

## Arbeidsrecht

37

**HR: op werkgever, overdragende en ontvangende pensioenuitvoerder rust een gedeelde informatieplicht jegens gepensioneerden/betrokkenen met betrekking tot de (financiële) gevolgen van een collectieve waardeoverdracht van pensioenaanspraken**

Hoge Raad

20 december 2019, nr. 18/03333, ECLI:NL:HR:2019:2035  
(mr. Numann, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Lock)  
(Concl. A-G De Bock)  
Noot mr. dr. R.M.J.M. de Greef

**Collectieve waardeoverdracht. Informatieplicht. Pensioenuitvoerder. Verzekeraar. Korting.**

[Penw art. 83]

*Essentie: Op werkgever, overdragende en ontvangende pensioenuitvoerder rust een gedeelde informatieplicht jegens gepensioneerden/betrokkenen met betrekking tot de (financiële) gevolgen van een collectieve waardeoverdracht van pensioenaanspraken. Art. 81 Wet RO.*

*Samenvatting: Gepensioneerde is werkzaam geweest bij werkgever. In 2004 is hij op 57-jarige leeftijd vervroegd uitgetreden. Gepensioneerde heeft gedurende zijn dienstverband pensioenaanspraken opgebouwd bij NN, waar werkgever de pensioenregeling in 1978 had ondergebracht. Nadat de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en NN was beëindigd, heeft werkgever zich per 1 januari 2006 verplicht aangesloten bij de stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek (hierna: PMT). Alle toenmalige werknemers van werkgever zijn bij NN aangemeld en deelnemer geworden in de pensioenregeling van PMT. Werkgever heeft NN op enig moment verzocht om tot een collectieve waardeoverdracht van de bij haar opgebouwde aanspraken en rechten aan PMT over te gaan, een en ander als bedoeld in art. 83 Penw. NN heeft daarin bewilligd. Bij brief van 13 januari 2009 heeft PMT aan gepensioneerde om goedkeuring gevraagd voor de waardeoverdracht van zijn pensioenaanspraken en ingegane pensioenuitkering van NN naar PMT. PMT heeft gepensioneerde in deze brief laten weten dat de waardeoverdracht geen financiële gevolgen voor hem heeft. Gepensioneerde heeft tegen de waardeoverdracht geen bezwaar gemaakt. De overdracht heeft op 27 december 2011 plaatsgevonden. In februari 2013 heeft PMT gepensioneerde schriftelijk geïnformeerd dat de dekkingsgraad van het pensioenfonds onvoldoende was en dat de pensioenuitkering per 1 april 2013 zou worden verlaagd met 6,3%. Per 1 mei 2014 heeft daarenboven een verlaging van 0,4% plaatsgevonden. Gepensioneerde heeft een verklaring voor recht gevorderd dat PMT niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting en veroordeling gevorderd van PMT tot betaling van een schadevergoeding. Hij heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat PMT voorafgaand aan de waardeoverdracht in 2009 hem erop had moeten wijzen dat PMT gerechtigd was de pensioenaanspra-*

*ken te korten, terwijl NN dat – als verzekeraar – niet zou kunnen. Als gepensioneerde dit had geweten, zou hij bezwaar hebben gemaakt tegen de waardeoverdracht. De vorderingen van gepensioneerde zijn in eerste aanleg afgewezen. Het hof heeft het bestreden vonnis vernietigd en voor recht verklaard dat PMT niet heeft voldaan aan de op haar rustende informatieverplichting, op grond waarvan PMT aansprakelijk is voor de geleden en nog te lijden schade. Weliswaar gaat art. 83 Penw ervan uit dat deze informatieverplichting rust op de werkgever en de overdragende pensioenuitvoerder en niet op de ontvangende pensioenuitvoerder, maar in dit geval heeft PMT volgens het hof, blijkens haar brief van 13 januari 2009, de uit art. 83 lid 2 Penw volgende taak om door middel van schriftelijke informatieverschaffing belanghebbenden zoals gepensioneerde in de positie te brengen dat zij hun medewerking aan de waardeoverdracht van hun aanspraken konden beoordelen, volledig op zich genomen. Daarmee is op PMT de zorgplicht komen te rusten dat gepensioneerde ook volledig wordt geïnformeerd. Dit heeft PMT, door geen melding te maken van de kortingsmogelijkheid, nagelaten. PMT heeft tegen het arrest van het hof cassatieberoep ingesteld.*

*De A-G overweegt dat naarmate partijen meer ongelijkwaardig zijn, de zorgplicht die een partij jegens haar wederpartij heeft in het algemeen zwaarder zal wegen. Tussen een belanghebbende en zijn pensioenuitvoerder is zonder meer sprake van een ongelijkwaardige relatie. Daarmee kan tot uitgangspunt worden genomen dat de pensioenuitvoerder ten opzichte van de belanghebbende een zwaarwegende zorgplicht heeft. Deze zorgplicht is een onderwerp dat aan belang wint. De AFM benadrukt in haar wetgevingsbrief van 6 maart 2017 de zorgplicht die op de pensioenuitvoerder ligt, met name bij de begeleiding van de deelnemer bij het maken van keuzes. De Minister onderschrijft het belang van een verdere invulling van de zorgplicht, maar kan zich in dit stadium niet aan de wetgevingswens van AFM committeren omdat de introductie van meer keuzevrijheid en aanpassingen in de aard van de toezeggingen vooralsnog geen praktijk zijn. Op dit moment is het (dus) aan de rechtspraak om invulling te geven aan de zorgplicht van pensioenuitvoerders. De A-G wijst vervolgens op de informatieverplichting van art. 21 Penw (zoals deze gold tot 1 juli 2016). Uit de memorie van toelichting volgt dat op dit punt een gedeelde verantwoordelijkheid bestaat van pensioenuitvoerder en werkgever. Ook wijst de A-G op de open norm van evenwichtigheid van de informatie, die bij de Wet pensioencommunicatie is neergelegd in art. 48 Penw. Op grond daarvan moet een pensioenuitvoerder, om een juist beeld te geven, naast informatie over de positieve kenmerken ook informatie geven over de beperkende kenmerken of voorwaarden van de pensioenregeling. De relevante voor- en nadelen moeten aldus goed worden weergegeven. In deze procedure is ook van belang de informatieverplichting ex art. 83 Penw. Deze bepaling regelt de bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht. Uit de toelichting bij het meldingsformulier 83 Penw voor een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever op de website van De Nederlandsche Bank blijkt onder meer dat aan de betrokken deelnemers de consequenties van de waardeoverdracht moeten worden toegelicht, alsmede de verschillen tussen de oude en de nieuwe pensioenuitvoerder. De wet laat in het midden op wie de verplichting rust tot het informeren van de betrokkenen in de zin van art. 83 lid 2 onder a Penw. In de literatuur wordt overigens aangenomen dat het in de rede ligt dat deze informatieplicht in de eerste plaats bij de werkgever ligt en niet bij de ontvangende pensioenuitvoerder. Het hof lijkt daar in r.o. 3.8 van het*

*bestreden arrest ook van uit te gaan. Het protocol collectieve waardeoverdracht gaat uit van een gedeelde zorgplicht van de werkgever en de beide pensioenuitvoerders, omdat alle partijen er belang bij hebben dat de betrokkene de gevolgen van de overdracht goed kan overzien. Een dergelijke zorgplicht tussen werkgever en pensioenuitvoerder past ook in de systematiek van de Pensioenwet. De A-G wijst er verder nog op dat het Verbond van Verzekeraars zich in voornoemd protocol bij het aannemen van deze gedeelde zorgplicht voor wat betreft de pensioenuitvoerder uitdrukkelijk op het in deze zaak bestreden hofarrest baseert. De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.*

*De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.*

Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek, gevestigd te Den Haag,

eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

hierna: PMT,

advocaat: aanvankelijk mr. M.J. Schenck en thans mr. S.F. Sagem,

tegen

[gepensioneerde], wonende te [woonplaats],

verweerder in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

hierna: [gepensioneerde],

advocaat: mr. H.J.W. Alt.

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

Deze zaak gaat over de vraag of bij een voornemen tot collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 Pensioenwet van een verzekeraar naar een pensioenfonds, belanghebbende door de ontvangende pensioenuitvoerder moet worden geïnformeerd over de mogelijkheid dat het pensioenfonds in de toekomst pensioenaanspraken kan korten, welke mogelijkheid de verzekeraar niet heeft.

#### 1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 2.2 van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 8 mei 2018.<sup>1</sup>

1.1. [gepensioneerde] (hierna: Gepensioneerde) is werkzaam geweest bij [A] B.V. (hierna: [A]). Hij is in 2004, op 57-jarige leeftijd, vervroegd uitgetreden. Gepensioneerde heeft gedurende zijn dienstverband pensioenaanspraken opgebouwd bij Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. (hierna: NN), waar [A] haar pensioenregeling in 1978 had ondergebracht.

1.2. Nadat de uitvoeringsovereenkomst tussen [A] en NN was beëindigd, heeft [A] zich per 1 januari 2006 verplicht aangesloten bij Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek (hierna: PMT). Alle toenmalige werknemers van [A] zijn bij NN

aangemeld en deelnemer geworden in de pensioenregeling van PMT.

1.3. [A] heeft NN op enig moment verzocht om tot een collectieve waardeoverdracht van de bij haar opgebouwde aanspraken en rechten aan PMT over te gaan, een en ander als bedoeld in art. 83 Pensioenwet (hierna: PW). NN heeft daarin bewilligd. NN heeft de collectieve waardeoverdracht gemeld bij De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB). DNB heeft de voorgenomen overdracht niet verboden.

1.4. Bij brief van 13 januari 2009 heeft PMT aan Gepensioneerde het volgende geschreven:<sup>2</sup>

“Tot op heden is de pensioenregeling van uw voormalig werkgever ondergebracht bij Nationale Nederlanden. (...) Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT) neemt de uitvoering van Nationale-Nederlanden over. (...)”

Via deze brief willen wij uw goedkeuring vragen voor de waardeoverdracht van uw pensioenaanspraken en ingegane pensioenuitkering van Nationale-Nederlanden naar PMT.

De overdracht van uw pensioenaanspraken en pensioenrechten van Nationale-Nederlanden naar PMT heeft voor u geen financiële gevolgen. Er gelden wettelijke beschermingsregels waardoor al uw huidige pensioenaanspraken, dan wel lopende pensioenuitkeringen, zonder verlies van waarde moeten worden overgedragen aan PMT. Omdat Nationale-Nederlanden de verplichte pensioenregeling van de bedrijfssector Metaal en Techniek volgde, sluit de pensioenregeling en daarmee de uitvoering daarvan op elkaar aan.

De constatering van Nationale-Nederlanden dat het voeren van de pensioenregeling niet meer past binnen haar bedrijfsdoelstellingen, is reden geweest om in gesprek te treden met PMT.

Hoewel de uitbetaling van de uitkeringen op dit moment al door Mn-Services verzorgd worden heeft de overdracht van uw bestaande pensioenaanspraken dan wel lopende pensioenuitkeringen bij Nationale-Nederlanden aan PMT echter nog niet plaatsgevonden. Dit kan alleen gebeuren als u geen bezwaren maakt tegen die waardeoverdracht. Indien u geen bezwaar maakt zal PMT de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten tot en met 31 december 2005 vanuit de collectieve pensioenregeling bij Nationale Nederlanden op dezelfde wijze voortzetten, inclusief alle verplichtingen.

Wanneer u instemt met de waardeoverdracht naar PMT hoeft u niets te doen. Uw pensioenaanspraken en -rechten zullen dan worden overgedragen aan PMT.

Indien u bezwaar heeft tegen uw overdracht naar PMT, kunt u dat aan Nationale-Nederlanden kenbaar maken.<sup>3</sup>

1.5. Gepensioneerde heeft naar aanleiding van deze brief aanvankelijk (bij brieven van 26 januari en 11 februari 2009) bezwaar gemaakt tegen de waardeoverdracht, op de grond dat zijn jegens NN bestaande aanspraken uitgingen van een te laag salaris en dat dit eerst gecorrigeerd moest worden. Later heeft hij dit bezwaar ingetrokken, kennelijk omdat NN inmiddels de pensioenaanspraken correct had vastgesteld. De overdracht van de pensioenaanspraken van Gepensioneerde naar PMT heeft op 27 december 2011 plaatsgevonden.

1.6. In februari 2013 heeft PMT Gepensioneerde schriftelijk geïnformeerd dat de dekkingsgraad van het pensioenfonds onvoldoende was en dat de pensioenuitkering per 1 april 2013 zou worden verlaagd met 6,3%. Per 1 mei 2014 heeft daarenboven een verlaging van 0,4% plaatsgevonden.

1 Gerechtshof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, PJ 2018/101 m.nt. L.H. Blom. Zie over de uitspraak ook M. Heemskerker, ‘Pensioenrechtspraak 2018: cijfers en richtinggevende uitspraken’, *PensioenMagazine* 2019/76, p. 18.

2 De brief is als productie 1 gevoegd bij de inleidende dagvaarding.

## 2. Procesverloop

2.1. Bij dagvaarding van 13 november 2015 heeft Gepensioneerde een verklaring voor recht gevorderd dat PMT niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting, op grond waarvan zij op de voet van art. 6:162 BW aansprakelijk is voor de hierdoor door Gepensioneerde geleden en nog te lijden schade. Voorts heeft Gepensioneerde veroordeling gevorderd van PMT tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat. Gepensioneerde heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat PMT voorafgaand aan de waardeoverdracht in 2009 hem erop had moeten wijzen dat PMT was gerechtigd de pensioenaanspraken te korten, terwijl NN dat niet zou kunnen. Als Gepensioneerde dit had geweten, zou hij bezwaar hebben gemaakt tegen de waardeoverdracht.

2.2. PMT heeft bij conclusie van antwoord verweer gevoerd. Zij heeft aangevoerd dat op haar geen informatieverplichting rustte voorafgaand aan (het voornemen tot) de collectieve waardeoverdracht door NN op verzoek van [A]. Zij had evenmin de verplichting om Gepensioneerde erover te informeren dat zij ingevolge art. 134 PW de bevoegdheid heeft om de pensioenaanspraken te korten in geval van (onder meer) een te lage dekkingsgraad. Voor zover PMT al iets fout heeft gedaan, geldt dat Gepensioneerde wist of had moeten weten dat pensioenfondsen de mogelijkheid hebben om opgebouwd pensioen te korten, waardoor het causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade ontbreekt. Dit geldt temeer nu Gepensioneerde bij de eventuele waardeoverdracht terzijde werd gestaan door een advocaat.

2.3. Op 2 mei 2016 heeft een comparitie van partijen plaatsgehad, waarvan proces-verbaal is opgemaakt.

2.4. Bij vonnis van de rechtbank Den Haag, team kanton, van 20 juni 2016 is de vordering van Gepensioneerde afgewezen.<sup>3</sup> De rechtbank heeft daartoe het volgende overwogen.

(i) Er kan niet vanuit worden gegaan dat op PMT de verplichting rustte om Gepensioneerde een startbrief als bedoeld in art. 21 PW te zenden, nu Gepensioneerde geen deelnemer was in de zin van die bepaling en hij niet nader heeft toegelicht waarop die verplichting zou berusten (rov. 4.2);

(ii) Ook het bestaan van een verplichting van PMT om hem vóór de waardeoverdracht te informeren over het feit dat PMT gerechtigd is om de pensioenaanspraken te korten, terwijl NN dat niet zou kunnen, kan niet worden aangenomen, nu Gepensioneerde niet heeft toegelicht waarop die verplichting zou berusten (rov. 4.3);

(iii) Gepensioneerde heeft niet nader onderbouwd op grond waarvan hij uit de mededeling in de welkomstbrief van PMT van 13 januari 2009 dat de waardeoverdracht geen financiële gevolgen voor hem zou hebben het gerechtvaardigde vertrouwen mocht ontlenen dat zijn pensioenrechten nooit zouden worden gekort (rov. 4.4).

2.5. Bij dagvaarding van 20 september 2016 is Gepensioneerde in hoger beroep gekomen. Hij heeft in hoger beroep geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot toewijzing van zijn in eerste aanleg ingestelde vorderingen.

2.6. Bij memorie van antwoord heeft PMT de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis.

2.7. Bij arrest van 8 mei 2018 heeft het gerechtshof Den Haag het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat PMT niet heeft voldaan aan de op

haar rustende verplichting Gepensioneerde te informeren over haar bevoegdheid om de pensioenaanspraken van Gepensioneerde op de voet van art. 134 PW te korten, op grond waarvan PMT aansprakelijk is voor de hierdoor door hem geleden en nog te lijden schade.<sup>4</sup>

2.8. Het hof heeft aan zijn beslissing het volgende ten grondslag gelegd.

(i) Gepensioneerde heeft uit de brief van PMT van 13 januari 2009 redelijkerwijs niet mogen afleiden dat PMT zijn pensioenaanspraken op een later moment niet zou kunnen korten (rov. 3.2);

(ii) Het argument dat PMT aan Gepensioneerde een startbrief als bedoeld in art. 21 PW had moeten verstrekken gaat niet op, omdat Gepensioneerde geen 'deelnemer' bij PMT is geworden (rov. 3.3);

(iii) Mede gegeven het betoog van Gepensioneerde in eerste aanleg en de structuur van het bestreden vonnis, begrijpt het hof grief 2 aldus dat Gepensioneerde van mening is dat de zorgplicht van PMT jegens hem in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht op de voet van art. 83 PW meebrengt dat PMT hem de desbetreffende informatie had moeten verstrekken (rov. 3.4);

(iv) Voor zover Gepensioneerde meent dat de grondslag van die zorgplicht is gelegen in art. 21 PW faalt de grief, waarbij verwezen wordt naar rov. 3.3 (rov. 3.5);

(v) Een waardeoverdracht van pensioenaanspraken, daaronder begrepen een waardeoverdracht ingevolge art. 83 PW, heeft in potentie verstrekkende gevolgen. Om die reden bevat art. 83 lid 2 onder a PW een schriftelijke informatieverplichting. Deze heeft de strekking dat belanghebbenden zodanig over hun pensioensituatie worden geïnformeerd dat zij de afweging kunnen maken of zij al dan niet bezwaar willen maken tegen de overdracht van hun aanspraken (rov. 3.7);

(vi) Weliswaar gaat art. 83 PW ervan uit dat deze informatieverplichting rust op de werkgever en de overdragende pensioenuitvoerder en niet op de ontvangende pensioenuitvoerder. Echter, in dit geval heeft PMT blijkens haar brief van 13 januari 2009 de uit art. 83 lid 2 PW volgende taak om middels schriftelijke informatievervalsing belanghebbenden zoals Gepensioneerde in de positie te brengen dat zij hun medewerking aan de waardeoverdracht van hun aanspraken konden beoordelen, volledig op zich genomen (rov. 3.8);

(vii) Daarmee is op PMT de zorgplicht komen te rusten dat Gepensioneerde ook volledig wordt geïnformeerd. Daarbij is mede van belang dat uit de maatschappelijke functie van PMT voortvloeit dat zij een zorgplicht heeft die meebrengt dat zij in dit geval bij het aanbieden van haar diensten rekening moet houden met de belangen van degenen aan wie zij vraagt in te stemmen met de waardeoverdracht. Dat PMT de uit art. 83 lid 2 PW volgende taak mogelijk onverplicht op zich nam, doet aan de daaraan te verbinden gevolgen niet af (rov. 3.8);

(viii) Te beoordelen is of PMT de hiervoor bedoelde rol om Gepensioneerde te informeren naar behoren heeft vervuld (rov. 3.9);

(ix) Dat is niet het geval, nu PMT Gepensioneerde niet heeft geïnformeerd over de mogelijkheid van toekomstige korting en de omstandigheden waaronder PMT deze korting zou kunnen toepassen, omdat er op dit punt een wezenlijk verschil bestaat tussen de uitvoering van de pensioenregeling door PMT en de uitvoering door een verzekeraar als NN. De

3 Ktr. rechtbank Den Haag 20 juni 2016, zaaknr. 4609257 RL EXPL 15-34626 (niet gepubliceerd).

4 Gerechtshof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, PJ 2018/101 m.nt. L.H. Blom.

kortingsmogelijkheid van art. 134 PW kwam immers niet toe aan NN. Dat de mogelijkheid van korting door PMT in januari 2009 een zodanig verwaarloosbaar en theoretisch risico vormde dat van PMT niet kon worden gevegd dat zij dit risico in haar brief aan Gepensioneerde noemde, is gesteld noch gebleken (rov. 3.10);

(x) Dat PMT Gepensioneerde over de kortingsmogelijkheid had moeten informeren geldt temeer nu PMT in de brief van 13 januari 2009 uitsluitend argumenten heeft genoemd die erop neerkwamen dat er geen reden was om bezwaar te maken tegen de waardeoverdracht. Daaraan doet niet af de rol van DNB bij een collectieve waardeoverdracht als de onderhavige, nu DNB niet controleert of een brief als die van 13 januari 2009 de civielrechtelijke toets der kritiek kan doorstaan (rov. 3.11);

(xi) Het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de door Gepensioneerde geleden schade staat vast, nu PMT haar verweer dat het causaal verband ontbreekt niet nader heeft gemotiveerd en ook niet heeft toegelicht welk voordeel Gepensioneerde zou hebben bij instemming met de waardeoverdracht, tegenover het nadeel dat hij de kans liep dat zijn pensioen in de toekomst zou worden gekort (rov. 3.12);

(xii) Het verweer van PMT dat het begin 2009 een feit van algemene bekendheid was dat pensioenfondsen de mogelijkheid hebben om opgebouwd pensioen te korten, waartegen zij niet hoefde te waarschuwen, faalt (rov. 3.14);

(xiii) Ook het verweer dat de door Gepensioneerde ingeschakelde advocaat had moeten weten van de kortingsbevoegdheid van art. 134 PW, faalt (rov. 3.15).

