

(...)	
(...)	
Indexatie actieve periode	Opgebouwde rechten worden jaarlijks verhoogd met cao verhoging
Indexatie inactieve periode	Opgebouwde rechten worden jaarlijks verhoogd op basis van de inflatie voor zover het toeslagenfonds dat toe laat
(...)	

[medewerker van de vof] heeft de memo op 11 februari 2009 doorgestuurd aan [appellant]. [appellant] bevestigt in een daarop volgend e-mailbericht van 11 februari 2009 aan [medewerker van de vof] dat de memo een juiste weergave bevat van het gesprek tussen hem en [deskundige aan de zijde van de vof].

In een door [medewerker van de vof] (van [de vof]) en [appellant] ondertekende brief van Delta Lloyd van 17 februari 2009 wordt vermeld dat [appellant] vanaf 1 januari 2007 wordt opgenomen in de collectieve regeling. In die brief wordt vermeld:

“Gelieve hierbij rekening te houden met de volgende zaken:

- opbouwpercentage naar 1,82%
 - geen maximum salaris te hanteren
 - franchise wordt aangepast naar minimale franchise
 - NP 70% van het OP
 - AOP 70%
 - extra inkoop bij collectief tot tijdsevenredige aanspraken
- (...).”

3.18. Gelet op het voorgaande falen de grieven 2 tot en met 4. Grief 5, een zogenaamde veegrief, heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft verder geen beoordeling. Het bewijsaanbod is niet ter zake dienend, zodat het hof daaraan voorbij gaat. Hoewel grief 1 slaagt, betekent één en ander dat de beslissing van de rechtbank op goede gronden berust. Het hof zal die beslissing bekrachtigen. [appellant] heeft ook in hoger beroep als de in het ongelijk gestelde partij te gelden en zal om die reden worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van de v.o.f. c.s. op € 716,= aan griffierecht en op € 1.074,= aan salaris advocaat.

PJ 2019/132

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

8 oktober 2019, nr. 200.225.660/01

(Mrs. M. van Ham, R.J.M. Cremers, M. Heemskerk)

m.nt. mr. C. Beltman

Art. 3:37, 3:310 BW

ECLI:NL:GHSHE:2019:3663

Geen gerechtvaardigd vertrouwen bij werkgever dat oud-werknemer met wijziging van de pensioenregeling heeft ingestemd. De vordering uit hoofde van schadevergoeding van de weduwe van de inmiddels overleden oud-werknemer is niet verjaard.

Geschil tussen een werkgever en de weduwe van een oud-werknemer. De oud-werknemer was tijdens zijn dienstverband deelnemer aan de pensioenregeling van de werkgever. De weduwe vordert een veroordeling van de werkgever om het ertoe te leiden dat de pensioenuitvoerder alsnog het nabestaandenpensioen kan uitbetalen op basis van het pensioenreglement waarvan zij stelt dat het van toepassing was in de rechtsverhouding tussen de werkgever en haar overleden echtgenoot op het moment dat haar echtgenoot overleed. Het hof wijst de vordering toe. Het verjaringsverweer van de werkgever dat door de kantonrechter in eerste aanleg nog was gehonoreerd, wordt door het hof verworpen op de grond dat de (nog niet verstreken) verjaringstermijn pas een aanvang heeft genomen op het moment dat de oud-werknemer overleed. Het hof gaat mee in het betoog van de weduwe dat inhoudt dat het pensioenreglement op basis waarvan zij meent een aanspraak te hebben op nabestaandenpensioen, nimmer rechtsgeldig is gewijzigd. Het hof oordeelt dat de werkgever, afgezien van het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis tegen de oud-werknemer, tevens een rechtsplicht heeft geschonden tegenover de weduwe, en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Dit biedt de grondslag voor een vordering tot schadevergoeding.

Arrest in de zaak van:

[Appellante], adv.: mr. S.M.E. van Dijsseldonk te Eindhoven, tegen

[De vennootschap], geïntimeerde, adv.: mr. E. Lutjens te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 7 augustus 2017 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 1 juni 2017, door de kantonrechter van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, gewezen tussen [appellante] als eiseres en [geïntimeerde] als gedaagde.

1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer 5065175 16-5545)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis en het tussenvonnis van 17 november 2016 waarmee is beslist op een incident tot oproeping van een derde in vrijwaring.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met een productie;
- de memorie van antwoord met twee producties;
- de akte uitlating van [appellante];
- de antwoordakte uitlating van [geïntimeerde].

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De beoordeling

Feiten

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. [appellante] is de weduwe van [overleden echtgenoot van appellante] (hierna: [overleden echtgenoot van appellante]), die op 12 juli 2015 is overleden.

3.1.2. [overleden echtgenoot van appellante] is op 1 maart 1983 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) een vennootschap die behoort tot dezelfde groep als waartoe [geïntimeerde] behoort. Dit dienstverband heeft geduurd tot 1 september 1996.

3.1.3. [overleden echtgenoot van appellante] is op 1 mei 1997 bij [geïntimeerde] in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst is in artikel 9 een bepaling over pensioen opgenomen die als volgt luidt:

“De werknemer zal, conform het daarbijbehorende pensioenreglement, worden opgenomen in een collectieve pensioenverzekering, welke de werkgever ten behoeve van haar werknemers heeft afgesloten. De premie van deze verzekering komt, in afwijking van het bepaalde in artikel 18 van het pensioenreglement, geheel ten laste van de werkgever.”.

Het dienstverband heeft geduurd tot 1 juli 2010 en is geëindigd met een vaststellingsovereenkomst. In artikel 7 van de vaststellingsovereenkomst is opgenomen:

“Partijen verlenen elkaar na effectivering van het vorenstaande finale kwijting over en weer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging daarvan.”

3.1.4. [geïntimeerde] heeft per 1 april 1985 een pensioenregeling getroffen voor haar personeel. Deze regeling betrof kort gezegd een eindloonregeling met een nabestaandenpensioen op opbouwbasis. Met ingang van 1 januari 1995 is het pensioenreglement gewijzigd. Ook dit reglement hield kort gezegd een eindloonregeling in met een nabestaandenpensioen op opbouwbasis.

Met ingang van 1 januari 1999 is het pensioenreglement wederom gewijzigd. Er werden meerdere wijzigingen doorgevoerd, waaronder een middelloonregeling, een nabestaandenpensioen op risicobasis, een pensioengerechtigde leeftijd van 62 jaar (in plaats van 65 jaar) en een overbruggingspensioen. Voorafgaand aan deze wijziging heeft [geïntimeerde] op 4 november 1998 een memo aan haar werknemers verstrekt waarin uitleg wordt gegeven over de voorgenomen wijziging. Op 8 december 1998 heeft [geïntimeerde] een tweede memo aan haar werknemers verstrekt met informatie over het nieuwe pensioenreglement. Daarbij is ook een keuzeformulier verstrekt voor het al dan niet meeverzekeren van een partnerpensioen. Verder heeft [geïntimeerde] drie voorlichtingsavonden georganiseerd waar de nieuwe regeling werd toegelicht en haar werknemers hebben gedurende een maand vragen kunnen stellen aan een speciaal daartoe opgerichte helpdesk.

