



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij: Hoge Raad 16 december 2022, nr. 21/02814,
ECLI:NL:HR:2022:1872**

Haentjens, M.

Citation

Haentjens, M. (2023). Annotatie bij: Hoge Raad 16 december 2022, nr. 21/02814, ECLI:NL:HR:2022:1872. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(26), 4769-4772.

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from:

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

stemming van pensioengerechtigden? Handelt de nieuwe pensioenuitvoerder dan niet in strijd met de vergewisplicht omdat hij de pensioenovereenkomst niet uitvoert (vgl. art. 35 PW; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8467)? Wellicht kan de werkgever de pensioenovereenkomst eenzijdig wijzigen wegens de waardeoverdracht, ook al is dat een besluit van het pensioenfonds. Pleitbaar is dat het gedeeltelijk ongedaan maken van de korting bij het pensioenfonds na de liquidatie en overdracht aan de verzekeraar ondanks het wegvallen van de voorwaardelijke indexatie een voldoende zwaarwichtig belang was voor de werkgever (vgl. art. 19 PW). Een relevant aspect is de economische realiteit dat bij een pensioenfonds met stevige onderdekking de voorwaardelijke indexatie niet toegestaan was wegens een te lage dekkingsgraad (<110%, vgl. art. 15 Besluit FTK).

12. Een ander aandachtspunt in de verantwoordelijkheidsverdeling in de pensioendriehoek is dat de Hoge Raad overweegt dat de gelijke indexatiebehandelingsnorm (art. 58 PW) zich richt tot de pensioenuitvoerder en niet tot de werkgever (r.o. 3.4.4). Die norm staat namelijk in het hoofdstuk uit de Pensioenwet dat zich richt tot pensioenuitvoerders. Die lijn doortrekkend zijn werkgevers niet verplicht om de in dat hoofdstuk opgenomen bepalingen te volgen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de in de verzekeringspraktijk relevante consistentie-eis van art. 95 PW (zie Hof Amsterdam 29 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:933). Zo bezien kunnen pensioenuitvoerders wel verantwoordelijk zijn voor consistentie of gelijke behandeling en werkgevers niet.

13. Toch gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de vraag of Euronext de gelijke behandelingsnorm heeft geschonden. Dat is volgens hem niet het geval. Ten eerste geldt de gelijke behandelingsnorm niet tussen werknemers (deelnemers) enerzijds en inactieven (slapers en pensioengerechtigden) anderzijds. Ten tweede is er niet deelgenomen in dezelfde pensioenregeling.

14. Het is een rijk arrest met arbeidsrechtelijke én pensioenrechtelijke betekenis. Na terugverwijzing naar Hof Den Haag volgt herbeoordeling van goed werkgeverschap. De Hoge Raad is nog niet klaar met pensioenarresten en indexatie, want hij deed op 21 april 2023, RvdW 2023/492, uitspraak over de vraag of een wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie niet in strijd is met het wijzigingsverbod van opgebouwd pensioen (art. 20 PW). Wordt vervolgd.

M. Heemsker

NJ 2023/257

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

16 december 2022, nr. 21/02814

(Mrs. M.V. Polak, C.E. du Perron, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma, G.C. Makkink; A-G mr. S.D. Lindenbergh) m.nt. M. Haentjens*

Art. 6:162, 7:401 BW; art. 13 Wet assurantiebemiddelingsbedrijf

NJB 2023/16

PJ 2023/36

RvdW 2023/37

JONDR 2023/147

ECLI:NL:PHR:2022:327

ECLI:NL:HR:2022:1872

Aansprakelijkheidsrecht. Financieel recht. Advies assurantietussenpersoon om kapitaal gegarandeerd pensioen in te brengen in beleggingsverzekering. Informatieplicht t.z.v. beleggingsrisico, renterisico en combinatie van beide? Provisie.

Het hof heeft geoordeeld dat het van algemene bekendheid is dat het rendement van beleggingen kan tegevallen of zelfs negatief kan zijn. Het hof heeft voorts geoordeeld dat Aan de cliënt duidelijk had moeten waarschuwen voor het risico van een dalende rente en heeft daarbij meegewogen dat de rentestand een van de belangrijkste factoren is die de hoogte bepalen van het met het opgebouwde kapitaal aan te kopen pensioen, en dat de cliënt het risico hiervan niet kende of behoorde te kennen. Dat de rekenrente al geruime tijd stabiel was, en dat in de markt en door DNB destijds van een rekenrente van 5% werd uitgegaan, doet er bij gebreke van een rentegarantie niet aan of dat het risico van een dalende rente bestond. Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De cliënt moest bij zijn beslissing over het aangaan van de beleggingsverzekering de kans op een hoger pensioen dan het gegarandeerde pensioen afwegen tegen het risico van een slechtere uitkomst. Voor deze afweging is niet alleen van belang tot welk bedrag de cliënt het risico van een slechtere uitkomst dan het gegarandeerde pensioen wilde accepteren, maar ook hoe groot hij de kans inschatte dat het pensioen op dat bedrag zou kunnen uitkomen, of – meer algemeen – zou kunnen uitkomen op een lager bedrag dan het gegarandeerde pensioen. Voor die inschatting is relevant dat het pensioen dat uit de beleggingsverzekering zou resulteren, niet uitsluitend afhangt van het beleggingsrisico, maar mede van het rekenrenterisico. De uitkomst werd door de combinatie van deze risico's immers onzekerder. Daarbij komt dat het rekenrenterisico, anders dan het beleggingsrisico, niet door een garantie was beperkt.

* Prof. mr. drs. M. Haentjens is hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit Leiden.

Een en ander heeft het hof niet kenbaar betrokken in zijn oordeel.

Het oordeel van het hof dat de provisie onder het ten tijde van het aangaan van de beleggingsverzekering geldende recht uitsluitend een kwestie was tussen de verzekeraar en de assurantiëtussenpersoon en dat de cliënt daar als verzekerde buiten stond, geeft naar de destijds geldende regels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

[de cliënt], eiser tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep, adv.: mr. H.J.W. Alt, tegen
 Aon Hewitt Nederland C.V., te Rotterdam, verweester in cassatie, eiseres in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep, hierna: Aon, adv.: mr. J.W.H. van Wijk.

Hof (tussenarrest):

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.
 - 1.1. [geïntimeerde] (geboren [woonplaats]) heeft tot 1 september 1998 bij zijn toenmalige werkgever Puratos deelgenomen aan een collectieve pensioenregeling (hierna: het Puratos pensioen). Deze regeling voorzag in een gegarandeerd levenslang nominaal ouderdomspensioen van fl. 72.481 (€ 32.890) bruto per jaar vanaf de pensioendatum (1 juni 2015), met een daarvan afgeleid nabestaandenpensioen. Het pensioen werd niet geïndexeerd.
 - 1.2. Per 1 november 1998 heeft [geïntimeerde] een functie bij een andere werkgever in dezelfde branche aanvaard. Op advies van Aon heeft hij ervoor gekozen bij de nieuwe werkgever een aanvullend pensioen op te bouwen in een zogenoemde C-polis van Delta Lloyd in de vorm van een beleggingsverzekering. In het door [geïntimeerde] en zijn werkgever ondertekende aanvraagformulier is bij “*gewenste beleggingswijze*” vermeld dat de premies voor deze beleggingsverzekering volledig zouden worden belegd in het Mixfonds van Delta Lloyd (productie 6 bij inleidende dagvaarding). Deze beleggingsverzekering is ondergebracht in polis [001]. De polisbescheiden heeft Aon bij brief van 20 januari 1999 aan [geïntimeerde] toegezonden.
 - 1.3. Bij brief van 7 mei 1999 heeft Aon aan [geïntimeerde] geadviseerd de premievrije opgebouwde waarde van het Puratos pensioen aan Delta Lloyd over te dragen naar “*je eigen individuele winstdelen-de pensioenpolis*”. In de brief wordt erop gewezen dat het Puratos pensioen voorziet in een vast jaarlijks nominaal ouderdomspensioen maar niet in indexering. In de brief staat dat indien met de overdrachtswaarde een rendement van gemiddeld 7% per jaar kan worden gerealiseerd, er sprake is van een ouderdomspensioen dat fl. 14.495 per jaar hoger ligt dan het Puratos pensioen. Verder wordt voorgesteld de waarde van het Puratos pensioen (fl. 552.346) over te dragen naar het Mixfonds van

- Delta Lloyd. Het voorstel geeft voorbeelden van het “*te verkrijgen ouderdomspensioen vanaf de pensioendatum*” op basis van een “*gehanteerde rekenrente vóór en na de pensioendatum*” van 5%: bij een gemiddeld rendement van 6% is het prognosekapitaal fl. 1.031.035; dit levert een ouderdomspensioen van fl. 73.105 per jaar op; bij een gemiddeld rendement van 7% is het prognosekapitaal fl. 1.226.374; dit levert een ouderdomspensioen van fl. 86.976 per jaar op; bij een gemiddeld rendement van 9% is het prognosekapitaal fl. 1.687.709; dit levert een ouderdomspensioen van fl. 119.696 per jaar op. Verder wordt ervan uitgegaan dat in de voorgestelde beleggingsverzekering sprake zal zijn van een garantiekapitaal van fl. 725.597 (€ 329.261,56); dit levert een ouderdomspensioen van fl. 51.461 (€ 23.351,98) per jaar op.
- 1.4. Het voorstel van Aon is door [geïntimeerde] aanvaard en de waarde van het Puratos pensioen is vervolgens aan Delta Lloyd overgedragen. Deze waarde is eerst bijgeschreven op de al eerder gesloten beleggingsverzekering in polis [001], later daar weer van afgesplitst en ondergebracht in polis [002] en vervolgens – na een wijziging – overgezet op polis [003].
 - 1.5. Aon heeft van Delta Lloyd provisie ontvangen voor haar bemiddeling bij de waardeoverdracht. Deze provisie is gerelateerd aan de waarde van het overgedragen bedrag.
 - 1.6. Het in de beleggingsverzekering met nr. [003] opgebouwde kapitaal van € 378.167 is op de pensioendatum (1 juni 2015) aangewend voor de aankoop van een (in beginsel) vast ouderdomspensioen van € 14.959 bruto per jaar. Dit ouderdomspensioen is lager dan het ouderdomspensioen waarin voorheen het Puratos pensioen voorzag, als gezegd nominaal € 32.890 bruto per jaar.
 - 1.7. In de procedure bij de rechtbank heeft [geïntimeerde] verklaringen voor recht gevorderd die er samengevat op neerkomen dat Aon aansprakelijk is voor de nader bij staat op te maken (pensioen)schade van [geïntimeerde] en dat zij deze schade moet vergoeden. Verder heeft [geïntimeerde] gevorderd dat Aon wordt veroordeeld tot betaling van (a) de kosten van een deskundige die de exacte pensioenschade zal berekenen, (b) de door Aon van Delta Lloyd ontvangen provisie, vermeerderd met het gemiste rendement of wettelijke rente, (c) de buitengerechtelijke incassokosten evenals (d) diverse andere bedragen aan wettelijke rente en (e) de proceskosten.
 - 1.8. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat Aon aansprakelijk is voor de pensioenschade en haar veroordeeld tot betaling van (1) schadevergoeding op te maken bij staat en (2) een bedrag van € 22.259 als schadevergoeding voor de door Aon ten laste van [geïntimeerde] genoten provisie, te vermeerderen met wettelijke rente. Verder heeft de rechtbank voor recht verklaard dat Aon de kosten dient te dragen van een deskundige die buiten de procedure door partijen gezamenlijk wordt be-

noemd om de schade te berekenen. Tot slot is Aon in de proceskosten veroordeeld.

2. In hoger beroep vordert Aon dat het hof het bestreden vonnis vernietigt, alsnog de vorderingen van [geïntimeerde] afwijst en [geïntimeerde] veroordeelt in de kosten van beide instanties.

[geïntimeerde] heeft — zakelijk weergegeven — geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis met veroordeling van Aon in de kosten.

Zorgplicht

3. Met *grief I* betoogt Aon dat zij niet jegens [geïntimeerde] is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht. Deze grief is uitgewerkt in de subgrievens I.1 tot en met I.5. Deze subgrievens betreffen hetzelfde onderwerp en lenen zich daarom voor gezamenlijke behandeling.

4. Het hof zal beoordelen of Aon jegens [geïntimeerde] heeft gehandeld in strijd met wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur in dit concrete geval mocht worden verwacht.

Beleggingsrisico

5. Het gaat om pensioenopbouw door middel van een of meer beleggingsverzekeringen waarin met de overdrachtswaarde van het Puratos pensioen, evenals met de premies van de eerder gesloten beleggingsverzekering participaties zijn aangekocht in het Mixfonds van Delta Lloyd. De opbrengsten van deze beleggingen vormen het opgebouwde pensioenkapitaal. Dit kapitaal is op de pensioendatum aangewend om een pensioen in te kopen. De hoogte van het aan te kopen pensioen was mede — naast de rente, waarover hierna meer — afhankelijk van het in de verzekering op te bouwen pensioenkapitaal. De omvang van dat kapitaal hangt af van het rendement op de beleggingen en het daaruit voortvloeiende beleggingsresultaat. Het voorstel van Aon maakt duidelijk dat het rendement van de beleggingen van invloed is op het eindkapitaal (zie r.o. 1.3).

6. Dat het rendement van beleggingen kan tegenvallen, of zelfs negatief kan zijn, is een feit van algemene bekendheid. Dit risico is inherent aan pensioenopbouw door middel van beleggingen. Voor dit algemene risico behoefde Aon niet expliciet te waarschuwen, ook niet als zou moeten worden aangenomen dat [geïntimeerde] onervaren was in het beleggen. Dat er in dit geval sprake was van voor Aon kenbare lichtzinnigheid of ondoordachttheid van [geïntimeerde], zodat zij daar in de advisering rekening mee moest houden, is gesteld noch gebleken. Bij dit alles is van belang dat het beleggingsrisico in dit geval beperkt was. Immers, [geïntimeerde] heeft gekozen voor een garantiekapitaal, waardoor in zijn geval op de pensioendatum ten minste een bedrag van fl. 725.597 beschikbaar kwam voor het aankopen van een pensioen. Uit het voorstel van Aon blijkt duidelijk dat met dat bedrag — uitgaande van een rekenrente van 5% — het aan te kopen pensioen (fl. 51.461 per jaar) lager zou uitkomen dan het

Puratos pensioen (fl. 72.481 per jaar). Dat risico moet [geïntimeerde] geacht worden met het accepteren van de offerte te hebben aanvaard.

7. Bij de beoordeling of Aon haar zorgplicht heeft geschonden, komt het erop aan wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur in de advisering mocht worden verwacht. Daarbij is onder meer van belang of de destijds geldende regels voor informatievoorziening zijn nageleefd. Aon heeft gesteld dat de in het voorstel opgenomen prognoses destijds gangbaar, realistisch en juist waren. Van Leer heeft dit niet gemotiveerd weersproken. [geïntimeerde] stelt wel dat hij in 1999 geen offerte van Delta Lloyd heeft ontvangen en dat dat ook geldt voor de offerte van Delta Lloyd van 13 oktober 1998 (memorie van antwoord sub 11). Door welke informatie [geïntimeerde] zich bij het aangaan van de (eerste) polis [001] en/of tweede polis dan heeft laten leiden, dan wel welke verwachtingen hij had over de werkwijze van het product is door hem niet concreet toegelicht. [geïntimeerde] heeft ook aangevoerd dat hij geen informatie heeft ontvangen over de eerste kosten en de provisie voor de tussenpersoon, zonder daar evenwel duidelijke conclusies aan te verbinden. Het hof zal [geïntimeerde] in de gelegenheid stellen deze stellingen alsnog tijdens een hieronder te gelasten comparitie van partijen toe te lichten.

Rekenrente

8. Aon is wel in haar zorgplicht jegens [geïntimeerde] tekortgeschoten omdat zij hem niet heeft gewezen op het risico van een dalende rekenrente. Daarvoor bestond in dit concrete geval wel aanleiding. De redenen daarvoor zijn de volgende.

9. De rentestand is een van de belangrijkste factoren die de uiteindelijke hoogte bepalen van het pensioen dat met het opgebouwde kapitaal kan worden aangekocht. Een lage rekenrente op het tijdstip van aankoop van het pensioen, levert een lager pensioen op; een hoge rekenrente een hoger pensioen. Daarmee is ook de mogelijke daling van de rente een risico dat inherent is aan deze wijze van pensioenopbouw. Dat risico is geen feit van algemene bekendheid. [geïntimeerde] hoefde dit risico niet te kennen. Dat [geïntimeerde] hiermee toch bekend was, is niet gebleken. In haar voorstel heeft Aon slechts genoemd dat werd uitgegaan van een rekenrente van 5%. Wat de invloed van een hogere of een lagere rekenrente op de hoogte van het pensioen zou zijn, heeft Aon in het voorstel niet duidelijk gemaakt, hoewel dit voor [geïntimeerde] relevante informatie was die mede behulpzaam was om de afweging zou kunnen maken of het pensioen voorstel voor hem geschikt was.

10. Het kan zo zijn dat Aon naar de maatstaven van toen prudent of zelfs behoudend heeft geadviseerd in die zin dat een rekenrente van 5% op dat moment gangbaar was, maar dat neemt niet weg dat zij in dit geval [geïntimeerde] minst genomen had moeten wijzen op dit risico van daling van de rente. Het Puratos pensioen was namelijk een ze-

kerheid: een nominaal gegarandeerd ouderdomspensioen. Bij waardeoverdracht zou deze zekerheid vervallen en het pensioen behalve aan het risico van tegenvallende beleggingsrendementen – een risico dat [geïntimeerde] geacht werd te kennen – ook worden blootgesteld aan het risico van een dalende rente. Anders en kort gezegd: ‘vast’ werd ‘onzeker’, maar misschien lucratief. Deze risicoblootstelling van een eerder zeker pensioen vraagt (extra) aandacht van een adviseur als Aon. Voor het niet bekende risico van een dalende rente had Aon [geïntimeerde] duidelijk moeten waarschuwen. Het risico op een dalende rekenrente lijkt zich hier ook daadwerkelijk te hebben gemanifesteerd. Immers, het met de beleggingsverzekering behaalde eindkapitaal was € 378.167, waarmee [geïntimeerde] een pensioen van € 14.959 heeft kunnen inkopen. Dat is een aanzienlijk lager pensioen dan [geïntimeerde] op basis van het voorstel van Aon heeft kunnen verwachten.

11. [geïntimeerde] stelt dat Aon er ook op had moeten wijzen dat er ten tijde van de advisering een groot en serieus risico bestond dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou zijn dan de 5% en 6% die in het voorstel van Aon staan. Het hof verwerpt dit standpunt. Het gaat er als gezegd om wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur in de advisering mocht worden verwacht (zie r.o. 7). Op dit punt heeft Aon aangevoerd dat de wijze waarop zij de rente hanteerde gangbaar en realistisch was. Volgens Aon heeft zij het risico van de rente op goede gronden op 5% kunnen inschatten, daarbij prudent gerekend met de vaste rekenrente die de verzekeraars hanteerden. Zij is uitgegaan van de uitgangspunten van De Nederlandse Bank, terwijl de ontwikkeling van de rente nadien extreem negatief en destijds niet redelijkerwijs voorzienbaar was. Het hof gaat hierin mee. Dat dit een gangbare en realistische wijze van adviseren was, heeft [geïntimeerde] onvoldoende weersproken. Dat een andere wijze van advisering destijds denkbaar was vanwege economische ontwikkelingen van de rente in het verleden, is dan niet relevant.

12. Kortom, het is wel een schending van de zorgplicht dat Aon niet heeft gewezen op het risico van een dalende rente. Maar het feit dat Aon er niet op heeft gewezen dat het een groot en serieus risico was dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou kunnen zijn dan de 5% die in het voorstel van Aon staat, is geen schending van de zorgplicht.

Schending zorgplicht en causaal verband

13. Of Aon schadeplichtig is jegens [geïntimeerde], hangt ervan af welke keuze [geïntimeerde] zou hebben gemaakt indien hij meer inzicht had gehad in de invloed van een dalende rekenrente op de hoogte van het door hem aan te kopen pensioen. Wanneer hij bij een toereikende informatieverstrekking de pensioenverzekering ook was aange-

gaan, heeft hij geen schade geleden als gevolg van de gebrekkige informatievoorziening en daarmee onjuiste advisering.

13. [geïntimeerde] is van mening dat hij zijn Puratos pensioen niet zou hebben ingebracht in de door Aon geadviseerde pensioenverzekering als hij volledig zou zijn geïnformeerd over de risico's.

13. Aon ziet het anders. [geïntimeerde] was geen gewone werknemer. Hij is intelligent, had managementfuncties en was betrokken bij de te maken keuze. [geïntimeerde] wilde een optimaal resultaat. Daaruit volgt dat hij risicobereid was. Al eerder had [geïntimeerde] op dezelfde basis voor een aanvullend pensioen een C-polis gesloten. Bij het sluiten van de verzekering voor het volledige pensioen had [geïntimeerde] verder geen vragen en ging hij snel akkoord. Daarmee heeft hij bewust de risico's van een tegenvallend resultaat aanvaard. De advisering van Aon vond plaats aan de hand van prognoses die destijds gangbaar, realistisch en juist waren. Zelfs als Aon destijds nog meer uitleg had gegeven over de mogelijke risico's en [geïntimeerde] wel vragen had gesteld waarop Aon zou hebben geantwoord, dan nog zou [geïntimeerde] akkoord zijn gegaan met de waardeoverdracht, aldus nog steeds Aon.

13. Het hof heeft vragen over het causaal verband en zal een comparatie van partijen gelasten om deze te bespreken. Deze vragen zijn in ieder geval de volgende. Bij welke minimale rekenrente op de pensioendatum zouden (a) het daadwerkelijk bereikte pensioenkapitaal en (b) het gegarandeerde pensioenkapitaal toereikend zijn geweest om tot hetzelfde nominale (dus niet geïndexeerde) ouderdomspensioen – en afgeleid nabestaandenpensioen – te komen als het Puratos pensioen? Kunt u een overzicht geven van de ontwikkeling van de rekenrente in de jaren 1980-2015 voor de aankoop van een pensioen (in een situatie als de onderhavige)? Kunt u aan de hand van cijfers illustreren welke invloed de hoogte van de rekenrente had op het in 1999 aan te kopen pensioen?

17. Het hof wenst uiterlijk veertien dagen voor de comparitie van Aon – van wie kan worden verwacht toegang te hebben tot deze informatie – schriftelijk antwoord te krijgen op deze vragen.

17. Bij gelegenheid van de comparitie zal [geïntimeerde] in de gelegenheid worden gesteld de grondslag van de vordering tot betaling van de door Aon ontvangen provisie nader toe te lichten.

17. Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

Beslissing

Het hof:

- beveelt partijen in persoon, als het om een rechtspersoon gaat, deugdelijk vertegenwoordigd door een persoon die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is om een schikking aan te gaan, vergezeld van hun raadslieden, voor het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling te verschijnen in één der zalen van het Paleis

van Justitie, Prins Clauslaan 60 te Den Haag op *vrijdag 12 maart 2021 om 11.00 uur*;

- bepaalt dat, indien één der partijen *binnen veertien dagen na heden*, onder gelijktijdige opgave van de verhinderdata van beide partijen in de maanden februari tot en met mei van 2021, opgeeft dan verhinderd te zijn, het hof (in beginsel eenmalig) een nadere datum en tijdstip voor de comparitie zal vaststellen;

verstaat dat het hof reeds beschikt over een kopie van de volledige procesdossiers in eerste aanleg en in hoger beroep, inclusief producties, zodat overlegging daarvan voor de comparitie niet nodig is;

bepaalt dat Aon de in r.o. 16 van de in dit arrest gevraagde informatie schriftelijk *uiterlijk veertien dagen vóór de comparitie* zal zenden aan de griffie handel van dit hof en naar de wederpartij;

- bepaalt dat partijen de bescheiden waarop zij voor het overige een beroep zouden willen doen, zullen overleggen door deze *uiterlijk veertien dagen vóór de comparitie* in aanpak aan de griffie handel en aan de wederpartij te zenden;

- houdt iedere verdere beslissing aan.

Hof (eindarrest):

Beoordeling van het hoger beroep

1. In het tussenarrest is een aantal vragen gesteld. Deze vragen zijn tijdens de comparitie van partijen aan de orde geweest. Het gaat om vragen over informatievoorziening (r.o. 7) en causaal verband (r.o. 16).

Informatievoorziening

2. De vraag is gesteld door welke informatie [de cliënt] zich bij het aangaan van de (eerste) polis [001] en/of tweede polis heeft laten leiden, dan wel welke verwachtingen hij had over de werkwijze van het product. Dit is door [de cliënt] niet nader toegelicht.

3. Verder is gevraagd om duidelijke conclusies te verbinden aan de stelling dat [de cliënt] niet was geïnformeerd over de eerste kosten en de provisie voor de tussenpersoon. Volgens [de cliënt] zou hij, indien hij daarover was geïnformeerd, niet hebben ingestemd met de waardeoverdracht. Het niet-informereren is naar zijn mening een schending van de zorgplicht. Het hof verwierpt deze stelling van [de cliënt] om de volgende redenen.

4. Er was bij de waardeoverdracht en het sluiten van de polis geen verplichting van Aon om [de cliënt] te informeren over de provisie en/of de omvang daarvan. Op dit punt is van belang dat de provisie onder het regime van art. 13 van de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (Wabb) uitsluitend een kwestie was tussen verzekeraar en assurantietussenpersoon. Deze partijen kwamen met elkaar een provisie overeen als beloning voor de door de assurantietussenpersoon verleende bemiddeling. De verzekerde, zoals in dit geval [de cliënt], stond daar buiten. Dat dit niet informeren over de provisie door Aon desondanks wel een schending van de zorg-

plicht was is niet voldoende onderbouwd. Op dit punt is het volgende van belang.

4.1. De stelling dat de provisie ‘verboden’ was en de relevantie daarvan voor de gestelde informatieplicht zijn niet uitgewerkt.

4.2. Dat er een niet gangbare provisie van 9% zou zijn gerekend is door Aon weersproken, onder meer aan de hand van de door [de cliënt] zelf overgelegde producties 21 en 22. Uit deze producties volgt dat er een afsluitprovisie van 5% is bedongen. Dit laatste is door [de cliënt] niet voldoende betwist.

5. Destijds was er evenmin een verplichting van Aon om [de cliënt] te informeren over de eerste kosten die de verzekeraar bij hem in rekening zou brengen. Dat was uitsluitend een kwestie tussen Delta Loyd en [de cliënt]. Ook op dit punt is de schending van de zorgplicht onvoldoende door [de cliënt] onderbouwd.

6. Uit het voorgaande volgt dat Aon vanwege schending van een informatieplicht op het punt van provisie en kosten niet aansprakelijk is.

7. Voor zover [de cliënt] zich in verband met dit aan Aon verweten niet-informereren (ook) beroept op dwaling faalt het. Er is namelijk niet voldaan aan de voorwaarde dat Aon hem had “behoren in te lichten” (art. 6:228 lid 1 onder b BW).

Causaal verband

8. Als gezegd is het wel een schending van de zorgplicht dat Aon niet heeft gewezen op het risico van een dalende rente, maar het feit dat Aon er niet op heeft gewezen dat het een groot en serieus risico was dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou kunnen zijn dan de 5% die in het voorstel van Aon staat, is geen schending van de zorgplicht (r.o. 12 van het tussenarrest).

9. Of Aon schadeplichtig is jegens [de cliënt], hangt ervan af welke keuze [de cliënt] zou hebben gemaakt indien hij meer inzicht had gehad in de invloed van een dalende rekenrente op de hoogte van het door hem aan te kopen pensioen. Wanneer hij bij een toereikende informatieverstrekking de pensioenverzekering ook was aangegaan, heeft hij geen schade geleden als gevolg van de gebrekkige informatievoorziening en daarmee onjuiste advisering (r.o. 13 van het tussenarrest).

10. Naar het oordeel van het hof is er geen causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de gestelde schade komen vast te staan. De redenen voor dit oordeel zijn de volgende.

10.1. Aon heeft op basis van een rekenrente van 5% geadviseerd. Dit was een gangbare en realistische wijze van adviseren (r.o. 11 van het tussenarrest). Indien Aon de rol van rente in de advisering zou hebben betrokken, zou zij – zo heeft zij gesteld – scenario’s hebben geschetst op basis van rentes tussen de 4% en 6% omdat een verdergaande bandbreedte destijds niet als realistisch werd gezien. Dit is door [de cliënt] niet gemotiveerd weersproken.

10.2. De invloed van de rekenrente voor het pensioen is in beeld gebracht in de akte van Aon, onder

32. Bij een rekenrente tussen 4% en 6% zou het (uiteindelijke) gegarandeerde kapitaal van € 363.702 (uitgaande van de indertijd gehanteerde overlevingstafel 1999) een ouderdomspensioen opleveren van ten minste € 23.508 per jaar en ten hoogste van € 28.440 per jaar. Dit minimum is meer dan het bedrag van € 23.351,98 dat in de offerte van 7 mei 1999 voor het garanti kapitaal in het vooruitzicht is gesteld (zie r.o. 1.3 van het tussenarrest). Dat laatste bedrag, althans het risico dat het ouderdomspensioen daarop zou kunnen uitkomen, is destijds door [de cliënt] geaccepteerd door de offerte te aanvaarden.

