

# Zorgplicht van de pensioenuitvoerders

TPV 2021/5

## 1. Inleiding

Er is in wetgeving en rechtspraak een trend waarneembaar waarin voor pensioenuitvoerders in toenemende mate zorgplichten worden aangenomen of zorgplichten op hen komen te rusten. De jongste loot aan die stam van zorgplichtregulering voor pensioenuitvoerders bestaat uit de zorgplichtvoornemens onder het pensioenakkoord en de Wet toekomst pensioenen.

Hierna bespreek ik waaruit deze ontwikkeling bestaat en wat het pensioenakkoord en de Wet toekomst pensioenen daaraan mogelijk toevoegt. Op basis van de zorgplichtnormering in de Pensioenwet en de rechtspraak naar aanleiding daarvan formuleer ik een aantal uitgangspunten die bij verdere uitwerking van zorgplichten onder de Wet toekomst pensioenen nuttig zijn. Centraal staat de rechtspraak en literatuur specifiek over pensioenuitvoerders waar die is toegespitst op de uitvoering van pensioenregelingen.

De aandacht ligt dus op pensioenfondsen, verzekeraars en premiepensioeninstellingen, voor zover zij door de Pensioenwet gereuleerde activiteiten uitvoeren. De Wet op het financieel toezicht ("Wft") blijft in principe buiten beschouwing. Dat is voor een volgende keer. Bovendien legt de zorgplichtrechtspraak over arbeidsvoorwaardelijke pensioenen daarop vooralsnog ook niet de nadruk, en is de pensioenovereenkomst en de uitvoering daarvan ook slechts in selecte gevallen door de Wft gereuleerd. Namelijk waar het gaat om uitvoering door verzekeraars en premiepensioeninstellingen. En ook voor hen geldt de Pensioenwet.

Het plan van aanpak is als volgt. Achtereenvolgens bespreek ik de afbakening van het in deze bijdrage te hantieren begrip "zorgplicht" (paragraaf 2), de verschijningsvormen daarvan in de Pensioenwet (paragraaf 3) en de rol die dit begrip speelt in de rechtspraak over de uitvoering van pensioenregelingen (paragraaf 4). Daarna bespreek ik zorgplichten onder de op 16 december 2020 gepubliceerde consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen (paragraaf 5). Ik rond af met een samenvatting en uitgangspunten (paragraaf 6).

## 2. Zorgplicht

Een zorgplicht is de plicht tot op zekere hoogte rekening te houden met de belangen van een ander, bijvoorbeeld door iets te doen of juist te laten met het oog op die belangen. In contractuele verhoudingen volgt deze plicht uit de redelijkheid en billijkheid of concrete op het contract gerichte normering, zoals de zorgplicht van de opdrachtne-

mer (artikel 7:401 BW) of goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW). Buiten een contractuele verhouding volgen zorgplichten uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

De Pensioenwet voegt daaraan eigen, publiekrechtelijke, zorgplichten toe. Denk aan het informeren, adviseren en waarschuwen van pensioen- en aanspraakgerechtigden, maar ook aan het doen van onderzoek naar hun belangen en wensen. Deze Pensioenwetnormering biedt in algemene zin bescherming. Het zijn minimumnormen.<sup>2</sup> De basis van deze normen is steeds een maatmens (een fictieve redelijk handelend en denkende pensioen- of aanspraakgerechtigde).<sup>3</sup> De basis voor die publiekrechtelijke normering is dus niet die ene concrete deelnemer, *die ene* specifieke partner of nabestaande, of *die ene* concrete pensioenuitvoerder. De volledige en concrete belangen van de betrokken partijen komen met publiekrechtelijke normering niet tot hun recht. Daarvoor is het privaatrecht. Deze publiekrechtelijke c.q. Pensioenwet-zorgplichten zijn van belang. Zij geven invulling aan het te betrachten gedrag van pensioenuitvoerders. Zij brengen een basis-beschermingsniveau aan. De burgerlijke rechter zal echter de individuele en specifieke omstandigheden van het geval moeten toetsen. Daarbij is hij niet gebonden aan beslissingen van de bestuursrechter of de algemene Pensioenwetnormen voor zover die niet in direct verband staan met de kwestie waarover hij te beslissen heeft. Maar richtinggevend voor de invulling van concrete privaatrechtelijke normen kunnen zij natuurlijk wel zijn. Het kan en zal de gedachtevorming van de rechter mede kunnen bepalen van wat een concrete pensioenuitvoerder moet doen of juist nalaten om rekening te houden met de belangen van die concrete ander waarover het geding gaat.

### 2.1 Verschijningsvormen

In deze bijdrage neem ik vijf verschijningsvormen van zorgplichten tot uitgangspunt.<sup>4</sup> Ten eerste en ten tweede informatieplichten en vergewisplichten. Dat is bijvoorbeeld de plicht een toelichting te geven op keuzes, situaties, producten, diensten, situaties etc. En soms de plicht na te gaan of een betrokkene de informatie ook heeft begrepen of ontvangen. Ten derde onderzoeksplichten. Dat kan bijvoorbeeld zijn de plicht de inkomens- en vermogenspositie van een betrokkene in kaart te brengen. Dat om na te gaan of de dienst of het product al dan niet voor hem of haar geschikt is. Ten vierde waarschuwingsplichten. De plicht om een betrokkene te waarschuwen voor bijzondere risico's. En ten vijfde adviesplichten. De plicht een betrokkene sturing te geven wat wel te doen of soms zelfs te adviseren iets niet te doen. Zorgplichten ten aan-

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 40.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 208.

<sup>4</sup> Een indeling die ook terugkeert bij Maatman, R.H. Maatman, 'Pensioenfondsen en zorgplichten: uitdijen of indammen?', in: *Zorgplicht in de financiële sector (O&R nr. 122) 2020/5*, par. 5.1.4. Dit zijn ook varianten die ook terugkeren in Asser/Lutjens 2019 (zie over informatieplichten met name nrs. 575 en 651, over vergewisplichten 548, 623 en 825, over onderzoeksplichten de bespreking van artikel 52 PW, bijv. in nr. 805, en over waarschuwingsplichten – zij het van de werkgever – nr. 153).

<sup>1</sup> Mr. S.H. (Sijbren) Kuiper is advocaat te Amsterdam bij Van Doorne N.V. Met ontwikkelingen na 19 december 2020 kon in dit artikel geen rekening worden gehouden. Dit artikel is op onderdelen een uitwerking van een presentatie die ik op 30 september 2020 hield samen met mr. B. (Bianca) van der Goes bij de VU Law Academy, Lezing Actualiteiten *Pensioenrecht II*.

zien van de interne organisatie van een pensioenuitvoerder laat ik hier buiten beschouwing.<sup>5</sup>

Er zijn ook zaken die ik hier niet beschouw als zorgplicht, ondanks dat ze soms in die termen worden besproken. Dat gaat dan om de gevallen waarin de termen “draagt zorg voor” of “is gehouden ervoor zorg te dragen” wel in de wet voorkomen, maar die niet specifiek zijn gericht op het rekening houden met de belangen van een ander. Het zijn termen die tot uitdrukking brengen dat een partij iets borgt of bewerkstelligt; het zegt misschien ook iets over de mate van inspanning en de te betrachten zorgvuldigheid. Niet elke plicht iets (zorgvuldig) te bewerkstelligen is specifiek gericht op het rekening houden met de belangen van een ander.

