

# ECLI:NL:GHDHA:2016:1580

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	14-06-2016
Datum publicatie	13-07-2016
Zaaknummer	200.164.745
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	wijziging pensioenregeling rechtsgeldig? aard pensioenregeling, Witteveen-kader, schadevergoeding, ongerechtvaardigde verrijking, kostendeclaraties
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2016-0785 AR 2016/2040 PJ 2016/122

## Uitspraak

### GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.164.745/01

Zaaknummer rechtbank : 1265833 CV EXPL 11-45990

### arrest van 14 juni 2016

inzake

**[appellant],**

wonende te Krimpen aan den IJssel,

appellant,

hierna te noemen: [appellant],

advocaat: mr. R.J.G. Veugelers te Vlaardingen,

tegen

**Nestaan Holland B.V.,**

gevestigd te Tholen,  
geïntimeerde,  
hierna te noemen: Nestaan,  
advocaat: mr. R.L.H. Boas te Bergen op Zoom.

**Het geding**

Bij arrest van 24 maart 2015 is een comparitie van partijen gelast. De comparitie heeft plaatsgevonden op 24 april 2015. Van de comparitie is proces-verbaal gemaakt. Bij akte van 9 juni 2015 heeft Nestaan producties overgelegd. Bij memorie van grieven met producties heeft [appellant] zeven grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met een productie heeft Nestaan de grieven bestreden.

Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

**Beoordeling van het hoger beroep**

1. Het gaat in deze zaak om het volgende:

1.1 [appellant] is met ingang van 1 augustus 1988 bij Nestaan in dienst getreden in de functie van Hoofd-Administratie-Bedrijfscontroller.

1.2 In de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst zijn de volgende van belang zijnde bepalingen opgenomen:

*"4. Werknemer heeft aanspraak op een salaris van Fl.7.000,- bruto per maand, door werkgeefster bij achterafbetaling te voldoen, telkens op de laatste werkdag van de maand, onder aftrek van de wettelijk voorgeschreven inhoudingen en van de voor rekening van werknemer komende bijdrage in de hierna te noemen pensioenvoorziening.*

*5. Werknemer heeft in elk vakantiejaar aanspraak op een vakantietoeslag, welke wordt betaald in de maand juni van elk jaar.*

*Deze vakantietoeslag bedraagt 8% van het brutosalaris over het vakantiejaar. Het vakantiejaar loopt van 1 juli tot en met 30 juni. Is werknemer in enig vakantiejaar minder dan 12 maanden in dienst van werkgeefster geweest, dan ontvangt hij in juni of bij de beëindiging van zijn dienstverband een evenredig gedeelte van de vakantietoeslag.*

7. *Werknemer ontvangt jaarlijks een gratifikatie, welke ten minste gelijk zal zijn aan het bruto maandsalaris dat werknemer dan verdient. Het staat geheel vrij ter beoordeling van werkgeefster of zij in de resultaten van de onderneming en haar oordeel over het functioneren van werknemer in enig jaar aanleiding ziet werknemer in dat jaar een grotere gratifikatie toe te kennen. Een daartoe strekkend besluit van werkgeefster kan slechts betrekking hebben op de in dat jaar toe te kennen gratifikatie en heeft geen gevolgen voor de omvang van de volgende jaren toe te kennen gratifikatie.*

8. *Werkgeefster stelt werknemer een auto met een cataloguswaarde van circa fl.30,000- inclusief B.T.W. ter beschikking. Alle aan deze auto verbonden kosten zoals verzekering, onderhoud, wegenbelasting en brandstof komen voor rekening van, werkgeefster, echter boetes en dergelijke, opgelopen door werknemer tijdens het gebruik van de auto, zijn voor rekening van werknemer. Het is werknemer toegestaan deze auto voor privéritten te gebruiken.*

9. *Werkgeefster vergoedt aan werknemer de kosten van een telefoonaansluiting en de door hem te maken variabele telefoon- kosten, na overlegging van een deklaratie daarvan resp. de door werknemer van de P.T.T. ontvangen telefoonafrekeningen."*

1.3 Op 30 augustus 1989 hebben partijen met betrekking tot pensioenafspraken een aanvullende arbeidsovereenkomst gesloten. Het betreft een verzekerd pensioen op basis van beschikbare premie (art. 1 lid 5, eerste zin en art. 4 lid 1), waarvan de uitvoering is ondergebracht bij Stad Rotterdam. Het opgebouwde kapitaal dient - volgens de "pensioenclausule" van art. 1 lid 2 - ter aankoop van ouderdomspensioen en/of weduwenpensioen.

1.4 In een "Vergaderingsnotitie" van 22 juli 2003 van Marsh, die destijds adviseur van Nestaan was, is over de pensioenregeling onder meer opgemerkt:

*"Noch uit ons dossier, noch uit de inhoud van de aanvullende arbeidsovereenkomst is de exacte inhoud van de pensioenregeling te achterhalen. Een pensioenbrief is in het verleden nooit gemaakt. Volgens de jaarlijkse berekeningen als gevolg van de salarisaanpassingen lijkt het erop dat door Stad Rotterdam een eindloonregeling wordt gesimuleerd."*

1.5 De pensioenregeling is met ingang van 15 januari 2004 in een aantal opzichten gewijzigd. De desbetreffende pensioenbrief is door [appellant] ondertekend op 15 januari 2004, zowel namens zichzelf als namens Nestaan. Naar de aard is ook de nieuwe regeling een beschikbare premiereregeling. In de nieuwe regeling wordt gestreefd een kapitaal op te bouwen (art. 7 lid 2) dat de werknemer in staat moet stellen op de uitkeringsdatum het "beoogde ouderdomspensioen" (art. 4) of het "beoogde partnerpensioen" (art. 5) te verkrijgen. De beoogde pensioenuitkeringen zijn niet gegarandeerd. Zo is in art. 7 lid 4 bepaald dat als "uit de verzekering hogere of lagere pensioenuitkeringen voortvloeien dan is beoogd - als gevolg van afwijkingen van de in lid 2 aangegeven prognoses en/of als gevolg van de voor de verzekering geldende bepalingen - zullen de pensioenaanspraken gelijk zijn aan die hogere resp. lagere bedragen".