Met ingang van 1 januari 2006 werd het pensioenreglement wederom gewijzigd (om fiscale redenen), met handhaving van de middelloonregeling en een nabestaandenpensioen op risicobasis.

Verzekeringsmaatschappij Aegon voert de pensioenregeling uit.

3.1.5. Nadat de arbeidsovereenkomst was geëindigd, heeft [overleden echtgenoot van appellante] op 26 juli 2010 per e-mail het volgende aan Aegon gevraagd:

“Ik heb een pensioen opgebouwd bij [geïntimeerde] (...) Is het mogelijk deze vanaf b.v. september dit jaar in te laten gaan, en wat zijn dan de financiële consequenties.”

Op 27 juli 2010 heeft Aegon als volgt gereageerd:

“Het is mogelijk om uw pensioen eerder te laten ingaan. Wanneer u dit wil moet u dit schriftelijk een half jaar voor de gewenste ingangsdatum aan ons doorgeven. Daarbij moet ook uw partner instemmen met het verzoek voor de vervroeging. In onderstaande tabel kan u zien met welk percentage het oorspronkelijke pensioen dan wordt verlaagd (...).” Daarop heeft [overleden echtgenoot van appellante] op diezelfde dag per e-mail gevraagd: “(...) Kan ik in dat geval mijn ouderdomspensioen ook omzetten naar een partner pensioen. Dat is nl. de hoofd reden waarom ik om vervroeging vraag. Anders is dat pas mogelijk bij 65 jaar heb ik begrepen. Maar ik had van jou begrepen, een paar maanden geleden, dat ik na het beëindigen van mijn dienstverband die keuze nog zou krijgen.”

Op 30 juli 2010 heeft Aegon als volgt gereageerd:

“Het is zeker mogelijk om na de beëindiging van het dienstverband een keuze te maken voor uitruil. De mutatie voor de beëindiging is toevallig recentelijk door ons verwerkt. Binnenkort ontvangt u van ons een informatiepakket met daarbij ook een formulier voor het opvragen van een offerte voor de uitruil van ouderdoms- naar nabestaandenpensioen. Wanneer u dat formulier naar ons opstuurt wordt uw verzoek verder in behandeling genomen en ontvangt u een opgave van het nabestaandenpensioen dat verzekerd kan worden.”

Op 25 oktober 2010 heeft [overleden echtgenoot van appellante] een brief gestuurd aan Aegon met het verzoek zijn ouderdomspensioen op 1 mei 2011 te laten ingaan. Deze brief is mede ondertekend door [appellante]. Op 10 mei 2011 heeft [overleden echtgenoot van appellante] een brief gestuurd aan Aegon waarmee hij is teruggekomen op dit verzoek en waarin hij heeft verzocht het ouderdomspensioen te laten ingaan op 1 september 2015.

3.1.6. Op 30 mei 2012 heeft Aegon een Uniform Pensioenoverzicht met toelichting aan [overleden echtgenoot van appellante] gestuurd. In het pensioenoverzicht staat onder het kopje ‘Bij overlijden’ het volgende:

“Bij uw overlijden hebben uw partner en/of kinderen geen recht op een uitkering.”

3.1.7. [overleden echtgenoot van appellante] heeft op 10 april 2015 een van Aegon afkomstig formulier geretourneerd waarin keuzemogelijkheden met betrekking tot uitrui zijn opgenomen. [overleden echtgenoot van appellante] heeft aangekruist een hokje waarachter staat vermeld:

“Ja, ik maak gebruik van uitrui in combinatie met de Hoog-Laag variant. Door uitrui wordt mijn partnerpensioen 70% van het ouderdomspensioen. Ik ontvang eerst een hoog en daarna een laag ouderdomspensioen (...).”

Het ouderdomspensioen zou ingaan op 1 september 2015, ware het niet dat [overleden echtgenoot van appellante], zoals hiervoor al is vermeld, op 12 juli 2015 is overleden.

3.1.8. Op 29 december 2015 heeft (de advocaat van) [appellante] een brief gestuurd aan [geïntimeerde] waarmee de verjaring is gestuit van vorderingen met betrekking tot nabestaandenpensioen.

Procedure in eerste aanleg

3.2. [appellante] heeft in eerste aanleg gevorderd (verkort weergegeven): voor recht te verklaren dat:

1. het pensioenreglement van 1985, althans 1995, in ieder geval vanaf 1987, onderdeel uitmaakte van de arbeidsvoorwaarden van [overleden echtgenoot van appellante] bij [geïntimeerde], tot aan diens uitdiensttreding;
 2. [appellante], als weduwe van [overleden echtgenoot van appellante], aanspraak heeft op de ten gunste van haar in voornoemd pensioenreglement opgenomen bepalingen;
 3. [appellante] (in het bijzonder) aanspraak heeft op het weduwen- c.q. nabestaandenpensioen, als opgenomen en verwoord in voornoemd pensioenreglement; en veroordeling van [geïntimeerde];
 4. om binnen 2 maanden een zodanig (aanvullend) bedrag onder Aegon te storten, dat [appellante] binnen een door de kantonrechter te stellen termijn alsnog – met terugwerkende kracht – het weduwen- c.q. nabestaandenpensioen van Aegon ontvangt waar zij krachtens voornoemd reglement aanspraak op had en heeft, op verbeurte van dwangsommen;
 5. in de kosten van het geding en in de nakosten, binnen veertien dagen na vonnisdatum, te vermeerderen met wettelijke rente.
- 3.3. De kantonrechter heeft de vorderingen van [appellante] afgewezen op grond van verjaring.

Vorderingen in hoger beroep

3.4. [appellante] is tijdig in hoger beroep gekomen. Zij heeft, na een zeer uitvoerige inleiding, acht grieven geformuleerd tegen het bestreden vonnis. Verder heeft zij geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot toewijzing van dezelfde vorderingen als de vorderingen in eerste aanleg.

Gevolg van het slagen van het hoger beroep / kern van het geschil

3.5. Het gaat in deze zaak kort gezegd om de vraag of [appellante] recht heeft op nabestaandenpensioen. Dat nabestaandenpensioen was aanvankelijk op opbouwbasis verzekerd en is later door [geïntimeerde] gewijzigd naar een nabestaandenpensioen op risicobasis.

