknummer rechtbank : 5951652 \ CV EXPL 17-15544

Arrest van 21 januari 2020

inzake

[appellant] ,

wonende te [woonplaats],

appellant,

nader te noemen: [appellant],

advocaat: mr. A.W. van Leeuwen te Rotterdam,

tegen

1 Allianz Global Corporate & Specialty SE,

gevestigd te München, Duitsland,
nader te noemen: Allianz,
advocaat: prof. mr. drs. M. Heemskerk te Amsterdam,

2 ASR Levensverzekering N.V.,

gevestigd te Utrecht,
nader te noemen: ASR,
advocaat: mr. T.J. Zuiderman te Vlaardingen,

3 Stichting Pensioenfonds Allianz Nederland,

gevestigd te Rotterdam,
nader te noemen: SPAN,
advocaat: prof. mr. drs. M. Heemskerk te Amsterdam,

gezamenlijk te noemen: geïntimeerden.

Het geding

Bij dagvaarding van 28 maart 2018 is [appellant] in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Rotterdam van 5 januari 2018. Bij memorie van grieven heeft [appellant] drie genummerde grieven aangevoerd. Geïntimeerden hebben bij drie afzonderlijke memories van antwoord de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen op 12 april 2019 de zaak doen bepleiten, alle drie aan de hand van overgelegde pleitnota's. Na de pleidooizitting is de zaak enige tijd aangehouden om te bezien of partijen een regeling in der minne konden bereiken. Partijen hebben het hof vervolgens verzocht om arrest te wijzen.

De feiten

1. In het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter een aantal feiten vastgesteld. Voor zover deze feiten door partijen in hoger beroep niet zijn bestreden, zal ook het hof daarvan uitgaan.

2. Met inachtneming van deze feitenvaststelling en in aanvulling daarop kan in dit hoger beroep worden uitgegaan van het navolgende.

2.1 [appellant] is op 1 november 1987 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Allianz. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het verzekeringsbedrijf Binnendienst van toepassing (hierna: de cao). [appellant] is aan de cao gebonden door een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst. De pensioenafspraken van (de rechtsvoorganger van) Allianz met [appellant] zijn in de cao vastgelegd.

2.2 [appellant] bouwde aanvankelijk pensioen op bij pensioenuitvoerder AMEV (dat is inmiddels ASR) op basis van een zogenaamde gemitigeerde eindloonregeling. Artikel 16 van het pensioenreglement van AMEV (hierna: het AMEV-pensioenreglement) luidt als volgt:

" INDEXERING VAN PENSIOENEN

Na beëindiging van het deelnemerschap, alsmede in het geval dat vrijstelling van premiebetaling is verleend wegens arbeidsongeschiktheid, zullen de opgebouwde pensioenen en de wegens arbeidsongeschiktheid premievrij gestelde pensioenen, met uitzondering van die van arbeidsongeschiktheidspensioen, per de eerste januari van elk jaar worden verhoogd.

Maatstaf voor de verhoging is de ontwikkeling van de prijsindexcijfers van de gezinsconsumptie voor werknemersgezinnen met een gezinsinkomen beneden de loongrens van de ziekenfondswetgeving met verlaagde weging voor medische verzorging en exclusief de invloed van wijzigingen in de indirecte belastingen en subsidies, zoals deze worden gepubliceerd in het Statistisch Bulletin van het Centraal Bureau voor de Statistiek. De indexering bedraagt maximaal 3% per jaar."

2.3 Volgens artikel 2 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement eindigt het deelnemerschap in de volgende drie gevallen:

- a. bij het overlijden van de deelnemer;
- b. op de pensioendatum;
- c. op de datum waarop de dienstbetrekking wordt beëindigd (...)

2.4 Per 1 januari 2001 heeft Allianz de pensioenovereenkomst van [appellant] ondergebracht bij uitvoerder SPAN.

2.5 [appellant] heeft niet ingestemd met waardeoverdracht van zijn tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken aan SPAN.

2.6 Met ingang van 2011 heeft een wijziging plaatsgevonden in de cao (looptijd 1 juni 2011 tot 2 januari 2013), inhoudende dat de toeslagverlening van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk is gegaan op basis van zogeheten overrente.