1.6 In deze regeling is in art. 3 lid 3 de pensioengrondslag uitgebreid met het vakantiegeld en de 13e maand. Uit art. 4 lid 1 volgt voorts dat het opbouwpercentage van het beoogde ouderdomspensioen verhoogd van 1,75% naar 2% op jaarbasis. Er heeft geen voorafgaand overleg over deze wijzigingen plaatsgevonden met de statutaire directie van Nestaan. Instemming met deze wijzigingen is door Nestaan ook achteraf niet gegeven.

1.7 Het dienstverband met [appellant] is geëindigd per 31 december 2010. Op die datum is [appellant] op 65-jarige leeftijd met pensioen gegaan.

1.8 Nestaan heeft haar (loon)betalingsverplichtingen jegens [appellant] opgeschort in afwachting van de mogelijkheid tot verrekening.

- 1.9 Nestaan heeft in eerste aanleg in conventie - na wijzigingen van eis - gevorderd [appellant] te veroordelen aan Nestaan te betalen een bedrag van € 151.980,63 te vermeerderen met wettelijke rente, en met veroordeling van [appellant] in de proceskosten. Genoemd bedrag betreft de schade die Nestaan lijdt als gevolg van door [appellant] onbevoegd aangebrachte verbeteringen van zijn pensioenregeling, ten onrechte door [appellant] gedeclareerde onkosten en ten onrechte betaalde vakantietoeslag over de 13e maand. [appellant] heeft in eerste aanleg in reconventie de betaling gevorderd door Nestaan van diverse posten, vermeerderd met wettelijke rente en gedeeltelijk met wettelijke verhoging, een en ander met een proceskostenveroordeling van Nestaan.
- 1.10 Bij tussenvonnis van 11 mei 2012 heeft de kantonrechter geoordeeld (r.o. 5.4.2) dat [appellant], die zonder overleg met Nestaan aanzienlijke aanpassingen aan zijn pensioenregeling heeft gedaan, zoals een verhoging van de pensioengrondslag en een verhoging van het opbouwpercentage van 1,75% naar 2%, Nestaan in een aanzienlijk nadeliger positie heeft gebracht dan waarin zij zou zijn indien de betreffende wijzigingen niet zouden zijn doorgevoerd, aangezien Nestaan meer pensioenpremie ten behoeve van [appellant] heeft moeten betalen. Daaraan heeft de kantonrechter de conclusie verbonden (r.o. 5.4.3) dat [appellant] gehouden is om Nestaan weer in de positie te brengen alsof die aanpassingen niet zouden hebben plaatsgevonden.
- 1.11 Bij tussenvonnis van 20 december 2013 is in verband daarmee een deskundige (drs. J.W. Lokin) ingeschakeld. Deze diende de premie zoals die geweest zou zijn als de polis in de oorspronkelijke vorm voortgezet zou zijn te vergelijken met de premie die het gevolg is van de aanpassingen in pensioengrondslag- en opbouw door [appellant].
- 1.12 Bij eindvonnis van 7 november 2014 is - geparafraseerd en samengevat - in conventie [appellant] veroordeeld om aan Nestaan te betalen een bedrag van € 128.444,63, vermeerderd met wettelijke rente, en is Nestaan in reconventie veroordeeld om aan [appellant] diverse bedragen te betalen, vermeerderd met wettelijke rente. [appellant] is in de proceskosten van de conventie en reconventie veroordeeld.

2. In hoger beroep vordert [appellant] vernietiging van de bestreden vonnissen, en opnieuw rechtdoende (i) het alsnog afwijzen van de vorderingen van Nestaan in conventie, (ii) het alsnog toewijzen van de vorderingen van [appellant] in reconventie voor zover deze in eerste aanleg zijn afgewezen, en Nestaan te veroordelen (iii) tot het met terugwerkende kracht nakomen van een ouderdomspensioenuitkering van € 2.849,- per jaar en 70% partnerpensioen over dat bedrag, onder te brengen bij een pensioenverzekeraar, (iv) het belastingnadeel van [appellant] te vergoeden (v) alle kosten van rechtsbijstand en overige kosten te vergoeden en (v) tot betaling van de proceskosten van beide instanties.