Het hof is van oordeel dat [appellante] in hoger beroep terecht is opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter dat haar vorderingen zijn verjaard (daarop zal het hof hierna nader ingaan). Dat leidt ertoe dat het hof de vorderingen van [appellante] en de (ook in eerste aanleg) door [geïntimeerde] daartegen aangevoerde verweren, opnieuw zal beoordelen.

Pensioenregeling 1985?

3.6. Volgens [appellante] is (nog steeds) het pensioenreglement van 1985 van toepassing. In dat pensioenreglement was een nabestaandenpensioen verzekerd op opbouwbasis. Het hof is van oordeel dat deze stelling faalt en dat [appellante] geen aanspraken kan ontlenen aan het pensioenreglement van 1 april 1985. Daartoe overweegt het hof het volgende.

3.7. Het hof constateert dat de eerste arbeidsovereenkomst heeft geduurd tot september 1996. [overleden echtgenoot van appellante] was toen in dienst van een andere vennootschap dan [geïntimeerde]. [overleden echtgenoot van appellante] is in mei 1997 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) [geïntimeerde]. [appellante] heeft niet gesteld dat of waarom de vennootschap waarbij [overleden echtgenoot van appellante] tussen 1983 en 1996 in dienst is geweest moet worden vereenzelvigd met (de rechtsvoorganger van) [geïntimeerde]. De enkele omstandigheid dat de vennootschappen tot hetzelfde concern behoorden is niet voldoende om dat aan te nemen.

3.8. Volgens [appellante] heeft [geïntimeerde] de arbeidsovereenkomst voortgezet op oude voorwaarden als ware de overeenkomst niet onderbroken geweest. Het hof begrijpt dat [appellante] heeft bedoeld te stellen dat [geïntimeerde] met [overleden echtgenoot van appellante] (al dan niet stilzwijgend) is overeengekomen dat de arbeidsvoorwaarden van de eerdere (tot september 1996 durende) overeenkomst ook met haar zouden gelden.

3.9. Volgens vaste rechtspraak gaat het bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen niet enkel om de taalkundige bewoordingen van de tekst van de overeenkomst, maar komt het tevens aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waaronder mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. (Haviltex criterium)

3.10. Partijen hebben niets gesteld over hetgeen al dan niet is besproken of aan de orde is gekomen bij of rondom het sluiten van de arbeidsovereenkomst(en), zodat dit geen aanknopingspunten biedt voor de vraag wat [overleden echtgenoot van appellante] met (de rechtsvoorganger van) [geïntimeerde] is overeengekomen. [appellante] heeft weliswaar gesteld dat sprake is geweest van een voortzetting op oude voorwaarden als ware de overeenkomst niet onderbroken geweest, maar [geïntimeerde] heeft dat betwist. [appellante] heeft vervolgens niet meer toegelicht hoe of wanneer met [geïntimeerde] is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst op oude voorwaarden, waaronder het pensioenreglement van 1 april 1985, zou worden voortgezet. Kortom, de stelling van [appellante] faalt vanwege het ontbreken van een adequate toelichting op dit punt. Maar haar stelling is daarenboven onaannemelijk. Immers, toen [overleden echtgenoot van appellante] per 1 mei 1997 bij [geïntimeerde] in dienst trad zijn de arbeidsvoorwaarden in een nieuwe arbeidsovereenkomst vastgelegd. Op dat moment gold bij [geïntimeerde] het pensioenreglement van 1 januari 1995. In de per 1 mei 1997 geldende arbeidsovereenkomst is verwezen naar “*een collectieve pensioenverzekering, welke de werkgever ten behoeve van haar werknemers heeft afgesloten.*” (zie 3.1.3). Op dat moment gold bij [geïntimeerde] het pensioenreglement van 1 januari 1995. Gelet op deze tekst in de arbeidsovereenkomst acht het hof het onwaarschijnlijk dat [overleden echtgenoot van appellante] met [geïntimeerde] is overeengekomen dat het pensioenreglement van 1985 nog zou worden toegepast. Dat de pensioenopbouw is voortgezet met inachtneming van de jaren die zijn gewerkt in de periode van de eerste dienstbetrekking, zegt niets over de voorwaarden waaronder de pensioenopbouw heeft plaatsgevonden en zegt dus niets over de vraag welk pensioenreglement van toepassing was.

3.11. De tussenconclusie is dat [appellante] geen rechten kan ontleen aan het pensioenreglement van 1 april 1985.

Pensioenregeling 1995 of pensioenregeling 1999?

3.12. Het hof heeft hiervoor vastgesteld dat, toen [overleden echtgenoot van appellante] in dienst trad van [geïntimeerde], het pensioenreglement van 1 januari 1995 van toepassing was. Volgens [geïntimeerde] is het pensioenreglement per 1 januari 1999 gewijzigd en zijn de wijzigingen ook voor [overleden echtgenoot van appellante] gaan gelden. Volgens [appellante] heeft [overleden echtgenoot van appellante] nimmer ingestemd. [geïntimeerde] heeft daarop aangevoerd dat een instemming van [overleden echtgenoot van appellante] met de wijziging niet nodig was, omdat zij met [overleden echtgenoot van appellante] een zogenaamd dynamisch incorporatiebeding is overeengekomen.

3.13. Wederom is het hiervoor (in 3.9) genoemde Haviltex criterium van toepassing. Zoals hiervoor is vermeld (in 3.10) hebben partijen niets gesteld over hetgeen al dan niet is besproken of aan de orde is gekomen bij of rondom het sluiten van de arbeidsovereenkomst(en). Dit biedt dus geen aanknopingspunten voor de vraag wat [overleden echtgenoot van appellante] met (de rechtsvoorganger van) [geïntimeerde] is overeengekomen.

Het hof moet zich daarom beperken tot hetgeen in de arbeidsovereenkomst is vermeld. Dat is het volgende (zie ook 3.1.3):

“Artikel 9: pensioen

De werknemer zal, conform het daarbijbehorende pensioenreglement, worden opgenomen in een collectieve pensioenverzekering, welke de werkgever ten behoeve van haar werknemers heeft afgesloten. De premie van deze verzekering komt, in afwijking van het bepaalde in artikel 18 van het pensioenreglement, ten laste van de werkgever.”

3.14. Het hof leest daarin wel een zogenaamd incorporatiebeding, maar geen dynamisch beding. Anders gezegd, partijen zijn overeengekomen dat [overleden echtgenoot van appellante] zou worden opgenomen in de collectieve pensioenregeling. Dat was het toen bij [geïntimeerde] geldende pensioenreglement. Uit niets blijkt dat het de bedoeling was dat ook alle eventuele in de toekomst door te voeren wijzigingen 'automatisch', dus zonder instemming van [overleden echtgenoot van appellante], zouden gaan gelden. De formulering wijst op het tegendeel. Er staat immers: '*het daarbij behorende pensioenreglement ... welke... heeft afgesloten*'. Er staat niets wat duidt op een overeenstemming op voorhand over eventuele toekomstige wijzigingen en/of nieuwe reglementen. Dat het een collectieve regeling betrof, wil niet zeggen dat [overleden echtgenoot van appellante] op voorhand heeft ingestemd met alle eventuele wijzigingen. Niet valt in te zien waarom [overleden echtgenoot van appellante] daarop bedacht moest zijn.