10.3. Bij deze stand van zaken heeft [de cliënt] onvoldoende onderbouwd dat hij bij het naleven van de zorgplicht op het punt van de rekenrente de pensioenverzekering niet in deze vorm zou zijn aangegaan.

11. Hieruit volgt dat niet kan worden vastgesteld dat [de cliënt] de gestelde schade als gevolg van de schending van de zorgplicht door Aon heeft geleden.

Slotsom

12. Het hoger beroep slaagt en het bestreden vonnis zal worden vernietigd. De vorderingen van [de cliënt] zullen alsnog worden afgewezen. [de cliënt] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties, te vermeerderen met wettelijke rente en met de nakosten. Het arrest zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard zoals gevorderd.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam, Team handel en haven van 2 januari 2019;
- en *opnieuw rechtdoende*:
- wijst de vorderingen van [de cliënt] af;
- veroordeelt [de cliënt] in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van Aon tot op 2 januari 2019 begroot op € 895 aan griffierecht en € 1.086 aan salaris advocaat;
- veroordeelt [de cliënt] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Aon tot op heden begroot op € 81,83 aan explootkosten, € 5.382 aan griffierecht, € 2.884 aan salaris advocaat (2 punten, tarief III) en op € 163 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85 indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid medebrengt, doordat het hof bij de aangevallen arresten heeft overwogen en beslist gelijk in het arrest vermeld – hier als herhaald en ingelast te beschouwen – ten onrechte om één of meer van de navolgende – zo nodig in onderling verband en samenhang te beschouwen – redenen:

I. Inleiding, kort overzicht van de relevante feiten

1.1. De partijen zullen hierna gewoonlijk worden aangeduid als '[de cliënt]' (eiser tot cassatie) en 'AON' (verweerster in cassatie) respectievelijk.

1.2. Het gaat in deze zaak om de vraag of AON tekort is geschoten, dan wel onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van [de cliënt] toen zij, in de jaren 1998 en 1999, [de cliënt] heeft bijgestaan en geadviseerd ten aanzien van diens pensioen. [de cliënt] had destijds, na een opbouwperiode van 23 'dienstjaren', hij het eind van zijn toenmalige dienstverband een premievrije aanspraak op een pensioenuitkering opgebouwd. Blijkens rov. 1.1 en 1.3 van het tussenarrest van 17 november 2020 ging het daarbij om een jaarlijkse pensioenuitkering van nominaal f 72.481/jaar en een hiermee samenhangend pensioenvermogen van f 552.346.

1.3. AON heeft [de cliënt] in de desbetreffende periode geadviseerd om, in plaats van het continueren van de zojuist aangeduide aanspraak op een premievrij pensioen, het hierbij behorende pensioenvermogen aan te wenden als koopsom/inbreng in een in 1998 door tussenkomst van AON ten gunste van [de cliënt] bij Delta Lloyd gesloten pensioenverzekering in de vorm van een zogenaamde beleggingsverzekering.

Kenmerkend voor een dergelijke verzekering is, dat het aan de hand van premies/koopsommen ingebrachte vermogen wordt belegd en dat het op te bouwen pensioenkapitaal wordt gevormd door het (beleggings-)resultaat van het aldus verkregen vermogen, zie rov. 5 van het tussenarrest van 17 november 2020. De pensioenaanspraak wordt tenslotte verkregen door aankoop van het pensioenrecht omstreeks de overeengekomen pensioendatum. De hoogte van het alsdan te verkrijgen pensioen wordt in belangrijke mate bepaald door de rekenrente zoals die geldt op het tijdstip van de desbetreffende (aankoop-)transactie, zie rov. 9 van het tussenarrest.

1.4. De zojuist besproken gegevens brengen met zich mee dat tegenvallende beleggingsresultaten en/of daling van de geldende rekenrente, ertoe kunnen leiden dat het tenslotte te verkrijgen pensioen aanzienlijk lager uitvalt dan geprognosticeerd werd toen de regeling, in een periode waarin beduidend betere beleggingsresultaten en een aanmerkelijk hogere rekenrente tot uitgangspunt plachten te worden genomen, werd geadviseerd en aangegaan.

1.5. [de cliënt] heeft het in mr. 1.3 bedoelde advies van AON opgevolgd en heeft AON opgedragen,

een regeling conform het advies bij Delta Lloyd tot stand te brengen. AON heeft die regeling vervolgens inderdaad tot stand gebracht. Daarbij is AON met Delta Lloyd een aanmerkelijke provisie over het in de brengen pensioenkapitaal (namelijk: tenminste 5%) overeengekomen, zonder [de cliënt] hierover in te lichten. Delta Lloyd heeft daarnaast ook een aanzienlijk bedrag aan 'kosten' op het gestorte pensioenkapitaal in mindering gebracht, zodat dit per saldo met ca. 9% werd verminderd (waarin inbegrepen de aan AON betaalde provisie, die langs deze weg dus ten laste van [de cliënt] is gekomen). Ook hierover is [de cliënt] destijds niet inlicht. Van de kant van [de cliënt] zijn stellingen van de zojuist bedoelde strekking aangevoerd, zie Memorie van Antwoord nr. 20, 25 - 29 en 70 en de uitlatingen namens [de cliënt] bij de comparitie ten overstaan van het hof van 12 maart 2021, p.v. p. 4 - 6. Zij zijn inhoudelijk niet betwist door AON, zie bijvoorbeeld de uitlatingen namens AON bij de comparitie ten overstaan van het hof van 12 maart 2021, p.v. p. 2 en 3; en uit rov. 4 van het eindarrest blijkt dat het hof de juistheid daarvan tot uitgangspunt heeft genomen. In elk geval mogen deze gegevens in cassatie als feitelijke grondslag dienen.

1.6. [de cliënt] was toen de in geding zijnde overeenkomsten werden aangegaan – in 1998/1999 – in het geheel niet onderlegd op het gebied van pensioenen of pensioenverzekeringen. Juist omdat dat het geval was, schakelde hij een deskundige, namelijk: AON, in en verliet hij zich op de door deze gegeven adviezen, en liet hij de uitvoering daarvan aan deze over. [de cliënt] heeft stellingen van deze strekking aangevoerd, zie de inleidende dagvaarding nr. 16, uitlatingen van [de cliënt] bij de comparitie van partijen in eerste aanleg van 3 juli 2018, p.v. p. 2² en de Memorie van Antwoord mrs. 1, 12, 31 - 32 en 72 - 76; en het hof heeft geen vaststellingen gedaan die met deze stellingen onverenigbaar zouden zijn, zodat van de juistheid hiervan in cassatie mag worden uitgegaan.

1.7. Vervolgens hebben de ontwikkelingen die in nr. 1.4 werden aangeduid, zich inderdaad voorgedaan: de beleggingsresultaten over het belegde vermogen zijn in de jaren na 1999 zeer sterk teruggelopen in vergelijking met de rendementen die in 1999 voor de toen gegeven prognoses tot uitgangspunt zijn genomen; en de rekenrente zoals die in 1999 tot uitgangspunt werd genomen, is sedertdien zeer aanmerkelijk gedaald. Het pensioen dat [de cliënt] tenslotte heeft kunnen verkrijgen is daardoor, en ook door de in nr. 1.5 aangeduide op het kapitaal toegepaste kortingen, uitgekomen op minder dan de helft van het bedrag van f 72.481/jaar waarop [de cliënt] naar de voorheen geldende premievrije regeling aanspraak had (namelijk: op het in rov. 1.6 van het tussenarrest genoemde bedrag van € 14.959/

jaar. Het hof rekent in deze rov. de onder de 'oude' regeling geldende pensioenaanspraak van f 72.481/jaar om naar € 32.890/jaar).

1.8. Het hof heeft in de thans in cassatie bestreden arresten geoordeeld dat [de cliënt] AON niet aansprakelijk kan houden voor tekortkomingen/onrechtmatig handelen in het kader van de hiervoor aangeduide gebeurtenissen en gegevens. Wat het hof in dit verband heeft geoordeeld berust op onjuiste rechtsopvattingen en/of op een onvoldoende begrijpelijke gedachtegang, zodat de beoordeling blijk geeft van tot nietigheid aanleiding gevend verzuim van vormen; en dit om een of meer van de volgende, ook in hun onderling verband in aanmerking te nemen redenen. Dit leidt dan tot de navolgende klachten.

2. Klachten

2.1. Het hof heeft in de bestreden arresten niet altijd expliciet aangegeven, welke normen het bij de beoordeling van de aan AON verweten handelwijze (nalaten daaronder begrepen) heeft aangelegd. Uit de hierna aangehaalde overwegingen blijkt echter van de (onjuiste) rechtsopvatting van het hof, zoals hierna ook nader zal worden aangegeven.

a) Blijkens rov. 6 van het tussenarrest van 17 november 2020 gaat het hof ervan uit dat AON – dus: dat een professionele adviseur en bemiddelaar op het gebied van pensioenverzekeringen die wordt ingeschakeld door een op het gebied van pensioenverzekeringen niet of nauwelijks onderlegde als consument te beschouwen particulier –³ niet gehouden was, [de cliënt] te waarschuwen voor risico in verband met mogelijk tegenvallend rendement van beleggingen, omdat het hier een risico zou betreffen dat van algemene bekendheid is. Daaraan zou niet afdoen (de mogelijkheid) dat, zoals het hof hier overweegt, [de cliënt] 'onervaren was in het beleggen'.

Rechtsens onjuist is ook het oordeel in rov. 6 dat gesteld noch gebleken is dat er in dit geval sprake was van voor AON kenbare lichtzinnigheid of ondoordachtetheit van [de cliënt], zodat zij daar in de advisering rekening mee moest houden.

Dit oordeel *miskent* dat de relatie tussen de professionele adviseur en de als 'leek' te kwalificeren particuliere cliënt c.q. consument, er juist toe strekt dat de adviseur de cliënt – ook buiten lichtzinnigheid of ondoordachtetheit – behoort te behoeden voor de risico's die deze cliënt in het kader van een met de adviseur/bemiddelaar onder ogen geziene transactie loopt, en althans: om zoveel mogelijk te verzekeren dat de cliënt zich bij het aangaan van de transactie, die risico's ten volle realiseert en er welbewust voor kiest, die risico's te aanvaarden; waarbij bovendien geldt dat een betrokkene aan wie gevraagd wordt, een bestaande aanspraak op een voor zijn oudedagsvoorziening relevant pensioen in te wisselen voor een aan aanmerkelijke beleggingsrisico's (en ook andere (rente-)risico's) onderhevig alternatief,

2 Vanwege de rechtsleer die wordt aangeduid met de formule 'devolutive werking van het appel', was het hof gehouden om ook met de namens [de cliënt] in eerste aanleg aangevoerde stellingen en argumenten rekening te houden.

3 Zie de gegevens waarnaar in nr. 1. onder 6 wordt verwezen.

in het bijzonder moet worden gewezen op de risico's van de stap die hij aldus onderneemt en van de aan die risico's mogelijk inherente gevolgen, zodat zoveel mogelijk zeker gesteld is dat die betrokkene zich van die risico's en mogelijke gevolgen bewust is en er (dus ook) bewust voor kiest, die te aanvaarden; hetgeen ook (zelfs) geldt als het gaat om betrokkenen met een relevante mate van deskundigheid op het betrokken gebied.⁴

De hier aan te leggen norm vertoont gelijkenis met de zorgvuldigheidsnorm die geldt voor de professionele adviseur op het gebied van beleggingen ten opzichte van een niet specifiek deskundige cliënt, met name wanneer de cliënt in kwestie stappen in verband met zijn beleggingen onderneemt (of overweegt) die een belangrijk deel van diens vermogen aan risico blootstellen.⁵

Rov. 6 van het tussenarrest van 17 november 2020 in de onderhavige zaak geeft er blijk van dat het hof op dit punt van een wezenlijk andere, en dus van een onjuiste norm is uitgegaan. Zoals mede uit de hoger aangehaalde rechtsbronnen⁶ blijkt, geldt bij een en ander dat het feit dat (zoals het hof eveneens in deze overweging in aanmerking neemt), er geen sprake was van voor AON kenbare lichtzinnigheid of ondoordachtheid van [de cliënt], niet afdoet aan de op de professionele adviseur/bemiddelaar rustende verplichting. Die verplichting strekt er immers nu juist toe, om aan de mogelijkheid dat de betrokkene (te gemakkelijk) met de hem voorgelegde transactie instemt onder invloed van ondeskundigheid, lichtzinnigheid of ondoordachtheid het hoofd te bieden; en daaraan is juist dan behoefte, als de adviseur/bemiddelaar er nog niet op geattendeerd is dat hiervan sprake zou kunnen zijn. In het omgekeerde geval – dus: het geval dat de adviseur/bemiddelaar al wél op deze mogelijkheid van ondoordachtheid/lichtzinnigheid e.a. attent is gemaakt of attent behoorde te zijn, geldt dezelfde verplichting uiteraard in versterkte mate; maar de kennelijk bij het hof levende gedachte dat dat niet langer het geval is als de adviseur/bemiddelaar hierop niet attent was of behoefde te zijn, miskent waar de hier bedoelde verplichting in de kern op gericht is.

b) *In rov. 8 - 12 van het tussenarrest van 17 november 2020* oordeelt het hof dat AON wel tekort is geschoten als het er om gaat, [de cliënt] te wijzen op het risico dat inherent was aan mogelijke daling van de rekenrente; met dien verstande dat het hof aanneemt dat de desbetreffende verplichting van AON niet zo ver ging dat zij, AON, moest aangeven dat het hier een groot en serieus risico betrof. Hoe het hof de hier aangenomen verplichting van AON gewaardeerd heeft, valt nader op te maken uit rov. 10 van het eindarrest. In die rov. oordeelt het hof dat onvoldoende onderbouwd zou zijn dat [de cliënt] de pen-

sioenverzekering in kwestie niet zou zijn aangegaan wanneer AON haar zorgplicht wél had nageleefd. Dat oordeel motiveert het hof aan de hand van de bevinding (in rov. 10.1 en 10.2 van het eindarrest), dat AON destijds van een rentepercentage (van 5%) is uitgegaan dat als gangbaar en realistisch gold; en dat mogelijke advisering (die dus in feite niet geeft plaatsgehad) over wijzigingen in de rentestand zou zijn gegeven aan de hand van eveneens als realistisch aan te merken rentepercentages van 6 – 4%; terwijl bij die percentages (bij de tevens gehanteerde, relatief positieve verwachtingen omtrent de beleggingsresultaten) pensioenbedragen beschikbaar zouden komen die niet nadelig afweken van de pensioenuitkering die destijds werd berekend op basis van het mede in de verzekering begrepen (minimum)garantiekapitaal.

Het hier gegeven oordeel gaat er dus van uit dat er geen verplichting bestond om [de cliënt] te attenderen op mogelijkheden van nóg verder negatieve uitkomsten dan de – verhoudingsgewijs redelijk positieve – uitkomsten van de hier gehanteerde berekeningen. Met voorlichting zoals die hier door het hof (veronderstellenderwijs) in aanmerking is genomen, en die ertoe strekt dat bij betrekkelijk geringe aanpassing van de rekenrente nog altijd redelijk positieve resultaten van de pensioenberekening worden verkregen, wordt echter evidentelijk niet bewerkstelligd dat de – het zij herhaald: onervaren en ondeskundige – opdrachtgever wordt geconfronteerd met het feit dat de hem voorgelegde keuze voor zijn bestaande vooruitzicht op een gegarandeerd pensioen dat een wezenlijk bestanddeel van zijn oudedagsvoorziening betekent, een – mogelijk: gering, maar niet onbestaanbaar – risico in zich bergt van vergaande aantasting; laat staan dat de opdrachtgever door dergelijke voorlichting zich daadwerkelijk bewust zou (moeten) worden van het risico dat hij op zich neemt, en dat daarom mag worden aangenomen dat die opdrachtgever dat risico welbewust aanvaardt. De voorlichting die het hof – veronderstellenderwijs – bij zijn onderhavige oordeel betreft, strekt er immers vooral toe dat het risico van rentedaling verhoudingsgewijs gering is. Daarmee wordt niet voldaan aan de in de hiervóór aangehaalde rechtsleer in onderdeel 2.1 sub a) aanvaarde verplichting om de opdrachtnemer effectief te confronteren met de strekking van het besluit dat hem wordt voorgehouden; en althans geldt dat niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, zou kunnen worden aangenomen dat hier wél aan de bedoelde verplichting wordt voldaan. Dit alles geldt in versterkte mate wanneer men daar ook het gewicht van de op het pensioenkapitaal toegepaste korting(en) betreft, dat in onderdeel 2.2 en 2.3 hierna nader zal worden besproken.

Bij een en ander mag nog in aanmerking worden genomen dat als feit van algemene bekendheid kan gelden, dat rentedaling en teruglopende beleggingsresultaten beide inherent zijn aan economische teruggang, en dat deze verschijnselen zich daarom vaak in combinatie met elkaar voordoen. In

4 Zie Hof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, rov. 15 en 20, cass. verworpen bij HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2227.

5 Zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2012, NJ 2012/95 m.nt. M.M. Mendel, rov. 3.4 en 3.6.1 – 3.6.2.

6 Zie vorige twee noten.

het verlengde daarvan ligt, dat naarmate beleggingsresultaten dusdanig tegenvallen dat een in een pensioenverzekering 'ingebracht' garanti kapitaal wordt bereikt of benaderd, ook met aanmerkelijk ernstiger fluctuatie in de rentestand rekening is te houden, dan bij gunstigere economische omstandigheden. Ook dat gegeven draagt ertoe bij, de hier door het hof gevolgde gedachtegang als onvoldoende begrijpelijk te kwalificeren.

Daarnaast is het oordeel, naast rechtens onjuist, ook onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd om navolgende redenen:

c) *In rov. 6 van het tussenarrest van 17 november 2020 oordeelt het hof bovendien dat:*

1. bij dit alles van belang zou zijn dat het beleggingsrisico in dit geval beperkt was,

2. nu [de cliënt] heeft gekozen voor een garanti kapitaal waardoor in zijn geval op de pensioendatum ten minste een bedrag van f 725.597 beschikbaar kwam voor het aankopen van een pensioen;

3. Uit het voorstel van AON duidelijk zou blijken dat met dat bedrag – uitgaande van een rekenrente van 5% – het aan te kopen pensioen (f 51.461 per jaar) lager zou uitkomen dan het Puratos pensioen (f 72.481 per jaar)

4. [de cliënt] dat risico moet geacht worden met het accepteren van de offerte te hebben aanvaard.

Ad 1 het beleggingsrisico beperkt?

Dit oordeel is onbegrijpelijk daar het verschil op jaarbasis zo'n f 21.020 bedraagt. Dat is een substantiële verslechtering ten opzichte van hetgeen [de cliënt] uit het Puratos pensioen gegarandeerd kreeg. Het gaat dus niet om een paar tientjes verschil

Ad 2 en 3: in de visie van het hof had [de cliënt] het verschil uit het voorstel moeten halen

Dit oordeel miskent niet alleen de hierboven onder a) aangehaalde maatstaf, maar is ook zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd in het licht van de hierna sub d) nog te bespreken randnummers 13 t/m 16 van de inleidende dagvaarding waarin wordt gesteld dat uit de offerte voor een in het pensioenrecht ingevoerde deskundige wel conclusies zijn te trekken (nr. 15 inleidende dagvaarding) maar dat [de cliënt] geen pensioendeskundige is en daarom op het advies van AON is afgegaan (nr. 16 inleidende dagvaarding). Gelet op deze stellingen valt zonder nadere toelichting niet te begrijpen dat en waarom, uitgaande van een rekenrente van 5%, het [de cliënt] desalniettemin duidelijk moet zijn geweest dat het aan te kopen pensioen (f 51.461 per jaar) lager zou uitkomen dan het Puratos pensioen (f 72.481 per jaar), alsook dat [de cliënt] geacht moet worden met het accepteren van de offerte dat te hebben aanvaard.

Ad 4 [de cliënt] moet geacht worden dit risico te hebben aanvaard

Ook dit oordeel is onbegrijpelijk en ontoereikend gemotiveerd in het licht van de hierna sub d) nog te bespreken randnummers 13 t/m 16 van de inleidende dagvaarding waarin wordt gesteld dat uit de offerte voor een in het pensioenrecht ingevoerde deskundige wel conclusies zijn te trekken (nr. 15

inleidende dagvaarding) maar dat [de cliënt] geen pensioendeskundige is en daarom op het advies van AON is afgegaan (nr. 16 inleidende dagvaarding), alsook in de onder meer in randnummer 16 van de inleidende dagvaarding, herhaald in de MvA nr. 21 dat hij is afgegaan en heeft vertrouwd op de kennis en kunde van AON als zijn pensioenadviseur die hij bij elke belangrijke gebeurtenis om advies had gevraagd (nr. 9 MvA). Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is dan ook onbegrijpelijk (1) dat het hof aanneemt dat hij bij het aangaan heeft geweten en begrepen dat het risico op verlies van zo'n f 21.020 reëel was en in het bijzonder dat hij geacht moet worden met het accepteren van de offerte dat te hebben aanvaard. Dat gaat ook geheel voorbij hetgeen in nr. 15–18 van de MvA waarin uiteen wordt gezet dat het e.e.a. juist positief wordt voorgesteld en dat hij zonder enige pensioen kennis hij dat volgens AON dan maar zelf uit de getallen had moeten afleiden. Dat laatste miskent weer de maatstaf die hierboven sub a) al is aangekaart: juist bij een ingewikkelde materie als pensioenrecht en pensioenaanspraken rust bij de consument ter zake van een speciaal daartoe ingeschakelde deskundige pensioenadviseur een vergaande informatie en waarschuwingsplicht. En die heeft AON in casu geheel verzaakt

d) Bovendien laat het hof in het tussen- en eindarrest onbesproken, in het bijzonder in het hierboven onder b) besproken oordeel in rov. 8–12 in samenhang met rov. 6 van het tussenarrest waar het oordeelt dat AON wel tekort is geschoten als het er om gaat, [de cliënt] te wijzen op het risico dat inherent was aan mogelijke daling van de rekenrente maar dat de desbetreffende verplichting van AON niet zo ver ging dat zij, AON, moest aangeven dat het hier een groot en serieus risico betrof en rov. 10 en 10.1 en 10.2 van het eindarrest, het feit dat het niet alleen om de rekenrente gaat, maar (juist) ook om het feit dat hij niet is gewezen op het feit dat zelfs bij een gelijkblijvende rekenrente er ook nog eens gemiddeld een fors rendement (méér dan 6%) moest worden gehaald wilde de nieuwe regeling beter uitpakken (en niet slechter) dan het Puratos pensioen. Daaruit volgt dat er dus twee – elkaar versterkende – risicofactoren aanwezig waren tegenover het gegarandeerde pensioen van Puratos, te weten enerzijds het rendement dat hoger dan 6% diende te zijn en anderzijds de rekenrente waarvan is uitgegaan van een percentage van 5%, maar bij elke daling leidde tot een lagere inkoop. Ter toelichting en verdere uitwerking diene het navolgende.

1. [de cliënt] heeft met betrekking tot het rendement, onder meer de inleidende dagvaarding nr. 15 aangevoerd dat:

– op basis van de gegarandeerde collectieve regeling de heer [de cliënt] vanaf zijn pensioendatum gegarandeerd 72.481 gulden per jaar aan ouderdomspensioen zou verkrijgen.

– op basis van de voorgestelde regeling de heer [de cliënt] een nieuw gegarandeerd bedrag zou ver-

krijgen van 51.461 gulden, bij een rekenrente/aankooprentestand van 5%.

- dit bedrag hoger wordt indien er rendement wordt behaald. Bij 6% gemiddeld rendement wordt het een jaarlijks bedrag van 73.105 gulden (ongeveer het bedrag zoals hij dat reeds zou verkrijgen in zijn bestaande pensioenregeling), bij 7% rendement een jaarlijks bedrag van 86.976 gulden en bij 9% een jaarlijks bedrag van 119.696 gulden.

- de heer [de cliënt] in zijn nieuwe regeling onder zijn gegarandeerde ondergrens duikt (bij 5% rekenrente/aankooprentestand). Immers, dan gaat hij er ten opzichte van zijn gegarandeerde collectieve regeling 21.020 gulden per jaar op achteruit, *bij 6% gemiddeld rendement* zou het bedrag ongeveer gelijk zijn aan zijn collectieve gegarandeerde regeling en *pas bij 7% gemiddeld rendement zou hij jaarlijks 14.495 gulden erop vooruit gaan*.

- *alle scenario's waarbij dus sprake is van minder dan 7% rendement tot een gelijk of slechter scenario leiden dan zijn collectieve waarde vaste regeling. Iets waar AON met geen woord over rept. Zij spreekt enkel en alleen van het 7% gemiddeld rendement scenario in de begeleidende brief (zie hierboven het citaat in overweging 13).* Zie in dit verband in gelijke zin ook de MvA mrs 14-17.

In mnr. 13 van de inleidende dagvaarding wordt verwezen de brief van 7 mei 1999 van AON aan [de cliënt], waarin een rendement wordt voorgespiegeld van gemiddeld 7%. In mnr. 14 van de inleidende dagvaarding heeft [de cliënt] uiteengezet dat en waarom er geen sprake was van enig inhoudelijk advies ander dan voormelde brief, laat staan dat hem erop is gewezen dat het financieel-economisch wel erg mooi weer moest zijn en blijven wilde de nieuwe regeling gunstiger uitkomen dan de oude regeling. Aldus werd [de cliënt] essentiële informatie onthouden om een verantwoorde keuze te maken *die niet alleen ziet op de rekenrente maar ook op het rendement alsmede de combinatie daarvan*.

In dat verband laat het hof ten onrechte onbesproken de essentiële stelling in mnr. 15 van de inleidende dagvaarding dat iemand met verstand van pensioenzaken uit de offerte kan halen dat bij een rendement van 6% een vergelijkbaar resultaat zou worden behaald als de oude, gegarandeerde regeling terwijl [de cliënt] *een rendement van méér dan 6% nodig had om gunstiger uit te komen, terwijl hij bij een rendement van 7% hij er jaarlijks 14.496 gulden op vooruit zou gaan en dat alle scenario's waarbij dus sprake is van minder dan 7% rendement leiden tot een gelijk of slechter scenario dan zijn collectieve waarde vaste regeling*. Dit in samenhang met de stelling in mnr. 16 van de inleidende dagvaarding waarin [de cliënt] opmerkt is hij geen pensioenskundige en is hij daarom afgegaan op de adviezen van AON, zoals hij dat al sinds 1988 heeft gedaan.⁷ Daarbij heeft bovendien te gelden dat:

Daarin ligt ook besloten dat:

- gelet op het feit dat het pas bij een rendement van 7%⁸ een beetje zou gaan lonen en ook de rekenrente kon dalen het per saldo een uiterst risicovolle pensioenvorm was, waarop AON als professionele adviseur [de cliënt] (in niet mis te verstane bewoordingen) had moeten waarschuwen;

- het aannemelijk is dat [de cliënt], indien hij juist was voorgelicht, hij nimmer akkoord was gegaan met de door AON geadviseerde regeling; Juist een gespecialiseerde adviseur als AON wist of had moeten weten dat rendementen van 6% of hoger niet vanzelfsprekend zijn en sterk afhankelijk zijn van de economische omstandigheden. Zeker waar het betreft een lange termijn moet het AON duidelijk geweest zijn dat uiterst onwaarschijnlijk is dat in de periode 1999 – 2015 altijd een rendement van méér dan 6% zou worden behaald, hetgeen nodig is om er niet slechter van te worden ten opzichte van de oude regeling.⁹ Daartegen had AON naar behoren moeten waarschuwen. Rechtens onjuist en onbegrijpelijk is dan ook het oordeel van het hof in rov 8 – 12 in samenhang met rov. 6 van het tussenarrest en 10 en 10.1 – 10.3 van het eindarrest voor zover het hof zich uitsluitend baseert op de voorlichting omtrent de rekenrente, terwijl het verwijt in de inleidende dagvaarding nu juist ook ziet op het (niet wijzen op) het noodzakelijk te behalen *rendement* wil de regeling gunstiger zijn.

2. [de cliënt] heeft in de inleidende dagvaarding vervolgens, in randnummer 32, van de inleidende dagvaarding (ook) gewezen op het niet waarschuwen voor het risico van de *rekenrente*:

'32. AON heeft in de advisering voorts nagelaten de heer [de cliënt] te wijzen op het risico van een lagere rentestand bij aankoop van het pensioen. Indien de rentestand lager is dan de 5% die in de offerte staat aangegeven, loopt hij bij de aankoop van het pensioen op basis van beschikbare premie het risico dat de uiteindelijke pensioenuitkering lager dan verwacht uitvalt. Het is dus onjuist zoals door AON is gesteld dat als de beleggingen tegenvallen, er nog altijd een gegarandeerd kapitaal van f. 51.461,- gulden tot uitkering zou zijn gekomen. Dit geldt namelijk alleen in geval de aankooprentestand minimaal 5% bedraagt.'

