



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Veranderend karakter van pensioen leidt tot meer zorgplichten voor pensioenfondsen

Bracco Gartner, M.E.J.

Citation

Bracco Gartner, M. E. J. (2022). Veranderend karakter van pensioen leidt tot meer zorgplichten voor pensioenfondsen. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2022(2), 77-82.
doi:10.5553/MvV/157457672022032002004

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513461>

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

Veranderend karakter van pensioen leidt tot meer zorgplichten voor pensioenfondsen

*Mr. M.E.J. Bracco Gartner**

1 Inleiding

Het Nederlandse pensioen wordt ingrijpend hervormd vanwege zorgen over de houdbaarheid van het huidige pensioenstelsel. Het Nederlandse pensioen wordt gekenmerkt door een relatief grote tweede pijler naast de eerste pijler van het pensioen uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet.¹ Dit tweede-pijlerpensioen wordt bijeengebracht door werkgevers en werknemers in het kader van de arbeidsovereenkomst en is voornamelijk ondergebracht bij pensioenfondsen.² De pensioenfondsen beheren dit collectief pensioenvermogen en betalen daaruit de toegezegde pensioenuitkeringen. Beleggingsrisico's en langlevensrisico's worden door de deelnemers van het pensioenfonds gezamenlijk gedeeld, waardoor sprake is van solidariteit tussen huidige en toekomstige deelnemers. Door het gezamenlijk delen van risico's is pensioen een collectief product en een sociale voorziening. Sociale partners (vakbonden en werkgeversorganisaties) bepalen wat de aard en inhoud van de pensioenovereenkomst is en de overheid bepaalt hoeveel pensioen in de tweede pijler wordt opgebouwd via fiscale regelingen. Ongeveer 80% van de werknemers bouwt verplicht pensioen op in een bedrijfstakpensioenfonds.³

Het huidige stelsel staat onder druk vanwege de toegenomen levensverwachting en de lage renteomgeving. De veranderende wereldwijde demografie met steeds meer ouderen en steeds minder jongeren is een langetermijntrend, die niet meer op

korte termijn is af te wenden.⁴ Deze veranderende demografie wordt gezien als een van de oorzaken van de lage langetermijnrente.⁵ De meeste mensen sparen voor hun oude dag, zodra zij zich dat kunnen veroorloven, en zetten hun spaargelden uit op de kapitaalmarkten om te kunnen rentenieren. Een wereldwijd overschot aan spaargeld drukt de langetermijnrente, waardoor een vast bedrag aan levenslange pensioenuitkering duur is. De zekerheid van een vast maandelijks bedrag aan pensioen gedurende het leven van de pensioengerechtigde is onbetaalbaar geworden.⁶

Naast veranderende demografie wordt toenemende individualisering genoemd als andere reden om het Nederlandse pensioen te hervormen. Het tweede-pijlerpensioen is veelal een collectieve regeling. De deelnemer heeft binnen een collectieve pensioenregeling een beperkte keuze om het pensioen op maat te maken. De wetgever constateert dat een standaardproduct niet meer past bij de behoefte van steeds meer mensen om eigen keuzes te kunnen maken binnen de pensioenregeling.⁷

Op 12 juni 2020 sloten de overheid en sociale partners een akkoord over de voorgenomen wijzigingen tot hervorming van het pensioen om bovengenoemde problemen te adresseren.⁸ Pensioen wordt minder zeker: de hoogte van de pensioenuitkering zal meer afhankelijk worden van de beleggingsresultaten in plaats van een vast bedrag aan pensioen dat gekort of geïndexeerd kan worden. Daarnaast wordt pensioen individueler omdat de pensioenuitkering uit een individueel pensioenvermogen wordt betaald. Het pensioenakkoord is door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgewerkt tot een conceptwetsvoorstel Toekomst Pensioenen. Dit concept is in januari 2021 ter publieke consultatie voorgelegd,

* Mr. M.E.J. Bracco Gartner is docent financieel recht aan de Universiteit Leiden en lid van de Geschillencommissie Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Daarnaast heeft zij twee nevenfuncties bij pensioenfondsen.

Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 Voor een beschrijving op hoofdlijnen van het huidige Nederlandse pensioen en huidige eisen aan pensioenuitvoering in de Pensioenwet verwijs ik naar M.E.J. Bracco Gartner, Financiële ondernemingen: pensioenbedrijf, in: M. Haentjens e.a. (red.), *Compendium Financieel Recht*, Den Haag: Sdu 2020, hoofdstuk 6, p. 189 e.v.

2 Per ultimo derde kwartaal 2021 bedroeg het belegd vermogen van Nederlandse pensioenfondsen € 1740 miljard. Zie www.dnb.nl/statistieken/data-zoeken/#/details/belegd-vermogen-voor-risico-pensioenfondsen/dataset.

