

Zorgplichten en het Pensioenakkoord: eerste stap in de goede richting

Mr Irene Vermeeren-Keijzers

INLEIDING

De zorgplicht van pensioenuitvoerders is een onderwerp dat aan belang wint. Zeker in het licht van de aanstaande pensioenstelselwijziging die gepaard gaat met grote verantwoordelijkheden voor pensioenuitvoerders en hun organen.

Al lange tijd is de AFM pleitbezorger van zorgplichten in de pensioensector. In een wetgevingsbrief uit 2017 riep de AFM de wetgever concreet op om tot invulling van deze zorgplicht over te gaan in de vorm van begeleiding van deelnemers bij het maken van keuzes.¹ Dergelijke wetgeving werd destijds te prematuur geacht bij gebreke van de introductie van meer keuzevrijheden in de praktijk als gevolg van de Wet verbeterde premieregeling.² Inmiddels wordt deze Wet verbeterde premie-

regeling met keuzevrijheden in de praktijk uitgevoerd. Ook in de rechtspraak is het belang van de zorgplicht in de pensioensector bij het maken van keuzes onderkend. Zo heeft de Hoge Raad het oordeel van het Gerechtshof Den Haag in stand gelaten, waarbij bedrijfstakpensioenfonds PMT haar bovenwettelijke zorgplicht had geschonden door niet te informeren over de mogelijkheid van een toekomstige korting na een waardeoverdracht.³

DE ZORGPLICHT VAN PENSIOEN-UITVOERDERS IS EEN ONDERWERP DAT AAN BELANG WINT

Mr Irene Vermeeren-Keijzers

Advocaat en partner bij Jones Day in Amsterdam, alsmede lid van de Raad van Toezicht van Stichting Shell Pensioenfonds (SSPF), ING CDC Pensioenfonds en NN CDC Pensioenfonds



In navolging op de vooruitziende blik van de AFM in 2017, wordt in het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen (uitwerking van het Pensioenakkoord) de zorgplicht van pensioenuitvoerders nader ingevuld met extra informatieplichten, het bieden van keuzebegeleiding aan de deelnemer en de introductie van nieuwe zogenaamde ‘open normen’, zoals ‘onevenredig ongunstig’ als criterium voor wel of niet invaren. Dit wordt niet altijd even positief ontvangen: de wettelijke insteek zou te mager zijn terwijl de praktijk juist om meer duidelijkheid vraagt.⁴ Meer duidelijkheid is uiteraard altijd wenselijk. De wetgever zou er zeker goed aan doen hier extra aandacht aan te besteden in de eerstvolgende memorie van toelichting op het aangepaste wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen. Tegelijkertijd maakt de wetgever met deze zorgplichten en de nieuwe ‘open’ normen in het bijzonder wél een stap in de goede richting: het dwingt pensioenfondsen na te denken over de keuzes die bij hen voorliggen en de gevolgen voor de deelnemers, én ondersteunt maatwerk in besluitvorming. En dat is waar de pensioensector gezien de grote diversiteit aan pensioenregelingen en groepen belanghebbenden behoefte aan heeft om de transitie te laten slagen.

ZORGPLICHT IS EEN CONTAINERBEGRIJP MET VELE GEDAANTEN MET WETTELIJKE ÉN MORELE INVULLING

In de publieke opinie en in pensioengeschillen wordt met regelmaat een beroep gedaan op de zorgplicht van de pensioenuitvoerder. Rechtvaardiging hiervoor wordt niet alleen in de wetgeving gevonden maar ook in de maatschappelijke positie die de pensioenuitvoerders en dan met name pensioenfondsen innemen. Volgens sommigen gaat de zorgplicht daarom niet zozeer over een wettelijke plicht, maar meer over een morele plicht van pensioenuitvoerders om goed voor hun deelnemers

te zorgen. De zorgplicht lijkt daarmee tot een containerbegrip geworden met vele gedaanten. De morele zorgplicht, althans de invulling daarvan, is een subjectief gegeven. Maar wat is de betekenis van de wettelijke zorgplicht? Bestaat er zoiets als een eenduidige definitie van de zorgplicht voor de pensioensector?

