

ECLI:NL:GHDHA:2018:3332

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	04-12-2018
Datum publicatie	11-12-2018
Zaaknummer	200.218.182/01
Formele relaties	Einduitspraak: ECLI:NL:GHDHA:2019:2455 Einduitspraak: ECLI:NL:GHDHA:2020:1969
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Uitleg pensioenovereenkomst: streefregeling obv van eindloon of beschikbare premie-regeling? Afspraak wg met verzekeraar om voortaan uit te gaan van een vaste rente ipv de marktrente. Toerekenbare tekortkoming wg? Klachtplicht en verjaring.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2018-1374 RAR 2019/43 PJ 2019/13 PR-Updates.nl PR-2018-0151 VAAN-AR-Updates.nl 2018-1374

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.218.182/01

Zaaknummer rechtbank : 5115770 CV EXPL 16-22720

arrest van 4 december 2018

inzake

[naam 1] ,

wonende te [woonplaats] ,
appellant in het principaal beroep,
verweerder in het incidenteel beroep,
nader te noemen: [appellant] ,
advocaat: mr. T.J. Zuiderman te Nieuwegein,

tegen:

NautaDutilh N.V.,

gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde in het principaal beroep,
appellante in het incidenteel beroep,
hierna te noemen: Nauta,
advocaat: mr. K. Wiersma te Amsterdam.

Het geding

Bij dagvaarding van 15 juni 2017 is [appellant] in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter te Rotterdam van 17 maart 2017. In de appeldagvaarding heeft [appellant] zijn eis gewijzigd. Bij memorie van grieven (met producties) heeft [appellant] acht grieven tegen het vonnis aangevoerd. Nauta heeft de grieven bij memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel bestreden, en van haar kant één incidentele grief aangevoerd. [appellant] heeft de incidentele grief bestreden in zijn memorie van antwoord in incidenteel appel.

Ter terechtzitting van 25 mei 2018 hebben partijen hun standpunten mondeling toegelicht. Van de pleidooizitting is een proces-verbaal opgemaakt. Vervolgens is een datum voor arrest bepaald.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het hof gaat uit van de volgende, tussen partijen vaststaande, feiten:
 - a. [appellant] , geboren op [geboortedag] 1950, is van 1 september 1977 tot 1 juni 2016 bij (een van de rechtsvoorgangers van) Nauta in loondienst geweest. [appellant] heeft zich gedurende zijn dienstverband bij Nauta ontwikkeld tot (senior) pensioenrechtadvocaat.

- b. Nauta heeft [appellant] in 1981 pensioen toegezegd met terugwerkende kracht tot de datum van indiensttreding (1 september 1977). De inhoud van de toezegging is verwoord in de pensioenbrief van 1 juni 1981 ("Pensioenbrief 1981"). De inhoud van de pensioenbrief 1981 luidt, voor zover relevant, als volgt:

PENSIOENBRIEF

()

I. () Ter dekking van de pensioenaanspraken hebben wij U in staat gesteld een kapitaalverzekering te sluiten bij de Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. te Rotterdam, hierna te noemen "de Maatschappij", onder polisnummer [het polisnummer 1] op de bij haar geldende voorwaarden; bij deze polis is het recht op aandeel in de winst van de Maatschappij medeverzekerd.

De verzekerde bedragen zijn gebaseerd op Uw huidige pensioengrondslag.

Bij verhoging van de pensioengrondslag zullen wij U in staat stellen de verzekering op 1 januari samenvallend met of eerstvolgend op de datum van die verhoging aan te passen, met dien verstande dat verhoging van de pensioenbedragen slechts plaatsvindt, indien de Maatschappij verklaart uit medisch oogpunt geen bezwaar tegen de verhoging te hebben.

() De uit de verzekering voortvloeiende kapitaaluitkering alsmede de winstuitkeringen zullen niet in contanten geschieden, maar worden aangewend voor aankoop bij de Maatschappij van pensioen als hierna is aangegeven. Bij het vaststellen van de kapitaaluitkeringen is uitgegaan van koopsomtarierven voor lijfrente, terwijl bovendien voor het weduwenpensioen bij Uw overlijden voor de na te melden pensioendatum de geschatte winstuitkering in aanmerking is genomen. De bij de kapitaalverzekering medeverzekerde renten voorzien in het wezenpensioen.

Gedurende het tussen U en ons bestaande dienstverband zult u geen enkele rechtshandeling terzake van genoemde verzekering kunnen verrichten en geen enkele verandering in de polis mogen aanbrengen, zolang U niet de schriftelijke toestemming daartoe van ons hebt ontvangen.

Indien de Maatschappij op grond van haar tarieven, winstuitkeringen en voorwaarden hogere/lagere pensioenbedragen dan de hierna omschreven pensioenen zal uitkeren, zullen U, Uw echtgenote en kinderen beneden de leeftijd van 27 jaar recht hebben op die hogere/lagere pensioenbedragen.

De betaling van premie voor de verzekering aan de Maatschappij zal ons ontheffen van iedere pensioenverplichting jegens U, Uw echtgenote en kinderen.

II. De pensioenregeling omvat de volgende aanspraken:

1e. een ouderdomspensioen te Uwen behoefte ingaande op 1 november 2015, hierna te noemen "de pensioendatum" en alsdan levenslang aan U uit te keren;

()

III. De pensioenen zullen als volgt worden berekend:

1. Het jaarlijks ouderdomspensioen bedraagt 1¾ % van het product van het aantal dienstjaren, te rekenen van 1 september 1977 tot de pensioendatum en de op 1 juni 1981 geldende pensioengrondslag.

Telkens wanneer op 1 januari van enig jaar na 1981 de pensioengrondslag hoger is dan de pensioengrondslag, waarop het ouderdomspensioen laatstelijk is gebaseerd, wordt het pensioen verhoogd.