#### *Het pensioen*

3. Met grief 1 wordt betoogd dat er geen sprake is van verrijking aan de kant van [appellant], met grief 2 dat er geen causaal verband bestaat tussen deze - niet bestaande - verrijking van [appellant] en een verarming van Nestaan, en met grief 3 dat van een ongerechtvaardigde verrijking van [appellant] geen sprake is. Met grief 4 wordt betoogd dat ook van een wanprestatie of onrechtmatige daad geen sprake is of kan zijn. Grief 5 luidt dat de hoogte van de door de kantonrechter toegekende schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking onjuist is vastgesteld. Grief 9 richt zich tegen de benoeming van en de vraagstelling aan de deskundige. Met grief 10 wordt betoogd dat de kantonrechter ten onrechte het verzoek van [appellant] om een eigen deskundige aan te stellen heeft afgewezen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

- 3.1 Het hof stelt voorop dat de grieven 1 tot en met 3 en grief 5 ten onrechte tot uitgangspunt nemen

dat de door de kantonrechter aan Nestaan toegekende schadevergoeding is gegrond op de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking in art. 6:212 BW. De kantonrechter heeft geoordeeld dat [appellant] niet gerechtigd was om zonder instemming van Nestaan de voor hem geldende pensioenregeling aan te passen, dat Nestaan daardoor in een aanzienlijk nadeliger positie was gebracht aangezien zij door die aanpassingen meer pensioenpremie heeft moeten betalen, en dat [appellant] daarom gehouden was/is om Nestaan weer in de positie te brengen alsof die aanpassingen niet zouden hebben plaatsgevonden (zie r.o. 5.4.2 tot en met 5.4.4 van tussenvonnis van 11 mei 2012, r.o. 2.3 van het tussenvonnis van 7 december 2012, r.o. 2.2 van het tussenvonnis van 5 juli 2013 en r.o. 2.2 van het eindvonnis). De deskundige diende de ten laste van Nestaan komende "meerpremie" te berekenen. Die berekende meerpremie was de basis voor de toegekende schadevergoeding. In deze benadering van de kantonrechter, kennelijk gebaseerd op art. 6:74 BW en niet op art. 6:212 BW, is - in beginsel - niet van belang of en zo ja, in hoeverre [appellant] door de wijzigingen is verrijkt. Dat in r.o. 2.10 van het eindvonnis wordt geoordeeld over de gevorderde wettelijke rente "*vanaf het moment van iedere ongerechtvaardigde verrijking*" maakt niet dat er op grond van art. 6:212 BW is geoordeeld. Dit oordeel ziet uitsluitend op het beginpunt van de verschuldigdheid van de wettelijke rente.

- 3.2 Dat Nestaan bij memorie van antwoord ingaat op de stellingen van [appellant] in het kader van art. 6:212 BW maakt niet dat zij de grondslag van haar vordering tot ongerechtvaardigde verrijking heeft beperkt. De stellingen die Nestaan aan haar vorderingen zowel in eerste aanleg als in hoger beroep ten grondslag heeft gelegd, laten toe die vorderingen te beoordelen op de grondslag van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst, hetgeen Nestaan blijkens haar stellingname in de memorie van antwoord onder 67 ook wenst en [appellant] blijkens grief 4 ook heeft begrepen. Het hof zal de vorderingen van Nestaan op die grondslag beoordelen.
- 3.3 Het hof zal derhalve beoordelen of er sprake is van een toerekenbare tekortkoming van [appellant], nu deze de voor hem geldende pensioenregeling heeft aangepast zonder instemming van Nestaan. Daarbij zal het hof acht slaan op wat door [appellant] ter onderbouwing van de grieven is aangevoerd, voor zover dit voor de beoordeling van belang is en dit belang ook voor Nestaan kenbaar moest zijn.
- 3.4 De in geschil zijnde aanpassingen/wijzigingen betreffen de verhoging van de pensioengrondslag met het vakantiegeld en de 13e maand, alsmede de verhoging van het opbouwpercentage van 1,75% naar 2%.
- 3.5 [appellant] stelt in hoger beroep dat "*de pensioenregeling niet is verbeterd, maar slechts is aangepast ter voorkoming van het "mogelijk fiscaal bovenmatig worden"*" (memorie van grieven sub 3.6) in verband met gewijzigde fiscale wetgeving, het zogenaamde Witteveen-kader. Bij ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling zou [appellant] vanwege fiscale sancties een lager pensioen opbouwen dan hem in 1989 was toegezegd en zou Nestaan worden geconfronteerd met aanzienlijke fiscale boetes die niet op [appellant] verhaalbaar zouden zijn. De noodzaak van de aanpassingen maakt dat deze gerechtvaardigd zijn, aldus nog steeds [appellant].
- 3.6 Voor zover [appellant] hiermee beoogt te stellen dat de aanpassingen van de pensioenregeling niet meer dan een technische wijziging vormden met geen ander doel dan (kostenneutraal) te voldoen aan nieuwe fiscale regels in het kader van de Wet LB 1964 - in die zin dat de pensioenpremies en bijdragen in de toekomst ook ten laste van het bruto loon konden worden gebracht dan wel, voor zover het ging om het werkgeversaandeel daarin, voor de werkgever fiscaal aftrekbaar zouden zijn - is dat onvoldoende onderbouwd en gaat het hof daaraan voorbij. Niet is toegelicht waarom het specifiek en uitsluitend vanwege de nieuwe fiscale regels nodig was het opbouwpercentage te verhogen en/of de pensioengrondslag te verruimen. De - betwiste - stelling dat de voordelen van de rente-en-omvangkorting, de (vrijgevallen) premie voor het wezenpensioen en de renteparticipatie en winstdeling de oorspronkelijke pensioenregeling "*mogelijk*" fiscaal bovenmatig zou maken (memorie van grieven sub 4.13) is een onvoldoende

onderbouwing. Daar komt bij dat de overgelegde notitie van Marsh van 22 juli 2003 (productie 12 van Nestaan) en de brieven van Mercer van 11 maart 2011 en 13 oktober 2011 (producties 9 en 13 van Nestaan) er op wijzen dat de concrete aanpassing van het opbouwpercentage en de pensioengrondslag in overwegende mate het gevolg is van de wens van [appellant] om dat te doen en niet zozeer het gevolg is van fiscale overwegingen. Zo is in de notitie van Marsh – waarop [appellant] een beroep doet - vermeld: *"De heer [appellant] wil graag zijn pensioenregeling voortzetten op basis van de eindloonsystematiek. Tevens wordt overwogen om de vakantietoeslag pensioengevend te maken (is nu niet het geval) en/of het opbouwpercentage te verhogen naar 2% per dienstjaar (momenteel 1,75%)".* Dat de door [appellant] gewenste aanpassingen moesten voldoen aan de nieuwe fiscale regels is een andere kwestie.