Denk bijvoorbeeld aan de plicht voor een pensioenuitvoerder ervoor te zorgen dat zijn uitbestedingspartner de Pensioenwet naleeft (artikel 34, eerste lid, PW) of de plicht voor een pensioenfonds te “zorgen voor” vastlegging van de risicohouding van het fonds of te “zorgen voor” formele opdrachtvaardiging (artikel 102, eerste en derde lid, PW). En denk bijvoorbeeld aan de plicht voor een bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 6 Wet BPF 2000 ervoor zorg te dragen dat bepaalde partijen geen gebruikmaken van de naam van dat fonds; in de rechtspraak wel met de term zorgplicht aangeduid.<sup>6</sup> Ook gedacht kan worden aan artikel 3 lid 2 Pensioen- en spaarfondsenwet (“PSW”), waarin was opgenomen dat de werkgever “is gehouden ervoor zorg te dragen” dat het pensioenfonds de overeengekomen premies ontvangt; ook geen “zorgplicht” in de in deze bijdrage gebruikte betekenis. Daarnaast kan nog gedacht worden of overeenstemming is met de prudent-person regel conform artikel 135, eerste lid, PW.<sup>7</sup>

### 3. Pensioenwet

#### 3.1 Informatieplichten

Het leeuwendeel van de “zorgplichten” in de Pensioenwet kent de vorm van informatieplichten. De meeste informatieplichten staan in hoofdstuk 4 van de wet. Kern van de zaak daar is dat periodiek (door middel van pensioenoverzichten), bij bepaalde gebeurtenissen en keuzes (denk aan start deelname, beëindiging deelname, scheiding, pensioeningang, vertrek uit Nederland, bij waardeoverdracht etc.) en op verzoek informatie wordt verstrekt of beschikbaar gesteld. Uitgangspunt van die informatieplichten, zoals geformuleerd bij het ontwerp van de Pensioenwet in 2005-2006, is het volgende:

“Het is de verantwoordelijkheid van een burger zelf om te beoordelen of het totaal aan uitkeringen waar hij

recht op heeft – op basis van wettelijke regelingen en aanvullende pensioenregelingen – tezamen met eventuele eigen middelen voldoende is of aangevuld moet worden met behulp van een vrijwillige pensioenregeling of een derdepijlerproduct. De informatieverstrekking dient dusdanig te zijn dat een burger deze verantwoordelijkheid waar kan maken.”<sup>8</sup>

De eigen verantwoordelijkheid van de pensioen- en aanspraakgerechtigde staat centraal; informatie faciliteert.<sup>9</sup> De wet stelt eisen aan de informatie. Overigens niet zozeer alleen aan de op grond van de Pensioenwet te verstrekken informatie van een pensioenuitvoerder, maar aan *alle* informatie die de uitvoerder verstrekt. Steeds moet die informatie correct, duidelijk en evenwichtig zijn. De informatie moet tijdig verstrekt of beschikbaar worden gesteld. Doet een uitvoerder dat niet, dan handelt hij in strijd met artikel 48, eerste lid, Pensioenwet. Het zijn resultaatsverplichtingen en nadrukkelijk geen inspanningsverplichtingen.<sup>10</sup> De wetgever legt daarmee de lat hoog; in ieder geval hoger dan voor 1 juli 2015.<sup>11</sup> De informatie moet inzicht geven in de keuzemogelijkheden die er zijn in de pensioenregeling en de gevolgen van belangrijke gebeurtenissen voor het pensioen. Geeft de informatie dat inzicht niet, dan handelt de pensioenuitvoerder in strijd met artikel 48, derde lid, Pensioenwet.

Daar komt bij dat de pensioenuitvoerder moet bevorderen dat *persoonlijke* informatie aansluit bij de informatiebehoefte en kenmerken van de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde. Doet de uitvoerder dat niet, dan handelt hij in strijd met artikel 48, tweede lid, Pensioenwet. Dit “bevorderen” is geen resultaatsverplichting, maar een plicht voor de uitvoerder zich in te spannen. Suggesties van de AFM om in de wet een plicht op te nemen te “zorgen voor” zijn niet overgenomen. Het is de bedoeling dat de pensioenuitvoerder zich ervoor inspant om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de behoefte van de doelgroep; verder gaat het niet. De deelnemer blijft zelf medeverantwoordelijk.<sup>12</sup>

#### 3.2 Vergewisplichten

Evidente vergewisplichten kent de Pensioenwet aanzienlijk minder. Het is daarmee het domein voor de burgerlijke rechter en normering in aanvulling op de Pensioenwet

5 Denk aan de plicht voor een pensioenfonds op de voet van artikel 143a, vierde lid, PW ervoor zorg te dragen dat de houder van de risicobeheerfunctie, interne auditfunctie of actuariële functie die te goeder trouw en naar behoren een melding heeft gedaan bij de toezichthouder als gevolg van deze melding niet wordt benadeeld.

6 Rb. Rotterdam 15 april 2007, *PJ* 2007/69 en daarna Cbb 1 april 2008, *PJ* 2008/43; Rb. Rotterdam 15 februari 2009, *PJ* 2008/44 en daarna Cbb 30 januari 2009, *PJ* 2009/50.

7 In die zin ook R.H. Maatman, ‘Pensioenfonds en zorgplichten: uitdijen of indammen?’, in: *Zorgplicht in de financiële sector (O&R nr. 122) 2020/5*, par. 5.1.5.

8 *Kamerstukken II 2005/06, 30413*, nr. 3, p. 110.

9 Zie ter illustratie van die eigen verantwoordelijkheid en de gehoudenheid in voorkomende gevallen zelf onderzoek te doen ook Hof Amsterdam 15 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2803, *PJ* 2015/14 (de verzekeraar die een vereveningsplichtige wel informeerde over de verplichting tot verevening van ouderdomspensioen, maar abusievelijk niet over de verplichting tot verevening van tijdelijk ouderdomspensioen, is niet aansprakelijk voor schade. Deelnemer heeft eigen onderzoeksplicht en had specifieke vraag moeten stellen); en Rb. Limburg 21 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1638, *PJ* 2018 47 (mogelijkheden uitruil genoemd in brief, reglement en website. Geen zorgplichtschending. Van een deelnemer mag enige inspanning worden verwacht ter uitoefening van zijn rechten).

10 *Kamerstukken II 2014/15, 34008*, nr. 6, p. 4.

11 Tot die tijd was op grond van artikel 48 PW de norm dat bepaalde specifiek op grond van de Pensioenwet te verstrekken informatie in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen tijdig moest worden verstrekt.

12 AFM, brief 16 januari 2014, p. 3-4 (bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14, 34008*, nr. 3); *Kamerstukken II 2013/14, 34008*, nr. 3, p. 17; *Kamerstukken II, 2014/15, 34008*, nr. 6, p. 23-24.