2.9. PMT heeft bij op 6 augustus 2018 ingekomen procesinleiding – derhalve tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 8 mei 2018. Gepensioneerde heeft verweer gevoerd en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. PMT heeft zich verweerd tegen het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep. Zowel PMT als Gepensioneerde hebben een schriftelijke toelichting gegeven. PMT heeft afgezien van replek, Gepensioneerde heeft van dupliek gediend.

### 3. Juridisch kader

3.1. Voordat ik de cassatieklachten behandel, schets ik eerst het juridisch kader.

#### Zorgplicht pensioenuitvoerder

3.2. Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of, voorafgaand aan de waardeoverdracht van het pensioen, op de ontvangende pensioenuitvoerder (PMT) een informatieplicht jegens Gepensioneerde rustte met betrekking tot de gevolgen van die overdracht. Een informatieplicht is een van de manieren waarop een partij invulling moet geven aan een op haar rustende zorgplicht jegens de wederpartij. Een algemene zorgplicht, in de zin van een plicht tot rekening houden met andermans belangen, kan worden beschouwd als grondnorm van het privaatrecht.<sup>5</sup> Naarmate partijen meer ongelijkwaardig zijn, zal de zorgplicht die een partij jegens haar wederpartij heeft, in het algemeen zwaarder wegen.<sup>6</sup>

5 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 2006, p. 99-100.

6 Aldus L. Timmerman, 'Situatieve gelijkheid in het (privaat)recht', *Ondernemingsrecht* 2008/96, onder 12. Zie ook A.A. Ettema, 'Pensioenverzekeraars en hun zorgplicht jegens de deelnemers', *PensioenMagazine* 2019/43, p. 17.

3.3. Tussen een belanghebbende (deelnemer, gewezen deelnemer, pensioengerechtigde) en zijn pensioenuitvoerder is zonder meer sprake van een ongelijkwaardige relatie. Daarmee kan tot uitgangspunt worden genomen dat de pensioenuitvoerder ten opzichte van de belanghebbende een zwaarwegende zorgplicht heeft.<sup>7</sup>

3.4. De zorgplicht van werkgevers en pensioenuitvoerders jegens belanghebbenden is een onderwerp dat aan belang wint.<sup>8</sup> In haar wetgevingsbrief van 6 maart 2017 schrijft de AFM hierover het volgende (mijn onderstreping; gecursiveerd red.):<sup>9</sup>

'Hoewel momenteel onduidelijk is welke nieuwe pensioencontracten in een toekomstig pensioenstelsel mogelijk gemaakt worden, ziet de AFM een globale verschuiving in de risico's van pensioenopbouw. Waar bij een uitkeringsovereenkomst de werkgever en, steeds meer, het collectief van deelnemers de risico's dragen, is er een opkomst van de premieovereenkomst waarbij de individuele deelnemer de risico's draagt en hierbij zelf keuzes mag maken.

Het is waarschijnlijk dat veel nieuwe pensioencontracten het karakter zullen hebben van een premieovereenkomst. Een mogelijk gevolg is dat deelnemers meer keuzevrijheid krijgen en pensioenuitvoerders meer maatwerk kunnen toepassen. Niet alle deelnemers zullen het gemakkelijk vinden of in staat zijn om de juiste keuze te maken. Vandaar dat het van belang is de deelnemer hierbij te beschermen, onder meer door aandacht te schenken aan de invulling van de zorgplicht. Op dit moment is er in beperkte mate sprake van bescherming van deelnemers door zorgplichtvereisten, al is hier onlangs wel een impuls aan gegeven door de introductie van de Wet verbeterde premieregeling. Een uitbreiding van de huidige bescherming voor deelnemers zien wij daarom als een logische stap. Met bescherming doelen we vooral op het handelen in het belang van de deelnemer door de pensioenuitvoerder. Dat vertaalt zich onder andere in het begeleiden van de deelnemers bij het maken van keuzes. Daarbij hecht de AFM eraan een zorgplicht vorm te geven met voldoende bescherming voor deelnemers, die ook voor pensioenuitvoerders werkbaar is. (...)'

De AFM benadrukt hier de zorgplicht die op de pensioenuitvoerder ligt, met name bij de begeleiding van de deelnemer bij het maken van keuzes.

3.5. In zijn reactie op het standpunt van de AFM antwoordt de minister het volgende:<sup>10</sup>

7 Zie ook E. Soetendal en M.P. van 't Zet, 'Pensioenfondsen en hun deelnemers: van zorgplicht naar zorgambitie', *PensioenMagazine* 2019/42, p. 11-12.

8 Aldus A.A. Ettema, 'Pensioenverzekeraars en hun zorgplicht jegens de deelnemers', *PensioenMagazine* 2019/43, p. 17 en M. Heemskerk, 'Pensioenrechtspraak 2018: cijfers en richtinggevende uitspraken', *PensioenMagazine* 2019/76, p. 18. Zie ook M.M. Govaert, 'Gezichtspunten bij wijziging van de pensioenovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019/19.

9 Wetgevingsbrief AFM 2017, opgenomen als bijlage 2 bij *Kamerstukken II* 2016/17, 32545, nr. 64. Kritisch hierover: R.H. Maatman, 'De prudent person-regel, zorgplichten en het nieuwe pensioencontract', *Ondernemingsrecht* 2017/135, p. 751: 'Dat vind ik verontrustend. Niet omdat de deelnemer geen bescherming zou behoeven, maar omdat wij die bescherming moeten zoeken in paternalisme en niet in zorgplichten.'

10 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.

‘De introductie van een zorgplicht is een belangrijk aandachtspunt bij de verdere vormgeving van een eventueel nieuw pensioencontract en pensioenstelsel. Een algemene zorgplicht wint aan belang indien aanpassingen van het pensioenstelsel tot meer keuzes voor de individuele deelnemer leiden en de werkgever zich terugtrekt als risicodrager. Een zorgplicht dient dan ter bescherming van de deelnemer. De introductie van meer keuzevrijheid alsook eventuele aanpassingen in de aard van de toezegging zijn vooralsnog geen praktijk, waarmee het lastig is voor de rijksoverheid om zich in dit stadium aan deze wetgevingswens te committeren. De gesprekken over dit onderwerp met de AFM worden voortgezet.’

De minister onderschrijft dus het belang van een verdere invulling van de zorgplicht, maar stelt dat de rijksoverheid zich in dit stadium niet aan de wetgevingswens van de AFM kan committeren, omdat de introductie van meer keuzevrijheid en aanpassingen in de aard van de toezeggingen vooralsnog geen praktijk zijn.

3.6. Daarmee is het op dit moment aan de rechtspraak om invulling te geven aan de zorgplicht van pensioenuitvoerders.

3.7. De Pensioenwet bevat uitgebreide informatieverplichtingen voor zowel werkgevers als pensioenuitvoerders; hierop zal hierna nog nader worden ingegaan. De grondslag voor deze verplichtingen ligt onder meer in de Derde levensrichtlijn.<sup>11</sup> De wettelijke informatieplichten uit de Pensioenwet moeten als minimumvoorschriften worden aangemerkt.<sup>12</sup> Dergelijke publiekrechtelijke informatieplichten kunnen door de civiele rechter worden benut om een privaatrechtelijke zorgplicht uit af te leiden.<sup>13</sup> Daarnaast kunnen uit de algemene civielrechtelijke normen aanvullende informatieplichten op werkgever en/of pensioenuitvoerder rusten. Een privaatrechtelijke zorgplicht kan immers een verdere reikwijdte hebben dan de zorgplicht die in publiekrechtelijke wetgeving, zoals de Pensioenwet, is neergelegd. Dat volgt uit het *Dexia*-arrest.<sup>14</sup> Voor de werkgever kan een dergelijke bovenwettelijke informatieplicht voortvloeien uit goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW.<sup>15</sup> Voor de pensioenuitvoer-

der kan een dergelijke bovenwettelijke informatieplicht gebaseerd worden op art. 6:2 BW of art. 6:162 BW.<sup>16</sup>

3.8. In de rechtspraak van de Hoge Raad is eerder aanvaard dat een zorgplicht op de pensioenuitvoerder kan rusten jegens (gewezen) deelnemers. In HR 8 februari 2013 (*Niehof/Bpf Bouw*) overwoog de Hoge Raad over het door een pensioenfonds niet-informerende van een directeur-groootaandeelhouder om deel te nemen aan een vervangende pensioenvoorziening na beëindiging van de bestaande vroegpensioen-/vutregeling.<sup>17</sup>

‘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 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.’

3.9. Heemskerk constateert in zijn noot onder het arrest *Niehof/Bpf Bouw* onder meer dat de contouren van de door de Hoge Raad aanvaarde zorgplicht nog uitgekristalliseerd moeten worden en dat het arrest ook van belang is voor wijzigingstrajecten waarbij de negatieve optie (‘wie zwijgt, stemt toe’, zie ook hierna onder 3.32) wordt toegepast.<sup>18</sup> In dat verband noemt hij ook de negatieve optie bij collectieve waardeoverdracht in de zin van art 83 PW, waarna hij stelt:<sup>19</sup>

‘De keerzijde van deze variant van wie zwijgt, stemt toe is dat gewaarborgd moet zijn dat betrokkenen de wijziging begrijpen en doorgronden.’

Hiermee benadrukt Heemskerk dus het verband dat er is tussen de zorgplicht van een pensioenuitvoerder en het kunnen maken van een goed geïnformeerde keuze door de belanghebbende.

3.10. Govaert heeft recentelijk aan de hand van het *Grindacc*-arrest,<sup>20</sup> dat ging over de zorgplicht van de werkgever bij wijziging van een pensioenovereenkomst, een aanzet gegeven tot een gezichtspuntencatalogus ter beoordeling van de reikwijdte van deze zorgplicht. Govaert constateert dat hoever deze zorgplicht in een concreet geval strekt, afhangt van de omstandigheden van het geval. Daarbij noemt Govaert de volgende omstandigheden:<sup>21</sup>

(i) de ingrijpendheid van de wijziging;

mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:511) voor HR 15 september 2017.

16 *Asser/Lutjens 7-XI 2016/599*; M. Heemskerk, ‘Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak’, *WPNR* 2018/7178, p. 25-26.

17 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, *NJ* 2013/106, *PJ* 2013/60 m.nt. T. Huijg, *JAR* 2013/73 m.nt. M. Heemskerk, *TRA* 2013/60 m.nt. J.J.M. de Laat (*Niehof/Bpf Bouw*), rov. 3.5.

18 M. Heemskerk in zijn noot in *JAR* 2013/73, onder 1.

19 M. Heemskerk in zijn noot in *JAR* 2013/73, onder 8.

20 HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2227, *RvdW* 2017/956, *JAR* 2017/255, *PJ* 2017/158 (*Grindacc*).

21 M.M. Govaert, ‘Gezichts punten bij wijziging van de pensioenovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2019/19.

11 Richtlijn 92/96/EEG van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde levensrichtlijn), Publicatieblad nr. L 360 van 09/12/1992, blz. 0001 - 0027.

12 In deze zin *Asser/Lutjens 7-XI 2016/599*. Zie ook R. Rijnhout, I. Giesen, L. Nell en L. Lentz, ‘Verplichte communicatie en zorgplichten: de wisselwerking tussen wetgever en de pensioenpraktijk’, *WPNR* 2014/7025, p. 627, met verwijzingen.

13 Zie ook L. Timmerman, ‘Situationele gelijkheid in het (privaat)recht’, *Ondernemingsrecht* 2008/96, onder 15. Zie verder bijv. O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële ‘toezichtprivaatrecht’ in zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RMThemis* 2012/5. Zie toegespitst op het pensioenrecht M. Heemskerk, ‘Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak’, *WPNR* 2018/7178, p. 25-26.

14 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse, AA 20100188 m.nt. W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh (*Dexia*), rov. 4.10.3.

15 Zie bijv. Gerechtshof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, *PJ* 2016/43, *JAR* 2016/75 m.nt. S.H. Kuiper (*Grindacc*). Het cassatieberoep is met toepassing van art. 81 RO verworpen. Zie HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2227, *RvdW* 2017/956, *JAR* 2017/255, *PJ* 2017/158 (*Grindacc*). Zie ook

(ii) het belang van de werkgever en diens onderneming bij de wijziging;

(iii) de verstrekte informatie;

(iv) de positie van de werknemer welke verband houdt met diens deskundigheid en onderzoeksplicht; en

(v) de tijd en gelegenheid voor het doen van nader onderzoek. Deze gezichtspunten kunnen niet alleen een rol spelen bij de zorgplicht van de werkgever in het kader van een wijziging van de pensioenregeling, maar ook bij de zorgplicht van de pensioenuitvoerder in het kader van het informeren over een voornemen tot collectieve waardeoverdracht. Vergelijk ook Heemskerck:<sup>22</sup>

‘Duidelijk is dat de zorgplichten van werkgever en pensioenuitvoerder relevant zijn bij (1) wijziging van de pensioenregeling én (2) eventuele waardeoverdracht van bestaand pensioen.’

3.12. De Laat leidt uit het bezigen van het woord ‘zorgplicht’ in het arrest *Niehof/Bpf Bouw* af dat het kennelijk de bedoeling van de Hoge Raad is terug te grijpen op de ontwikkeling van de zorgplicht in andere situaties.<sup>23</sup> In recente literatuur wordt ook aangenomen dat reflexwerking van zorgplichtnormen en rechtspraak over bancaire en financiële dienstverleners naar pensioenuitvoerders niet denkbeeldig is.<sup>24</sup> Ettema vraagt aandacht voor de vraag of en in hoeverre zorgplichten van bijvoorbeeld een pensioenuitvoerder vergelijkbaar zijn met de zorgplichten van bancaire en financiële dienstverleners.<sup>25</sup> Zo bestaat tussen een pensioenuitvoerder en een deelnemer geen rechtstreekse contractuele verhouding.<sup>26</sup> Anders dan Ettema meen ik dat het eigen karakter van het pensioenrecht niet in de weg hoeft te staan aan een zekere reflexwerking van zorgplichtnormen uit het financiële recht.

3.13. Voor wat betreft causaliteitsvraag is nog het volgende op te merken. Gepensioneerde heeft gesteld dat als hij was geïnformeerd over de kortingsmogelijkheid van PMT, hij bezwaar zou hebben gemaakt tegen de waardeoverdracht van NN naar PMT (zie onder 2.1). In de literatuur is in dit verband opgemerkt:<sup>27</sup>

‘De eiser – benadeelde – moet dan stellen en, bij voldoende betwisting, bewijzen dat hij met “juiste”, “adequate”, en/of “voldoende begrijpelijke” informatie een andere keuze zou hebben gemaakt, en daardoor geen schade zou hebben geleden. Dit bewijs valt moeilijk, zo niet onmogelijk, te leveren, omdat die bewijsopdracht impliceert dat er bewijs geleverd zou kunnen worden, quod non, van wat iemand gedaan zou hebben (welke keuze iemand zou hebben gemaakt) als op enig moment eerder in de tijd bepaalde informatie wel bekend zou zijn geweest bij die persoon omdat de informatieplicht niet geschonden was [voetnoot verwijderd, A-G].’

3.14. Gelet op de hiervoor gesignaleerde reflexwerking is ook de mogelijkheid geopperd dat bewijsvermoedens ten aanzien van de causaliteitsvraag die in het financiële recht zijn ontwikkeld, doorgetrokken zouden kunnen naar de informatieplicht van een pensioenuitvoerder jegens een (gewezen) deelnemer.<sup>28</sup> In de zogenoemde *effectenlease*-zaken heeft de Hoge Raad bewijsvermoedens geïntroduceerd al naar gelang de financiële positie van de particuliere afnemer, waarbij wordt aangenomen dat de afnemer de overeenkomst zonder tekortschieten door de aanbieder niet zou zijn aangegaan.<sup>29</sup> Voor weerlegging van dat vermoeden zal dan de aanbieder zijn stellingen concreet moeten onderbouwen.

3.15. Het hof is in de onderhavige zaak niet toegekomen aan een bewijsopdracht voor Gepensioneerde dan wel aan eventuele bewijsvermoedens. Het hof heeft immers in rov. 3.12 geoordeeld dat causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de door Gepensioneerde geleden schade vaststaat.<sup>30</sup>

3.16. In het navolgende worden de relevante publiekrechtelijke bepalingen besproken.

*Tot 1 juli 2016: startbrief art. 21 lid 1 PW*

3.17. In de onderhavige zaak heeft de (collectieve) waardeoverdracht van de pensioenaanspraken van Gepensioneerde plaatsgevonden in 2011. Op dat moment luiden de relevante bepalingen uit de Pensioenwet op enkele punten anders dan thans het geval is.<sup>31</sup> Art. 21 PW luidde, tot 1 juli 2016, als volgt:

‘Artikel 21. Startbrief en melding van wijzigingen

1. De werkgever draagt er zorg voor dat de werknemer waarmee hij een pensioenovereenkomst heeft gesloten en die pensioenaanspraken verwerft, binnen drie maanden na de start van de verwerving van de pensioenuitvoerder wordt geïnformeerd over: a. de inhoud van de basispensioenregeling; b. de toeslagverlening; c. het recht van de werknemer om bij de pensioenuitvoerder het voor hem geldende pensioenreglement op te vragen; d. het bestaan van een vrijwillige pensioenregeling; e. omstandigheden die betrekking hebben op het functioneren van de pensioenuitvoerder; f. het recht van de werknemer om bij de pensioenuitvoerder een verzoek in te dienen voor een berekening van de effecten van uitruil op zijn pensioenuitspraak.

2. De werkgever informeert de pensioenuitvoerder over iedere wijziging in de pensioenovereenkomst, bedoeld in het eerste lid. De pensioenuitvoerder informeert de werknemer binnen drie maanden na een wijziging in de pensioenovereenkomst

22 M. Heemskerck, ‘Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak’, *WPNR* 2018/7178, p. 25.

23 J.J.M. de Laat in zijn noot onder HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465 (*Niehof/Bpf Bouw*), *TRA* 2013/60, onder 2.

24 M. Heemskerck, ‘Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak’, *WPNR* 2018/7178, p. 25. Vgl. ook *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/599.

25 A.A. Ettema, ‘Pensioenverzekeraars en hun zorgplicht jegens de deelnemers’, *PensioenMagazine* 2019/43, p. 22.

26 Zie *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/227.

27 R. Rijnhout, I. Giesen, L. Nell en L. Lentz, ‘Verplichte communicatie en zorgplichten: de wisselwerking tussen wetgever en de pensioenpraktijk’, *WPNR* 2014/7025, p. 636.

28 Zie R. Rijnhout, I. Giesen, L. Nell en L. Lentz, ‘Verplichte communicatie en zorgplichten: de wisselwerking tussen wetgever en de pensioenpraktijk’, *WPNR* 2014/7025, p. 636.