- 3.7 [appellant] heeft voorts gesteld dat in het door hem als productie 2 overgelegde document van Stad Rotterdam met de titel "ALGEMENE INFORMATIE" is vermeld dat "[o]nder pensioengevend inkomen wordt verstaan, het bruto salaris inclusief vakantiegeld, 13e maand en andere vast overeengekomen beloningen" en heeft dit document aangeduid als de pensioenpolis en informatieblad (pleitaantekeningen 29 november 2011 sub 1.10). Volgens [appellant] volgt hieruit dat is overeengekomen dat ook het tantième, de 13e maand en het vakantiegeld deel van de pensioengrondslag vormden. Daarnaast stelt [appellant] dat het ook gebruikelijk is deze beloningselementen pensioengevend te laten zijn.
- 3.8 Het hof verwerpt deze stellingen, die de kennelijke strekking hebben dat [appellant] slechts een eerder afgesproken pensioengrondslag heeft vastgelegd in plaats van de inhoud van de pensioenregeling heeft gewijzigd. Dat het door [appellant] bedoelde document inhoud gaf aan de in 1989 overeengekomen pensioenregeling is – mede gelet op de betwisting daarvan door Nestaan, die onder meer stelt onbekend te zijn met het stuk – niet aannemelijk. Het document geeft in algemene termen uitleg aan een aantal - kort gezegd - pensioenbegrippen, terwijl daarin noch in de aanvullende arbeidsovereenkomst is te lezen dat met dat document concreet invulling wordt gegeven aan de pensioenregeling van 1989. Daar komt bij dat [appellant], tot wiens verantwoordelijkheden het als financieel directeur behoorde uitvoering te geven aan de voor de onderneming geldende pensioenregelingen, zelf in de periode van 1989 tot en met 2003 - een periode van veertien jaar - geen aanleiding heeft gezien de pensioengrondslag in de thans verdedigde zin in te vullen en/of onderwerp van gesprek te maken, terwijl uit de door hem ondertekende premienota's blijkt dat het vakantiegeld en de 13e maand geen onderdeel waren van de pensioengrondslag. De stelling dat het gebruikelijk is dat het vakantiegeld en de 13e maand onderdeel van de pensioengrondslag zijn, wordt verworpen. Deze is niet onderbouwd.
- 3.9 Bij deze stand van zaken is het hof van oordeel dat [appellant] de doorgevoerde wijzigingen niet dan met instemming van Nestaan had mogen doorvoeren. Door die wijziging toch zonder die instemming (en zelfs zonder medeweten van Nestaan) door te doen voeren is hij jegens Nestaan toerekenbaar tekortgeschoten. Daaraan doet niet af dat - zoals [appellant] stelt maar Nestaan betwist - [appellant] bij indiensttreding heeft afgesproken dat hij een aanzienlijk betere pensioenregeling zou krijgen dan de collectieve pensioenregeling voor het stafpersoneel.
- 3.10 Als gevolg van deze toerekenbare tekortkoming is [appellant] schadeplichtig, in die zin dat hij is gehouden om Nestaan weer in de positie te brengen alsof die aanpassingen niet zouden hebben plaatsgevonden (art. 6:74 BW).
- 3.11 De kantonrechter heeft in r.o. 5.4.4 van het tussenvonnis van 11 mei 2012 geoordeeld dat een beroep op art. 7:661 BW [appellant] niet kan baten. Tegen dit oordeel is in hoger beroep niet opgekomen. Of sprake is van schade, toegebracht in de uitoefening van de werkzaamheden en van opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in die bepaling, vormt in hoger beroep derhalve geen onderdeel van het door de grieven ontsloten gebied.
- 3.12 Ten overvloede merkt het hof op dat art. 7:661 lid 1, eerste volzin BW in de gegeven omstandigheden en mede gelet op de aard van de overeenkomst niet van toepassing is gezien

het bepaalde in de tweede volzin van dit artikellid (vergelijk: HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8791, r.o. 3.4.5).

4. Met grief 9 wordt gesteld dat de kantonrechter ten onrechte (i) een deskundige heeft aangesteld en (ii) heeft verzuimd de deskundige te vragen of de schadeberekeringen van [appellant] juist waren. Deze grief faalt om de volgende redenen.

4.1. Art. 194 Rv geeft de civiele rechter de discretionaire bevoegdheid een deskundigenbericht te gelasten en de vraagstelling te bepalen.

4.2. Dat de schade op grond van het processuele debat nog niet kon worden vastgesteld is - vanzelfsprekend - geen beletsel om een deskundige aan te stellen. Dat [appellant] een bezwaar zag in de veronderstelde onwilligheid van Nestaan en ASR om de benodigde gegevens te verstrekken is evenmin een beletsel.

4.3. De vraagstelling was in lijn met de eerdere oordelen van de kantonrechter over de grondslag van de aansprakelijkheid en de aard van de schadeplicht (zie hiervoor in r.o. 3.1). Nu het er om ging vast te stellen wat er nodig was om Nestaan in de positie te brengen alsof de in het geding zijnde aanpassingen niet hadden plaatsgevonden, was er geen aanleiding de op basis van ongerechtvaardigde verrijking gemaakte berekeningen van [appellant] aan de deskundige ter toetsing voor te leggen. Dat neemt niet weg dat het de deskundige vrij stond daar zo nodig rekening mee te houden.