Deze verhoging bedraagt tot 1 januari eerstvolgende op Uw 55ste verjaardag per jaar 1¾ % van het product van het aantal dienstjaren als bovengenoemd en de verhoging van de pensioengrondslag.

Vanaf 1 januari eerstvolgende op Uw 55ste verjaardag bedraagt de verhoging 1¾ % van het product van het aantal dienstjaren, te rekenen van 1 januari samenvallende met of eerstvolgende op het tijdstip van die verhoging tot de pensioendatum en de verhoging van de pensioengrondslag.

De pensioengrondslag is gelijk aan 13x het maandsalaris, vermeerderd met vakantietoelage en verminderd met een zekere aftrek.

()

3. Op de pensioendatum zal bij in leven zijn van U en Uw echtgenote het ouderdoms- en weduwenpensioen naar rato worden verhoogd uit de dan beschikbaar komende winstuitkering.

(...)

V. In de kosten van de verzekering zal van U een jaarlijkse bijdrage worden gevraagd ten bedrage van 50% van de voor de verzekering verschuldigde premie.

Het overige deel van de kosten is voor onze rekening. Uw bijdrage zullen wij met U verrekenen bij iedere uitbetaling van Uw loon in dezelfde termijnen als waarin dit wordt uitbetaald. Deze regeling kan tijdens Uw dienstverband niet eenzijdig door U worden beëindigd.

(...)

Indien U voor de pensioendatum door ontslag onze dienst verlaat, blijven aanspraken bestaan als verkregen door alle tot op het tijdstip van vertrek aan de Maatschappij verschuldigde betalingen. De aanspraken bij ontslag worden vastgelegd in een premievrije polis van de Maatschappij, die aan U wordt uitgereikt.

Bij de overhandiging van de Pensioenbrief 1981 aan [appellant] door [naam 2], toenmalig bestuurder van Nauta, is aan [appellant] ook het Verzekeringsvoorstel Pluspensioen van Nationale Nederlanden (hierna: NN) overhandigd. In dit Verzekeringsvoorstel Pluspensioen staat, na een vermelding van de persoonlijke gegevens van [appellant] en een aantal voor het pensioen van [appellant] relevante financiële en andere gegevens, waaronder een backservice over de reeds verstreken dienstjaren op de ingangsdatum, onder meer vermeld:

TOELICHTING

Grootte van de pensioenen

Bij het huidige jaarsalaris resulteert het pensioenplan in de volgende pensioenen: ouderdomspensioen f 23290,-- per jaar

()

Te verzekeren bedragen

Op de pensioendatum is het dan tot uitkering komende kapitaal ad f 235602,-- voldoende om het gelijkblijvende ouderdoms- en weduwenpensioen aan te kopen. Deze pensioenen worden door aanwending van de winstuitkering verhoogd.

()

Een en ander geldt onder de voorwaarde dat de huidige koopsommen voor het pensioen waarop de hoogte van de kapitalen is gebaseerd dan nog van kracht zijn.

Dit voorbehoud moeten wij maken, omdat de koopsommen voor pensioen steeds worden aangepast aan de schommelingen van de rentestand. Rentestijgingen leiden tot lagere en rentedalingen tot hogere koopsommen. Het pensioen dat te zijner tijd voor de verzekerde kapitalen kan worden gekocht, zal dus hoger of lager kunnen zijn dan het beoogde pensioen. De kans op een lager pensioen moet echter gering worden geacht, omdat bij de berekeningen van de verzekerde kapitalen een ruime marge in acht is genomen.

()

BIJZONDERHEDEN

()

Aanpassing pensioenen

Het is voor de verzekerde van essentieel belang, dat de pensioenen meelopen met de salarisgroei. Een gunstige pensioenuitkomst wordt verkregen, als de verhouding tussen laatstgenoten salaris en pensioen constant wordt gehouden.

Bij dit systeem eindsalarissysteem geheten tellen bij elke salarisverhoging zowel de verstreken als de toekomstige dienstjaren mee voor pensioenverhoging.

Deze wijze van pensioenaanpassing kan vooral in de laatste jaren vóór de pensioendatum sterk oplopende kosten met zich meebrengen.

Ter voorkoming hiervan zou bij de pensioentoezegging kunnen worden vastgesteld dat na een

bepaalde leeftijd (bijv. 55 jaar) wordt overgeschakeld naar het gemiddeld salarissysteem, waarbij verder alleen nog met de toekomstige dienstjaren rekening wordt gehouden.

Indien u besluit het toegezegde pensioen jaarlijks aan het salaris aan te passen, zullen wij in de voor u te ontwerpen pensioenbrief dit punt mede regelen. ()

Tussen [appellant] en NN is per 1 juni 1981 een pensioenverzekeringsovereenkomst gesloten met polisnummer [het polisnummer 1] , een zogenaamde C-polis.

Na de fusie tussen Nauta van Haersolte en Dutilh Van der Hoeven & Slager is besloten tot invoering van een nieuwe pensioenregeling. Aan de personeelsleden, waaronder [appellant] , is in 1993 de keuze gegeven om de deelname aan hun bestaande pensioenregeling voort te zetten of over te stappen naar de nieuwe collectieve pensioenregeling die door het Pensioenfonds NautaDutilh uitgevoerd werd (een zogenaamde eindloonregeling). [appellant] heeft, na deskundig advies, het aanbod om over te stappen naar de nieuwe pensioenregeling afgewezen en gekozen voor voortzetting van de bestaande pensioenregeling (de C-polis bij NN).