3 M. Heemskerck, *Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst*, WPNR 2018, afl. 7178, par. 1.4.

4 M. Bouman, *De belangrijkste economische grafiek van deze eeuw gaat over vergrijzing*, FD 10 december 2021.

5 Financieel Stabiliteitscomité, *De gevolgen van een langdurig lage rente en een eventuele rentestijging*, voorjaar 2020, p. 5. Zie www.dnb.nl/media/u3rn4mxo/fsc-rapport-lage-rente.pdf.

6 Concept-MvT bij wetsvoorstel Toekomst Pensioenen, par. 1.2.

7 Concept-MvT bij wetsvoorstel Toekomst pensioenen, p. 109.

8 Zie www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/pensioen/toekomst-pensioenstelsel.

waarop 484 reacties zijn ontvangen.⁹ Na verwerking van de publieke reacties is het wetsvoorstel eind november 2021 voor advies naar de Raad van State gestuurd. Het definitieve wetsvoorstel en advies van de Raad van State worden in het voorjaar 2022 verwacht.¹⁰ Hoewel de definitieve versie nog niet is gepubliceerd, zijn de grote lijnen van het wetsvoorstel wel duidelijk. De pensioensector is al volop bezig om zich voor te bereiden op deze omvangrijke transitie, die naar verwachting 1 januari 2023 start en uiterlijk 1 januari 2027 moet zijn afgerond.

In dit artikel zal ik mij concentreren op de verandering van collectief pensioen naar (meer) individueel pensioen en wat dit betekent voor de zorgplichten van pensioenuitvoerders,¹¹ met name pensioenfondsen.¹² Het zijn voornamelijk pensioenfondsen die collectieve pensioenregelingen uitvoeren, terwijl premiepensioeninstellingen en verzekeraars vaker individuele pensioenregelingen uitvoeren. Pensioenfondsen worden daarom het meest geraakt door de stelselwijziging. Ik zal in paragraaf 2 eerst ingaan op de nieuwe zorgplicht in de Pensioenwet om deelnemers te begeleiden bij het maken van keuzes binnen hun pensioenregeling. In paragraaf 3 zal ik de introductie van deze nieuwe zorgplicht plaatsen binnen het bredere kader van financiële toezichtregelgeving. In paragraaf 4 ga ik in op wat deze publiekrechtelijke zorgplicht kan betekenen voor de civielrechtelijke zorgplichten van een pensioenfonds. Daarna sluit ik af met een conclusie (par. 5).

2 Keuzes en keuzebegeleiding

In het nieuwe stelsel bouwt de deelnemer pensioen op in een persoonlijk pensioenvermogen op basis van een premieovereenkomst. De hoogte van het pensioen wordt bepaald door de hoogte van de premie, het beleggingsbeleid en de rentestand.¹³ Hoewel nog steeds sprake kan zijn van het collectief delen van risico's – de mate waarin wordt bepaald door de keuzes die sociale partners zullen maken –, ligt het risico van voldoende pensioen volledig bij de deelnemer. 'Deelnemers worden geacht (in meer of mindere mate) keuzes te maken binnen hun pensioenregeling die van invloed zijn op het pensioeninkomen', aldus de concept-memorie van toelichting.¹⁴ De wetgever onderkent dat deze keuzes complex zijn en tot onomkeerbare gevolgen kunnen leiden. Door de lange termijn van pensioen en de veelheid aan keuzes is voor veel mensen ook niet te doorzien wat de consequenties van hun keuzes zijn, zo blijkt

ook uit onderzoek.¹⁵ De wetgever vindt het daarom noodzakelijk om een algemene zorgplicht te introduceren, waardoor deelnemers door hun pensioenuitvoerder worden begeleid bij het maken van deze keuzes. Deze algemene zorgplicht komt in aanvulling op de huidige eisen aan pensioenuitvoerders om informatie aan de deelnemers te verstrekken over hun individuele pensioen.

Deze algemene zorgplicht is vervat in het nieuw te introduceren wetsartikel 48a in de Pensioenwet (PW) en luidt als volgt:

'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.' (curs. MBG)¹⁶

De introductie van een algemene zorgplicht is zowel opmerkelijk als begrijpelijk. Het is opmerkelijk omdat de huidige Pensioenwet ook al keuzemogelijkheden kent die de deelnemer in staat stellen om het pensioen op maat te maken. Het gaat dan om de keuze om de ingangsdatum van het pensioen te vervroegen of uit te stellen,¹⁷ de keuze om eerst een hoger pensioen te ontvangen en daarna een lager pensioen,¹⁸ en/of de keuze om ouderdomspensioen uit te ruilen voor partnerpensioen of andersom.¹⁹ Dit zijn allemaal keuzes die de deelnemer nu al zelfstandig rondom zijn pensioendatum maakt aan de hand van algemene informatie en indicatieve berekeningen die de pensioenuitvoerder op verzoek van de deelnemer maakt om de gevolgen van een keuze op het persoonlijk pensioen inzichtelijk te maken. Tot nu toe zag de wetgever geen aanleiding om de pensioenuitvoerder te verplichten om de deelnemer meer bij de hand te nemen via een algemene zorgplicht. Het louter verstrekken van informatie werd voldoende geacht, waarbij wel steeds meer eisen aan die informatie werden gesteld. Naast de eis dat informatie correct en duidelijk is, moet de informatie de deelnemer ook inzicht geven in zijn pensioen.²⁰

Twee nieuw te introduceren keuzemogelijkheden lijken aanleiding te zijn om alsnog een algemene zorgplicht in te voeren. Deze keuzemogelijkheden kunnen voor de deelnemer een grote impact op de hoogte van het pensioen hebben. In het nieuwe pensioenstelsel moeten sociale partners gaan kiezen uit een solidaire of een flexibele pensioenregeling. Bij een solidaire pensioenovereenkomst krijgt een deelnemer een variabele pen-

⁹ Het ontwerp-wetsvoorstel en reacties zijn te vinden op www.internetconsultatie.nl/wettoekomstpensioenen.

¹⁰ Zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/11/26/wet-toekomst-pensioenen-voor-advies-naar-raad-van-state.

¹¹ Onder pensioenuitvoerders wordt verstaan pensioenfondsen, verzekeraars en premiepensioeninstellingen. Zie de definitie van pensioenuitvoerder in art. 1 PW.

¹² Dit artikel is een verdere uitwerking van de Leiden Law Blog van de auteur over hetzelfde onderwerp van 8 november 2021. Zie www.leidenlawblog.nl/articles/veranderend-karakter-van-pensioen-leidt-tot-meer-zorgplichten-voor-pensioenfondsen.

¹³ MvT, p. 15.

¹⁴ Concept-MvT, p. 109-110.

¹⁵ Voor een overzicht wordt verwezen naar voetnoot 129 en 132 in de MvT.

¹⁶ Zie voorstel van wet op www.internetconsultatie.nl/wettoekomstpensioenen.

¹⁷ Art. 62 PW.

¹⁸ Art. 63 lid 2 PW.

¹⁹ Art. 60 en 61 PW.

²⁰ Art. 48 PW.

sioenuitkering.²¹ Een flexibele pensioenregeling biedt de deelnemer de optie van een vaste of een variabele pensioenuitkering.²² Afhankelijk van de opties die een pensioenregeling biedt, kan de deelnemer dan kiezen om het bedrag aan te ontvangen pensioen voor een bepaalde periode vast te zetten. Daarnaast kan de deelnemer op de pensioendatum ervoor kiezen om een lumpsum van maximaal 10% uit zijn pensioenvermogen op te nemen ingevolge de Wet bedrag ineens,²³ die naar verwachting per 1 januari 2023 in werking zal treden.²⁴ Het is de combinatie van de nieuwe en de huidige keuzemogelijkheden om het pensioen op maat te maken, die het voor een deelnemer moeilijker maakt om de consequenties van zijn keuzes te voorzien.

Naast keuzes om het pensioen op maat te maken, kan een deelnemer ook te maken krijgen met keuzes in de beleggingsmix van zijn pensioenvermogen. Nu al kan een deelnemer bij een zuivere premiereregeling, straks flexibel pensioen geheten, de optie hebben om de verantwoordelijkheid voor de beleggingen gedurende de opbouwfase van de pensioenuitvoerder over te nemen. De deelnemer kiest dan zelf waarin hij belegt binnen de marges die de pensioenuitvoerder biedt om te voldoen aan het vereiste van art. 135 PW en lagere regelgeving dat conform de *prudent person*-regel wordt belegd.²⁵ De pensioenuitvoerder moet in dat geval wel advies uitbrengen over de spreiding van de beleggingen in relatie tot de duur tot de pensioendatum conform de waarborgen van art. 52 PW. Het advies van de pensioenuitvoerder moet aan vergelijkbare eisen voldoen als financieel advies in de zin van art. 4:23 Wft. Alvoers advies uit te brengen, moet de pensioenuitvoerder informatie inwinnen over de financiële positie, kennis en ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de deelnemer. De pensioenuitvoerder moet deze informatie ook inwinnen bij de deelnemer als een variabel pensioen wordt aangeboden waarbij gebruik wordt gemaakt van beleggingsprofielen.²⁶ Deze huidige wettelijke regeling blijft in het nieuwe stelsel gehandhaafd voor de flexibele pensioenregeling.