29 Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *AA* 20100188 m.nt. W.H. van Boom & S.D. Lindenberg, rov. 5.5.2-5.5.3 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 m.nt. J.B.M. Vranken, *Ondernemingsrecht* 2009, 176 m.nt. S.B. van Baalen, rov. 4.7.9-4.7.10.

30 Zie hierover ook L.H. Blom in zijn noot onder het bestreden arrest in *PJ* 2018/101, onder 10-11.

31 Per 1 oktober 2018 is de Pensioenwet op een aantal punten gewijzigd, ter uitvoering van Richtlijn (EU) 2016/97 inzake verzekeringsdistributie. Zie over de wijziging van art. 21 lid 1 PW per 1 juli 2016 hierna onder 3.26.

over die wijziging en de mogelijkheid om het gewijzigde pensioenreglement op te vragen bij de pensioenuitvoerder.<sup>32</sup> Uit art. 21 lid 1, aanhef en onder a, PW blijkt dat de werkgever er zorg voor moet dragen dat de werknemer in de startbrief wordt geïnformeerd over de inhoud van de basispensioenregeling.

3.18. In de memorie van toelichting bij de Pensioenwet is het volgende opgemerkt over de startbrief (mijn onderstreping; geïncursiveerd red.):<sup>32</sup>

*‘Wie informeert de deelnemers?’*

Voordat nader ingegaan wordt op de wijze waarop de voorlichting vorm moet worden gegeven, is de vraag van belang wie verantwoordelijk is voor de voorlichting aan de deelnemers, de werkgever of de pensioenuitvoerder?

Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen informatieverstrekking over de inhoud van de pensioenregeling en informatieverstrekking over de uitvoering van de regeling.

(...)

De regering is van oordeel dat de werkgever verantwoordelijk is voor informatieverstrekking over de arbeidsvoorwaarden aan de werknemer, waaronder informatieverstrekking over de inhoud van de pensioenregeling. Op grond van dit wetsvoorstel heeft de werknemer, binnen drie maanden nadat hij op grond van de pensioenovereenkomst daadwerkelijk pensioenaanspraken gaat verwerven recht op een ‘startbrief’, waarin alle voor hem relevante informatie over zijn pensioenregeling is vervat. *Om verschillende redenen heeft de regering ervoor gekozen dat de werkgever niet de verantwoordelijkheid krijgt deze initiële informatie zelf aan de werknemer te verstrekken, maar er wel zorg voor dient te dragen dat de pensioenuitvoerder deze informatie aan de deelnemer verstrekt.*

In de eerste plaats mag verondersteld worden dat in de meeste gevallen de pensioenuitvoerder, gegeven zijn specifieke deskundigheid, beter in staat is de betreffende informatie te verstrekken dan de werkgever. In de tweede plaats wordt, indien het de pensioenuitvoerder is die de informatie over de pensioenregeling verstrekt, voorkomen dat de werknemer van zijn werkgever andersluidende informatie krijgt dan van zijn pensioenuitvoerder. In de derde plaats is het houden van toezicht op deze initiële informatieverstrekking alleen (goed) mogelijk, indien die informatie van de pensioenuitvoerder afkomstig is. In de vierde plaats waarborgt deze regeling dat werkgever en pensioenuitvoerder gehouden zijn om sluitende afspraken te maken over een snelle aanmelding van nieuwe werknemers bij de pensioenuitvoerder. De concrete afspraken daaromtrent kunnen een plaats krijgen in de uitvoeringsovereenkomst.

*Door in dit wetsvoorstel te bepalen dat de werkgever er zorg voor draagt dat de pensioenuitvoerder de betreffende informatie aan de werknemer verstrekt, is in feite een gedeelde verantwoordelijkheid gecreëerd voor werkgever en pensioenuitvoerder. Beiden kunnen er door de werknemer op worden aangesproken indien de werknemer de startbrief niet binnen de gestelde termijn ontvangt. Indien de pensioenuitvoerder namelijk ten aanzien van een nieuwe werknemer in gebreke blijft met het verzenden van de startbrief, kan de werkgever niet volstaan met een verwijzing naar de afspraken die hij met de pensioenuitvoerder heeft gemaakt, maar dient hij, indien de werknemer hem daarop aanspreekt, daadwerkelijk actie te ondernemen om de pensioenuitvoerder alsnog de startbrief te laten verzenden. Met deze constructie van gedeelde verantwoordelijk-*

*heid van pensioenuitvoerder en werkgever wordt gewaarborgd dat de werknemer niet zelf hoeft uit te zoeken of de oorzaak van het niet ontvangen van de startbrief bij de werkgever moet worden gezocht – hetgeen het geval kan zijn indien de werkgever verzaakt heeft de werknemer aan te melden bij de pensioenuitvoerder – dan wel bij de pensioenuitvoerder.*

De informatieverstrekking over de ontwikkeling van de afspraken ziet de regering daarentegen primair als een taak van de pensioenuitvoerder.<sup>33</sup>

3.19. Uit deze passage blijkt dat jegens de werknemer sprake is van een gedeelde verantwoordelijkheid van werkgever en pensioenuitvoerder voor de startbrief.

3.20. In het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling van 18 december 2006 (hierna: het Besluit)<sup>33</sup> is invulling gegeven aan wat in ieder geval onder de informatie over de inhoud van de basispensioenregeling moet worden verstaan. Op grond van art. 2 lid 3 onder e van het Besluit diende onder meer informatie te worden verstrekt over het actueel zijn van een korte- of langetermijnherstelplan. In de artikelsgewijze toelichting bij het Besluit wordt dit als volgt toegelicht:<sup>34</sup>

*‘Indien een korte- of langetermijnherstelplan actueel is moet de deelnemer hierover geïnformeerd worden. Deze informatie is voor de deelnemer nuttig indien hij waardeoverdracht overweegt. De deelnemer krijgt diezelfde informatie ook als hij de deelneming beëindigt.’*

Een herstelplan (art. 138 PW) speelt als een pensioenfonds in onderdekking is. Als een herstelplan er niet toe leidt dat een pensioenfonds weer aan de gestelde eisen ten aanzien van het vereiste eigen vermogen in de zin van art. 131 of 132 PW voldoet, kan de kortingsmogelijkheid van art. 134 PW (zie hierna onder 3.45) aan de orde komen. Uit de aangehaalde passage uit het Besluit blijkt dat informatie over een herstelplan niet alleen relevant is bij aanvang van de pensioenovereenkomst – in de startbrief ex art. 21 lid 1 PW – maar ook op een later moment, als een deelnemer waardeoverdracht overweegt. In de literatuur wordt aangenomen dat een pensioenfonds altijd, ook de in periode dat geen herstelplan actueel is (vgl. art. 139 PW), in de startbrief en ook bij beëindiging van deelname in de pensioenregeling moest melden of een herstelplan al dan niet actueel is.<sup>35</sup>

3.21. In de nota van toelichting bij het Besluit is onder het kopje ‘Informatie en zorgplicht’ het volgende opgenomen:<sup>36</sup>

*‘Algemeen uitgangspunt bij de uitwerking in dit besluit is dat de informatie dusdanig moet zijn dat het voor een deelnemer mogelijk wordt een financiële planning op te stellen. De meest essentiële elementen van een pensioenregeling en van de uitvoering van de pensioenregeling dienen dan ook in de informatieverstrekking aan de orde te komen. Tegelijkertijd geldt het uitgangspunt dat niet meer wordt geregeld dan strikt noodzakelijk. Voorkomen moet worden dat uitvoerders teveel aan banden worden gelegd bij het verstrekken van informatie, of de deelnemers moeten worden overladen met informatie.’*

33 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling van 18 december 2006, *Stb.* 2006, 709. Het Besluit is nadien nog verschillende keren gewijzigd, laatstelijk op 19 december 2018, *Stb.* 2018, 516.

34 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling van 18 december 2006, *Stb.* 2006, 709, p. 47.

35 Zie in deze zin S.H. Kuiper, ‘Informatie en voorlichting over pensioen’, in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 312.

36 *Stb.* 2006, 709, p. 31.

32 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 40-41 (MvT).

In deze passage wordt het verband gelegd tussen informatievoorziening en het kunnen maken van een financiële planning door een deelnemer. Daarvoor zal de deelnemer over de essentiële aspecten van een pensioenregeling moeten worden geïnformeerd.

3.22. In de nota van toelichting bij het Besluit wordt onder het kopje 'Specifieke informatie' ook gewezen op specifieke voorlichtingsvoorschriften voor een aantal groepen:<sup>37</sup>

'Als de deelname aan een regeling eindigt, wordt de gewezen deelnemer geïnformeerd over het recht of de mogelijkheid tot waardeoverdracht. Ingeval van uitvoering door fondsen wordt daarbij tevens vermeld of er sprake is van een korte- of langetermijnherstelplan. Dergelijke informatie over de financiële toestand van het fonds is voor de gewezen deelnemer van belang bij de vraag al dan niet aan waardeoverdracht te doen. Overigens moet in de startbrief, als de uitvoerder een fonds is, ook worden vermeld of sprake is van een korte- of langetermijnherstelplan aangezien de dekkingsgraad van het nieuwe fonds in het kader van de vraag al dan niet aan waardeoverdracht te doen, ook van belang is.'

Uit deze toelichting kan worden afgeleid dat het voor een gewezen deelnemer in het kader van de vraag al dan niet aan waardeoverdracht te doen, van belang is om geïnformeerd te worden over de financiële toestand van de ontvangende pensioenuitvoerder.

3.23. Dat er geen 'harde knip' is tussen de informatieplicht op het moment van toetreding tot een pensioenregeling en een later moment, blijkt voorts ook uit de volgende passage uit de toelichting bij het Besluit:<sup>38</sup>

'Naast genoemde informatie wordt de werknemer er in de startbrief op gewezen dat hij als deelnemer, maar ook in de toekomst als eventuele gewezen deelnemer of als gepensioneerde, het recht heeft het pensioenreglement op te vragen.'

3.24. Het tweede lid van art. 21 PW verplicht de werkgever om de *pensioenuitvoerder* te informeren over iedere wijziging in de pensioenovereenkomst. Vervolgens moet de pensioenuitvoerder de *werknemer* binnen drie maanden na een wijziging in de pensioenovereenkomst informeren over die wijziging en de mogelijkheid om het gewijzigde pensioenreglement op te vragen bij de pensioenuitvoerder. In de memorie van toelichting is het volgende opgemerkt over art. 21 lid 2 PW:<sup>39</sup>

'De verplichting om te informeren over wijzigingen is gebaseerd op artikel 17b, eerste lid, onderdeel e, PSW zoals dat is geformuleerd in het wetsvoorstel ter implementatie van richtlijn 2003/41/EG (Kamerstukken II 2004/05, 30 104, nr. 2). Het gaat hierbij in elk geval om wijzigingen ten aanzien van de onderdelen waarover op grond van het eerste lid informatie moet worden gegeven, zoals bijvoorbeeld het karakter van de pensioenovereenkomst.'

Uit deze toelichting blijkt dat alle wijzigingen die betrekking hebben op een van de onderdelen genoemd in het eerste lid, aan de werknemer moeten worden gemeld.

3.25. De wijzigingsbrief van de pensioenuitvoerder op de voet van art. 21 lid 2 Pensioenwet is een brief *nadat* de wijziging is doorgevoerd.<sup>40</sup> De Pensioenwet bevat geen expliciete verplichting voor de werkgever om de werknemer te informeren over een aanstaande wijziging. Bovendien houdt de Pensioenwet – in ieder geval naar de letter – niet de verplichting in

voor de pensioenuitvoerder om slapers en pensioengerechtigden (zoals de Gepensioneerde in de onderhavige zaak is) te informeren over relevante wijzigingen, zoals indexatie. Volgens Heemskerk is dat een ommissie. Betoogd kan worden, zo schrijft hij, dat de werkgever op basis van goed werkgeverschap een zorgplicht heeft om de werknemers – en voor zover relevant slapers en pensioengerechtigden – te informeren over de wijziging en daarvoor aansprakelijk kan zijn.<sup>41</sup>

*Wijziging art. 21 lid 1 PW per 1 juli 2016*

3.26 Per 1 juli 2016 is art. 21 lid 1 PW alsmede het opschrift boven de bepaling gewijzigd door de inwerkingtreding van de Wet pensioencommunicatie.<sup>42</sup> Thans luidt de bepaling als volgt:

'Artikel 21. Informatie over de pensioenregeling en melding van wijzigingen

De werkgever draagt er zorg voor dat de pensioenuitvoerder wordt geïnformeerd over het sluiten van een pensioenovereenkomst met een werknemer en de start van de verwerving van pensioenaanspraken door de werknemer. De pensioenuitvoerder informeert de werknemer binnen drie maanden na de start van het verwerven van de pensioenaanspraken door de werknemer over de kenmerken van de pensioenregeling, waaronder mogelijkheid te kiezen voor een variabele uitkering, de uitvoering van de pensioenregeling en over persoonlijke omstandigheden die een actie van de werknemer kunnen vergen. De werknemer wordt daarbij tevens gewezen op de website van de pensioenuitvoerder en op de mogelijkheid het pensioenregister te raadplegen.'

Art. 21 lid 1 PW schrijft dus niet langer voor wat er precies in de startbrief moet staan. In plaats daarvan is een open norm opgenomen.

3.27. Over het vervallen van de gedetailleerde opsomming van wat er in de startbrief moet staan, is in de memorie van toelichting te lezen dat in het rapport 'Pensioen in duidelijke taal' een aantal aanbevelingen over de startbrief is opgenomen. Zo is aanbevolen het aantal verplichte informatie-elementen bij indiensttreding te beperken. De startbrief van art. 21 lid 1 PW (oud) was te lang en te weinig aansprekend. Deelnemers lezen de startbrief daarom vaak niet.<sup>43</sup> In algemene zin merkt de staatssecretaris in de memorie van toelichting over verbetering van de pensioencommunicatie op:<sup>44</sup>

'De huidige wettelijke verplichte informatie over pensioenen blijkt niet altijd het gewenste effect te hebben, zo komt naar voren uit de evaluatie van de informatiebepalingen in de pensioenwetgeving (Kamerstukken II 2011/12, 33 110, nr.1). Belangrijke verplichte informatie-uitingen, zoals (...) de startbrief zijn voor een aanzienlijk deel van de deelnemers onvoldoende begrijpelijk. De gebruikte terminologie en het taalgebruik zijn te lastig en de hoeveelheid informatie die wordt verstrekt is te omvangrijk. (...) De huidige wettelijke verplichte informatie geeft bovendien een te rooskleurig beeld over de hoogte van het pensioen, geeft geen inzicht in risico's en kan daardoor mensen op het verkeerde been zetten. Daarnaast heeft de pensioensector te maken met een gedaald vertrouwen onder de deelnemers. Nu met het voorstel over de herziening van het financieel toetsingskader schokken als ge-

37 Stb. 2006, 709, p. 35.

38 Stb. 2006, 709, p. 35.

39 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 190.

40 M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 178.

41 M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 178.

42 Stb. 2015, 193 en Stb. 2015, 260.

43 Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 3, p. 7. Zie ook Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 3, p. 19-20.

44 Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 3, p. 1-2.



volg van een stijgende levensverwachting of als gevolg van ontwikkelingen op de financiële markten op een andere wijze zullen worden verwerkt (Kamerstukken II 2013/14, 32 043, nr. 172), is het des te meer noodzakelijk om duidelijk en eerlijk te communiceren naar deelnemers.

*Het doel van pensioencommunicatie is dat de pensioendeelnemer weet hoeveel pensioen hij kan verwachten, kan nagaan of dat voldoende is en zich bewust is van de risico's van de pensioenvoorziening. Daarnaast moet pensioencommunicatie de deelnemer laten zien welke keuzemogelijkheden hij heeft. Het bieden van handelingsperspectief is een essentieel element bij het bereiken van de pensioendeelnemer* (TNS Nipo 2012). De deelnemer neemt informatie eerder op als hij weet wat hij ermee kan doen. *De nieuwe wetgeving op het terrein van pensioencommunicatie stelt het perspectief van de deelnemer centraal.* Het is wenselijk dat meer dan nu het geval is, aangesloten wordt bij de informatiebehoeften en de kenmerken van de deelnemer. Alleen zo wordt de kans groter dat de informatie hem daadwerkelijk bereikt. *Dit wetsvoorstel strekt ertoe de eisen die gesteld worden aan pensioenuitvoerders ten aanzien van de communicatie met (gewezen) deelnemers, (gewezen) partners en pensioengerechtigden (hierna: deelnemers), zodanig aan te passen, dat pensioenuitvoerders met deze communicatie aansluiten bij de behoeften van de deelnemer en bevorderen dat de hierboven genoemde communicatiedoelen worden bereikt.*

Uit de onderstreepte passages (gecursiveerd *red.*) komt duidelijk naar voren dat er verschillende doelen zijn van het informeren van betrokkenen. Dat is niet alleen dat de deelnemer weet hoeveel pensioen hij kan verwachten en hij zich bewust is van de risico's van de pensioenvoorziening. Daarnaast gaat het er om dat de deelnemer duidelijk is welke keuzes hij heeft en hij zijn keuze ook goed geïnformeerd kan maken (vgl. ook hiervoor, onder 3.4-3.5).

3.28. Ook elders in de memorie van toelichting bij de Wet pensioencommunicatie is gewezen op het grote belang van informatievoorziening aan de deelnemers in een pensioenregeling:<sup>45</sup>

1) Algemene eisen aan pensioencommunicatie

De huidige pensioenwetgeving kent de open normen tijdig, duidelijk en begrijpelijk. Tegelijkertijd bevatten sommige wettelijke bepalingen behoorlijk gedetailleerde voorschriften, waardoor er te weinig ruimte is voor maatwerk. De nieuwe pensioenwetgeving bevat de overkoepelende normen tijdig, duidelijk, correct en evenwichtig. *Ook het aansluiten op de behoeften en kenmerken van de deelnemer en het bevorderen van inzicht in de keuzemogelijkheden van een pensioenregeling en in de gevolgen van belangrijke levensgebeurtenissen zijn als open normen in de nieuwe pensioenwetgeving opgenomen.*

Ook hier wordt dus benadrukt het belang van een goede informatievoorziening op het moment dat de deelnemer keuzes heeft; die moet eraan bijdragen dat de deelnemer zo'n keuze weloverwogen – aan de hand van tijdige, duidelijke, correcte en evenwichtige informatie – kan maken.

3.29. De open norm van evenwichtigheid van de informatie, die bij de Wet pensioencommunicatie is neergelegd in art. 48 PW, wordt in de memorie van toelichting als volgt toegelicht:<sup>46</sup> 'De norm evenwichtig betekent dat de relevante aanwezige voor- en nadelen goed moeten worden weergegeven. Om een

*juist beeld te geven moet een pensioenuitvoerder, naast informatie over de positieve kenmerken, ook informatie geven over de beperkende kenmerken of voorwaarden van de pensioenregeling.* Als de informatie niet evenwichtig is en een deelnemer niet voldoende op de hoogte is van de beperkende voorwaarden of risico's, kan hij ten onrechte een verkeerde conclusie trekken over zijn pensioenregeling, die hem ervan weerhoudt eventuele andere maatregelen binnen of buiten de pensioenregeling te nemen.

Evenwichtige informatie betekent niet dat de pensioenuitvoerder altijd uitputtend alle risico's en voorwaarden moet noemen. *De relevante aanwezige voor- en nadelen moeten goed worden weergegeven.*

Evenwichtige informatie betekent dus dat de deelnemer ook wordt geïnformeerd over aspecten van een pensioenregeling die nadelig of risicovol voor hem zijn.

*Art. 83 Pensioenwet: informatieplicht bij collectieve waardeoverdracht*

3.30. Naast de informatieplicht die verband houdt met art. 21 PW is in deze procedure ook van belang de informatieplicht die voortvloeit uit art. 83 PW. Deze bepaling regelt de bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht. Het huidige art. 83 lid 2 onder a PW luidt, evenals de voorloper in art. 75 lid 2 onder a PW (oud) als volgt:

'Bij een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in het eerste lid wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

a. de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of de pensioengerechtigden hebben geen bezwaren jegens de pensioenuitvoerder kenbaar gemaakt tegen de waardeoverdracht nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd; (...).'