Als gevolg van een aantal wetswijzigingen, moest ook de pensioenregeling van [appellant] uiterlijk per 1 juni 2004 worden aangepast aan de nieuwe fiscale wetgeving (de "Witteveen"-wetgeving) en de Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (de "WGBLA"). NN heeft Nauta daarover bij brief van 7 mei 2004 geïnformeerd, en meegedeeld dat de pensioenregeling aan de hand van een in te vullen checklist in overleg met de verzekeringsadviseur (Meeùs, voorheen Kamerbeek) diende te worden aangepast.

Na meerdere schriftelijke herinneringen van de zijde van NN heeft Nauta, in de persoon van [naam 3] , bij brief van 6 mei 2005 aan NN meegedeeld niet bekend te zijn met de checklist, en verzocht om alsnog toezending ervan.

Op een "Checklist Salaris/diensttijd regeling PBI", gedateerd 1 juni 2005, staan de gegevens van de C-polis van [appellant] ingevuld. Verder staat onder punt G:Pensioentoezegging, voor zover relevant, vermeld:

G:Pensioentoezegging	Huidige situatie	Nieuwe situatie
1: Salaris / diensttijd systeem	gedeeltelijk eindsalaris systeem	
11: Laatst bekende % doelvermogen	5,5	Svp invullen: Actueel % Vast %, zijnde % Let op: minimaal 4,4 %.

i. Nauta heeft de checklist, ook na een nieuw rappel van NN per mail van 8 december 2005 aan [naam 3] , niet ingevuld en/of geretourneerd aan NN en evenmin contact hierover opgenomen met Meeùs of met [appellant] .

ii. Bij brief van 27 februari 2007 schreef NN aan Meeùs:

Bijgaand doen wij u de polis en bijbehorende pensioenstukken toekomen.

Wij hebben de stukken gebaseerd op de door ons ontvangen checklist.

Bij brief van 8 maart 2007 deelde Meeùs [appellant] het volgende mee:

Geachte heer [appellant] ,

Bijgaand zenden wij u de volgende bescheiden;

- originele polis met nummer [het polisnummer 1] ;

- kopie polis ten behoeve van de werkgever;

- begeleidende brief Nationale Nederlanden;

()

- pensioenbrief in tweevoud;
- pensioenopgave Nationale Nederlanden.

De stukken zijn gebaseerd op de door Nationale Nederlanden ontvangen checklist.

()

Voor onze administratie ontvangen wij graag een kopie van het ondertekende exemplaar van de pensioenbrief.

In de, bij brief van 8 maart 2007 door Nauta aan [appellant] toegezonden, nieuwe pensioenbrief (hierna: Pensioenbrief 2004) staat onder meer vermeld:

Artikel 2

Pensioenaanspraken

1. Aan u wordt een winstdelende kapitaalverzekering toegezegd. De grootte van de te verzekeren bedragen van deze verzekering wordt vastgesteld aan de hand van de beoogde pensioenen. ()

Artikel 4

Grootte van het beoogde ouderdomspensioen

1. Het beoogde jaarlijkse ouderdomspensioen is gelijk aan 1,75 % van de laatstelijk vastgestelde pensioengrondslag vermenigvuldigd met uw aantal pensioenjaren. ()

Artikel 12

Uitvoering

1. Wij hebben u in staat gesteld de in artikel 2 genoemde verzekering te sluiten bij de Maatschappij (polisnummer [het polisnummer 1]) onder de bij haar geldende bepalingen.

Terzake van genoemde verzekering kunt u tijdens uw dienstverband met ons geen enkele rechtshandeling verrichten zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van ons als werkgever.

()

2. Bij de berekening van de grootte van de kapitaalverzekering is uitgegaan van een prognose van de op de uitkeringsdatum geldende koopsomtarieven voor dadelijk ingaande pensioenen.

Het bij deze berekening gehanteerde rentepercentage bedraagt 5,5%. Dit percentage zal eveneens worden gehanteerd in het geval de verzekering wordt aangepast aan het salaris en zal tijdens de duur van deze verzekering niet worden gewijzigd.

()

3. Indien de pensioengrondslag, het aantal pensioengerechtigde kinderen en/of de prognose van de koopsomtarieven verandert en/of wijziging plaatsvindt in één van de in artikel 3 genoemde uitgangspunten, zullen wij u in staat stellen de verzekering aan te passen per 1 januari samenvallend met of eerstvolgend op de datum van zón verandering.

()

9. De betaling van premie voor de verzekering ontheft ons van iedere financiële verplichting ter zake van deze pensioenregeling.

Artikel 13

Financiering

()

De verzekering wordt als volgt gefinancierd:

a. voor zover de beoogde pensioenen betrekking hebben op toekomstige dienstjaren: door betaling van een periodieke gelijkblijvende premie vanaf de aanvangsdatum van de verzekering, uiterlijk tot de ingangsdatum van het ouderdomspensioen;

b. voor zover de beoogde pensioenen betrekking hebben op reeds verstreken dienstjaren, indien een achterstand bestaat in de financiering: door betaling van een koopsom op 31 december van elk jaar of direct bij elke aanpassing van de verzekering dan wel direct bij beëindiging van uw dienstverband.

()

Wij verzoeken u deze pensioenbrief en de kopie mede te ondertekenen, als bewijs dat u zich met deze gewijzigde pensioenregeling kunt verenigen.

De reeds eerder afgegeven pensioenbrief komt hiermee te vervallen.

Rotterdam, 01-06-2004

Nauta Dutilh

[appellant] heeft de Pensioenbrief 2004 niet ondertekend.

In een brief van 4 juni 2008 schreef Meeùs aan [naam 3] van Nauta:

Geachte heer [naam 3] ,

In aansluiting op onze e-mail correspondentie met betrekking tot de pensioenaanpassing per 01-06-2004, delen wij u het volgende mede.

Nationale Nederlanden heeft op 27 februari 2007 de polis met terugwerkende kracht (01-06-2004) aangepast aan de Witteveen wetgeving. Aangezien zij niet de checklist retour hebben ontvangen, hebben zij de wijziging gebaseerd op de gegevens die destijds bekend waren.