De juridische grondslag van de zorgplicht voor werkgevers is duidelijk: deze bestaat uit het wettelijk beginsel van ‘goed werkgeverschap’ (artikel 7:611 Burgerlijk Wetboek).⁵ Dit is voor de arbeidsrelatie een concretisering van hetgeen al in algemene zin geldt, namelijk dat de rechtsverhouding tussen (aspirant) contractspartijen wordt beheerst door de eisen van de ‘redelijkheid en billijkheid’ (artikelen 6:2 en 6:248 Burgerlijk Wetboek). Bij de vaststelling van wat redelijk en billijk is, moet rekening gehouden worden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met in Nederland levende rechtsovertuigingen en met maatschappelijk en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken (artikel 3:12 Burgerlijk Wetboek).

IN DE PUBLIEKE OPINIE EN IN PENSIOEN- GESCHILLEN WORDT MET REGELMAAT EEN BEROEP GEDAAN OP DE ZORGPLICHT VAN DE PENSIOENUITVOERDER

In tegenstelling tot ‘goed werkgeverschap’ voor werkgevers, ontbreekt een vergelijkbare expliciete juridische grondslag voor pensioenfondsen: er bestaat geen wettelijk beginsel van ‘goed bestuurschap’. Ook bestaat er geen wettelijke definitie van zorgplicht in de pensioenwetgeving. Sterker nog: de term ‘zorgplicht’ komt als zodanig niet eens in de Pensioenwet voor. Behalve in de titel van drie wetsartikelen, te weten in de titel van artikel 47a ‘Zorgplicht voorafgaand aan waardeoverdracht’, van artikel 52 ‘Zorgplicht pensioenuitvoerder bij premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid’ en van artikel 52a ‘Zorgplicht bij premieovereenkomsten zonder beleggingsvrijheid en variabele uitkeringen’.⁶ In plaats van expliciete wettelijke bepalingen dan wel definitie van zorgplicht in de Pensioenwet, heeft de wetgever bij de totstandkoming van de Pensioenwet in 2005-2006 ervoor gekozen om zogenaamde ‘open normen’ voor zorgplichten op te nemen in de pensioenwetgeving. Met deze ‘open normen’ beoogt de wetgever pensioenuitvoerders aan te zetten de nodige zorg te betrachten bij de uitvoering van haar wettelijke takenpakket. Een ‘open norm’ is een bepaling in de wet die niet rigide is, maar die nader ingevuld moeten worden. Een voorbeeld is het huidige artikel 48 Pensioenwet waaruit volgt dat de informatie die het pensioenfonds verstrekt of beschikbaar stelt correct, duidelijk en evenwichtig moet zijn. Dit roept de vraag op wat onder ‘correct, duidelijk en evenwichtig’ moet worden verstaan. Artikel 105 Pensioenwet dient eveneens als voorbeeld. Daarin is bepaald dat personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen, ervoor moeten zorgen dat belanghebbenden zich door de beleidsbepalers ‘op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen’. Dit roept de vraag op wat onder ‘evenwichtige

wijze’ wordt verstaan en wanneer de belanghebbende zich op ‘evenwichtige wijze’ vertegenwoordigd kan voelen. Dat laatste lijkt een subjectief gegeven dat door iedere betrokkene anders gepercipieerd kan worden. Uit artikel 48 Pensioenwet volgt duidelijk dat dit een zorgplicht voor de pensioenuitvoerder behelst, en dat de wetgever zich bij de invulling hiervan heeft beperkt tot het formuleren van hoofdbeginselen: de informatie moet, nogmaals, ‘correct, duidelijk en evenwichtig’ zijn. Voor artikel 105 Pensioenwet is dat, nogmaals, het hoofdbeginsel dat de belanghebbende zich op ‘evenwichtige wijze’ vertegenwoordigd moet kunnen voelen. Wat deze zorgplichten nu precies inhouden, moet vervolgens ‘naar behoren’, ‘naar redelijkheid en billijkheid’ of ‘naar omstandigheden’ worden ingevuld en toegepast. Open normen vereisen, kortom, nadere invulling.⁷

OPEN NORMEN ZIJN NIET RIGIDE EN VEREISEN NADERE INVULLING: DE OMSTANDIGHEDEN VAN HET GEVAL ZIJN DOORSLAGGEVEND VOOR DE BETEKENIS EN INVULLING VAN DE ZORGPLICHT