3.31. In de memorie van toelichting is over art. 75 lid 2 onder a PW (oud) opgemerkt:<sup>47</sup>

'Op grond van de PSW was ook bij collectieve waardeoverdracht instemming van de rechthebbende vereist. Dit hield in de praktijk niet in dat iedere individuele werknemer uitdrukkelijk schriftelijk toestemming moest verlenen voor deze overdracht. De toestemming werd geacht te zijn gegeven als de werknemer binnen een redelijke termijn geen bezwaar maakt tegen de pensioenoverdracht. Hierbij werd er vanuit gegaan dat de werknemer geïnformeerd werd. Deze gang van zaken is nu uitdrukkelijk in dit onderdeel geregeld. Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat uiteraard alleen degenen wiens pensioenaanspraken of pensioenrechten betrokken zijn bij de waardeoverdracht geïnformeerd hoeven te worden. Wanneer de waarde van ingegane pensioenen niet wordt overgedragen, hoeven de pensioengerechtigden niet geïnformeerd te worden. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de weigering van een of enkele deelnemers niet de hele overdracht kan blokkeren, maar uitsluitend de waardeoverdracht met betrekking tot hun pensioenaanspraken of -rechten. Er is overigens niet voor gekozen om in de wet een termijn op te nemen welke de betrokkenen gegund moet worden om te reageren. Pensioenuitvoerders moeten in staat geacht worden

45 Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 3, p. 3.

46 Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 3, p. 5-6. Vgl. over deze norm ook L.H. Blom in zijn noot onder het bestreden arrest in *PJ* 2018/101, onder 8.

47 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 235-236. Vgl. hierover L.H. Blom in zijn noot onder het bestreden arrest in *PJ* 2018/101, onder 3: 'Terzijde merk ik op dat het arrest terminologisch niet geheel zuiver is, omdat de termen 'bezwaar maken tegen' en 'instemmen met' de overdracht door elkaar worden gebruikt; het eerste staat in de PW en het tweede stond in de vroegere PSW (art. 32ba).'

zelf hiervoor, gegeven de omstandigheden, een redelijke termijn te bepalen.<sup>7</sup>

3.32. De regeling van art. 83 lid 2 onder a PW wordt wel 'de negatieve optie' genoemd, omdat het niet kenbaar hebben gemaakt van bezwaren jegens de pensioenuitvoerder geldt als (stilzwijgende) instemming (vgl. art. 3:37 BW).<sup>48</sup> De negatieve optie, die voor collectieve waardeoverdracht is gecodificeerd in art. 83 lid 2 onder a PW, wordt in de praktijk ook op andere wijzigingen van de pensioenovereenkomst toegepast.<sup>49</sup> Het gebruik van de negatieve optie staat of valt bij een goede informatievoorziening, waarbij de gevolgen van een wijziging inzichtelijk worden gemaakt.

3.33. Het voornemen tot collectieve waardeoverdracht aan een pensioenuitvoerder wordt op grond van art. 83 lid 2 onder c PW door de overdragende pensioenuitvoerder uiterlijk drie maanden voor de beoogde datum van waardeoverdracht schriftelijk gemeld aan de toezichthouder. Een waardeoverdracht is slechts toegestaan als de toezichthouder geen verbod tot waardeoverdracht heeft opgelegd. De toezichthouder in het kader van een collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 PW is DNB. Voor wat betreft het informeren van de in art. 83 lid 2 onder a PW genoemde personen, is echter de AFM belast met het toezicht.<sup>50</sup>

3.34. De toetsingsnorm die DNB dient te hanteren bij de beoordelen van een voornemen tot collectieve waardeoverdracht blijkt uit de memorie van toelichting bij de Pensioenwet.<sup>51</sup>

'Het is de toezichthouder die per situatie moet beoordelen wanneer sprake is van een financiële toestand die te slecht is om de waardeoverdracht te laten plaatsvinden. Gegeven de verschillen in bijvoorbeeld de leeftijdsopbouw van het deelnemersbestand of de wijze van beleggen, kan dit per fonds sterk verschillen. Daarom is in de wet een algemene norm opgenomen op basis waarvan de toezichthouder moet oordelen.'

3.35. De beleidsuitingen over collectiewaardeoverdracht van pensioenfondsen zijn in het Open Boek Toezicht op de web-

site van DNB gepubliceerd.<sup>52</sup> Sinds augustus 2018 kunnen pensioenfondsen collectieve waardeoverdrachten melden via het Digitaal Loket Toezicht van DNB. Uit de Toelichting bij het meldingsformulier artikel 83 Pw voor een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever of beroepsvereniging op de website van DNB blijkt onder meer:<sup>53</sup>

'Communicatie naar de deelnemers

Eén van de eisen bij een CWO [collectieve waardeoverdracht, A-G] op verzoek van de werkgever of beroepsvereniging is dat de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of de pensioengerechtigden schriftelijk zijn geïnformeerd over de voorgenomen CWO en dat zij in de gelegenheid zijn gesteld om bezwaar te maken tegen de waardeoverdracht. Graag ontvangt DNB een (voorbeeld)brief die aan de deelnemers verstuurd wordt. Wij verwachten minimaal dat u in deze brief ingaat op de consequenties voor de bij de CWO betrokken deelnemers en de verschillen tussen de oude en de nieuwe pensioenuitvoerder. Ook komt duidelijk naar voren hoe de deelnemer bezwaar kan maken. De mogelijkheid om bezwaar te maken mag niet belemmerd worden door daaraan extra eisen te stellen, bijvoorbeeld dat het bezwaar gemotiveerd moet zijn. De deelnemers moeten een redelijke termijn krijgen om te kunnen reageren op deze brief. Het gebruik van de negatieve optie is toegestaan. Indien u verschillende brieven gebruikt voor actieve deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, dan ontvangen wij graag van alle drie een voorbeeld.'

3.36. DNB voert zowel een volledigheidcheck uit van de in-gediende documenten en de daarin te beantwoorden vragen als een inhoudelijke beoordeling.<sup>54</sup> Niet geheel duidelijk is in hoeverre de brief over de collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW inhoudelijk wordt of werd beoordeeld door DNB, nu dit aspect van het toezicht bij de AFM is belegd (zie onder 3.33).

3.37. Bij een voornemen tot collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever is zowel een nieuwe (ontvangende) pensioenuitvoerder als een oude (overdragende) pensioenuitvoerder betrokken (zie over deze begrippen ook art. 1 PW). In het onderhavige geschil is NN de overdragende pensioenuitvoerder en PMT de ontvangende pensioenuitvoerder. De overdragende pensioenuitvoerder informeert de toezichthouder over de ontvangende pensioenuitvoerder.<sup>55</sup> Dat is in het onderhavige geval ook gebeurd. NN heeft als overdragende pensioenuitvoerder het voornemen tot collectieve waardeoverdracht gemeld bij DNB (feiten onder 1.3). De wet laat in het midden op wie de verplichting rust tot het informeren van de betrokkenen over het voornemen tot collectieve waarde-

48 Zie bijv. E. Lutjens, 'Wijziging van de pensioenregeling', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 395-396. Zie ook M. Heemskerck, *Pensioenrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 316.

49 Zie E. Lutjens, 'Wijziging van de pensioenregeling', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 396. Zie verder bijv. M.M. Govaert, 'Gezichts punten bij wijziging van de pensioenovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019/19, par. 2.

50 Het prudentiële toezicht en het materiële toezicht op grond van de Pensioenwet zijn bij DNB gelegd. Zie art. 151 lid 3 PW. De AFM is belast met het gedragstoezicht. Zie art. 151 lid 1 PW en *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, nr. 3, p. 126-127. Bij algemene maatregel van bestuur wordt de taakverdeling en de samenwerking van de toezichthouders AFM en DNB geregeld. Zie art. 151 lid 7 PW en *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, nr. 3, p. 142. Het toezicht op de communicatie met de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of pensioengerechtigden over het kenbaar maken van bezwaren tegen de waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW valt onder het gedragstoezicht van de AFM. Zie art. 36 lid 1 van Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling, *Stb.* 2006, 709. In deze zin bijv. ook D.J. Kwanten, *T&C Pensioenrecht, commentaar op art. 83 PW*, aant. 12 (2019): 'Voor wat betreft de informatieverstrekking aan de in lid 2 onderdeel a genoemde personen houdt de AFM toezicht. Voor het overige ligt het toezicht bij DNB.'

51 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 100.

52 Zie <https://www.toezicht.dnb.nl/2/6/50-236754.jsp>. Een oudere versie van de *factsheet* Collectieve waardeoverdracht tussen pensioenfondsen uit het Open Boek Toezicht is opgenomen als productie 2 bij de conclusie van antwoord.

53 Zie p. 11 van de Toelichting. De Toelichting bij het meldingsformulier artikel 83 Pw is te raadplegen op [https://www.dnb.nl/binaries/Toelichting%20art83\\_tcm46-378072.PDF?2019052714D](https://www.dnb.nl/binaries/Toelichting%20art83_tcm46-378072.PDF?2019052714D).

54 Zie op p. 18 van de Toelichting bij het meldingsformulier artikel 83 Pw.

55 Aldus ook D.J. Kwanten, *T&C Pensioenrecht, commentaar op art. 83 PW*, aant. 3 onder c (2019), onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, nr. 3, p. 236: 'Bij collectieve waardeoverdracht moet de oude pensioenuitvoerder de toezichthouder informeren over de nieuwe pensioenuitvoerder, aangezien de toezichthouder beoordeelt of de financiële positie van beide pensioenuitvoerders deze vorm van waardeoverdracht toelaat.'

overdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW.<sup>56</sup> In de literatuur wordt overigens aangenomen dat het in de rede ligt dat deze informatieplicht in de eerste plaats bij de werkgever ligt en niet bij de nieuwe (ontvangende) pensioenuitvoerder.<sup>57</sup> Het hof lijkt daar in rov. 3.8 van het bestreden arrest ook van uit te gaan.

3.38. Dat de collectieve waardeoverdracht niet tot in detail in de Pensioenwet is geregeld en pensioenuitvoerders hun eigen procedures hanteren, wordt ook in de sector onderkend, zo blijkt uit een artikel van auteurs die daarin werkzaam zijn.<sup>58</sup>

‘Het proces van collectieve waardeoverdracht is momenteel niet gestandaardiseerd; pensioenuitvoerders hanteren hun eigen procedures en overdrachtsovereenkomsten. Hierdoor zijn collectieve waardeoverdrachten veelal complexe en langdurige processen waar werkgevers, deelnemers noch uitvoerders vreugde aan beleven. De verzekeringssector vindt dit niet langer wenselijk en heeft met het initiatief tot opstellen van het “Protocol Collectieve Waardeoverdracht” uniformering willen aanbrenge(n). Daarmee wordt eenduidigheid en vereenvoudigen van processen en werkwijzen rond de collectieve waardeoverdracht nagestreefd [voetnoot verwijderd, A-G].’

3.39. Gedoeld wordt op het Protocol collectieve waardeoverdracht (hierna: het protocol), dat met ingang van 1 januari 2019 door het Verbond van Verzekeraars is vastgesteld.<sup>59</sup> Aan het protocol is een modelovereenkomst verbonden. Met het protocol wordt beoogd het proces van collectieve waardeoverdracht te vereenvoudigen, kosten te verlagen en pensioenen sneller tussen uitvoerders over te dragen. In het protocol wordt ervan uitgegaan dat het schriftelijk informeren van de betrokkenen over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht tot de taak van de werkgever behoort.<sup>60</sup> Daarbij wordt echter ook opgemerkt dat de werkgever deze informatieverplichting kan uitbesteden, bijvoorbeeld aan de ontvangende pensioenuitvoerder.<sup>61</sup> Dat lijkt in het onderhavige geval te zijn gebeurd. PMT als ontvangende uitvoerder heeft Gepensioneerde bij brief van 13 januari 2009 schriftelijk geïnformeerd

over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht en de mogelijkheid om daartegen bezwaar kenbaar te maken (feiten onder 1.4).<sup>62</sup>

3.40. Onder het kopje ‘Verantwoordelijkheden’ staat in het protocol verder onder meer:<sup>63</sup>

‘Bij het verstrekken van informatie aan de betrokkenen zien zowel de overdragende en ontvangende pensioenuitvoerder toe op de juistheid van de verstrekte informatie voor wat betreft de eigen pensioenregeling. Binnen het protocol worden de momenten benoemd waarop sprake is van communicatie richting de werkgever en betrokkenen. Daarmee wordt invulling gegeven aan de zorgplicht vanuit de pensioenuitvoerder. Afhankelijk van de complexiteit van de waardeoverdracht worden voorwaarden gesteld aan de inhoud, waarbij onder meer wordt gewaarschuwd voor de risico’s.’

Het protocol gaat aldus uit van een gedeelde zorgplicht van de werkgever en de beide pensioenuitvoerders, omdat alle partijen er belang bij hebben dat de betrokkene de gevolgen van de overdracht goed kan overzien.<sup>64</sup>

3.41. Een dergelijke gedeelde zorgplicht tussen werkgever en pensioenuitvoerder past ook in de systematiek van de Pensioenwet (zie onder 3.18 hiervoor). Ik wijs er verder nog op dat het Verbond van Verzekeraars zich in het protocol bij het aannemen van deze gedeelde zorgplicht voor wat betreft de pensioenuitvoerder uitdrukkelijk op het in deze zaak bestreden hofarrest baseert.<sup>65</sup>

3.42. Lutjens legt, ook onder verwijzing naar het bestreden hofarrest, een verband tussen de informatieplicht uit art. 21 lid 2 PW en de informatieplicht uit art. 83 lid 2 onder a PW:<sup>66</sup> ‘Individueel gerichte informatie op verzoek kan in beginsel beperkt zijn tot aan de pensioenuitvoerder kenbaar gemaakte vragen en omstandigheden. Hier voeg ik aan toe dat dit een andere situatie is dan de situatie waarin de pensioenuitvoerder wettelijk gehouden is de deelnemer c.a. informatie te geven over waardeoverdracht, mede in verband met de vraag of de betrokkene gebruik zal maken van zijn bezwaarrecht, of de situatie dat de werknemer moet beslissen over een wijziging van de pensioenregeling. Dan zal de informatie in deze zin volledig moeten zijn, dat ook mogelijke negatieve gevolgen van de waardeoverdracht of wijziging in de informatie opgenomen is (vgl. Hof Den Haag 8 mei 2018, PJ 2018/101).’

3.43. Door Kuiper wordt gewezen op de verwantschap tussen de informatieverplichting die voortvloeit uit art. 83 lid 2 onder a PW en de desbetreffende startinformatie die moet worden verstrekt in de zin van art. 21 lid 1 PW (mijn onderstreping; *gecursiveerd red.*):<sup>67</sup>

56 S.H. Kuiper, ‘Informatie en voorlichting over pensioen’, in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 319. Zie ook D.S. de Jager, D. Schmitz en Y.J. van Straalen, ‘Protocol collectieve waardeoverdracht stroomlijnt proces’, *PensioenMagazine* 2019/75, p. 12 en Y.H. van Dorssen, J.M. van Riemsdijk en M.E.C. Boumans, ‘Informeren over waardeoverdracht’, *TPV* 2010/31, par. 2.5.

57 In deze zin Y.H. van Dorssen, J.M. van Riemsdijk en M.E.C. Boumans, ‘Informeren over waardeoverdracht’, *TPV* 2010/31, par. 2.5 en D.S. de Jager, D. Schmitz en Y.J. van Straalen, ‘Protocol collectieve waardeoverdracht stroomlijnt proces’, *PensioenMagazine* 2019/75, p. 12.

58 D.S. de Jager, D. Schmitz en Y.J. van Straalen, ‘Protocol collectieve waardeoverdracht stroomlijnt proces’, *PensioenMagazine* 2019/75, p. 10.

59 Het protocol is te raadplegen op <https://www.verzekeraars.nl/branche/zelfregulering/overzicht/collectieve-waardeoverdracht-2019-protocol-en-modelovereenkomst>.

60 Protocol, p. 6.

61 Protocol, p. 6, voetnoot 5: ‘De werkgever kan deze informatieverplichting [het schriftelijk informeren van de betrokkenen over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht ex art. 83 lid 2 onder a PW, A-G] uitbesteden, bijvoorbeeld aan een adviseur of de ontvangende pensioenuitvoerder. De overdragende en ontvangende pensioenuitvoerders stipuleren welke informatie tenminste in de brief dient te worden opgenomen. Ook kan de werkgever aan de ontvangende pensioenuitvoerder verzoeken een modelbrief ter beschikking te stellen.’

62 Vgl. L.H. Blom in zijn noot onder het bestreden arrest in *PJ* 2018/101, onder 4: ‘In dit geval heeft PMT – om onduidelijke redenen, althans redenen die niet uit het arrest blijken – de belanghebbenden geïnformeerd.’

63 Protocol, p. 5.

64 Aldus D.S. de Jager, D. Schmitz en Y.J. van Straalen, ‘Protocol collectieve waardeoverdracht stroomlijnt proces’, *PensioenMagazine* 2019/75, p. 12.

65 Protocol, p. 5, voetnoot 4. Zie ook D.S. de Jager, D. Schmitz en Y.J. van Straalen, ‘Protocol collectieve waardeoverdracht stroomlijnt proces’, *PensioenMagazine* 2019/75, p. 12.

66 Rechtbank Amsterdam 18 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1049, *PJ* 2019/30 met red. aant. E. Lutjens.

67 S.H. Kuiper, ‘Informatie en voorlichting over pensioen’, in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 320.

‘Omdat de hier besproken collectieve waardeoverdracht geen rechtshandeling vergt van deelnemers, partners en pensioengerechtigden, is er voor hen geen plaats voor het invoeren van een wilsgebrek. Daarmee ontbreekt ook de mogelijkheid van een beroep op een bij dat wilsgebrek horende mededelingsplicht van werkgever of uitvoerder. Dat gebrek kan mogelijk een ruime uitleg van de informatieplicht van artikel 83 lid 2 sub a PW rechtvaardigen. Hoe deze informatieplicht nader in te vullen? *Voor wat betreft de informatie te verstrekken over gevolgen van waardeoverdracht zou een pensioenuitvoerder kunnen aansluiten bij de informatie over waardeoverdracht te verstrekken bij de start van de verwerving van pensioenaanspraken (art. 21 lid 1 PW) en bij beëindiging van deelname (art. 39 PW).*’

3.44. Kuiper verwijst in dit verband naar de ruime uitleg van informatieverstrekking over waardeoverdracht door de AFM in de Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders, die is gepubliceerd in maart 2011 en weer is ingetrokken per 1 juli 2015 (mijn onderstreping; gecursiveerd *red.*).<sup>68</sup>

‘Het overdragende pensioenfonds moet de deelnemer wijzen op zijn recht op waardeoverdracht in de beëindigingsinformatie, en het ontvangende pensioenfonds moet de deelnemer wijzen op waardeoverdracht in de welkomstinformatie. Toch vindt de AFM dit niet voldoende. (...)’

*Maak hierbij ook duidelijk wat het belang is van waardeoverdracht: het is een beslissing die grote financiële consequenties kan hebben. Leg de deelnemer uit welke elementen van de vorige en huidige pensioenregeling belangrijk zijn bij het maken van een keuze over waardeoverdracht, zoals het karakter van de pensioenregeling, de aard van het nabestaandenpensioen en de toeslagverlening. Leg de belangrijkste verschillen tussen de twee pensioenregelingen uit en wijs vooral op de gevolgen van het juist wel of niet overdragen van de opgebouwde waarde, uitgaande van alle op dat moment relevante informatie over de verschillen in kwaliteit tussen de betreffende pensioenregelingen [voetnoot, A-G: W.o. dus karakter en risico’s, toegekende en te verwachten toeslagen, uitgevoerde en te verwachten kortingen of premieverhogingen] maar ook over de betreffende deelnemer zelf.’*

Kuiper benadrukt dus het verband tussen een goede informatievoorziening over de waardeoverdracht en het kunnen maken van een geïnformeerde keuze van betrokkene (vergelijk ook onder 3.4-3.5 en 3.27-3.28).