()

Deze wijziging heeft een premieverlaging tot gevolg gehad. De premie per 01-01-2004 bedroeg 20.109,00. Vanaf 01-06-2004 bedraagt de jaarpremie 15.876,00.

In een brief van december 2009 schreef NN aan Nauta:

Onderwerp Gevolgen van lage marktrente voor uw pensioenregeling

Product BedrijfsPlusPensioen salaris/diensttijd

Geachte heer, mevrouw,

U heeft bij Nationale-Nederlanden een pensioenregeling voor uw werknemer(s). In deze brief geven wij u informatie over de gevolgen van de lage marktrente voor uw pensioenregeling.

Uw pensioenregeling

Uw pensioenregeling kent als uitgangspunt het verzekeren van een kapitaal dat naar verwachting nodig is om het berekende ouderdoms- en/of partnerpensioen aan te kunnen kopen. Deze pensioenen worden bepaald op basis van het salaris en de dienstjaren van een werknemer.

Hoeveel pensioen daadwerkelijk met het pensioenkapitaal kan worden aangekocht is afhankelijk van de marktrente op het moment van aankoop. Bij een hoge rente kan een hoger pensioen worden aangekocht dan bij een lage rente.

In de pensioenregeling die u met uw werknemer(s) bent overeengekomen is bepaald dat het pensioenkapitaal niet wordt aangepast aan de actuele marktrente.

Gevolgen van de huidige lage marktrente

Uw pensioenregeling gaat uit van een hogere rente dan de actuele marktrente. Hierdoor is er een aanzienlijke kans dat er voor uw werknemer(s) te weinig kapitaal is verzekerd om het gewenste ouderdoms- en/of partnerpensioen aan te kunnen kopen. Dit kan al op korte termijn spelen bij overlijden of bij pensionering van uw werknemer(s).

Aanpassing naar actuele rente

Het is mogelijk uw pensioenregeling op dit punt aan te passen. Nationale-Nederlanden past dan voortaan het pensioenkapitaal aan de actuele marktrente aan. Hiermee wordt het risico, dat er te weinig kapitaal verzekerd is om het berekende ouderdoms- en partnerpensioen aan te kunnen kopen, zoveel mogelijk beperkt.

Door te rekenen met een lagere rente worden de verzekerde kapitalen hoger. Dit leidt tot een verhoging van de premie. Daarnaast resulteert dit over de verstreken diensttijd in een verschuldigde eenmalige extra koopsom.

Nauta heeft op deze brief van december 2009 niet gereageerd. Evenmin heeft ze [appellant] op de hoogte gesteld van de inhoud van de brief.

Bij e-mail van 18 juni 2015 heeft NN op verzoek van [appellant] hem het pensioenreglement toegestuurd. Op bladzijde 4 van dit pensioenreglement is vermeld:

Berekeningsgrondslagen

()

Bij de vaststelling van het te verzekeren kapitaal gaat Nationale-Nederlanden op verzoek van de werkgever uit van een rentepercentage van 5,5%.

In een brief van Meeùs aan [appellant] van 6 augustus 2015 is onder meer vermeld:

De koopsom berekening is correct en heeft betrekking op de salarisverhoging per 1-1-2015. Omdat uw regeling een eindloonregeling betreft wordt de salaris verhoging over de hele periode vanaf datum indiensttreding meegenomen. Dit heeft een stijging in de verzekerde kapitalen tot gevolg. Om deze te financieren wordt er een koopsom in rekening gebracht.

Op vragen van Meeùs heeft NN bij e-mail van 4 december 2015 onder meer geantwoord:

Gebruikte rekenrentes:

Omdat het hier om een eindloonregeling gaat is alleen de laatste gebruikte rekenrente, voor het bepalen van het doelvermogen, van belang. De laatste rekenrente staat op 5,5% vast.

Tarief:

Het doelvermogen is gedurende de gehele looptijd verzekerd geweest tegen 4% rente.

Gedurende de periode van 1977 tot 1 november 2015 is een kapitaal van 641.747 te vermeerderen met een winstdeling van 169.725 opgebouwd. Met ingang van 1 januari 2014 is op grond van een tweede C-polis met polisnummer [het polisnummer 2] een bedrag van circa 60.000 opgebouwd. Op basis van het kapitaal in polisnummer [het polisnummer 1] heeft NN in september 2015 een bruto ouderdomspensioen van 26.928 en een bruto partnerpensioen van 18.852 per jaar aangeboden. Met de winstdeling van 169.725 zouden de pensioenen jaarlijks geïndexeerd kunnen worden met 1,91%.

Op 10 februari 2016 vond een bespreking plaats tussen [appellant] en Nauta. Ter voorbereiding van dat gesprek heeft [appellant] op 1 februari 2016 een uitgebreide notitie aan Nauta gezonden waarin hij zijn standpunt uiteenzet en aanspraak maakt op aanvullende financiering van het per 1 november 2015 vrijgekomen kapitaal.

[appellant] heeft met het totale hem ter beschikking staande kapitaal per 1 april 2017 bij NN een gelijkblijvend ouderdomspensioen van bruto 3.565,45 per maand met bijbehorend weduwenpensioen aangekocht.