(en in die zin bovenwettelijk). Zo bepaalt de Pensioenwet niet in algemene zin dat een werkgever of uitvoerder moet toetsen of informatie of een aanbod de werknemer of informatiegerechtigde bereikt, maar wordt dat soms in het individuele specifieke geval wél aangenomen (zie ook paragraaf 3 hierna).<sup>13</sup>

### 3.3 **Onderzoeksplichten (en zelfs de plicht actief in te grijpen)**

De Pensioenwet bevat een onderzoeksplicht voor de pensioenuitvoerder. En daarmee doel ik niet zozeer op verificatie (zie hiervoor), maar op het verkrijgen van inzicht in de kenmerken en eigenschappen van de deelnemer. In de generieke norm van artikel 48 PW ligt een onderzoeksplicht besloten. Persoonlijke informatie moet (zie artikel 48, tweede lid, PW) aansluiten bij de informatiebehoefte en kenmerken van de betrokkene, althans dat moet de uitvoerder bevorderen. Zonder enig onderzoek is dit niet mogelijk. Het onderzoek op voet van artikel 48 PW mag zich echter wel richten op de groep of de populatie waartoe de betrokkene behoort; daarmee gaat het niet om onderzoeksplichten ten aanzien van het specifieke individu.<sup>14</sup>

De onderzoeksplicht van artikel 52 en 52a PW gaat aanzienlijk verder. Dit betreft de “zorgplicht” bij premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid, waarbij de deelnemer de verantwoordelijkheid voor de beleggingen heeft overgenomen en de zorgplicht bij variabele uitkeringen. De uitvoerder moet onderzoeken of de beleggingen zich binnen de voor de deelnemer passende grenzen bevinden (artikel 52, vierde lid, PW). De uitvoerder moet informatie inwinnen over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de deelnemer en pensioengerechtigde (artikel 52, zesde lid, PW en artikel 52a, vijfde lid, PW). Dit inwinnen van informatie is nader uitgewerkt in artikel 14e Besluit uitvoering Pensioenwet, met daarin opgenomen wat het onderzoek van de uitvoerder in ieder geval moet kunnen opleveren. Ik ga er verder in dit artikel niet op in, maar artikel 52a, vierde lid, PW bevat zelfs een nog verdergaande zorgplicht, namelijk in de vorm van een plicht actief in te grijpen – door een ander beleggingsprofiel toe te passen – indien (na toetsing en dus onderzoek van de uitvoerder) een gewijzigd risicoprofiel van de specifieke pensioengerechtigde daarvoor aanleiding is.

### 3.4 **Waarschuwingplichten**

Waarschuwingplichten kent de Pensioenwet nauwelijks. In de gevallen van premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid en bij variabele uitkeringen moet geïnformeerd worden wanneer beleggingen zich buiten bepaalde grenzen gaan begeven (artikel 52 en 52a, vierde lid, PW). Dat is een vorm van waarschuwen. En verder is er nog de plicht in het uniform pensioenoverzicht, gezien de daarvoor verplichte modellen, bepaalde “let op!”-teksten te hanteren. Ook bevatten die modellen optionele *disclai-*

*mers*. Maar vooralsnog is de inzet van de wetgever op waarschuwingplichten beperkt. Dit wordt mogelijk anders bij de uitwerking van op 17 november 2020 met algemene stemmen door de Tweede Kamer aangenomen Wet bedrag ineens, RVU en verlofsparen.<sup>15</sup> In het conceptbesluit ter uitwerking van die wetgeving is een waarschuwingplicht opgenomen. Op verzoek moet de uitvoerder informeren over de consequenties van het gebruikmaken van keuzemogelijkheden en daarbij nadrukkelijk wijzen op de mogelijkheid dat het gebruikmaken van de keuzemogelijkheid invloed kan hebben op de verschuldigde inkomensbelastingen en premie volksverzekeringen en het recht op inkomensafhankelijke regelingen.<sup>16</sup>

### 3.5 **Adviesplichten**

Advies door pensioenuitvoerders wordt niet eenvoudig gevonden. De AFM interviewde pensioenuitvoerders en kwam tot de volgende conclusie:

“De AFM bespeurt terughoudendheid bij pensioenuitvoerders, gebaseerd op de mening dat zij de deelnemer niet mogen adviseren. Zij beperken zich daarom tot het geven van overzicht en inzicht op het eigen regelingniveau. Uit interviews is gebleken, dat pensioenuitvoerders de grens tussen het geven van inzicht en het geven van advies moeilijk kunnen bepalen.”

Ook concludeert de AFM:

“Veel pensioenfondsen blijken terughoudend met het geven van overzicht en inzicht aan de deelnemer over zijn pensioen, en zijn ook terughoudend in het ondersteunen van de deelnemer bij het maken van keuzes over zijn pensioen. Een belangrijke reden hiervoor is de aanname dat pensioenfondsen deelnemers niet mogen helpen, omdat zij dan zouden adviseren of bemiddelen in de zin van de Wet op het financieel toezicht.”<sup>17</sup>

Toch bevat de Pensioenwet enkele op voorlichting gerichte bepalingen die gebruikmaken van de term “advies”. De pensioenuitvoerder moet adviseren over de spreiding van de beleggingen in relatie tot de duur van de periode tot de pensioendatum, waarbij het beleggingsrisico kleiner wordt naarmate de pensioendatum nadert. Dat is aan de orde bij premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid waarbij de deelnemer de verantwoordelijkheid voor de beleggingen heeft overgenomen (zie artikel 52, vierde lid, PW). Daaruit kan de plicht volgen te adviseren over een ander passend beleggingsprofiel (zie artikel 14c, tweede

<sup>13</sup> Vgl. de vergewisplicht in het geval van het doen van een aanbod tezamen met het beëindigen van een oude regeling; HR 8 februari 2013, NJ 2013/106; PJ 2013/60 (*Bpf Bouwnijverheid/Niehof*).

<sup>14</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 34008, nr. 6, p. 23.

<sup>15</sup> Op het moment van schrijven is behandeling in de Eerste Kamer nog niet afgerond. Zie *Kamerstukken* 35.555.

<sup>16</sup> Zie het voorgenoemde artikel 9, vijfde lid, Besluit FTK als voorzien in de internetconsultatieversie van het ontwerpbesluit tot wijziging van o.a. het Besluit FTK in verband met de introductie van de mogelijkheid om een deel van de waarde van de aanspraken op ouderdomspensioen of op periodieke uitkeringen van oudedagsvoorzieningen in de derde pijler op de ingangsdatum daarvan te laten afkopen; <https://internetconsultatie.nl/bsluitbedragineens>.

<sup>17</sup> AFM, ‘Een volgende stap naar meer pensioeninzicht, pensioeninformatie actief gebruiken’, Amsterdam: AFM, 6 februari 2012, p. 16 en p. 18 (<https://www.afm.nl/-/profmedia/files/rapporten/2012/pensioeninzicht-pensioeninformatie-actief-gebruiken.pdf>).

lid, Besluit uitvoering PW). Over het algemeen is de lijn dat een pensioenuitvoerder mag informeren over keuzes die voortvloeien uit de pensioenregeling en de daarmee samenhangende wet- en regelgeving. Product gerelateerd advies (aanbevelen of bemiddelen) past daar niet bij en behoort niet tot de rol van de uitvoerder.

### 3.6 Tussenconclusie

De wettelijke “zorgplichten” richten zich in hoofdzaak op informeren. Dat is het actief verstrekken en soms (slechts) beschikbaar stellen van informatie. Die informatie is gericht op ondersteuning van door de betrokkene te maken keuzes. De betrokkene blijft primair zelf verantwoordelijk. Wél dient informatie correct en soms afgestemd te zijn op informatiebehoeften. Dat vergt onderzoek. Onderzoeksplichten gaan verder bij premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid in het geval de verantwoordelijkheid voor de beleggingen is overgenomen door de deelnemer. Dat is ook aan de orde bij variabele premieovereenkomsten. De plicht voor de uitvoerder zich te vergewissen dat informatie de betrokkene heeft bereikt ligt niet expliciet vast in de Pensioenwet (maar wordt – zie hierna – in de rechtspraak in specifieke gevallen wel aangenomen). Waarschuwingsplichten onder de Pensioenwet zijn tamelijk basaal (let op teksten in UPO’s), maar worden meer uitgebreid ten aanzien van de gevolgen voor het opnemen van een pensioenbedrag ineens. Adviesplichten vervullen in algemene zin geen wezenlijke rol onder de huidige wetgeving, behalve weer in gevallen van het kunnen maken van beleggingskeuzes door individuele deelnemers.