De verplichting om te adviseren in plaats van te begeleiden bestaat dus al in de huidige Pensioenwet, voor zover het gaat om

zelf beleggen door de deelnemer in de opbouwfase. Het is daarom verrassend dat de wetgever niet heeft gekozen voor een adviesplicht bij het maken van keuzes op de pensioendatum die eveneens tot forse financiële consequenties voor de deelnemer kunnen leiden en pas later zichtbaar worden. Zou de deelnemer op dit belangrijke moment van zijn (financiële) leven ook niet wat meer moeten worden beschermd door middel van een professioneel advies? De keuze om de verplichting te beperken tot begeleiden is des te opmerkelijker omdat mijns inziens er materieel gezien niet veel verschil zal zijn tussen wat op basis van beide normen van de pensioenuitvoerder wordt verwacht. De wetgever beoogt met de nieuwe open norm immers dat pensioenuitvoerders zich maximaal inspinnen om deelnemers te begeleiden bij het maken van keuzes.²⁷ Het uitgangspunt van de wetgever is dat de keuze van de deelnemer passend is bij zijn voorkeuren en financiële doelstelling en wensen. Daardoor ontkomt een pensioenuitvoerder er niet aan om min of meer dezelfde informatie in te winnen als benodigd voor een goed en persoonlijk advies.

De wijze waarop de algemene zorgplicht is geformuleerd, moet dan ook eerder worden gezien als antwoord van de wetgever op de algemene schroom van pensioenfondsen om hun deelnemers te adviseren. Zoals Soetendal al opmerkte, ervaren pensioenfondsen nu nog onvoldoende prikkels om de behoeften en wensen van de individuele pensioendeelnemers te doorgronden.²⁸ Het merendeel van de pensioenfondsen voert nu immers nog een uitkeringsovereenkomst uit, waarbij het bedrag aan uit te keren pensioen (de pensioenambitie) leidend is. Pensioenfondsen zijn gewend en verplicht om over de pensioenambitie voornamelijk te communiceren met sociale partners.²⁹ Doordat de verantwoordelijkheid voor voldoende pensioen in het nieuwe stelsel meer bij de deelnemer ligt, gaat dit veranderen. De zorgplicht van pensioenfondsen verschuift als het ware van sociale partners naar individuele deelnemers.³⁰

3 Veranderend karakter van pensioen

Pensioenuitvoerders krijgen in het nieuwe pensioenstelsel dus meer zorgplichten voor individuele deelnemers op basis van publiekrechtelijke normen. Deze ontwikkeling is ook te verklaren vanuit het veranderend karakter van pensioen. Pensioenfondsen voorzien op dit moment – in tegenstelling tot verzekeraars en uitzonderingen daargelaten – voornamelijk in een collectief pensioen. In de transitie naar het nieuwe stelsel wordt dit collectief pensioenvermogen omgezet in individueel pensioenvermogen en wordt de hoogte van de pensioenuitkering zichtbaarder afhankelijk van de beleggingsresultaten. Pensioen verandert dus langzaam van karakter: in plaats van (een vorm van) verzekeren gaat pensioen er steeds meer uitzien als (een vorm van collectief) beleggen. Dit veranderend karakter

21 Zie art. 10a van het wetsvoorstel. Sociale partners en de pensioenuitvoerder zullen in de regeling vastleggen hoe de pensioenuitkering zal variëren, binnen de randvoorwaarden van de Pensioenwet. Dit onderdeel van de regelgeving moet nog worden uitgewerkt.

22 Zie art. 10b van het wetsvoorstel. Deze optie voor een variabel of vast pensioen geldt sinds 2016 voor premiereregelingen op basis van de Wet verbeterde premiereregeling.

23 Wet bedrag ineens, RVU en verlofsparen van 14 januari 2021, Stb. 2021, 20.

24 Zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/01/13/eerste-kamerstemt-in-met-onderdeel-uitwerking-pensioenakkoord.

25 De prudent person-regel houdt – kort gezegd – in dat de pensioenuitvoerder in de eerste plaats belegt in het belang van de deelnemers en de pensioengerechtigden, en is nader uitgewerkt in art. 5 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen. Zie ook W.A.K. Rank, Financiële transacties met pensioenfondsen: lavenen tussen toezichtrecht en civiel recht, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), Sluiterij, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 49-60.