3. Uit 1 + 2 volgt dat er sprake was van een *dubbel* risico dat elkaar naar de aard versterkt. Niet al-

⁷ Zie in dat kader ook MvA mrs 30-33, waarin [de cliënt] nader ingaat op zijn (gebrek aan) pensioen kennis.

⁸ Dit ongeacht de rekenrente, hetgeen een extra risico zou vormen waarvoor in het geheel niet is gewaarschuwd. Het rendement ziet immers op de aangroei van het kapitaal van de C-polis en de rekenrente op de factor die wordt gehanteerd om op de pensioendatum met het opgebouwde kapitaal van de C-polis een pensioen te kunnen kopen. Voor die rekenrente wordt in mnr. 15 van de inleidende dagvaarding telkens uitgegaan van 5%, maar die is – naar in de onderhavige procedure is gebleken – ook nog eens dramatisch gezakt. Er is dus sprake van een dubbel risico waartegen niet is gewaarschuwd.

⁹ En dan wordt het kannibalisme van de provisie nog niet eens meegenomen: ook dat zorgt ervoor dat de facto een nog hoger rendement nodig is om quitte te spelen, hetgeen evenmin is gecommuniceerd.

leen diende een rendement van ten minste 6% te worden behaald, maar ook mocht de rekenrente niet zakken ten opzichte van de begrote 5% van ook dan zou [de cliënt] slechter af zijn dan in de situatie dan dat hij het Puratos pensioen in stand zou hebben gelaten.

4. Het hof had dus voldoende kenbaar op de in dit subonderdeel onder 1 en 2 aangehaalde stellingen moeten reageren en bovendien maken deze stellingen het oordeel in rov. 6 van het tussenarrest met betrekking tot het rendement (kort gezegd dat rendementen kunnen tegenvallen en dat [de cliënt] dit risico met het accepteren van de offerte geacht moet worden te hebben aanvaard en het oordeel dat in rov. 8 - 12 van het tussenarrest van 17 november 2020 dat AON wel tekort is geschoten als het er om gaat, [de cliënt] te wijzen op het risico dat inherent was aan mogelijke daling van de rekenrente maar dat het hof aanneemt dat de desbetreffende verplichting van AON niet zo ver ging dat zij, AON, moest aangeven dat het hier een groot en serieus risico betrof rechtens onjuist, zie subonderdeel a) en b) en zonder nadere toelichting onbegrijpelijk: immers het hof laat onbesproken dat in feite werd pas bij een rendement van 7% een substantieel voordeel behaald en werd bij 6% quitte gespeeld. Bij 5% werd al verlies geleden. Dus los van de later gebleken extreem lage rekenrente volgt uit de onbesproken gelaten stellingen die hierboven in dit subonderdeel onder 1 worden aangehaald dat het sowieso om een (uiterst) risicovolle 'mooi weer' belegging ging, hetgeen werd versterkt door het risico van een dalende rekenrente. Uit het feit dat dit (slechts) door een pensioenskundige uit de beschikbare cijfers te destilleren viel en [de cliënt] een leek is op pensioengebied getuigt het van een onjuiste rechtsopvatting (zie subonderdeel a), althans is het zonder nadere toelichting onbegrijpelijk dat (1) er geen nadere waarschuwingsplicht door het hof is aangenomen en (2) dat het hof oordeelt in rov. 10, 10.1 en 10.2 van het eindarrest dat [de cliënt] onvoldoende zou hebben gesteld dat hij met de juiste kennis van zaken de overdracht niet zou hebben gedaan. Althans had het hof in het licht van voornoemde essentiële stellingen zijn arresten beter dienen te motiveren. Zie verder onderdeel 2.3 ten aanzien van het causaal verband.

Provisie

2.2. Zoals in mr. 1.5 hiervóór werd aangegeven, staat vast dat AON van Delta Lloyd een provisie heeft bedongen (en ontvangen) ter grootte van – tenminste – 5% van het door [de cliënt] in de pensioenverzekering in te brengen kapitaal (van f 552.346, zie mr. 1.2 hiervóór); dat daarnaast – dus: naast de aan AON betaalde provisie, nog door Delta Lloyd kosten op dit kapitaal in mindering zijn gebracht, zodat dat in totaal met ca. 9% is verminderd; en dat [de cliënt] noch over het een noch over het ander was ingelicht toen de pensioenverzekeringen werden aangegaan (in werkelijkheid is [de cliënt] pas na het ingaan van het pensioen in 2015 hiervan

op de hoogte geraakt). Namens [de cliënt] was aangevoerd dat AON ook in dit opzicht jegens hem te kort was geschoten (én dat dit gegeven mede gewicht in de schaal legt bij de beoordeling van de gevolgen van de gezamenlijkheid van de aan AON toe te rekenen tekortkomingen). Het hof heeft deze argumenten verworpen in de rov. 3 – 6 van het eindarrest, waarnaar thans korthedshalve wordt verwezen.

a) Het argument betreffende de door AON bedongen provisie wordt in rov. 4 verworpen, (vooral) omdat volgens het hof geen verplichting zou bestaan om over dit gegeven, dat volgens het hof 'een kwestie was tussen verzekeraar en assurantietussenpersoon', inlichtingen aan de verzekerde [de cliënt] te verstrekken. Met dit oordeel geeft het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting en tevens van een logisch onhoudbare gedachtegang.

Art. 7:418 BW legt op de lasthebber de verplichting om de lastgever in kennis te stellen van het feit dat hij, lasthebber, belang heeft bij de totstandkoming van de in geding zijnde rechtshandeling. Die verplichting geldt ook dan, wanneer het belang van de lasthebber niet conflicteert met dat van de lastgever (HR 6 april 2007, NJ 2008/493 m.nt. M.M. Mendel, rov. 3.3). Hij geldt echter in versterkte mate wanneer het een belang betreft dat wél in botsing komt met het belang van de lastgever; en in nog weer versterkte mate wanneer, zoals in dit geval, de lasthebber van de wederpartij een voordeel bedingt dat vervolgens (langs de weg van korting op het pensioenkapitaal) rechtstreeks voor rekening van de lastgever blijkt te worden gebracht. Dat er dan een verplichting van de lasthebber is om openheid van zaken te geven dringt zich in die mate op, dat die ook zou worden aangenomen wanneer er niet een expliciete wetsbepaling – namelijk: art. 7:418 BW – bestond waarin die verplichting was neergelegd. Maar intussen is die wetsbepaling er, en sluit die iedere mogelijke twijfel op dit punt uit.

Dat [de cliënt] en AON als lastgever en lasthebber ten opzichte van elkaar staan, ligt rechtstreeks in de ten processe vastgestelde feiten besloten. Overigens zou, zoals al aangestipt, een inhoudelijk gelijke verplichting naar 'ongeschreven recht' moeten worden aangenomen, ook wanneer de rechtsverhouding tussen AON en [de cliënt] anders dan als die van lastgever/lasthebber zou moeten worden gekwalificeerd, nu die rechtsverhouding ertoe strekte dat AON, als professionele deskundige op het gebied van pensioenen, op zich nam om zorg te dragen voor de totstandkoming van de in geding zijn de pensioenverzekering(en) tussen [de cliënt] en Delta Lloyd.

Hieraan valt nog toe te voegen dat het hier bestreden oordeel van het hof ook daarom onjuist en tevens onvoldoende begrijpelijk is, omdat niet valt in te zien dat voor een verzekerde die een bepaalde, voor hem verborgen gehouden, provisie uiteindelijk in de vorm van korting op een door het ingebrachte koopsom (pensioenkapitaal), voor zijn rekening neemt, zou gelden dat die 'staat buiten' de transac-

tie waarbij de provisie is bedongen en toegekend. Wat het hof met de hier bestreden vaststelling in rov. 4 van het eindarrest ook bedoeld moge hebben — wat op zichzelf al een motiveringsgebrek aanduidt — iedere bedoeling die hier denkbaar is, dringt zich op als zowel rechtens onjuist als logisch onhoudbaar.

b) Zoals zojuist al bleek, wordt namens [de cliënt] verdedigd dat art. 7:418 BW in dit geval rechtstreeks van toepassing is omdat het hier te beoordelen geval geheel beantwoordt aan de in die wetsbepaling neergelegde parameters. Art. 7:418 lid 2 BW bepaalt — semi-dwingendrechtelijk — dat aan de lasthebber geen aanspraak op loon toekomt ten laste van een lastgever ten opzichte waarvan de in lid 1 neergelegde verplichting niet is nagekomen. In de onderhavige zaak was tussen [de cliënt] en AON geen aanspraak op loon overeengekomen; maar geldt wel dat de provisie die AON van Delta Lloyd had bedongen, door de laatstgenoemde aan [de cliënt] (in de vorm van korting op het pensioenvermogen) in rekening is gebracht, en dus per saldo door deze is betaald. Bovendien is onmiskenbaar dat de tussen AON en Delta Lloyd getroffen regeling hiertoe strekte, en dus: dat AON wist dan wel behoorde te weten dat de door haar verkregen provisie per saldo ten laste van [de cliënt] zou komen. Bij die stand van zaken moet de regel van art. 7:418 lid 2 BW — zo nodig: analogisch — worden toegepast; en geldt dus dat de lasthebber die zich in strijd met deze bepaling loon in de vorm van provisie heeft 'toegeëigend' gehouden is dat loon, waarop hij immers ten opzichte van de lastgever geen recht heeft, aan de lastgever terug te vergoeden. Reeds uit dien hoofde geldt dat AON het hiermee gemoeide bedrag van — tenminste — € 12.532,18¹⁰ aan [de cliënt] behoort te betalen, en wel, gezien art. 6:119 lid 1 BW jo. art. 6:83 onder b. BW, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de datum waarop AON zich het desbetreffende bedrag wederrechtelijk heeft toegeëigend en [de cliënt] terzake is gedebiteerd — gemakshalve te stellen op 1 januari van het jaar 2000 (nu de betaling aan AON én de debitering ten laste van [de cliënt] kennelijk in 1999 hebben plaatsgehad). Het betreft hier een zelfstandige grond waarop de bestreden arresten verdienen te worden vernietigd; maar zoals hierna nader te verdedigen, speelt het hier besproken gegeven ook anderszins een rol bij de beoordeling van de door het hof gegeven beslissingen.

c) Het argument betreffende de verder door Delta Lloyd in rekening gebrachte kosten, waardoor in totaal ca. 9% op het door [de cliënt] ingebrachte pensioenkapitaal is 'gekort', verwerpt het hof in rov. 5 van het eindarrest. De desbetreffende kosten zouden 'uitsluitend een kwestie tussen Delta Lloyd en

[de cliënt]' zijn, en AON zou te dien aanzien tot niets verplicht zijn.

Ook dit oordeel moet worden aangemerkt als rechtens onjuist, en tevens als ondeugdelijk gemotiveerd.

Wanneer, zoals in dit geval, een assurantietussenpersoon is ingeschakeld met het oog op advisering terzake van pensioenverzekering en het tot stand brengen van (een) daarop gerichte transactie(s), en daarbij geldt dat de opdrachtgever ervaring en deskundigheid op het gebied van pensioenen en pensioenverzekeringen ontbeert, brengt de aldus ontstane rechtsverhouding met zich mee dat de opdrachtnemer ten aanzien van alle voor de tot stand gebrachte verzekering(en) relevante aspecten die hij kent of zou behoren te kennen, verantwoordelijkheid draagt en dat die opdrachtnemer verplicht is om de opdrachtgever terzake in voldoende mate in te lichten en te adviseren. Dit kan anders zijn wanneer partijen ten aanzien van bepaalde aspecten een uitzondering zijn overeengekomen, maar daarvan was in deze zaak geen sprake. Daarom is niet bestaande dat voor één van de relevante aspecten zou gelden dat die 'uitsluitend een kwestie tussen de opdrachtgever en de betrokken verzekeraar' zou zijn en dat ten aanzien daarvan de opdrachtnemer geen bemoeienis of verantwoordelijkheid zou hebben. En althans geldt dat zonder nadere motivering, die hier geheel ontbreekt, onbegrijpelijk is dat een relevant aspect van de tot stand gebrachte verzekeringsrelatie een kwalificatie in de zojuist aangehaalde zin zou mogen krijgen.

Schade en causaal verband

2.3. *In rov. 8 – 11 van het eindarrest* motiveert het hof het oordeel dat niet zou mogen worden vastgesteld dat [de cliënt] de gevorderde schade als gevolg van de schending van de zorgplicht van AON heeft geleden. Ook hier geeft het bestreden arrest blijk van een onjuiste rechtsopvatting en van onvoldoende begrijpelijke motivering.

a) Dit is in de eerste plaats het geval in verband met eerder in dit cassatiemiddel aangevoerde redenen. Om de in onderdeel 2.1 onder a en b besproken redenen moet worden aangenomen dat de hier bestreden redenering berust op een onjuiste beoordeling van de omvang van de zorgplicht van de tussenpersoon in de positie van AON; en om de in nr. 2.2 onder a – c besproken redenen is het hof er ten onrechte, en althans: zonder draagkrachtige motivering, aan voorbijgegaan dat bij het tekortschieten van AON ook de in die onderdelen besproken aspecten gewicht in de schaal (moeten) leggen.

b) Daarnaast geeft het hier bestreden oordeel over de relevante causaliteit blijk van een onjuiste rechtsopvatting om de volgende redenen:

bij dit oordeel geeft het hof er blijk van dat er slechts dan aansprakelijkheid van AON zou zijn wanneer (als vaststaand zou mogen worden aangenomen dat) [de cliënt] de in geding zijnde transactie(s) niet zou zijn aangegaan wanneer AON niet jegens hem zou zijn tekortgeschoten. Hiermee legt het hof een

¹⁰ Dit bedrag wordt door AON erkend, zie bijvoorbeeld par. 151 van de Memorie van Grieven. [de cliënt] behoudt zich overigens ten aanzien van mogelijk méér betaalde provisie alle rechten voor.

te beperkte beoordelingsmaatstaf aan. Het laat zich immers geredelijk denken dat [de cliënt], wanneer AON *niet* in de verschillende hiervoor besproken opzichten tekort zou zijn geschoten, ook wanneer hij *niet* had besloten om dan van de voorgelegde transacties zonder meer af te zien, zou hebben verlangd dat die op gunstiger voorwaarden zouden worden gesloten (met andere woorden: niet op dezelfde voorwaarden zou hebben willen contracteren). In het kader van het leerstuk van de dwaling geldt ook voor dat geval — dus het geval dat de betrokkene niet op dezelfde voorwaarden zou hebben willen contracteren — dat de overeenkomst vernietigbaar is (of voor vernietiging in aanmerking kan komen).

In een geval als het onderhavige, dat zich erdoor kenmerkt dat onjuiste voorstellingen van zaken en onjuiste verwachtingen en inschattingen te wijten zijn aan het tekortschieten van een voor de desbetreffende contractspartij werkzame tussenpersoon, komt de hier bedoelde rechtsleer voor overeenkomstige toepassing in aanmerking. Deze tussenpersoon is daarom ook dan aansprakelijk als (niet meer) aannemelijk zou worden, (dan) dat [de cliënt] bij betere nakoming van de zorgplicht slechts onder gunstiger voorwaarden zou hebben willen contracteren.

Wanneer overigens inderdaad zou blijken dat de rechtsverhouding zo beoordeeld moet worden als in de vorige volzin werd verondersteld, staat dat er niet aan in de weg dat [de cliënt] zich in dit stadium er op beroept dat in zijn verhouding tot AON, de transacties met Delta Lloyd als vernietigd moeten worden beoordeeld; en dat de schadeplichtigheid van AON dus moet worden beoordeeld met als uitgangspunt dat die transacties niet hebben plaatsgehad en dat [de cliënt] de voorheen geldende premievrije pensioenaanspraak zou hebben behouden. Het feit dat inmiddels is gebleken dat de bedoelde transacties voor [de cliënt] buitengewoon nadelig waren, mag in dit verband immers eerder aan AON dan aan [de cliënt] worden toegerekend.

c) Rechtens onjuist en onbegrijpelijk is in het bijzonder het oordeel in rov. 10 t/m 10.3 van het eindarrest, waarin het hof oordeelt dat er *geen causaal verband zou zijn* tussen de schending van de zorgplicht van AON en de gestelde schade en dat, nu op basis van 5% rekenrente is geadviseerd -welke toen gangbaar was — onvoldoende onderbouwd zou zijn dat [de cliënt] de pensioenverzekering in kwestie niet zou zijn aangegaan wanneer AON haar zorgplicht wél had nageleefd (rov 10.3). Dat oordeel motiveert het hof aan de hand van de bevinding (in rov. 10.1 en 10.2 van het eindarrest), dat AON destijds van een rentepercentage (van 5%) is uitgegaan dat als gangbaar en realistisch gold; en dat mogelijke advisering (die dus in feite niet geeft plaatsgehad) over wijzigingen in de rentestand zou zijn gegeven aan de hand van eveneens als realistisch aan te merken rentepercentages van 6 – 4%; terwijl bij die percentages (bij de tevens gehanteerde, relatief positieve verwachtingen omtrent de beleggingsre-

sultaten) pensioenbedragen beschikbaar zouden komen die niet nadelig afwijken van de pensioen-uitkering die destijds werd berekend op basis van het mede in de verzekering begrepen (minimum)-garantiekapitaal. Het hof past aldus nog een keer de 'marge' toe in rov 10.2 die — volgens het hof in rov 1.3 van het tussenarrest — door [de cliënt] zou zijn geaccepteerd door acceptatie van de offerte van 7 mei 1999. In rov 6 van het tussenarrest oordeelt het reeds ten aanzien van de voorgespiegelde rendementen dat [de cliënt] een minimum zou hebben geaccepteerd van € 23.351,98, waardoor het hof van mening is dat [de cliënt] een (hoog) rendementsrisico zou hebben aanvaard en thans oordeelt het hof op basis van datzelfde bedrag dat als de rekenrente niet zou zijn gedaald dit binnen de aanvaardbare marge zou zijn gebleven. Daarom zou er geen causaal verband zijn omdat [de cliënt] onvoldoende zou hebben gesteld dat hij in *die* situatie niet zou zijn overgestapt.

I Allereerst miskent het hof ook hier de maatstaf zoals onder a) beschreven: er had deugdelijk geadviseerd en gewaarschuwd moeten worden voor de risico's van dit product, zie hiervoor onderdeel 2.1 a), b) en c) sub 4 en d).

II Het hof laat daarbij echter onbesproken, althans is dit oordeel rechtens onjuist althans onbegrijpelijk in het licht van de volgende stellingen uit de eerste aanleg:

- De in onderdeel d) onder 1 hierboven aangehaalde randnummers 13 t/m 16 van de inleidende dagvaarding, hetgeen wordt gevolgd door de — niet bestreden — opmerkelijke gang van zaken omtrent het 'hergebruik' van het oorspronkelijke aanvraagformulier (mrs. 19 t/m 22 van de inleidende dagvaarding). In mr. 18 van de inleidende dagvaarding concludeert [de cliënt] dat '*van een evenwichtig en weloverwogen advies door AON gezien de hierboven geschetste route en (niet) verstrekte informatie aldus geen sprake is.*' Er wordt blijkens de MvA mrs. 15–17 eenzijdig positief gestuurd in de richting van waardeoverdracht, zonder vanuit AON de regelingen te vergelijken, danwel de voor- en nadelen, risico's en alternatieven eerlijk en expliciet te benoemen. Hieruit volgt dat er geen goede voorlichting is gegeven, maar juist een veel te rooskleurig beeld is gegeven.

- In mr. 23 van de inleidende dagvaarding concludeert [de cliënt] dat *in geen enkele fase*, niet bij het voorleggen van de offerte, noch bij het verwerken hiervan door het zelfstandig aanpassen van het aanvraagformulier, *door AON op een juiste wijze met de heer [de cliënt] is gesproken over de risico's van het aangaan van een nieuwe pensioenregeling met waardeoverdracht, zoals van een onafhankelijk en redelijk bekwaam pensioenadviseur had mogen worden verwacht.* In mrs. 24 t/m 28 gaat [de cliënt] in over de periode rond 2001, waarin kennelijk het e.e.a. kennelijk niet goed was verwerkt. In randnr 32 (zie hierboven sub d) onder 2 In mr. 29 van de inleidende dagvaarding stelt [de cliënt] dan vervolgens (gecursiveerd door mij HJWA):

'Schadeberekening onjuiste advisering: waarde-overdracht en rekenrente

29. De heer [de cliënt] geeft hierbij graag een eerste indruk van de schade die hij leidt door het handelen en nalaten van AON. De omvang van de schade dient berekend te worden door te kijken naar het gevolg van de tekortschietende advisering zoals in deze dagvaarding is vermeld en daarbij een vergelijking te maken tussen de situatie waarin de heer [de cliënt] zou zijn komen te verkeren indien AON zijn belangen wel behoorlijk had behartigd en die waarin hij daadwerkelijk is komen te verkeren. De pensioenschade bestaat in casu grof gezegd uit het bedrag aan pensioen dat de heer [de cliënt] als gevolg van de onjuiste advisering is misgelopen. Om deze schade te berekenen dient uitgegaan te worden van het gegeven dat de heer [de cliënt] bij een juiste advisering en schets van de risico's zijn premievrije levenslang waarde vaste pensioen niet zou hebben ingebracht in zijn individuele 'beschikbare premie' C-polis. *Wanneer de eerder in deze dagvaarding geschetste risico's en kansen bij het voorleggen van de offerte d.d. 7 mei 1999 op een juiste zouden zijn toegelicht, is immers door een weldenkend mens bijna geen enkel andere beslissing te nemen dan hiermee niet akkoord te gaan.*

(...)'

II In het bijzonder is onbegrijpelijk het oordeel in rov. 10.1–10.3 dat wanneer AON zou hebben geadviseerd zijn scenario's zou hebben geschetst van een rekenrente tussen de 4 en 6% en dat dit door [de cliënt] niet gemotiveerd zou zijn weersproken, reden waarom het hof vervolgens alsnog uitgaat van het uiteindelijk gegarandeerde kapitaal uitgezet tegen een rekenrente tussen de 4 en de 6% en dan tot de conclusie komt dat [de cliënt] voor die situatie onvoldoende zou hebben onderbouwd dat hij bij het naleven van de zorgplicht op het punt van de rekenrente de pensioenverzekering niet (toch) zou zijn aangegaan.

In hoger beroep heeft [de cliënt] echter (ook) gemotiveerd gesteld dat inschatting van de gehanteerde (reken)rente volstrekt onvoldoende waren. Zie in dit verband ook de MvA mrs 34–40, waarin [de cliënt] aan de hand van de grafieken van de Euribor dat de trend sinds 1990 al een structureel dalende trend was (MvA mr 36), dat vanaf 1982 de dalende lijn stevig werd ingezet (MvA mr. 37) en dat uit de 6 maanden Euribor vanaf 1999 slechts twee maal ongeveer de 5% aantikt. De 10 jaar staatlening rentegrafiek laat daarnaast zien dat vanaf 1990 de rente al heel hard daalde van 9% naar 5,5% in 1994 en 5% in 1998 (MvA mr 38). In mrs. 39 en 40 van de MvA wordt dan vervolgens gesteld:

'39. De markt gaf dus al ver voor 1998 volop signalen af dat het rekenen met hoge renten, en het voorspiegelen van deze percentages aan klanten, geen reëel perspectief was, wanneer dit werd geplaatst in de neergaande trend die onmiskenbaar gaande was. AON heeft doelbewust het

beeld voorgehouden van hoge renten als een zeer logisch en te verwachten scenario, terwijl dit gezien de langere trend niet in de lijn der verwachting lag.

40. Ook ten aanzien van de rendementen is er duidelijk een bewuste keuze gemaakt een fantastisch scenario voor te spiegelen. Hierna volgt een afbeelding over de ontwikkelingen van de AEX index vanaf 1983. Goed zichtbaar is dat tussen 1985 en 1995 de AEX index heel stabiel tussen de 100 en 200 punten lag en tussen 1983 en 1993 een heel langzame groei kende. Pas vanaf 1993 is er sprake van echte groei en in de periode tussen 1995 en 1998, gedurende de drie jaar voor het aanbod aan [de cliënt], was er sprake van een explosieve stijging, welke na het jaar 2000 weer even hard is ingezakt. AON heeft historisch dus bewust gekozen voor een referentieperiode van drie tot vijf jaar als basis voor het te verwachten rendement dat aan de klant zou worden voorgespiegeld en niet een veel langere historische referentieperiode, waarbij het totaal te verwachten rendement veel lager zou zijn. Overigens was de stijging van de AEX in 1992 3% en in 1994 nog 0%. De door AON gekozen stijging van 44% in 1993, zoals weergegeven in overweging 59, is dus niet representatief voor de stijging van de AEX in die periode. Zelfs in een Memorie van Grieven schetst AON blijkbaar graag het meest positieve beeld in plaats van een realistisch en evenwichtig beeld.'

Zie verder ook MvA mrs 47–53. Zie ook het p-v van de zitting van 12 maart 2021p. 4 en 5 (gecursiveerd door mij-HJWA):

'5% rekenrente is vrij hoog. 4% is wat ik vaker zie bij zaken uit deze periode. Op het moment dat het advies werd gegeven was de rente al dalende.

Als je kijkt naar het advies en dat de rente al daalde, dan had ook het negatieve beeld geschetst moeten worden.

Hij is niet gewaarschuwd dat het ook lager had kunnen liggen.

U vraagt mij wat er gebeurt zou zijn als de rekenrente wel aan de orde was geweest. *[de cliënt] had dan gezien dat een deel van het pensioen vast en een deel een risico was. Op het moment dat de rekenrente 1% lager zou uitvallen liep hij het risico een veel lager pensioen te hebben. Hij had het dan niet gedaan, want hij wilde zekerheid.*

U vraagt mij wat hij dan had gedaan. Dan was het pensioen waarschijnlijk of gebleven waar het was of er was een ander product gekomen.

U vraagt mij welke consequenties aan het eerste moet worden verbonden

Hij had dan een duidelijk pensioen gehad.

Het rare is dat er een advies wordt gegeven met een garantiëkapitaal, waar je pas aan kunt komen als je er 8% boven gaat zitten.

Voor meneer is niet duidelijk geworden dat hij in een zeer risicovol product ging stappen. Als ook was aangegeven dat hij 4% had kunnen krijgen, was bij hem het besef gekomen dat hij in een risi-

covol product was gestapt. Hij had dit dan waarschijnlijk niet gedaan.

U vraagt mij naar het garanti kapitaal. U vraagt mij naar de rekenrentes uit randnummer 32 van de akte en dat dit was geaccepteerd. *Meneer zou daar waarschijnlijk een heel andere beslissing op hebben genomen, want hij had dan volledige informatie gehad en dan had hij een ander besluit genomen.*

Niet alleen wordt met zoveel woorden gezegd dat wanneer hij erop was gewezen dat de rekenrente wel een 4% zou kunnen zijn hij dan had begrepen dat hij met een risicovol product te maken had en er dan niet was ingestapt. Ook wordt gemotiveerd aangegeven dat de rente structureel dalende was, waarin besloten ligt, dat [de cliënt] heeft *betwist* dat 'een verdergaande bandbreedte niet als realistisch werd beschouwd'. Uit de door [de cliënt] weergegeven renteontwikkeling volgt juist dat een verder dalende rente juist heel waarschijnlijk was, hetgeen dus een reden was geweest voor AON om daarvoor expliciet te waarschuwen, zodat niet alleen het rendement kon tegenvallen, maar ook de rekenrente nog eens maakte dat voor het te zijner tijd gerealiseerde bedrag een (veel) lager pensioen kon worden ingekocht.

III Het is in dat geval schrijnend en onbegrijpelijk dat als gevolg van de redenering van het hof hij van het Puratos pensioen momenteel € 14.959 uitgekeerd krijgt,¹¹ terwijl het hof in rov. 10.2 van het eindarrest uitgaat van een minimumbedrag van € 23.351,98 dat 'geaccepteerd' zou zijn door [de cliënt], hetgeen komt te staan op een jaarlijkse schade ten opzichte van het Puratos pensioen van bruto € 17.931.¹² Zowel in eerste aanleg heeft [de cliënt] de volstrekt onvoldoende of zelfs (grotendeels) afwezige advisering gekoppeld aan de stelling dat hij bij een juiste en volledige informatie c.s. advisering en dus met een juist beeld van de risico's niet in dit risicovol product was gestapt en dus het gegarandeerde, premievrije Puratos pensioen ongemoeid te laten.