Wanneer het de bedoeling was van [geïntimeerde] om een dynamisch incorporatiebeding overeen te komen, had zij dat duidelijker moeten formuleren.

3.15. Voor zover [geïntimeerde] heeft bedoeld aan te voeren dat [overleden echtgenoot van appellante] is gebonden aan het pensioenreglement van 1 januari 1999 omdat de vakbonden hebben ingestemd met die nieuwe regeling, en/ of omdat een verplichte deelneming in de cao was overeengekomen, faalt dat betoog. [geïntimeerde] heeft erkend dat de cao niet van toepassing was op [overleden echtgenoot van appellante]. [geïntimeerde] heeft ook niet gesteld dat [overleden echtgenoot van appellante] lid was van een vakbond en [appellante] heeft expliciet de gebondenheid via het lidmaatschap betwist.

3.16. Volgens [geïntimeerde] heeft [overleden echtgenoot van appellante] ingestemd met de wijziging in de pensioenregeling per 1 januari 1999, althans mocht [geïntimeerde] erop vertrouwen dat [overleden echtgenoot van appellante] daarmee instemde. [geïntimeerde] heeft verwezen naar de informatie die zij voorafgaand aan de wijziging heeft verstrekt, bestaande uit een memo van 4 november 1989, een daarbij horende bijlage waarin de verschillen tussen de regeling duidelijk zijn opgenomen, een memo van 8 december 1998 met daarbij een exemplaar van het nieuwe reglement, een brochure, een opgave van de waarde van de omzetting van de oude naar de nieuwe aanspraken en een keuzeformulier met betrekking tot wel/niet verzekeren van partnerpensioen. Volgens [geïntimeerde] heeft [overleden echtgenoot van appellante] nimmer geprotesteerd tegen deze wijzigingen en heeft hij zich ook nooit op het standpunt gesteld dat de wijzigingen niet rechtsgeldig zouden zijn jegens hem. Volgens [geïntimeerde] heeft [overleden echtgenoot van appellante] aldus stilzwijgend ingestemd, althans mocht zij er gerechtvaardigd op vertrouwen dat [geïntimeerde] instemde.

3.17. Het hof is van oordeel dat pensioen een belangrijke financiële arbeidsvoorwaarde betreft. In de regel zijn de voorwaarden van een pensioenregeling voor de meeste werknemers moeilijk te doorgronden. Verder is van belang dat problemen met betrekking tot een pensioen veelal pas aan het licht komen op het moment dat de uitkering in moet gaan en dat, wanneer om wat voor reden dan ook de uitkering niet wordt verstrekt, degene die daar nadeel van ondervindt dat veelal niet meer op andere wijze zal kunnen compenseren. Het hof constateert dat het nieuwe pensioenreglement voor de werknemers van [geïntimeerde] zowel voor- als nadelen inhielden. Dat de wijziging voor [geïntimeerde] kostenneutraal was, wil niet zeggen dat deze per saldo voor [overleden echtgenoot van appellante] gelijkblijvend was. Of het totale pakket aan wijzigingen voor [overleden echtgenoot van appellante] een verbetering of een verslechtering opleverde, is niet duidelijk. Partijen hebben op dat punt onvoldoende inzicht gegeven. [geïntimeerde] heeft bij memorie van antwoord een overzicht overgelegd van de bedragen per 1 januari 1999 volgens de oude regeling en volgens de nieuwe regeling. Zonder toelichting daarop, kan echter niet de conclusie worden getrokken dat de wijzigingen geen verslechtering inhielden. Daarvoor is relevant wat de persoonlijke situatie was van [overleden echtgenoot van appellante] (gezondheid, wensen met betrekking tot pensioenleeftijd, vermogen, leeftijd en inkomen van [appellante]). Daarover heeft [geïntimeerde] niets gesteld. Wanneer wordt gekeken naar de bedragen in die opgave, dan lijkt het er niet op dat de wijziging voor [overleden echtgenoot van appellante] 'neutraal' was. Het had op de weg van [geïntimeerde] gelegen om toe te lichten waarom de wijziging voor [overleden echtgenoot van appellante] geen verslechtering inhield. Vast staat dat de wijziging in het reglement twee zeer belangrijke verslechteringen betroffen, te weten een pensioenopbouw volgens een middelloonregeling in plaats van een eindloonregeling en een nabestaandenpensioen op risicobasis in plaats van op opbouwbasis. Nu [geïntimeerde] niet inzichtelijk heeft gemaakt dat de wijzigingen per saldo voor [overleden echtgenoot van appellante] meer voordeel dan nadeel opleverden, gaat het hof ervan uit dat, vanwege deze twee belangrijke nadelige wijzigingen, het criterium van het zogenaamde CZ-arrest van toepassing is (HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570, CZ), dus dat sprake moet zijn van welbewuste instemming.

3.18. Het hof verwerpt het betoog van [geïntimeerde] dat [overleden echtgenoot van appellante] heeft ingestemd omdat hij nooit heeft geprotesteerd. Het hof is van oordeel dat 'welbewuste instemming' im-

plceert dat het [overleden echtgenoot van appellante] in ieder geval duidelijk moet zijn geweest dat hij de mogelijkheid had om al dan niet in te stemmen. [geïntimeerde] heeft weliswaar het nodige gedaan om informatie te geven over de nieuwe regeling (memo's, voorlichtingsavonden, helpdeks, zie 3.1.4.), maar zij heeft niet aangevoerd dat zij [overleden echtgenoot van appellante] heeft gevraagd om in te stemmen of dat het [overleden echtgenoot van appellante] anderszins duidelijk is geweest dat de wijziging zijn instemming behoefde en hij die dus ook kon weigeren. Dat blijkt ook nergens uit. Mogelijk verkeerde [geïntimeerde] destijds in de onjuiste veronderstelling dat een instemming van de vakbonden automatisch betekende dat al haar werknemers waren gebonden aan de nieuwe regeling, dus ook zij op wier arbeidsovereenkomst de gesloten cao niet van toepassing was. Of [overleden echtgenoot van appellante] ook die veronderstelling had, is niet bekend en valt ook niet meer vast te stellen. Dat [overleden echtgenoot van appellante] misschien ook in die veronderstelling verkeerde, wil niet zeggen dat hij stilzwijgend heeft ingestemd. Het hof kan er niet vanuit gaan dat [overleden echtgenoot van appellante] zich ervan bewust was dat zijn instemming nodig was, althans [geïntimeerde] heeft daarover niets aangevoerd.

