

Werkgever kan zich niet verschuilen achter zorgplicht van anderen

Pensioen is complex. Het gaat over lange periodes, veel partijen en ingewikkelde berekeningen. Alle partijen die een rol hebben bij een pensioenregeling hebben daarom een zorgplicht. In dit nummer van Pensioen Magazine wordt ingegaan op die zorgplicht. Die geldt voor werkgevers, verzekeraars, pensioenfondsen, pensioenadviseurs en misschien ook wel voor werknemers. Emile Soetendal en Martin van 't Zet gaan in op de zorgplicht van de pensioenfondsen, André Ettema behandelt de zorgplicht van de verzekeraars en Borgert Tegel kijkt naar de verplichtingen van de pensioenadviseurs. In dit artikel behandel ik zelf de zorgplicht van de werkgevers en ga ik ook nog in op de zorgplicht van de werknemers.

■ ZORGPLICHT: WAT IS DAT?

Eerst moeten we vaststellen wat een zorgplicht is. Gerard Kamphuisen heeft daar in het decembernummer 2007 van Pensioen Magazine een boeiend artikel over geschreven.¹ Toezichthouders gebruiken het woord 'zorgplicht'. Ook wordt het genoemd in verschillende wetten. Een goede definitie is er echter niet. Het woord zorgplicht heeft volgens Kamphuisen geen juridische inhoud en wordt te pas en te onpas gebruikt. Is er intussen iets veranderd op dat gebied? Het woord zorgplicht wordt anno 2019 veel vaker gebruikt dan in 2007, maar nog steeds is er geen eenduidige juridische grondslag voor dit begrip. Zorgplicht kan voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid die partijen bij een overeenkomst in acht moeten nemen op grond van art. 6:248 BW (toerekenbare tekortkoming). Hij kan voortvloeien uit een handelen (of nalaten) in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt (onrechtmatige daad). En ten slotte kan hij voortvloeien uit de wet, zoals:

- goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611 BW);
- voorkomen van schade voor werknemers (art. 7:658 BW); en

- de zorgplicht van financiële dienstverleners (art. 4:24a Wft).

Ook is het niet duidelijk wat de zorgplicht nu inhoudt. In de literatuur wordt aangegeven dat er sprake is van een open norm. Jaap Rijkels geeft in de toelichting op art. 4:24a Wft het volgende kader: 'De doorgaans bestaande complexiteit van een financieel product en de informatiescheefheid die in dat opzicht bestaat tussen de financiële dienstverlener en de consument/begunstigde, maakt dat de financiële dienstverlener een zekere zorgplicht dient te hebben jegens zijn klanten.'² Een financiële dienstverlener moet daarom rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de consument.

De werkgever moet rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn werknemers en daarom in bepaalde gevallen bepaald specifiek gedrag vertonen



Roel Veugelers
Mr. R.J.G. Veugelers is advocaat en mediator bij Blom Veugelers Zuiderman Advocaten

In de Ponzi-zwendelzaak heeft advocaat-generaal Wissink aangegeven dat de bijzondere zorgplicht van banken een scala aan meer specifieke verplichtingen bevat om in bepaalde gevallen of onder bepaalde omstandigheden een bepaald specifiek gedrag te vertonen.³ Dit juridische kader kan ook goed worden gebruikt voor de zorgplicht van een werkgever bij pensioen. De doorgaans bestaande complexiteit van pensioen en de informatiescheefheid die in dat opzicht bestaat tussen de werkgever en de werknemer, maakt dat de werkgever een zekere zorgplicht heeft jegens zijn werknemers. Hij moet daarom rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de werknemers en daarom in bepaalde gevallen bepaald specifiek gedrag vertonen.

■ ZORGPLICHT: WAARVOOR EN WANNEER?

Het bovenstaande is nog steeds erg abstract. Wanneer moet een werkgever nu specifiek gedrag gaan vertonen bij pensioenzaken en wat voor specifiek gedrag moet hij dan gaan vertonen? Dat wordt hierna concreet gemaakt.