2.7 Het pensioen van [appellant] is tot 1 januari 2013 volledig geïndexeerd.

2.8 [appellant] heeft in eerste aanleg gevorderd:

ten aanzien van alle geïntimeerden:

1. te verklaren voor recht dat de door [appellant] opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR vanaf januari 2001 geïndexeerd moeten worden op grond van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement;

primair

2. geïntimeerden te veroordelen tot nakoming van de pensioenovereenkomst, in die zin dat de door [appellant] tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR, op grond van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement, vanaf januari 2001 onvoorwaardelijk zullen worden geïndexeerd;

subsidiar

3. geïntimeerden te veroordelen tot betaling van een gekapitaliseerde schadevergoeding, gebaseerd op de onvoorwaardelijke indexatie op grond van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement, vanaf januari 2001;

geïntimeerden te veroordelen in de kosten van de procedure.

en voorts Allianz, wat betreft het primair gevorderde:

te veroordelen tot financiering van deze indexatie, dit op straffe van een dwangsom van € 250,- voor iedere dag na betekening van het te wijzen vonnis, dat Allianz in gebreke blijft om aan dat vonnis te voldoen.

2.9 De kantonrechter heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten. De kantonrechter heeft – kort en zakelijk weergegeven – aan dit oordeel ten grondslag gelegd dat het deelnemerschap van [appellant] niet is geëindigd en dat [appellant] niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement.

Beoordeling van het hoger beroep

3. Tegen de oordelen van de kantonrechter heeft [appellant] drie genummerde grieven gericht. Het hof merkt hetgeen [appellant] onder 5 van zijn memorie van grieven heeft aangevoerd ook als grief aan en constateert dat geïntimeerden dit eveneens als grief hebben aangemerkt nu zij elk bij memorie van antwoord daartegen verweer hebben gevoerd. Met deze grieven beoogt [appellant], samengevat, dat het hof het vonnis zal vernietigen en het in eerste instantie gevorderde alsnog zal toewijzen, met veroordeling van geïntimeerden in de kosten van het geding, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Geïntimeerden hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis en veroordeling van [appellant] in de kosten van het hoger beroep.

Cao van toepassing op de pensioenaanspraken

4. Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof het volgende voorop. De kantonrechter heeft op juiste gronden beslist dat de door [appellant] in deze procedure ingestelde vorderingen niet zijn verjaard. Het hof neemt het oordeel van de kantonrechter op dit punt over en maakt dit tot het zijne. [appellant] heeft geen grief gericht tegen de vaststelling door de kantonrechter dat hij gebonden is aan de cao door een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst. Evenmin heeft hij een grief gericht tegen r.o. 2.1 van het vonnis, waarin de kantonrechter heeft vastgesteld dat de pensioenaanspraken van (de rechtsvoorganger van) Allianz met [appellant] in de cao zijn vastgelegd.

5. Niet ter discussie staat dat de cao met ingang van 1 januari 2013 is gewijzigd in die zin dat de toeslagverlening van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk is gegaan, op basis van zogeheten overrente. [appellant] erkent dit ook in zijn memorie van grieven. Hij stelt zich echter op het standpunt dat de wijziging van de toeslagverlening in de cao van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk niet geldt voor zijn AMEV-aanspraken. Anders dan [appellant] kennelijk meent, wordt zijn recht op zijn bij AMEV opgebouwde pensioenaanspraken en de indexatie daarvan naar het oordeel van het hof wel degelijk beheerst door de achtereenvolgende cao's. De pensioenovereenkomst die geldt tussen [appellant] en zijn werkgever, Allianz, is in de achtereenvolgende cao's neergelegd. De pensioenovereenkomst in de zin van artikel 1 van de

Pensioenwet is immers 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen'. De pensioenovereenkomst neergelegd in de achtereenvolgende cao's geldt dus ook voor het pensioen dat [appellant] in dienst van (de rechtsvoorganger van) Allianz bij AMEV/ASR heeft opgebouwd.

Gewezen deelnemer?

6. Met grief 1 en 2, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij niet kan worden aangemerkt als "gewezen deelnemer" in de zin van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement. [appellant] stelt dat zijn deelnemerschap bij ASR is beëindigd op de voet van art. 16 van het AMEV-pensioenreglement en dat hij daarom onverkort recht heeft op jaarlijkse verhoging van zijn bij ASR opgebouwde pensioenen.