## 4. Civiele zorgplichten van pensioenuitvoerders

Op elk van deze vijf terreinen van informatie-, vergewis-, onderzoeks-, waarschuwing- en adviesplichten van pensioenuitvoerders, is er rechtspraak. Die rechtspraak bevat aanvullende normering; dus in aanvulling op of naast de Pensioenwet. In die zin dus bovenwettelijk.<sup>18</sup> Voordat ik inga op die rechtspraak per thema, is het interessant te zien dat de inhoud en betekenis van die zorgplicht nadrukkelijk in de tijd wordt geplaast. Wat nu de norm is, was destijds niet per se maatgevend. Wellicht vanzelfsprekend. Maar dus ook iets dat tot uitdrukking komt in de rechtspraak.<sup>19</sup> Zo had het Hof Den Haag te oordelen over informatie in het geval van korting van nabestaandenpensioen wegens leeftijdsverschil tussen deelnemer en partner. De vraag dient zich aan of op een pensioenoverzicht in 2003 meer informatie had moeten staan, onder andere met het oog op hoe inmiddels – na 2008 – in-

vulling wordt gegeven aan die overzichten. Het hof oordeelt dat “de toenmalige informatieverstrekking onder de PSW niet kan worden getoetst aan de huidige eisen onder de PW” waardoor “de omstandigheid dat de informatieverstrekking van het Pensioenfonds [...] summier te noemen is [...] daarom geen toerekenbare tekortkoming [...] van het Pensioenfonds oplevert en evenmin een schending van de zorgplicht.”<sup>20</sup>

### 4.1 Informatieplichten

Er wordt veelvuldig geprocedeerd over (on)volledig informeren. Tegen de achtergrond van onjuiste pensioenoverzichten, onjuiste of onvolledige persoonlijke informatie, berekeningen, formulieren brieven, etc. doet zich dan de vraag voor of:

- a) deze informatie vertrouwen kon en mocht wekken en kwalificeert als rechtshandeling (vrijwel nooit);<sup>21</sup>
- b) het leidt tot een wanprestatie of onrechtmatige daad (vaak wel, waarbij vaak de schade onduidelijk is);<sup>22</sup>
- c) de informatie betrokken kan worden bij uitleg van het reglement (niet eenvoudig, want past niet bij de bij reglementen aan te leggen zeer objectieve uitlegmaatstaf);<sup>23</sup>
- d) anders handelen dan de verstrekte informatie kan leiden tot het buiten toepassing laten van onderdelen van het pensioenreglement omdat wél toepassen van dat reglement naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (beroep op artikel 6:248, tweede lid, BW lukt soms, maar vooral in die gevallen waarin de gevolgen uitsluitend zijn ingegeven door de verstrekte onjuiste informatie en de ge-

18 Zie over de toelaatbaarheid daarvan ook *Asser/Lutjens*, nr. 153 met daar een bespreking van in algemene zin de toelaatbaarheid daarvan. Vgl. ook HvJ EU 29 april 2015, nr. C-51/13; *PJ 2015/125 (Nationale Nederlanden/Van Leeuwen)*. Zie daarnaast Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543, *PJ 2020/68* en de daar gestelde vragen over de verhouding tussen de Derde Levensrichtlijn en civielrechtelijke open normen zoals de normen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen.

19 Zie naast het hierna te bespreken voorbeeld ook Hof 's-Hertogenbosch 10 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4500, *PJ 2016/3*, waarin een waarschuwingplicht omtrent het vervallen van een Anw-hiaatverzekering nadrukkelijk werd beoordeeld naar de situatie destijds in 2010.

20 Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1285, *PJ 2015/119 (X/BPF Waterbouw)*.

21 Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1285, *PJ 2015/119 (X/BPF Waterbouw)*; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:855, *PJ 2015/66*, m.nt. J.M. van Riemsdijk; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2997, *PJ 2014/149*, m.nt. T. Huijg; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5636, *PJ 2017/153*, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy; Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2680, *PJ 2018/118*; Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:76, *PJ 2019/40*, m.nt. B. Degelink.

22 Rb. Amsterdam 11 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8771; Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1102, *PJ 2013/193*; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, m.nt. Heemskerk (*JAR 2013, 73*) en m.nt. Huijg (*PJ 2013/60*); Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1285, *PJ 2015/119 (X/BPF Waterbouw)*; Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, *PJ 2018/101*, m.nt. L.H. Blom; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2035, *PJ 2020/18*, m.nt. S.H. Kuiper en *JIN 2020/37*, m.nt. R.M.J.M. de Greef.

23 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2326, *PJ 2015/83*; Rb. Gelderland 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5566, *PJ 2017/168*.

volgen onomkeerbaar zijn, zoals eindigen dienstverband);<sup>24</sup> of

- e) een beroep op een wilsgebrek soelaas biedt (denkbaar, maar lang niet altijd is ongedaanmaking van een keuze aan de orde).<sup>25</sup>

Soms, maar lang niet altijd, gaat het in die rechtspraak over niet of niet juist informeren over zorgplichten. De vraag is dan of ondanks een concrete wettelijke plicht meer verwacht had mogen worden van de pensioenuitvoerder. De gevallen waarin dit wordt aangenomen betreffen de situaties waarin er voor de pensioenuitvoerder persoonlijke financiële belangen zijn die deze uitvoerende of had moeten kennen, waarbij de gevolgen van niet of onjuist informeren onomkeerbaar zijn. Denk aan het moeten informeren van een arbeidsongeschikte werknemer dat vrijwillige voortzetting binnen negen maanden na beëindiging moet zijn geëffectueerd op straffe van verval. Het Hof Amsterdam neemt met het oog op de kenbare persoonlijke en financiële belangen van de betrokkene een zorgplicht aan die volgt uit het uitgangspunt dat uitvoerders van pensioenregelingen gehouden zijn deelnemers inzicht te verschaffen in de gevolgen voor hun pensioenpositie van het vervallen van een voor hen bestaande regeling, opdat de deelnemers zo nodig zelf een vervangende voorziening kunnen treffen.<sup>26</sup> Anderzijds vond het Hof 's-Hertogenbosch dat er anno 2010 nog geen zorgplicht was te informeren over het vervallen van ANW-hiaatpensioen bij pensionering.<sup>27</sup> De grote belangen en ingrijpende gevolgen van het onjuist informeren over persoonlijke informatie – de hoogte van het pensioen bij een bepaalde vervroegde ingangsdatum, waarna de werknemer ontslag nam – verstrekt op verzoek, leverde eveneens een zorgplichtschending op.<sup>28</sup> Dit speelde in 2014; thans hoeft hierover niet geprocedeerd te worden in termen van “zorgplichten”, zou ik menen. Inmiddels verplicht artikel 48 PW tot correct informeren.

#### 4.2 Vergewisplichten

De rechtspraak over zorgplichten in de vorm van vergewisplichten richt zich bij pensioenuitvoerders op het ontvangen van informatie. Niet op het vergewissen van begrip van de inhoud daarvan of vergewissen dat een persoon daarvan kennis heeft genomen. De aandacht ligt op het vergewissen dat *mogelijk was* kennis te nemen. Het meest sprekende voorbeeld is het arrest Niehof/BPF Bouw.<sup>29</sup> Aanleiding was dat BPF Bouw een vroegpensioen- en vutregeling beëindigde door deze regelingen te laten vervallen. Dit trof ongeveer 3000 directeuren-grootaan-

deelhouders (dga's). Het BPF informeerde de dga's per brief over de beëindiging van de regelingen. Ook deed het pensioenfonds de dga's daarin het aanbod deel te nemen in een alternatieve regeling. Zij kregen zo'n twee maanden de tijd om op dit aanbod te reageren. Eiser in cassatie – de heer Niehof – reageerde niet, althans eerst na het verstrijken van de termijn. Hij werd daarom door het fonds niet toegelaten tot de alternatieve regeling. Niehof stelde dat hij niet tijdig had kunnen reageren omdat hij de brief met daarin het aanbod nimmer had ontvangen. In cassatie staat dit vast. De Hoge Raad oordeelt dat de afschaffing van de regeling die in de statuten en reglementen is vervat, een wijziging van die statuten en reglementen vormt en bij uitstek van invloed is op de pensioenpositie van de belanghebbenden.