5. Met grief 10 wordt gesteld dat de kantonrechter het verzoek om een eigen deskundige te benoemen niet had mogen afwijzen. Deze grief faalt omdat het [appellant] vrij stond en ook in hoger beroep vrij staat om de bevindingen van de deskundige aan de hand van de bevindingen van een eigen deskundige te bestrijden. Dat heeft [appellant] nagelaten.

5.1 De deskundige komt op pagina 7 van zijn rapport tot de conclusie dat premievergelijking leidt tot een door Nestaan extra betaalde premie van € 130.466,00. In hoger beroep herhaalt [appellant] zijn bezwaren tegen de conclusie van de deskundige, namelijk (1) dat de deskundige zich niet aan de aan hem gegeven opdracht heeft gehouden, (2) dat er geen vergelijking kán worden gemaakt tussen de premiehoogte van de oude regeling en de premiehoogte van de nieuwe regeling, (3) dat er met een verkeerde rente is gerekend, (4) dat de premies niet recht evenredig met de hoogte van het op de verzekering te verzekeren kapitaal zijn vastgesteld en (5) dat de deskundige geen rekening heeft gehouden met de voordelen van de oude regeling.

5.2 Het hof overweegt als volgt.

5.3 Aan de deskundige is gevraagd een vergelijking te maken tussen (i) de premie zoals die geweest zou zijn als de polis in de oorspronkelijke vorm voortgezet zou zijn en (ii) de premie die het gevolg is van de aanpassingen in pensioengrondslag- en opbouw in de nieuwe regeling. In zijn rapport schrijft de deskundige dat dit "*strikt genomen*" niet kan omdat de eerstbedoelde premie bij gebrek aan (vertrouwelijke) tariefinformatie niet te berekenen is. De deskundige heeft vervolgens een beredeneerde schatting - een "*redelijke benadering*" - gegeven van de schade. Het hof acht dit een juiste handelwijze van de deskundige. Immers, indien de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld dient de schade te worden geschat (art. 6:97 BW). Zou de deskundige zijn opdracht hebben teruggegeven omdat de eerstbedoelde premie niet exact te berekenen was, dan zou hem buiten enige twijfel zijn verzocht een beredeneerde schatting te geven.

5.4 Het hof gaat evenals de kantonrechter uit van de bevindingen van de deskundige. Daarbij is - in de kern - een vergelijking gemaakt tussen de verschuldigde premie onder de nieuwe pensioenregeling bij (i) een pensioengrondslag op de oorspronkelijke basis met een opbouwpercentage van 1,75% en (ii) een pensioengrondslag inclusief vakantiegeld en 13e maand met een opbouwpercentage van 2%.

- 5.5 Volgens [appellant] heeft de deskundige ten onrechte niet gerekend met een systematiek van recht evenredigheid tussen de premiehoogte van de oude regeling en de premiehoogte van de nieuwe regeling. Het hof verenigt zich met het oordeel van de deskundige. Deze geeft als voorbeeld waarom die recht evenredigheid niet juist is dat een premie ook kan zijn opgebouwd uit een vaste of een gemaximeerde kostencomponent. Volgens [appellant] – zo begrijpt het hof – kan niet worden uitgesloten dat verzekeraars destijds de premies recht evenredig berekenden, omdat "*Kapitalen worden immers ook recht evenredig berekend*". Die stelling is onvoldoende om af te wijken van de bevindingen van de deskundige. Dat een bepaalde premieberekingsmethode niet kan worden uitgesloten maakt de redenering van de deskundige niet onjuist, in aanmerking genomen de door eerst de kantonrechter en thans het hof toegepaste methode ter vaststelling van de schade (te weten: schatting).
- 5.6 [appellant] voert nog aan dat de schade verder het gevolg is van de noodzaak om een hoger kapitaal te verzekeren omdat de marktrente was gedaald (memorie van grieven sub 4.36). Het hof verwerpt deze stelling omdat de deskundige in de vergelijking tussen de premies heeft gerekend met dezelfde rente, zodat het verschil tussen beide premies onafhankelijk is van een daling van de rente.
- 5.7 [appellant] verwijt de deskundige voorts dat hij bij de premievergelijking geen rekening heeft gehouden met de voordelen uit een aantal elementen van de oude regeling: het op de voet van artikel 1 lid 5 (eerste zin) van de Aanvullende Arbeidsovereenkomst van 1989 ten goede van de pensioenopbouw van [appellant] laten komen van hem betreffende rente- en omvangkorting, het voor datzelfde doel aanwenden van de winstdeling op zijn polis en voorts het besteden van de vanaf 1997 en 2003 bespaarde premie van het wezenpensioen voor (een hoger) oudedagpensioen. Volgens [appellant] leiden deze elementen tot extra beschikbare en door Nestaan verschuldigde premie, die anno 2004 en later de facto zou resulteren in een opbouwpercentage van meer dan 2%, mogelijk zelfs 2,4 %.
- 5.8 Het hof verwerpt dit betoog . In het rapport van de deskundige (p. 9 ) is opgemerkt dat de vraagstelling aan hem geen aanleiding geeft om – het hof begrijpt: afzonderlijk – rekening te houden met de winstdeling, rente- en omvangkorting en het besteden van de premie van het wezenpensioen voor (een hoger) oudedagpensioen, nu voor de schadeberekening is gerekend met de uitvoering van de polis zoals deze in 2003 voor de wijzigingen feitelijk was. Dat is een juiste benadering van de deskundige. De inzet van de vraagstelling was immers een schadeberekening op basis van een premievergelijking. [appellant] legt in dit verband niet uit hoe zijn stellingen zich verhouden tot de door Nestaan feitelijk voor hem betaalde pensioenpremie tot en met 2003: daarin zouden de door [appellant] gestelde voordelen dan immers ook verdisconteerd moeten zijn geweest, zodat niet valt in te zien waarom de deskundige bij zijn beredeneerde schatting van de premies in de jaren na 2003 door middel van extrapolatie van de tot en met 2003 feitelijk betaalde premies, de door [appellant] genoemde elementen niet reeds impliciet zou hebben meegenomen.
- 5.9 De door [appellant] gestelde "meerpremie" is ook anderszins onvoldoende onderbouwd; de stellingen van [appellant] zijn in algemene termen geformuleerd, en daarmee niet verifieerbaar. Het is mogelijk dat de door [appellant] genoemde elementen voordelen opleverden, in welk geval de door Nestaan verschuldigde premie onder de (oude) pensioenregeling mogelijk had kunnen toenemen. Maar daarmee is geenszins gezegd dat deze voordelen zich in de door [appellant] voorgespiegelde zin, dan wel in een andere relevante mate hebben voorgedaan of hadden kunnen voordoen. Zo ontbreekt een concrete stellingname ten aanzien van de jaarlijkse omvang vanaf 2004 t/m einde dienstverband van de in de Aanvullende arbeidsovereenkomst bedoelde korting op de premie in de collectieve regeling, voor zover deze korting aan de premie ter zake [appellant]' fictieve deelname aan die collectieve regeling toerekenbaar is. Voorts rekent [appellant] met – door Nestaan (reeds in eerste aanleg) betwiste – percentages ter zake van rentestandkorting en omvangkorting, maar onderbouwt deze niet. Evenzeer ontbreekt een