7. Het hof oordeelt als volgt. Bij de uitleg van het AMEV-pensioenreglement komt beslissende betekenis toe aan alle omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427). Nu het reglement beoogt de pensioenen van de aangesloten werknemers op collectieve wijze te regelen en individuele werknemers bij de totstandkoming daarvan niet zijn betrokken, geldt als uitgangspunt dat de uitleg van het reglement dient te geschieden aan de hand van de zogeheten cao-norm, die meebrengt dat voor de uitleg van de bepalingen van het pensioenreglement de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de regeling, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het pensioenreglement en kan onder meer acht worden geslagen op de elders in dat stuk gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden (zie onder meer HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376).

8. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van beëindiging van het deelnemerschap in de zin van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement moet naar het oordeel van het hof, gelet op het hiervoor genoemde beoordelingskader, gekeken worden naar artikel 2 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement. Daarin staat een limitatieve opsomming van de situaties waarin het deelnemerschap eindigt, te weten

(a) bij overlijden van de deelnemer;

(b) op de pensioendatum; en

(c) op de datum waarop de dienstbetrekking eerder wordt beëindigd (...).

9. Vast staat dat geen sprake is van overlijden of pensionering. Van een beëindiging van de dienstbetrekking of van een situatie die daarmee kan worden gelijkgesteld, is ook geen sprake. [appellant] is immers sinds 1987 onafgebroken in dienst bij (de rechtsvoorganger van) Allianz. [appellant] voldoet daarom niet aan de definitie van "gewezen deelnemer" in de zin van artikel 2 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement.

10. Evenmin kan [appellant] worden aangemerkt als gewezen deelnemer in de zin van art. 1 van de Pensioenwet. [appellant] is immers nog steeds in dienst bij Allianz en verwerft op grond van zijn pensioenovereenkomst met Allianz (de cao) nog steeds pensioenaanspraken jegens een pensioenuitvoerder. Tot 1 januari 2001 was dit AMEV (thans ASR) en vanaf 1 januari 2001 is dat SPAN. Dit betekent dat [appellant] een deelnemer is als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet en geen gewezen deelnemer. Dat er sinds 1 januari 2001 geen nieuwe pensioenaanspraken en/of pensioenrechten meer ten behoeve van [appellant] bij AMEV/ASR worden verworven, kan niet leiden tot de conclusie dat hij dus gewezen deelnemer is in de zin van het AMEV-pensioenreglement. Anders dan [appellant] betoogt, gaat het hier niet om wat in het "normale spraakgebruik" (mogelijk) wordt bedoeld met een gewezen deelnemer. Relevant is wat het toepasselijke pensioenreglement daarover bepaalt. In het AMEV-pensioenreglement is een duidelijke definitie opgenomen van de gevallen waarin sprake is van beëindiging van het

deelnemerschap. Er is daarbij geen sprake van strijdigheid met de definitie van art. 1 Pw. Dit laat hier dan geen ruimte meer om op grond van normaal spraakgebruik af te wijken van dit in het AMEV-pensioenreglement gedefinieerde begrip.

Leemte?

11. Met grief 3 betoogt [appellant] dat sprake is van een leemte, een niet voorzien geval in de zin van artikel 13 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement. Volgens deze bepaling dient dan een "beslissing naar analogie van de bepalingen van het reglement" te worden genomen. [appellant] meent dat de wijze waarop zijn deelnemerschap in de AMEV-pensioenregeling per 1 januari 2001 is geëindigd niet is omschreven in artikel 2 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement en dat deze beëindigingsmodaliteit klaarblijkelijk over het hoofd is gezien. Hij doet een beroep op artikel 13 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement, waarin is bepaald dat de werkgever een beslissing neemt naar analogie van de bepalingen van het pensioenreglement in alle bij dit pensioenreglement niet voorziene gevallen. [appellant] stelt voorts dat het strijdig zou zijn met de tussen partijen geldende redelijkheid en billijkheid dat oud-deelnemers van de AMEV-regeling niet voor indexatie in aanmerking zouden komen als zij ondanks de beëindiging van hun deelnemerschap in de AMEV-regeling nog in dienst zijn bij Allianz. Het hof is van oordeel dat deze grief faalt, gelet op hetgeen hiervoor onder 6. tot en met 10. is geoordeeld. Van een leemte in het AMEV-pensioenreglement is geen sprake; de definitie van gewezen deelnemer in artikel 2 lid 3 van het AMEV-pensioenreglement is duidelijk en niet voor tweërlei uitleg vatbaar.