2. [appellant] stelt zich op het standpunt dat Nauta jegens hem tekort is geschoten in haar verplichtingen zoals deze voortvloeien uit de pensioentoezegging uit 1981 en de toepasselijke wetgeving, als gevolg waarvan het bij NN opgebouwde kapitaal te laag is gebleken voor de aankoop van het hem toegezegde pensioen. In verband met de aankoop door [appellant] bij NN van een ouderdomspensioen per 1 april 2017, heeft hij in de dagvaarding in hoger beroep zijn vorderingen aan de gewijzigde situatie aangepast. Deze houden, kort en zakelijk weergegeven, thans in dat Nauta zal worden veroordeeld tot:

- a) betaling van een (vervangende) schadevergoeding aan [appellant] wegens gederfd inkomen in de periode van 1 november 2015 tot 1 april 2017 ter hoogte van de in de appeldagvaarding genoemde bedragen;
- b) betaling van een (vervangende) schadevergoeding aan [appellant] wegens gederfd/te derven inkomen in de periode van 1 april 2017 tot het moment dat [appellant] van een verzekeraar een eerste aanvullende ouderdomspensioenuitkering ontvangt van 787,38 bruto per maand;
- c) betaling op straffe van een dwangsom van een aanvullend bedrag van 169.725,- aan een verzekeraar om daarmee het ouderdomspensioen van [appellant] en het weduwenpensioen van zijn echtgenote te verhogen, alles met rente en kosten.

3. De kantonrechter te Rotterdam heeft bij vonnis van 17 maart 2017 de vorderingen van [appellant] in eerste aanleg afgewezen. Zijn beslissing houdt, kort en zakelijk weergegeven, in dat de enige verplichting voor Nauta die uit de pensioenovereenkomst voortvloeit de betaling van een deel van de premie is. De kantonrechter verwierpt het standpunt van [appellant] dat de tussen partijen overeengekomen pensioenregeling moet worden aangemerkt als een eindloonregeling. De vordering van [appellant] tot bijstorting door Nauta van een aanvullend kapitaal mist volgens de kantonrechter daarom een deugdelijke grondslag, en voor de vordering tot schadevergoeding heeft [appellant] naar

het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gesteld en onderbouwd. [appellant] heeft het oordeel van de kantonrechter in principaal hoger beroep bestreden. Nauta heeft (voorwaardelijk) incidenteel beroep ingesteld van de verwerping door de kantonrechter van haar beroep op schending van de klachtplicht als bedoeld in artikel 6:89 BW. Tevens doet Nauta in hoger beroep (opnieuw) een beroep op verjaring.

4. [appellant] legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat de pensioenregeling die hij in 1981 met Nauta is overeengekomen een (gematigde) eindloonregeling is, althans een kapitaalovereenkomst met pensioenclausule (een streefregeling). De voor het bereiken van het beoogde pensioen benodigde premies en eventuele koopsommen in verband met de (tot het 55ste levensjaar van [appellant]) overeengekomen backservice, werden jaarlijks aan de hand van de actuele pensioengrondslag door NN vastgesteld en door Nauta voldaan.

In 2004 moest de pensioenregeling worden aangepast in verband met de Witteveen-wetgeving, waardoor onder meer de backserviceverplichting ook na het 55ste levensjaar van [appellant] doorliep. Nauta heeft echter verzuimd om de aan haar door NN in verband met deze wijziging van de pensioenregeling toegezonden checklist in te vullen en/of om [appellant] van de checklist op de hoogte te stellen. Hierop heeft NN het rentepercentage, aan de hand waarvan de hoogte van de benodigde premies werd vastgesteld, bepaald op een vaste rente van 5,5% in plaats van op de tot 2004 gehanteerde actuele rente. De pensioenbrief 2004, waarin het vaste rentepercentage van 5,5% is vermeld, is weliswaar in 2007 aan [appellant] toegezonden, maar hij is daar nooit mee akkoord gegaan.

Doordat de actuele rentepercentages na 2004 lager waren dan 5,5%, zijn de door NN berekende en door Nauta betaalde premiebedragen voor het bereiken van het kapitaal dat nodig is om het beoogde pensioen op de pensioendatum in te kopen, vanaf 2004 te laag vastgesteld. NN heeft Nauta in haar brief van december 2009 gewaarschuwd dat er als gevolg van de actuele lage rente een aanzienlijke kans bestond dat er voor [appellant] te weinig kapitaal was verzekerd om in de toekomst het gewenste ouderdoms- en/of partnerpensioen aan te kunnen kopen, en heeft Nauta in de gelegenheid gesteld om dit aan te passen naar de actuele (markt-)rente. Nauta heeft hier echter niet op gereageerd, en ook [appellant] niet op de hoogte gesteld van deze brief.

Nauta is volgens [appellant] toerekenbaar tekortgeschoten in haar verplichtingen uit de in 1981 gesloten pensioenovereenkomst door vanaf 2004 premies af te dragen aan NN die niet waren gebaseerd op de actuele rente maar op een (te hoge) vaste rente van 5,5%, en door niets te doen met de waarschuwingsbrief van NN van december 2009. Als gevolg daarvan is het door [appellant] bij NN opgebouwde pensioenkapitaal te laag gebleken om het overeengekomen pensioen te kunnen aankopen. [appellant] maakt aanspraak op aanvulling van zijn pensioen tot het pensioenbedrag dat hij zou hebben ontvangen als de door NN gehanteerde rente vanaf 2004 niet zou zijn vastgesteld op een vaste rente van 5,5%, maar zoals tot 2004 het geval was geweest op de actuele rente.

5. Nauta heeft de vorderingen van [appellant] gemotiveerd betwist. Zij stelt dat de in 1981 overeengekomen pensioenregeling een beschikbare premiereregeling betreft. Aangezien Nauta altijd alle door NN in rekening gebrachte premies heeft voldaan, is zij van haar verplichtingen ontheven. Het tegenvallen van het pensioen van [appellant] is niet het gevolg van te lage premies maar van tariefsverhogingen en een grondslagwijziging door NN op de pensioendatum, een nadelige wijziging van de marktomstandigheden op de pensioendatum, en de langere langlevensverwachting op de pensioendatum.