26 Art. 52a PW.

27 MvT, p. 110.

28 E. Soetendal, Toenemend belang van keuzebegeleiding door persoonlijk pensioen, *Pensioen Magazine* 2021/61.

29 Art. 102a PW.

30 Zo ook S. Baars & F. Voogd, Keuzebegeleiding vereist nieuw denken, *Pensioen Bestuur & Management* 2022/1.

van pensioen betekent dat pensioenuitvoerders meer zorgplichten gaan krijgen. Dit vloeit namelijk voort uit de opbouw en uitgangspunten voor financiële toezichtregelgeving.

Van oudsher wordt de financiële sector opgedeeld in drie sectoren: de sector beleggingsdienstverlening (waaronder brokers, vermogensbeheerders en beleggingsinstellingen), de banksector en de sector verzekeren. Deze drie sectoren verschillen van elkaar wat betreft de aard van de activiteiten (economisch gezien) en de juridische verhouding met de klanten. De klanten van banken en verzekeraars hebben een nominale vordering op de bank of verzekeraar. De klant van een verzekeraar betaalt premie aan de verzekeraar in de verwachting dat hij na verloop van tijd de verzekerde som uitbetaald krijgt. De klant van een bank vertrouwt zijn geld toe aan de bank in de verwachting dat de bank hem toegang geeft tot zijn geld op het moment dat hij een derde wil betalen of zijn geld wil opnemen. De financiële soliditeit van een verzekeraar of bank is dan ook de belangrijkste zorg, die de wetgever beoogt te beschermen via de financiële toezichtregelgeving. Het accent van de financiële toezichtregelgeving voor banken en verzekeraars ligt dus meer op de zogenaamde prudentiële regels, die de financiële soliditeit en de beheerste bedrijfsvoering waarborgen, dan op gedragsregels, die gericht zijn op zorgvuldige dienstverlening, waarbij het financiële belang van de klant vooropstaat. Bij beleggingsdienstverlening is dit anders: het accent van de financiële toezichtregelgeving ligt op de gedragsregels in plaats van de financiële soliditeit van de beleggingsdienstverlener. Dit komt omdat een belegger het beleggingsrisico draagt. Een belegger heeft geen nominale vordering op de beleggingsdienstverlener, maar een vordering ter hoogte van de waarde van de beleggingen. Het belangrijkste belang van de belegger dat de wetgever beoogt te beschermen via de financiële toezichtregelgeving is dat de eigendomsrechten van de belegger zijn gewaarborgd en dat de beleggingsdienstverlener zorgvuldig omgaat met de belangen van de belegger(s).

Aangezien het Nederlandse pensioen steeds meer gaat lijken op beleggen in plaats van verzekeren, is het logisch dat de huidige normen voor financiële soliditeit voor pensioenfondsen in het financieel toetsingskader plaats gaan maken voor zorgplichten richting de individuele deelnemer. In het nieuwe pensioenstelsel is de dekkingsgraad van het pensioenfonds niet langer leidend voor de hoogte van de pensioenuitkering. Het pensioenfonds heeft geen verplichting meer om te zorgen dat er voldoende premie binnenkomt, zodat de toegezegde pensioenen (welvaartvast) kunnen worden uitbetaald.³¹ In plaats daarvan wordt het individuele pensioenvermogen leidend voor de hoogte van het pensioen. Bij pensionering wordt maandelijks een bedrag aan het pensioenvermogen onttrokken. De hoogte van de maandelijks onttrekking wordt bepaald door het projectierendement en de persoonlijke keuzes (zie hierboven). Het beschikbare pensioenvermogen wordt jaarlijks aangepast met het beleggingsresultaat. Het financieel

toetsingskader zal in het nieuwe stelsel worden aangepast om ervoor te zorgen dat de individuele deelnemer gedurende het pensioen voldoende vermogen heeft voor een levenslange pensioenuitkering.³²