Waar moet een werkgever op letten bij pensioen? In de praktijk zien we dat vaak geschillen ontstaan over de volgende punten:

- Is de hoogte van het pensioen juist vastgesteld?
- Is er dekking van partnerpensioen? Wat gebeurt er als een werknemer overlijdt?
- Is er dekking van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid? Wat gebeurt er als een werknemer ziek wordt en arbeidsongeschikt wordt verklaard?

Als er onduidelijkheid is over een van deze punten, dan moet de werkgever alert zijn. Wanneer ontstaan er vragen over deze punten? Op de volgende momenten:

- bij het in dienst treden van een werknemer;
- bij het wijzigen van een pensioenregeling;
- bij een 'life-event' van de werknemer (samenwonen, geboorte van kinderen, scheiding, ziekte, overlijden);
- bij uitdiensttreding van een werknemer.

Een werkgever zal op zulke momenten moeten kijken of er voor de werknemer duidelijkheid bestaat over de hoogte van het ouderdomspensioen, de dekking voor partnerpensioen en premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. In sommige gevallen zal hij rekening moeten houden met de omstandigheden van de werknemer.

■ ZORGPLICHT BIJ HET IN DIENST TREDEN VAN EEN WERKNEMER

Welke zorgplicht heeft een werkgever als een werknemer in dienst treedt? De kantonrechter van Amsterdam heeft daar op 27 maart 2017 een interessante uitspraak over gedaan.⁴ Een werknemer treedt in dienst bij Tele2. Hij woont samen, heeft twee kinderen, waarvan er één meervoudig gehandicapt is en intensieve zorg nodig heeft. Zijn partner neemt de zorg voor het gehandicapte kind grotendeels op zich en kan daardoor zelf niet veel werken. Bij zijn indiensttreding neemt de werknemer alleen maar deel in de verplichte regeling, en niet in de vrijwillige regeling voor partnerpensioen en Anw-gatverzekering. Het keuzeformulier wordt door hem en zijn partner getekend. De werknemer overlijdt onverwachts op 44-jarige leeftijd. Zoals gezegd is er geen dekking voor partnerpensioen en is er ook geen Anw-gatverzekering afgesloten. Daarop spreekt de partner Tele2 aan en stelt dat deze zich niet als goed werkgever heeft gedragen, dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming en dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. De kantonrechter constateert dat de pensioendocumentatie duidelijk was en de werknemer en de partner een duidelijke keuze hebben gemaakt. Hij overweegt het volgende: 'De zorgplicht van een goed

Een regeling voor partnerpensioen is gebruikelijk. Ik denk dat een werkgever daarom werknemers wel moet informeren als zo'n regeling ontbreekt

werkgever in het kader van de aangeboden pensioenregeling voert niet zover dat zij werknemers actief voor de individuele (in dit geval zeer schrijnende) gevolgen van keuzes meer informatie dient aan te bieden dan dat Tele2 in dit geval heeft gedaan.' De vordering wordt afgewezen.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de werkgever zijn werknemer dus wel moet informeren over de mogelijkheid van een partnerpensioen, maar dat hij niet actief hoeft te informeren over de gevolgen als de werknemer besluit om daar niet voor te kiezen. Ik denk dat in dit geval de werkgever is gered doordat de verzekeraar heeft gezorgd voor overzichtelijke pensioendocumentatie met een duidelijk keuzeformulier. Verder heeft de kantonrechter laten meewegen dat ook de partner het keuzeformulier heeft ondertekend, zonder zich bewust te zijn van de gevolgen. Het is de vraag of deze partner daarmee aan haar eigen zorgplicht heeft voldaan. Ik zal hier later op ingaan.