[geïntimeerde] heeft nog gewezen op de correspondentie van [overleden echtgenoot van appellante] met Aegon na het eindigen van zijn dienstverband (zie 3.1.5), het UPO van 2012 (zie 3.1.6) en het keuzeformulier van Aegon (zie 3.1.7), maar ook daaruit volgt niet de vereiste 'bewustheid'. Kortom, [geïntimeerde] mocht er niet op vertrouwen dat [overleden echtgenoot van appellante] instemde met de wijziging zonder dat duidelijk was dat [overleden echtgenoot van appellante] zich ervan bewust was dat zijn instemming nodig was, althans dat hij bezwaar kon maken tegen de wijziging zonder welk bezwaar hij geacht werd in te stemmen met de wijziging.

3.19. [geïntimeerde] heeft nog aangevoerd dat een ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling feitelijk onmogelijk was, dat zij een zwaarwichtig belang had bij wijziging en dat het onaanvaardbaar zou zijn geweest dat [overleden echtgenoot van appellante] haar had gehouden aan het tot dan geldende reglement. Het hof verwerpt ook dit verweer van [geïntimeerde], omdat het niet nader is toegelicht. [geïntimeerde] had al een uitzondering gemaakt voor [overleden echtgenoot van appellante] op het pensioenreglement van 1995. Kennelijk was het dus geen probleem om af te wijken van het pensioenreglement. Waarom het niet mogelijk was de tot dat moment geldende voorwaarden op individuele basis met [overleden echtgenoot van appellante] voort te zetten, heeft [geïntimeerde] niet nader toegelicht. Destijds is het kennelijk eenvoudigweg niet onderkend als een probleem en dus niet nader onderzocht. En thans heeft [geïntimeerde] onvoldoende toegelicht waarom destijds een voortzetting van de pensioenovereenkomst met [overleden echtgenoot van appellante] op basis van de voorwaarden conform het pensioenreglement van 1995 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, c.q. niet mogelijk was of waarom het belang van [overleden echtgenoot van appellante] daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moest wijken.

3.20. De tussencconclusie is dat het pensioenreglement van 1995 is blijven gelden.

Pensioenregeling 1995 of pensioenregeling 2006?

3.21. Met ingang van 1 januari 2006 heeft [geïntimeerde] het pensioenreglement wederom gewijzigd. [geïntimeerde] gaat er kennelijk van uit dat deze wijziging van toepassing is geworden, omdat het reglement van 1999 (volgens haar) van toepassing is geworden. Uit het voorgaande volgt dat deze veronderstelling onjuist is. Het hof verwijst verder naar hetgeen hiervoor is overwogen. Andere argumenten dan de hiervoor besproken argumenten in het kader van de wijziging van 1999, zijn niet aangevoerd.

Finale kwijting?

3.22. Zoals hiervoor (in 3.1.3) is vermeld, is de arbeidsovereenkomst tussen [overleden echtgenoot van appellante] en [geïntimeerde] geëindigd per 1 juli 2010 en hebben partijen daartoe een vaststellingsovereenkomst gesloten. In artikel 7 van de vaststellingsovereenkomst is opgenomen: "Partijen verlenen elkaar na effectuering van het vorenstaande finale kwijting over en weer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging daarvan.". Volgens [geïntimeerde] stuiten de vorderingen van [appellante] af op dit kwijtingsbeding.

3.23. Het hof verwerpt ook dit verweer van [geïntimeerde] om de volgende reden. Het standpunt van [appellante] komt er op neer dat [geïntimeerde] ten onrechte tot wijziging van het pensioenreglement is overgegaan en dat [geïntimeerde] op basis van het niet overeengekomen pensioenreglement van 1999 heeft nagelaten een voorziening te treffen voor haar, te weten een nabestaandenpensioen. Om die reden lijdt [appellante] schade. Een kwijting door [overleden echtgenoot van appellante] van de verbintensissen van [geïntimeerde] jegens hem, kan niet tot gevolg hebben dat [geïntimeerde] ook gekwetens van aanspraken van [appellante], zoals bijvoorbeeld aanspraken wegens onrechtmatig handelen jegens haar.

3.24. De tussenconclusie luidt dat de vorderingen van [appellante] niet afstuiten op het met [overleden echtgenoot van appellante] overeengekomen kwijtingsbeding.

Verjaring?

3.25. De kantonrechter heeft het verweer van [geïntimeerde] dat de vorderingen van [appellante] zijn verjaard, gehonoreerd. Daartoe heeft de kantonrechter het volgende overwogen:

“De kantonrechter is van oordeel dat de vordering van [appellante] een vordering tot schadevergoeding is, die onderworpen is aan de termijn van 3:310 BW. Die termijn is in dit geval begonnen te lopen op 4 november 1998, dat wil zeggen het moment waarop alle werknemers van [geïntimeerde], waaronder ook [overleden echtgenoot van appellante], een memo hebben ontvangen van [geïntimeerde] (...). In deze memo is een overzicht gegeven van de verschillen tussen de vóór en na 1 januari 1999 geldende collectieve pensioenregeling. [appellante] heeft er slechts op gewezen dat [overleden echtgenoot van appellante] nooit een document tot instemming heeft ondertekend; zij heeft niet ontkend dat [overleden echtgenoot van appellante] eind november 1998 dit stuk heeft ontvangen van [geïntimeerde], waarin de consequenties van de nieuwe regeling in schema gebracht zijn. [appellante] heeft deze memo ook zelf overgelegd als productie 8 bij de dagvaarding. De wetenschap die [overleden echtgenoot van appellante] daaraan kon ontlenen, moet aan [appellante], zijn echtgenote worden toegerekend.”

3.26. Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel bekendheid met de enkele mogelijkheid dat een bepaalde partij voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. (Zie onder meer HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552 ([...] /Staat), rov. 3.3.2 en 3.3.4, HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 (TMG/Staat), rov. 3.3.2., HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, rov. 3.3.2).

3.27. [appellante] heeft in hoger beroep terecht aangevoerd dat met het hiervoor (in 3.25) geciteerde oordeel van de kantonrechter, niet aan de in 3.26 genoemde maatstaf is voldaan. [appellante] is niet al in november 1998 bekend geworden met de schade. [appellante] kon toen niet weten dat [overleden echtgenoot van appellante] zou overlijden voordat zijn ouderdomspensioen zou ingaan. Het eventuele risico op overlijden van [overleden echtgenoot van appellante] is niet toereikend om aan de hiervoor genoemde maatstaf te voldoen. De schade is ontstaan – en bij [appellante] bekend geworden – op het moment van overlijden van [overleden echtgenoot van appellante]. Dat is het aanvangsmoment van de verjaringstermijn. Tussen partijen is niet in geschil dat, uitgaande van dat moment, de vordering van [appellante] niet is verjaard.