Wijziging in strijd met art. 20 Pensioenwet?

12. [appellant] heeft in hoger beroep ook aangevoerd dat de wijziging van de pensioenovereenkomst – van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie – in strijd is met artikel 20 Pensioenwet (voorheen artikel 19). Deze bepaling luidt als volgt: "*In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134.*"

13. Het verweer van geïntimeerden dat het beroep van [appellant] op artikel 20 Pw niet hoeft te worden beantwoord omdat [appellant] zelf stelt dat hij recht heeft op onvoorwaardelijke indexatie omdat hij slaper (gewezen deelnemer) is volgens het AMEV-pensioenreglement, kan naar het oordeel van het hof niet slagen. Hoewel [appellant] in eerste aanleg zijn vorderingen uitsluitend heeft gebaseerd op de stelling dat hij moet worden aangemerkt als gewezen deelnemer in de zin van art. 16 van het AMEV-reglement, heeft hij in hoger beroep ook een beroep gedaan op art. 20 Pw. Uit de toelichting van [appellant] op grief 3 (onder 5.15 en verder) blijkt dat hij – naar het hof begrijpt, subsidiair – een beroep doet op art. 20 Pw en stelt dat op grond van dit artikel zijn onvoorwaardelijke recht op toeslagverlening, zijnde een pensioenaanspraak, niet gewijzigd kan worden in een voorwaardelijk recht op toeslagverlening (behoudens uitzonderingen, die zich niet voordoen). Het hof begrijpt de vorderingen van [appellant] aldus, in het licht van zijn subsidiaire beroep op art. 20 Pw, dat hij aanspraak maakt op onvoorwaardelijke indexering krachtens de maatstaf van art. 16 van het AMEV-reglement (in de woorden van [appellant] in de memorie van grieven onder 5.21: "*volgens de in artikel 16 van het AMEV-reglement vastgelegde indexatiemaatstaf*"). De grief is naar het oordeel van het hof voldoende duidelijk geformuleerd en geïntimeerden hebben dit ook als zodanig moeten begrijpen. Allianz (onder punt 15.1 e.v.) en SPAN (onder punt 8.1 e.v.) hebben in hun memories van antwoord ook inhoudelijk verweer gevoerd tegen de stelling van [appellant] dat de wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie in strijd is met de Pensioenwet.

14. Het verweer dat de Pensioenwet, die op 1 januari 2007 in werking is getreden, niet van toepassing is op de wijziging, gaat evenmin op. De Pensioenwet gold ten tijde van de wijziging in 2013. Vast staat immers dat tot 2013 sprake is geweest van onvoorwaardelijke indexatie van het AMEV/ASR-pensioen van [appellant] en dat daarna pas daadwerkelijk een wijziging is

doorgevoerd. Op deze wijziging is de Pensioenwet wel degelijk van toepassing. Dat de indexatie van opgebouwd pensioen voor slapers en gepensioneerden vanaf 2002 al voorwaardelijk is, is hier niet relevant aangezien [appellant] geen slaper of gepensioneerde is, zoals het hof hiervoor heeft geoordeeld. De toeslagverlening/ indexatie voor deelnemers/werknemers is op grond van de wijziging in de cao in 2011 eerst met ingang van 1 januari 2013 aldus gewijzigd dat deze van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk is gegaan, zoals [appellant] terecht stelt.