Door de vele technische details van de stelselwijziging die in de concept-memorie van toelichting worden beschreven en alle aandacht voor het beheerst uitvoeren van de transitie naar het nieuwe stelsel wordt niet meteen duidelijk dat steeds meer nadruk zal komen te liggen op gedragsregels inclusief zorgplichten jegens de deelnemer. Zo benadrukt de wetgever dat de huidige prudent person-regel intact blijft.³³ Volgens dit uitgangspunt moet de pensioenuitvoerder beleggen in het belang van zijn aanspraak- en pensioengerechtigden.³⁴ Hoewel het pensioenvermogen een individueel recht is, wordt ook in de solidaire pensioenregeling in het nieuwe stelsel op collectieve basis belegd. Deze collectieve beleggingen worden opgedeeld in leeftijdscohorten, waarbij voor ieder leeftijdscohort een passende beleggingsmix wordt aangehouden op basis van de risicohouding van de deelnemers in het betreffende leeftijdscohort. Pensioenuitvoerders moeten periodiek onderzoek doen naar de risicopreferentie van hun deelnemers.³⁵ De deelnemers dragen immers de beleggingsrisico's; daarom is het niet meer dan logisch dat de deelnemers zich uitspreken over hoeveel risico zij willen lopen. Nu hun pensioen zichtbaarder afhankelijk wordt van de beleggingsresultaten en deelnemers (nog) meer betrokken worden in het beleggingsproces, verwacht ik dat pensioenuitvoerders steeds meer verantwoording zullen moeten gaan afleggen aan hun deelnemers in plaats van aan sociale partners, die nog steeds een grote vinger in de (pensioen)pap houden, voor zolang het duurt.³⁶ Pensioen gaat steeds meer lijken op een individueel financieel product. Dit is een graduele ontwikkeling, wat past bij de aard van pensioen, dat een lange looptijd combineert met voorspelbaarheid om vertrouwen in het stelsel te kunnen behouden. Het is ook een ontwikkeling die past bij de toenemende individualisering en veranderende demografie.³⁷ Na de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel verwacht ik dan ook dat de publiekrechtelijke waarborgen voor het Nederlandse pensioen steeds meer gaan aansluiten bij gedragsregels uit de Wet op het financieel toezicht en dan met name de regels voor collectief of individueel beleggen. De introductie van een algemene zorgplicht voor pensioenuitvoerders om hun deelnemers te begeleiden bij het maken van keu-

³¹ Concept-MvT, p. 53.

³² Concept-MvT, p. 22.

³³ Concept-MvT, p. 54.

³⁴ Art. 135 PW.

³⁵ Concept-MvT, par. 3.2.

³⁶ Ik hecht eraan op te merken dat de positieve rol en bijdrage van sociale partners aan het Nederlandse pensioen niet onderschat moeten worden. Meer individuele verantwoordelijkheid van de deelnemer is niet per se een verbetering.

³⁷ Zo ook E. Soetendal & M. van 't Zet, *Pensioen en hun deelnemers: van zorgplicht naar zorgambitie*, *Pensioen Magazine* 2019/42.

zes in hun persoonlijke pensioenvoorziening kan dan ook in dit licht worden begrepen.³⁸

4 Civielrechtelijke zorgplichten

Het tweede-pijlerpensioen wordt niet alleen beheerd door publiekrechtelijke regels, maar is allereerst een overeenkomst tussen werkgever en werknemer. Hoe de verhouding tussen een pensioenuitvoerder en de deelnemer civielrechtelijk moet worden geclassificeerd, blijft enigszins onduidelijk. Deze verhouding is immers een afgeleide van de arbeidsovereenkomst en pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer.³⁹ Er is geen rechtstreekse contractuele relatie tussen de deelnemer en de pensioenuitvoerder, omdat de werkgever de pensioenregeling moet onderbrengen bij een pensioenuitvoerder.⁴⁰ De civielrechtelijke verhouding volgt daarmee de figuur van de verzekeringsovereenkomst, met de werkgever als verzekeringnemer, de pensioenuitvoerder als verzekeraar en de deelnemer als uitkeringsgerechtigde. Deze figuur wordt echter steeds minder passend voor pensioen, aangezien de verzekeringselementen in het Nederlandse pensioen steeds minder worden ten gunste van beleggen met collectieve risicodeling. Die risico's liggen bovendien niet bij de pensioenuitvoerder maar bij de deelnemer.

Kattenmölle en Soetendal zijn van mening dat de relatie tussen het pensioenfonds en zijn deelnemers kan worden gezien als een overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW.⁴¹ Deze classificatie is misschien wel wenselijk uit het oogpunt van bescherming van de deelnemers, maar lijkt mij niet juist, omdat zij zich slecht verhoudt tot het uitgangspunt in de Pensioenwet dat sociale partners de opdrachtgevers van de pensioenfondsen zijn. Ondanks de afwezigheid van een rechtstreekse contractuele relatie tussen pensioenfonds en deelnemer is wel degelijk sprake van een verbintenis, waarbij de deelnemer een zelfstandige vordering heeft op het pensioenfonds. Op hun civielrechtelijke verhouding is daarom het algemene principe van redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW van toepassing, dat leidend is voor hoe een schuldeiser en schuldenaar met elkaar om moeten gaan. Op basis van dit algemene principe wordt een civielrechtelijke zorgplicht van een pensioenfonds jegens zijn deelnemer aangenomen.