3.28. [geïntimeerde] heeft nog opgemerkt dat een tekortkoming jegens [overleden echtgenoot van appellante] geen onrechtmatigheid kan opleveren jegens [appellante], omdat [appellante] buiten de rechtsverhouding tussen [geïntimeerde] en [overleden echtgenoot van appellante] stond. Volgens [geïntimeerde] heeft zij geen inbreuk gemaakt op een recht van [appellante], omdat [appellante] geen aanspraak heeft op een partnerpensioen. Het hof verwerpt dat verweer onder verwijzing naar HR 24 september 2004 (ECLI:NL:HR:2004:A09069) en HR 14 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1355). De situatie komt er in dit geval immers op neer dat [appellante] sinds het overlijden van [overleden echtgenoot van appellante] geen partnerpensioen ontvangt, terwijl zij dat pensioen wel zou hebben ontvangen wanneer [geïntimeerde] niet was tekortgeschoten jegens [overleden echtgenoot van appellante]. De omstandigheid dat [appellante] destijds geen eigen aanspraak had, betekende niet dat [geïntimeerde] in het geheel geen rekening hoefde te houden met haar belangen. Daartoe bestond wel aanleiding gelet op hetgeen hiervoor is overwogen in 3.17. Verder is in dit verband van belang dat voor [appellante] de financiële consequenties zeer groot zijn, terwijl zij daar feitelijk geen invloed op had. [geïntimeerde] had de tekortkoming jegens [overleden echtgenoot van appellante] redelijk eenvoudig kunnen voorkomen door

destijds instemming te vragen aan [overleden echtgenoot van appellante], althans zorg te dragen voor welbewuste instemming. En wanneer [overleden echtgenoot van appellante] niet (welbewust) had ingestemd, dan had zij met hem in overleg kunnen gaan over een oplossing.

3.29. [geïntimeerde] heeft haar beroep op verjaring niet alleen gebaseerd op artikel 3:310 BW, maar ook op de artikelen 3:307 en 3:308 BW en op artikel 55 lid 1 Pw. Uit het voorgaande volgt dat het hof van oordeel is dat die bepalingen in dit geval niet van toepassing zijn. Het gaat in dit geval niet om nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. [appellante] had geen overeenkomst met [geïntimeerde]. Bij leven van [overleden echtgenoot van appellante] had [appellante] geen eigen aanspraak, maar een van [overleden echtgenoot van appellante] afgeleide aanspraak (vgl. een eerder arrest van dit hof van 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:332). [appellante] kreeg een eigen aanspraak bij overlijden van [overleden echtgenoot van appellante], maar dat betekent niet dat zij partij werd bij de overeenkomst tussen [overleden echtgenoot van appellante] en [geïntimeerde]. Kortom, het gaat niet om nakoming van een contractuele verbintenis, maar om een onrechtmatige daad. Wat betreft de vorderingen heeft [appellante] onder meer aangevoerd (zie o.a. nr. 36 cvr) dat die erop zijn gericht om haar in een positie te brengen waarin zij zou hebben verkeerd wanneer de wijzigingen van de pensioenregeling niet zouden hebben plaatsgevonden. Zij heeft er in de toelichting op grief 1 op gewezen dat zij schadevergoeding vordert vanwege onrechtmatig handelen. Het hof verstaat de vorderingen van [appellante] aldus dat zij bedoelt dat de schadevergoeding zo moet worden begroot dat zij zoveel mogelijk in de positie wordt gebracht waarin zij zou hebben verkeerd wanneer [geïntimeerde] niet onrechtmatig had gehandeld jegens haar. Gelet op de artikelen 6:97 en 6:103 BW ziet het hof niet in waarom de schade niet vergoed zou kunnen worden op de door [appellante] voorgestane wijze. Voor zover deze interpretatie van de vordering al niet juist zou zijn, moet de vordering zoals geformuleerd onder nummer 4 van 3.2 worden verstaan als een vordering ex artikel 3:296 lid 1 BW. Zoals hiervoor al is vermeld, gaat het in dit geschil om een eigen aanspraak van [appellante]. Op grond van artikel 3:314 lid 1 BW is het moment van overlijden van [overleden echtgenoot van appellante] het aanvangsmoment van de verjaringstermijn. Ook om die reden verwerpt het hof dus het beroep op verjaring.

Schending van de klachtplicht?

3.30. Volgens [geïntimeerde] was [overleden echtgenoot van appellante] al in 1998, althans in 2010 ermee bekend dat er geen partnerpensioen op opbouwbasis was verzekerd en heeft [overleden echtgenoot van appellante] zijn klachtplicht geschonden, hetgeen aan [appellante] moet worden toegerekend.

3.31. De klachtplicht ziet niet op een vordering uit onrechtmatige daad, zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176. Zoals de Hoge Raad in dat arrest heeft overwogen, is dat slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt. In dit geval is daarvan geen sprake, omdat [geïntimeerde] niet jegens [appellante] is tekortgeschoten in de nakoming van een contractuele verbintenis.

Schade?

3.32. Volgens [geïntimeerde] heeft [appellante] niet bewezen dat zij schade heeft geleden. Duidelijk is dat [appellante] schade heeft geleden. Uitgaande van het pensioenreglement van 1995 zou aan haar immers een nabestaandenpensioen zijn toegekend, terwijl dat thans niet het geval is.

Toewijsbaarheid vorderingen?

3.33. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen komt het hof niet toe aan bewijslevering.

3.34. Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van [appellante] (zie 3.2) in beginsel toewijsbaar zijn.

3.35. In de vordering zoals geformuleerd in nummer 1 van 3.2 wordt het jaartal 1987 genoemd. Blijkbaar is [overleden echtgenoot van appellante] vanaf dat moment pensioen gaan opbouwen. Uit het voorgaande volgt dat het pensioenreglement van 1995 is gaan gelden bij indiensttreding in 1997. Blijkbaar is in de pensioenopbouw wel rekening gehouden met hetgeen van 1987 tot 1996 is opgebouwd. Dat was zo en daarvan dient ook uitgegaan te worden bij de tenuitvoerlegging van dit arrest. Het petium is echter zodanig ruim geformuleerd dat het hof het jaartal 1987 niet in het dictum kan opnemen.

3.36. [geïntimeerde] heeft geprotesteerd tegen de formulering van de vordering in nummer 2 van 3.2. Volgens [geïntimeerde] is deze vordering te vaag. Het geschil heeft slechts betrekking op het nabestaandenpensioen, terwijl de vordering betrekking heeft op het gehele pensioenreglement. [appellante] heeft in hoger beroep haar vorderingen uit de eerste aanleg herhaald, zonder een nadere reactie hierop.