onderbouwde stellingname ten aanzien van de opbrengst van de winstdeling in Leendert's polis (aannemend dat terzake een recht van [appellant] gold; dat blijkt niet uit de Aanvullende arbeidsovereenkomst) vanaf 2004 t/m einde dienstverband. Aldus kan niet worden vastgesteld dat de gestelde voordelen zich steeds hebben voorgedaan. Ten aanzien van de op enig moment niet meer verschuldigde wezenpremie geldt bovendien dat [appellant] blijkbaar (memorie van grieven sub 3.35 e.v.) werkt met een opbouwscenario, terwijl risicopremies meer voor de hand liggen; die (door Nestaan bespaarde) risicopremies zouden dan ook nog eens zeer bescheiden van omvang zijn geweest. Met betrekking tot de vrijgevallen premies voor het wezenpensioen heeft Nestaan gesteld dat deze op jaarbasis € 150,36 bedroegen. De deskundige heeft in zijn rapport (p.8) opgemerkt dat het belang van de premies voor het wezenpensioen gering is. Dit sluit op elkaar aan. Op dit punt is nog van belang dat [appellant] stelt dat hij geen inzage heeft in de hoogte van de vrijgevallen premies voor de wezenpensioenen (antwoordakte van 31 juli 2012 sub 3.5).

5.10 Voorts is van belang dat [appellant] in 2003/2004, ten tijde van het vastleggen van de door hem gewenste herziene pensioenbrief, blijkbaar geen enkele poging heeft gedaan om de in deze procedure gestelde besparingen zijdens Nestaan en de daaruit op de voet van de aanvullende arbeidsovereenkomst of overigens volgens hem voortvloeiende extra voor zijn pensioenopbouw beschikbare en door Nestaan verschuldigde premie inzichtelijk te maken voor Nestaan. Hierbij speelt een rol dat de huidige situatie is ontstaan door een toerekenbare tekortkoming van [appellant], die ernstig verwijtbaar is. Zo genoemde voordelen bij de premievergelijking al tot een lager schadebedrag zouden leiden – hetgeen dus onvoldoende is onderbouwd - dient de onduidelijkheid over de omvang van de vermindering van de schade voor rekening en risico van [appellant] te komen.

5.11 Voor het hof is er gezien het voorgaande geen reden om op de door de deskundige berekende schadevergoeding een korting toe te passen. Dit neemt niet weg dat de in het bestreden vonnis toegepaste korting in stand blijft nu Nestaan daartegen niet in incidenteel hoger beroep is opgekomen.

5.12 Het hof stelt de schadevergoeding evenals de kantonrechter afgerond vast op € 110.000,--. Het hof ziet in het feit dat [appellant] particulier is en een schadeplicht grote financiële gevolgen voor hem heeft in de privésfeer, geen grond om anders te oordelen.

6. Met grief 8 wordt betoogd dat de vordering van Nestaan tot schadevergoeding wegens teveel betaalde pensioenpremie op 14 februari 2011 was verjaard, dan wel dat zij haar recht om die schade te vorderen heeft verwerkt. Daartoe herhaalt [appellant] wat hij in eerste aanleg bij akte van 31 juli 2012 heeft aangevoerd. In hoger beroep stelt [appellant] voorts dat de heer K. Hennekens - directeur van Nestaan - tijdens een gesprek in de periode 2006/2009 heeft laten weten dat hij niet in aanmerking kwam voor een duurdere auto van de zaak "*omdat zijn pensioenregeling al duur genoeg was*".