15. Het voorgaande brengt mee dat het hof toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van het beroep van [appellant] op art. 20 Pw. Uit de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van de Pensioenwet blijkt duidelijk dat onvoorwaardelijke toeslagverlening (indexatie) wordt aangemerkt als een pensioenaanspraak in de zin van art. 1 Pw (anders dan voorwaardelijke toeslagverlening):

"(...) Artikel [20] bepaalt dat opgebouwde pensioenaanspraken in beginsel niet gewijzigd kunnen worden. Artikel 1 bepaalt echter uitdrukkelijk dat de overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening geen onderdeel vormt van de pensioenaanspraken (...)", Nota naar aanleiding van het nader verslag PW, TK 30 413, nr. 24, p. 17 (onderstreping hof). Zie ook HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134.

16. Zoals [appellant] met juistheid stelt, heeft artikel 20 Pw tot gevolg dat een onvoorwaardelijk recht op indexatie, zijnde een pensioenaanspraak, niet (zonder instemming van de werknemer) kan worden gewijzigd in een voorwaardelijk recht op indexatie. Een uitzondering doet zich voor als de pensioenaanspraak waarvan het onvoorwaardelijke recht op indexatie deel uitmaakt, via een collectieve waardeoverdracht ex artikel 83 Pw wordt overgedragen aan een andere pensioenuitvoerder die een voorwaardelijk recht op indexatie hanteert, maar daarvan is in dit geval geen sprake. Dat de cao voorziet in deze wijziging betekent niet dat gehandeld mag worden in strijd met het verbod van art. 20 Pw en laat de rechten en aanspraken van [appellant] uit hoofde van dit artikel onverlet.

17. Geïntimeerden kunnen gelet op het voorgaande niet worden gevolgd in hun standpunt dat het wijzigingsverbod van art. 20 Pw beperkt is tot onvoorwaardelijke indexatie over het opgebouwde pensioen *tot het moment van wijziging*. Continuering van onvoorwaardelijke toeslagverlening over reeds opgebouwde aanspraken of rechten behoort tot die opgebouwde aanspraak/dat opgebouwde recht, zo blijkt uit art. 1 Pw (*"pensioenaanspraak: het recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening"*).

18. Anders dan SPAN en Allianz betogen, blijkt uit de passage in de wetsgeschiedenis waarnaar zij verwijzen in hun memorie van antwoord niet dat een wijziging van een onvoorwaardelijke toeslag in een voorwaardelijke toeslag over reeds opgebouwde aanspraken op grond van artikel 20 Pw wel toelaatbaar is (Kamerstukken I 2006-2007, 30 413, C, p. 31). Het argument dat ook aannemelijk is dat er nog geen pensioenaanspraak is voor toekomstige indexatie, omdat de toekomstige loon- en prijsindex niet bekend zijn, snijdt naar het oordeel van het hof evenmin hout. Immers, het recht op onvoorwaardelijke indexatie zoals gedefinieerd in art. 16 AMEV-reglement is gebaseerd op de aldaar genoemde prijsindexcijfers van het CBS (met een maximum van 3% per jaar). Het is inherent aan indexering gebaseerd op prijsindexcijfers dat de exacte hoogte daarvan niet reeds vooraf bekend is. Het feitelijk verlenen van een toeslag is – denkend vanuit het moment van wijziging – ook per definitie een toekomstige gebeurtenis.

19. Geïntimeerden kunnen niet worden gevolgd in hun standpunt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de onvoorwaardelijke indexatie jegens [appellant] te handhaven. Ter onderbouwing van dit standpunt hebben geïntimeerden algemene stellingen geponeerd, die onvoldoende zijn geconcretiseerd. Waarom het handhaven van onvoorwaardelijke indexatie ten behoeve van [appellant] zal leiden tot *ernstige financiële gevolgen, een enorme daling van de dekkingsgraad van het pensioenfonds, korting van het pensioen voor alle betrokkenen, instabiel arbeidsvoorwaardenoverleg, de verplichting om alle toekomstige onvoorwaardelijke indexatie voor alle deelnemers in één keer te moeten affinancieren tot aan de verwachte sterfdag van alle deelnemers,*