Overigens bevat niet alleen de Pensioenwet open normen. Ook het Burgerlijk Wetboek staat vol met open normen zoals het bekende en alomvattende beginsel van ‘redelijkheid en billijkheid’ en de ‘maatschappelijke (on)zorgvuldigheid’ bij de onrechtmatige daad. Volgens Drion zijn deze open normen een mooi antwoord op het rigiditeitsprobleem dat ons recht anders in verband met maatschappelijke ontwikkelingen zou hebben, en zij scheppen een aanzienlijke mate van flexibiliteit voor de rechtstoepassing.⁸ Zij hebben dus grote voordelen, zeker daar waar flexibiliteit in toepassing van het recht geboden is. En deze flexibiliteit in de toepassing van het recht is bij uitstek geschikt voor pensioenwetgeving gezien de opeenvolgende ontwikkelingen in de sector vanaf de kredietcrisis in 2007, de grote diversiteit aan stakeholders en daarmee belangen én een grote stelselwijziging ingegeven door het Pensioenakkoord het bijzonder.

Anderzijds scheppen open normen ook zo hun eigen problemen. Rechtsonzekerheid en onvoorspelbaarheid zijn de meest belangrijkste, nu uitlegbaarheid van de norm een subjectiviteit met zich meebrengt. Wat voor de één als ‘correct, duidelijk en evenwichtig’ wordt gepercipieerd, kan door de ander heel anders worden ervaren. En dat is nu precies waarom zorgplichten in de vorm van open normen voor hoofdpijn-dossiers zorgen en ontaarden in gerechtelijke procedures, zoals bij onder andere bedrijfstakpensioenfondsen PMT. Maar, dezelfde gerechtelijke procedures geven wel kleur aan open normen en daarmee betekenis en invulling: rechtspraak maakt duidelijk dat uiteindelijk de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn voor de betekenis en invulling van de concrete zorgplicht van een pensioenuitvoerder.

De meest kenbare en concrete invulling van zorgplichten in de Pensioenwet aan de hand van open normen bestaat uit de informatieplicht van de pensioenuitvoerder in artikel 48: het periodiek bij bepaalde gebeurtenissen informeren van belanghebbenden, wat aansluit bij de behoefte. Bij de totstandkoming van de Pensioenwet in 2005-2006 is daarbij overigens onderkend

dat de burger een eigen verantwoordelijkheid heeft om zijn pensioen te beoordelen, maar dat de pensioenuitvoerder hier toe de informatie dient te verstrekken.⁹ Naast deze informatieplichten bestaan er onderzoeksplichten voor de pensioenuitvoerder, zoals de plicht van de pensioenuitvoerder om te onderzoeken of beleggingen zich binnen de voor de deelnemers passende grenzen bevinden (artikel 52 lid 4 Pensioenwet). Een zogenaamde waarschuwingsplicht voor pensioenuitvoerders volgt niet letterlijk uit de Pensioenwet, maar ligt wel in het verlengde van de informatieplicht. Ten denken valt aan de situatie van waardeoverdrachten, dan wel vervallen van rechten of zekerheden, zoals eveneens in de PMT-uitspraak het geval was. Een (algemene of specifieke) adviesplicht voor pensioenuitvoerders staat niet in concreto opgenomen in de huidige Pensioenwet.

ZORGPLICHTEN VAN PENSOENUITVOERDERS WORDT MET DIVERSITEIT INGEKLEURD DOOR RECHTSpraak

Indien we kijken naar de ‘kleur’ die de rechtspraak geeft aan de invulling van deze zorgplichten, valt grofweg een onderscheid te maken tussen zaken waar schending van een in de Pensioenwet opgenomen concrete verplichting werd aangenomen, zoals de eerder genoemde informatieverstrekking (artikel 48), en zaken waar schending van het algemene civiele recht een rol speelt, dat wil zeggen het beginsel van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 Burgerlijk Wetboek) en maatschappelijke zorgvuldigheid / onrechtmatige daad (artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek). Dit onderscheid is overzichtelijk weergegeven in een annotatie bij voornoemde PMT-uitspraak van eind 2019, alsmede in een artikel van dezelfde auteur.¹⁰