*Art. 134 Pensioenwet: verlaging pensioenaanspraken en pensioenrechten*

3.45. De bevoegdheid die een pensioenfonds in bijzondere omstandigheden heeft om verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten te verlagen (‘korten’) is neergelegd in art. 134 PW. Een pensioenfonds kan uitsluitend korten indien a) niet wordt voldaan aan de gestelde eisen ten aanzien van het eigen vermogen in de zin van art. 131 of art. 132 PW; b) het pensioenfonds niet binnen redelijke termijn aan die eisen kan voldoen zonder dat de belangen van deelnemers c.a. of de werkgever onevenredig worden geschaad; en c) alle overige sturingsmiddelen, met uitzondering van het beleggingsbeleid, zijn ingezet in het herstelplan. Over een besluit tot korten moet een pensioenfonds de deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden en de werkgever op grond van art. 134 lid 2 PW schriftelijk informeren.

68 AFM, *Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders*, p. 29 (Praktijkvoorbeeld I: Waardeoverdracht), versie 2012.

3.46. Over het *moment* waarop het pensioenfonds het beste kan communiceren over korten is in de hiervoor in de memorie van toelichting bij de Wet pensioencommunicatie door de staatssecretaris aangehaalde evaluatie van de informatiebepalingen in de pensioenwetgeving het volgende opgemerkt:<sup>69</sup>

‘In het SZW-deel van het selfassessment-onderzoek is aan de pensioenfondsen ook gevraagd op welk(e) moment(en) fondsen het beste over de mogelijkheden van korten kunnen communiceren. Twee momenten die het vaakst worden genoemd, zijn de momenten dat de kortingsmaatregel definitief wordt vastgesteld en dat er een voornemen tot korten is opgenomen in het initiële herstelplan. (...) Zowel in het SZW-deel van het selfassessment-onderzoek als in de interviews wordt door pensioenfondsen genoemd dat communicatie over de *mogelijkheid* van korten kan zorgen voor onnodige onrust bij deelnemers. Zij vinden het daarom belangrijk dat er pas geïnformeerd wordt over korten zodra er meer zekerheid over de noodzaak hiertoe bestaat. Enkele geïnterviewde pensioenfondsen geven aan dat zij op hun website of in hun nieuwsbrief aan de orde hebben gesteld dat korten voor hen niet speelde.’

Er is dus geen eenduidige lijn over het moment waarop pensioenuitvoerders betrokkenen informeren over de mogelijkheid van een korting.

3.47. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de ‘startbrief’ bij de Wet pensioencommunicatie per 1 juli 2016 vervallen. Voor de startbrief is de zogenoemde laag 1 van de Pensioen 1-2-3 in de plaats gekomen, op grond waarvan basisinformatie wordt verstrekt over de pensioenregeling. Deze wijziging wordt in de toelichting bij het gewijzigde Besluit als volgt gemotiveerd:<sup>70</sup>

‘Het doel van de basisinformatie is dat de deelnemer makkelijk duidelijke informatie kan vinden over de belangrijkste kenmerken van de pensioenregeling, de keuzemogelijkheden die hij heeft, dat hij weet wanneer hij in actie moet komen en op de hoogte is van de financiële situatie van het pensioenfonds.’

3.48. In art. 2 lid 1 aanhef en onder e van het gewijzigde Besluit is opgenomen dat de informatie over de kenmerken van de pensioenregeling als bedoeld in art. 21 PW in ieder geval de risico’s moet bevatten. Uit de toelichting bij het gewijzigde Besluit blijkt dat het hier gaat om ‘de risico’s die van invloed zijn op het pensioenresultaat van de basispensioenregeling, zoals het beleggingsrisico, en de toeslagverlening en doorgevoerde kortingen van de laatste drie jaar.’<sup>71</sup> Tot de informatie die op grond van art. 21 PW moet worden verstrekt, behoort derhalve ook informatie over mogelijke risico’s van de pensioenregeling.

3.49. Verder is nog te wijzen op de reactie van DNB, die als bijlage is opgenomen bij de memorie van toelichting bij de Wet pensioencommunicatie. DNB merkt in haar reactie onder meer het volgende op (mijn onderstreping; gecursiveerd *red.*):<sup>72</sup>

*‘Adequaat en tijdig informeren over relevante omstandigheden en gebeurtenissen*

69 L.F. Heuts en J.F.I. Klaver, *Evaluatie informatiebepalingen pensioenwetgeving. Eindrapport*, Onderzoek uitgevoerd door Regioplan Beleidsonderzoek in opdracht van het ministerie van SZW, Amsterdam: Regioplan 2011, p. 22-23. Het eindrapport van de evaluatie is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 33 110, nr. 1.

70 *Stb.* 2015, 259, p. 11.

71 *Stb.* 2015, 259, p. 16.

72 Bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 34 008, nr. 3, p. 2.

DNB heeft in haar wetgevingsbrief 2011 (dd 3 november 2011), net als de AFM, het belang onderschreven dat pensioenfondsen de pensioen- en aanspraakgerechtigden adequaat en tijdig informeren over relevante omstandigheden en gebeurtenissen betreffende het pensioenfonds. (...) In het voorontwerp is van deze (...) punten alleen het verstrekken van informatie tot het verminderen van pensioenaanspraken en pensioenrechten opgenomen. (...) *Bovendien kan de verplichting over de informatie over het verminderen van pensioenaanspraken en pensioenrechten worden verduidelijkt door op te nemen dat dit niet alleen informatie betreft over het nemen van een definitief besluit, maar ook over een voorgenomen besluit, zodat deelnemers al in een vroeg stadium op de hoogte zijn van mogelijke kortingen.*

Dit laatste punt van DNB is blijkens de memorie van toelichting overigens niet overgenomen. De staatssecretaris acht het wenselijk deelnemers en pensioengerechtigden pas te informeren *nadat* DNB akkoord is gegaan met het herstelplan en het een definitieve korting betreft.<sup>73</sup>

#### *Verskil tussen verzekeraar en pensioenfonds*

3.50. Ten slotte is nog op te merken dat, anders dan een pensioenfonds, een verzekeraar niet de bevoegdheid heeft om op grond van art. 134 PW over te gaan tot het verlagen van verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten. Een verzekeraar is immers contractueel gebonden om uit te keren wat overeengekomen is met de verzekerde.

3.51. Over het verschil tussen een verzekeraar en een pensioenfonds ten aanzien van de kortingsmogelijkheid wordt in de memorie van toelichting bij de Pensioenwet onder meer het volgende opgemerkt.<sup>74</sup>

#### *Verzekeraars*

In geval van onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een verzekeraar gaat de verzekeraar verplichtingen aan waarvan het niveau van tevoren is vastgesteld. Ook de contractduur alsmede de premie die de werkgever de verzekeraar betaalt worden vooraf afgesproken. Er is derhalve een directe relatie tussen de premie en (de opbouw van) pensioen. Indien de werkgever de premie niet betaalt wordt die relatie doorbroken. Stopzetting van de betaling van de premie door de werkgever zal tot gevolg hebben dat de verzekeraar de pensioenverzekeringen van de deelnemers premievrij maakt of deze – indien de verzekering geen premievrije waarde heeft, zoals bij verzekeringen op risicobasis het geval is – laat vervallen. Aanspraken (op toekomstig pensioen) en rechten (reeds ingegane pensioenuitkeringen) die zijn opgebouwd voordat de werkgever de premiebetaling staakte blijven in stand. (...).

#### *Pensioenfondsen*

Anders dan bij verzekeraars is er bij pensioenfondsen doorgaans geen sprake van een directe relatie tussen premiebetaling enerzijds en uiteindelijke uitkering anderzijds. Dit vloeit voort uit het feit dat de relatie tussen een werkgever en een pensioenfonds van geheel andere aard is dan de relatie tussen een werkgever en de verzekeraar. De relatie tussen werkgever en pensioenfonds heeft in principe een onbeperkte duur. Pensioenfondsen hebben de mogelijkheid de premie aan te passen wanneer dat nodig is binnen de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen grenzen. De relatieve zekerheid van

pensioenfondsen over de omvang van hun deelnemersbestand en de relatie met de werkgever op de lange termijn, maken het voor pensioenfondsen mogelijk om bij een eventueel tekortschietend vermogen een beroep te doen op de deelnemers. (...) [Z]olang de financiële situatie van het pensioenfonds het toelaat, heeft het pensioenfonds de plicht om de pensioenopbouw te continueren en de reeds opgebouwde rechten ongewijzigd te laten. (...).

In de praktijk blijkt overigens dat de reeds opgebouwde aanspraken en rechten van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden zelden gewijzigd worden. Als de financiële situatie van een pensioenfonds aanleiding geeft tot maatregelen, komen deze meestal ten laste van de deelnemers in de vorm van een hogere premie of versobering van de regeling met betrekking tot de toekomstige opbouw van pensioen. Een pensioenfonds dient over aanpassing van bestaande rechten en aanspraken advies te vragen aan de deelnemersraad.'

#### *4. Bespreking van het principale cassatieberoep*

4.1. Het principale cassatiemiddel bestaat uit zeven onderdelen, die elk zijn uitgewerkt in verschillende subonderdelen. De klachten zijn deels procesrechtelijk en deels materieelrechtelijk van aard.

#### *Onderdeel 1*

4.2. Het eerste onderdeel is met name gericht tegen rov. 3.4, waarin het hof het volgende overweegt:

'3.4. Met *grief 2* komt [Gepensioneerde] op tegen rov. 4.3 van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank [Gepensioneerde's] stelling verwerpt dat PMT hem ook los van artikel 21 PW had moeten waarschuwen voor zijn uit artikel 134 PW voortvloeiende recht pensioenaanspraken te korten. Het hof begrijpt, mede gegeven het betoog van [Gepensioneerde] in eerste aanleg en de structuur van het bestreden vonnis, de *grief* aldus dat [Gepensioneerde] van mening is dat de zorgplicht van PMT jegens hem in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht op de voet van artikel 83 PW meebrengt dat PMT hem de desbetreffende informatie had moeten verstrekken.'

4.3. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat rov. 3.4 van het hof onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd, aangezien de toelichting op *grief II* geen andere uitleg toelaat dan dat Gepensioneerde van de twee argumenten die hij geacht kan worden ten grondslag te hebben gelegd aan zijn stelling dat PMT enige op haar rustende informatieplicht geschonden zou hebben, er in hoger beroep slechts één heeft gehandhaafd. Namelijk het argument dat PMT een startbrief had moeten afgeven. De uitleg die het hof aan *grief II* heeft gegeven is voorts onbegrijpelijk in het licht van het feit dat PMT de *grief* zo heeft uitgelegd dat Gepensioneerde in hoger beroep niet meer een informatieverplichting van PMT op basis van art. 83 PW aan de orde stelde, maar uitsluitend een informatieverplichting ex art. 21 PW. Het oordeel van het hof geeft bovendien blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof is getreden buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, althans buiten het door de grieven ontsloten gebied.

4.4. *Subonderdeel 1.2* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.4 blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het hof door te onderzoeken of uit 'de zorgplicht van PMT jegens hem in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht op de voet van artikel 83 PW' een (privaatrechtelijke?) informatieverplichting van PMT tegenover Gepensioneerde voortvloeit, ten onrechte ambtshalve feitelijke gronden heeft bijgebracht. Noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep heeft

<sup>73</sup> Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 3, p. 19.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 62-63. Zie ook Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 66-67, onder verwijzing naar Kamerstukken II 2000/01, 26 537, nr. 4.

Gepensioneerde zich erop beroepen dat deze vermeende informatieverplichting zou voortvloeien uit een zorgplicht.

4.5. *Subonderdeel 1.3* klaagt dat voor zover het hof wel vrijstond te onderzoeken of de informatieverplichting van PMT voortvloeide uit een op PMT rustende zorgplicht in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht op de voet van art. 83 PW, bij wijze van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven, omdat PMT niet eerst in de gelegenheid is gesteld zich nader over deze door het hof aangevulde rechtsgrond uit te laten. Gelet op het processuele debat tussen partijen behoeft PMT er geen rekening mee te houden dat het hof zonder PMT in de gelegenheid te stellen zich nader uit te laten, zijn beslissing zou baseren op enigerlei zorgplicht van PMT.

4.6. Bij inleidende dagvaarding heeft Gepensioneerde zijn vordering onder het kopje 'Standpunt [Gepensioneerde] en juridische context' als volgt toegelicht (p. 4 en p. 8):

'9. [Gepensioneerde] stelt zich op het standpunt dat PMT hem in 2009 had moeten wijzen op het feit dat PMT gerechtigd is om de pensioenaanspraken te korten terwijl NN dat niet zou kunnen. Indien [Gepensioneerde] destijds van dit verschil tussen een pensioenfonds en een verzekeraar op de hoogte zou zijn geweest, zou hij bezwaar hebben gemaakt tegen de waardeoverdracht.

(...)

24. [Gepensioneerde] kan op grond van bovenstaande niet anders concluderen dan dat PMT niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting, op grond waarvan zij verantwoordelijk is voor de hieruit voortvloeiende schade. Schending van deze informatieverplichting leidt tot een schadevergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad.'

4.7. In de tussenliggende randnummers van de inleidende dagvaarding noemt Gepensioneerde verschillende grondslagen voor deze informatieverplichting van PMT. In randnummers 10-12 wijst hij op de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 PW. In randnummers 13-19 stelt hij dat sprake is van overeenkomstige toepassing van art. 21 PW, op de grond dat herleven van de aansluitingsplicht bij het bedrijfstakpensioenfonds kan worden gelijkgesteld met het aanvangen van deelname aan de pensioenregeling. In randnummers 20-23 beroept Gepensioneerde zich op gerechtvaardigd vertrouwen dat zijn pensioen op dezelfde wijze zou zijn veiliggesteld bij PMT als bij NN. In randnummer 23 van de inleidende dagvaarding wordt bovendien door Gepensioneerde opgemerkt (p. 8): 'De Hoge Raad heeft zich eerder gebogen over het vraagstuk wanneer een pensioenuitvoerder aan haar informatieverplichting heeft voldaan'. Kennelijk, aldus ook randnummer 30 van de conclusie van antwoord, verwijst Gepensioneerde hier naar HR 8 februari 2013 (*Niehof/Bpf Bouw*).<sup>75</sup> In dat arrest heeft de Hoge Raad aanvaard dat een zorgplicht op de pensioenuitvoerder kan rusten jegens (gewezen) deelnemers (zie onder 3.8).

4.8. PMT heeft de drie argumenten die Gepensioneerde in zijn inleidende dagvaarding heeft aangevoerd, in haar conclusie van antwoord ook als zodanig benoemd (zie met name randnummer 19), en vervolgens betwist. De grondslag ex art. 83 lid 2 PW is betwist in randnummers 20-21; de grondslag ex art. 21 PW in randnummers 22-26 en de grondslag van

het gewekte vertrouwen in randnummers 27-31 van de conclusie van antwoord.

4.9. De kantonrechter heeft de drie grondslagen in zijn vonnis van 20 juni 2016 ook als zodanig van elkaar onderscheiden. De grondslag ex art. 21 PW is verworpen in rov. 4.2, de grondslag ex art. 83 lid 2 PW is verworpen in rov. 4.3 en de grondslag van het gewekte vertrouwen is verworpen in rov. 4.4 (zie ook hiervoor, onder 2.4).

4.10. In hoger beroep heeft Gepensioneerde grieven gericht tegen deze drie overwegingen. Grief I is gericht tegen rov. 4.2, grief II is gericht tegen rov. 4.3 en grief III is gericht tegen rov. 4.4. De grieven zijn als volgt toegelicht:

Toelichting op grief I, gericht tegen rov. 4.2:

'[Gepensioneerde] heeft volhard in zijn standpunt dat PMT hem een startbrief had behoren te zenden en hij heeft zijn standpunt als volgt toegelicht. In deze kwestie is sprake van herleven van de aansluitingsplicht omdat aan de voorwaarden van de vrijstelling niet langer is voldaan. Dit kan gelijk worden gesteld met het aanvangen van deelname aan de pensioenregeling. Bij aanvang van deelname aan de pensioenregeling dient binnen 3 maanden een startbrief te worden verstrekt.'

Toelichting op grief II, gericht tegen rov. 4.3:

'[Gepensioneerde] heeft zijn stelling wel toegelicht op dit punt. Immers, hij is van mening dat hem een startbrief had behoren te worden verstrekt door PMT. Had [Gepensioneerde] de juiste en volledige informatie ontvangen, dan had hij geweten dat zijn gegarandeerde aanspraken bij NN, na overdracht aan PMT gekort konden worden. [Gepensioneerde] had dan bezwaar gemaakt tegen de waardeoverdracht.'

Toelichting op grief III, gericht tegen rov. 4.4:

'[Gepensioneerde] heeft tegen het verweer van PMT het volgende aangevoerd. [Gepensioneerde] vertrouwde erop en mocht er ook gerechtvaardigd op vertrouwen dat de overdracht geen financiële gevolgen voor hem zou hebben. In de brief van 13 januari 2009 wordt immers expliciet vermeld dat de overdracht geen financiële gevolgen zou hebben.

Daarnaast wordt in de brief aangegeven dat de wettelijke beschermingsregels gelden, waardoor alle pensioenaanspraken zonder verlies van waarde moeten worden overgedragen van NN aan PMT. Dat betreft een aparte mededeling, los van de mededeling dat de overdracht geen financiële gevolgen zou hebben.

Wanneer PMT duidelijk zou hebben gemaakt dat er wel degelijk een verschil was tussen NN en PMT voor wat betreft de uitvoering van de pensioenuitkering, namelijk dat NN niet mag korten, dan zou [Gepensioneerde] nooit overwogen hebben zijn pensioen van NN naar PMT over te laten gaan.'

4.11. PMT heeft in haar memorie van antwoord de grieven van Gepensioneerde beperkt uitgelegd. Grief I en II zijn door PMT gezamenlijk behandeld in randnummers 20-26 van de memorie van antwoord. Volgens PMT heeft Gepensioneerde zich met grief I en II op het standpunt gesteld dat PMT hem een startbrief in de zin van art. 21 PW had moeten versturen (randnummer 20). Deze uitleg van grief II lijkt PMT te baseren op de toelichting op de grief. De tekst van deze toelichting correspondeert echter niet met de inhoud van rov. 4.3, en de daartegen gerichte grief. In rov. 4.3 heeft de kantonrechter gerespondeerd op de stelling dat er ook los van de startbrief ex art. 21 PW een informatieverplichting is om Gepensioneerde in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht te wijzen op het bestaan van de kortingsmogelijkheid van art. 134 PW. De toelichting op de grief verwijst echter juist naar de startbrief ex art. 21 PW.

75 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, NJ 2013/106, PJ 2013/60 m.nt. T. Huijg, JAR 2013/73 m.nt. M. Heemskerck, TRA 2013/60 m.nt. J.J.M de Laat (*Niehof/Bpf Bouw*).

4.12. Ondanks de verwarrende toelichting op grief II was er onvoldoende aanleiding voor PMT om ervan uit te gaan dat Gepensioneerde in hoger beroep de grondslag voor de informatieverplichting van art. 83 lid 2 PW – waarop Gepensioneerde zich in eerste aanleg uitdrukkelijk had beroepen – had prijsgegeven. Integendeel, aannemelijk was dat Gepensioneerde al zijn argumenten uit de eerste aanleg in hoger beroep heeft willen handhaven. Dat blijkt ook uit het voorbehoud in de memorie van grieven, dat Gepensioneerde al zijn stellingen als neergelegd in de stukken in eerste aanleg handhaaft, zodat deze deel uitmaken van de memorie van grieven (randnummer 4). Verder blijkt uit randnummer 1 van de memorie van grieven dat Gepensioneerde zich in zijn algemeenheid op het standpunt stelt dat PMT niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting. Dat hij daarbij ook rov. 4.3 van het vonnis ter discussie wilde stellen, volgt uit grief II. Ik merk nog op dat PMT in haar memorie van antwoord onder 18 zelf óók wijst op art. 83 lid 2 PW (p. 7-8):

‘Indien aan de voorwaarden van artikel 83 lid 2 PW is voldaan, kan een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever (in dit geval [A]) door de overdragende pensioenuitvoerder (in dit geval NN) aan de ontvangende pensioenuitvoerder (in dit geval PMT) plaatsvinden. DNB had geen bezwaren tegen de door [A] verzochte collectieve waardeoverdracht. Daarom hebben [A] en NN uitvoering gegeven aan het voornemen tot collectieve waardeoverdracht. [Gepensioneerde] ontving aansluitend op 13 januari 2009 een welkomstbrief voor pensioengerechtigden van PMT.’