mogelijke faillissementen en grote gevolgen voor alle pensioenuitvoerders met onvoorwaardelijke indexatie op 1 januari 2007 (datum inwerkingtreding Pensioenwet) is door geïntimeerden niet nader toegelicht en valt zonder deze nadere toelichting naar het oordeel van het hof niet in te zien. Wat er ook zij van het argument dat het bij AMEV/ASR opgebouwde pensioen van [appellant] in de periode 2001 – 2013 steeds onvoorwaardelijk is geïndexeerd, al dan niet omdat SPAN als pensioenfonds in de veronderstelling verkeerde dat er een collectieve waardeoverdracht zou komen, en [appellant] als gevolg hiervan indexatievoordeel heeft gehad, ook dit kan niet leiden tot het oordeel dat sprake is van onaanvaardbaarheid. De slotsom is dat de argumenten die geïntimeerden hebben aangedragen ter onderbouwing van hun beroep op de onaanvaardbaarheid van art. 6:248 lid 2 BW onvoldoende zwaarwegend zijn om de onvoorwaardelijke indexatie, in strijd met art. 20 Pw, te kunnen wijzigen.

20. Dat in de uitvoeringsovereenkomst tussen Allianz en SPAN staat dat SPAN slechts gehouden is de aanspraken van [appellant] voorwaardelijk te indexeren kan niet aan [appellant] worden tegengeworpen, aangezien hij geen partij is bij deze overeenkomst. Ditzelfde geldt voor de bepalingen in de verzekeringsovereenkomst tussen ASR en Allianz, waarop ASR zich beroept. Dat er door Allianz geen premie voor indexatie is betaald, maar deze wordt gefinancierd uit de overrente die Allianz van ASR ontvangt, wat daarvan ook zij, kan evenmin aan [appellant] worden tegengeworpen.

21. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, kan niet worden aanvaard dat de pensioenovereenkomst rechtsgeldig is gewijzigd. Het hof is van oordeel dat de door [appellant] opgebouwde pensioenaanspraken bij AMEV/ASR onvoorwaardelijk geïndexeerd moeten worden krachtens de indexatiemaatstaf van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement. Dit brengt mee dat de primaire vorderingen van [appellant] voor zover deze zich richten tot Allianz en ASR aldus zullen worden toegewezen.

22. Ten aanzien van SPAN heeft het volgende te gelden. Het hof is van oordeel dat de vorderingen tegen SPAN dienen te worden afgewezen. [appellant] heeft onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat SPAN als nieuwe pensioenuitvoerder jegens [appellant] verantwoordelijk is voor de uitvoering van het AMEV-pensioenreglement, terwijl er geen waardeoverdracht van het pensioen dat uit hoofde van de AMEV-pensioenregeling is opgebouwd aan SPAN heeft plaatsgevonden. Dat SPAN in de jaren vanaf 2001 tot 2013 ervoor heeft gezorgd dat het bij AMEV/ASR opgebouwde pensioen van [appellant] tot 2013 volledig is geïndexeerd – naar het hof begrijpt omdat het aanvankelijk de bedoeling was dat er waardeoverdracht van het bij AMEV/ASR opgebouwde pensioen naar SPAN zou plaatsvinden, hetgeen uiteindelijk niet is gebeurd – scheidt nog geen verplichting voor de toekomst. Niet valt in te zien dat SPAN jegens [appellant] heeft gehandeld in strijd met art. 105 lid 2 Pw of een andere wettelijke of contractuele plicht.

23. Ter zitting heeft [appellant] nog aangevoerd dat SPAN haar recht heeft verwerkt om zich erop te beroepen dat zij niet gehouden is om de indexatie van de AMEV-aanspraken te verzorgen. Zulks omdat SPAN vanaf 1 januari 2001 consequent indexatie over de AMEV-aanspraken in de opbouw heeft verwerkt en daar nu plotseling ongemotiveerd van terugkomt. Dit is een nieuwe grief, die voor het eerst tijdens het pleidooi aan de orde is gesteld. Het formuleren van een (nadere) grief nadat reeds een memorie van grieven is genomen, is in strijd met de tweeconclusiesregel zoals die besloten ligt in art. 347 lid 1 Rv. Dit is slechts anders als de wederpartij er blijk van gegeven heeft tegen de nieuwe grief geen bezwaar te hebben. Daarvan is in dezen niet gebleken. Voor het aanvaarden van een uitzondering op deze in beginsel strakke regel (de tweeconclusieregel) bestaat in de gegeven omstandigheden ook overigens geen aanleiding (HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771).