Zo begrenst de Rechtbank Amsterdam in 2019 de zorgplicht tot het verstrekken van informatie door Pensioenfonds Hewlett Packard aan de partner van een overleden man overeenkomstig artikel 48 Pensioenwet. De Rechtbank oordeelde dat als algemene regel niet gesteld kan worden dat als een (gewezen) deelnemer informatie vraagt over de mogelijkheden van uitruil, dat een pensioenfonds dan ook informatie dient te verstrekken over de mogelijkheden van vervroeging (en vice versa). Voordat deze verplichting ontstaat, zal daar een concrete aanleiding voor moeten zijn.¹¹ Als het aankomt op de vraag of de pensioenuitvoerder de benodigde zorg heeft betracht bij het overbrengen van deze inhoudelijke informatie, zijn eerdere uitspraken van BPF Bouw en het ABP illustratief. In 2015 kreeg BPF Bouw een tik op de vingers nadat deze had nagelaten een deelnemer te informeren over de mogelijkheid om deel te nemen aan een vervangende regeling, toen de vroegpensioenregeling werd beëindigd (waarover overigens wél deugdelijk was geïnformeerd).¹² In 2018 werd daarentegen geoordeeld dat ABP geen (verzwaarde) informatieplicht of zorgplicht had met betrekking tot informatie over de uitruilmogelijkheid van een deel van het ouderdompensioen in nabestaandenpensioen. Volgens de rechtbank hoefde ABP voor einde van de beslistermijn geen rappel te sturen naar de gewezen deelnemer omdat voor einde van de beslistermijn geen reactie was ontvangen. Daarbij speelde een belangrijke rol het beheersbaar houden van alle administratieve processen in combinatie met

de grote aantallen beëindigingen van deelnemingen bij het ABP (in lijn met het wettelijke vereiste van een beheerste bedrijfsvoering ex artikel 143 Pensioenwet).¹³

Los van specifieke wettelijke normen, is bovendien meermaals aangenomen dat algemene beginselen van de ‘redelijkheid en billijkheid’ of ‘onrechtmatige daad nopen tot een zorgplicht voor pensioenuitvoerders om in algemene zin, juist en volledig te informeren. Zo werd in 2020 in hoger beroep geoordeeld dat het Spoorwegpensioenfonds een professionele pensioenuitvoerder is en dus op haar de wettelijke verplichting rust om correcte informatie te verschaffen aan (aanstaande) deelnemers. Deelnemers mogen op de juistheid van de door een pensioenuitvoerder verstrekte informatie afgaan.¹⁴ In deze context past ook de eerder genoemde PMT-uitspraak.

INTRODUCTIE VAN NIEUWE 'OPEN NORMEN' TER INVULLING VAN ZORGPLICHTEN IN HET WETSVOORSTEL WET TOEKOMST PENSOEN

Terug naar het Pensioenakkoord. Alhoewel de huidige Pensioenwet reeds voorziet in een aantal hiervoor genoemde zorgplichten, en de rechtsbeginselen van de ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘onrechtmatige daad’ als vangnet fungeren, laat de vraag zich inmiddels stellen of de wetgever geluisterd heeft naar het eerdere betoog van de AFM om concrete invulling van zorgplichten voor pensioenuitvoerders. Een zoektocht naar de term ‘zorgplicht’ in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioenen levert welgeteld één vindplaats op: de wetgever kondigt lagere regelgeving aan voor de invulling van de zorgplicht voor het geval een pensioenuitvoerder een combinatieproduct aanbiedt met een vaste én variabele uitkering. Wat dit inhoudelijk gaat betekenen, is dus op dit moment nog onzeker.

ZORGPLICHTEN BIJ INFORMATIEVERSTREKKING ÉN KEUZE BEGELEIDING 'OP ADEQUATE WIJZE'

Dat betekent evenwel niet dat de wetgever zorgplicht van de uitvoerder binnen het Pensioenakkoord negeert. Sterker nog, de wetgever onderkent in het wetsvoorstel het belang van juiste informatie aan belanghebbenden, teneinde geïnformeerde keuzes te kunnen maken. In plaats van verplicht te stellen dat pensioenuitvoerders ‘bevorderen’ dat informatie inzicht geeft bij de keuzemogelijkheden en de gevolgen van belangrijke gebeurtenissen, is in het wetsvoorstel nu opgenomen dat de uitvoerder er ‘zorg voor dient te dragen’ dat de informatie dit inzicht geeft. Het huidige artikel 48 lid 3 Pensioenwet zal als volgt gaan luiden: “*De pensioenuitvoerder 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, de gevolgen van belangrijke gebeurtenissen voor het pensioen en de gevolgen van een keuze of combinatie van keuzes voor het pensioen.*” De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geeft helaas geen specifieke toelichting op de voorgestelde wijzigingen, maar aangezien deze toevoegingen naar mijn mening evident het gevolg zijn van het pleidooi van de AFM van enkele jaren geleden, zal dit ook niet zonder impact zijn. Immers, de reikwijdte is vergoot van het geven van inzicht in