Een wettelijke plicht om te informeren over de beëindiging volgt daarmee uit het toenmalige artikel 17 lid 1 PSW. Ter invulling van de informatieplicht van het pensioenfonds op grond van artikel 17 PSW hanteert de Hoge Raad de term “zorgplicht”. De relevante overweging luidt:

“Nu echter dat aanbod was vervat in de brief die de eerdere regelingen beëindigde en daarmee rechtstreeks verband hield, kan de zorgplicht die op (de rechtsvoorgangster van) Bpf Bouw rustte ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod niet los worden gezien van de zorgplicht die op haar rustte ten aanzien van de kennisgeving van het vervallen van die eerdere regelingen.”

Het antwoord op de vraag in hoeverre op de (rechtsvoorgangsters van) Bpf Bouw een zodanige zorgplicht rustte, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en daarbij is ook van belang welke voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor (personen als) Niehof waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en vutregelingen, aldus de Hoge Raad.

Na verwijzing maakt het Hof Den Haag meer concreet waaruit die zorgplicht bestaat.<sup>30</sup>

“Gegeven de omstandigheden waarin (personen als) Niehof ten gevolge van de beëindiging van de eerdere regelingen kwamen te verkeren en de voor Bpf Bouw kenbare belangen van die groep bij het tijdig treffen van vervangende voorzieningen [...] is het hof van oordeel dat Bpf Bouw zijn zorgplicht heeft geschonden doordat hij zich heeft beperkt tot het (laten) verzenden van een enkele (gewone) brief door de Stichting Vroegpensioen zonder enige herinneringsbrief dan wel controle of die brief de geadresseerde dga ook daadwerkelijk (heeft) bereikt.”

24 Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2293, PJ 2015/100; Rb. Amsterdam 23 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2752, PJ 2014/127; Hof Amsterdam 6 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9333, PJ 2012/18; Hof Amsterdam 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4028, PJ 2019/1.

25 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5195, PJ 2013/108; Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:332, PJ 2015/67.

26 Hof Amsterdam 8 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1784, PJ 2018/119.

27 Hof 's-Hertogenbosch 10 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4500, PJ 2016/3.

28 Rb. Amsterdam 11 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8771.

29 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, m.nt Heemskerk (JAR 2013, 73) en m.nt. Huijg (PJ 2013/60).

30 Hof Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1525, PJ 2014/101, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy.

Het gaat hier daarmee deels om een vergewisplicht, namelijk controle of in ieder geval het treffen van maatregelen dat informatie de geadresseerde bereikt.<sup>31</sup>

### 4.3 Onderzoeksplichten

Er zijn in de rechtspraak onderzoeksplichten ontleend aan de Pensioenwet. Artikel 60 PW kent het recht in plaats van partnerpensioen te kiezen voor een hoge, eerder of hoger en eerder ingaand ouderdompensioen. Toestemming van de partner is vereist. Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet is daarover opgemerkt dat “evenals in de PSW geldt dat aan een verzoek van de deelnemer of gewezen deelnemer tot uitruil, door de pensioenuitvoerder alleen gehoor kan worden gegeven wanneer de partner ten behoeve van wie een aanspraak op partnerpensioen bestaat bereid is om in te stemmen met die keuze.”<sup>32</sup> Het Hof Den Haag ontleent op basis daarvan aan artikel 60 PW een controleplicht. Het hof stelt dat het (dus) niet zo is dat de pensioenuitvoerder kan en mag vertrouwen op de enkele mededeling van de deelnemer die de uitruil verzoekt dat zijn/haar partner met de uitruil instemt.

“Mede gelet op de (mogelijk) grote belangen en de ingrijpende gevolgen van de uitruil voor de partner, dient de pensioenuitvoerder (i) er voor te zorgen dat de partner daadwerkelijk in staat wordt gesteld om al dan niet in te stemmen met de uitruil en (ii) te controleren of de eventuele instemming daadwerkelijk is verleend.”<sup>33</sup>

Bij arrest van 26 juli 2016, *PJ* 2016/128 oordeelde het Hof Den Haag dat het bewijs van echtheid niet was geleverd omdat de deskundige had geconcludeerd dat de handtekening “met hoge waarschijnlijkheid” niet door de partner was geplaatst. Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, *PJ* 2015/80 oordeelde in een ander geding dat een verzekeraar ervan uit mag gaan dat een handtekening niet is vervalst wanneer een kopie van het identiteitsbewijs van de betrokken persoon die moet instemmen wordt meegezonden, behoudens het geval dat er duidelijke aanwijzingen zijn dat er een reëel risico op vervalsing is. Onderzoeksplichten doen zich daarnaast voor in specifieke situaties waarin er twijfel had moeten zijn bij een pensioenuitvoerder over de juistheid van een bepaalde gang van zaken. Het pensioenfonds dat van het deelnemer-

schap van een persoon op de hoogte had kunnen zijn, maar heeft nagelaten onderzoek te doen naar het niet afdragen van premies door de werkgever (ondanks dat die wel bij die werknemer werden ingehouden) resulteerden erin dat toch uitkeringen gedaan moesten worden.<sup>34</sup> Handgeschreven brieven in het geval van die in tegenstelling tot de aanvraag op een eerder formulier toch vragen om uitruil van partnerpensioen in ouderdompensioen vergen geen nader onderzoek. Dat handgeschreven brieven “vragen hadden moeten oproepen” viel niet in te zien.<sup>35</sup>

### 4.4 Waarschuwingplichten

De plicht te waarschuwen komt maar beperkt tot uitdrukking in de rechtspraak.<sup>36</sup> In een kwestie waarin voor continuering van nabestaandenpensioendekking actie van de deelnemer vereist was, oordeelde het Hof Den Haag dat het fonds had moeten waarschuwen. Dat de betrokkene op enigerlei wijze een “waarschuwingssignaal” heeft ontvangen dat voor de continuering van de nabestaandenvoorziening actie van zijn kant was vereist, kwam niet vast te staan. Dit resulteerde in schending door het fonds van de op haar rustende plicht te informeren – in dit geval dus waarschuwen.<sup>37</sup>

En ander voorbeeld, en wat mij betreft ontegenzeggelijk de meest in het oog springende “zorgplicht”-uitspraak na HR 8 februari 2013 (*Niehoff/Bpf Bouw*, zie hierna), is Hof Den Haag 8 mei 2018, afgedaan met artikel 81 RO door de Hoge Raad op 20 december 2019.<sup>38</sup> De term “zorgplicht” verwijst in deze uitspraak naar een concretisering van de plicht te waarschuwen voor kortingsrisico en daarmee de plicht te informeren door de ontvangende pensioenuitvoerder, op voet van artikel 83, tweede lid, Pensioenwet. Dit gegeven de maatschappelijke functie van een pensioenfonds die vergt dat het rekening houdt met de belangen van degene die het informeert. Het ontvangende pensioenfonds informeerde niet over het risico op korten – welk risico zich voltrok – bij een waardeoverdracht vanuit een verzekeraar.

“Omdat PMT de informatieverplichting op zich heeft genomen, is op PMT de zorgplicht komen te rusten dat [de ex-werknemer in kwestie] ook volledig wordt geïnformeerd.”