[geïntimeerde] heeft terecht aangevoerd dat het geschil alleen betrekking heeft op het nabestaandenpensioen. Daarop ziet de vordering in nummer 3 van 3.2. Het hof zal vordering nummer 2 afwijzen.

3.37. [geïntimeerde] heeft nog aangevoerd dat het niet mogelijk is vordering nummer 4 ten uitvoer te leggen, omdat partijen mogelijk onenigheid krijgen over het door [geïntimeerde] onder Aegon af te storten bedrag. Het hof acht dat onvoldoende reden om de vordering af te wijzen. [geïntimeerde] zal [appellante] dienen te betrekken bij de berekening. Partijen dienen zich ten opzichte van elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 1 BW). Het hof ziet geen aanleiding om thans te veronderstellen dat dit tot onoverkomelijke problemen zal leiden. Verder heeft [overleden echtgenoot van appellante] aangevoerd dat zij niet meer beschikt over de loongegevens van [overleden echtgenoot van appellante]. Het hof ziet dit niet als een belemmering. In de verstrekte UPO's of de administratie zullen de salaris-, althans relevante pensioengegevens vermeld staan. Voor zover [geïntimeerde] niet zelf over deze gegevens beschikt zal [appellante] deze aan [geïntimeerde] dienen te verstrekken, hetgeen ook geldt voor eventuele loonstroken, jaargaven en belastingaangiften. [geïntimeerde] dient, eventueel met behulp van een door haar in te schakelen deskundige, te laten berekenen welk bedrag afgestort dient te worden. [appellante] zal daarbij alle gegevens dienen te verstrekken die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om zo'n berekening te maken. Het hof is van oordeel dat de gevorderde twee maanden wat krap is om aan de veroordeling te voldoen. Daarom zal het de termijn stellen op drie maanden na betekening van dit arrest. [geïntimeerde] heeft ook nog gevraagd om maximering van de dwangsom. Het hof zal niet overgaan tot maximering van de dagelijks te verbeuren dwangsom, aangezien de dwangsom een prikkel dient te zijn tot nakoming. Het hof zal wel het totaal aan te verbeuren dwangsommen maximeren op € 50.000,- per jaar. Het hof verwerpt het verzoek van [geïntimeerde] om de veroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. [appellante] is verstoken van inkomen zodat zij groot belang heeft bij een voortvarende nakoming van de te geven beslissing. Het eventuele restitutie risico van [geïntimeerde] weegt daar onvoldoende tegenop.

Slotsom

3.38. De slotsom luidt dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en de vorderingen zal toewijzen met inachtneming van hetgeen in 3.35 tot en met 3.37 is overwogen. Het hof zal [geïntimeerde] veroordelen in de proceskosten van beide instanties.

4 De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en in zoverre opnieuw rechtdoende:

- 4.1. verklaart voor recht dat het pensioenreglement van 1995 onderdeel uitmaakte van de arbeidsvoorwaarden van [overleden echtgenoot van appellante] bij [geïntimeerde], tot aan diens uitdiensttreding;
- 4.2. verklaart voor recht dat [appellante] aanspraak heeft op het weduwen- c.q. nabestaandenpensioen als opgenomen en verwoord in het in 4.1 genoemde pensioenreglement;
- 4.3. veroordeelt [geïntimeerde] om binnen drie maanden na betekening van dit arrest een zodanig (aanvullend) bedrag onder Aegon te storten, dat [appellante] met ingang van de dag na het verstrijken van deze termijn, met terugwerkende kracht tot het moment waarop zij daarop aanspraak had, het weduwen- c.q. nabestaandenpensioen van Aegon kan ontvangen waarop zij krachtens het in 4.1 genoemde pensioenreglement rechtens aanspraak had en heeft, op verbeurte van een dwangsom van € 500,- voor iedere dag of deel daarvan dat [geïntimeerde] in gebreke blijft aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 50.000,- per jaar;
- 4.4. veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten van beide instanties en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [appellante] voor de eerste aanleg op € 94,08 aan dagvaardingskosten, op € 79,- aan griffierecht en op € 400,- aan salaris advocaat, en voor het hoger beroep op € 102,76 aan dagvaardingskosten, op € 313,- aan griffierecht en op € 1.611,- aan salaris advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;
- 4.5. verklaart de veroordelingen als genoemd in 4.3 en 4.4 uitvoerbaar bij voorraad;
- 4.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. Een tweezijdige wijziging van een pensioenovereenkomst gaat volgens de regels van Boek 6 BW. Door aanbod en aanvaarding komt een nieuwe, gewijzigde pensioenovereenkomst tot stand. De vraag of in een concreet geval een gewijzigde pensioenovereenkomst tot stand is gekomen, moet worden bepaald aan de hand van de wilsvetrouwensleer, waarbij alle omstandigheden van het geval relevant zijn. Het komt aan op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en welke betekenissen zij over en weer redelijkerwijs aan deze verklaringen hebben mogen toekennen.

2. Aanbod en aanvaarding zijn vormen van een eenzijdige gerichte rechtshandeling. Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). In beginsel kan een verklaring in iedere vorm geschieden, en kan zij in een of meer gedragingen – en dus ook in een stilzwijgen – besloten liggen (artikel 3:37 lid 1 BW).

3. In het pensioenrecht wordt door een werkgever dikwijls een beroep gedaan op artikel 3:37 lid 1 BW, de zogeheten negatieve optie. In juridische zin voert de werkgever dan aan dat hij er, onder de gegeven omstandigheden, gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de werknemer zijn aanbod tot wijziging van de pensioenovereenkomst heeft aanvaard, gelet op het feit dat de werknemer *niet* heeft aangegeven dat hij niet akkoord ging met het aanbod tot wijziging. In dat niet-protesteren door de werknemer ligt dan volgens de werkgever een instemming besloten.

4. De jurisprudentie is streng op dit punt. In het CZ-arrest (ECLI:NL:HR:2010:BK3570) heeft de Hoge Raad bepaald dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, bij de wijziging van een arbeidsovereenkomst die een verslechtering inhoudt voor de werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer met die verslechtering heeft ingestemd indien (i) aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van de wijziging is verschaft en (ii) op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd. Tussen de punten (i) en (ii) bestaat een verband: indien aan de werknemer de inhoud van de wijziging niet duidelijk was (of behoorde te zijn), is niet voorstelbaar dat hij welbewust met de wijziging heeft ingestemd (ECLI:NL:PHR:2014:2277). De lijn uit het CZ-arrest is betrekkelijk recent door de Hoge Raad bevestigd (ECLI:NL:HR:2018:2187).