De gestelde pensioenschade kan bovendien aan [appellant] worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW, aangezien hij in 1993 er zelf voor heeft gekozen om niet te gaan deelnemen in de zuivere eindloonregeling van Nauta, maar om zijn C-polis bij NN voort te zetten.

De vaste rente van 5,5% die door NN wordt gehanteerd vanaf 2004 is niet in het nadeel van [appellant] maar juist in zijn voordeel. Deze rente betreft volgens Nauta niet de rente aan de hand waarvan NN de verschuldigde premies berekent, zoals [appellant] stelt, maar het betreft juist het door NN gegarandeerde rendement op de ingelegde premies. Bovendien mocht, zoals blijkt uit de checklist, sowieso niet gekozen worden voor een lagere rente dan 4,4%. [appellant] is met de pensioenbrief 2004 stilzwijgend akkoord gegaan.

De brief van NN uit 2009 is slechts informatief en biedt de mogelijkheid dat [appellant] zelf een aanvullende storting bij NN zou kunnen doen ter voorkoming van een pensioentekort en hield geen enkele verplichting voor Nauta in.

6. De principale grief 1 klaagt over de feitenvaststelling door de kantonrechter in zijn vonnis. Het hof heeft de feiten opnieuw vastgesteld zoals hierboven vermeld. Grief 1 behoeft daarmee geen verdere bespreking meer. Daarbij overweegt het hof nog dat de rechter niet verplicht is alle tussen partijen vaststaande feiten in zijn vonnis of arrest te vermelden.

Het beroep van Nauta op de klachtplicht ex artikel 6:89 BW en op verjaring

7. De principale grief 2 en de (voorwaardelijke) incidentele grief betreffen de verwerping door de kantonrechter van het beroep van Nauta op artikel 6:89 BW (de klachtplicht). Nauta legt aan dit beroep ten grondslag dat [appellant] reeds bij de toezending van de pensioenbrief 2004 bij brief van Meeùs van 8 maart 2007 op de hoogte was, althans had kunnen zijn, van de vanaf dat moment gehanteerde vaste rente van 5,5%. [appellant] was pensioenrechtadvocaat en beoordeelde de hoogte van de premienotas altijd kritisch. De klachttermijn is dan ook op die datum aangevangen. Door met zijn klacht aan Nauta over de vaste rente van 5,5% te wachten tot zijn notitie van 1 februari 2016 heeft hij niet voldaan aan zijn klachtplicht ex artikel 6:89 BW. Nauta heeft daar schade door geleden, aangezien het achteraf herstellen van een mogelijk pensioentekort financieel erg nadelig is.

8. [appellant] voert gemotiveerd verweer. Hij stelt dat NN hem pas bij brief van 21 mei 2015 op de hoogte heeft gesteld van het feit dat vanwege het toen geldende rentepercentage in het aankooptarief, dat fors lager lag dan de percentages waarmee NN eerder had gerekend, de pensioenuitkeringen die hij op de pensioendatum zou kunnen aankopen lager zouden uitvallen. [appellant] was niet op de hoogte van de eerdere waarschuwing van NN aan Nauta in de brief van december 2009. Pas in het najaar van 2015 is [appellant] door eigen feitenonderzoek gebleken dat NN vanaf 2004 bij de vaststelling van het te verzekeren kapitaal voor de aankoop van ouderdomspensioen en weduwepensioen uitging van een vast rentepercentage van 5,5% zoals vermeld in artikel 12, lid 2, tweede alinea van de pensioenbrief 2004. Deze pensioenbrief 2004 is echter noch namens Nauta noch door [appellant] voor akkoord ondertekend. Meeùs heeft die pensioenbrief 2004 bij brief van 8 maart 2007 samen met een aantal andere bescheiden aan [appellant] toegezonden, met de onjuiste mededeling dat die stukken waren gebaseerd op de door NN ontvangen checklist. Daarbij is niet gewezen op het gewijzigde rentepercentage. Ook NN heeft [appellant] niet geïnformeerd over het feit dat zij zonder instemming van [appellant] en Nauta vanaf 1 juni 2004 een vaste rekenrente van 5,5% hanteerde bij de berekening van de grootte van de kapitaalverzekering. [appellant] betwist dat hij de premienotas altijd kritisch beoordeelde, daartoe was hij niet in staat. Verder stelt hij dat hij niet meer hoefde te klagen bij Nauta over de gevolgen van de hantering van een te hoog rentepercentage van 5,5% voor de hoogte van het op te bouwen pensioen omdat Nauta hiervoor bij brief van december 2009 al door NN was gewaarschuwd.

9. Het hof verwerpt de stelling van Nauta dat de klachttermijn is ingegaan op het moment van de toezending van de pensioenbrief 2004 door Meeùs bij brief van 8 maart 2007. Gesteld noch gebleken is dat de onder meer op het punt van de gehanteerde rente gewijzigde inhoud van de pensioenbrief 2004 voorafgaande aan de toezending van de brief van 8 maart 2007 met [appellant] is besproken, noch dat [appellant] in die periode door Nauta of NN op de gewijzigde rente is geweest. Het enkele toesturen van de pensioenbrief 2004 door Meeùs, tezamen met andere bescheiden, is naar het oordeel van het hof onvoldoende om te concluderen dat [appellant] in 2007 redelijkerwijs op de hoogte moet worden geacht van het instellen van een vaste rente van 5,5%. Dat [appellant] pensioenrechtadvocaat was maakt dit oordeel niet anders, omdat het instellen van een vaste rente niet werd voorgeschreven door de nieuwe wetgeving. Bovendien is niet in te zien hoe [appellant] op dat moment al behoorde te weten dat een vaste rente van 5,5% gezien de onzekere en onvoorziene toekomstige ontwikkelingen, ontoereikend was om het kapitaal te bereiken dat nodig zou zijn om het beoogde pensioen op de pensioendatum in te kopen. Dat [appellant] zich reeds in 2007 bewust is geweest van het feit dat vanaf 2004, anders dan voorheen, door NN een vaste rente werd gehanteerd van 5,5%, en van de