Ik vraag me af wat het oordeel van de kantonrechter was geweest als een regeling voor partnerpensioen eenvoudigweg had ontbroken. Moet een werkgever zijn werknemers daar dan over informeren? Een regeling voor partnerpensioen, al dan niet op vrijwillige basis, is gebruikelijk. Ik denk dat een werkgever daarom werknemers wel moet informeren als er geen regeling voor partnerpensioen is. In het verlengde van de bovengenoemde uitspraak hoeft hij ze dan niet actief te informeren over de gevolgen daarvan. Het is mogelijk dat andere rechters daar anders over denken. Bij indiensttreding van werknemers bestaat dus de zorgplicht dat de werkgever de werknemers goed informeert over de inhoud van de pensioenregeling.

■ ZORGPLICHT BIJ HET WIJZIGEN VAN EEN PENSIOENREGELING

Instemmingsrecht ondernemingsraad

Als de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd, heeft de ondernemingsraad (OR) een instemmingsrecht en

- 1 Prof. mr. J.G.C. Kamphuisen, Op zoek naar de juridische inhoud van het begrip zorgplicht, Pensioen Magazine nr. 12, 2007.
- 2 Mr. J.J. Rijkels, in: Tekst en Commentaar Pensioenrecht, Kluwer, Deventer, 2018.
- 3 Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399.
- 4 Rechtbank Amsterdam 27 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2068.

zal bij een eenzijdige wijziging art. 19 PW in acht moeten worden genomen. Dat geldt ook als het pensioenreglement als onderdeel van de pensioenovereenkomst moet worden beschouwd.

Medezeggenschapsrecht personeelsvergadering (PV) en personeelsvertegenwoordiging (PVT)

Per 1 januari 2019 is de Wet op de ondernemingsraden gewijzigd. De werkgever moet de werknemers bij kleine ondernemingen informeren over de pensioenregeling en over een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst. De informatie moet schriftelijk worden verstrekt. Verder moet de werkgever in overleg treden met de PVT, als deze dat gemotiveerd verzoekt. De PV en de PVT hadden al het recht om advies uit te brengen over een wijziging van de arbeidsvoorwaarden van ten minste een kwart van de werknemers. Pensioenregelingen zijn meestal op alle werknemers van toepassing. Een werkgever is daarom verplicht om aan de PV of de PVT advies te vragen over het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Dat recht wordt nu versterkt doordat de werkgever PV en PVT hier ook uitgebreider en schriftelijk over moet informeren.

Een OR heeft een instemmingsrecht bij het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Als een werkgever de pensioenovereenkomst wijzigt zonder instemming, is die wijziging nietig, vermits de OR de nietigheid tijdig inroept. Het adviesrecht van de PV en de PVT is een stuk zwakker. Het is echter niet geheel tandoos: op grond van art. 36 WOR kan iedere belanghebbende de kantonrechter verzoeken om te bepalen dat de werkgever de wet op de ondernemingsraden naleeft. Er zijn verschillende uitspraken waarin een PVT succesvol heeft gesteld dat de werkgever voor bepaalde besluiten advies aan de PVT moet vragen. Hieruit volgt dat ook kleine werkgevers advies moeten vragen voor een wijziging van de pensioenovereenkomst. Is het vragen van instemming aan de OR of advies aan de PV of de PVT nu een zorgplicht van de werkgever? Als elke wettelijke verplichting van de werkgever als zodanig moet worden beschouwd, zou dat inderdaad het geval zijn. In dit artikel wordt de open norm van de zorgplicht, waaraan invulling is gegeven in de jurisprudentie, nader uitgewerkt. Zo bezien is er geen sprake van een zorgplicht. De SER beschouwt het vragen van advies aan de PV of de PVT echter wel als een zorgplicht; op 16 januari 2019 heeft dit overlegorgaan immers een persbericht met de volgende kop geplaatst: 'SER helpt kleine werkgevers met zorgplicht pensioen'. Daarbij verwijst hij naar een handreiking waarin nader wordt ingegaan op het adviesrecht van de PV of de PVT.