6.1 Deze grief faalt. Over wat [appellant] bij akte van 31 juli 2012 heeft aangevoerd heeft de kantonrechter in haar tussenvonnis van 7 december 2012 in r.o. 2.2 geoordeeld:

"[appellant] doet opnieuw een beroep op verjaring en rechtsverwerking. In het tussenvonnis van 11 mei 2012 is overwogen dat de stelling van [appellant] dat ook na 2004 nog nota's zijn geparafeerd onvoldoende onderbouwd was. Uit de nu overgelegde premienota's blijkt weliswaar dat meerdere daarvan (inderdaad) een poststempel van Nestaan bevatten en een aantal de paraaf van Hennekens, maar gelet op het handelen van [appellant] (het zonder overleg aanpassen van pensioengrondslag en pensioenopbouw) is het niet verdedigbaar als dit enkele feit zou leiden tot de conclusie dat Nestaan, zoals [appellant] aanvoert, de handelwijze van [appellant] expliciet heeft goedgekeurd (wat zou moeten leiden tot de conclusie dat de vordering is verjaard of dat Nestaan haar rechten heeft verwerkt). Er was voor Nestaan (en in het bijzonder Hennekens) immers, mede gelet op de functie die [appellant] binnen Nestaan bekleedde, geen

enkele aanleiding om aan te nemen dat er door toedoen van [appellant] iets niet zou kloppen aan de premienota's en dat die nota's daarom extra gecontroleerd zouden moeten worden."

Het hof verenigt zich met dit oordeel over die stellingen, en de overwegingen waarop dit berust, en maakt deze tot de zijne. Nestaan heeft voorts - de nieuwe stelling van [appellant] - betwist dat Hennekens de onder 6 genoemde uitlating heeft gedaan. [appellant], op wie de stelplicht en bewijslast rust, heeft geen op die uitlating gericht bewijsaanbod gedaan. Het hof gaat daarom aan die nieuwe stelling voorbij, nog daargelaten dat die uitlating op zichzelf niet meebrengt dat Nestaan op de hoogte was van de eigenhandige ingreep van [appellant] in zijn pensioenregeling..

7. In hoger beroep heeft [appellant] zijn reconventionele vordering uit de eerste aanleg vermeerderd. Die vermeerdering ziet op een extra storting van € 9.069,-- bij een pensioenverzekeraar om een jaarlijks pensioentekort van € 603,-- te compenseren. Het hof verwerpt deze vordering omdat er bij het berekenen van het tekort wordt uitgegaan van de hiervoor verworpen pensioengrondslag en wordt miskend dat van een eindloonregeling geen sprake is. Het over deze pensioenkorting geleden belastingnadeel is dus ook niet toewijsbaar. Er is evenmin aanleiding om de (reconventioneel) gevorderde kosten van rechtsbijstand en overige kosten toe te wijzen.

#### *Vakantiegeld over 13e maand*

8. Met grief 6 wordt betoogd dat [appellant] zich niet ongerechtvaardigd heeft verrijkt door zichzelf in 2008 een bedrag te doen betalen van € 10.153,42 ter zake van vakantiegeld over de 13e maand, berekend met terugwerkende kracht tot de aanvang van de arbeidsovereenkomst. De grief richt zich tegen r.o. 5.3 van het tussenvonnis van 11 mei 2012 en r.o. 2.12 van het eindvonnis.

8.1 Deze grief faalt. [appellant] betwist niet dat het gebruikelijk is om uitsluitend vakantiegeld te berekenen over het naar tijdruimte vastgestelde loon. Het hof verwerpt de stelling dat uit art. 5 en 7 van de arbeidsovereenkomst volgt dat partijen in onderhavig geval hebben beoogd om ook vakantiegeld te berekenen over de 13e maand. Deze bepalingen dienen aan de hand van de Haviltex-maatstaf te worden uitgelegd. De gestelde bedoeling om van wat gebruikelijk is af te wijken is in deze bepalingen, noch in (samenhang met) andere bepalingen van de arbeidsovereenkomst te lezen. Gesteld noch gebleken is dat partijen anderszins een dergelijke afspraak hebben gemaakt. Daar komt nog bij dat de gestelde bedoeling zich ook moeilijk verdraagt met het feit dat [appellant], die als financieel directeur verantwoordelijk was voor betalingen als de onderhavige, kennelijk eerst in 2008 tot het inzicht is gekomen dat ook over de 13e maand vakantiegeld moest worden betaald. Een overtuigende verklaring is daarvoor niet gegeven. Voorts is van belang dat [appellant] niet, althans onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken dat hij als enige in de relatief kleine onderneming van Nestaan vakantiegeld heeft ontvangen over zijn 13e maand, terwijl hij werknemers die een exact gelijklopende clausele in hun arbeidsovereenkomst hebben, deze uitkering niet heeft gegeven (inleidende dagvaarding sub 9, akte na comparitie van Nestaan van 14 februari 2011, p. 3, pleitaantekeningen Nestaan 29 november 2011, p. 5, 6e alinea).

#### *Kostenvergoedingen*

9. Met grief 7 wordt betoogd dat [appellant] zich niet ongerechtvaardigd heeft verrijkt met de aan hem betaalde onkostenvergoeding ter zake van het gebruik van de bedrijfsauto, de telefoonvoorziening en de aansluiting op internet thuis. Het betreft in totaal een bedrag van € 8.291,21. De grief richt zich tegen r.o. 5.2.1 tot en met 5.2.3 van het tussenvonnis van 11 mei 2012.

9.1 Het hof overweegt als volgt.

9.2 [appellant] stelt dat hij niet gehouden was zijn declaraties ten aanzien van de hier in het geding

zijnde kosten door Hennekens te laten accorderen, nu hem steeds de vrije hand werd gelaten in het beoordelen van declaraties, ook die van hemzelf. Nestaan betwist dit. Wat daar ook van zij, [appellant] mocht naar het oordeel van het hof ook dan niet verwachten dat het hem was toegestaan kosten te declareren waarvoor geen vergoedingsgrond bestond.