Dat een pensioenfonds een zorgplicht heeft jegens zijn deelnemers is bevestigd door de Hoge Raad in het PMT-arrest van 20 december 2019. In haar conclusie bij laatstgenoemd arrest⁴² zet A-G De Bock helder uiteen dat tussen een belanghebbende

(deelnemer, gewezen deelnemer, pensioengerechtigde) en een pensioenuitvoerder sprake is van een ongelijkwaardige verhouding.⁴³ Hieruit vloeit voort dat de pensioenuitvoerder een zorgplicht heeft jegens de belanghebbende, zoals ook het geval is in iedere andere civielrechtelijke verhouding waar sprake is van een ongelijkwaardige verhouding. Denk daarbij aan de bescherming van de consument ten opzichte van de zakelijke dienstverlener. Deze zorgplicht kan zelfs verder gaan dan wat louter op grond van de Pensioenwet wordt vereist. Dit vloeit voort uit de maatschappelijke functie van een pensioenuitvoerder.⁴⁴

Overigens heeft de Hoge Raad al in 2013 aangenomen dat op een pensioenuitvoerder een zorgplicht kan rusten.⁴⁵ De Hoge Raad overwoog:

‘Het antwoord op de vraag in hoeverre op (de rechtsvoorgangers 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.’⁴⁶

Naar aanleiding van dit arrest vroeg Heemskerk zich al in 2013 af hoe deze zorgplicht zich zou ontwikkelen.⁴⁷ Bij afwezigheid van wetgeving zag A-G De Bock reeds in 2019 de mogelijkheid voor de rechtspraak om meer invulling te geven aan de zorgplicht voor pensioenuitvoerders.⁴⁸ Zij merkt daarbij op dat de Autoriteit Financiële Markten in haar wetgevingsbrief van 16 maart 2017 vergeefs heeft gevraagd om meer zorgplichten van pensioenuitvoerders bij het begeleiden van deelnemers in het maken van keuzes. De wetgever heeft deze wens inmiddels gehonoreerd middels het voorgestelde nieuwe art. 48a PW. Door introductie van een publiekrechtelijke norm wordt het voor de rechter makkelijker om een civielrechtelijke zorgplicht aan te nemen. Immers, een pensioenfonds dat handelt in strijd met een wettelijke verplichting die bedoeld is om de deelnemer te beschermen, pleegt een onrechtmatige daad jegens de betreffende deelnemer en is verplicht de schade die de deelnemer daardoor lijdt te vergoeden.

Pensioenuitvoerders die nu al nadenken over hoe zij vorm gaan geven aan keuzebegeleiding, doen er dus goed aan om niet alleen te kijken naar wat vereist is op grond van publiekrechtelijke regels, maar ook naar wat deelnemers van hen mogen verwachten op basis van het civiele recht. Wat dat concreet inhoudt, is op voorhand lastig te voorspellen. De zorgplicht

38 Art. 4:24a Wft kent eveneens een algemene zorgplicht voor financieel dienstverleners. Art. 4:90 Wft kent een algemene zorgplicht voor beleggingsondernemingen, waaronder vermogensbeheerders, om zich op eerlijke, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van de cliënt.

39 Heemskerk 2018, par. 1.3.

40 Art. 23 PW. Zo ook Asser/Lutjens 7-XI 2016/227.

41 A. Kattenmölle & E. Soetendal, De evolutie van zorgplicht in zorgambitie: een noodzakelijke ontwikkeling?, TPV 2021/2, par. 3.3.

42 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:954 bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2035 (PMT).

43 Zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:954, nr. 3.3.

44 Zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:954, nr. 4.25.

45 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465 (Niehof/Bpf Bouw).

46 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465 (Niehof/Bpf Bouw), r.o. 3.5.

47 Zie M. Heemskerk, annotatie bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, JAR 2013/73, onder 1.

48 Zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:954, nr. 3.4-3.6.

wordt immers ingevuld naar aanleiding van het concrete geval. Daarbij zijn de interactie met de deelnemer, de inhoud van de regeling en de duidelijkheid van de communicatie doorslaggevend. Ettema geeft een mooi overzicht van de verschillende vormen van civielrechtelijke zorgplichten die voor pensioenuitvoerders van belang zijn, waarbij hij zich beperkt tot verzekeraars.⁴⁹ Ook Kuiper zet uiteen wat de civielrechtelijke zorgplichten voor pensioenfondsen zijn op basis van de jurisprudentie.⁵⁰ Aangezien de analyse van Kuiper meer ziet op wat van pensioenfondsen mag worden verwacht op basis van de huidige normen voor informatieverstrekking aan deelnemers, vind ik het overzicht dat Ettema geeft voor verzekeraars meer voorspellende waarde hebben voor toekomstige ontwikkelingen. Verzekeraars zullen wel vaker een rechtstreekse contractuele relatie hebben met hun deelnemers dan pensioenfondsen. Toch zullen de door Ettema genoemde zorgplichten mijns inziens ook van toepassing zijn op pensioenfondsen. Deze zorgplichten zijn:

- Onderzoek naar doelstellingen, deskundigheid en risicobereidheid voor een betere (risico-)inschatting. Naarmate pensioen persoonlijker wordt, wordt de inschatting van de verwachting van de deelnemer voor pensioenfondsen belangrijker. Dit is ook terug te zien in de Pensioenwet in de verplichting van pensioenfondsen om de risicohouding van de deelnemers in kaart te brengen.
- Het verschaffen van informatie voor goed geïnformeerde beslissingen door de wederpartij. Dat een pensioenfonds hier een zorgplicht heeft, is in het PMT-arrest door de Hoge Raad bevestigd. Voor een overzicht van andere relevante rechtspraak verwijs ik naar Kuiper.⁵¹
- In het verlengde van de informatieplicht kan een waarschuwingsplicht ontstaan om de deelnemer actief en in niet mis te verstane bewoordingen te wijzen op de risico's. Een waarschuwingsverplichting kan mijns inziens voortvloeien uit de verplichting om een deelnemer te begeleiden naar een passende keuze, als een pensioenuitvoerder vanwege zijn deskundigheid kan voorzien dat de deelnemer door het stapelen van diverse keuzes in de toekomst met een tekort aan pensioen zal worden geconfronteerd.
- In extreme gevallen kan de zorgplicht zelfs leiden tot een weigeringsplicht, waarbij de dienstverlening niet zonder aanvullende waarborgen kan worden uitgevoerd. Dergelijke extreme gevallen zijn nu misschien moeilijk voorstelbaar, maar kunnen zich wel degelijk gaan voordoen. Ik denk dan met name aan situaties waarbij de deelnemer zelf verantwoordelijk is voor de beleggingen, maar keuzes maakt die niet passen binnen het prudent person-beginsel of daardoor buiten de vastgestelde bandbreedtes treedt.

Voornoemde opsomming van zorgplichten is niet alleen ontleend aan de huidige verplichtingen van pensioenuitvoerders, maar is ook gebaseerd op de vaste lijn in de jurisprudentie van

de Hoge Raad over de bijzondere zorgplicht van banken en beleggingsdienstverleners. De bijzondere zorgplicht van banken is, net als bij pensioenuitvoerders, gestoeld op de maatschappelijke positie van de bank, welke positie meebrengt dat de bank rekening moet houden met de belangen van haar klanten en zelfs met derden met wier belangen de bank rekening moet houden.⁵² In analogie met pensioen valt dan te denken aan bijvoorbeeld nabestaanden van de deelnemer, die aanspraak kunnen maken op een pensioenuitkering. Een bank heeft bovendien vanwege haar deskundigheid een bijzondere zorgplicht om de cliënt bij complexe financiële producten te beschermen tegen een gebrek aan kunde en inzicht en tegen eigen lichtvaardigheid.⁵³ Nu pensioen steeds meer op een complex financieel product gaat lijken, kan een pensioenuitvoerder met hetzelfde scala aan civielrechtelijke zorgplichten te maken gaan krijgen.

5 Conclusie

In het nieuwe pensioenstelsel wordt pensioen meer individueel. Ook wordt meer zichtbaar dat de hoogte van het pensioen afhankelijk is van de beleggingsresultaten. Pensioen gaat daardoor steeds meer op een gewoon financieel product lijken. Dit heeft gevolgen voor de verhouding tussen de pensioenuitvoerder en zijn deelnemers. Niet alleen nemen de publiekrechtelijke zorgplichten toe, ook de civielrechtelijke zorgplichten zullen toenemen. De meest in het oog springende verandering is de introductie van de nieuwe publiekrechtelijke norm voor pensioenuitvoerders om hun deelnemers te begeleiden bij het maken van individuele keuzes in hun pensioen. Dit is vooral een grote verandering voor pensioenfondsen. Pensioenuitvoerders die nu al nadenken over hoe zij vorm gaan geven aan keuzebegeleiding, doen er dus goed aan om niet alleen te kijken naar wat de publiekrechtelijke regels en toezichthouders eisen, maar ook naar wat deelnemers van hen mogen verwachten op basis van het civiele recht. Pensioenuitvoerders hebben immers een belangrijke maatschappelijke functie. Het is aan hen toevertrouwd om deze functie waar te maken.

49 A. Ettema, Pensioenverzekeraars en hun zorgplicht jegens de deelnemers, *Pensioen Magazine* 2019/43.

50 S.H. Kuiper, *Zorgplicht van de pensioenuitvoerder*, TPV 2021/5.

51 Kuiper 2021, par. 4.1-4.3.

52 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285 m.nt. W.M. Kleijn (MeesPierson/Ten Bos).

53 Voor een uiteenzetting van de bijzondere zorgplicht zie concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:826, nr. 3.3-3.10.