Zorgplicht werkgever

In zijn uitspraak van 16 februari 2016 heeft Hof Den Haag de zorgplicht van de werkgever bij het wijzigen van een pensioenregeling als volgt geformuleerd: 'Het hof stelt voorop dat de norm van goed werkgeverschap meebrengt dat de werkgever zorgvuldig moet omgaan met de belangen van de werknemer bij ingrijpende veranderingen in diens arbeidsvoorwaarden,

zoals een wijziging van diens pensioenregeling. Meer concreet dient de werkgever voldoende informatie te verstrekken aan de werknemer en al datgene te doen wat redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevergd om te voorkomen dat de werknemer onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken instemt met een wijziging van zijn pensioenregeling. Verder dient de werkgever onder omstandigheden de werknemer te waarschuwen voor risico's die aan de wijziging zijn verbonden. Hoever deze zorgplicht van de werkgever in een concreet geval strekt, hangt af van de omstandigheden van het geval.'⁵

De zorgplicht bij een wijziging van een pensioenregeling gaat op basis van deze uitspraak verder dan de zorgplicht bij indiensttreding. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de werkgever de werknemers niet alleen moet informeren, maar ook moet zorgen dat ze

Bij een wijziging van de pensioenregeling gaat de zorgplicht verder dan bij indiensttreding

volledig en juist geïnformeerd zijn, zodat ze niet onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken instemmen met een wijziging. In sommige gevallen geldt er zelfs een waarschuwingsplicht voor de werkgever.

In de zojuist aangehaalde uitspraak ging het over een overgang van een eindloonregeling naar een premieovereenkomst. Het hof concludeert dat de werkgever voldoende informatie over de nieuwe regeling heeft verstrekt. Verder heeft het overwogen dat de werkgever de werknemers niet hoefde te waarschuwen voor het verschil tussen de premieovereenkomst en de eindloonregeling. Daarbij speelde een rol dat de werknemers kennis hadden van pensioengerelateerde kwesties; een zeer uitzonderlijke situatie derhalve.

Het ging hier overigens niet alleen om een wijziging van de regeling, maar ook om een waardeoverdracht. Ten aanzien daarvan overweegt het hof het volgende: 'Ten aanzien van de inbreng van de waarde van het ten tijde van de overgang naar de Pensioenregeling 1999 reeds opgebouwde pensioenkapitaal onder de eindloonregeling is het hof van oordeel dat op dat punt van [werkgever] als goed werkgever gevergd had kunnen worden dat zij [werknemer] waarschuwde dat hij hiermee een (te) groot risico nam. Het ging hier om reeds gedurende vele jaren opgebouwde, gegarandeerde pensioenaanspraken, die door de waardeoverdracht kwamen bloot te staan aan de eerder genoemde risico's.' Bij een waardeoverdracht moet de werkgever dus waarschuwen voor de daaraan verbonden risico's. Geconcludeerd kan worden dat de zorg-

plicht stringenter wordt naarmate de financiële risico's groter zijn.

■ ZORGPLICHT BIJ LIFE-EVENTS

In art. 41 PW is opgenomen dat de pensioenuitvoerder bij scheiding informatie moet verstrekken. In de Pensioenwet staat niet dat een werknemer moet worden geïnformeerd als hij gaat samenwonen of een kind krijgt. Juist in die situaties kan het voor een werknemer van belang zijn dat een partnerpensioen is of wordt verzekerd. Als hij trouwt, zal vaak automatisch een partnerpensioen zijn verzekerd. Gaat hij daarentegen samenwonen, dan is dat doorgaans niet het geval.

De eisen om in aanmerking te komen voor een partnerpensioen zijn verschillend. De Pensioenwet bevat geen wettelijke definitie van samenwonende partner. Daardoor is het mogelijk dat een werknemer in pensioenregeling A wel recht heeft op een partnerpensioen als hij op hetzelfde adres als zijn partner staat ingeschreven, maar dat in pensioenregeling B alleen recht op een partnerpensioen bestaat als tevens een notariële samenlevingsovereenkomst is opgesteld.⁶ Heeft de werkgever hier nog een zorgplicht? Moet hij zijn werknemers adviseren om een samenlevingsovereenkomst te sluiten, zodat ze recht hebben op partnerpensioen? Ik denk dat de zorgplicht niet zover gaat. Bij indiensttreding moet de werknemer worden geïnformeerd over de pensioenregeling en over de eisen die aan een partnerpensioen worden gesteld. Toch zou op basis van de hiervoor genoemde uitspraken een rechter kunnen oordelen dat samenwonen voor een werknemer een ingrijpende wijziging is en dat de werkgever daarom op dat moment informatie moet verstrekken over het partnerpensioen.