keuzemogelijkheden naar het geven van inzicht in de gevolgen van deze keuzemogelijkheden. Een stukje extra belangrijke informatie vanuit de pensioenuitvoerder dus, waardoor de belanghebbende zich zal laten leiden in het maken van keuzes. Daarmee komt een grotere verantwoordelijkheid te liggen bij de pensioenuitvoerder.

En daar blijft het niet bij. Voorts introduceert de wetgever een verplichting van de pensioenuitvoerder om te bevorderen dat de informatie aanzet tot actie (artikel 48 lid 4 Pensioenwet nieuw). Beargumenteerd zou kunnen worden dat het resultaat van de gegeven informatie aan de deelnemers, namelijk dat tot feitelijke actie is overgegaan, maatgevend is voor de vraag of de pensioenuitvoerder aan deze zorgplicht heeft voldaan. Het monitoren van de acties van de deelnemers nadat informatie is verstrekt, zou dan ook tot het takenpakket van de pensioenuitvoerder moeten gaan behoren. Dit lijkt enigszins op gespannen voet te staan met de eigen verantwoordelijkheid van de deelnemer om zijn/haar pensioen te beoordelen, zoals voorgestaan bij de totstandkoming van de Pensioenwet in 2005-2006. Ook in het nieuwe pensioenstelsel wordt explicieter gemaakt dat het risico van voldoende gegeneerd pensioen bij de deelnemer ligt.¹⁵

WE STAAN MET DE SECTOR VOOR EEN GIGANTISCHE UITDAGING WAAR PRINCIPIËLE KEUZES MOETEN WORDEN GEMAAKT

Daarnaast introduceert de wetgever een nieuwe ‘open norm’ van adequate keuzebegeleiding bij het maken van keuzes door deelnemers (artikel 48a Pensioenwet nieuw): *“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 wetgever is duidelijk in haar toelichting op dit voorgestelde wetsartikel: zij introduceert met deze open norm een maximale inspanningsverplichting voor pensioenuitvoerders. Deelnemers worden geacht (in meer of mindere mate) keuzes te maken binnen hun pensioenregeling die van invloed zijn op het pensioeninkomen. Door de eventuele introductie van nieuwe keuzes, maar vooral door de combinatie van nieuwe en bestaande keuzes, zijn de implicaties van keuzes in het nieuwe stelsel groter. Dit geldt zeker ook voor pensioenkeuzes; de afwegingen zijn complex en voor veel mensen is pensioen niet ‘top of mind’. Een suboptimale keuze of een combinatie van suboptimale keuzes kan echter leiden tot een te grote en onomkeerbare achteruitgang in de hoogte van de pensioenuitkering. Dit heeft tevens zijn weerslag op een verlies van

vertrouwen in de pensioensector. Het is daarom in beider belang dat de pensioenuitvoerder de deelnemer zo goed mogelijk begeleidt bij het maken van pensioenkeuzes. Het aanbieden van informatie is hierbij belangrijk maar niet voldoende, aldus de wetgever.

De nieuwe open norm strekt dan ook 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. Het uitgangspunt voor de introductie van de norm is derhalve dat de keuze die de deelnemer heeft en maakt, past bij de voorkeuren en financiële doelstelling of wensen van deze deelnemer. Onderdeel van de norm is de verplichting voor pensioenuitvoerders om hier invulling aan te geven door het inrichten van een (digitale) keuzeomgeving. Deze omgeving moet een deelnemer in staat stellen om een passende keuze te maken, gegeven zijn of haar doelstelling.¹⁶

Met de introductie van deze nieuwe open norm van ‘keuzebegeleiding’, wordt gedeeltelijk invulling gegeven aan de leemte tussen informeren enerzijds en adviseren anderzijds. De nieuwe norm is uitdrukkelijk geen invulling of introductie in de pensioenwetgeving van een verplichting tot adviseren. De nieuwe norm verplicht echter wel tot meer ‘activiteit’ van de pensioenuitvoerder dan enkel informeren en het geven van inzicht conform de huidige wet. Ik zie echter dat in deze algemene bewoordingen zekere ruimte bestaat voor een ruime uitleg, waarbij met ‘zorgdragen’ voor informatie een grotere inspanning door de pensioenuitvoerder wordt beoogd, dan tot op dit moment het geval is.