4.13. Het voorgaande betekent dat het hof terecht, onder verwijzing naar het partijdebat in eerste aanleg en de structuur van het vonnis in eerste aanleg, grief II aldus heeft begrepen, ‘dat Gepensioneerde van mening is dat de zorgplicht van PMT jegens hem in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht op de voet van artikel 83 PW meebrengt dat PMT hem de desbetreffende informatie had moeten verstrekken’. Met deze uitleg is het hof ook niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep getreden.

4.14. Evenmin is sprake van een verrassingsbeslissing. De vraag of sprake is van een verrassingsbeslissing is primair een kwestie van uitleg van de grieven, die is voorbehouden aan de feitenrechter. Ook als een partij niet op de gekozen uitleg had gerekend, betekent dat nog niet dat *reeds daarmee* sprake is van een verrassingsbeslissing.<sup>76</sup> Hoewel PMT kennelijk blijken haar memorie van antwoord niet op de door het hof gegeven uitleg van de grieven had gerekend, is deze uitleg in de gegeven omstandigheden niet zó verrassend dat PMT hier niet op bedacht had moeten zijn. Daarbij is mede van belang dat de informatieverplichtingen ex art. 21 PW en ex art. 83 lid 2 onder a PW nauw verwant zijn (zie onder 3.42-3.43). Subonderdeel 1.1 faalt daarmee.

4.15. Ook van een schending van art. 24 Rv is geen sprake. Het is de taak van de rechter om op de gestelde (rechts)feiten de juiste rechtsgronden toe te passen. Gepensioneerde heeft gesteld dat PMT haar informatieverplichting jegens hem heeft geschonden, op grond waarvan zij uit onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de hieruit voortvloeiende schade. Daarbij heeft Gepensioneerde zowel gewezen op art. 21 PW als op

art. 83 lid 2 PW als grondslag voor deze informatieverplichting. Bovendien heeft Gepensioneerde in randnummer 23 van de inleidende dagvaarding verwezen naar rechtspraak van de Hoge Raad – bedoeld is HR 8 februari 2013 (*Niehof/Bpf Bouw*) (zie onder 4.7) – over het vraagstuk wanneer een pensioenuitvoerder aan haar informatieverplichting heeft voldaan. In dat arrest neemt de Hoge Raad een *zorgplicht* van de pensioenuitvoerder aan (zie ook onder 3.8).

Daarmee faalt ook subonderdeel 1.2.

4.16. Subonderdeel 1.3 neemt terecht tot uitgangspunt dat het hof vrijstond om, gelet op de in art. 25 Rv neergelegde verplichting tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, te onderzoeken of de informatieplicht van PMT voortvloeide uit een op PMT rustende zorgplicht in het kader van de voorgenomen waardeoverdracht op de voet van art. 83 PW. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof niet ambtshalve rechtsgronden mag aanvullen zonder partijen, althans PMT, eerst in de gelegenheid te stellen zich nader over deze door het hof aangevulde rechtsgrond uit te laten, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Een dergelijke verplichting bestaat alleen als de rechter de rechtsgronden aanvult op een wijze die partijen niet konden voorzien.<sup>77</sup> Zoals hiervoor uiteen is gezet, is daar in het onderhavige geval geen sprake van. Subonderdeel 1.3 treft dan ook geen doel.

#### Onderdeel 2

4.17. Het tweede onderdeel richt klachten tegen rov. 3.7 en 3.8. Het onderdeel is uitgewerkt in vijf subonderdelen, waarvan de eerste twee zijn gericht tegen rov. 3.7 en de laatste drie tegen rov. 3.8.

4.18. *Subonderdeel 2.1* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.7 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het hof heeft overwogen dat bij een waardeoverdracht in elk geval de pensioenuitvoerder een andere wordt en dat het karakter van de pensioenaanspraken in het algemeen anders zal zijn en dat om die reden een waardeoverdracht in potentie verstrekkende gevolgen heeft.

4.19. De klacht faalt. Het oordeel van het hof dat een waardeoverdracht ex art 83 PW ‘in potentie verstrekkende gevolgen’ heeft, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Ik wijs op hetgeen toezichthouders DNB en de AFM hierover in beleidsuitingen vermelden. DNB verwacht dat in de brief waarin deelnemers c.a. geïnformeerd worden over een voorgenomen waardeoverdracht wordt ingegaan ‘op de consequenties voor de bij de [collectieve waardeoverdracht] betrokken deelnemers en de verschillen tussen de oude en de nieuwe pensioenuitvoerder’ (zie onder 3.35). De AFM stelt over informatieverstrekking bij waardeoverdracht: ‘Maak hierbij ook duidelijk wat het belang is van waardeoverdracht: het is een beslissing die grote financiële consequenties kan hebben’ (zie onder 3.44). Dat de pensioenuitvoerder niet altijd ‘een andere’ wordt, zoals bij een interne collectieve waardeoverdracht (die overigens in het onderhavige geval niet aan de orde is), of dat het karakter van de pensioenaanspraken niet per definitie anders zal zijn, doet niet af aan het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat een waardeoverdracht ‘in potentie verstrekkende gevolgen heeft’. Dat is een terechte constatering van het hof.

4.20. *Subonderdeel 2.2* klaagt dat de overweging van het hof in rov. 3.7, ‘PMT wijst daar ook op’, onbegrijpelijk, althans on-

76 T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter’, *NJB* 2000, afl. 5, p. 261, met verwijzing naar HR 29 januari 1993, *NJ* 1993/219 (*Boco/Rotman*), rov. 3.3, HR 7 april 1995, *NJ* 1995/681 (*Staten Bank/Fiet*), rov. 3.5.1 en onder 3.12 van de conclusie van A-G Spier voor HR 1 oktober 1999, *NJ* 1999/738.

77 *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/206, met verwijzingen. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter’, *NJB* 2000, afl. 5, p. 262.

voldoende gemotiveerd is, voor zover het hof met 'daar' het oog heeft op het feit dat een waardeoverdracht in potentie verstrekken gevolgen heeft en dat art. 83 lid 2 onder a PW (om die reden) een schriftelijke informatieverplichting bevat. 4.21. Deze klacht berust op een verkeerde lezing van de overweging van het hof. Ik begrijp de zinsnede 'PMT wijst daar ook op' zo, dat het hof daarmee tot uitdrukking heeft gebracht dat PMT ook wijst op de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW.<sup>78</sup> Met 'daar' wordt dus niet bedoeld op de reden voor het bestaan van de schriftelijke informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW, maar op het bestaan van die schriftelijke informatieverplichting als zodanig. Hiermee faalt de klacht van het subonderdeel.

4.22. *Subonderdeel 2.3* klaagt dat het oordeel van hof in rov. 3.8 blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, waar het hof overweegt dat, omdat PMT de informatieverplichting op zich heeft genomen, op haar de zorgplicht is komen te rusten dat Gepensioneerde ook volledig wordt geïnformeerd. Het subonderdeel bouwt voort op subonderdeel 1.2 (ten onrechte feitelijke gronden bijgebracht) en 1.3 (ontoelaatbare verassingsbeslissing gegeven, omdat PMT niet in de gelegenheid is gesteld zich over de door het hof aangevulde rechtsgrond uit te laten).

4.23. De klacht treft geen doel. Voor zover het subonderdeel voortbouwt op subonderdeel 1.2 deelt het het lot van subonderdeel 1.2. Voor zover het subonderdeel voortbouwt op subonderdeel 1.3 deelt het het lot van subonderdeel 1.3.

4.24. *Subonderdeel 2.4* klaagt dat voor zover het hof in rov. 3.8 met zijn overweging dat 'uit de maatschappelijke functie van PMT voortvloeit dat zij een zorgplicht heeft', heeft bedoeld te oordelen dat op PMT als bedrijfstakpensioenfonds, althans pensioenuitvoerder, een bijzondere zorgplicht rust die tot meer of anders verplicht dan hetgeen in de wet is opgenomen en/of volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het subonderdeel klaagt voorts dat de overweging van het hof dat de zorgplicht voortvloeit 'uit de maatschappelijke functie van PMT' ook rechtens onjuist is, omdat een dergelijke zorgplicht is gebaseerd op hetgeen waartoe de eisen van de redelijkheid en billijkheid in een (pre)contractuele verhouding verplichten en een dergelijke verhouding zich in een geval als het onderhavige niet voordoet.

4.25. De klacht kan niet tot cassatie leiden. Met de overweging van het hof dat 'uit de maatschappelijke functie van PMT voortvloeit dat zij een zorgplicht heeft', heeft het hof bedoeld dat op een pensioenuitvoerder als PMT een uit een bovenwettelijke informatieverplichting voortvloeiende zorgplicht kan rusten, die is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid of art. 6:162 BW. Dat oordeel is juist (zie onder 3.7). Het subonderdeel constateert terecht dat tussen Gepensioneerde en PMT geen rechtstreekse contractuele verhouding bestaat.<sup>79</sup> PMT is ook geen financiële onderneming in de zin van art. 1:1 Wft en verleent evenmin een financiële dienst in de zin van art. 1:1 Wft. Dat staat evenwel niet in de weg aan het aannemen van een op een informatieverplichting gebaseerde zorgplicht van PMT, die voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid of art 6:162 BW. Overigens wordt in de literatuur aangenomen dat de zorgplicht van een pensioenfonds ook voortvloeit uit

de maatschappelijke functie van het pensioenfonds. Zie in deze zin bijvoorbeeld Soetendal en Van 't Zet.<sup>80</sup>

'Pensioenwetgeving heeft als doel dat deelnemers aan een pensioenregeling er verzekerd van kunnen zijn dat die goed wordt uitgevoerd en dat ze op een bepaalde mate van financiële zekerheid kunnen rekenen. Het beschermen van deelnemers is in dat kader een van de belangrijkste gedragsregels. Zorgplicht is daarbij een middel. Deze zorgplicht vloeit voort uit de maatschappelijke functie die door pensioenfonds wordt vervuld en de informatieasymmetrie tussen pensioenfonds en hun deelnemers.'

Voorts kan een parallel getrokken worden met de *effectenlease*-zaken (zie onder 3.7 en 3.15), waarin de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht van de aanbieder stoelt op de redelijkheid en billijkheid, 'in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid'.<sup>81</sup>

4.26. *Subonderdeel 2.5* klaagt dat voor zover het hof in rov. 3.8 bedoeld heeft tot uitdrukking te brengen dat voor PMT, als ontvangende pensioenuitvoerder bij een collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 1 onder a PW, met het bewerkstelligen van de overdracht van de pensioenaanspraken en -rechten een eigen commercieel belang gemoeid zou zijn, op vergelijkbare wijze als voor financiële ondernemingen eigen commerciële belangen gediend zijn met het verlenen van een financiële dienst in de zin van art. 1:1 Wft, deze overwegingen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting.

4.27. De klacht berust op een verkeerde lezing van de overweging van het hof. Anders dan het subonderdeel stelt, heeft het hof met de zinsneden 'bij het aanbieden van haar diensten', 'zij vraagt in te stemmen met de waardeoverdracht' en 'het in artikel 83 lid 2 onder a PW bedoelde geen-bezwaar tegen waardeoverdracht probeert te verkrijgen' niet tot uitdrukking gebracht dat met het bewerkstelligen van de overdracht van de pensioenaanspraken en -rechten een eigen commercieel belang van de pensioenuitvoerder gemoeid zou zijn, vergelijkbaar met het verlenen van een financiële dienst in de zin van art. 1:1 Wft. Het oordeel van het hof getuigt dan ook niet van een onjuiste rechtsopvatting.

4.28. Het oordeel van het hof in rov. 3.8 komt erop neer dat op degene die de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW op zich heeft genomen, de zorgplicht komt te rusten dat de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of pensioengerechtigden volledig worden geïnformeerd, omdat het de deelnemers c.a. niet regardeert of de werkgever, de overdragende pensioenuitvoerder of de ontvangende pensioenuitvoerder hen informeert.

4.29. Dat oordeel is juist. De Pensioenwet laat immers in het midden op wie de verplichting rust tot het informeren van de betrokkenen over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW (zie onder 3.37). Betrokkenen kunnen degene aanspreken die hen in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW informeert. Op deze wijze wordt ook aangesloten bij de bestaande praktijk, waarin de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW soms wordt uitbesteed aan de ontvangende pensioenuitvoerder, zoals in het onder-

78 Zie de memorie van antwoord, onder 18. Zie ook de conclusie van antwoord, onder 12 en 13, en onder 21.

79 Zie Asser/Lutjens 7-XI 2016/227.

80 Zie E. Soetendal en M.P. van 't Zet, 'Pensioenfonds en hun deelnemers: van zorgplicht naar zorgambitie', *PensioenMagazine* 2019/42, p. 11-12.

81 Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse, AA 20100188 m.nt. W.H. van Boom & S.D. Lindenberg, rov. 4.8.4 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 m.nt. J.B.M. Vranken, *Ondernemingsrecht* 2009, 176 m.nt. S.B. van Baalen, rov. 4.5.4.



havige geval PMT (zie onder 3.39). Op deze wijze wordt uiting gegeven aan een gedeelde zorgplicht, die past in de systematiek van de Pensioenwet (zie onder 3.18 en 3.41).

### Onderdeel 3

4.30. Het derde onderdeel is gericht tegen rov. 3.8. Het onderdeel is uitgewerkt in vijf subonderdelen.

4.31. *Subonderdeel 3.1* klaagt dat 's hofs oordeel in rov. 3.8 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft ten onrechte ambtshalve feitelijke gronden bijgebracht. Gepensioneerde heeft noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep aangevoerd dat, hoewel de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW volgens de wet niet op PMT als ontvangende pensioenuitvoerder rust, PMT deze taak door het zenden van de welkomstbrief van 13 januari 2019 toch 'volledig op zich genomen' zou hebben.

4.32. De klacht faalt. Van het ten onrechte ambtshalve bijbrengen van feitelijke gronden is geen sprake. Gepensioneerde heeft immers zowel in eerste aanleg<sup>82</sup> als in hoger beroep<sup>83</sup> gesteld dat PMT met de welkomstbrief van 13 januari 2009 niet aan haar informatieverplichting heeft voldaan en dat als hij wel de juiste én volledige informatie had ontvangen, hij had geweten dat zijn gegarandeerde aanspraken bij NN na overdracht aan PMT gekort konden worden. Gepensioneerde had dan bezwaar gemaakt tegen de waardeoverdracht.

4.33. *Subonderdeel 3.2* klaagt dat, voor zover het het hof wel vrijstond, bij wijze van ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, te onderzoeken of PMT door verzending van de welkomstbrief de wettelijk niet op PMT rustende informatieverplichting 'volledig op zich genomen had', het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven en aldus blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het hof in dat geval, alvorens te beslissen, PMT in de gelegenheid had moeten stellen zich nader over dit punt uit te laten.

4.34. Van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is geen sprake. De klacht deelt het lot van subonderdeel 2.3. Dat Gepensioneerde PMT heeft aangesproken voor zijn schade die voortvloeit uit schending van de informatieverplichting, kan gelet op de vordering van Gepensioneerde (zie onder 4.6-4.7) geen verrassing voor PMT zijn geweest. Het hof hoefde PMT dan ook niet meer in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over dit punt.

4.35. *Subonderdeel 3.3* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.8 voorts blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien de opvatting van het hof dat PMT als ontvangende pensioenuitvoerder de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW volledig op zich zou kunnen nemen door toezending van een welkomstbrief geen steun vindt in het recht, in combinatie met (i) het door de het hof veronderstellenderwijs aangenomen ontbreken van informatie van de zijde van degenen(n) op wie volgens de wet de bedoelde informatieverplichting wel rust (de (voormalige) werkgever en/of de overdragende pensioenuitvoerder) en (ii) de eveneens door het hof veronderstellenderwijs aangenomen afwezigheid van (gerechtvaardigd) vertrouwen bij de ontvangende pensioenuitvoerder dat de (voormalige) werkgever en/of de overdra-

gende pensioenuitvoerder de desbetreffende informatie zullen hebben verstrekt of zullen verstrekken. Het subonderdeel klaagt voorts dat geen rechtsgrond is aan te wijzen voor de door het hof aangenomen 'kwalitatieve aansprakelijkheid' van PMT voor een (informatie)verplichting die wettelijk niet op haar rustte. Het aannemen van een dergelijke kwalitatieve aansprakelijkheid is volgens het subonderdeel onnodig en ongewenst.

4.36. De aanname van het hof onder (i) verwijst naar de volgende passage uit rov. 3.8: 'PMT heeft immers niet gesteld dat [Gepensioneerde] – afgezien van deze brief – de in artikel 83 lid 2 onder a PW bedoelde informatie van de werkgever [A] of van de overdragende pensioenuitvoerder NN heeft ontvangen.' Met de aanname van het hof onder (ii) doelt de klacht op de volgende zin uit rov. 3.8: 'Evenmin heeft zij [PMT, A-G] aangevoerd dat zij destijds ervan is uitgegaan en redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat [Gepensioneerde] – de bedoelde informatie van zijn werkgever of van NN zou ontvangen.' Deze overwegingen vinden hun grondslag in het partijdebat in eerste aanleg. PMT heeft zich op het standpunt gesteld dat door Gepensioneerde 'de verkeerde partij is gedagvaard'.<sup>84</sup> PMT meent dat de wettelijke verplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW niet op haar rustte, maar op de voormalige werkgever [A] en/of de overdragende pensioenuitvoerder NN.

4.37. Dat standpunt vindt geen steun in het recht. De Pensioenwet laat immers in het midden op wie de verplichting rust tot het informeren van de betrokkenen over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW (zie onder 3.37). Gepensioneerde zelf heeft tijdens de comparitie in eerste aanleg het volgende opgemerkt over de gang van zaken:<sup>85</sup>

'De "welkomstbrief" is het enige poststuk dat ik van PMT heb ontvangen. (...). PMT had mij moeten informeren over de verschillen tussen een pensioenverzekeraar en een pensioenfonds en over de risico's. Als ik dit van tevoren had geweten, was ik niet meegegaan met de collectieve pensioenoverdracht. PMT heeft mij verteld dat er geen verschil was. Had ik dit geweten, was ik destijds bij Nationale Nederlanden gebleven. Ik heb aan [betrokkene 1] aangegeven wat mij tegenhield om over te stappen, maar niemand – Nationale Nederlanden niet en mijn voormalig werkgever niet – heeft mij geïnformeerd over het korten van mijn pensioen.'

Tegen deze achtergrond zijn de onder (i) en (ii) van de klacht weergegeven veronderstellingen die het hof in rov. 3.8 heeft gemaakt, niet onterecht of onbegrijpelijk. Het had op de weg van PMT gelegen om aan te voeren dat Gepensioneerde de bedoelde informatie daadwerkelijk van [A] of NN had ontvangen of waarom PMT redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat dat het geval zou zijn. Uit de gedingstukken blijkt niet dat PMT dát heeft aangevoerd.

4.38. Voor zover het subonderdeel klaagt over het ontbreken van een rechtsgrond voor het aannemen van aansprakelijkheid van PMT voor schending van de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW geldt het volgende. De rechtsgrond is gelegen in schending van de civielrechtelijke zorgplicht, hetgeen kan leiden tot een plicht tot schadevergoeding uit

82 Inleidende dagvaarding, onder 9 (hiervoor weergegeven onder 4.6). Zie ook conclusie van antwoord, onder 13: 'In tegenstelling tot wat [Gepensioneerde] veronderstelt, rust de informatieverplichting zoals beschreven in artikel 83(2)(a) Pw niet op PMT als de ontvangende pensioenuitvoerder [onderstreept A-G; recursiveerd red.]'

83 Memorie van grieven, grief II met toelichting (hiervoor weergegeven onder 4.10, zoals uitgelegd door het hof, waarover 4.12-4.13).