Bij dat oordeel hechtte het hof mede waarde aan de maatschappelijke functie van PMT. Dat PMT – als ontvangend fonds – de informatietaak op grond van artikel 83 Pensioenwet (mogelijk) onverplicht op zich nam, doet voor

31 Zie over de bewijslast dat informatie is verstrekt bij de uitvoerder o.a. Hof Den Haag 28 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8065, *PJ* 2008/41; Rb. Limburg 21 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1638, *PJ* 2018/47.

32 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 217.

33 Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3609, *PJ* 2015/17. Zie vervolgens Hof Den Haag 26 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2141, *PJ* 2016/128 (Bewijs van instemming van de partner met ruil partnerpensioen niet geleverd; volgens een handschriftdeskundige de verklaring van instemming naar hoge mate van waarschijnlijkheid niet door de partner ondertekend) en ook Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:298, *PJ* 2015/80 (de rechtbank is van oordeel dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend verzekeraar niet kan worden verlangd dat deze door middel van eigen onderzoek zekerstelt dat handtekeningen op toegezonden aanvraagformulieren niet zijn vervalst in gevallen waarin tevens een kopie van een identiteitsbewijs is meegezonden; een verzekeraar mag er, behoudens gevallen waarin de verzekeraar duidelijke aanwijzingen heeft dat er een reëel risico op vervalsing bestaat, van uitgaan dat handtekeningen niet zijn vervalst wanneer een kopie van het identiteitsbewijs wordt meegezonden).

34 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *PJ* 2012/39, m.nt. J.T. Gommer en *JAR* 2012/70, m.nt. S.H. Kuiper, en met name het oordeel hoger beroep, Hof Amsterdam 23 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3940, *PJ* 2010, 98, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer, r.o. 4.12.

35 Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:332.

36 Zie naast het hierna te bespreken geval Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2680, *PJ* 2018/118, waarin geen zorgplichtschending werd aangenomen omdat adequaat was gewaarschuwd.

37 Hof Den Haag 28 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8065, *PJ* 2008/41.

38 Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, *PJ* 2018/101, m.nt. L.H. Blom; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2035, *PJ* 2020/18, m.nt. S.H. Kuiper en *JIN* 2020/37, m.nt. R.M.J.M. de Greef.

het hof niet ter zake. Aldus het hof diende het fonds ook *“in dit geval bij het aanbieden van haar diensten rekening [te] houden met de belangen van degenen aan wie zij vraagt in te stemmen met de waardeoverdracht.”*

Ook hier lijkt de situatie te zijn dat de kans klein was dat de informatiegerechtigde het risico kende, de kans op “verkeerde keuzes” groot was, de gevolgen ernstig zijn en het vermoedelijk niet bijzonder belastend was maatregelen te nemen.<sup>39</sup>

#### 4.5 Adviesplichten

Ik rond af met adviesplichten. Of eigenlijk het niet aannemen daarvan in de rechtspraak over tweedepijlerpensioen als een taak voor de pensioenuitvoerder in de context van zijn zorgplicht, tenzij daarvoor een nadrukkelijke wettelijke basis is. De Rechtbank Amsterdam had te oordelen over de vraag of een deelnemer adequaat was geïnformeerd over de mogelijkheid van uitruil van ouderdompensioen in nabestaandenpensioen. Op het moment van informeren was dat niet mogelijk, maar het was wel denkbaar geweest in de situatie waarbij dit werd gecombineerd met vervroegen. Die combinatie was echter door het fonds niet toegelicht aan de deelnemer. Achteraf kwam vast te staan dat de betrokken deelnemer mogelijk belang had bij kennis over de combinatie van vervroegen en uitruilen; hij was namelijk ziek. De Rechtbank Amsterdam oordeelt desalniettemin:

“Het pensioenfonds heeft er terecht op gewezen dat deze normering [Artikel 48 leden 1 tot en met 3 PW], naast het verstrekken van generieke informatie over het pensioenfonds en pensioenregeling, ook op de persoon toegesneden informatie betreft. Daarbij dient wel in acht te worden genomen dat bij het verstrekken van op de persoon toegesneden informatie het pensioenfonds niet fungeert als pensioenadviseur een ook niet verplicht is tot het geven van pensioenadvies.”<sup>40</sup>

Zie in die lijn ook het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden over advies bij uitruil:

“[appellante] heeft onvoldoende toegelicht op grond waarvan het pensioenfonds verplicht zou zijn geweest contact met [echtgenoot appellante] of zijn echtgenote op te nemen over de ruilmogelijkheid en ter zake advies te geven. Dat een dergelijke vergaande zorgplicht bestaat, ligt niet in het betoog van [appellante] besloten en er is ook geen rechtsregel die deze norm met zich meebrengt.”<sup>41</sup>

#### 4.6 Tussenconclusie

In diverse oordelen van burgerlijke rechters worden zorgplichten aangenomen voor pensioenuitvoerders. Zij verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie, het vergewissen dat informatie ook de geadresseerde bereikt (maar niet zozeer dat deze ook wordt gelezen), het

controleren en daarmee onderzoeken van de juistheid van instemmingen bij uitruil of in gevallen waarin er twijfel moet zijn over de juistheid van het niet aangesloten zijn van een deelnemer. Waarschuwingsplichten zijn er in het verlengde van wettelijke informatieplichten (waardeoverdracht) en het vervallen van rechten (deelname in nabestaandenpensioen) of zekerheden (het ontstaan van kortingsmogelijkheden). Adviesplichten worden niet snel aangenomen. Steeds is – naar mijn indruk – de kans groter dat een zorgplicht in het specifieke geval wordt aangenomen in situaties dat de kans klein was dat (a) de betrokkene het risico kende, (b) de kans op “verkeerde keuzes” bij hem of haar groot was, (c) de gevolgen van het risico ernstig zijn en (d) het niet bepaald bijzonder belastend was maatregelen te nemen. Dit zijn de situaties waarin in de rechtspraak bovenop de Pensioenwet – en in die zin bovenwettelijk – zorgplichten worden aangenomen.

## 5. Wet toekomst pensioenen

Op 16 december 2020 is een ontwerp van de Wet toekomst pensioenen openbaar gemaakt (ter internetconsultatie aangeboden).<sup>42</sup> Deze wet strekt tot wijziging van de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling, de Wet op de inkomstenbelasting 1964 en enige andere wetten in verband met herziening van het pensioenstelsel, standaardisering van het nabestaandenpensioen en aanpassing van de fiscale behandeling van pensioen.

### 5.1 Zorgplicht nadrukkelijk een thema

In de daaraan voorafgaande Hoofdlijnennotitie Pensioenakkoord is nadrukkelijk aandacht gevraagd voor zorgplichten.<sup>43</sup> Op pagina 37 is de volgende passage opgenomen:

“De AFM heeft tijdens de uitwerking aandacht gevraagd voor de wenselijkheid van een versterking of concretisering van de zorgplicht van pensioenuitvoerders, respectievelijk de wijze waarop zij individuele deelnemers begeleiden bij keuzes. De stuurgroep heeft in deze uitwerking niet besloten om deelnemers extra individuele keuzemogelijkheden te bieden. De voorstellen met betrekking tot de pensioencontracten en de transitie kunnen in relatie met bestaande keuzemogelijkheden op pensioendatum, zoals de hoog/laag constructie, zorgen voor een verhoogde complexiteit. Daarom zal bij de invulling van zorgplicht en keuzebegeleiding in de wet- en regelgeving hier aandacht aan worden besteed.”

Kortom, meer aandacht voor zorgplicht en keuzebegeleiding.

### 5.2 Nieuwe elementen in artikel 48 PW

In de tekst van het ontwerp van de Wet toekomst pensioenen leidt dit (vooralsnog) niet tot expliciete nieuwe

39 Zie de onderbouwing in mijn noot bij het arrest van de Hoge Raad in *PJ* 2020/18.

40 Rb. Amsterdam 18 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1049, *PJ* 2019/30.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10772.