Een redelijke uitleg van hetgeen onder I en II is weergegeven kan dan ook geen andere zijn dan dat [de cliënt] gemotiveerd — reeds bij inleidende dagvaarding herhaald bij MvA in hoger beroep — heeft betoogd dat (1) hij geheel niet, laat staan deugdelijk is voorgelicht omtrent de risico's en (2) dat en waarom hij niet had ingestemd met de aangeboden indien dat wel het geval was. Bovendien zit dat, zoals sub c) reeds uitvoerig is uiteengezet niet (uitsluitend) op (het risico van) de rekenrente, maar (juist ook) op het noodzakelijk *te behalen rendement*, dat aanzienlijk moet zijn (hoger dan 6% gemiddeld over de gehele looptijd). Aldus heeft [de cliënt] (zeer) gemotiveerd gesteld *dat het hem niet bekend was dat het om een zeer risicovol product ging en dat hij een andere beslissing voor wat betreft het Puratos pensioen zou hebben genomen indien hij volledig was inge-*

richt. In dat kader getuigt het van een onjuiste rechtsofpvatting (onjuiste want veel te hoge maatstaf met betrekking tot de stelplicht als bedoeld in, onder meer art 149 Rv) en zonder nadere toelichting onbegrijpelijk dat en waarom het hof oordeelt rov. 10 en 10.1 en 10.2 van het eindarrest, waarin het hof oordeelt dat onvoldoende onderbouwd zou zijn dat [de cliënt] de pensioenverzekering in kwestie niet zou zijn aangegaan wanneer AON haar zorgplicht wél had nageleefd. Dit ook in samenhang met rov. 6 van het tussenarrest, waarin het hof overweegt dat het een feit van algemene bekendheid is dat het rendement van beleggen kan tegenvallen of zelfs helemaal negatief kan zijn en dat voor dat algemene risico AON niet behoefde te waarschuwen. Het gaat hier — als gezegd in subonderdeel a) — om een risicovol product waaromtrent AON voldoende inzichten in de risico's had moeten geven, zodat [de cliënt] een voor hem verantwoorde keuze had kunnen maken. Die mogelijkheid is hem echter ontnomen.

Het hof heeft dus zowel voor wat betreft de klacht onder c) als de onderhavige onder d), in het bijzonder gelet op de klacht I de devolutieve werking van het appel miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.4. Het slagen van één of meer van de bovenvermelde klachten vitiëert ook rov. 13 t/m 19 van het tussenarrest en rov. 11, 12 en het dictum van het eindarrest.

Conclusie A-G mr. S.D. Lindenberg:

1 Inleiding en samenvatting

1.1 [de cliënt] heeft tot 1 september 1998 pensioen opgebouwd bij zijn toenmalige werkgever Puratos. De pensioenregeling voorzorg in een vast, niet-geïndexeerd ouderdomspensioen van f 72.481 (€ 32.890) bruto per jaar. Op advies van tussenpersoon/assurantieadviseur Aon heeft [de cliënt] de waarde van het Puratos pensioen in 1999 overgezet naar een pensioenverzekering bij Delta Lloyd. Op de pensioendatum (1 juni 2015) heeft [de cliënt] met het opgebouwde kapitaal een ouderdomspensioen van € 14.959 bruto per jaar gekocht.

1.2 [de cliënt] stelt dat Aon is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. Hij vordert kort gezegd schadevergoeding op te maken bij staat en (terug)betaling van de provisie. Anders dan de rechtbank heeft het hof de vorderingen afgewezen. Dit oordeel berust op drie gronden. (1) Aon hoefde niet te waarschuwen voor het beleggingsrisico omdat dit risico algemeen bekend was en dit risico beperkt was aangezien [de cliënt] voor een garanti kapitaal had gekozen. (2) Aon was destijds niet verplicht om [de cliënt] te informeren over de provisie en de kosten. (3) Aon heeft haar zorgplicht geschonden door niet te wijzen op het risico van een dalende rente, maar [de cliënt] heeft onvoldoende onderbouwd dat hij bij het naleven van die zorg-

¹¹ Inleidende dagvaarding mr. 29.

¹² Inleidende dagvaarding mr. 29.

plicht de pensioenverzekering niet in deze vorm zou zijn aangegaan.

1.3 In het principaal cassatieberoep komt [de cliënt] op tegen het oordeel dat Aon haar zorgplicht uitsluitend heeft geschonden door niet te wijzen op het risico van een dalende rente. Naar mijn mening treft die klacht doel. Het gaat hier om de vraag in hoeverre de assurantietussenpersoon moest adviseren over de risico's van het beleggen van een reeds opgebouwd pensioenkapitaal. Het hof is mijns inziens op ontoereikende gronden tot het oordeel gekomen dat Aon [de cliënt] niet had hoeven waarschuwen voor het risico van een blijvend lager pensioen dan het Puratos pensioen. Ook wordt volgens mij terecht opgekomen tegen het oordeel dat Aon niet verplicht was om [de cliënt] te informeren over de provisie en de kosten en tegen het oordeel over het (ontbreken van) causaal verband.

1.4 Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep bestrijdt mijns inziens tevergeefs dat Aon haar zorgplicht heeft geschonden door niet te wijzen op het risico van een dalende rente.

2 Feiten

In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten, die zijn ontleend aan rov. 1.1 tot en met 1.6 van het (tussen)arrest van 17 november 2020.¹

2.1 [de cliënt] (geboren [geboortedatum] 1950) heeft tot 1 september 1998 bij zijn toenmalige werkgever Puratos deelgenomen aan een collectieve pensioenregeling (hierna: *het Puratos pensioen*). Deze regeling voorzag in een gegarandeerd levenslang nominaal ouderdoms-pensioen van f 72.481 (€ 32.890) bruto per jaar vanaf de pensioendatum (1 juni 2015), met een daarvan afgeleid nabestaandenpensioen. Het pensioen werd niet geïndexeerd.

2.2 Per 1 november 1998 heeft [de cliënt] een functie bij een andere werkgever in dezelfde branche aanvaard. Op advies van Aon heeft hij ervoor gekozen bij de nieuwe werkgever een aanvullend pensioen op te bouwen in een zogenoemde C-polis van Delta Lloyd in de vorm van een beleggingsverzekering. In het door [de cliënt] en zijn werkgever ondertekende aanvraagformulier is bij "*gewenste beleggingswijze*" vermeld dat de premies voor deze beleggingsverzekering volledig zouden worden belegd in het Mixfonds van Delta Lloyd (productie 6 bij dagvaarding). Deze beleggingsverzekering is ondergebracht in polis [001]. De polisbescheiden heeft Aon bij brief van 20 januari 1999 aan [de cliënt] toegezonden.

2.3 Bij brief van 7 mei 1999 heeft Aon aan [de cliënt] geadviseerd de premievrij opgebouwde waarde van het Puratos pensioen aan Delta Lloyd over te dragen naar "*je eigen individuele winstdelende pensioenpolis*". In de brief wordt erop gewezen dat het Puratos pensioen voorziet in een vast jaarlijks nominaal ouderdomspensioen maar niet in in-

dexering. In de brief staat dat indien met de overdrachtswaarde een rendement van gemiddeld 7% per jaar kan worden gerealiseerd, er sprake is van een ouderdomspensioen dat f 14.495 per jaar hoger ligt dan het Puratos pensioen. Verder wordt voorgesteld de waarde van het Puratos pensioen (f 552.346) over te dragen naar het Mixfonds van Delta Lloyd. Het voorstel geeft voorbeelden van het "*te verkrijgen ouderdomspensioen vanaf de pensioendatum*" op basis van een "*gehanteerde rekenrente vóór en na de pensioendatum*" van 5%:

- bij een gemiddeld rendement van 6% is het prognosekapitaal f 1.031.035; dit levert een ouderdomspensioen van f 73.105 per jaar op;
 - bij een gemiddeld rendement van 7% is het prognosekapitaal f 1.226.374; dit levert een ouderdomspensioen van f 86.976 per jaar op;
 - bij een gemiddeld rendement van 9% is het prognosekapitaal f 1.687.709; dit levert een ouderdomspensioen van f 119.696 per jaar op.
- Verder wordt ervan uitgegaan dat in de voorgestelde beleggingsverzekering sprake zal zijn van een garantiekapitaal van f 725.597 (€ 329.261,56); dit levert een ouderdomspensioen van f 51.461 (€ 23.351,98) per jaar op.

2.4 Het voorstel van Aon is door [de cliënt] aanvaard en de waarde van het Puratos pensioen is vervolgens aan Delta Lloyd overgedragen. Deze waarde is eerst bijgeschreven op de al eerder gesloten beleggingsverzekering in polis [001], later daar weer van afgesplitst en ondergebracht in polis [002] en vervolgens – na een wijziging – overgezet op polis [003].

2.5 Aon heeft van Delta Lloyd provisie ontvangen voor haar bemiddeling bij de waardeoverdracht. Deze provisie is gerelateerd aan de waarde van het overgedragen bedrag.

2.6 Het in de beleggingsverzekering met nr. [003] opgebouwde kapitaal van € 378.167 is op de pensioendatum (1 juni 2015) aangewend voor de aankoop van een (in beginsel) vast ouderdomspensioen van € 14.959 bruto per jaar.² Dit ouderdomspensioen is lager dan het ouderdomspensioen waarin voorheen het gegarandeerde levenslange

1 Hof Den Haag 17 november 2020, zaaknummer 200.258.339/01 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

2 Naar ik begrijp staat dit los van de waarde van de beleggingsverzekering met nummer [001]. Partijen zijn het erover eens dat [de cliënt] per 1 juni 2015 jaarlijks € 22.739,40 bruto aan ouderdomspensioen ontvangt, waarvan € 14.959 bruto afkomstig is uit het voormalige Puratos pensioen. [de cliënt] stelt op dit punt (inleidende dagvaarding 29): "De toelichting en berekening daarbij is als volgt: jaarlijks verkrijgt [de cliënt] momenteel 22.739,40 euro pensioen (*productie 18*). Hiervan betreft 14.959 bruto per jaar het 'Puratos-pensioen' waarvan de waardeoverdracht heeft plaatsgevonden, 3.568 euro opbouw bij Bartholomeus Bakerstreet na 1 november 1998 en 4.212 euro bruto per jaar uit opgebouwd kapitaal bij een andere werkgever, te weten Paardekoper, welke was ondergebracht bij Nationale Nederlanden (*productie 19*).” In punt 42 van haar MvG stelt Aon hierover: "Per 1 juni 2015 ontvangt [de cliënt] jaarlijks EUR 22.739,40 bruto aan ingegaan levenslang ouderdomspensioen, waarvan EUR 14.959 bruto (f 32.970 bruto) uit het voormalige Puratos pensioen (*Productie 12*).”

Puratos pensioen voorzag, als gezegd nominaal € 32.890 bruto per jaar.

3 Procesverloop

In eerste aanleg

3.1 [de cliënt] heeft Aon op 29 december 2017 in rechte betrokken. Hij heeft verklaringen voor recht gevorderd die erop neerkomen dat Aon aansprakelijk is voor zijn nader bij staat op te maken (pensioen)schade en dat Aon deze schade moet vergoeden. Verder heeft hij gevorderd dat Aon wordt veroordeeld tot betaling van (a) de kosten van een deskundige die de exacte pensioenschade zal berekenen, (b) de door Aon van Delta Lloyd ontvangen provisie, vermeerderd met het gemiste rendement op wettelijke rente, (c) de buitengerechtigde incassokosten, (d) diverse andere bedragen aan wettelijke rente en (e) de proceskosten. De grondslag van de vorderingen is primair toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) en subsidiair onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), dwaling (art. 6:228 BW) dan wel bedrog (art. 3:44 BW).³

3.2 Bij vonnis van 2 januari 2019⁴ heeft de rechtbank Rotterdam voor recht verklaard dat Aon aansprakelijk is voor de pensioenschade en haar veroordeeld tot betaling van (1) schadevergoeding op te maken bij staat en (2) een bedrag van € 22.259 als schadevergoeding voor de door Aon ten laste van [de cliënt] genoten provisie, te vermeerderen met wettelijke rente. Verder heeft de rechtbank voor recht verklaard dat Aon de kosten dient te dragen van een deskundige die buiten de procedure door partijen gezamenlijk wordt benoemd om de schade te berekenen. Tot slot is Aon in de proceskosten veroordeeld.

3.3 De motivering van de rechtbank kan, voor zover nog relevant, als volgt worden samengevat.

3.4 Vast staat dat [de cliënt] vanaf zijn 15e jaar werkzaam was in de bakkerijbranche. Hij heeft geen bijzondere kennis van beleggen of pensioenen. Hij had een C-polis⁵ afgesloten als aanvullend pensioen. Uit het formulier heeft hij moeten begrijpen dat het om een beleggingspolis ging. Welke risico's zijn verbonden aan het beleggen van het gehele opgebouwde pensioen is geen feit van algemene bekendheid. Op Aon rustte dus een zware informatie- en waarschuwingsplicht ten aanzien van [de cliënt] toen zij hem adviseerde om de waarde van het gehele Puratos pensioen over te dragen naar de C-polis (rov. 4.2.3).

3.5 Met de brief van 7 mei 1999 heeft Aon niet voldaan aan de op haar rustende informatie- en waarschuwingsplicht. [de cliënt] heeft hiermee namelijk onvoldoende informatie ontvangen om te weten welke risico's zijn verbonden aan het beleggen van het gehele Puratos pensioen. Er worden slechts enkele algemene waarschuwingen over beleggen gegeven, die door optimistische berekeningen lijken te worden tegengesproken (rov. 4.2.5).

3.6 De brief van Aon bevat bij het onderdeel 'pensioenoverdracht' geen informatie over de winstdelende pensioenpolis. In hoeverre het Mixfonds van Delta Lloyd risicovol was wordt niet uitgelegd. Op basis van de veronderstelling dat bij een gemiddeld rendement van 7% al sprake zou zijn van een ouderdomspensioen dat f 14.495 per jaar hoger ligt dan het Puratos adviseert Aon tot de waardeoverdracht. Dat een gemiddeld rendement ook aanzienlijk lager kan uitvallen vermeldt de brief niet. In de rekenvoorbeelden wordt alleen voorgerekend dat het pensioen vrijwel gelijk of hoger uitvalt. De informatie in de brief is eenzijdig gericht op positieve resultaten. Dat het slechts om een prognose gaat, is niet uitdrukkelijk onder de aandacht gebracht. Tenslotte waarschuwt Aon niet over de uiterste gevolgen van een tegenvallend rendement: een blijvend lager pensioen dan het vaste Puratos pensioen (rov. 4.2.6).

3.7 [de cliënt] was in deze materie niet thuis en mocht vertrouwen op de deskundigheid van Aon. Aon heeft niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam pensioenadviseur mag worden verwacht door [de cliënt] niet behoorlijk te informeren en hem niet te waarschuwen voor risico's die waren verbonden aan de waardeoverdracht (rov. 4.2.9).

3.8 Aon is tekortgeschoten in de nakoming van haar hiervoor omschreven zorgplicht en zij is verplicht de schade die [de cliënt] hierdoor lijdt te vergoeden (rov. 4.2.10).

In hoger beroep

3.9 Aon heeft hoger beroep ingesteld. Op 17 november 2020 heeft het hof Den Haag een tussenarrest⁶ gewezen waarin vragen worden geformuleerd over de informatievoorziening (rov. 7) en het causaal verband (rov. 16). Het hof heeft een comparitie van partijen gelast om deze vragen te bespreken. Die comparitie heeft plaatsgevonden op 12 maart 2021. Op 6 april 2021 is het eindarrest⁷ gewezen. Daarin heeft het hof het vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen afgewezen met veroordeling van [de cliënt] in de proceskosten.

Het tussenarrest

3.10 In het tussenarrest komen vier onderwerpen aan bod:

1) Zorgplicht (rov. 3-4);

³ Inleidende dagvaarding 52-56.

⁴ Rb Rotterdam 2 januari 2019, zaaknummer C/10/542561 / HA ZA 18-31 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

⁵ In Asser/Luijens 7-XI 2019/211 wordt als volgt toegelicht wat een C-polis is: "Onder de PSW [de tot 1 januari 2007 geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet, A-G] was het mogelijk dat de toezegging omtrent pensioen in de zin van de PSW werd uitgevoerd doordat de werkgever de werknemer in staat stelde zelf een verzekeringsovereenkomst met een verzekeraar te sluiten, de zogenaamde C-polis (verzekeringsovereenkomst als bedoeld in art. 2 lid 4, onder C, PSW). Onder de [thans geldende, A-G] Pensioenwet is dat niet meer toegestaan."

⁶ Zie voetnoot 1.

⁷ Hof Den Haag 6 april 2021, zaaknummer 200.258.339/01 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

- 2) Beleggingsrisico (rov. 5-7);
- 3) Rekenrente (rov. 8-12);
- 4) Schending zorgplicht en causaal verband (rov. 13-16).

Hieronder volgt een weergave van deze overwegingen.

3.11 1) *De zorgplicht*. Met grief 1 betoogt Aon dat zij niet jegens [de cliënt] is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht (rov. 3). Het hof zal beoordelen of Aon jegens [de cliënt] heeft gehandeld in strijd met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantied adviseur mag worden verwacht (rov. 4).

3.12 2) *Het beleggingsrisico*. Het hof stelt voorop dat het hier gaat om pensioenopbouw door middel van een of meer beleggingsverzekeringen waarin met de overdrachtswaarde van het Puratos pensioen, evenals met de premies van de eerder gesloten beleggingsverzekering, participaties zijn aangekocht in het Mixfonds van Delta Lloyd. De opbrengsten van deze beleggingen vormen het opgebouwde pensioenkapitaal. Dit kapitaal is op de pensioendatum aangewend om een pensioen in te kopen. Het voorstel van Aon maakt duidelijk dat het rendement van de beleggingen van invloed is op het pensioenkapitaal (rov. 5).

3.13 Naar het oordeel van het hof behoefde Aon in de gegeven omstandigheden niet uitdrukkelijk te waarschuwen voor het risico dat het rendement van de beleggingen kan tegenvallen (rov. 6). [de cliënt] heeft onvoldoende gemotiveerd weersproken dat de in het voorstel opgenomen prognoses destijds gangbaar, realistisch en juist waren (rov. 7). Hij zal in de gelegenheid worden gesteld om zijn stellingen dat hij geen informatie heeft ontvangen over de eerste kosten en de provisie van de tussenpersoon, nader toe te lichten (rov. 7). Het hof overweegt:

“6. Dat het rendement van beleggingen kan tegenvallen, of zelfs negatief kan zijn, is een feit van algemene bekendheid. Dit risico is inherent aan pensioenopbouw door middel van beleggingen. Voor dit algemene risico behoefde Aon niet expliciet te waarschuwen, ook niet als zou moeten worden aangenomen dat [de cliënt] onervaren was in het beleggen. Dat er in dit geval sprake was van voor Aon kenbare lichtzinnigheid of ondoordachtetheit van [de cliënt], zodat zij daar in de advisering rekening mee moest houden, is gesteld noch gebleken. Bij dit alles is van belang dat het beleggingsrisico in dit geval beperkt was. Immers, [de cliënt] heeft gekozen voor een garantiëkapitaal, waardoor in zijn geval op de pensioendatum ten minste een bedrag van fl. 725.597,- beschikbaar kwam voor het aankopen van een pensioen. Uit het voorstel van Aon blijkt duidelijk dat met dat bedrag – uitgaande van een rekenrente van 5% – het aan te kopen pensioen (fl. 51.461,- per jaar) lager zou uitkomen dan het Puratos pensioen (fl. 72.481,- per jaar). Dat risico moet [de cliënt] geacht worden met het accepteren van de offerte te hebben aanvaard.

7. Bij de beoordeling of Aon haar zorgplicht heeft geschonden, komt het erop aan wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantied adviseur in de advisering mocht worden verwacht. Daarbij is onder meer van belang of de destijds geldende regels voor informatievoorziening zijn nageleefd. Aon heeft gesteld dat de in het voorstel opgenomen prognoses destijds gangbaar, realistisch en juist waren. [de cliënt] heeft dit niet gemotiveerd weersproken. [de cliënt] stelt wel dat hij in 1999 geen offerte van Delta Lloyd heeft ontvangen en dat dat ook geldt voor de offerte van Delta Lloyd van 13 oktober 1998 (memorie van antwoord sub 11). Door welke informatie [de cliënt] zich bij het aangaan van de (eerste) polis [001] en/of tweede polis dan heeft laten leiden, dan wel welke verwachtingen hij had over de werkwijze van het product is door hem niet concreet toegelicht. [de cliënt] heeft ook aangevoerd dat hij geen informatie heeft ontvangen over de eerste kosten en de provisie voor de tussenpersoon, zonder daar evenwel duidelijke conclusies aan te verbinden. Het hof zal [de cliënt] in de gelegenheid stellen deze stellingen alsnog tijdens een hieronder te gelasten comparitie van partijen toe te lichten.”

3.14 3) *De rekenrente*. Het hof heeft geoordeeld dat Aon haar zorgplicht heeft geschonden door niet te wijzen op het risico van een dalende (reken)rente (rov. 8 en 12). Het feit dat Aon er niet op heeft gewezen dat het een groot en serieus risico was dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou kunnen zijn dan de 5% die in het voorstel van Aon staat, is naar het oordeel van het hof echter geen schending van de zorgplicht (rov. 12). In dit verband heeft het hof het volgende overwogen:

“8. Aon is wel in haar zorgplicht jegens [de cliënt] tekortgeschoten omdat zij hem niet heeft gewezen op het risico van een dalende rekenrente. Daarvoor bestond in dit concrete geval wel aanleiding. De redenen daarvoor zijn de volgende.

9. De rentestand is een van de belangrijkste factoren die de uiteindelijke hoogte bepalen van het pensioen dat met het opgebouwde kapitaal kan worden aangekocht. Een lage rekenrente op het tijdstip van aankoop van het pensioen, levert een lager pensioen op; een hoge rekenrente een hoger pensioen. Daarmee is ook de mogelijke daling van de rente een risico dat inherent is aan deze wijze van pensioenopbouw. Dat risico is geen feit van algemene bekendheid. [de cliënt] hoefde dit risico niet te kennen. Dat [de cliënt] hiermee toch bekend was, is niet gebleken. In haar voorstel heeft Aon slechts genoemd dat werd uitgegaan van een rekenrente van 5%. Wat de invloed van een hogere of een lagere rekenrente op de hoogte van het pensioen zou zijn, heeft Aon in het voorstel niet duidelijk gemaakt, hoewel dit voor [de cliënt] relevante informatie was die mede behulpzaam was om de afweging

zou [lees: te i.p.v. zou, A-G] kunnen maken of het pensioenvoorstel voor hem geschikt was.

10. Het kan zo zijn dat Aon naar de maatstaven van toen prudent of zelfs behoudend heeft geadviseerd in die zin dat een rekenrente van 5% op dat moment gangbaar was, maar dat neemt niet weg dat zij in dit geval [de cliënt] minst genomen had moeten wijzen op dit risico van daling van de rente. Het Puratos pensioen was namelijk een zekerheid: een nominaal gegarandeerd ouderdomspensioen. Bij waardeoverdracht zou deze zekerheid vervallen en het pensioen behalve aan het risico van tegenvallende beleggingsrendementen — een risico dat [de cliënt] geacht werd te kennen — ook worden blootgesteld aan het risico van een dalende rente. Anders en kort gezegd: 'vast' werd 'onzeker', maar misschien lucratief. Deze risicoblootstelling van een eerder zeker pensioen vraagt (extra) aandacht van een adviseur als Aon. Voor het niet bekende risico van een dalende rente had Aon [de cliënt] duidelijk moeten waarschuwen. Het risico op een dalende rekenrente lijkt zich hier ook daadwerkelijk te hebben gemanifesteerd. Immers, het met de beleggingsverzekering behaalde eindkapitaal was € 378.167,-, waarmee [de cliënt] een pensioen van € 14.959,- heeft kunnen inkopen. Dat is een aanzienlijk lager pensioen dan [de cliënt] op basis van het voorstel van Aon heeft kunnen verwachten.

11. [de cliënt] stelt dat Aon er ook op had moeten wijzen dat er ten tijde van de advisering een groot en serieus risico bestond dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou zijn dan de 5% en 6% die in het voorstel van Aon staan. Het hof verwerpt dit standpunt. Het gaat er als gezegd om wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur in de advisering mocht worden verwacht (zie r.o. 7). Op dit punt heeft Aon aangevoerd dat de wijze waarop zij de rente hanteerde gangbaar en realistisch was. Volgens Aon heeft zij het risico van de rente op goede gronden op 5% kunnen inschatten, daarbij prudent gerekend met de vaste rekenrente die de verzekeraars hanteerden. Zij is uitgegaan van de uitgangspunten van De Nederlandsche Bank, terwijl de ontwikkeling van de rente nadien extreem negatief en destijds niet redelijkerwijs voorzienbaar was. Het hof gaat hierin mee. Dat dit een gangbare en realistische wijze van adviseren was, heeft [de cliënt] onvoldoende weersproken. Dat een andere wijze van advisering destijds denkbaar was vanwege economische ontwikkelingen van de rente in het verleden, is dan niet relevant.

12. Kortom, het is wel een schending van de zorgplicht dat Aon niet heeft gewezen op het risico van een dalende rente. Maar het feit dat Aon er niet op heeft gewezen dat het een groot en serieus risico was dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering

lager zou kunnen zijn dan de 5% die in het voorstel van Aon staat, is geen schending van de zorgplicht."

3.15 4) *Schending zorgplicht en causaal verband*. Tot slot wordt overwogen dat het hof vragen heeft over het causaal verband en een comparitie zal gelasten om deze te bespreken:

"13. Of Aon schadeplichtig is jegens [de cliënt], hangt ervan af welke keuze [de cliënt] zou hebben gemaakt indien hij meer inzicht had gehad in de invloed van een dalende rekenrente op de hoogte van het door hem aan te kopen pensioen. Wanneer hij bij een toereikende informatieverstrekking de pensioenverzekering ook was aangegaan, heeft hij geen schade geleden als gevolg van de gebrekkige informatievoorziening en daarmee onjuiste advisering.

14. [de cliënt] is van mening dat hij zijn Puratos pensioen niet zou hebben ingebracht in de door Aon geadviseerde pensioenverzekering als hij volledig zou zijn geïnformeerd over de risico's.

15. Aon ziet het anders. [de cliënt] was geen gewone werknemer. Hij is intelligent, had managementfuncties en was betrokken bij de te maken keuze. [de cliënt] wilde een optimaal resultaat. Daaruit volgt dat hij risicobereid was. Al eerder had [de cliënt] op dezelfde basis voor een aanvullend pensioen een C-polis gesloten. Bij het sluiten van de verzekering voor het volledige pensioen had [de cliënt] verder geen vragen en ging hij snel akkoord. Daarmee heeft hij bewust de risico's van een tegenvallend resultaat aanvaard. De advisering van Aon vond plaats aan de hand van prognoses die destijds gangbaar, realistisch en juist waren. Zelfs als Aon destijds nog meer uitleg had gegeven over de mogelijke risico's en [de cliënt] wel vragen had gesteld waarop Aon zou hebben geantwoord, dan nog zou [de cliënt] akkoord zijn gegaan met de waardeoverdracht, aldus nog steeds Aon.

16. Het hof heeft vragen over het causaal verband en zal een comparitie van partijen gelasten om deze te bespreken. Deze vragen zijn in ieder geval de volgende. Bij welke minimale rekenrente op de pensioendatum zouden (a) het daadwerkelijk bereikte pensioenkapitaal en (b) het gegarandeerde pensioenkapitaal toereikend zijn geweest om tot hetzelfde nominale (dus niet geïndexeerde) ouderdomspensioen — en afgeleid nabestaandenpensioen — te komen als het Puratos pensioen? Kunt u een overzicht geven van de ontwikkeling van de rekenrente in de jaren 1980-2015 voor de aankoop van een pensioen (in een situatie als de onderhavige)? Kunt u aan de hand van cijfers illustreren welke invloed de hoogte van de rekenrente had op het in 1999 aan te kopen pensioen?"

Het eindarrest

3.16 Het eindarrest betreft de informatievoorziening (rov. 2-7) en het causaal verband (rov. 8-11).

3.17 *De informatievoorziening.* Volgens het hof heeft [de cliënt] niet nader toegelicht door welke informatie hij zich bij het aangaan van de (eerste) polis [001] en/of tweede polis heeft laten leiden (rov. 2). Ook verwerpt het hof de stelling van [de cliënt] dat Aon haar zorgplicht heeft geschonden door hem niet te informeren over de eerste kosten en de provisie:

“3. Verder is gevraagd om duidelijke conclusies te verbinden aan de stelling dat [de cliënt] niet was geïnformeerd over de eerste kosten en de provisie voor de tussenpersoon. Volgens [de cliënt] zou hij, indien hij daarover was geïnformeerd, niet hebben ingestemd met de waardeoverdracht. Het niet-informeren is naar zijn mening een schending van de zorgplicht. Het hof verwerpt deze stelling van [de cliënt] om de volgende redenen.

4. Er was bij de waardeoverdracht en het sluiten van de polis geen verplichting van Aon om [de cliënt] te informeren over de provisie en/of de omvang daarvan. Op dit punt is van belang dat de provisie onder het regime van art. 13 van de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (Wabb) uitsluitend een kwestie was tussen verzekeraar en assurantietussenpersoon. Deze partijen kwamen met elkaar een provisie overeen als beloning voor de door de assurantietussenpersoon verleende bemiddeling. De verzekerde, zoals in dit geval [de cliënt], stond daar buiten. Dat dit niet informeren over de provisie door Aon desondanks wel een schending van de zorgplicht was is niet voldoende onderbouwd. Op dit punt is het volgende van belang.