■ ZORGPLICHT BIJ EINDE DIENSTVERBAND

Het einde van een dienstverband kan vergaande pensioengevolgen hebben. Als een partnerpensioen op risicobasis is verzekerd, heeft een partner bij het overlijden van de werknemer één dag voor het einde van het dienstverband aanspraak op een volledig partnerpensioen. Komt de werknemer één dag na uitdiensttreding onder de tram, dan heeft zijn partner daar geen aanspraak op.

In de meeste pensioenregelingen is opgenomen dat een werknemer die arbeidsongeschikt wordt verklaard, na twee jaar ziekte recht heeft op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. Daarmee wordt zijn pensioenpremie tot aan zijn pensioendatum doorbetaald. Op die manier bouwt hij alsnog een volledig pensioen op. Als de zieke werknemer uit dienst treedt voordat hij arbeidsongeschikt is verklaard, heeft hij in principe geen recht op premievrijstelling, tenzij de verzekeraar dit uitloopriscio heeft gedekt. Het convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen biedt regels voor dit uitloopriscio. Het is dan wel van belang om na te gaan of de pensioenuitvoerder de regels van dit convenant (op juiste wijze) naleeft.

Heeft de werkgever een zorgplicht bij einde dienstverband? Er is sprake van een belangrijke wijziging voor de werknemer, zeker in geval van ziekte. Daarom zal de werkgever de werknemer goed moeten informeren over het (partner)pensioen. Als bij het einde van het dienstverband verder geen rekening is gehouden met een mogelijke premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, kan de werkgever daarvoor aansprakelijk worden gesteld.

■ ZORGPLICHT VAN WERKNEMERS

Hebben werknemers ook een zorgplicht? In de Tele2-zaak heeft de kantonrechter laten meewegen dat de werknemer en zijn partner het keuzeformulier hebben getekend en dat deze formulieren heldere bewoordingen bevatten. De werknemer heeft dus de plicht om de pensioeninformatie te bekijken, voordat hij formulieren tekent. De informatie moet dan wel helder zijn.

Moet een werknemer de werkgever informeren over belangrijke wijzigingen in zijn persoonlijke omstandigheden? In veel pensioenreglementen is opgenomen dat deelnemers de pensioenuitvoerder moeten informeren over een wijziging van persoonlijke omstandigheden. Naar mijn mening moet een werknemer niet alleen de pensioenuitvoerder hierover informeren, maar ook zijn werkgever.

Moeten deze plichten nu worden beschouwd als een zorgplicht? Bij zorgplicht moet rekening worden gehouden met de belangen van de andere partij, omdat sprake is van informatiescheefheid. Tussen een werknemer en zijn werkgever of een pensioenuitvoerder bestaat ook informatiescheefheid. De werknemer kent zijn persoonlijke situatie het beste, terwijl een werkgever of een pensioenuitvoerder hier niet van op de hoogte hoeft te zijn. De werknemer moet ook rekening houden met de belangen van werkgever en pensioenuitvoerder. Voor een goede uitvoering van de pensioenovereenkomst is het van belang dat hij relevante informatie doorgeeft en de pensioendocumentatie leest. Ik denk dat de werknemer de zorgplicht heeft om deze specifieke verplichtingen na te komen. Wat zijn de gevolgen als een werknemer zijn zorg-

De werknemer heeft dus de plicht om de pensioeninformatie te bekijken, voordat hij formulieren tekent. De informatie moet dan wel helder zijn