9.3 In art. 8 van de arbeidsovereenkomst is - als gezegd - over de bedrijfsauto bepaald:

*"Werkgeefster stelt werknemer een auto met een cataloguswaarde van circa fl.30,000- inclusief B.T.W. ter beschikking. Alle aan deze auto verbonden kosten zoals verzekering, onderhoud, wegenbelasting en brandstof komen voor rekening van, werkgeefster, echter boetes en dergelijke, opgelopen door werknemer tijdens het gebruik van de auto, zijn voor rekening van werknemer. Het is werknemer toegestaan deze auto voor privéritten te gebruiken."*

9.4 De uitleg van deze bepaling dient te geschieden aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Naar het oordeel van het hof dient deze bepaling redelijkerwijze zo te worden uitgelegd dat in beginsel niet de kosten die worden gemaakt *bij of ter vervanging van* het gebruik van de auto worden vergoed, maar slechts de kosten die zijn verbonden *aan* het gebruik. Dat laatste ziet op de kosten van de specifieke auto zelf tijdens het gebruik daarvan.

9.5 [appellant] heeft de kosten van de aanschaf van een zeem, een sleepkabel, handschoenen, vervoersbewijzen voor een veerdienst en een waterbus, toegang tot een zwembad, inktcartridges, batterijen en planten gedeclareerd als onder meer autokosten. Naar het oordeel van het hof betreft het hier geen kosten verbonden aan het gebruik van de auto, noch is er een andere grondslag voor de vergoeding daarvan.

9.6 [appellant] heeft in de jaren 2007 tot en met 2010 voor een bedrag van afgerond € 6.500,- gedeclareerd ter zake van huurauto's, brandstof en parkeerkosten in verband met zijn vakanties in Turkije. Volgens [appellant] heeft hij recht op privégebruik van de bedrijfsauto en dus ook het recht om op kosten van Nestaan naar Turkije te rijden voor zijn vakantie (7000 km). Door dat niet te doen maar de bedrijfsauto op kosten van Nestaan op Schiphol te parkeren, op eigen kosten naar Turkije te vliegen en aldaar op kosten van Nestaan een auto te huren heeft hij Nestaan aanzienlijke kosten bespaard, aldus [appellant]. Het hof verwerpt deze redenering. Het betreft hier geen aan het gebruik van de auto verbonden kosten. Geen redelijk denkende werknemer kan verwachten dat de hier aan de orde zijnde kosten zonder uitdrukkelijke instemming van de werkgever - Nestaan - voor vergoeding in aanmerking komen.

9.7 [appellant] heeft tevens de kosten van de aanschaf en het gebruik van een prepaid telefoon tijdens zijn vakanties in Turkije gedeclareerd. Volgens [appellant] - althans zo begrijpt het hof zijn standpunt - geeft een redelijke uitleg van art. 9 van de arbeidsovereenkomst daarop aanspraak omdat hij tijdens vakanties bereikbaar moest zijn. Het hof verwerpt dit standpunt. Art. 9 ziet op de kosten van een vaste telefoonaansluiting. Als [appellant] in een concreet geval ten behoeve van Nestaan kosten heeft gemaakt met een mobiele telefoon tijdens zijn vakantie, dan kunnen die concrete kosten in redelijkheid worden gedeclareerd gezien de eisen van goed werkgeverschap (art. 7: 611 BW). Van dergelijke concrete kosten is hier geen sprake. Daar komt nog bij dat het bereikbaar zijn niet per definitie het gebruik van een mobiele telefoon vergt.

9.8 [appellant] heeft ook steeds de kosten van zijn internetaansluiting thuis bij Nestaan gedeclareerd. Daarvoor bestaat geen vergoedingsgrond in de arbeidsovereenkomst. Het had op de weg van [appellant] gelegen om aan Hennekens toestemming te vragen om deze kosten te vergoeden.

9.9 Uit het voorgaande volgt dat grief 7 faalt.

#### *Wettelijke verhoging*

10. Grief 11 richt zich tegen r.o. 2.13 en 2.15 van het eindvonnis, maar uit de toelichting daarop blijkt dat uitsluitend wordt geklaagd over het afwijzen van de wettelijke verhoging over de

vordering in reconventie. Nu Nestaan haar verplichting tot betaling van loon op goede gronden heeft opgeschort ter verrekening met haar tegenvordering die in dit geding in relevante mate wordt toegewezen, is geen sprake van te late betaling. Nestaan is dan ook geen wettelijke verhoging verschuldigd. Deze grief faalt.

#### *Bewijs*

11. Het hof gaat voorbij aan de bewijsaanbiedingen in hoger beroep nu deze niet ter zake dienend zijn dan wel onvoldoende zijn geconcretiseerd.

11. Uit het voorgaande volgt dat de grieven falen en daarmee het hoger beroep faalt. De bestreden vonnissen zullen worden bekrachtigd. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

### **Beslissing**

Het hof:

- bekrachtigt de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Rotterdam, sector kanton, locatie Rotterdam van 11 mei 2012, 7 december 2012, 5 juli 2013, 20 december 2013 en 7 november 2014;
- wijst de vorderingen van [appellant] af;
- veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Nestaan tot op heden begroot op € 5.160,-- aan griffierecht en € 6.580,-- aan salaris advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.S. van Coevorden, H.M. Wattendorff en A.G. van Marwijk Kooij en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 juni 2016 in aanwezigheid van de griffier.