ZORGPLICHTEN IN DE TRANSITIEFASE: 'ONEVENREDIG ONGUNSTIG' EN 'ONEVENWICHTIG NADEEL' ALS NIEUWE OPEN NORMEN

De wetgever heeft met het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioenen geen additionele zorgplicht geïntroduceerd voor pensioenuitvoerders ten aanzien van het transitieplan naar het nieuwe pensioenstelsel. De wetgever heeft bewust gekozen de primaire verantwoordelijkheid hiervoor neer te leggen bij de sociale partners. Dat betekent evenwel niet dat bij de transitie geen sprake is van enige zorgplicht van de pensioenuitvoerder. Sterker nog: de impact van de vele wijzigingen maakt dat op pensioenuitvoerders grote verantwoordelijkheid rust bij de opdrachtaanvaarding van de pensioenovereenkomst en een verzoek tot overdracht van pensioenrechten en -aanspraken naar een nieuwe pensioenregeling (‘invaren’ in pensioenjargon). Relevant zijn de al bestaande zorgplichten in artikel 105 Pensioenwet ten aanzien van de keuzes in besluitvorming, waarbij belanghebbenden zich in deze besluitvorming ‘op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen’, en artikel 102a Pensioenwet ten aanzien van het vastleggen, het verkrijgen van duidelijkheid en het toetsen van de opdracht aan doelstellingen en beleidsuitgangspunten van de pensioenuitvoerder alvorens tot aanvaarding over te gaan. De memorie van toelichting op het wetsvoorstel is daarover helder: *“... Ook zal het pensioenfonds moeten bezien of het de pensioenregeling en het verzoek tot invaren kan uitvoeren met inachtneming van de evenwichtige belangenafweging*

en andere toepasselijke wet- en regelgeving, waaronder de gelijke behandelingswetgeving.”¹⁷

Opvallend is dat de wetgever expliciet heeft gekozen om twee tot dusver onbekende en nieuwe open normen op te nemen ten aanzien van het invaren in artikel 150 Pensioenwet nieuw: er wordt ingevaren tenzij dit ‘onevenredig ongunstig’ zou zijn voor de belanghebbenden (lid 1), respectievelijk tenzij dit tot een ‘onevenwichtig nadeel’ zou leiden voor dezelfde belanghebbenden (lid 4).

In de memorie van toelichting valt voorts te lezen dat de werkgever (en dus niet de pensioenuitvoerder) alleen van het standaard invarpad kan afwijken als invaren ‘onevenredig ongunstig’ zou zijn voor bepaalde groepen belanghebbenden.¹⁸ Of daarvan sprake is, wordt beoordeeld aan de hand van de effecten voor belanghebbenden binnen het pensioenfonds. Het is vervolgens aan het pensioenfonds om het verzoek van de werkgever tot invaren al dan niet te aanvaarden. Het pensioenfonds kan dit alleen afwijzen indien sprake is van strijd met wettelijke voorschriften, indien de effecten van de overgang voor het pensioen als geheel tot ‘onevenwichtig nadeel’ zou leiden voor groepen belanghebbenden, of indien uitvoering niet mogelijk is binnen de grenzen van een beheerste en integere bedrijfsvoering.

De memorie van toelichting geeft daarnaast aan dat een pensioenfonds alleen kan weigeren de waarde over te dragen indien daar zwaarwegende redenen voor zijn. Als voorbeelden daarvan worden genoemd de omstandigheid dat daarmee in strijd met wettelijke voorschriften zal worden gehandeld, maar ook indien het pensioenfonds, op basis van eigen afwegingen, van oordeel is dat er ‘onevenwichtig nadeel’ is voor bepaalde groepen. Het gegeven dat de werkgever die onevenwichtigheid niet heeft onderkend (immers de werkgever heeft het verzoek tot waardeoverdracht gedaan) ontslaat het pensioenfonds niet van de eigen verantwoordelijkheid dit te beoordelen en, indien nodig, het verzoek af te wijzen.