42 Zie <https://www.internetconsultatie.nl/wettoekomstpensioenen>.

43 Hoofdlijnennotitie Pensioenakkoord d.d. 22 juni 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/06/22/hoofdlijnennotitie-pensioenakkoord>.

zorgplichten. Althans de term “zorgplicht” blijft slechts vallen in de context van premiereregeling met beleggingsvrijheid en niet in nieuwe domeinen. Daarmee is allerm minst gezegd dat de teugels niet worden aangehaald. Zo wordt artikel 48, derde lid, PW alsnog – in lijn met de wensen van de AFM in 2014 (zie paragraaf 3 hierboven) – aangepast. In plaats van dat de pensioenuitvoerder “bevordert” dat informatie inzicht geeft in de keuzemogelijkheden en de gevolgen van belangrijke gebeurtenissen, is het voorstel nu dat hij daarvoor “zorg moet dragen”. Vooralsnog wordt daar niet een specifieke toelichting bij gegeven (zie p. 165 van de MvT bij het ontwerp, wat niet ingaat op het waarom van de gewijzigde redactie). Maar zoals hierboven is toegelicht, zal het niet zonder betekenis zijn. In de ogen van de wetgever in 2015-2016 is met deze bewoordingen niet langer sprake van een inspanningsverplichting, maar van een resultaatsverplichting. Kortom: een aanzienlijk strengere vereiste.

Ook wordt er een nieuw element aan artikel 48, derde lid, PW toegevoegd. Namelijk: en de gevolgen van een keuze of combinatie van keuzes voor het pensioen. Daarmee komt artikel 48, derde lid, PW als volgt te luiden: “De pensioenuitvoerder bevordert *[draagt er zorg voor]* dat de informatie de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde inzicht geeft in de keuzemogelijkheden die er zijn in de pensioenregeling en[,] de gevolgen van belangrijke gebeurtenissen voor het pensioen *[en de gevolgen van een keuze of combinatie van keuzes voor het pensioen]*.” Een gedachte zou kunnen zijn dat daarmee ook situaties als hiervoor besproken bij de Rechtbank Amsterdam 18 februari 2019 (adviseren over wel/niet combineren van uitruil en vervroegen) onder het bereik van de door een pensioenuitvoerder te betrachten zorg vallen. Anderzijds is de achtergrond tot nu toe “de meest geschikte combinatie van een vast en variabel pensioen [...] in aansluiting op [het] risicoprofiel.”<sup>44</sup> Ik zie echter met deze algemene bewoordingen zeker ruimte voor een ruime uitleg, waarbij zorgdragen voor informatie over combinaties kan gaan over een veelheid van combinaties van keuzes mogelijk binnen de pensioenregeling.

### 5.3 **Keuzebegeleiding nadrukkelijk een taak voor de uitvoerder (nieuw artikel 48a PW)/informatie versus advies**

Het ontwerp van de Wet toekomst pensioenen introduceert een plicht tot begeleiding door de pensioenuitvoerder bij keuzes. De voorgestelde wettekst is als volgt:

“Artikel 48a. Keuzebegeleiding. De pensioenuitvoerder begeleidt de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde op een adequate wijze bij het maken van een keuze binnen de pensioenovereenkomst, zorgt voor de inrichting van de keuzeomgeving en stelt de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde daarmee in staat om een passende keuze te maken.”

De achtergrond van deze taak is de volgende. Onder de Wet toekomst pensioenen wordt explicieter gemaakt dat bij pensioenfondsen het risico van voldoende gegeneerd pensioen bij de deelnemer ligt. Voor zover dat niet anders is dan nu het geval, is er in ieder geval een directere relatie tussen beleggingsrendementen en pensioen bij premieovereenkomsten dan bij uitkerings- en kapitaalovereenkomsten (die onder de Wet toekomst pensioenen in principe niet meer zijn toegelaten). De gedachte is dat daardoor de implicatie van keuzes groter is dan nu, en betrokkenen ondertussen moeite hebben met het maken van keuzes; ze worden niet alleen ingewikkeld gevonden, maar zijn ook niet “top of mind”. Vervolgens is de gedachte dat de consequentie van verkeerde – suboptimale – keuzes resulteert in grote en onomkeerbare achteruitgang van het te ontvangen pensioen. Daarmee is onder het conceptvoorstel het belang voor keuzebegeleiding gegeven.<sup>45</sup> De vraag is daarmee wat de pensioenuitvoerder moet doen. De tekst van de toelichting bij de Wet toekomst pensioenen lijkt veel te verwachten van de pensioenuitvoerder.

“Dit wetsvoorstel is erop gericht de risico’s van suboptimale keuzes door de deelnemer te mitigeren. De open norm strekt tot de verplichting voor pensioenuitvoerders om zich maximaal in te spannen om deelnemers op een adequate wijze te begeleiden bij het maken van (voorlopige) keuzes.”<sup>46</sup>

Maximale inspanning is niet niets. Naar mijn indruk is het verstandig in de uiteindelijke wettekst meer genuanceerde woorden te kiezen. Het is onvoorstelbaar dat koste wat het kost de uitvoerder inspanning moet leveren. Het geeft geen rekenschap van enige weging van belangen. Dat is niet hoe in mijn ogen een zorgplicht tot nu toe in het pensioendomein wordt ingevuld (zie ook mijn tussenconclusie aan het slot van paragraaf 4).

Daar staat tegenover dat het doel van de regeling klaarlijk ook is pensioenuitvoerders de ruimte te bieden om een keuzeomgeving te creëren die aansluit bij een doelgroep van deelnemers. Het is daarmee een typische publiekrechtelijke norm gericht op een maatmens, en niet specifiek en per se normstellend voor individuele bescherming. Het ontwerp noemt dit ook wel “doelgroepsgewijs” informeren.<sup>47</sup> De doelstelling is “een open norm [die] ervoor [zorgt] dat de snelle ontwikkeling van digitale hulpmiddelen geen belemmering ondervindt van de wet- en regelgeving.”<sup>48</sup> Kortom: de pensioenuitvoerder krijgt de nodige ruimte voor eigen keuzes en eigen invulling. Deze keuzeomgeving zou invulling moeten geven aan de leemte tussen informeren enerzijds en adviseren anderzijds. Het impliceert nadrukkelijk geen adviesplicht; het richt zich tot “meer activiteit” dan alleen informeren en het geven van inzicht. Ook dit laat zien, naar mijn indruk, dat deze nieuwe norm zich niet specifiek leent voor toepassing in individuele gevallen en als maatstaf voor de be-

44 P. 37 van de MvT bij het ontwerp. Zie ook *Kamerstukken II 2020/21*, 32 043, nr. 548, p. 3.

45 P. 108-109 van de MvT bij het ontwerp.

46 P. 108-109 van de MvT bij het ontwerp.

47 P. 146 van de MvT bij het ontwerp.

48 P. 108-109 van de MvT bij het ontwerp.



oordeling of in die individuele gevallen adequaat een keuze is begeleid.<sup>49</sup>

#### 5.4 Transitie

Het voorgaande gaat vooral over de zorgplichten in de situatie dat men is gearriveerd. Kortom, wanneer de transitie naar een nieuw pensioencontract – dus naar een “nieuwe premieovereenkomst” (beter “solidaire premieovereenkomst”) of “verbeterde premieovereenkomst” – is voltooid. Zover is het echter voorlopig niet. Dit blijkt ook uit de vele transitie- en omzettingbepalingen in het voorgestelde hoofdstuk 6b (Specifieke voorschriften tijdens transitieperiode).