4.1 De stelling dat de provisie ‘verboden’ was en de relevantie daarvan voor de gestelde informatieplicht zijn niet uitgewerkt.

4.2 Dat er een niet gangbare provisie van 9% zou zijn gerekend is door Aon weersproken, onder meer aan de hand van de door [de cliënt] zelf overgelegde producties 21 en 22. Uit deze producties volgt dat er een afsluitprovisie van 5% is bedongen. Dit laatste is door [de cliënt] niet voldoende betwist.

5. Destijds was er evenmin een verplichting van Aon om [de cliënt] te informeren over de eerste kosten die de verzekeraar bij hem in rekening zou brengen. Dat was uitsluitend een kwestie tussen Delta Loyd en [de cliënt]. Ook op dit punt is de schending van de zorgplicht onvoldoende door [de cliënt] onderbouwd.

6. Uit het voorgaande volgt dat Aon vanwege schending van een informatieplicht op het punt van provisie en kosten niet aansprakelijk is.

7. Voor zover [de cliënt] zich in verband met dit aan Aon verweten niet-informeren (ook) beroept op dwaling faalt het. Er is namelijk niet voldaan aan de voorwaarde dat Aon hem had ‘behoren in te lichten’ (art. 6:228 lid 1 onder b BW).”

3.18 *Het causaal verband.* In rov. 8-9 memoreert het hof zijn beslissingen uit rov. 12-13 van het tus-

senarrest over de zorgplicht en het causaal verband. Daarna oordeelt het hof dat geen causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade is komen vast te staan:

“10. Naar het oordeel van het hof is er geen causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de gestelde schade komen vast te staan. De redenen voor dit oordeel zijn de volgende.

10.1. Aon heeft op basis van een rekenrente van 5% geadviseerd. Dit was een gangbare en realistische wijze van adviseren (r.o. 11 van het tussenarrest). Indien Aon de rol van rente in de advisering zou hebben betrokken, zou zij — zo heeft zij gesteld — scenario's hebben geschetst op basis van rentes tussen de 4% en 6% omdat een verdergaande bandbreedte destijds niet als realistisch werd gezien. Dit is door [de cliënt] niet gemotiveerd weersproken.

10.2. De invloed van de rekenrente voor het pensioen is in beeld gebracht in de akte van Aon, onder 32. Bij een rekenrente tussen 4% en 6% zou het (uiteindelijke) gegarandeerde kapitaal van € 363.702,— (uitgaande van de indertijd gehanteerde overlevingstafel 1999) een ouderdomspensioen opleveren van ten minste € 23.508,— per jaar en ten hoogste van € 28.440,— per jaar. Dit minimum is meer dan het bedrag van € 23.351,98 dat in de offerte van 7 mei 1999 voor het garanti kapitaal in het vooruitzicht is gesteld (zie r.o. 1.3 van het tussenarrest). Dat laatste bedrag, althans het risico dat het ouderdomspensioen daarop zou kunnen uitkomen, is destijds door [de cliënt] geaccepteerd door de offerte te aanvaarden.

10.3. Bij deze stand van zaken heeft [de cliënt] onvoldoende onderbouwd dat hij bij het naleven van de zorgplicht op het punt van de rekenrente de pensioenverzekering niet in deze vorm zou zijn aangegaan.

11. Hieruit volgt dat niet kan worden vastgesteld dat [de cliënt] de gestelde schade als gevolg van de schending van de zorgplicht door Aon heeft geleden.”

3.19 Het hof is daarom tot de volgende slotsom gekomen. Het hoger beroep slaagt en het bestreden vonnis zal worden vernietigd. De vorderingen van [de cliënt] zullen alsnog worden afgewezen en hij zal worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties (rov. 12).

In cassatie

3.20 [de cliënt] heeft tijdig cassatie ingesteld. Aon heeft geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep en heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [de cliënt] heeft geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel beroep. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht en daarna gerepliceerd en gedupliceerd.

4 Zorgplicht assurantietussenpersoon bij advisering over een pensioenverzekering

4.1 Deze zaak gaat in de kern over de zorgplicht van een tussenpersoon/assurantieadviseur.

4.2 Vooropgesteld moet worden dat een assurantietussenpersoon als opdrachtnemer in de eerste plaats de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen (art. 7:401 BW). Daaruit vloeit voort dat de assurantietussenpersoon moet handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.⁸

4.3 Een invulling van deze algemene norm is te vinden in de arresten *Erven Van Dam/Rabobank* en [...]/*Octant* uit 1998 en 2003. In die arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld (i) dat de assurantietussenpersoon moet waken over de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen en (ii) dat de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam moet maken op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben.⁹

4.4 Daarnaast hebben assurantietussenpersonen te maken met publiekrechtelijke verplichtingen. Deze publiekrechtelijke plichten stonden in de periode van 1 april 1991 tot 1 januari 2006 in de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (hierna: *Wabb*)¹⁰ en waren van 1 januari 2006 tot 1 januari 2007 opgenomen in de Wet financiële dienstverlening (hierna: *Wfd*).¹¹ Inmiddels zijn zij vastgelegd in afdeling 4.2.3 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: *Wft*)¹² en hoofdstuk 8 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: *BGfo*).¹³

4.5 Onze zaak betreft de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij de advisering in het kader van een pensioenverzekering. [de cliënt] verwijt Aon met name dat zij onvoldoende aandacht heeft besteed aan de risico's van waardeoverdracht naar de pensioenverzekering.

4.6 Het is van belang om scherp te stellen welke rol assurantietussenpersoon Aon hier vervult. Anders dan in de arresten *Erven Van Dam/Rabobank* en [...]/*Octant* gaat het hier niet om het bewaken van verzekeringen die tot de portefeuille van de tussenpersoon behoren. Het betreft hier de advisering aan een cliënt/consument over een pensioenverzekering. Aangenomen mag worden dat (zoals tevens uit het vervolg van deze conclusie blijkt) de assurantietussenpersoon ook in deze rol moet waken over het belang van zijn cliënt.¹⁴ De tussenpersoon bewaakt dan het belang van zijn cliënt door na te gaan welke verzekering(en) voor de cliënt passend zou(-den) zijn en hem voor te lichten over de kenmerken daarvan.¹⁵

4.7 De rol van de assurantietussenpersoon verschilt daarmee ook wezenlijk van de rol van de pensioenverzekeraar. Pensioenuitvoerders, waaronder ook pensioenverzekeraars,¹⁶ zijn verplicht om deelnemers en pensioengerechtigden onder meer met een jaarlijkse opgave te informeren,¹⁷ maar een pensioenuitvoerder zal in principe ¹⁸ geen pensioenadvies verstrekken.¹⁹

4.8 Het advies van Aon dateert van 7 mei 1999. De vraag is wat naar de toen geldende maatstaven van een redelijk handelend en redelijk bekwaam assurantietussenpersoon mocht worden verwacht. Het antwoord op die vraag wordt primair beheerst door de inhoud van de contractuele verhouding waarin de assurantietussenpersoon staat tot diens cliënt, waarover meer onder 4.15. Bij de beantwoording van deze vraag komt niettemin mede betekenis toe aan de publiekrechtelijke zorg-/informatieplicht bij de advisering over een (pensioen)verzekering.

8 M.J. Bruins Slot, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon en onderverzekering', *MvV* 2020-3, p. 114, W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & K.J.L. Verschoor (red.), *Compendium verzekeringsrecht* 2019/1.5.5, M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk, nr. VR2) 2019/3.4, *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/93 en 200, Chr.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingplichten en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009/11 en W.J. Hengeveld en B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in: P.J.M. Drion en J.H. Wansink e.a. (red.), *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), 2004, p. 108-118. Deze maatstaf is voor de verzekeringstussenpersoon voor het eerst door de Hoge Raad aanvaard in HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, *NJ* 1997/718 m.nt. M.M. Mendel, *VR* 1997/97 m.nt. T.J. Dorhout Mees (*Korea Holland Trading/Generale Bank Nederland*).

9 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2003/76 m.nt. R. Feunekes ([...]/*Octant*) en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2008/47 m.nt. E.M. Loesberg (*Erven Van Dam/Rabobank*).

10 Wet van 7 februari 1991, houdende regeling van het assurantiebemiddelingsbedrijf, *Stb.* 1991/78.

11 Wet van 12 mei 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening (Wet financiële dienstverlening), *Stb.* 2005/339.

12 Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), *Stb.* 2006/475.

13 Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële ondernemingen (Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft), *Stb.* 2006/520.

14 Zie C.J. de Jong, Aansprakelijkheid van een verzekeringstussenpersoon als gevolg van een zorgplichtschending, *NTHR* 2019/2-3, p. 119 onder verwijzing naar rb. Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420, *JA* 2016/62, rov. 2.4, rb. Roermond 27 april 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BQ3212, rov. 4.2.3, conclusie A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2015:28) voor HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525, *RvdW* 2015/378 (*M Sure/X*), punt 2.2 en C.J. de Jong, 'De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Knelpunten in het verzekeringsrecht*, Deel 3, 2012, p. 37.

15 Vgl. rb. Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420, *JA* 2016/62, rov. 2.4.

16 Zie de definitie van "pensioenuitvoerder" in art. 1 Pensioenwet.

17 Zie art. 38-50 Pensioenwet.

18 Art. 47c Pensioenwet voorziet wel in de mogelijkheid dat de pensioenuitvoerder adviseert over waardeoverdracht.

19 Dienovereenkomstig is op de verhouding tussen de verzekeraar en de aanspraak- of pensioengerechtigde de Wet op het financieel toezicht niet van toepassing, tenzij de Pensioenwet anders bepaalt (art. 6 Pensioenwet).

Publiekrechtelijke zorg-/
informatieplicht
assurantietussenpersoon bij advisering
In 1999

4.9 In 1999 waren de publiekrechtelijke verplichtingen voor assurantietussenpersonen, zoals gezegd, geregeld in de Wabb. De Wabb bevat geen zorg-/informatieplichten voor de tussenpersoon die betrekking hebben op de advisering over (pensioen)verzekeringen.²⁰

4.10 Het belang van informatieverschaffing bij het aangaan van een pensioenverzekering was in 1999 echter al wel bekend uit publiekrechtelijke regelgeving voor levensverzekeraars.²¹

4.11 Een pensioenverzekering valt onder de definitie van een levensverzekering.²² Levensverzekeraars zijn vanaf 1994 publiekrechtelijk verplicht om aan de verzekeringnemer²³ inlichtingen te verstrekken over onder meer de verzekeringsdekking, de premie(betaling) en de afkoop- en premievrije waarden. Die verplichting stond toen in art. 51 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993²⁴ (hierna: Wtv) en art. 2 lid 2 van de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994²⁵ (hierna: RIAV 1994). Deze bepalingen hebben een Europeesrechtelijke oorsprong: zij zijn de implementatie van art. 31 van de Derde Levensrichtlijn.²⁶

4.12 Uit diverse rapporten bleek dat er veel klachten bleven over het ontbreken van informatie bij het sluiten van een levensverzekering. De klachten zagen met name op de beleggingsrisico's en de

kosten.²⁷ Per 1 januari 1999 is de publiekrechtelijke informatieplicht van de levensverzekeraar aangescherpt. Daartoe is de RIAV 1994 vervangen door de RIAV 1998.²⁸ In art. 2 lid 2 van de RIAV 1998 is onder meer geregeld dat levensverzekeraars ook informatie dienen te verstrekken over (1) de invloed van kosten en inhoudingen ten laste van de verzekeringnemer op het rendement en de uitkering verbonden aan de overeenkomst, (2) de kosten die naast de premie in rekening worden gebracht en (3) het aan de overeenkomst verbonden beleggingsrisico en de mate waarin dit risico ten laste komt van de verzekeringnemer.

Huidig recht

4.13 Een assurantietussenpersoon is een financiële dienstverlener in de zin van art. 1:1 Wft.

4.14 De zorg-/informatieplichten van financiële dienstverleners in het kader van de advisering over financiële diensten of producten zijn (voor zover hier relevant) opgenomen in art. 4:20, 4:22a en 4:24a Wft. De strekking van die bepalingen is verkort weergegeven als volgt:

- Ingevolge art. 4:20 lid 1 Wft moet een financiële dienstverlener de consument of – indien het een financieel instrument of verzekering betreft – de cliënt vóór de advisering de informatie verschaffen die relevant is voor een adequate beoordeling van de dienst of het product. Diezelfde verplichting stond in (het van 2006 tot 2007 geldende) art. 31 lid 1 Wfd.

- In art. 4:22a lid 1 Wft is geregeld dat de financiële dienstverlener vóór de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst de wensen en behoeften van de cliënt moet vaststellen en alleen informatie dient te verstrekken over verzekeringen die daarbij aansluiten.

- Ingevolge (het sinds 1 januari 2014 geldende²⁹) art. 4:24a leden 1 en 2 Wft is de financiële dienstverlener verplicht om de gerechtvaardigde belangen van de consument op zorgvuldige wijze in acht te nemen en, indien hij adviseert, in diens belang te handelen.

20 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 4 (MvT Wfd): "Een adequate informatievoorziening wordt door de Wabb niet van de verzekeringstussenpersoon verlangd."

21 Zie hierover (veel) meer in: conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:973) voor HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis/Nationale Nederlanden*), punten 4.8-4.53.

22 Zie in het kader van art. 7:975 BW (de definitie van de levensverzekering naar huidige verzekeringsrecht): *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/639, Asser/Lutjens 7-XI 2019/225* en *GS Bijzondere overeenkomsten* (P. Clausen), art. 7:975 BW, aant. 9. Op dit punt is geen sprake van een wijziging ten opzichte van het oude recht. De wetsgeschiedenis vermeldt (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 44 (MvT titels 7.17 en 7.18 BW)): "Mede gelet op de algemene definitie van verzekering van artikel 7.17.1.1 is de definitie van levensverzekering volgens het onderhavige ontwerp nagenoeg gelijk aan die welke in artikel 1 onder a van de Wet op het Levensverzekeringsbedrijf (Stb. 1922, 716) is vervat."

23 Bij pensioenverzekeringen is dat vaak de werkgever. Zie: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 111 (MvT Pensioenwet).

24 Wet van 9 maart 1994, houdende vervanging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf door de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, Stb. 1994/252.

25 Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 (RIAIV 1994), Stcrt. 1994/97.

26 Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde levensrichtlijn), PbEG 1992, L 360.

27 Zie onder meer: 25ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode: 1 januari 1995 t/m 31 december 1995, p. 18, 28ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode 1 januari 1998 t/m 31 december 1998, p. 17-18, A.W.A. Boot, *Koopsommen en premiestortingen een goudmijn: maar voor wie? De consument betaalt, de overheid kijkt toe en de verzekeringsmaatschappij is de lachende derde*, onderzoeksrapport UvA, 20 november 1995, p. 1 en De Verzekeringskamer (G.C.M. Siegelaeler, J.H. Klein Haneveld, I.A. Homan & D. Rispen), *Informatieverstrekking aan verzekeringnemers*, PVK Studies 14, Apeldoorn: april 1998, p. 9.

28 Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998 (RIAIV 1998), Stcrt. 1998/134.

29 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2014), Stb. 2013/487 (artikel 1 onder SSS) en, voor de datum van inwerkingtreding, Besluit van 11 december 2013 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van onder meer de Wijzigingswet financiële markten 2014, Stb. 2013/552.

Privaatrechtelijke zorg-/informatieplicht
assurantietussenpersoon bij advisering

4.15 De privaatrechtelijke zorgplicht van de assurantietussenpersoon wordt beheerst door open normen zoals art. 6:2, 6:248 en 7:401 BW. De invulling hangt af van de omstandigheden van het geval. De ratio van deze zorgplicht is met name gelegen in het overbruggen van de informatieongelijkheid en het bevorderen van het vertrouwen in de financiële markt(partijen).³⁰

4.16 De privaatrechtelijke zorgplicht kan verder strekken dan wat de publiekrechtelijke regels voorschrijven.³¹ De reden is dat de publiekrechtelijke regels soms een ondergrens (minimumharmonisatie) inhouden en vaak hun oorsprong vinden in reeds bestaande civielrechtelijke zorgplichten.³² In een recente prejudiciële beslissing oordeelde de Hoge Raad dienovereenkomstig dat de privaatrechtelijke zorgplichten van een levensverzekeraar meeromvattend kunnen zijn dan volgt uit de toepasselijke publiekrechtelijke regels (in die zaak: de Derde Levensrichtlijn en de RIAV).³³ Voorstelbaar is dat dit minder snel aan de orde zal zijn naarmate de publiekrechtelijke regelgeving van recenter datum en

fijnmaziger is, maar daarover heeft de Hoge Raad nog niet (uitdrukkelijk) beslist.³⁴

4.17 Ook voor de assurantietussenpersoon geldt dat zijn privaatrechtelijke zorg-/informatieplicht verder kan strekken dan hetgeen waartoe hij krachtens publiekrecht gehouden is. Voor art. 31 Wfd (de voorloper van art. 4:20 Wft) en art. 4:24a Wft blijkt dit uit de wetsgeschiedenis.

4.18 De memorie van toelichting bij art. 31 Wfd uit 2004 bevat onder meer de volgende passage:³⁵

“10.7.5.2. Precontractuele informatie (artikel 31)
Op grond van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek zal een verkopende partij zijn wederpartij altijd adequaat moeten informeren over de relevante kenmerken van het product dat wordt aangeboden. Ook een tussenpersoon zal de (potentiële) afnemer adequaat moeten informeren op grond van het civiele recht om aan zijn zorgplicht jegens zijn cliënt te kunnen voldoen.”

4.19 De memorie van toelichting bij art. 4:24a Wft uit 2013 vermeldt onder meer het volgende:³⁶

“In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt aangenomen dat ook in het civiele recht financiële dienstverleners een zorgplicht hebben jegens hun klanten, die verder gaat dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen.³⁷ Dit volgt uit de bijzondere functie die financiële instellingen in het maatschappelijk verkeer vervullen. De voorgestelde algemene zorgplicht beoogt in beginsel geen verder reikende verantwoordelijkheid voor financiële dienstverleners te introduceren dan hetgeen reeds geldt ingevolge de civielrechtelijke zorgplicht.” [voetnoot overgenomen en doorgenummerd, A-G]

4.20 Uit deze citaten kan worden geconcludeerd dat zowel de verplichting om vóór de advisering alle relevante informatie te verschaffen (art. 4:20 Wft/art. 31 Wfd) als de verplichting om op zorgvuldige wijze de belangen van de cliënt/consument in acht te nemen (art. 4:24a Wft) hun oorsprong vinden in reeds eerder bestaande civielrechtelijke zorgplichten. Voor art. 4:24a Wft blijkt dat eveneens uit de rechtspraak van de Hoge Raad. In het arrest *Immobilie/Promontoria* c.s. overwoog de Hoge Raad namelijk dat “de in art. 4:24a Wft neergelegde zorgplicht blijktens de totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling geen andere is dan de uit het privaatrecht

30 Zie conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:973) voor HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis/Nationale Nederlanden*), punten 6.20-6.21 met verwijzing naar annotatie J.B.M. Vranken bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, JOR 2009/200 m.nt. C.W.M. Lieveise, JA 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting GeSp/Aegon*), punt 22, T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg, Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten, AV&S 2009/23, Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht’, AV&S 2009/11. Vgl. ook HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, NJ 2021/35 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2020/136 m.nt. M.H.E. Rongen en C.W.M. Lieveise, *JIN* 2020/136 m.nt. E.J.H. Zandbergen en S. Lubberhuizen, *TvI* 2021/12 m.nt. C. Spierings en G.J.L. Bergervoet, AA2020043 m.nt. W.H. van Boom (*Immobilie/Promontoria*), rov. 2.9.1-2.9.2. Diezelfde ratio wordt genoemd in: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 3 (MvT Wfd) en Silverentand & Van der Eerden (red.), *Hoofdlijnen Wft (R&P nr. FR6)* 2018/77.4.

31 Zie conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:973) voor HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis/Nationale Nederlanden*), punt 6.23 onder verwijzing naar HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/184 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2019/58 m.nt. F.M.A. 't Hart (*Hypinvest*), rov. 3.4.2, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveise, AA20100188 m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (*De Treek/Dexia*), rov. 4.11.5, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2009/200 m.nt. C.W.M. Lieveise en JA 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting GeSp/Aegon*), rov. 4.6.10 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/...*), rov. 4.5.8.

32 Conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:973) voor HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis/Nationale Nederlanden*), punt 6.23 en annotatie J.B.M. Vranken bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, JOR 2009/200 m.nt. C.W.M. Lieveise, JA 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting GeSp/Aegon*), punt 36.

33 HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis/Nationale Nederlanden*).

34 Vergelijk in dat verband: conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:973) voor HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis/Nationale Nederlanden*), punten 14.8-14.24.

35 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 48 (MvT Wfd).

36 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 26 (MvT Wijzigingswet financiële markten 2014).

37 Zie onder meer HR 23 mei 1997, NJ 1998/192; HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660; HR 11 juli 2003, NJ 2005/103; HR 23 december 2005, NJ 2006, 289.

voortvloeiende zorgplicht van financiële dienstverleners jegens hun cliënten.³⁸

4.21 Ik vind het aannemelijk dat deze beide civielrechtelijke zorgplichten tot (kort gezegd) informatieverschaffing en zorgvuldige belangenbehartiging in 1999 al bestonden. Ten aanzien van de verplichting om vóór de advisering alle relevante informatie te verschaffen kom ik tot die slotsom omdat de geciteerde parlementaire geschiedenis dateert uit 2004. Die wetsgeschiedenis duidt er niet op dat deze civielrechtelijke verplichting toen (relatief) nieuw was. Voor de verplichting om op zorgvuldige wijze de belangen van de cliënt/consument in acht te nemen, kom ik tot die slotsom omdat de geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis een (eveneens geciteerde) voetnoot bevat waarin onder meer wordt verwezen naar arresten van de Hoge Raad uit 1997 en 1998. Daar komt nog bij dat de Hoge Raad ook al in 1998 in het arrest *Erven Van Dam/Rabobank* als civielrechtelijke zorgplicht heeft geformuleerd dat de assurantietussenpersoon moet waken over de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen (zie onder 4.3 hiervoor).

4.22 De verplichting van een assurantietussenpersoon om bij de advisering op zorgvuldige wijze de belangen van de cliënt/consument in acht te nemen, kan inhouden dat hij moet waarschuwen voor risico's. Dienovereenkomstig behoeft de afnemer van een financieel product die zich laat adviseren door een tussenpersoon, minder snel bedacht te zijn op niet-vermelde risico's, omdat hij ervan mag uitgaan dat de tussenpersoon onafhankelijk en deskundig is.³⁹

4.23 Een waarschuwingsplicht ligt zeker voor de hand als het gaat om de overgang van een regeling met een vast pensioen naar een pensioen dat afhankelijk is van economische omstandigheden. Het hof Den Haag heeft in zo'n geval – waarbij ook sprake was van een overgang in 1999 van een vaste pensioenuitkering naar een uitkering waarvan de hoogte afhing van onzekere factoren, waaronder be-

leggingsresultaten – de volgende norm gehanteerd:⁴⁰

“20. Het hof stelt voorop dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/pensioenadviseur mag worden verwacht dat deze in een geval als dit, waarin hij in opdracht van en namens de werkgever de werknemers informeert over een eventuele overgang naar een andere pensioenregeling, die mede strekt ter voorkoming van het aangaan van onverantwoorde risico's als gevolg van onervarenheid, lichtzinnigheid of ondoordachtigheid, kan onder omstandigheden ook gelden wanneer de werknemers op zichzelf over voldoende informatie (geacht mogen worden te) beschikken om de risico's te kunnen (onder)kennen.”

De geciteerde rechtsoverweging is door de tussenpersoon in cassatie bestreden.⁴¹ De Hoge Raad heeft het cassatieberoep in zoverre met toepassing van art. 81 lid 1 RO verworpen.⁴²

4.24 Voor het overige geldt dat het bestaan en de reikwijdte van een verplichting van de assurantietussenpersoon om te waarschuwen voor risico's afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan worden gedacht aan de persoonlijke situatie van de cliënt, zijn kennis over pensioenen en beleggingen en de inhoud van de overeenkomst met de tussenpersoon. Ook kan mijns inziens een rol spelen in welke feitelijke context het advies is gegeven. Zo zal relevant zijn of de tussenpersoon het advies op eigen initiatief of desgevraagd heeft gegeven.

4.25 Voor wat betreft het initiatief tot advisering blijkt in onze zaak het volgende uit de gedingstukken in feitelijke instanties. Partijen zijn het erover eens dat [de cliënt] Aon heeft ingeschakeld voor het geven van pensioenadvies.⁴³ [de cliënt] heeft echter ook gesteld dat Aon in haar brief van 7 mei 1999 te-

38 HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, NJ 2021/35 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2020/136 m.nt. M.H.E. Rongen en C.W.M. Lieverse, *JIN* 2020/136 m.nt. E.J.H. Zandbergen en S. Lubberhuizen, *Tvl* 2021/12 m.nt. C. Spierings en C.J.L. Bergervoet, AA20220043 m.nt. W.H. van Boom (*Immobilie/Promontoria* c.s.), rov. 2.9.3. In gelijke zin: punt 4.93 van de conclusie A-G Hartlief voor dat arrest (ECLI:NL:PHR:2020:358).

39 Dat uitgangspunt is door de Hoge Raad geformuleerd in vier arresten over de effectenlease-problematiek: HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, NJ 2019/238 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2019/160 m.nt. C.W.M. Lieverse (*X/Dexia*), HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2016/274 m.nt. C.W.M. Lieverse (*B/Dexia*), HR 2 september 2016, ECLI:NL:2016:2015, *RvdW* 2016/922 (*Dexia/X*) en HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, NJ 2014/176 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JIN* 2013/178 m.nt. M.C. van Rijswijk, *JOR* 2013/311 m.nt. S.B. van Baalen (*NBG Finance*).

40 Hof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, *JAR* 2016/75 m.nt. S.H. Kuiper. Zie daarover ook rov. 4.2.2 van het vonnis in onze zaak en K. Vermeulen, 'Claim wegens pensioenschade ligt op de loer', *Pensioen & Praktijk* 2016-2, p. 36-38.

41 Conclusie R.H. de Bock (ECLI:NL:PHR:2017:509) voor HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388, NJ 2017/352, *JBPr* 2018/4 m.nt. D.F.H. Stein, *JIN* 2017/194 m.nt. N. de Boer (*X/Grindacc* c.s.), punt 3.2.

42 HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388, NJ 2017/352, *JBPr* 2018/4 m.nt. D.F.H. Stein, *JIN* 2017/194 m.nt. N. de Boer (*X/Grindacc* c.s.).

43 Zie onder meer inleidende dagvaarding 8, CvA 12-13, *MvG* 12 en *MvA* 9-10.

rugkwam van een eerder advies.⁴⁴ In dat opzicht lag het initiatief volgens [de cliënt] dus bij Aon. In cassatie wordt dit aspect niet meer aan de orde gesteld.

Conclusies

4.26 Dit brengt mij tot de volgende conclusies die relevant zijn voor de zorg die een assurantietussenpersoon in 1999 moest betrachten bij de advisering over een pensioenverzekering:

- In 1999 golden voor de assurantietussenpersoon geen publiekrechtelijke zorg-/informatieplichten die betrekking hebben op de advisering over een (pensioen)verzekering.

- Het belang van informatieverschaffing bij het aangaan van een pensioenverzekering was in 1999 al wel bekend uit publiekrechtelijke regelgeving voor levensverzekeraars en die regelgeving had mede betrekking op informatie over (beleggings-) risico's en kosten.

- Naar huidig recht is de tussenpersoon op grond van publiekrechtelijke regels verplicht om vóór de advisering alle relevante informatie te verschaffen (4:20 Wft/art. 31 Wfd) en op zorgvuldige wijze de belangen van de consument in acht te nemen (art. 4:24a Wft).

- Deze beide verplichtingen vinden hun oorsprong in destijds al bestaande civielrechtelijke zorgplichten. Gelet op de parlementaire geschiedenis en het arrest *Erven Van Dam/Rabobank* acht ik aannemelijk dat die civielrechtelijke zorgplichten in 1999 reeds bestonden.

- De verplichting van een assurantietussenpersoon om bij de advisering op zorgvuldige wijze de belangen van de cliënt/consument in acht te nemen, kan mede inhouden dat hij de cliënt/consument moet waarschuwen. Dit ligt zeker voor de hand bij een overgang van een regeling met een vast pensioen naar een pensioen waarvan de hoogte onzeker is.

- Het bestaan en de reikwijdte van zo'n waarschuwingsplicht hangt verder, dat wil zeggen naast de aard en de risico's van een te adviseren product, af van de omstandigheden van het geval, zoals de persoonlijke situatie, kennis en ervaring van de cliënt, de inhoud van de adviesovereenkomst en de feitelijke context waarin het advies is gegeven. Van belang is dus ook of de tussenpersoon op verzoek van de cliënt dan wel eigen initiatief heeft geadviseerd.