Met de nieuwe open normen ‘onevenredig ongunstig’ en ‘onevenwichtig nadeel’ wijkt de wetgever af van de open normen die besloten liggen in het huidige artikel 105 Pensioenwet (evenwichtige belangenafweging) en artikel 102a Pensioenwet (opdrachtaanvaarding). Sterker nog: de nieuwe normen gaan ook verder dan de normen die besloten liggen in de huidige artikelen 105 en 102a van de Pensioenwet. Nu moeten beleidsbepalers van een pensioenfonds ervoor zorgen dat bij besluitvorming iedereen zich vertegenwoordigd kán voelen. Dat kan betekenen dat de uitkomst van dit besluit niet naar ieders tevredenheid is, maar men zich wel vertegenwoordigd kan voelen in dit besluit. In de nieuwe Wet Toekomst Pensioen hangt het besluit om in te varen af van de assessment of invaren voor een bepaalde groep van belanghebbenden ‘onevenredig ongunstig’ is of ‘onevenwichtig nadeel’ oplevert. Onder welke omstandigheden invaren ‘onevenredig ongunstig’ is of een ‘onevenwichtig nadeel’ oplevert, blijft echter ongewis.

Of de wetgever de afwijking van bestaande normen in de artikelen 105 en 102a Pensioenwet nadrukkelijk heeft beoogd, wordt hopelijk duidelijk in de volgende fase van het wetgevingsproces. Ik wil in ieder geval de wetgever oproepen hier nader aandacht aan te besteden in het aangepaste wetsvoorstel respectievelijk memorie van toelichting, en daarbij aan pensioenfondsen handvatten te geven hoe deze begrippen te duiden.

TOT SLOT: ZIJN WE OP DE GOEDE WEG?

Ja, het is naar mijn mening een goede ontwikkeling dat bij de uitwerking van het Pensioenakkoord (en wel in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen) de zorgplicht van pensioenuitvoerders aan bod komt. Immers, we staan met de sector voor een gigantische uitdaging waar principiële keuzes moeten worden gemaakt. Niet alleen door sociale partners, maar ook door pensioenuitvoerders en hun organen. En uiteraard deelnemers binnen het nieuwe pensioencontract. Dat vraagt om zorgvuldigheid, niet alleen van pensioenuitvoerders maar ook van sociale partners, en een wet die daarbij ondersteunt.

Het is duidelijk dat de wetgever voor ogen heeft dat ondanks het ontbreken van een wettelijke definitie van ‘zorgplicht’ of ‘goed bestuurderschap’, zoals dat wel voorhanden is voor werkgevers, zij ervoor gekozen heeft om een aantal zorgplichten te expliciteren, zoals de extra informatieplicht en het bieden van keuzebegeleiding. Het hebben van keuzes bij zo’n belangrijke arbeidsvoorwaarde als pensioen is een groot goed. Dat vereist wel dat de deelnemer over de informatie beschikt om die keuze te maken én de gevolgen van de keuze kan overzien. Het is dit belang wat de wetgever voor ogen heeft met de voorgestelde invulling van zorgplichten voor pensioenuitvoerder. Met de aangescherpte zorgplicht bij pensioenuitvoerders rondom informatieverstrekking wordt onderkend dat niet elke deelnemer in staat is keuzes te maken en wordt van pensioenfondsen ‘maximale inspanning’ verwacht. Uiteraard zijn de pensioenuitvoerders ook de meest gereede partij om deze informatie ter beschikking te stellen, zonder daarbij de rol van adviseur op zich te nemen. Dat laatste valt immers buiten het wettelijk bestek van een pensioenuitvoerder.

HET HEBBEN VAN KEUZES BIJ ZO'N BELANGRIJKE ARBEIDSVORWAARDE ALS PENSIOEN IS EEN GROOT GOED. DAT VEREIST WEL DAT DE DEELNEMER OVER DE INFORMATIE BESCHIKT OM DIE KEUZE TE MAKEN ÉN DE GEVOLGEN VAN DE KEUZE KAN OVERZIEN

Dat deze ‘zorgplicht 2.0 versus adviesrol’ een dilemma voor pensioenfondsen in de praktijk zou opleveren, daar ben ik niet zo bang voor. Immers, met de aangescherpte zorgplicht voor wat betreft informatie en keuzenbegeleiding snijdt het mes aan twee

kanten: het dwingt niet alleen pensioenfondsen vooraf na te denken over de keuzes die zij uitvoeren en de gevolgen voor deelnemers in het bijzonder, maar ook de deelnemer kan zich niet langer verschuilen achter onwetendheid. Daarmee wordt het een win-win en voor uiterste nood hebben we gelukkig de rechtelijke macht nog.