5. In deze zaak voor het gerechtshof 's-Hertogenbosch betoogde de werkgever dat de oud-werknemer stilzwijgend had ingestemd met de (voor hem nadelige) wijziging van de pensioenregeling, omdat hij nooit had geprotesteerd tegen de wijziging. Het hof oordeelde – in het licht van het CZ-arrest – dat een 'welbewuste instemming' impliceert dat voor de werknemer in ieder geval duidelijk moet zijn geweest dat hij de mogelijkheid had om al dan niet in te stemmen met de voor hem nadelige wijziging. De werkgever slaagt er niet in om aan te tonen dat zij de oud-werknemer heeft gevraagd om in te stemmen of dat het de oud-werknemer anderszins duidelijk is geweest dat voor de wijziging zijn instemming nodig was en dat hij deze dus ook kon weigeren. Het beroep van de werkgever op de tweezijdige wijziging wordt daarom verworpen.

6. In deze zaak gaat het om een geschil tussen de werkgever en de weduwe. De weduwe was geen partij bij de pensioenovereenkomst en heeft dus, anders dan de oud-werknemer, nimmer in een contractuele rechtsverhouding tot de werkgever gestaan. Het hof oordeelt dat de werkgever wel een norm ten opzichte van de weduwe heeft geschonden, met een verwijzing naar het bekende Vleesmeesters/Alog-arrest (ECLI:NL:HR:2004:AO9069). In dat arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat, onder bepaalde omstandigheden, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt mee kunnen brengen dat een contractspartij zijn gedrag (binnen de context van de overeenkomst) mede moet laten bepalen door de belangen van een derde, niet zijnde een contractspartij. Indien de contractspartij dat niet of onvoldoende doet, schendt zij een rechtsplicht tegenover die derde en handelt zij dus onrechtmatig. Voorwaarde is dat de belangen van de derde zo nauw zijn betrokken bij een behoorlijke uitvoering van de overeenkomst door de contractspartij, dat de derde schade of ander nadeel kan lijden in het geval de contractspartij in die uitvoering tekortschiet. Dat was hier volgens het hof het geval, mede omdat de weduwe ten tijde van het bestaan van de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de oud-werknemer een afgeleide aanspraak op nabestaandenpensioen had (ECLI:NL:GHSHE:2015:332).

7. Het verjaringsverweer van de werkgever wordt verworpen. Het hof beoordeelt het verjaringsverweer langs de lijn van artikel 3:310 BW. De verjaringstermijn (lengte: vijf jaar) begint bij artikel 3:310 BW volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad te lopen op het moment dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon. Het moet gaan om daadwerkelijke bekendheid, dus het vermoeden van het bestaan van schade of het bekend zijn met het mogelijk aansprakelijk zijn van een partij volstaat niet. De benadeelde moet daadwerkelijk in staat zijn om

een rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen de daarvoor aansprakelijke persoon in te stellen (ECLI:NL:HR:2018:2047). Het hof oordeelt dat dit moment er niet eerder was dan de dag van overlijden van de oud-werknemer. Dat er daarvoor een risico op overlijden van de oud-werknemer bestond, acht het hof niet voldoende voor een aanvang van de verjaringstermijn. Die gedachtegang sluit aan bij een arrest van de Hoge Raad uit 2012, waarin is uitgemaakt dat de verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding niet kan gaan lopen voordat de schadevordering opeisbaar is, zelfs niet indien zeker is dat er schade gaat worden geleden en duidelijk is wie de daarvoor aansprakelijke persoon is (ECLI:NL:HR:2012:BU3784). Achterliggende gedachte hierbij is volgens de Hoge Raad het rechtskarakter van de verjaringsregeling, die het rechtsgevolg van tenietgaan van de vordering verbindt aan het gedurende zekere tijd niet geldend maken daarvan.

8. Ten aanzien van de omvang van de schade volgt het hof de vaste lijn van de Hoge Raad. Er moet een vergelijking worden gemaakt tussen de feitelijke vermogenspositie van de weduwe zoals die nu is en de hypothetische vermogenspositie van de weduwe zoals die zou zijn geweest indien de normschending door de werkgever niet zou hebben plaatsgevonden. Het verschil is de schade (ECLI:NL:HR:2016:1483). In de hypothetische situatie zonder normschending zou er ten behoeve van de weduwe nabestaandenspansioen zijn verzekerd, dus wordt de werkgever nu veroordeeld om het ertoe te leiden dat dit alsnog gebeurt.

mr. C. Beltman

PJ 2019/133

RECHTBANK AMSTERDAM

16 september 2019, nr. 7478477 CV EXPL 19-1800

(Mr. L. van Berkum)

met red. aant. prof. dr. E. Lutjens

Art. 113a Wna

ECLI:NL:RBAMS:2019:6780

Recht op arbeidsongeschiktheidspansioen volgt niet rechtstreeks uit reglement Notarieel Pensioenfonds maar moet worden aangevraagd.

Recht op arbeidsongeschiktheidspansioen jegens Notarieel Pensioenfonds. Aanvraagvoorwaarden in reglement terecht? De rechtbank oordeelt: Anders dan ten aanzien van het ouderdomspansioen moet dan ook worden geoordeeld dat toekenning van het arbeidsongeschiktheidspansioen geen administratieve handeling betreft, maar een inhoudelijk oordeel daarover van het bestuur vereist. In artikel 7 en 9 is daarvoor een procedure beschreven, waaronder de benoeming van een medisch deskundige. Dat in artikel 8 van het reglement wordt verlangd van de deelnemer om binnen twee maanden nadat hij gestopt is met werken een aanvraag te doen en een schriftelijk advies van de behandelend arts rechtstreeks te doen toekomen aan de medisch adviseur van het fonds, is dan ook legitiem. Conclusie is dan ook dat [eiseres] niet heeft voldaan aan de vereisten van het reglement en daarom thans niet meer in aanmerking komt voor een uitkering van het arbeidsongeschiktheidspansioen met terugwerkende kracht. Dat onbetwist is gebleven dat zij op dat moment in 2003 volgens het UWV volledig arbeidsongeschikt was, maakt het voorgaande niet anders.

De vordering tegen de voormalig werkgever wordt afgewezen omdat deze vordering is verjaard.

Redactionele aantekening

Dit geding betreft de toepassing van het pensioenreglement van het Notarieel Pensioenfonds, derhalve voor de fusie met het bedrijfstakpensioenfonds medewerkers notariaat. De bepalingen van de Wet verplichte beroepspansioenregeling waren toen van toepassing (art. 113a oud Wet op het notarisambt). Het gaat ook om een specifieke beroepsgroep, waarom art. 37 Pensioenwet niet van toepassing is. Anders dan in Hoge Raad 3 february 2012, PJ 2012/39 vloeit in dit geval het recht op arbeidsongeschiktheidspansioen niet rechtstreeks voort uit het pensioenreglement, omdat een beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid moet plaatsvinden. De aanvraagvoorwaarde is dan ook terecht en het toeken-