Slotsom en proceskosten

24. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat het beroep van [appellant] op art. 20 Pw slaagt; de wijziging is daarmee in strijd. Het vonnis van de kantonrechter zal worden vernietigd. De

verzochte verklaring voor recht zal worden toegewezen over de periode vanaf 1 januari 2013, aangezien niet ter discussie staat dat de door [appellant] opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR tot januari 2013 zijn geïndexeerd krachtens de maatstaf van art. 16 van het AMEV-pensioenreglement. Allianz en ASR zullen worden veroordeeld tot onvoorwaardelijke indexering vanaf 1 januari 2013 van de door [appellant] tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR, krachtens de indexatiemaatstaf van art. 16 van het AMEV-pensioenreglement. Allianz zal worden veroordeeld tot financiering van deze indexatie, op straffe van een dwangsom van € 250,- per dag. Het hof ziet aanleiding om de dwangsom te maximeren op € 50.000,- en te bepalen dat de dwangsommen eerst zullen worden verbeurd twee maanden na betekening van dit arrest.

25. Het hof passeert de bewijsaanbiedingen, nu geen concreet en gespecificeerd bewijs is aangeboden van feiten die, indien bewezen, kunnen leiden tot een andere beslissing. Wat partijen verder nog naar voren hebben gebracht behoeft geen verdere bespreking meer, aangezien dit evenmin kan leiden tot een andere beslissing.

26. Allianz en ASR zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van de procedure in hoger beroep van [appellant] worden veroordeeld. Dit geldt ook voor de kosten van de procedure aan de zijde van [appellant] in eerste aanleg. Het salaris advocaat zal worden vastgesteld op € 3.222,- (3 punten, tarief II).

27. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in hoger beroep van SPAN worden veroordeeld en de proceskostenveroordeling in eerste aanleg zal jegens SPAN in stand blijven. Aan SPAN, die in hoger beroep met dezelfde advocaat procedeert als Allianz, is geen afzonderlijk griffierecht berekend. Het hof zal daarom het griffierecht dat door Allianz is betaald voor de helft toerekenen aan SPAN (€ 363,-). De advocaatkosten zullen worden beperkt tot 1 procespunt (tarief II). Er is weliswaar een afzonderlijke memorie van antwoord genomen namens SPAN, maar de advocaat van SPAN en Allianz heeft ter pleidooizitting 1 pleitnota voorgedragen namens beide partijen en Allianz is immers in de kosten van [appellant] veroordeeld.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het bestreden vonnis van 5 januari 2018 van de kantonrechter Rotterdam, met uitzondering van de proceskostenveroordeling van [appellant] jegens SPAN;

en opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat de door [appellant] opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR vanaf 1 januari 2013 geïndexeerd moeten worden krachtens de maatstaf van artikel 16 van het AMEV-pensioenreglement;

- veroordeelt Allianz en ASR tot nakoming van de pensioenovereenkomst, in die zin dat de door [appellant] tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR, krachtens de maatstaf van artikel 16 van het AMEV pensioenreglement, vanaf 1 januari 2013 onvoorwaardelijk zullen worden geïndexeerd;

- veroordeelt Allianz tot financiering van deze indexatie, dit op straffe van een dwangsom van € 250,- voor iedere dag na twee maanden na betekening van dit arrest, dat Allianz in gebreke blijft om aan dit arrest te voldoen, met een maximum van € 50.000,-;

- veroordeelt Allianz en ASR in de kosten van [appellant] in de procedure in eerste aanleg, aan de kant van [appellant] vastgesteld op € 78,- aan griffierecht, € 108,91 aan kosten dagvaarding en € 700,- aan salaris gemachtigde;

- veroordeelt Allianz en ASR in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van [appellant] tot aan deze uitspraak bepaald op € 416,01 aan verschotten (€ 318,- griffierecht en € 98,01 kosten dagvaarding) en € 3.222,- voor salaris advocaat en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten indien deze niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest zijn voldaan;

- veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep van SPAN, aan de zijde van SPAN tot aan deze uitspraak bepaald op € 363,- aan griffierecht en € 1.074,- aan salaris advocaat;

- verklaart dit arrest wat de veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.J. Frikkee, M.D. Ruizeveld en A.J. Swelheim en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 21 januari 2020 in aanwezigheid van de griffier.