84 Zie p. 4 van het proces-verbaal van de comparitie van 2 mei 2016.

85 Zie p. 2 van het proces-verbaal van de comparitie van 2 mei 2016. Zie in vergelijkbare bewoordingen op p. 3: 'Ik heb maar één brief gehad van PMT, ik had meer info willen ontvangen. Nationale Nederlanden en mijn werkgever hebben mij ook niets verteld. Ik heb maar één brief hierover ontvangen en die moest ik ondertekenen.'

hoofde van onrechtmatige daad (zie onder 3.7 en 4.25). Voor zover het subonderdeel klaagt over de onwenselijkheid van het aannemen van een dergelijke 'kwalitatieve aansprakelijkheid', aangezien de financiële lasten ten laste komen van het voor het collectief van het bedrijfstakpensioenfonds beschikbare resultaat wijs ik nog op het volgende. Voor de vaststelling van schade biedt het pensioenrecht geen soelaas en moet worden teruggegrepen op de regels daarover in Boek 6 BW.<sup>86</sup> Heemskerk heeft opgemerkt dat het uitbetalen van schadevergoeding door een pensioenuitvoerder ten koste gaat van het collectieve pensioenvermogen: 'De rekening wordt dus betaald uit de collectieve middelen. Dat leidt uiteindelijk tot minder indexatie of lager pensioen voor de hele populatie.'<sup>87</sup> Dat een schadevergoeding wordt betaald uit de collectieve middelen staat echter niet in de weg te aan toewijzing van een vordering jegens een pensioenuitvoerder. De klachten van subonderdeel 3.3 zijn tevergeefs voorgesteld.

4.39. *Subonderdeel 3.4* klaagt dat rov. 3.8, in het bijzonder de overweging dat PMT niet zou hebben aangevoerd dat zij destijds ervan is uitgegaan en redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat Gepensioneerde de op grond van art. 83 lid 2 onder a PW vereiste informatie van zijn werkgever of NN zou ontvangen, onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Volgens het onderdeel zal DNB beoordeeld hebben of [A] en NN, op wie volgens het onderdeel de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW rustte, de belanghebbenden volledig hebben geïnformeerd. DNB had niet van bezwaar tegen de collectieve waardeoverdracht doen blijken en Gepensioneerde ontving pas 'aansluitend' de welkomstbrief van PMT. In een en ander ligt volgens het onderdeel onmiskenbaar besloten dat PMT wél heeft aangevoerd dat zij ervan is uitgegaan, althans redelijkerwijs mocht uitgaan, dat Gepensioneerde de informatie van [A] en/of NN heeft ontvangen, althans zou ontvangen.

4.40. In het feit dat DNB niet van bezwaar heeft doen blijken tegen het voornemen tot collectieve waardeoverdracht, ligt mijns inziens niet onmiskenbaar besloten dat PMT heeft aangevoerd dat zij er redelijkerwijs van mocht uitgaan dat Gepensioneerde de informatie in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW van [A] en/of NN zou (hebben) ontvangen. De procedure van melding van een voornemen tot collectieve waardeoverdracht heb ik hiervoor beschreven onder 3.33-3.37. De toezichthouder, daargelaten of dat met betrekking tot de informatieverstrekking in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW DNB of de AFM is, baseert zich voor de informatieverstrekking aan de deelnemers c.a. over de voorgenomen collectieve waardeoverdracht op een (voorbeeld)brief die aan de deelnemers c.a. wordt verstuurd (zie onder 3.35). Hieruit kan worden afgeleid dat de brief pas daadwerkelijk naar de deelnemers c.a. wordt verstuurd als de toezichthouder niet van bezwaar heeft doen blijken tegen de voorgenomen waardeoverdracht. Uit het feit dat Gepensioneerde de welkomstbrief van PMT pas 'aansluitend' ontving kan althans niet worden geconcludeerd dat PMT er redelijkerwijs van mocht uitgaan dat Gepensioneerde meer of andere informatie zou (hebben) ontvangen van [A] en/of NN.

Daarmee faalt de klacht.

4.41. *Subonderdeel 3.5* klaagt dat de stelplicht en bewijslast terzake van het feit dat PMT met haar welkomstbrief de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW op zich zou hebben genomen, rustten op Gepensioneerde. Dat geldt aldus ook voor de overwegingen dat PMT niet zou hebben gesteld dat Gepensioneerde de litigieuze informatie van [A] of vanuit NN heeft ontvangen en dat zij evenmin heeft aangevoerd dat zij ervan is uitgegaan en redelijkerwijs mocht uitgaan dat Gepensioneerde de informatie van [A] of van NN zou ontvangen.

4.42. Het subonderdeel gaat er terecht vanuit dat de stelplicht ten aanzien van het feit dat PMT met haar welkomstbrief de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW op zich zou hebben genomen, op Gepensioneerde rust. Gepensioneerde heeft dat ook gesteld (zie de onder 4.6-4.7 aangehaalde passages uit de inleidende dagvaarding). Daarnaast heeft hij tijdens de comparitie aangevoerd dat hij niet meer of andere informatie over de voorgenomen collectieve waardeoverdracht heeft ontvangen van NN en/of [A] (zie de onder 4.37 aangehaalde passages uit het proces-verbaal van de comparitie).

De klacht mist in zoverre feitelijke grondslag en faalt daarmee.

#### Onderdeel 4

4.43. Het vierde onderdeel is gericht tegen rov. 3.10 en 3.11. Het onderdeel is uitgewerkt in vijf subonderdelen.

4.44. *Subonderdeel 4.1* bevat een voortbouwende klacht.

De klacht deelt het lot van de subonderdelen 1.2, 1.3, 2.3-2.5 en 3.1-3.3.

4.45. *Subonderdeel 4.2* klaagt dat rov. 3.10-3.11 blijken geven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het hof niet de juiste maatstaf ter beoordeling van de zorgplicht heeft gehanteerd, te weten die waarbij de reikwijdte van de zorgplicht afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.<sup>88</sup> Het subonderdeel klaagt verder dat ook van belang is welke informatie op welke wijze door wie is verstrekt, los van de welkomstbrief van PMT als ontvangende pensioenuitvoerder.

4.46 De klacht doet kennelijk een beroep op de reflexwerking van de bijzondere zorgplicht uit het financiële recht naar het pensioenrecht (zie ook onder 3.12). In de in het subonderdeel aangehaalde *effectenlease*-zaak van 5 juni 2009 (zie ook onder 3.7 en 3.15) heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:

'4.8.4. (...) Op Dexia rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens [eiser] als particuliere belegger met wie zij een KoersExtra-overeenkomst zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als KoersExtra-overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstan-

86 Aldus M. Heemskerk, 'Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak', *WPNR* 2018/7178, p. 26.

87 Zie M. Heemskerk, 'Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak', *WPNR* 2018/7178, p. 26.

88 Het subonderdeel verwijst naar HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveerse, AA 20100188 m.nt. W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, rov. 4.8.4.

digheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's. (...)'

Uit deze overweging blijkt dat de bijzondere zorgplicht van een professionele dienstverlener als Dexia, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

4.47. De klacht faalt. Het hof heeft niet miskend dat de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het hof heeft het oordeel in rov. 3.10 toegespitst op 'de gegeven omstandigheden' in 2009 en geoordeeld 'met het oog op de door belanghebbenden als [Gepensioneerde] te maken afweging'. Voor de concrete invulling van de omstandigheden van het geval dient het oordeel van het hof bovendien te worden gezien in samenhang met de overige overwegingen die het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. Zo wijst het hof in rov. 3.8 op de, eveneens in bovenstaande overweging uit de *effectenlease*-zaak aangehaalde, maatschappelijke functie van de professionele dienstverlener (zie ook onder 4.25). Het belang van de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij komt bijvoorbeeld ook aan de orde in rov. 3.15.

4.48. Ik merk bovendien nog op dat de in aanmerking te nemen omstandigheden in het geval van de zorgplicht van een pensioenuitvoerder niet één-op-één overeen hoeven te stemmen met de zorgplicht van een professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten (zie ook onder 3.10-3.12). Het gaat immers om reflexwerking. Voor zover het subonderdeel klaagt over het door het hof niet in aanmerking hebben genomen van informatie die Gepensioneerde los van de welkomstbrief van PMT zou hebben ontvangen, verwijs ik naar rov. 3.8 en de bespreking van de falende klachten tegen dat oordeel (zie met name onder 4.42).

4.49. *Subonderdeel 4.3* klaagt dat rov. 3.10 rehtens onjuist is, aangezien de informatieverplichting ex art. 83 lid 2 onder a PW niet meebrengt dat in de welkomstbrief moet worden gewezen op de kortingsmogelijkheid bedoeld in art. 134 PW. In het algemeen kan volgens het subonderdeel niet gevegd worden dat in het kader van een collectieve waardeoverdracht bij individuele en gerichte informatieverstrekking zoals de welkomstbrief een uitputtende opsomming wordt gegeven van de verschillen die uit de aard der zaak voortvloeien uit uitvoering van een pensioenregeling door een pensioenfonds tegenover uitvoering door een verzekeraar. Dat op het punt van de kortingsmogelijkheid een 'wezenlijk verschil' bestaat tussen uitvoering door PMT en uitvoering door een verzekeraar als NN brengt volgens het subonderdeel nog niet mee dat de kortingsmogelijkheid in de welkomstbrief vermeld had moeten worden en de nadere door het hof in rov. 3.10 vermelde omstandigheden uit begin 2009 zijn zonder belang voor het antwoord op de vraag of de kortingsmogelijkheid vermeld had moeten worden.

4.50. Het subonderdeel gaat er terecht vanuit dat in informatieverstrekking zoals de welkomstbrief geen uitputtende opsomming kan worden gegeven van alle verschillen tussen een pensioenfonds en verzekeraar in de uitvoering van een pensioenregeling. Ik verwijs ook naar hetgeen in de nota van toelichting bij het Besluit onder het kopje 'Informatie en zorgplicht' tot uitgangspunt is genomen (zie de passage aangehaald onder 3.21) en bij de Wet pensioencommunicatie nog eens is bevestigd (zie de passage aangehaald onder 3.29). Daarmee is echter nog niet gezegd dat in 2009 geen verplichting bestond een gewezen pensioendeelnemer bij een voornemen tot col-

lectieve waardeoverdracht ex art. 83 PW te informeren over het wezenlijke verschil dat, gelet op de kortingsmogelijkheid van een pensioenfonds als bedoeld in art. 134 PW, bestaat tussen een verzekeraar en een pensioenfonds. Uit het juridische kader kan worden afgeleid dat in 2005 nog de gedachte leefde dat de kortingsmogelijkheid van een pensioenfonds zelden werd toegepast. In de memorie van toelichting bij de Pensioenwet werd door de toenmalige minister opgemerkt dat '[i]n de praktijk blijkt (...) dat de reeds opgebouwde aanspraken en rechten van gewezen deelnemers en pensioenge-rechtigden zelden gewijzigd worden' (zie onder 3.51). Ik begrijp het oordeel van het hof in rov. 3.10 zo, dat het hof heeft getoetst of de omstandigheden in januari 2009, ten tijde van het verzenden van de welkomstbrief, zo waren dat ook toen nog gold dat, in de woorden van het hof 'de mogelijkheid van korting (...) een zodanig verwaarloosbaar en theoretisch risico vormde dat van PMT niet kon worden gevegd dat zij dit risico in haar brief aan [Gepensioneerde] noemde'. Het hof overweegt, onder verwijzing naar eigen stellingen van PMT,<sup>89</sup> dat dit niet het geval was. Volgens het hof doet PMT daarmee – niet onbegrijpelijk – 'kennelijk op de zodanig lage dekkingsgraden van bedoelde pensioenfonds dat zij op grond van de Pensioenwet met het risico van een korting op termijn concreet en planmatig rekening dienden te houden'.

4.51. Het subonderdeel gaat er terecht vanuit dat een voornemen tot korting nog niet hoeft te worden medegedeeld (zie onder 3.49). Daarmee is echter niet gezegd dat ex art. 83 lid 2 onder a PW niet geïnformeerd hoefde te worden over de kortingsmogelijkheid als bedoeld in art. 134 PW. Die plicht bestond naar het oordeel van het hof wel ten tijde van het versturen van de welkomstbrief door PMT in 2009. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting.

4.52. *Subonderdeel 4.4* klaagt dat voor zover rov. 3.11 eerste tot en met derde zin zijn te beschouwen als dragende overwegingen voor de beslissing dat PMT haar zorgplicht heeft geschonden door in de welkomstbrief de kortingsmogelijkheid niet te noemen het gestelde in subonderdeel 4.2 meebrengt dat ook deze overweging niet in stand kan blijven.

*Subonderdeel 4.4* klaagt voorts dat rov. 3.11 eerste tot en met derde zin strijdig zijn, althans onvoldoende (begrijpelijk) zijn gemotiveerd in het licht van rov. 3.2.

4.53. Voor zover de klacht voortbouwt op subonderdeel 4.2 deelt deze het lot van subonderdeel 4.2. Voor zover wordt geklaagd over strijdigheid van rov. 3.11 met rov. 3.2 geldt het volgende. In rov. 3.2 heeft het hof het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen in de zin van art. 3:35 BW afgewezen. Dat oordeel is terecht en gelet op de bewoordingen in de brief niet onbegrijpelijk. Tegen rov. 3.2 zijn in cassatie ook geen klachten gericht.

4.54. In rov. 3.11 heeft het hof onder meer overwogen dat 'PMT in de brief van 13 januari 2009 uitsluitend argumenten heeft genoemd die erop neerkwamen dat er geen reden was om bezwaar te maken tegen de waardeoverdracht, zoals dat de overdracht geen financiële gevolgen voor [Gepensioneerde] had en dat de pensioenaanspraken op dezelfde wijze zouden worden voortgezet. Aldus heeft PMT [Gepensioneerde] onvol-

89 Het hof doet op de volgende passage in de conclusie van antwoord (onder 34): 'PMT had in januari 2009 weliswaar geen concreet voornemen tot korten, maar het was een feit van algemene bekendheid dat pensioenfonds destijds een moeilijke periode doormaakten en dat zij verschillende middelen, waaronder korten, tot hun beschikking hadden om de gevolgen van de crisis op te vangen.'

doende geïnformeerd over het kortingsrisico dat hij liep bij de waardeoverdracht aan haar.' Van inhoudelijke strijdigheid van rov. 3.11 met rov. 3.2 is geen sprake. In rov. 3.2 heeft het hof opgemerkt dat de brief uitsluitend gaat over de financiële gevolgen ten tijde van de overdracht. Over het kortingsrisico – het risico dat PMT de aanspraken van Gepensioneerde op een later moment zou kunnen korten – vermeldt de brief niks. Dát, het onvoldoende informeren over het kortingsrisico, is wat het hof PMT in rov. 3.11 verwijt. De klacht faalt.

4.55. *Subonderdeel 4.5* klaagt dat aan de overweging in rov. 3.11 dat aan het achterwege blijven van kritiek van DNB op de welkomstbrief 'in dit geval (...) geen relevante betekenis' toekomt, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het subonderdeel klaagt dat de enkele omstandigheid dat voor de reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht niet beslissend is of is voldaan aan publiekrechtelijke gedragsregels en/of zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd<sup>90</sup> en of in verband met dat laatste al dan niet publiekrechtelijke maatregelen zijn genomen niet meebrengt dat aan het uitblijven van publiekrechtelijke maatregelen geen enkele betekenis zou kunnen worden toegekend en het hof niet heeft gemotiveerd waarom zulks in het onderhavige geval anders zou zijn.

4.56. De klacht treft geen doel. Het hof is er in rov. 3.11 veronderstellenderwijs vanuit gegaan dat kritiek van DNB op de welkomstbrief van PMT achterwege is gebleven. Daaraan komt volgens hof echter in dit geval geen relevante betekenis toe, omdat DNB niet controleert of een dergelijke brief de civielrechtelijke toets der kritiek kan doorstaan. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

DNB heeft de voorgenomen waardeoverdracht in de zin van art. 83 PW niet verboden (zie de feiten onder 1.3). Niet geheel duidelijk is in hoeverre de brief over de collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a PW inhoudelijk is beoordeeld door DNB, nu dit aspect van het toezicht bij de AFM is belegd (zie onder 3.33 en 3.36). De toets die DNB aanlegt is of sprake is van een financiële toestand die te slecht is om de waardeoverdracht te laten plaatsvinden (zie onder 3.34).<sup>91</sup> Het is tegen deze achtergrond dat het oordeel van het hof dat aan het achterwege blijven van kritiek van DNB op de brief in dit geval geen relevante betekenis toekomt, moet worden begrepen. De klacht is overigens ook te stellig geformuleerd. Het hof heeft in rov. 3.11 immers niet overwogen dat de 'enkele omstandigheid' etc. meebrengt dat aan het uitblijven publiekrechtelijke maatregelen 'geen enkele betekenis' zou kunnen worden toegekend.

#### Onderdeel 5

4.57. Het vijfde onderdeel is gericht tegen rov. 3.12. Het onderdeel is uitgewerkt in twee subonderdelen.

4.58. *Subonderdeel 5.1* klaagt dat de overweging van het hof dat het bij het causaliteitsverweer van PMT zou zijn gegaan om een 'algemeen verweer' dat door haar 'niet nader gemotiveerd' zou zijn en dat mede op die grond het causaal verband vaststaat, onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Volgens

het subonderdeel laat de conclusie van antwoord zijdens PMT, sub 33-36 geen andere uitleg toe dan dat het daar gestelde in zijn geheel (dus niet slechts sub 33) was bedoeld als onderbouwing van de betwisting door PMT van het door Gepensioneerde gestelde causaal verband.

4.59. De klacht kan niet tot cassatie leiden. Rov. 3.12 moet in samenhang worden gelezen met rov. 3.14 en 3.15. In rov. 3.12 verwijst het hof weliswaar uitsluitend naar randnummer 33 van de conclusie van antwoord. In rov. 3.14 respondeert het hof echter ook op randnummer 34 van de conclusie van antwoord en in rov. 3.15 respondeert het hof op randnummer 35 van de conclusie van antwoord. Beslissend in het oordeel van het hof dat het causale verband vaststaat, is dat PMT niet heeft toegelicht welk voordeel Gepensioneerde zou hebben bij instemming met de waardeoverdracht aan PMT, tegenover het nadeel dat hij de kans liep dat zijn pensioen in de toekomst zou kunnen worden gekort, terwijl die toelichting volgens het hof wel op de weg van PMT had gelegen. In de conclusie van antwoord van PMT, sub 33-36 lees ik niet een dergelijke toelichting. Het oordeel van het hof is in zoverre niet onbegrijpelijk gemotiveerd.

4.60. Ook als het oordeel van het hof zo zou worden begrepen dat, hoewel Gepensioneerde onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat hij anders zou hebben besloten wanneer PMT hem zou hebben ingelicht over het bestaan van art. 134 PW, er vanuit moet worden gegaan dat het causaal verband vaststaat, houdt het stand. Het hof is er dan kennelijk vanuit gegaan dat in beginsel wordt vermoed dat Gepensioneerde niet zou zijn overgegaan tot overdracht van zijn pensioen van NN naar PMT als hij adequaat was voorgelicht over de kortingsmogelijkheid die PMT heeft en NN niet, en dat PMT onvoldoende heeft gesteld om dat vermoeden te weerleggen. Ik verwijs naar wat ik hiervoor onder 3.14-3.15 opmerkte over de causaliteitsvraag in relatie tot de informatieplicht van een financiële dienstverlener of een pensioenuitvoerder.

4.61. *Subonderdeel 5.2* klaagt dat de overweging van het hof dat het op de weg van PMT had gelegen om toe te lichten welk voordeel Gepensioneerde zou hebben gehad bij instemming met de waardeoverdracht, omdat uit de welkomstbrief zou volgen dat de waardeoverdracht in de visie van PMT geen, noch negatieve, noch positieve, gevolgen had, strijdig is met, althans onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd in het licht van, 's hofs overweging in rov. 3.2.<sup>92</sup>

4.62. De klacht is tevergeefs voorgesteld. Ik merkte onder 4.54 al op dat het hof in rov. 3.2 heeft overwogen dat de welkomstbrief uitsluitend gaat over de financiële gevolgen ten tijde van de overdracht. Evengoed als het hof vervolgens in rov. 3.11 kon oordelen dat het PMT is te verwijten dat in de brief niets wordt opgemerkt over het kortingsrisico – het risico dat PMT de aanspraken van Gepensioneerde op een later moment zou kunnen korten –, kon het hof in rov. 3.12 oordelen dat PMT evenmin heeft toegelicht welk voordeel Gepensioneerde op een later moment zou hebben bij instemming met de waardeoverdracht aan PMT. In rov. 3.2 gaat het over de financiële gevolgen ten tijde van de overdracht. Die worden naar het oordeel van het hof in de brief van PMT niet genoemd, noch negatieve, noch positieve. In rov. 3.11 en rov. 3.12 gaat het over financiële gevolgen op een later moment. In rov. 3.11 is dat een negatief gevolg, het kortingsrisico. In rov. 3.12 voegt het hof daaraan toe dat het ook op de weg van PMT had gele-

90 Het subonderdeel verwijst naar HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse, AA 20100188 m.nt. W.H. van Boom & S.D. Lindenberg, rov. 4.10.3 en 4.11.5.