consequenties daarvan, acht het hof dan ook niet aannemelijk geworden. Anders dan Nauta heeft [appellant] de waarschuwingsbrief van NN van december 2009 niet ontvangen. Het hof gaat voor het ingaan van zowel de klachttermijn als de verjaringstermijn als bedoeld in artikel 3:310 BW daarom uit van het najaar van 2015, toen [appellant] wist dat zijn pensioen fors lager zou zijn dan het bedrag dat hij verwachtte en dat dit mogelijk (mede) veroorzaakt werd door de door NN vanaf 2004 gehanteerde vaste rente van 5,5%. Het beroep van Nauta op schending van de klachtplicht wordt daarmee verworpen. Ditzelfde geldt voor het beroep op verjaring.

De pensioenovereenkomst 1981 en de pensioenbrief 2004

10. Vast staat dat de pensioenbrief 2004, die wijzigingen bevat ten opzichte van de pensioenbrief 1981, door [appellant] niet is ondertekend. De stelling van Nauta dat [appellant] een ervaren pensioenrechtadvocaat was en dat hij, door geen bezwaar te maken tegen de toegezonden pensioenbrief 2004, hier stilzwijgend mee akkoord is gegaan wordt verworpen. Indien en voor zover de pensioenbrief 2004, zoals [appellant] stelt, voor hem nadelige wijzigingen (waaronder een door NN gehanteerde vaste rente van 5,5%) bevatte, waar het hof veronderstellenderwijs van uit gaat, mocht Nauta er slechts dan op vertrouwen dat [appellant] hiermee had ingestemd als aan hem duidelijkheid was verschaft over de inhoud van die wijziging(en) en op basis van verklaringen of gedragingen van [appellant] een welbewuste en ondubbelzinnige instemming met die wijziging(en) mag worden aangenomen (ECLI:NL:HR:2010:BK3570). Dit criterium is niet anders op grond van het enkele feit dat [appellant] pensioenrechtadvocaat was. Nauta heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit een welbewuste en ondubbelzinnige instemming van [appellant] met de inhoud van de pensioenbrief 2004 en de daarin vermelde vaste rente van 5,5% kan worden afgeleid. Het hof gaat voor de beoordeling van dit geschil daarom uit van de inhoud van de pensioenovereenkomst zoals vastgelegd in de pensioenbrief 1981.

11. [appellant] stelt zich op het standpunt dat de beperking van de backservice tot zijn 55ste levensjaar, zoals in de pensioenovereenkomst 1981 is vermeld, als gevolg van de invoering van de WGBLA vanaf 2004 niet meer toegestaan was en daarmee is komen te vervallen. [appellant] stelt dat hij daarom op grond van de wet recht heeft gekregen op een volledige backservice over de gehele periode van zijn dienstbetrekking bij Nauta. Het hof overweegt dat [appellant] op dit punt geen afzonderlijke vordering heeft ingesteld, en begrijpt dat deze stelling van [appellant] betrekking heeft op de hoogte van de door hem geleden schade. Het hof houdt de beslissing op dit punt aan.

De kwalificatie van de pensioenovereenkomst

12. Partijen twisten over de kwalificatie van de pensioentoezegging uit 1981. [appellant] stelt dat sprake is van een (zuivere) eindloonregeling, althans een streefregeling, terwijl Nauta verdedigt dat sprake is van een beschikbare premieregeling. Het hof overweegt, met toepassing van de Haviltex-maatstaf, het volgende.

13. Uit de pensioenovereenkomst 1981 volgt dat Nauta [appellant] in staat heeft gesteld om een kapitaalverzekering te sluiten, waarbij de verzekerde bedragen waren gebaseerd op zijn toenmalige pensioengrondslag en bij een verhoging van die pensioengrondslag zouden worden aangepast. In de pensioenovereenkomst is onder meer vermeld kort weergegeven dat de pensioenregeling de aanspraak omvat op een levenslang ouderdomspensioen, ter grootte van een bedrag van 1¼ % van het product van het aantal dienstjaren en de pensioengrondslag. In het bijbehorende Verzekeringsvoorstel Pluspensioen van NN is een backservice vermeld over de reeds verstreken dienstjaren op de ingangsdatum, en wordt het systeem waarmee in de pensioenregeling de pensioenen tot het 55ste levensjaar van [appellant] zullen worden aangepast aan zijn salarisgroei aangeduid als "eindsalarissysteem". Vanaf zijn 55ste levensjaar wordt overgeschakeld naar een "gemiddeld salarissysteem". Vast staat dat NN de verzekerde bedragen en de daarbij behorende premies jaarlijks heeft berekend aan de hand van de op dat moment geldende pensioengrondslag van [appellant], waarbij NN ingeval van een verhoging van de pensioengrondslag naast de jaarlijkse premies tevens koopsommen in rekening heeft gebracht ter zake van backservice over de reeds verstreken dienstjaren.