5 Bespreking van het cassatiemiddel

5.1 Het principaal cassatieberoep ziet op de zorgplicht van Aon en het causaal verband. Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep is gericht tegen het oordeel dat Aon is tekortgeschoten omdat zij [de cliënt] niet heeft gewezen op het risico van een dalende rekenrente.

Het principaal cassatieberoep

5.2 Het principaal cassatieberoep bestaat uit een inleiding (randnummers 1.1-1.8) en vier onderdelen (randnummers 2.1-2.4). De inhoudelijke cassatieklachten worden geformuleerd in de onderdelen 2.1, 2.2 en 2.3. Onderdeel 2.4 is uitsluitend een voortbouwende klacht.

5.3 *Onderdeel 2.1* is gericht tegen rov. 6 en 8-12 van het tussenarrest. In een vooropstelling wordt aangevoerd dat niet duidelijk zou zijn welke maatstaf het hof bij de beoordeling van de handelwijze van Aon heeft aangelegd. Dit verwijt mist volgens mij feitelijke grondslag. In rov. 4 van het tussenarrest overweegt het hof namelijk dat zal worden beoordeeld of Aon jegens [de cliënt] heeft gehandeld in strijd met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur in dit concrete geval mocht worden verwacht.

5.4 Vervolgens wordt in de subonderdelen 2.1a t/m 2.1d naar voren gebracht dat de beoordeling door het hof van de aan Aon verweten handelwijze rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk is.

5.5 *Subonderdeel 2.1a* richt een rechtsklacht tegen het oordeel in rov. 6 van het tussenarrest over de zorgplicht van Aon inzake het beleggingsrisico. Het hof zou met dit oordeel miskennen (i) dat een professioneel adviseur een particuliere cliënt/consument zoveel mogelijk moet behoeden voor risico's en (ii) dat een professionele adviseur ervoor moet zorgen dat de particuliere cliënt/consument bij het aangaan van de transactie op de hoogte is van de risico's en er bewust voor kiest om deze te aanvaarden. Dit zou temeer gelden bij een voorstel om een bestaande aanspraak op een pensioen over te zetten naar een risicovoller alternatief.

5.6 *Subonderdeel 2.1b* komt met dezelfde rechtsklacht op tegen de beslissingen in rov. 8-12 van het tussenarrest en rov. 10.1-10.2 van het eindarrest over de zorgplicht van Aon met betrekking tot de rekenrente. Naar het oordeel het hof was Aon niet verplicht om [de cliënt] te attenderen op ongunstiger mogelijkheden dan het scenario van een rente tussen 4% en 6%. Het subonderdeel voert aan dat met die voorlichting niet wordt bewerkstelligd dat een onervaren en ondeskundige opdrachtgever, zoals [de cliënt], wordt geconfronteerd met het risico dat zijn gegarandeerde pensioenaanspraak wordt aangetast, laat staan dat hij zich hiervan daadwerkelijk bewust zou (moeten) worden en dat risico welbewust aanvaardt.

5.7 *Subonderdeel 2.1c* bevat nadere klachten met betrekking tot rov. 6 van het tussenarrest.

Volgens het subonderdeel is onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat het beleggingsrisico beperkt

⁴⁴ [de cliënt] stelt in MvA 14: "Per brief van 7 mei 1999 (productie 11 bij dagvaarding) komt AON terug op haar eerdere advies het premievrije pensioen met garanti kapitaal te behouden. Sterker nog, AON adviseert [de cliënt] in een advies/offerte om het opgebouwde premievrije waardeverste pensioenkapitaal, middels een waardeoverdracht alsnog over te dragen naar de individuele winstdelende Delta Lloyd C - polis, welke, zoals hiervoor beschreven, per 1 november 1998 door [de cliënt] louter ter voorkoming van een pensioentekort als aanvullende pensioenregeling is afgesloten." [cursivering in origineel, A-G] Zie ook inleidende dagvaarding 12.

was. Het subonderdeel wijst erop dat het verschil tussen het Puratos pensioen en het op basis van het garantiëkapitaal bij een rente van 5% aan te kopen pensioen f 21.020 per jaar bedraagt en daarmee substantieel is.

Verder bestrijdt het subonderdeel de overwegingen van het hof dat het verschil van f 21.020 uit het voorstel van Aon blijkt en dat [de cliënt] moet worden geacht dit risico te hebben aanvaard. Die beslissingen zouden onbegrijpelijk zijn gezien de stellingen (i) dat een in het pensioenrecht ingevoerde deskundige uit het voorstel conclusies kan trekken, maar dat [de cliënt] geen pensioendeskundige is en dat hij daarom op het advies van Aon is afgegaan,⁴⁵ (ii) dat [de cliënt] heeft vertrouwd op de kennis en kunde van Aon als zijn pensioenadviseur die hij bij elke belangrijke gebeurtenis om advies had gevraagd⁴⁶ en (iii) dat Aon één en ander juist positief heeft voorgesteld en dat [de cliënt] volgens Aon zonder enige pensioenkennis maar zelf uit de getallen had moeten afleiden hoe het in elkaar zit.⁴⁷

5.8 Volgens *subonderdeel 2.1d* moest het hof responderen op het betoog dat Aon [de cliënt] erop had dienen te wijzen dat de nieuwe pensioenverzekering *zelfs* bij een gelijkblijvende rekenrente pas beter uitpakt dan het Puratos pensioen wanneer gemiddeld een fors rendement (meer dan 6%) wordt behaald. In de uitwerking en toelichting wordt verwezen naar alinea's 13-15 van de inleidende dagvaarding en alinea's 14-17 van de memorie van antwoord. [de cliënt] heeft daarin kort gezegd gesteld dat Aon een rendement heeft voorgespiegeld van gemiddeld 7%, dat er geen ander inhoudelijk advies is gegeven en dat Aon er met geen woord over heeft gerept dat alle scenario's waarbij sprake is van minder dan 7% rendement tot een gelijk of slechter resultaat leiden dan zijn Puratos pensioen. Tot slot wordt verwezen naar alinea 32 van de inleidende dagvaarding over het ontbreken van een waarschuwing inzake het risico van een dalende rekenrente. In dat licht acht [de cliënt] onjuist of onbegrijpelijk dat het hof geen nadere waarschuwingsplicht heeft aangenomen.

5.9 Deze subonderdelen lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

5.10 Hierbij stel ik voorop dat in cassatie moet worden uitgegaan van de volgende feiten en omstandigheden. [de cliënt] was vanaf zijn 15e jaar werkzaam in de bakkerijbranche en heeft geen specifieke kennis op het gebied van beleggen of pensioenen (vonnis rov. 4.2.3). Zijn Puratos pensioen voorzag in een gegarandeerd levenslang pensioen van f 72.481 (€ 32.890) bruto per jaar (tussenarrest, rov. 1.1). Aon heeft [de cliënt] bij brief van 7 mei 1999 geadviseerd om de waarde van het Puratos pensioen over te dragen naar de pensioenverzekering bij Delta Lloyd (tussenarrest, rov. 1.3). Het gaat

hierbij om pensioenopbouw door middel van beleggingsverzekeringen waarbij met de overdrachtswaarde van het Puratos pensioen participaties zijn aangekocht in het Mixfonds van Delta Lloyd (tussenarrest, rov. 5).

5.11 Gelet op het hiervoor geschetste juridisch kader lag het ook naar de maatstaven van 1999 in de rede dat een professionele tussenpersoon een client/consument in zodanige omstandigheden uitdrukkelijk diende te wijzen op de aanzienlijke risico's die waren verbonden aan het inbrengen van de waarde van een gegarandeerd pensioen in een variabele pensioen-/beleggingsverzekering.

5.12 Naar het dienovereenkomstige oordeel van de rechtbank heeft Aon [de cliënt] onvoldoende geïnformeerd over de risico's die waren verbonden aan het beleggen van zijn gehele opgebouwde Puratos pensioen (vonnis, rov. 4.2.5). De rechtbank is tot dat oordeel gekomen omdat de informatie in de adviesbrief eenzijdig is gericht op positieve resultaten en Aon niet heeft gewaarschuwd over de uiterste gevolgen bij tegenvallende resultaten: een blijvend lager pensioen dan het gegarandeerde vaste Puratos pensioen (vonnis, rov. 4.2.5-4.2.6).

5.13 Het hof is van oordeel dat Aon haar zorgplicht uitsluitend heeft geschonden door niet te wijzen op het risico van een dalende rente (tussenarrest, rov. 8 en 12 en eindarrest, rov. 8). Het hof gaat dus uit van een veel minder verstrekkende schending van de zorgplicht dan de rechtbank. Aan dit oordeel liggen de volgende overwegingen uit het tussenarrest ten grondslag:

1) Dat het rendement van beleggingen kan tegenvallen en zelfs negatief kan zijn, is algemeen bekend en voor dit algemene risico hoefde Aon niet te waarschuwen (rov. 6).

2) Het beleggingsrisico was beperkt, omdat [de cliënt] heeft gekozen voor een garantiëkapitaal, waardoor in zijn geval op de pensioendatum ten minste een bedrag van f 725.597 beschikbaar kwam voor het aankopen van pensioen (rov. 6).

3) Uit het voorstel bleek duidelijk dat met dit bedrag (het garantiëkapitaal) – uitgaande van een rekenrente van 5% – het aan te kopen pensioen (f 51.461 per jaar) lager zou uitkomen dan het Puratos pensioen (f 72.481 per jaar) (rov. 6).

4) De in het voorstel opgenomen prognoses voor wat betreft het rendement van de beleggingen waren destijds gangbaar, realistisch en juist (rov. 7) en de wijze waarop Aon de (reken)rente hanteerde was eveneens gangbaar en realistisch (rov. 11).

5.14 Naar mijn mening kunnen deze overwegingen het andersluidende oordeel van het hof over de zorgplichtschending van Aon (ook in onderlinge samenhang beschouwd) niet dragen:

1) De door de rechtbank aanvaarde zorgplicht ziet niet op het algemene risico van tegenvallende beleggingsresultaten, maar specifiek op de risico's die zijn verbonden aan het beleggen van een reeds opgebouwd pensioenkapitaal en de mogelijke gevolgen daarvan.

45 Verwezen wordt naar inleidende dagvaarding 13-16.

46 [de cliënt] verwijst naar MvA 9 en 21 en inleidende dagvaarding 16.

47 Gerefereerd wordt aan MvA 15-18.

2) De keuze voor het garanti kapitaal limiteert het beleggingsrisico, maar laat onverlet dat het met het garanti kapitaal aan te kopen pensioen aanzienlijk lager was dan het vaste Puratos pensioen; uitgaande van de rekenrente van 5% is het verschil f 21.020 per jaar.

3) Dat [de cliënt] het verschil tussen het ouderdomspensioen op basis van het garanti kapitaal en het ouderdomspensioen op basis van de Puratos pensioenregeling uit het advies van Aon had kunnen opmaken, betekent niet dat [de cliënt] voldoende duidelijk is geïnformeerd over de risico's van het beleggen van het Puratos pensioen.

4) Dat de prognoses voor het rendement en de rente destijds gangbaar en realistisch waren, betekent evenmin dat Aon aan haar zorgplicht jegens [de cliënt] heeft voldaan, aangezien de daadwerkelijke ontwikkeling van het rendement en van de rente (sterk) kan afwijken van de prognose, zeker over een periode van 15 jaar (het advies dateert uit 1999 en de pensioendatum was 1 juni 2015).

5.15 De daarop gerichte klachten van *subonderdelen 2.1a-2.1d* treffen mijns inziens dus doel.

5.16 Overigens merk ik nog op dat niet alle klachten van de subonderdelen slagen.

Subonderdeel 2.1b bevat een slotklacht die inhoudt dat het hof in aanmerking had moeten nemen dat rentedaling en teruglopende beleggingsresultaten zich vaak in combinatie met elkaar voordoen. Deze klacht faalt naar mijn mening bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu er niet wordt verwezen naar stellingen in de gedingstukken in feitelijke instanties. Anders dan het subonderdeel verdedigt, is hier naar mijn mening geen sprake van een feit van algemene bekendheid,⁴⁸ nog daargelaten dat die invalshoek [de cliënt] niet zou baten omdat het in dat geval niet in de rede zou liggen om een waarschuwingsplicht voor Aon aan te nemen.

In *subonderdeel 2.1d* wordt naar voren gebracht dat het hof heeft miskend dat het rendement en de rekenrente risicofactoren zijn die elkaar versterken. Die klacht mist mijns inziens eveneens feitelijke grondslag, omdat niet wordt verwezen naar stellingen waarmee [de cliënt] heeft aangevoerd dat rendement en rekenrente elkaar versterkende (risico)-factoren zijn.

5.17 Gelet op het vorenstaande acht ik *onderdeel 2.1* grotendeels gegrond.

5.18 *Onderdeel 2.2* komt op tegen het oordeel in rov. 4-6 van het eindarrest dat Aon niet gehouden was om [de cliënt] te informeren over de provisie en de eerste kosten en dat in zoverre dus geen sprake is

van een schending van de zorgplicht aan de zijde van Aon.

5.19 Het onderdeel stelt voorop dat in dit verband in cassatie van het volgende moet worden uitgegaan. Aon heeft van Delta Lloyd een provisie ontvangen van (tenminste) 5% van het door [de cliënt] in de pensioenverzekering in te brengen kapitaal, daarnaast zijn door Delta Lloyd kosten in mindering gebracht waardoor het kapitaal in totaal met circa 9% is verminderd en [de cliënt] is bij het aangaan van de pensioenverzekering over dit alles niet ingelicht.⁴⁹

5.20 De klachten zijn vervolgens geformuleerd in de subonderdelen 2.2a tot en met 2.2c. Alvorens deze subonderdelen te bespreken, komt het mij juist voor om het volgende op te merken.

5.21 Sinds 1 januari 2013 is het bij een groot aantal financiële producten, waaronder levensverzekeringen, niet meer toegestaan dat de tussenpersoon voor het bemiddelen of adviseren een provisie ontvangt van de aanbieder van het financiële product (art. 4:25a Wft en 86c Bgfo).⁵⁰ Provisies mogen in principe alleen rechtstreeks door de consument/cliënt aan de tussenpersoon worden betaald.⁵¹ Bovendien moet de tussenpersoon de consument of, indien het een verzekering betreft, de cliënt informeren over de wijze van beloning en over de kosten van de dienstverlening die voor rekening van de consument/cliënt komen (art. 4:25b Wft).

5.22 Ten tijde van de onderhavige advisering in 1999 golden echter andere regels. In art. 13 Wabb was – in tegenstelling tot het huidige recht – geregeld dat het een assurantietussenpersoon niet was toegestaan om een beloning van verzekeringnemers te ontvangen.⁵² Uit de wetsgeschiedenis blijkt wat de achtergrond van deze bepaling was. Volgens de wetgever was de betaling van de provisie een kwestie die de relatie tussen verzekeraar en tussenpersoon betrof.⁵³ De hoogte van de provisie behoorde in de visie van de wetgever ook niet vermeld te worden: “Voor de consument is uitsluitend interes-

⁴⁹ Daartoe wordt een beroep gedaan op de hypothetische feitelijke grondslag. De procesinleiding in cassatie stelt in alinea 1.5 dat [de cliënt] de genoemde omstandigheden heeft aangevoerd en verwijst daartoe naar MvA 20, 25-29 en 70 en het P-V van de comparitie in hoger beroep van 12 maart 2021, p. 4-6. Het hof zou in het midden hebben gelaten of deze stellingen (al dan niet) juist zijn en daarom zou daarvan in cassatie veronderstellenderwijs moeten worden uitgegaan. Zie in algemene zin over de hypothetische feitelijke grondslag: B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie (BPP nr. 20) 2019/55 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/284*.

⁵⁰ Besluit van 21 december 2012 tot wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, het Besluit marktmisbruik Wft, het Besluit prudentiële regels Wft, alsmede enige andere besluiten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingsbesluit financiële markten 2013), *Stb.* 2012/694, artikel 1, onderdeel Z. Zie voor het tijdstip van inwerkingtreding art. X van datzelfde besluit.

⁵¹ Silverentand & Van der Eerden (red.), *Hoofdlijnen Wft (R&P nr. FR6) 2018/3.11.7 en 7.7.3.4*.

⁵² Zie daarover: F.M.A. 't Hart, *Zorgplicht bij financiële dienstverlening* (diss. Amsterdam, UvA), 2017, p. 11.

⁵³ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1988-1989, 20 925, nr. 6, p. 32 (MvA Wabb).

⁴⁸ Zie over feiten van algemene bekendheid: E. Hoogervorst en P. Memelink, ‘Een kwart eeuw feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (Snijders-bundel), 2016, p. 191-209, W.H. van Boom, M.L. Tuil en I. van der Zalm, ‘Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?’, *NTBR* 2010/7. Op feiten van algemene bekendheid mag in cassatie voor het eerst een beroep worden gedaan. Zie: B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie (BPP nr. 20) 2019/57 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/170* met verdere verwijzingen.

sant wat de hoogte van de te betalen eindprijs is. Alleen door vergelijking van eindprijzen verkrijgt hij een inzicht in de markt; «kale» prijzen, na aftrek van provisie, hebben geen zelfstandige betekenis.”⁵⁴ Voor een beleggingsverzekering gaat die redenering echter niet (onverkort) op. Bij dit type verzekeringen was het namelijk gangbaar dat de provisie en eerste kosten op de inleg in mindering werden gebracht. In die constellatie is de hoogte van die kosten voor de consument/cliënt weldegelijk relevant.

5.23 Dit brengt mij bij de subonderdelen. *Subonderdelen 2.2a en 2.2b* bestrijden de motivering van het oordeel dat Aon geen informatie over de provisie aan [de cliënt] behoefte te verstrekken (rov. 4, 4.1 en 4.2 van het eindarrest). De eerste twee alinea's van subonderdeel 2.2a doen een beroep op het bepaalde in art. 7:418 BW. Subonderdeel 2.2b is helemaal op de leest van art. 7:418 BW geschoeid. Aangevoerd wordt dat de lasthebber op grond van art. 7:418 BW verplicht is om de lastgever in kennis te stellen van het feit dat hij, lasthebber, belang heeft bij de totstandkoming van de rechtshandeling. Verder wordt erop gewezen dat de lasthebber geen aanspraak op loon heeft ten laste van een lastgever jegens wie hij de in art. 7:418 lid 1 BW neergelegde verplichtingen niet is nagekomen (art. 7:418 lid 2 BW).⁵⁵

5.24 Naar mijn mening missen de subonderdelen in zoverre feitelijke grondslag. De grondslag van de vorderingen is dat Aon heeft gehandeld in strijd met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantied adviseur mocht worden verwacht (tussenarrest, rov. 3–4). Het niet-informereren over de provisie is volgens [de cliënt] een schending van die zorgplicht (eindarrest, rov. 3). Het verwijt houdt dus in dat Aon is tekortgeschoten bij de advisering en niet dat Aon optrad als lasthebber zonder te vermelden dat zij ook een eigen belang had bij totstandkoming van de pensioenverzekering. Daarom kom ik niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de klachten die zijn gestoeld op art. 7:418 BW.⁵⁶

5.25 In subonderdeel 2.2a (derde en vierde alinea) wordt naar voren gebracht dat de rechtsverhouding tussen Aon als deskundige op het gebied van pensioenen en [de cliënt] als cliënt/consument – ook wanneer geen sprake is van lastgeving – meebracht dat Aon [de cliënt] over de provisie diende te informeren. Volgens het subonderdeel valt niet in te zien dat een verzekerde die de provisie voor zijn rekening neemt door een korting op de ingebrachte

koopsom (het pensioenkapitaal) buiten de transactie staat waarbij de provisie is bedongen.

5.26 Deze klacht slaagt. Het hof heeft mijns inziens niet toereikend gemotiveerd waarom op Aon destijds geen civielrechtelijke verplichting rustte om [de cliënt] over de provisie te informeren. Het oordeel berust met name op de overweging dat de provisie onder art. 13 Wabb uitsluitend een kwestie was tussen verzekeraar en assurantietussenpersoon en dat de verzekerde hier buiten stond. [de cliënt] heeft echter al in eerste aanleg betoogd dat de provisie in mindering is gebracht op zijn inbreng (zie vonnis, rov. 4.3.4). Deze stelling is door rechtbank en hof niet verworpen en in cassatie moet hier dus van worden uitgegaan. De juistheid van deze stelling brengt mee dat de provisie [de cliënt] wel aangaat. Het andersluidende oordeel van het hof is onbegrijpelijk. Subonderdeel 2.2a klaagt daar terecht over.

5.27 Subonderdeel 2.2c gaat over het oordeel dat Aon evenmin verplicht was om [de cliënt] te informeren over de eerste kosten die de verzekeraar bij hem in rekening zou brengen (eindarrest, rov. 5). Het subonderdeel betoogt dat, wanneer een assurantietussenpersoon is ingeschakeld om te adviseren over een pensioenverzekering en de opdrachtgever ervaring en deskundigheid op dat gebied ontbeert, de tussenpersoon de opdrachtgever moet inlichten en adviseren over alle relevante aspecten van de verzekering. Dit zou anders kunnen zijn als partijen voor bepaalde aspecten een uitzondering zijn overeengekomen, maar daarvan was volgens het subonderdeel hier geen sprake. Daarom acht het subonderdeel onjuist of onbegrijpelijk dat het kostenaspect uitsluitend een kwestie was tussen Delta Lloyd en [de cliënt] en dat Aon ten aanzien daarvan geen bemoeienis of verantwoordelijkheid zou hebben.

5.28 Dit subonderdeel acht ik eveneens grond. Het hof heeft mijns inziens niet toereikend gemotiveerd waarom destijds op Aon geen civielrechtelijke verplichting rustte om [de cliënt] over de kosten van de pensioenverzekering te informeren.⁵⁷ Het oordeel van het hof berust met name op de overweging dat de kosten uitsluitend een kwestie was tussen Delta Lloyd en [de cliënt]. Die overweging is echter niet steekhoudend. Zoals het subonderdeel terecht aanvoert, zijn de kosten een relevant aspect van de pensioenverzekering. Aon heeft [de cliënt] over die pensioenverzekering geadviseerd. Het oordeel maakt niet inzichtelijk waarom Aon de kosten naar het oordeel van het hof niet in die advisering behoefte te betrekken.

54 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1988–1989, 20 925, nr. 10, p. 10 (Nota n.a.v. het einderslag Wabb).

55 Verwezen wordt naar HR 6 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5440, NJ 2008/493 m.nt. Jac. Hijma (Savills/B&S).

56 Dat art. 7:418 BW voor de assurantietussenpersoon geldt, is materieel zeker denkbaar en verdedigbaar, zie bijvoorbeeld: S.Y.Th. Meijer, 'De assurantietussenpersoon en het verbod op provisie', *MvV* 2010–11, p. 303. Vergelijk over art. 7:418 BW tevens: HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366, NJ 2018/164 m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Alternatieve/...*) en GS *Bijzondere overeenkomsten* (J. Nijland), art. 7:418 BW, aant. 2.

57 Ten overvloedige merk ik op dat het in één keer in rekening brengen van eerste kosten bij het aangaan van een pensioenverzekering volgens mij in 1999 niet in strijd was met een publiekrechtelijke verplichting. De Hoge Raad oordeelde in ieder geval dat art. 7a van de destijds geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet niet dwingt tot een jaarlijkse lineaire kostentoe-rekening. Zie: HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4454, NJ 2011/157, PJ 2011/61 m.nt. S.H. Kuiper (*[...]Legal&General*) en daarover Asser/Lutjens 7-XI 2019/123.

5.29 Dit betekent dat *onderdeel 2.2* gedeeltelijk gegrond is. Subonderdeel 2.2a (over de provisie) slaagt immers gedeeltelijk en ook subonderdeel 2.2c (over de kosten) treft doel.

5.30 *Onderdeel 2.3* bestrijdt het oordeel in rov. 8-11 van het eindarrest dat er geen causaal verband is komen vast te staan tussen de schending van de zorgplicht en de gestelde schade. Dit onderdeel bestaat uit drie subonderdelen die zijn aangeduid met de letters a t/m c.

5.31 *Subonderdeel 2.3a* formuleert twee voortbouwende klachten. De redenering van het hof zou berusten op een beoordeling van de zorgplicht van Aon die om de in *subonderdelen 2.1a en 2.1b* vermelde redenen onjuist is. Verder zou onjuist of onbegrijpelijk zijn dat het hof bij de beoordeling van de tekortkoming van Aon voorbij is gegaan aan de in *subonderdelen 2.2a t/m 2.2c* besproken aspecten, terwijl deze in dat kader wel gewicht in de schaal leggen.

5.32 Dit subonderdeel heeft geen zelfstandige betekenis. Het subonderdeel slaagt voor zover het voortborduurt op de gegronde gedeelten van subonderdelen 2.1a, 2.1b, 2.2a en 2.2c.

5.33 Volgens *subonderdeel 2.3b* houdt het oordeel van het hof in dat Aon slechts aansprakelijk is als [de cliënt] de transactie zonder de tekortkoming niet zou zijn aangegaan. Hiermee zou het hof een te beperkte maatstaf hebben aangelegd. Goed denkbaar is, zo stelt het subonderdeel, dat [de cliënt], ook als hij niet had besloten om (zonder meer) van de voorgelegde transactie af te zien, zou hebben verlangd dat deze op gunstiger voorwaarden zouden worden gesloten. Het subonderdeel bouwt daarna voort op het uitgangspunt dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken op gunstiger voorwaarden zou zijn gesloten.

5.34 Dit subonderdeel treft geen doel. Naar het oordeel van het hof heeft [de cliënt] onvoldoende onderbouwd dat hij bij naleving van de zorgplicht inzake de rekenrente de pensioenverzekering niet in deze vorm zou zijn aangegaan (eindarrest, rov. 10.3). Daarin ligt naar mijn mening besloten dat [de cliënt] volgens het hof niet voldoende heeft toegelicht dat hij in de hypothetische situatie zonder de fout gunstiger voorwaarden zou hebben verlangd. Het subonderdeel wijst niet op stellingen in de gedingsstukken die dit oordeel onbegrijpelijk maken.

5.35 *Subonderdeel 2.3c* ziet op de volgende overwegingen. Indien Aon de rol van rente in de advisering had betrokken, zou zij scenario's hebben geschetst op basis van rentes tussen de 4% en 6% omdat een verdergaande bandbreedte destijds niet als realistisch werd gezien (eindarrest, rov. 10.1). Bij een rekenrente tussen 4% en 6% zou het (uiteindelijk) gegarandeerde kapitaal van € 363.702 (uitgaande van de indertijd gehanteerde overlevingstafel 1999) een ouderdomspensioen opleveren van ten minste € 23.508 per jaar en ten hoogste € 28.440 per jaar. Dit minimum is meer dan het bedrag van € 23.351,98 dat in de offerte van 7 mei 1999 voor het

garantiekapitaal in het vooruitzicht is gesteld (eindarrest, rov. 10.2).

5.36 Het subonderdeel valt uiteen in sub-subonderdelen met nummers I, II en III. Er zijn twee sub-subonderdelen met het nummer 2.3c-II, namelijk op p. 15 en op p. 16 e.v. van de procesinleiding.

5.37 Volgens *sub-subonderdeel 2.3c-I* is in rov. 10.1-10.2 de in (sub)onderdelen 2.1 en 2.3a vermelde maatstaf miskend: er had geadviseerd en gewaarschuwd moeten worden voor de risico's van dit product.

5.38 Dit subonderdeel behelst louter een voortbouwende klacht. Het subonderdeel slaagt voor zover het voortborduurt op de gegronde gedeelten van (sub)onderdelen 2.1 en 2.3a.

5.39 *Sub-subonderdeel 2.3c-II* (p. 15) acht het oordeel van het hof onjuist dan wel onbegrijpelijk in het licht van de hierna te noemen stellingen die het hof niet zou hebben besproken:

- de in subonderdeel 2.1d aangehaalde alinea's 13 t/m 16 van de inleidende dagvaarding (kort gezegd inhoudende dat Aon niet heeft vermeld dat alle scenario's met minder dan 7% rendement tot een gelijk of slechter resultaat leiden dan zijn Puratos pensioen);

- de (gestelde en niet bestreden) opmerkelijke gang van zaken omtrent het hergebruik van het oorspronkelijke aanvraagformulier (inleidende dagvaarding 19 t/m 22);

- de stelling dat van een evenwichtig en weloverwogen advies door Aon gezien de gevolgde route en (niet) verstrekte informatie geen sprake is (inleidende dagvaarding 18);

- de stelling dat eenzijdig is gestuurd in de richting van waardeoverdracht zonder vanuit Aon de regelingen te vergelijken, dan wel de voor- en nadelen, risico's en alternatieven eerlijk en expliciet te benoemen (memorie van antwoord 15-17);

- de stelling dat in geen enkele fase door Aon op een juiste wijze met [de cliënt] is gesproken over de risico's van het aangaan van een nieuwe pensioenregeling met waardeoverdracht, zoals van een onafhankelijk en redelijk bekwaam pensioenadviseur had mogen worden verwacht (inleidende dagvaarding 23); en

- de stelling dat wanneer de geschetste risico's en kansen bij het voorleggen van de offerte d.d. 7 mei 1999 op een juiste wijze zouden zijn toegelicht, door een weldenkend mens bijna geen enkele andere beslissing is te nemen dan hiermee niet akkoord te gaan (inleidende dagvaarding 29).