Deze zorgplichten rondom informatie en keuzebegeleiding zijn evenwel gericht op de deelnemer binnen een bestaande pensioenregeling of het nieuwe pensioencontract. Maar niet zozeer op de keuzes die gemaakt moeten worden door pensioen-uitvoerders bij het aanvaarden van het transitieplan inclusief al dan niet invaren op verzoek van sociale partners. Daartoe dient dan het vernieuwde artikel 105 Pensioenwet met de nieuwe open normen van ‘onevenredig ongunstig’ en ‘onevenwichtig nadeel’. Zoals eerder aangegeven zou de wetgever er goed aan doen aan deze normen meer duiding te geven.

Tegelijkertijd maakt de wetgever met deze zorgplichten en nieuwe open normen in het bijzonder wél een stap in de goede richting: het dwingt pensioenfondsen na te denken over de keuzes die bij hen voorliggen en de gevolgen voor de deelnemers én staat toe daarbij desgewenst maatwerk toe te passen. De open normen van het vernieuwde artikel 105 Pensioenwet bieden een aanzienlijke mate van flexibiliteit binnen het recht bij de toepassing hiervan: de invulling en uitkomst daarvan zal afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval zijn. En deze flexibiliteit is- uitgaande van een juist begrip van de zorgplichten en open normen – waar de pensioensector gezien de diversiteit aan pensioenregelingen en belanghebbenden behoefte aan heeft om de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel te laten slagen.

Noten

- 1 Wetgevingsbrief AFM 2017, opgenomen als bijlage 2 bij Kamerstukken II 2016/17, 32545, nr. 64.
- 2 Kenbaar uit p. 3-4 van de reactie van de minister van Financiën op wetgevingswensen van de AFM en DNB 2017, opgenomen als bijlage 3 bij Kamerstukken II 2016/17, 32545, nr. 64.
- 3 Hoge Raad, 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2025, PJ 2020/18.
- 4 R. Veugelers, 2021, PensioenMagazine 2021/44, A. Kattenmolle en mr. drs. E. Soetendal, 2021, TPV 2021/2, B. Degelink, 2021, TPV 2021/3, B.M.M. van der Goes 2021, TPV 2021/4, S.H. Kuiper, 2021, TPV 2021/5.
- 5 Artikel 7:611 Burgerlijk Wetboek.
- 6 Wel kennen we (expliciete) zorgplichten in de Wet op het financieel toezicht, de Wft. Maar aangezien een pensioenfonds niet als financiële dienstverlener in de zin van de Wft wordt aangemerkt, gelden de zorgplichten uit de Wft in beginsel niet voor pensioenfondsen. Zie ook M. Heemskerk, 2018, Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkeling en rechtspraak, WPNR 2018/178, p. 25.
- 7 M. Hosemann en I. Vermeeren-Keijzers, 2019, Juridische thema's op de bestuurstaafel: van meningsverschil tot aansprakelijkheid, Het excellente pensioenfonds. Governance, rollen en taken professioneel ingevuld, p. 324.
- 8 C. Drion, 2017, Open normen en het belang van de waarom-vraag, NJB 2017/1979.
- 9 Kamerstukken II 2005/2006, 30413, nr. 3, p. 110
- 10 Annotatie S.H. Kuiper bij arrest Hoge Raad 20 December 2019, PJ 2020/18, S.H. Kuiper, 2021, Zorgplichten van de pensioenuitvoerders, TPV 2021/5.
- 11 Rechtbank Amsterdam 18 februari 2019, PJ 2019/30.
- 12 Hof Den Haag 22 april 2014, PJ 2014/101 en HR 18 december 2015, PJ 2016/17
- 13 Rechtbank Limburg, 22 februari 2018, PJ 2018/47.
- 14 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:541.
- 15 Zie voetnoot 8 en Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen p. 109.
- 16 Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen p. 110 en 111.
- 17 Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen p. 96
- 18 Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wet Toekomst Pensioen p. 189 en 190