In het transitieplan moet beschreven zijn wat de effecten zijn van wijziging van de pensioenaanspraken en de wijze waarop wordt omgegaan met opgebouwde pensioenrechten en aanspraken (zie voorgesteld artikel 150d, tweede lid, sub c). Dit plan heeft een voorlichtende functie; althans het wordt beschikbaar gesteld aan deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden (zie voorgesteld artikel 150d, derde lid). Vervolgens bevat het implementatieplan plus bijbehorend communicatieplan, een beschrijving van de wijze waarop zal worden omgegaan met opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten (zie voorgesteld artikel 150i, tweede lid, sub e en g).

Elk van deze uitingen zal – als zij van een pensioenuitvoerder afkomstig zijn – moeten voldoen aan artikel 48 PW. Kortom, zij zullen – en dan in het bijzonder het communicatieplan – correct, duidelijk en evenwichtig moeten zijn. En ook dan blijft het doel onverminderd – ik verwijs terug naar de overwegingen in 2005-2006 van de wetgever – dat de burger moet kunnen beoordelen of het totaal aan uitkeringen waar hij recht op heeft – op basis van wettelijke regelingen en aanvullende pensioenregelingen – tezamen met eventuele eigen middelen voldoende is of aangevuld moet worden met behulp van een vrijwillige pensioenregeling of een derdepijlerproduct. Dit vergt daarmee de nodige zorgvuldigheid en laat vrijwel geen ruimte voor foutief informeren.

Mijn indruk is dat het pensioenveld voorlopig lang niet klaar is met advisering en (straks) procederen over de gevolgen van niet betrachten van de benodigde zorg bij die transitie.

#### 5.5 Tussenconclusie

Het ontwerp van de Wet toekomst pensioenen stelt aanvullende eisen aan de “zorgplicht” van pensioenuitvoerders. Ten eerste door terug te komen op een keuze uit 2015-2016 en een nadrukkelijke resultaatsverplichting te introduceren ten aanzien van het adequaat informeren over keuzes. Ten tweede door in de toelichting te spreken over “maximale” inspanning van de uitvoerder bij het invullen van die taak. En ten derde door het opnemen van een plicht een keuzeomgeving in te richten. Specifiek ten aanzien van de transitie zijn er geen zorgplichten genoemd. Maar ook hier geldt dat de lat voor informeren

over de transitie-effecten hoog ligt. De informatie zal correct, duidelijk en evenwichtig moeten zijn.

#### 6. Samenvatting en slotopmerkingen

Een zorgplicht is de plicht tot op zekere hoogte rekening te houden met de belangen van een ander, bijvoorbeeld door iets te doen of juist te laten met het oog op die belangen. In een contractuele verhouding volgt deze plicht uit de redelijkheid en billijkheid of concrete op het contract gerichte normering, zoals de zorgplicht van de opdrachtnemer (artikel 7:401 BW) of goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW). Buiten een contractuele verhouding volgen zorgplichten uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). De Pensioenwet voegt daaraan eigen, publiekrechtelijke, zorgplichten toe. In het pensioendomein zijn vervolgens vijf verschijningsvormen van zorgplichten aan te wijzen: informatieplichten, vergewisplichten, onderzoeksplichten, waarschuwingsplichten en adviesplichten.

De zorgplichten in de Pensioenwet richten zich in hoofdzaak op informeren. Dat is het actief verstrekken en soms (slechts) beschikbaar stellen van informatie. Die informatie is gericht op ondersteuning van door de betrokkene te maken keuzes. Die betrokkene blijft primair zelf verantwoordelijk. Wél dient informatie correct te zijn, en soms afgestemd te zijn op informatiebehoeften. Dat vergt onderzoek. Onderzoeksplichten gaan verder bij premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid in het geval de verantwoordelijkheid voor de beleggingen is overgenomen door de deelnemer. Dat is ook aan de orde bij variabele premieovereenkomsten. De plicht voor de uitvoerder zich te vergewissen dat informatie de betrokkene heeft bereikt ligt niet expliciet vast in de Pensioenwet (maar wordt – zie hierna – in de rechtspraak in specifieke gevallen wel aangenomen). Waarschuwingsplichten onder de Pensioenwet zijn tamelijk basaal (let op teksten in UPO's), maar worden meer uitgebreid ten aanzien van de gevolgen voor het opnemen van een pensioenbedrag ineens. Adviesplichten vervullen in algemene zin geen wezenlijke rol onder de huidige wetgeving, behalve weer in gevallen van het kunnen maken van beleggingskeuzes door individuele deelnemers.

In diverse oordelen van burgerlijke rechters worden zorgplichten aangenomen voor pensioenuitvoerders. Zij verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie, het vergewissen dat informatie ook de geadresseerde bereikt (maar niet zozeer dat deze ook wordt gelezen), het controleren en daarmee onderzoeken van de juistheid van instemmingen bij uitruil of in gevallen waarin er twijfel moet zijn over de juistheid van het niet aangesloten zijn van een deelnemer. Waarschuwingsplichten zijn er in het verlengde van wettelijke informatieplichten (waardeoverdracht) en het vervallen van rechten (deelname in nabestaandenpensioenen) of zekerheden (het ontstaan van kortingsmogelijkheden). Adviesplichten worden niet snel aangenomen.

Steeds is – naar mijn indruk – de kans groter dat een zorgplicht in het specifieke geval wordt aangenomen in situaties dat de kans klein was dat (a) de betrokkene het risico kende, (b) de kans op “verkeerde keuzes” bij hem of haar groot was, (c) de gevolgen van het risico ernstig zijn en (d)

<sup>49</sup> P. 108-109 van de MvT bij het ontwerp.

het niet bepaald bijzonder belastend was maatregelen te nemen. Dit zijn de uitgangspunten waarin in de rechtspraak bovenop de Pensioenwet – en in die zin bovenwettelijk – zorgplichten worden aangenomen.

Het ontwerp van de Wet toekomst pensioenen stelt aanvullende eisen aan de “zorgplicht” van pensioenuitvoerders. Ten eerste door terug te komen op een keuze uit 2015-2016 en een nadrukkelijke resultaatsverplichting te introduceren ten aanzien van het adequaat informeren over keuzes. Ten tweede door in de toelichting te spreken over “maximale” inspanning van de uitvoerder bij het invullen van die taak. En ten derde door het opnemen van een plicht een keuzeomgeving in te richten. Specifiek ten aanzien van de transitie zijn er geen zorgplichten genoemd. Maar ook hier geldt dat de lat voor informeren over de transitie-effecten hoog ligt. De informatie zal correct, duidelijk en evenwichtig moeten zijn.

Dit spectrum overziend twijfel ik er niet aan dat de bestaande civiele jurisprudentie over zorgplichten ook onder de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel relevant blijft. De transitie is ingrijpend. Er moet geïnformeerd worden over keuzes. Dit zijn lang niet altijd keuzes op individueel niveau – de transitiekeuze is bij uitstek niet individueel – maar wel steeds met zeer individuele gevolgen. Dat vergt uiteindelijk ook dat op individueel niveau wordt gecommuniceerd. Misschien is daarvan de belangrijkste communicatie het bericht waarin deelnemers persoonlijk inzicht krijgen in de hoogte van hun pensioen dat zij vóór de overstap mochten verwachten en het verwachte pensioen na de overstap, en welke maatregelen zijn genomen om adequaat te compenseren. En die informatie is de basis voor een deelnemer om ook buiten het pensioendomein afwegingen te maken. De vraag of de pensioenuitvoerder een plicht had anders te informeren, waarschuwen, vergewissen, onderzoeken of adviseren zal dan onverminderd aan de orde kunnen komen.