5.40 Deze klacht slaagt niet. De eerste vijf aangehaalde stellingen zien op de zorgplicht van Aon en gaan niet over de in het kader van het causaal verband relevante vraag in welke positie [de cliënt] in de hypothetische situatie zonder de zorgplichtschending zou hebben verkeerd. De zesde stelling betoogt dat een weldenkend mens bij een juiste voorstelling van zaken niet akkoord was gegaan met de offerte van 7 mei 1999. Die stelling heeft het hof niet miskend; het hof heeft deze stelling in rov. 10.2 van het eindarrest gemotiveerd verworpen.

5.41 *Sub-subonderdeel 2.3c-II* (p. 16 e.v.) voert in de eerste plaats het volgende aan: “In het bijzonder is onbegrijpelijk het oordeel in rov. 10.1-10.3 dat wanneer Aon [lees: correct, A-G] zou hebben geadviseerd zij scenario's zou hebben geschetst met een rekenrente tussen de 4 en 6% en dat dit door [de cliënt] niet gemotiveerd zou zijn weersproken, reden waarom het hof vervolgens alsnog uitgaat van het uiteindelijk gegarandeerde kapitaal uitgezet tegen een rekenrente tussen de 4 en de 6% en dan tot de conclusie komt dat [de cliënt] voor die situatie onvoldoende zou hebben onderbouwd dat hij bij het naleven van de zorgplicht op het punt van de rekenrente de pensioenverzekering niet (toch) zou zijn aangegaan.”

5.42 Bij de bespreking van deze klacht stel ik voorop dat bij de beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die zou zijn geweest als de normschending was uitgebleven. Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. In beroepsaansprakelijkheidszaken dient voor de hypothetische situatie te worden uitgegaan van de wijze waarop de beroepsbeoefenaar in de situatie zonder de fout feitelijk zou hebben gehandeld, zij het dat het uitgangspunt moet zijn dat geen andere normschending zou hebben plaatsgevonden.⁵⁸

5.43 In onze zaak staat vast dat Aon in de *feitelijke situatie* op 7 mei 1999 een advies heeft gegeven waarin ervan wordt uitgegaan dat sprake zal zijn van een garantiëkapitaal van f 725.597 (€ 329.261,56) en dat dit uitgaande van een rekenrente van 5% een ouderdomspensioen oplevert van f 51.461 (€ 23.351,98) per jaar (tussenarrest, rov. 1.3). In de *hypothetische situatie* zonder zorgplichtschending zou Aon volgens het hof scenario's hebben geschetst op basis van rentes tussen de 4% en de 6% (eindarrest, rov. 10.1). Een lagere rekenrente op het tijdstip van de aankoop van het pensioen levert een lager pensioen op (tussen-

arrest, rov. 9). Daaruit vloeit voort dat het garantiëkapitaal uitgaande van een rente van 4% (bij verder gelijke uitgangspunten) een lager jaarlijks ouderdomspensioen moet opleveren dan het jaarlijks ouderdomspensioen dat in het advies van 7 mei 1999 op basis van 5% rente is berekend. Het hof komt echter tot het oordeel dat het garantiëkapitaal bij een rekenrente van 4% tot 6% een ouderdomspensioen zou opleveren van ten minste € 23.508 per jaar en dat dit hoger is dan het in het advies van 7 mei 1999 genoemde bedrag van € 23.351,98 (eindarrest, rov. 10.2). Die conclusie is mijns inziens (logisch) onbegrijpelijk.

5.44 Bij nadere bestudering blijkt waarom de berekening tot een onverwachte uitkomst leidt. In de *feitelijke situatie* (het advies van 7 mei 1999) wordt uitgegaan van een garantiëkapitaal van f 725.597 (€ 329.261,56). De berekening voor de *hypothetische situatie* berust daarentegen op een gegarandeerd kapitaal van € 363.702. De schending van de zorgplicht houdt echter geen verband met het garantiëkapitaal. Het hof mocht daarom voor de hypothetische situatie niet uitgaan van een ander garantiëkapitaal dan in het advies van 7 mei 1999 staat.

5.45 De (bij welwillende lezing) daarop gerichte klacht van *sub-subonderdeel 2.3c-II* is gegrond.

5.46 Daarnaast wordt in *sub-subonderdeel 2.3c-II* (p. 16 e.v.) aangevoerd dat het hof voorbij heeft gezien aan het betoog van [de cliënt] dat de inschatting van de gehanteerde (reken)rente onvoldoende was. Verwezen wordt naar passages uit de gedingstukken waarin [de cliënt] aan de hand van de grafieken van de Euribor zou hebben onderbouwd dat de rente sinds 1990 al een structureel dalende trend had, dat vanaf 1982 de dalende lijn stevig werd ingezet, dat de 6 maanden Euribor vanaf 1999 slechts tweemaal ongeveer de 5% aantikt en dat de 10 jaars staatslening rentegrafiek daarnaast laat zien dat vanaf 1990 de rente al heel hard daalde van 9% naar 5,5% in 1994 en 5% in 1998.⁵⁹ Ook wordt gewezen op (i) de stelling dat [de cliënt] niet was ingestapt als hij erop was gewezen dat de rekenrente wel 4% zou kunnen zijn, omdat hij dan had begrepen dat hij met een risicovol product te maken had en (ii) de stelling dat de rente structureel dalende was, waarin besloten zou liggen dat [de cliënt] heeft betwist dat “een verdergaande bandbreedte niet als realistisch werd beschouwd.”⁶⁰

5.47 Deze klacht slaagt niet. Het beroep op stelling (i) faalt omdat het hof die stelling in rov. 10.2 van het eindarrest gemotiveerd heeft verworpen (vergelijk ook onder 5.40 hiervoor). Op de andere genoemde stellingen heeft het hof heeft mijns inziens in rov. 11 van het tussenarrest gerespondeerd. In die rechtsoverweging heeft het hof Aon gevolgd in haar betoog dat de rekenrente van 5% gangbaar en realistisch was en berustte op de uitgangspunten van De Nederlandse Bank en de vaste rekenrente

⁵⁸ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*netvliesloslating*) en daarover Asser/Sieburgh 6-II 2021/50, D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (R&P nr. CA21) 2019/6.3.2, W.Th. Nuninga, ‘Niet meer en niet minder – Over normatieve overwegingen bij het vaststellen van causaal verband’, MvV 2020-6, p. 233-234 en GS *Schadevergoeding* (R.J.B. Boonekamp), art. 6:98 BW, aant. 2.9.2. Vergelijk ook: HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, NJ 2003/389 (I.../I...), HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053, RvdW 2017/659, JOR 2017/330 m.nt. J. van Bekkum, JIN 2017/138 m.nt. E.S. Ebels (*Hofstad/Zürich c.s.*), HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8 m.nt. J.L. Smeehuijzen, TBR 2019/176 m.nt. J.J. Damingh (*NVM-meetinstructie II*), HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, NJ 2019/409 m.nt. L.A.D. Keus, AB 2019/493 m.nt. L. di Bella (*Boskalis/provincie Zuid-Holland*), HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2020/47 m.nt. K. Frielink (*Deutsche Bank/X*) en HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510, NJ 2020/359, JIN 2021/15 m.nt. L.J.M. Timmermans, O&A 2021/5 m.nt. S.F.A. van Ravels (*gemeente Sluis*).

⁵⁹ Verwezen wordt naar MvA 34-40.

⁶⁰ Gerefereerd wordt aan MvA 47-53 en P-V zitting 12 maart 2021, p. 4 en 5.

die de verzekeraars hanteerden. In aanvulling daarop heeft het hof overwogen dat daarom niet relevant is dat een andere wijze van advisering denkbaar was vanwege de economische ontwikkelingen van de rente in het verleden. Daarmee heeft het hof mijns inziens de aangehaalde stellingen over de dalende trend van de rente verworpen. Onbegrijpelijk is dat niet. Uit de trend van de rente bij het sluiten van de verzekering kunnen geen conclusies worden verbonden over de toekomstige ontwikkelingen.

5.48 *Sub-subonderdeel 2.3c-III* stelt voorop dat het in dit geval schrijnend en onbegrijpelijk is dat [de cliënt] als gevolg van de redenering van het hof momenteel € 14.959 van het Puratos pensioen uitgekeerd krijgt, terwijl het hof in rov. 10.2 uitgaat van een minimumbedrag van € 23.351,98 dat geaccepteerd zou zijn door [de cliënt]. Aangevoerd wordt dat een redelijke uitleg van de in sub-subonderdeel 2.3c-I en 2.3c-II weergegeven stellingen meebrengt dat [de cliënt] gemotiveerd heeft betoogd dat (1) hij niet (deugdelijk) is voorgelicht over de risico's en (2) dat en waarom hij niet had ingestemd met de aangeboden verzekering indien dat wel het geval zou zijn geweest. Bovendien zou het, zoals eerder toegeleend, niet uitsluitend gaan om het risico van de rekenrente, maar juist ook om het noodzakelijk te behalen rendement dat aanzienlijk moet zijn (hoger dan 6% gemiddeld over de hele looptijd). Daarom is volgens het sub-subonderdeel onjuist (te hoge maatstaf voor de stelplicht of miskenning devolutieve werking van het appel) of onbegrijpelijk dat het hof het causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de gestelde schade onvoldoende onderbouwd acht.

5.49 Dit subonderdeel bevat alleen voortbouwende klachten. Het subonderdeel slaagt voor zover het voortborduurt op de gegronde gedeelten van subonderdelen 2.1d, 2.3c-I en 2.3c-II.

5.50 *Onderdeel 2.4* voert aan dat het slagen van één of meer van de bovenvermelde klachten ook rov. 13 t/m 19 van het tussenarrest en rov. 11, 12 en het dictum van het eindarrest raakt.

5.51 Ook onderdeel 2.4 is dus een voortbouwende klacht. Het onderdeel slaagt eveneens voor zover het voortborduurt op de gegronde gedeelten van het cassatiemiddel van [de cliënt].

5.52 Mijn slotsom is dat (*sub*)onderdelen 2.1, 2.2a, 2.2c en 2.3c-II (p. 16 e.v.) (gedeeltelijk) slagen. De (*sub*)onderdelen 2.3a, 2.3c-I en 2.3c-III en 2.4 slagen voor zover zij op die klachten voortbouwen. De overige onderdelen acht ik ongegrond. Het gedeeltelijk slagen van de genoemde onderdelen brengt mee dat het bestreden arrest mijns inziens niet in stand kan blijven.

Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

5.53 Het incidenteel cassatieberoep is door Aon ingesteld onder de voorwaarde dat enig onderdeel van het middel in het principaal cassatieberoep gegrond wordt bevonden. Naar mijn mening is aan die voorwaarde voldaan (zie onder 5.52 hiervoor).

5.54 Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep is gericht tegen het oordeel in rov. 8-10 en 12 van het tussenarrest dat Aon in haar zorgplicht jegens [de cliënt] is tekortgeschoten omdat zij hem niet heeft gewezen op het risico van een dalende rekenrente. Het cassatieberoep vangt aan met een inleiding. Daarna volgen drie cassatieklachten (hierna: onderdelen).

5.55 De inleiding bevat, naast een samenvatting van het bestreden oordeel, een opsomming van vijf uitgangspunten (a t/m e). Onder (a) t/m (d) wordt vermeld dat Aon over haar advies aan [de cliënt] in 1999 om de waarde van het Puratos pensioen aan Delta Lloyd over te dragen en over de toen gehanteerde rekenrente (onder meer) het volgende heeft aangevoerd:⁶¹

(a) Ten tijde van de advisering in 1999 werd door alle verzekeraars, waaronder Delta Lloyd, standaard een (vaste) rekenrente gehanteerd van (ten minste) 5%. Dit is ook de rekenrente waarvan Aon in haar advisering is uitgegaan. Dit was toen een realistisch, gangbaar, prudent en juist uitgangspunt. Uitgaan van een lagere rekenrente zou onjuist zijn geweest en zou hogere premieverplichtingen voor [de cliënt] tot gevolg hebben gehad.

(b) Het bedoelde uitgangspunt was gebaseerd op historische gegevens en resultaten (een jarenlange stabiele, hoge rentestand). In de periode 1990-2003 was de marktrente structureel boven de 5%; de actuele marktrente in 1999 was circa 6%. Op basis daarvan was het in 1999 ondenkbaar dat de rente een risico zou vormen voor het pensioen van [de cliënt]. In dat opzicht was het risico dat [de cliënt] zou lopen met de waardeoverdracht *de facto* futiel. Het was ondenkbaar dat de rente zou instorten, laat staan dat op enig moment pensioen zou moeten worden aangekocht tegen renten tussen de 1 en 2% (zoals dat op de pensioendatum, 1 juni 2015, het geval was).

(c) De rentedaling tussen 1999 en de pensioendatum was extreem (uitzonderlijk), geheel onvoorzien (onverwacht) en onvoorzienbaar. Er was in 1999 geen enkele aanleiding en/of noodzaak om dergelijke (toekomstige) marktomstandigheden te verwachten.

(d) De gehanteerde vaste rekenrente van 5% was bovendien conform het beleid van De Nederlandsche Bank (verder: DNB) van destijds.

5.56 Vervolgens wordt als uitgangspunt (e) genoemd dat het hof in rov. 11 van het tussenarrest is meegegaan in het door het hof als volgt samengevatte betoog van Aon:

(e) De wijze waarop Aon de rente hanteerde was gangbaar en realistisch. Zij heeft het risico van de rente op goede gronden op 5% kunnen inschatten, daarbij prudent gerekend met de vaste rekenrente die de verzekeraars hanteerden. Zij is uitgegaan van

⁶¹ Verwezen wordt naar MvG sub V.3 (Grief I.3: invloed rentestand; 86-97) en sub 1, 51, 55, 56, 58, 105, 117, 118, 120, 124, 129, 130, 132, 133, 140; akte Aon van 12 maart 2021 sub 13, 21, 26 en P-V mondelinge behandeling 12 maart 2021, p. 3.

de uitgangspunten van DNB, terwijl de ontwikkeling van de rente nadien extreem negatief en des tijds niet redelijkerwijs voorzienbaar was.

5.57 Daarna volgen de onderdelen. *Onderdeel 1* stelt dat rov. 8-10 en 12 van het tussenarrest berusten op een onjuiste rechtsopvatting over de zorgplicht van een tussenpersoon/assurantieadviseur en hetgeen in een geval zoals hier aan de orde van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur mag worden verwacht. Volgens het onderdeel schiet een tussenpersoon/assurantieadviseur niet tekort in zijn zorgplicht indien hij in de onder (a)-(e) genoemde omstandigheden niet wijst op het risico van een dalende rekenrente. In die omstandigheden zou niet van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur verwacht mogen worden dat hij daarop in zijn advisering wijst.

5.58 In dat verband betoogt het onderdeel dat het geen schending van de zorgplicht is dat een tussenpersoon/assurantieadviseur niet wijst op het risico van een dalende rekenrente indien (de kans op verwezenlijking van) dat risico op het moment van de advisering slechts theoretisch en/of niet serieus (namelijk *de facto* futiel, ondenkbaar en onvoorzienbaar) is, ook al kent de pensioendeelnemer (in casu [de cliënt]) dat risico niet en behoeft hij dat risico ook niet te kennen. Om te voldoen aan de zorgplicht en de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/assurantieadviseur zou volstaan dat in de advisering een rente wordt gehanteerd die gangbaar, realistisch en prudent is. In de onder (a)-(e) genoemde omstandigheden zou daarom niet kunnen worden volgehouden dat de invloed van een hogere of lagere rekenrente op de hoogte van het pensioen relevante informatie is die de tussenpersoon/assurantieadviseur in zijn advies moet betrekken, zo bepleit het onderdeel.

5.59 Het onderdeel concludeert dat Aon naar de maatstaven van 1999 prudent heeft geadviseerd, in die zin dat een rekenrente van 5% toen gangbaar was en dat Aon [de cliënt] mede gelet op de overige onder (a)-(e) genoemde omstandigheden niet hoefde te wijzen op het risico van een dalende rente. Omdat het risico van een dalende rente ten tijde van de advisering slechts theoretisch en/of niet serieus was, zou ook de omstandigheid dat (in de woorden van het hof) "vast" "onzeker" maar misschien lucratief werd, niet meebrengen dat Aon [de cliënt] duidelijk had moeten waarschuwen voor het (onbekende) risico van een dalende rente. Volgens het onderdeel geldt dit temeer indien de tussenpersoon/assurantieadviseur bij zijn advisering uitgaat van het beleid (de uitgangspunten) van DNB aangaande de rekenrente.

5.60 *Onderdeel 2* voert aan dat de oordelen van het hof in rov. 8-10 en 12 van het tussenarrest onvoldoende zijn gemotiveerd gezien de onder (a)-(d) samengevatte stellingen van Aon en/of het onder (e) samengevatte betoog van Aon waarin het hof is meegegaan. In dat licht valt volgens het onderdeel zonder nadere motivering niet in te zien dat Aon is

tekortgeschoten in haar zorgplicht door [de cliënt] niet te wijzen op het risico van een dalende rekenrente.

5.61 De onderdelen 1 en 2 lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. Zij scharnieren op de stellingen (1) dat een rekenrente van 5% in 1999 gangbaar, realistisch en prudent was en (2) dat het risico op een dalende rekenrente in 1999 theoretisch en onvoorzienbaar was.

5.62 Ad (1) De eerste stelling heeft het hof niet miskend. Het hof is er met Aon vanuit gegaan dat zij in 1999 op goede gronden een rekenrente van 5% heeft gehanteerd (tussenarrest, rov. 11). Deze omstandigheid maakt mijns inziens echter niet onbegrijpelijk dat Aon [de cliënt] volgens het hof had moeten wijzen op het risico van een dalende rente, waaraan [de cliënt] bij een waardeoverdracht van het gegarandeerde Puratos pensioen naar de pensioenverzekering van Delta Lloyd zou worden blootgesteld (tussenarrest, rov. 10). De daadwerkelijke ontwikkeling van de rente kan namelijk (sterk) afwijken van de prognose, zeker over een periode van 15 jaar (het advies dateert uit 1999 en de pensioendatum was 1 juni 2015).

5.63 Ad (2) Ook de tweede stelling leidt er niet toe dat het oordeel onjuist of onbegrijpelijk is. Ik stel voorop dat het hof *niet* tot uitgangspunt heeft genomen dat Aon had moeten waarschuwen voor een rentestand tussen 1% en 2% (zoals het geval was op de pensioendatum). Het hof gaat er vanuit dat Aon zonder de schending van de zorgplicht scenario's zou hebben geschetst op basis van rentes tussen 4% en 6%. In dat licht komt het erop aan of Aon gemotiveerd heeft betoogd dat een rente van 4% (dat wil zeggen 1 procentpunt lager dan de door haar gehanteerde rekenrente) in 1999 theoretisch en onvoorzienbaar zou zijn geweest. Een zodanig betoog behoeft het hof naar mijn mening in de aangehaalde passages niet te lezen.

5.64 In dat verband merk ik nog het volgende op. Aon heeft in punt 26 van haar akte na tussenarrest onder meer gesteld: "*In de periode 2000-2006 was op basis van de Actuariële Principes Pensioenfonds een rekenrente van 4% voorgeschreven en gangbaar.*" Verder heeft zij in punt 30 van die akte het volgende naar voren gebracht: "*In 1999 (ten tijde van de overdracht van het (nominale) premievrije pensioen in de individuele C-polis) was de risicovrije 15-jaars rente 4.67% (zie de eerste tabel bij vraag 2).*" Deze stellingen duiden er in mijn ogen niet op dat een rekenrente van 4% in 1999 louter theoretisch en onvoorzienbaar zou zijn geweest.

5.65 Dit betekent dat ik *onderdelen 1 en 2* van het incidenteel cassatieberoep ongegrond acht.

5.66 *Onderdeel 3* bestrijdt rov. 8 van het eindarrest. In deze overweging memoreert het hof zijn beslissing uit het tussenarrest over de zorgplicht van Aon inzake de rekenrente. Het onderdeel voert aan dat rov. 8 van het eindarrest voortbouwt op de door onderdelen 1 en 2 bestreden oordelen en daarom ook door de klachten van onderdelen 1 en 2 wordt geraakt.

5.67 Onderdeel 3 is een voortbouwende klacht. Het onderdeel deelt het lot van de andere klachten van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep en slaagt mijns inziens dus evenmin.

5.68 Daarmee acht ik alle klachten van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ongegrond.

6 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing in het principaal cassatieberoep en tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak C/10/542561 / HA ZA 18-31 van de rechtbank Rotterdam van 2 januari 2019;
- b. de arresten in de zaak 200.258.339/01 van het gerechtshof Den Haag van 17 november 2020 en 6 april 2021.

[de cliënt] heeft tegen de arresten van het hof beroep in cassatie ingesteld. Aon heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Aon mede door J.B.B. Heinen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal S.D. Lindenberg strekt tot vernietiging en verwijzing in het principaal cassatieberoep en tot verwerping van het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Het gaat in deze zaak om de aansprakelijkheid van Aon voor het advies om de opgebouwde waarde in een gegarandeerd nominaal pensioen over te dragen naar een pensioenvoorziening op basis van een beleggingsverzekering.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [de cliënt] heeft tot 1 september 1998 bij zijn toenmalige werkgever deelgenomen aan een collectieve pensioenregeling. Deze regeling voorzag in een gegarandeerd levenslang ouderdomspensioen van f 72.481 (€ 32.890) bruto per jaar vanaf de pensioendatum (1 juni 2015). Het pensioen (hierna: het gegarandeerde pensioen) werd niet geïndexeerd.

(ii) Vanaf 1 november 1998 is [de cliënt] gaan werken bij een andere werkgever. Op advies van Aon heeft hij ervoor gekozen bij deze werkgever een aanvullend pensioen op te bouwen in een zogeheten C-polis van Delta Lloyd, in de vorm van een beleggingsverzekering. De premies voor deze verzekering werden belegd in het Mixfonds van Delta Lloyd.

(iii) Bij brief van 7 mei 1999 heeft Aon aan [de cliënt] geadviseerd de premievrije opgebouwde waarde van het gegarandeerde pensioen (f 552.346) over te dragen naar het Mixfonds van Delta Lloyd. In de

brief wijst Aon erop dat het gegarandeerde pensioen niet voorziet in indexering.

(iv) De brief van Aon vermeldt dat indien met de overdrachtswaarde een rendement van gemiddeld 7% per jaar kan worden gerealiseerd, er sprake is van een ouderdomspensioen dat f 14.495 per jaar hoger ligt dan het gegarandeerde pensioen. Het bij de brief gevoegde voorstel geeft voorbeelden van het te verkrijgen ouderdomspensioen vanaf de pensioendatum op basis van een "gehanteerde rekenrente vóór en na de pensioendatum" van 5%:

- bij een gemiddeld rendement van 6% is het prognosekapitaal f 1.031.035; dit levert een ouderdomspensioen van f 73.105 per jaar op;

- bij een gemiddeld rendement van 7% is het prognosekapitaal f 1.226.374; dit levert een ouderdomspensioen van f 86.976 per jaar op;

- bij een gemiddeld rendement van 9% is het prognosekapitaal f 1.687.709; dit levert een ouderdomspensioen van f 119.696 per jaar op.

Verder wordt ervan uitgegaan dat in de voorgestelde beleggingsverzekering sprake zal zijn van een garanti kapitaal van f 725.597 (€ 329.261,56). Dit levert een ouderdomspensioen van f 51.461 (€ 23.351,98) per jaar op.

(v) [de cliënt] heeft het voorstel aanvaard. De waarde van het gegarandeerde pensioen is vervolgens aan Delta Lloyd overgedragen. Het garanti kapitaal is later verhoogd van € 329.261,56 tot € 363.702.

(vi) In de aldus tot stand gekomen beleggingsverzekering is een kapitaal opgebouwd van € 378.167. Dit kapitaal is op de pensioendatum aangewend voor de aankoop van een (in beginsel) vast ouderdomspensioen van € 14.959 bruto per jaar. Dit is lager dan het oorspronkelijke gegarandeerde pensioen van nominaal € 32.890 bruto per jaar.

(vii) Aon heeft van Delta Lloyd provisie ontvangen voor haar bemiddeling bij de waardeoverdracht. Deze provisie is gerelateerd aan de waarde van het overgedragen bedrag.

2.3 In deze procedure vordert [de cliënt] – kort samengevat en voor zover in cassatie van belang – vergoeding door Aon van zijn (pensioen)schade, op te maken bij staat. Verder vordert [de cliënt] betaling van de provisie die Aon heeft ontvangen, vermeerderd met het gemiste rendement of wettelijke rente.

2.4 De rechtbank heeft voor recht verklaard dat Aon aansprakelijk is voor de pensioenschade en haar veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat, en van een bedrag van € 22.259 als schadevergoeding voor de door Aon ten laste van [de cliënt] genoten provisie.

2.5.1 Het hof heeft, na een tussenarrest,¹ bij eind-arrest² het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [de cliënt] afgewezen. Daaraan

1 Gerechtshof Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2934.

2 Gerechtshof Den Haag 6 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2899.

heeft het hof — kort weergegeven — het volgende ten grondslag gelegd.