14. Het hof is van oordeel dat een pensioenovereenkomst als deze redelijkerwijs moet worden gekwalificeerd als een kapitaalverzekering met pensioenclausule, waarbij bij de vaststelling van de hoogte van het te verzekeren kapitaal er naar wordt gestreefd dat met het verzekerde kapitaal in de toekomst (onder meer) een ouderdomspensioen kan worden aangekocht op basis van het eindloon. Er is dan ook sprake van een zogenaamde streefregeling. De stelling van [appellant] dat sprake zou zijn van een (zuivere) eindloonregeling wordt verworpen, nu uit de pensioenovereenkomst 1981 redelijkerwijs niet kan worden afgeleid dat Nauta aan [appellant] een gegarandeerde pensioenuitkering op basis van het eindloon heeft willen toezeggen. De stelling van Nauta dat de pensioenovereenkomst 1981 moet worden gekwalificeerd als "zuivere" beschikbare premiereregeling, wordt eveneens verworpen. In de pensioenovereenkomst staat niet de hoogte van de door Nauta ter beschikking te stellen premies centraal, maar de hoogte van het nagestreefde pensioen en het bijbehorende te verzekeren kapitaal, waarop de premies worden gebaseerd. Van een systeem op basis van een premiestaffel, een fiscaal vereiste voor een beschikbare premiereregeling, is geen sprake. Het enkele feit dat in de pensioenovereenkomst is vermeld dat Nauta na het betalen van de verschuldigde premies is gekweten van haar verplichtingen, is onvoldoende om deze als beschikbare premiereregeling te kwalificeren. De principale grieven 3 tot en met 5 slagen dus gedeeltelijk.

15. Voor de beoordeling van het onderhavige geschil is van doorslaggevend belang wat de betekenis is van het door NN sinds 2004 gehanteerde vaste rentepercentage van 5,5%. Partijen verschillen hierover van mening. Het hof overweegt hierover het volgende.

16. Op de door NN aan Nauta toegezonden checklist staat bij vraag 11 vermeld:

11: Laatst bekende % doelvermogen	5,5	Svp invullen:
		Actueel %
		Vast %, zijnde %
		Let op: minimaal 4,4 %.

Het hof leidt hier voorshands uit af dat de 5,5% ziet op de rekenrente aan de hand waarvan de hoogte van het te verzekeren kapitaal (doelvermogen) wordt berekend om het beoogde pensioen op de pensioendatum in te kopen. Daarbij wordt tot uitgangspunt genomen dat er op de pensioendatum wordt gerekend met een rendement van 5,5% om dit pensioen in te kopen. Indien het daadwerkelijke rendement waarmee wordt gerekend op de pensioendatum (de tariefrente) lager is dan de tijdens de loop van de pensioenverzekering gehanteerde rekenrente, heeft dit tot gevolg dat met het verzekerde kapitaal slechts een lager pensioenbedrag kan worden aangekocht dan het pensioenbedrag waarnaar in de pensioenregeling werd gestreefd. De brief van NN aan Nauta van december 2009, waarin is vermeld dat de pensioenregeling van [appellant] uitgaat van een hogere rente dan de actuele (markt-)rente, waardoor er een aanzienlijke kans is dat er te weinig kapitaal is verzekerd om het gewenste ouderdoms- en/of partnerpensioen in te kunnen kopen, sluit hierbij aan. Dit geldt ook voor de hierboven onder s genoemde e-mail van NN aan Meeùs van 4 december 2015. De andersluidende stelling van Nauta dat de door NN sinds 2004 gehanteerde rente van 5,5% het door NN gegarandeerde rendement op de ingelegde premies betreft, wat gelet op de lagere actuele (markt)rente dus geenszins in het nadeel maar juist in het voordeel van [appellant] zou zijn geweest, acht het hof voorshands onaannemelijk. Nauta zal echter in de gelegenheid worden gesteld de juistheid van dit voorshands bewijsoordeel te ontzenuwen. Het is aan Nauta om te bepalen op welke wijze zij dit doet, maar het hof kan zich voorstellen dat Nauta bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring van NN overlegt, waarin duidelijk wordt toegelicht wat de betekenis is van de gehanteerde vaste rente van 5,5%.

17. Nauta heeft voorts, subsidiair, gesteld dat uit de checklist blijkt dat de voor de berekening van het doelvermogen gehanteerde rekenrente (fiscaal) minimaal 4,4% diende te zijn, en dat de stelling van [appellant] , dat in plaats van een vaste rente van 5,5% uitgegaan had moeten worden van de actuele rente, daarom niet juist kan zijn. Ook als gekozen zou zijn voor toepassing van de actuele rente, zo begrijpt het hof de stellingen van Nauta, had NN in elk geval geen lagere rente dan 4,4% toegepast. Het hof overweegt dat [appellant] heeft gesteld dat tot de wijziging in 2004 door NN wel de actuele

rente is toegepast, hetgeen Nauta niet gemotiveerd heeft betwist. Op de in 2004 door NN aan Nauta toegezonden checklist is er de mogelijkheid geboden om te (blijven) kiezen voor toepassing van de actuele rente. Onduidelijk is of de vermelding er onder: "**Let op: minimaal 4,4 %**" ook ziet op de situatie waarin gekozen wordt voor toepassing van de actuele rente. In de brief van NN aan Nauta van december 2009, waarin NN de mogelijkheid biedt om voortaan de actuele rente toe te passen, staat op dit punt geen voorbehoud vermeld, terwijl dit wel voor de hand had gelegen als sprake zou zijn geweest van een minimaal toe te passen rente. Het hof zal Nauta op dit punt in de gelegenheid stellen haar stellingen nader te onderbouwen, bijvoorbeeld door middel van een schriftelijke verklaring van NN of van een actuaris.

18. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen zodat Nauta zich uit kan laten over de in r.o. 16 en 17 genoemde punten, waarop [appellant] vervolgens kan reageren.

19. In afwachting van de door partijen in dit verband te nemen aktes houdt het hof elke verdere beslissing aan.

Beslissing

Het hof:

- verwijst de zaak naar de rol van 15 januari 2019 voor het nemen van een akte aan de zijde van Nauta met het doel zoals vermeld in rechtsoverweging 18 van dit arrest, waarop [appellant] vervolgens bij antwoordakte zal mogen reageren;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M.T. van der Hoeven-Oud, R.S. van Coevorden en M.V. Ulrici en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 4 december 2018 in aanwezigheid van de griffier.