5 Hof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231.

6 Zie ook prof. dr. G.J.B. Dietvorst en mr. R.J.G. Veuglers, Hoe voorkomen we een huilende partner aan de poort?, Pensioen Magazine nr. 12, december 2017.

plicht niet in acht neemt? De kans wordt dan kleiner dat een werkgever, een pensioenuitvoerder of pensioenadviseur aansprakelijk is voor eventuele schade. Dat blijkt wel uit de Tele2-zaak. Verder zal een werkgever ook minder snel aansprakelijk zijn voor een niet toereikend partnerpensioen als de werknemer niet aan de werkgever heeft meegedeeld dat hij een (nieuwe) partner heeft en dat hij belang heeft bij een goed partnerpensioen.

■ OVERLAP VAN ZORGPLICHT

Zorgplicht staat hoog op de agenda bij pensioenfondsen, verzekeraars en pensioenadviseurs. Emile Soetendal, Martin van 't Zet, André Ettema en Borgert Tegel geven dat aan in de andere artikelen in dit nummer. Zij willen de werknemer/deelnemer zo goed mogelijk informeren. Dat maakt het makkelijker voor

Steeds meer werkgevers zeggen dat ze niet goed thuis zijn in de pensioenregeling en dat ze dat graag aan de pensioenadviseur, het pensioenfonds of de verzekeraar overlaten

de werkgever. Als de pensioenuitvoerder zorgt voor duidelijke formulieren en de pensioenadviseur zorgt dat die naar de werknemers worden gestuurd, hoeft de werkgever niet veel meer te doen. Daar zit echter wel een risico. We zien steeds meer werkgevers die zeggen dat ze niet goed thuis zijn in de pensioenregeling en dat ze dat graag aan de pensioenadviseurs, pensioenfondsen en verzekeraars overlaten. Die kennen de werknemers echter lang niet zo goed als de werkgever, die daardoor ook het beste kan vaststellen of de pensioenregeling goed aansluit op de persoon-

lijke omstandigheden van zijn werknemers. Vanuit dat oogpunt zullen pensioenadviseurs, pensioenfondsen en verzekeraars zorgvuldig met werkgevers moeten overleggen om aan hun zorgplicht jegens deelnemers/werknemers te voldoen.

Verder blijft de werkgever natuurlijk de eindverantwoordelijke voor de pensioenregeling. Als de pensioendocumentatie van de verzekeraar of het pensioenfonds niet duidelijk is of de pensioenadviseur de deelnemers niet goed informeert, is in eerste instantie de werkgever aansprakelijk. Die moet zorgen dat zijn werknemers op een zorgvuldige wijze worden geïnformeerd over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Als de pensioenuitvoerder of de pensioenadviseur zijn zorgplicht niet goed is nagekomen, kan de werkgever die natuurlijk in vrijwaring oproepen, maar dan is het kalf reeds verdronken en zijn alle partijen terechtgekomen in een procesrechtelijk moeras, dat makkelijk vermeden had kunnen worden door zorgvuldig over de loopplanken van de zorgplicht te lopen.

■ CONCLUSIE

De werkgever heeft een zorgplicht bij pensioenen. Hij moet zorgen dat de werknemer bij in- en uitdiensttreden, bij het wijzigen van de pensioenregeling en bij life-events goed wordt geïnformeerd over de pensioenregeling. Daarbij moet hij zorgen dat er duidelijkheid bestaat over de hoogte van het pensioen, dekking van partnerpensioen en premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. Als een wijziging van een pensioenregeling vergaande gevolgen heeft zal hij werknemers daarvoor moeten waarschuwen. Werknemers hebben ook een zorgplicht. Zij zullen de pensioeninformatie moeten doornemen en belangrijke wijzigingen aan de werkgever moeten doorgeven. Werkgevers mogen zich niet verschuilen achter de zorgplicht van pensioenfondsen, verzekeraars en pensioenadviseurs. Zij immers kennen de werknemers het beste. Pensioen is een belangrijke arbeidsvoorwaarde. De werkgever blijft daarom de eindverantwoordelijkheid houden voor goede informatie daarover. ●