Zorgplicht beleggingsrisico

2.5.2 Over de zorgplicht met betrekking tot het beleggingsrisico heeft het hof in zijn tussenarrest als volgt overwogen.

Het is een feit van algemene bekendheid dat het rendement van beleggingen kan tegenvallen, of zelfs negatief kan zijn. Dit risico is inherent aan pensioenopbouw door middel van beleggingen. Voor dit algemene risico behoefde Aon niet expliciet te waarschuwen, ook niet als zou moeten worden aangenomen dat [de cliënt] onervaren was in het beleggen. Dat er in dit geval sprake was van voor Aon kenbare lichtzinnigheid of ondoordachtetheid van [de cliënt], zodat zij daar in de advisering rekening mee moest houden, is niet gesteld of gebleken. Bij dit alles is van belang dat het beleggingsrisico in dit geval beperkt was. [de cliënt] heeft immers gekozen voor een garanti kapitaal, waardoor in zijn geval op de pensioendatum ten minste een bedrag van f 725.597 beschikbaar kwam voor het aankopen van een pensioen. Uit het voorstel van Aon blijkt duidelijk dat met dat bedrag — uitgaande van een rekenrente van 5% — het aan te kopen pensioen (f 51.461 per jaar) lager zou uitkomen dan het gegarandeerde pensioen (f 72.481 per jaar). Dat risico moet [de cliënt] geacht worden met het accepteren van de offerte te hebben aanvaard. (rov. 6)

Bij de beoordeling of Aon haar zorgplicht heeft geschonden, komt het erop aan wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon/as-surantieadviseur in de advisering verwacht worden verwacht. Daarbij is onder meer van belang of de destijds geldende regels voor informatievoorziening zijn nageleefd. Aon heeft gesteld dat de in het voorstel opgenomen prognoses destijds gangbaar, realistisch en juist waren. [de cliënt] heeft dit niet gemotiveerd weersproken. [de cliënt] stelt wel dat hij in 1999 geen offerte van Delta Lloyd heeft ontvangen. Door welke informatie [de cliënt] zich dan heeft laten leiden, dan wel welke verwachtingen hij had over de werkwijze van het product is door hem niet concreet toegelicht. [de cliënt] heeft ook aangevoerd dat hij geen informatie heeft ontvangen over de eerste kosten en de provisie voor de tussenpersoon, zonder daar evenwel duidelijke conclusies aan te verbinden. Het hof heeft [de cliënt] in de gelegenheid gesteld zijn stellingen alsnog toe te lichten. (rov. 7)

In het eindarrest heeft het hof overwogen dat [de cliënt] niet nader heeft toegelicht door welke informatie hij zich bij het aangaan van de verzekering heeft laten leiden, dan wel welke verwachtingen hij had over de werkwijze van het product. (rov. 2)

Rekenrente: zorgplicht

2.5.3 Het hof oordeelde in zijn tussenarrest dat Aon in haar zorgplicht jegens [de cliënt] is tekortschoten omdat zij hem niet heeft gewezen op het ri-

sico van een dalende rekenrente. Daarvoor bestond in dit concrete geval wel aanleiding. (rov. 8)

De rentestand is een van de belangrijkste factoren die de uiteindelijke hoogte bepalen van het pensioen dat met het opgebouwde kapitaal kan worden aangekocht. De mogelijke daling van de rente is daardoor een risico dat inherent is aan deze wijze van pensioenopbouw. Dat risico is geen feit van algemene bekendheid. Dat [de cliënt] hiermee toch bekend was, is niet gebleken. In haar voorstel heeft Aon slechts genoemd dat werd uitgegaan van een rekenrente van 5%. Wat de invloed van een hogere of een lagere rekenrente op de hoogte van het pensioen zou zijn, heeft Aon in het voorstel niet duidelijk gemaakt, hoewel dit voor [de cliënt] relevante informatie was die mede behulpzaam was om de afweging te kunnen maken of het pensioenvoorstel voor hem geschikt was. (rov. 9)

Het kan zo zijn dat Aon naar de toenmalige maatstaven prudent of zelfs behoudend heeft geadviseerd in die zin dat een rekenrente van 5% op dat moment gangbaar was. Maar dat neemt niet weg dat zij in dit geval [de cliënt] minst genomen had moeten wijzen op het risico van daling van de rente. Bij waardeoverdracht zou de zekerheid van het gegarandeerde pensioen vervallen en het pensioen behalve aan het risico van tegenvallende beleggingsrendementen — een risico dat [de cliënt] geacht werd te kennen — ook worden blootgesteld aan het risico van een dalende rente. Deze risicoblootstelling van een eerder zeker pensioen vraagt (extra) aandacht van een adviseur als Aon. Voor het niet bekende risico van een dalende rente had Aon [de cliënt] duidelijk moeten waarschuwen. (rov. 10)

Het hof verwerpt het standpunt van [de cliënt] dat Aon er ook op had moeten wijzen dat er ten tijde van de advisering een groot en serieus risico bestond dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou zijn dan de 5% die in het voorstel van Aon staat. Op dit punt heeft Aon aangevoerd dat de wijze waarop zij de rente hanteerde gangbaar en realistisch was. Volgens Aon heeft zij het risico van de rente op goede gronden op 5% kunnen inschatten, en daarbij prudent gerekend met de vaste rekenrente die de verzekeraars hanteerden. Zij is uitgegaan van de uitgangspunten van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB), terwijl de ontwikkeling van de rente nadien extreem negatief en destijds niet redelijkerwijs voorzienbaar was. Het hof gaat hierin mee. Dat dit een gangbare en realistische wijze van adviseren was, heeft [de cliënt] onvoldoende weersproken. Dat een andere wijze van advisering destijds denkbaar was vanwege economische ontwikkelingen van de rente in het verleden, is dan niet relevant. (rov. 11)

Het hof heeft Aon verzocht een overzicht te geven van de ontwikkeling van de relevante rekenrente in de jaren 1980-2015. (rov. 16 en dictum)

Rekenrente: causaal verband

2.5.4 In het eindarrest heeft het hof geoordeeld dat er tussen de schending van de zorgplicht en de gestelde schade geen causaal verband is komen vast te staan. (rov. 10)

Aon heeft op basis van een rekenrente van 5% geadviseerd. Dit was een gangbare en realistische wijze van adviseren. Indien Aon de rol van rente in de advisering zou hebben betrokken, zou zij – zo heeft zij gesteld – scenario's hebben geschetst op basis van rentes tussen de 4% en 6% omdat een verdergaande bandbreedte destijds niet als realistisch werd gezien. Dit heeft [de cliënt] niet gemotiveerd weersproken. (rov. 10.1)

Aon heeft bij akte de invloed van de rekenrente voor het pensioen in beeld gebracht. Bij een rekenrente tussen 4% en 6% zou het (uiteindelijke) gegarandeerde kapitaal van € 363.702 (uitgaande van de indertijd gehanteerde overlevingstafel 1999) een ouderdomspensioen opleveren van ten minste € 23.508 per jaar en van ten hoogste € 28.440 per jaar. Dit minimum is meer dan het bedrag van € 23.351,98 dat in de offerte van 7 mei 1999 voor het garanti kapitaal in het vooruitzicht is gesteld. Dat laatste bedrag, althans het risico dat het ouderdomspensioen daarop zou kunnen uitkomen, heeft [de cliënt] destijds geaccepteerd door de offerte te aanvaarden. (rov. 10.2)

Bij deze stand van zaken heeft [de cliënt] onvoldoende onderbouwd dat hij bij het naleven van de zorgplicht op het punt van de rekenrente de pensioenverzekering niet in deze vorm zou zijn aangegaan. (rov. 10.3)

Provisie en kosten

2.5.5 In zijn eindarrest is het hof ingegaan op de stelling van [de cliënt] dat hij niet was ingelicht over de eerste kosten en de provisie. (rov. 3)

Volgens het hof was er bij de waardeoverdracht en het sluiten van de polis geen verplichting van Aon om [de cliënt] te informeren over de provisie en/of de omvang daarvan. De provisie was onder het regime van art. 13 Wet Assurantiebemiddelingsbedrijf uitsluitend een kwestie tussen verzekeraar en assurantiëttussenpersoon. De verzekerde, zoals in dit geval [de cliënt], stond daar buiten. Dat dit niet informeren over de provisie door Aon desondanks wel een schending van de zorgplicht was, is niet voldoende onderbouwd. Op dit punt is onder meer van belang dat Aon heeft weersproken dat er een niet gangbare provisie van 9% zou zijn gerekend, onder meer aan de hand van de door [de cliënt] overgelegde producties. Uit deze producties volgt dat er een afsluitprovisie van 5% is bedongen. Dit laatste heeft [de cliënt] niet voldoende betwist. (rov. 4)

Destijds was er evenmin een verplichting van Aon om [de cliënt] te informeren over de eerste kosten die de verzekeraar bij hem in rekening zou brengen. Dat was uitsluitend een kwestie tussen Delta Lloyd en [de cliënt]. (rov. 5).

3 *Beoordeling van de middelen in het principale beroep en in het voorwaardelijke incidentele beroep*

Inleiding

3.1 Onderdeel 2.1 van het middel in het principale beroep klaagt in de kern dat Aon als professioneel adviseur [de cliënt] indringender had moeten waarschuwen voor het risico dat hij zou lopen als hij zijn gegarandeerde pensioen zou omzetten in de onzekere beleggingsverzekering bij Delta Lloyd, zowel door het beleggingsrisico als door het risico van een dalende rekenrente, als door een combinatie van beide risico's. Het middel in het incidentele beroep is gericht tegen het oordeel van het hof dat Aon [de cliënt] had moeten waarschuwen voor het risico van een dalende rekenrente.

Beleggingsrisico

3.2.1 Wat het beleggingsrisico betreft, heeft het hof in aanmerking genomen dat het van algemene bekendheid is dat het rendement van beleggingen kan tegenvallen of zelfs negatief kan zijn. Het heeft overwogen dat het beleggingsrisico in dit geval was beperkt doordat de verzekering een garanti kapitaal kende. Uit het voorstel van Aon (zie hiervoor in 2.2 onder (iv)) bleek dat het pensioen bij dit garanti kapitaal lager zou zijn dan het gegarandeerde pensioen. In deze overwegingen ligt besloten dat [de cliënt] volgens het hof uit de vermelding van het garanti kapitaal, en het daarbij behorende lagere pensioen, heeft moeten begrijpen dat hij tot dit garanti kapitaal, en het daarbij behorende lagere pensioen, beleggingsrisico liep. Daaraan doet volgens het hof niet af dat het voorstel als laagste rekenvoorbeeld uitging van een rendement van 6%, waarbij het pensioen nog iets hoger zou zijn dan het gegarandeerde pensioen. Over de rendementsprognoses heeft het hof overwogen dat [de cliënt] de stelling van Aon dat de door haar gegeven prognoses destijds gangbaar, realistisch en juist waren, onvoldoende heeft weersproken.

3.2.2 Deze oordelen van het hof geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn zozeer verweven met waarderungen van feitelijke aard dat zij voor het overige in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht. Zij zijn niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De daartegen gerichte klachten van het middel in het principale beroep falen.

Rekenrente

3.3.1 Wat de rekenrente betreft, heeft het hof in zijn tussenarrest geoordeeld dat Aon [de cliënt] duidelijk had moeten waarschuwen voor het risico van een dalende rente. Het hof heeft daarbij meegewogen dat de rentestand een van de belangrijkste factoren is die de hoogte bepalen van het met het opgebouwde kapitaal aan te kopen pensioen, en dat [de cliënt] het risico hiervan niet kende of behoorde te kennen.

3.3.2 Dit oordeel geeft, anders dan het middel in het incidentele beroep betoogt, geen blijk van een

onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Dat de rekenrente al geruime tijd stabiel was, en dat in de markt en door DNB destijds van een rekenrente van 5% werd uitgegaan, zoals Aon heeft aangevoerd, doet er bij gebreke van een rentegarantie niet aan af dat het risico van een dalende rente bestond, zo ligt in het oordeel van het hof besloten.

Combinatierisico

3.4.1 Onderdeel 2.1 van het middel in het principale beroep voert in samenhang met onderdeel 2.3 daarvan aan dat het hof heeft miskend dat het pensioen van [de cliënt] door de overstap naar de beleggingsverzekering werd blootgesteld aan de combinatie van het beleggingsrisico en het risico van een dalende rekenrente, dat [de cliënt] over dit combinatierisico niet goed is voorgelicht, en dat hij, als hij het zou hebben gekend, niet voor de beleggingsverzekering zou hebben gekozen.

3.4.2 Het hof heeft in zijn eindarrest geoordeeld dat het uiteindelijk gegarandeerde kapitaal van € 363.702 bij een rekenrente van 4% een pensioen zou hebben opgeleverd van € 23.508 per jaar, en dat dit hoger is dan het pensioen van € 23.351,98 dat in de offerte voor het destijds geldende garantiëkapitaal in het vooruitzicht is gesteld. Volgens het hof heeft [de cliënt] het risico geaccepteerd dat het ouderdomspensioen op dat laatste bedrag zou kunnen uitkomen, en heeft [de cliënt] onvoldoende onderbouwd dat hij bij het naleven van de zorgplicht op het punt van de rekenrente de beleggingsverzekering niet in deze vorm zou zijn aangegaan.

3.4.3 De onderdelen klagen met recht dat dit oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. [de cliënt] moest bij zijn beslissing over het aangaan van de beleggingsverzekering de kans op een hoger pensioen dan het gegarandeerde pensioen afwegen tegen het risico van een slechtere uitkomst. Voor deze afweging is niet alleen van belang tot welk bedrag [de cliënt] het risico van een slechtere uitkomst dan het gegarandeerde pensioen wilde accepteren, maar ook hoe groot hij de kans inschatte dat het pensioen op dat bedrag zou kunnen uitkomen, of – meer algemeen – zou kunnen uitkomen op een lager bedrag dan het gegarandeerde pensioen. Voor die inschatting is relevant dat het pensioen dat uit de beleggingsverzekering zou resulteren, niet uitsluitend afhangt van het beleggingsrisico, maar mede van het rekenrenterisico. De uitkomst werd door de combinatie van deze risico's immers onzekerder. Daarbij komt dat het rekenrenterisico, anders dan het beleggingsrisico, niet door een garantie was beperkt. Een en ander heeft het hof niet kenbaar betrokken in zijn oordeel.

3.4.4 De klachten van het middel in het principale beroep tegen het oordeel van het hof dat Aon had mogen volstaan met scenario's op basis van rekenrentes tussen de 4% en 6%, behoeven gelet op het voorgaande geen behandeling.

Provisie en kosten

3.5.1 Onderdeel 2.2 van het middel in het principale beroep is gericht tegen de oordelen van het hof in het eindarrest dat de provisie onder het ten tijde van het aangaan van de beleggingsverzekering geldende recht uitsluitend een kwestie was tussen de verzekeraar en de assurantietussenpersoon en dat [de cliënt] daar als verzekerde buiten stond, en dat de eerste kosten uitsluitend een kwestie waren tussen [de cliënt] en Delta Lloyd.

3.5.2 De klachten van het onderdeel falen. Het oordeel van het hof geeft naar de destijds geldende regels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering.

Overige klachten

3.6 De overige klachten van de middelen in het principale en in het incidentele beroep kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 6 april 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt Aon in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [de cliënt] begroot op € 1.051,27 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Aon deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Aon in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [de cliënt] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Aon deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

Historisch lage rente

1. "De jaren tot 2022 waren een periode waarin de rente ongekend laag was", schrijft De Nederlandsche Bank op haar website.¹ Die ongekend lage rentestand heeft op veel terreinen negatieve consequenties gehad en heeft inmiddels ook tot een ongekend aantal procedures geleid. Te denken valt bijvoorbeeld aan alle procedures naar aanleiding van de 'boeterente' die banken bij hun klanten in rekening brengen als die laatsten hun hypothecaire le-

¹ <https://www.dnb.nl/actuele-economische-vraagstukken/rente/>.

ningen oversluiten vanwege de lage rentestand. In deze zaak draaide het om de rol die de rentestand speelt bij de 'overdracht' van een pensioenaanspraak naar een andere pensioenuitvoerder, en wat in dat verband van een financieel tussenpersoon mag worden verwacht. Brengt de zorgplicht van een financieel tussenpersoon mee dat hij moet waarschuwen voor de negatieve gevolgen van een daling van de rente, ook als een daling op het moment van adviseren niet is te voorzien? De Hoge Raad geeft een duidelijk antwoord op die vraag (te weten: 'ja'), maar doet meer. De Hoge Raad vernietigt ogenschijnlijk alleen ten aanzien van hetgeen het hof had overwogen over (het gebrek aan) causaal verband, maar geeft naar mijn idee ook invulling aan de geschonden norm zelf.

Zorgplicht

2. De norm in kwestie was de zorg van een goed opdrachtnemer in de zin van art. 7:401 BW. Het betrof in deze zaak namelijk een advies door Aon over de overdracht van (de opgebouwde waarde van) een gegarandeerde, niet-geïndexeerde pensioenaanspraak naar een individuele pensioenvoorziening op basis van een beleggingsverzekering. Voor de beoordeling van het handelen van Aon als tussenpersoon/assurantieadviseur moest de maatstaf van art. 7:401 BW worden gehanteerd, omdat Aon in opdracht van een cliënt/pensioengerechtigde handelde. Dat betekent dat Aon de zorgvuldigheid diende te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Die zorgvuldigheid wordt in de eerste plaats ingevuld door de inhoud van de contractuele verhouding tussen assurantieadviseur en cliënt, alsmede door de zorgplichten zoals die uit het publiekrecht voortvloeien.

3. In dit geval adviseerde Aon een cliënt bij brief van 7 mei 1999 over de waardeoverdracht van zijn pensioenaanspraak. In 1999 gold de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringsnemers 1994 (RIAV 1994), waaruit volgde dat de levensverzekeraar informatie dient te verschaffen over het aan de overeenkomst verbonden beleggingsrisico. Voor assurantieadviseurs gold echter niet een dergelijke informatieverplichting. Uit het publiekrecht vloeiden op het moment van adviseren in dit geval dus geen concrete zorgplichten voort. Desalniettemin kan het privaatrecht meeromvattende verplichtingen meebrengen dan volgt uit de desbetreffende publiekrechtelijke regels, zoals de Hoge Raad laatstelijk bevestigde in HR 11 februari 2022, *NJ 2022/289*, m.nt. V.P.G. de Seriëre. Die meer omvattende verplichtingen behelzen hier een plicht tot informatieverschaffing en zorgvuldige belangenbehartiging, hetgeen een waarschuwingplicht kan meebrengen. Als advisering door een tussenpersoon plaatsvindt, hoeft de cliënt bovendien minder bedacht te zijn op niet-vermelde risico's, aldus ook A-G Lindenberg (concl. A-G 4.21-4.22).

Feiten, procesverloop

4. In deze zaak ging het om een werknemer van Puratos, een bedrijf dat naar eigen zeggen 'een volledig assortiment van geavanceerde diensten en ingrediënten aan klanten in de bakkerij-, banket- en chocolade-industrie over de hele wereld'² aanbiedt. De collectieve pensioenregeling van Puratos verzag erin dat de werknemer een pensioen zou opbouwen van fl. 72.481 (€ 32.890) bruto per jaar vanaf pensioendatum (1 juni 2015). Dat pensioen zou niet worden geïndexeerd.

5. Per 1 november 1998 is de werknemer elders gaan werken. Bij brief van 7 mei 1999 heeft Aon de werknemer geadviseerd om de bij Puratos opgebouwde pensioenwaarde over te dragen aan Delta Lloyd. De waarde zou dan worden aangewend voor participaties in het Delta Lloyd Mixfonds. Dit fonds, en daarmee het pensioen van de deelnemers, werd opgebouwd door de opbrengst van de beleggingen van het fonds. Aon hield de werknemer voor dat zijn participatie in het Delta Lloyd Mixfonds in ieder geval een 'garantiekapitaal' zou opleveren met een pensioen van fl. 51.461 (€ 23.351,98). Hierbij werd uitgegaan van een 'gehanteerde rekenrente vóór en na de pensioendatum van 5%'. Voorts werd voorgoedhouden dat een gemiddeld beleggingsrendement van 7% een pensioen van fl. 86.976 per jaar zou opleveren. Ook werd voorgerekend wat rendementen van 6% en 9% zouden opleveren.

6. Toen de werknemer daadwerkelijk op 1 juni 2015 met pensioen ging, kon met zijn aandeel in het Mixfonds slechts een pensioen worden 'ingekocht' van € 14.959 per jaar, hoofdzakelijk omdat de rente op dat moment tot 1%-2% was gedaald. Wanneer een beleggingsportefeuille te gelde wordt gemaakt, bepaalt de rentestand op dat moment namelijk hoeveel pensioen kan worden uitgekeerd in de daaropvolgende jaren: een hoge rentestand betekent dat het pensioenkapitaal in de tijd daarna meer pensioen oplevert dan een lage rente.

7. De werknemer vorderde vergoeding door Aon van het bedrag aan gemist pensioen en betaling van de provisie die Aon had ontvangen. De Rechtbank Rotterdam wees deze vorderingen toe. In hoger beroep wees het Hof Den Haag de vorderingen grotendeels af, maar besliste wel dat Aon was tekortgeschoten in haar zorgplicht als tussenpersoon/assurantieadviseur.

Hoge Raad: bekrachtiging, maar vernietiging vanwege combinatierisico

8. In navolging van het hof onderscheidt de Hoge Raad de beoordeling van de zorgplicht van Aon ten aanzien van het beleggingsrisico van haar zorgplicht ten aanzien van het renterisico. Ten aanzien van het beleggingsrisico bekrachtigt de Hoge Raad het oordeel van het hof. Preciezer gezegd, bekrachtigt de Hoge Raad het oordeel dat, kort gezegd, het beleggingsrisico een feit van algemene bekendheid is en dat de werknemer had moeten begrijpen

² <https://www.puratos.nl/nl/about-puratos/our-organisation>.

dat dit risico zich kon voordoen, omdat het ‘garantiekapitaal’ van het Delta Lloyd-pensioen al tot een lager pensioen zou leiden dan het Puratos-pensioen. Voorts vindt de Hoge Raad van belang dat het beleggingsrisico van de werknemer beperkt was door datzelfde garantiekapitaal (rov. 3.2.1). Ik vind dit een begrijpelijk oordeel.

9. Ook ten aanzien van het renterisico bevestigt de Hoge Raad het oordeel van hof dat Aon de werknemer duidelijk had moeten waarschuwen voor het risico van een dalende rente, dat de rentestand een van de belangrijkste factoren is die de hoogte bepalen van het met het opgebouwde kapitaal aan te kopen pensioen, en dat de werknemer het risico hiervan niet kende of behoorde te kennen (rov. 3.3.1). Tegen dit oordeel van het hof had Aon incidenteel voorwaardelijk cassatieberoep ingesteld, maar dat wijst de Hoge Raad — in navolging van A-G Lindenberg — dus af.

10. Toch vernietigt de Hoge Raad, vanwege de beslissing van het hof ten aanzien van het causaal verband: het hof overwoog dat als Aon wel zou hebben gewaarschuwd voor het risico van dalende rente, zij dan zou hebben mogen uitgaan van rentestanden tussen 4% en 6% (rov. 10 eindarrest). De laagste van die rentestanden — en daarmee ook het advies dat zou zijn gegeven als de normschending zou worden weggedacht — zou niet tot een hoger pensioen hebben geleid dan feitelijk was opgebouwd. Onvoldoende onderbouwd was dat de werknemer bij die stand van zaken het voorstel van Aon zou hebben afgewezen. Zijn schadevergoedingsvordering stuitte volgens het hof dus af op het ontbreken van condicio-sine-qua-non-verband. De Hoge Raad vindt dit oordeel onbegrijpelijk (rov. 3.4.3). Volgens de Hoge Raad heeft het hof niet kenbaar betrokken in zijn oordeel dat voor de beslissing van de werknemer niet alleen van belang was de minimale hoogte van het geadviseerde Delta Lloyd-pensioen (in verhouding tot het Puratos-pensioen), maar ook de kans dat het geadviseerde pensioen op een lager bedrag zou uitkomen. Voor die inschatting was de combinatie van het beleggingsrisico en het renterisico van belang, omdat daardoor de uitkomst onzekerder werd, terwijl bovendien het renterisico niet door een garantie was beperkt.

Causaal verband en/of norm?

11. De vernietiging door de Hoge Raad betreft naar mijn idee niet alleen het oordeel van het hof over het ontbreken van causaal verband, maar ook zijn volgende oordeel in het tussenarrest (rov. 12): “Maar het feit dat Aon er niet op heeft gewezen dat het een groot en serieus risico was dat de rekenrente op het moment van de aankoop van de pensioenuitkering lager zou kunnen zijn dan de 5% die in het voorstel van Aon staat, is geen schending van de zorgplicht.” Praktisch gezien vind ik het namelijk slecht voorstelbaar hoe een assurantieadviseur gehouden kan zijn om te wijzen op het risico dat voortvloeit uit de combinatie van het beleggingsrisico en het renterisico, maar er tegelijkertijd ruimte

zou zijn voor het betoog dat niet hoefde te worden gewaarschuwd voor een onvoorziene daling van de rente. Het komt mij dan ook voor dat de Hoge Raad geen ruimte ziet voor het verweer dat de historische daling van de rente onvoorziën was — ongeacht of dat verweer wordt gevoerd in de context van (ontbreken van) causaal verband, of als argument dat om die reden geen sprake kan zijn van een normschending. Anders gezegd: de Hoge Raad vult de zorgplicht van een assurantieadviseur nader in door te impliceren dat die assurantieadviseur in een geval als dit moet wijzen op het risico dat voortvloeit uit de combinatie van het beleggingsrisico en het renterisico. Dat oordeel is opmerkelijk, zeker ook in het licht van de conclusie van A-G Lindenberg dat het betoog dat het hof het combinatie- en renterisico in zijn overwegingen had moeten betrekken feitelijk geen grondslag miste, omdat het cassatiemiddel niet verwees naar stellingen in de gedingstukken in feitelijke instanties (concl. A-G 5.16).

Uitkomst

12. Dit arrest is een harde uitkomst voor de assurantieadviseur, die aldus een rekening krijgt gepresenteerd voor een omstandigheid die ook hij allicht niet kon zien aankomen. Een vergelijking met HR 10 juni 2022, NJ 2022/342, m.nt. M. Haentjens, dringt zich op, nu ook in die zaak de Hoge Raad de schadeverdeling tussen klant en de bank bij tegenvallende effectenleasetransacties volledig voor rekening van de bank brengt als een tussenpersoon heeft geadviseerd tot aangaan van zo’n effectenleasetransactie zonder over de benodigde vergunning te beschikken. Waar in die zaak de bank zwaar werd aangerekend dat zij wist of behoorde te weten dat de tussenpersoon niet beschikte over de daarvoor vereiste vergunning, heeft in deze zaak allicht meegespeeld dat de tussenpersoon adviseerde over de waardeoverdracht van een gegarandeerd (zij het niet-geïndexeerd) pensioen naar een pensioenvoorziening op basis van een beleggingsverzekering die bloot stond aan beleggingsrisico en renterisico (en de combinatie daarvan). De Hoge Raad vond zeker van belang dat het renterisico hier niet door een garantie was beperkt (rov. 3.4.3). Zoals het hof het formuleerde: “(...) ‘vast’ werd ‘onzeker’, maar misschien lucratief” (rov. 10 tussenarrest).

13. Deze uitkomst roept de vraag op of — met de kennis van nu — een pensioenvoorziening met dergelijke risico’s in het algemeen wenselijk is. Een aanwijzing voor een ontkennende beantwoording van die vraag kan worden gevonden in de op 1 juli 2023 in werking getreden Wet toekomst pensioenen. Volgens De Nederlandsche Bank vervalt op grond van die wet ‘de noodzaak van een rekenrente voor het waarderen van pensioenaanspraken en daarmee een belangrijke bron van spanning tussen generaties.’³ Deze zaak laat evenwel zien dat het gebruik

3 <https://www.dnb.nl/algemeen-nieuws/nieuwsberichten-2023/nieuwe-pensioenwet-is-belangrijke-stap-naar-toekomstbestendiger-pensioenstelsel/>.

van rekenrente bij het omzetten van een individueel pensioenkapitaal naar een pensioenuitkering bij een lage rentestand tot meer negatieve consequenties leidt dan tot intergenerationele spanning.

M. Haentjens

NJ 2023/258

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

24 februari 2023, nr. 21/04965

(Mrs. M.J. Kroeze, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, A.E.B. ter Heide; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot) m.nt. F.M.J. Verstijlen

Art. 5:126, 5:139, 5:140, 5:140b BW

RvdW 2023/268

NJB 2023/679

RVR 2023/38

ECLI:NL:PHR:2022:970

ECLI:NL:HR:2023:286

Goederenrecht. Appartementsrechten. Wijziging splitsingsakte op voet art. 5:139 lid 2 BW; reikwijdte. Schade door wijziging splitsingsakte (art. 5:140b BW); maatstaf; begrip.

Art. 5:139 lid 1 BW bepaalt dat de akte van splitsing kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars. Lid 2 bepaalt in de eerste volzin dat de wijziging ook met medewerking van het bestuur kan geschieden, indien het tot de wijziging strekkende besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier vijfden van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt of met een zodanige grotere meerderheid als in de akte van splitsing is bepaald. Toedeling is een daad van beschikking waarvoor levering vereist is en de vereniging van eigenaars is slechts bevoegd tot vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaars voor zover het gaat om het beheer van de gemeenschap (art. 5:126 leden 1 en 5 BW). Daarom moet worden aangenomen dat een wijziging van de akte van splitsing die inhoudt dat een gemeenschappelijk gedeelte in een appartementencomplex wordt toegedeeld aan een van de appartementseigenaars, slechts volgens de hoofdregel van art. 5:139 lid 1 BW kan worden geëffectueerd, dus met medewerking van alle appartementseigenaars, zo nodig onder toepassing van art. 5:140 BW.

Art. 5:140b lid 3 BW houdt in dat de rechter een vordering van een appartementseigenaar die niet voor een overeenkomstig art. 5:139 lid 2 BW bij meerderheid van stemmen genomen besluit tot wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, tot vernietiging van dat besluit, kan afwijzen, wanneer de eiser geen schade lijdt of hem een redelijke schadeloosstelling wordt aangeboden en voor de betaling hiervan voldoende zekerheid is gesteld. Om te kunnen vaststel-

len of de betrokken appartementseigenaar schade lijdt door de wijziging, moet de akte van splitsing zoals zij luidt na de wijziging worden vergeleken met de akte van splitsing zoals zij voor de wijziging luidde, en dus niet met een van die oorspronkelijke akte afwijkende feitelijke situatie. Onder schade in de zin van art. 5:140b lid 3 BW vallen ook de met de wijziging van de akte van splitsing gemoeide kosten, voor zover zij mede voor rekening worden gebracht van de appartementseigenaars die geen belang hebben bij de wijziging en hun daarvoor geen redelijke schadeloosstelling wordt aangeboden.

[eiser], eiser tot cassatie, adv.: mr. P.A. Fruytier, tegen

[de VvE], verweerster in cassatie, hierna: de VvE, adv.: mr. M.J. van Basten Batenburg.

Hof:

3 De motivering van de beslissing in hoger beroep

Het wettelijk kader

3.1 Het Besluit van 26 september 2018 strekt tot wijziging van de splitsingsakte. Over een dergelijke wijziging staat sinds 1 mei 2015 in artikel 5:139 BW (Burgerlijk Wetboek) onder meer het volgende:

'1. De akte van splitsing kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars.

2. De wijziging kan ook met medewerking van het bestuur geschieden, indien het tot de wijziging strekkende besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier vijfden van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt of met een zodanige grotere meerderheid als in de akte van splitsing is bepaald. (...)

Het eerste lid stelt unanimititeit van de eigenaren als eis. Tot 1 mei 2015 was dit de enige mogelijkheid om een VvE-splitsingsakte te wijzigen. Op die dag is daarin verandering gekomen: lid 2 is in werking getreden, waardoor een meerderheid van 80% of meer van de stemmen haar wil aan de minderheid kan opleggen. In de eis dat minstens 80% het met de wijziging eens moest zijn, zag de wetgever kennelijk niet voldoende waarborgen voor de belangen van de minderheid. In artikel 5:140b BW is namelijk de deur geopend om het besluit door de rechter te laten toetsen.

Artikel 5:140b BW houdt onder meer in:

'1. Op vordering van een appartementseigenaar die niet voor een overeenkomstig artikel 139 lid 2 bij meerderheid van stemmen genomen besluit tot wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, wordt het besluit bij rechterlijke uitspraak vernietigd.

2. (...)

3. De rechter kan de vordering afwijzen, wanneer de eiser geen schade lijdt of hem een redelijke schadeloosstelling wordt aangeboden en