91 Enzo L.H. Blom in zijn noot onder het bestreden arrest in PJ 2018/101, onder 9.

92 Vergelijk ook L.H. Blom in zijn noot onder het bestreden arrest in PJ 2018/101, onder 6.

gen toe te lichten welk voordeel (tegenover het kortingsrisico) Gepensioneerde zou hebben bij instemming met de waardeoverdracht aan PMT.

#### Onderdeel 6

4.63. Het zesde onderdeel is gericht tegen rov. 3.14. Het onderdeel is uitgewerkt in drie subonderdelen.

4.64. *Subonderdeel 6.1* klaagt dat voor zover het hof de stelling van PMT inzake het feit van algemene bekendheid niet heeft opgevat als aangevoerd ter onderbouwing van de betwisting door PMT van het causaal verband, maar als grond voor het ontbreken van een informatieplicht, 's hofs overweging onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd om de in subonderdeel 5.1 omschreven redenen.

4.65. De klacht deelt het lot van subonderdeel 5.1.

4.66. *Subonderdeel 6.2* klaagt dat voor zover het hof het betoog van PMT aldus heeft gelezen dat PMT aan haar stelling dat Gepensioneerde wist of behoorde te weten van de kortingsmogelijkheid (slechts) ten grondslag had gelegd dat het kortingsrisico in 2009 had te gelden als een feit van algemene bekendheid deze lezing onbegrijpelijk is, aangezien PMT aan haar betoog onmiskenbaar ten grondslag heeft gelegd dat Gepensioneerde (in concreto) al bekend was met PMT, zich kennelijk in de pensioenmaterie had verdiept en (aanvankelijk) zelfs bezwaar had gemaakt tegen de collectieve waardeoverdracht, in welk verband PMT er tevens op heeft gewezen dat Gepensioneerde tussen 1970 en 1974 reeds deelnemer is geweest in de pensioenregeling van PMT.<sup>93</sup> Het subonderdeel klaagt dat het hof een en ander niet kenbaar in zijn overwegingen heeft betrokken.

4.67. Onder randnummer 34 van de conclusie van antwoord heeft PMT het volgende standpunt ingenomen:

'Primair stelt PMT zich op het standpunt dat het in ieder geval sinds de financiële crisis van 2008 een feit van algemene bekendheid is dat pensioenfondsen opgebouwd pensioen kunnen korten. Ten eerste is de regel zonder noemenswaardig onderzoek kenbaar uit een voor een ieder toegankelijke bron, te weten de door eenieder te raadplegen Pensioenwet. Ook in andere, openbare bronnen, zoals de website van DNB, wordt toegelicht dat pensioenfondsen onder omstandigheden het opgebouwde pensioen kunnen korten.

Bovendien is er sinds 2008 in de pers uitgebreid verslag gedaan van de financiële crisis en de mogelijke gevolgen daarvan voor pensioenfondsen, waaronder de eventuele noodzaak om opgebouwd pensioen te korten. PMT had in januari 2009 weliswaar geen concreet voornemen tot korten, maar het was een feit van algemene bekendheid dat pensioenfondsen destijds een moeilijke periode doormaakten en dat zij verschillende middelen, waaronder korten, tot hun beschikking hadden om de gevolgen van de crisis op te vangen. Daar komt bij dat [Gepensioneerde] al bekend was met PMT, zich kennelijk in de pensioenmaterie heeft verdiept en hij zelfs bezwaar heeft gemaakt tegen de collectieve waardeoverdracht van zijn pensioenaanspraken. [voetnoot, A-G: Tussen 1970 en 1974 is [Gepensioneerde] wel deelnemer geweest in de pensioenregeling van PMT] Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat [Gepensioneerde] wist, althans had moeten weten, dat pensioenfondsen opgebouwde aanspraken kunnen korten.<sup>7</sup>

4.68. Met 'feiten of omstandigheden van algemene bekendheid' in art. 149 lid 2 Rv wordt bedoeld op feiten die ieder normaal en algemeen ontwikkeld mens ('het algemene publiek') zonder nader onderzoek kan worden geacht te kennen of zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen. Dit criterium volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>94</sup> De enkele omstandigheid dat informatie afkomstig is uit een algemeen kenbare bron, is echter onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van een feit van algemene bekendheid.<sup>95</sup> Zie in deze zin ook Asser:<sup>96</sup> 'Het feit van algemene bekendheid kan worden omschreven als het feit dat ieder normaal en algemeen ontwikkeld mens zonder nader onderzoek geacht wordt te kennen of zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen kan te weten komen. Het betreft hier dus een combinatie van twee elementen – wat men geacht wordt te weten en wat men zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen – en het is belangrijk die twee elementen niet te splitsen. In het eerste element ligt het accent op "ieder normaal en algemeen ontwikkeld mens" en in het tweede op "zonder noemenswaardig onderzoek". Specialistische kennis is daarmee van deze categorie feiten uitgesloten – de "leek" staat centraal – en hetzelfde geldt voor feiten die weliswaar kunnen worden gevonden in algemeen toegankelijke bronnen maar niet dan na onderzoek van enige diepgang, want bij algemeen bekende feiten gaat het om algemene kennis die een normaal en algemeen ontwikkeld mens snel kan vinden.'

4.69. In rov. 3.14 heeft het hof, bij de beoordeling van het verweer dat het sinds de financiële crisis van 2008 een feit van algemene bekendheid is dat pensioenfondsen opgebouwd pensioen kunnen korten, kennelijk een 'maatmens' – 'ieder normaal en algemeen ontwikkeld mens' – tot uitgangspunt genomen. Dat sluit aan bij de hiervoor gegeven omschrijving van feiten van algemene bekendheid. Daarmee kon het hof voorbijgaan aan stellingen die betrekking hadden op de concrete kennis van Gepensioneerde, zoals dat Gepensioneerde (in concreto) al bekend was met PMT, zich kennelijk in de pensioenmaterie had verdiept en (aanvankelijk) zelfs bezwaar had gemaakt tegen de collectieve waardeoverdracht, in welk verband PMT er tevens op heeft gewezen dat Gepensioneerde tussen 1970 en 1974 reeds deelnemer was geweest in de pensioenregeling van PMT. De klacht faalt.

4.70. *Subonderdeel 6.3* klaagt dat het hof de reikwijdte van het begrip 'feit van algemene bekendheid' in de zin van art. 149 lid 2 Rv heeft miskend en aldus blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, aangezien in of omstreeks 2008/2009 uit verschillende, voor een ieder toegankelijke bronnen, waaronder de (Pensioen)wet, de website van DNB en uitgebreide persberichten – kenbaar was dat bij pensioenfondsen de mogelijkheid van korting bestond, zodat het algemene publiek geacht kon worden dit te weten.<sup>97</sup> Het subonderdeel klaagt voorts dat in elk geval 's hofs overweging dat het geen feit van algemene

<sup>93</sup> Het subonderdeel verwijst ter onderbouwing van deze stellingen naar randnummer 34 van de conclusie van antwoord.

<sup>94</sup> HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3715, NJ 2006/282 m.nt. M.M. Mendel; HR 28 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324, NJ 2012/199 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie ook Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht, p. 84, MvA EK.

<sup>95</sup> HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92.

<sup>96</sup> Asser *Procesrecht/Asser 3* 2017/97.

<sup>97</sup> Het subonderdeel verwijst naar HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3715, NJ 2006/282 m.nt. M.M. Mendel, rov. 4.2.3 en de conclusie van A-G Strikwerda

bekendheid was dat PMT wel een kortingsmogelijkheid had en NN niet onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, mede in het licht van hetgeen PMT te dien aanzien had aangevoerd.<sup>98</sup>

4.71. Het oordeel van het hof moet zo begrepen worden, dat een normaal ontwikkeld, niet in het pensioenrecht geverseerd 'maatmens', niet geacht kan worden te weten of zonder noemenswaardig onderzoek te weten kan komen dat PMT als pensioenfonds wél een kortingsmogelijkheid heeft en NN als verzekeraar niet. Het oordeel van het hof geeft daarmee geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. De klacht faalt.

#### Onderdeel 7

4.72. Het zevende onderdeel is gericht tegen rov. 3.15. Het onderdeel is uitgewerkt in drie subonderdelen.

4.73. *Subonderdeel 7.1* klaagt dat voor zover het hof de stelling van PMT met betrekking tot de bijstand door een advocaat niet heeft opgevat als (mede) aangevoerd ter onderbouwing van de betwisting door PMT van het causaal verband, maar uitsluitend als een grond voor het ontbreken van een informatieverplichting, het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd om de in subonderdeel 5.1 omschreven redenen.

4.74. De klacht deelt het lot van subonderdeel 5.1.

4.75. *Subonderdeel 7.2* klaagt dat voor zover het hof heeft overwogen dat Gepensioneerde 'rechtsbijstand-assuradeur DAS [heeft] ingeschakeld omdat hij een geschil met zijn werkgever had over een wezenlijk andere kwestie, namelijk de juiste pensioengrondslag' het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het aldus ten onrechte ambtshalve feitelijke gronden heeft bijgebracht. Gepensioneerde heeft volgens het subonderdeel in reactie op de stellingen van PMT dat zij heeft begrepen dat Gepensioneerde ten tijde van de welkomstbrief en het bezwaar daartegen reeds enige tijd werd bijgestaan door een advocaat noch in eerste aanleg noch in hoger beroep iets gesteld.

4.76. Het hof respondeert in rov. 3.15 op randnummer 35 van de conclusie van antwoord (p. 14-15):

'Subsidiar stelt PMT zich op het standpunt dat vermoed moet worden dat [Gepensioneerde] wist dat pensioenfondsen opgebouwd pensioen kunnen korten. Bij het maken van bezwaar tegen de collectieve waardeoverdracht werd [Gepensioneerde] bijgestaan door een advocaat die hem adviseerde over de overdracht van zijn opgebouwde pensioen van NN aan PMT. Op basis hiervan moet worden vermoed dat [Gepensioneerde] wist dat een pensioenfonds onder bijzondere omstandigheden kan korten. Immers, zoals gezegd [in randnummer 31, A-G], mag van een advocaat worden verwacht dat hij zijn cliënt over alle voors en tegens van een waardeoverdracht informeert alvorens hij adviseert om een ingesteld bezwaar tegen de collectieve waardeoverdracht in te trekken. (...)'

4.77. Uit de gedingstukken kan het volgende worden afgeleid. Uit productie 2 bij de inleidende dagvaarding blijkt dat Gepensioneerde bij het aansprakelijk stellen van PMT voor schade die is ontstaan als gevolg van schending van de informatieverplichting van PMT werd bijgestaan door een jurist van DAS, mevrouw mr. T. van Leeuwen-Brinks. Uit productie 1

en 3a/b bij de conclusie van antwoord blijkt dat Gepensioneerde in het kader van niet-correcte pensioengrondslagen bezwaar heeft gemaakt tegen de waardeoverdracht. Hij werd daarin bijgestaan door een advocaat, mevrouw mr. A.F. Wilson. Het hof verwijst in dit verband in rov. 3.15 naar de feitenvaststelling in rov. 2.2 onder (v), zie in deze conclusie onder 1.5. Uit het proces-verbaal van de comparitie in eerste aanleg blijkt dat ter zitting van 2 mei 2016 tijdens PMT ook aan de orde is gesteld dat Gepensioneerde werd bijgestaan door een advocaat (p. 3):

'Saarloos: ten tijde van het ontvangen van de brief werd [Gepensioneerde] bijgestaan door een advocaat. Hij heeft een bewuste keuze gemaakt om zijn bezwaar tegen waardeoverdracht destijds in te trekken. Van een advocaat die zich bezig houdt met pensioenzaken, had toch wel verwacht mogen worden dat zij [Gepensioneerde] juist informeerde.

[Gepensioneerde]: mijn advocaat beschouwde de brief als een andere zaak, zij was alleen maar bezig om mijn pensioen op orde te krijgen. Zij heeft zich niet met de brief bemoeid.

Ik heb aan Nationale Nederlanden gevraagd of ik mijn pensioen volledig kon overdragen, maar dat was niet mogelijk. Toen mijn pensioen volledig was afgehandeld bij Nationale Nederlanden kwam ik er pas achter.'

4.78. Er zijn dus blijkens de gedingstukken twee verschillende juridische trajecten geweest. In het kader van het (onderhavige) geschil over schending van de informatieverplichting door PMT in de welkomstbrief werd Gepensioneerde aanvankelijk bijgestaan door een jurist van DAS. In het kader van de kwestie over de niet-correct berekende pensioengrondslagen werd Gepensioneerde bijgestaan door een advocaat, van wie niet gesteld of gebleken is dat zij werkzaam is of was bij rechtsbijstand-assuradeur DAS. De passage in rov. 3.15 dat Gepensioneerde 'rechtsbijstand-assuradeur DAS [heeft] ingeschakeld omdat hij een geschil met zijn werkgever had over een wezenlijk andere kwestie, namelijk de juiste pensioengrondslag' strookt in zoverre niet met de gedingstukken. Tot cassatie kan dit mijns inziens echter niet leiden. Of de advocaat al dan niet werkzaam was bij rechtsbijstand-assuradeur DAS is niet dragend voor de overweging van het hof. De redenering van het hof in rov. 3.15 is dat de bijstand van de advocaat van Gepensioneerde was gericht op 'een geschil met zijn werkgever (...) over een wezenlijk andere kwestie, namelijk de juiste pensioengrondslag'. Dát argument vindt wel steun in de gedingstukken. Anders dan het subonderdeel klaagt, heeft Gepensioneerde wel degelijk op de reactie van de stellingen van PMT dat Gepensioneerde werd bijgestaan door een advocaat aangevoerd dat zijn advocaat zich uitsluitend bezighield met het geschil over de juiste pensioengrondslagen (zie de onder 4.77 aangehaalde passage uit het proces-verbaal van de comparitie). De klacht mist in zoverre feitelijke grondslag. De klacht treft dus geen doel.

4.79. *Subonderdeel 7.3* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.15 dat 'PMT onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat (voorshands is bewezen dat) deze advocaat Gepensioneerde heeft geïnformeerd over alle "voors en tegens" van de waardeoverdracht, inclusief de kortingsbevoegdheid van PMT' blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het subonderdeel beroept zich op de verweren in randnummers 31 en 35 van de conclusie van antwoord (zie ook onder 4.76) en klaagt dat nu het bij beide verweren niet gaat om bevrijdende verweren en Gepensioneerde op beide verweren op geen enkele wijze heeft gereageerd, laat staan zijn eigen stellingen nader heeft onderbouwd,

(ECLI:NL:PHR:2006:AU3715) voor HR 13 januari 2006, onder 21-22 en naar *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/169-170.

98 Het subonderdeel verwijst ter onderbouwing van deze stellingen naar randnummer 34 van de conclusie van antwoord, weergegeven onder 4.67.

het hof de door PMT ter motivering van haar betwisting op beide punten aangevoerde stellingen als vaststaand had moeten aannemen.

4.80. De klacht is tevergeefs voorgesteld. Zoals gezegd zijn er blijkens de gedingstukken twee juridische trajecten geweest. Gepensioneerde heeft wel degelijk aangevoerd dat zijn advocaat zich bezighield met een geschil over een wezenlijk andere kwestie, namelijk de niet-correcte pensioengrondslagen (zie de onder 4.77 aangehaalde passage uit het proces-verbaal van de comparitie). In dat licht bezien is het niet onterecht of onbegrijpelijk dat het hof niet als vaststaand heeft aangenomen dat de advocaat van Gepensioneerde hem heeft geïnformeerd over alle 'voors en tegens' van de waardeoverdracht inclusief de kortingsbevoegdheid van PMT. De juridische trajecten hebben elkaar in de tijd opgevolgd. De kwestie over de niet-correcte pensioengrondslagen, waarin Gepensioneerde werd bijgestaan door een advocaat, speelde eerder dan de (onderhavige) kwestie over schending van de informatieverplichting van PMT in haar welkomstbrief van 13 januari 2009. Uit productie 1 bij de conclusie van antwoord, een brief van Gepensioneerde aan PMT van 26 januari 2009, blijkt bijvoorbeeld:

'Vanaf januari 2005 ben ik met [A] bezig geweest om inzage te krijgen hoe één en ander tot stand was gekomen, bij Nationale Nederlanden kreeg ik geen inlichtingen, die verwezen mij naar mijn ex werkgeefster. Uiteindelijk is met behulp van een advocaat na langdurige procedures, en het opstarten per 8 mei 2008 van een concept dagvaarding, door inmiddels (weer) Mercedes-Benz Nederland toegegeven dat het gemitigeerde jaarsalaris 2004 berekend was over verkeerde bedragen.'

Gepensioneerde heeft deze brief weliswaar cc aan zijn advocaat, mevrouw mr. Wilson, gestuurd. Hieruit volgt echter, mede gelet op de stelling van Gepensioneerde dat zijn advocaat zich niet heeft bemoeid met de welkomstbrief, waarin hij door PMT over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht werd geïnformeerd, niet als vaststaand gegeven dat zijn advocaat hem over de voors en tegens van de waardeoverdracht heeft geïnformeerd.

#### Slotsom

4.81. De conclusie is dat alle klachten in het principale cassatieberoep falen.

#### 5. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

5.1. Gepensioneerde heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld, onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten in de principale cassatieberoep mochten slagen.

5.2. Nu het principale cassatieberoep dient te worden verworpen, is aan de voorwaarde voor het incidentele cassatieberoep niet voldaan. Het incidentele middel behoeft derhalve geen behandeling.

#### 6. Conclusie in het principale en incidentele cassatieberoep

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

### Hoge Raad

#### 1. Procesverloop

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

a. het vonnis in de zaak 4609257 RL EXPL 15-34626 van de kantonrechter te Den Haag van 20 juni 2016;

b. het arrest in de zaak 200.201.937/01 van het gerechtshof Den Haag van 8 mei 2018.

PMT heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. [gepensioneerde] heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

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

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor PMT mede door mr. I.L.N. Timp.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt in het principale en incidentele cassatieberoep tot verwerping. De advocaat van PMT heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

#### 2. Beoordeling van het middel in het principale beroep

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Nu het middel in het principale beroep faalt, komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde.

#### 3. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt PMT in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [gepensioneerde] begroot op € 400,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

### NOOT

1. Deze zaak gaat in essentie over de vraag op wie de zorgplicht rust tot het verstrekken van informatie aan de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden (hierna gemakshalve samengevat als: belanghebbenden) in een pensioenregeling indien de pensioenregeling door middel van een collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 Pensioenwet (Penw) van de ene pensioenuitvoerder (Nationale-Nederlandsen; hierna: NN) naar de andere pensioenuitvoerder (pensioenfonds PMT) wordt overgedragen. Het verstrekken van de juiste informatie is essentieel omdat de belanghebbende op grond van art. 83 lid 2 onder a Penw een recht van bezwaar heeft. Dat brengt met zich dat de belanghebbende tijdig over de juiste informatie moet kunnen beschikken.<sup>1</sup>

2. De Hoge Raad oordeelt dat de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden en doet de zaak af op grond van art. 81 lid 1 RO. Daarmee blijft het arrest van Hof Den Haag van 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, PJ 2018/101, m.nt. L.H. Blom, dus in stand. Interessant is de conclusie van de A-G De Bock. Ik zal hierna nader ingaan op die conclusie van de A-G in samenhang met het arrest van het hof.

3. Concreet ging het over de vraag of bij een voornemen tot collectieve waardeoverdracht van een verzekeraar naar een pensioenfonds belanghebbenden geïnformeerd moeten worden over de mogelijkheid dat het pensioenfonds in de toekomst de pensioenen kan korten (korten kan onder omstandigheden door een pensioenfonds op grond van art. 134 Penw, niet door een levensverzekeraar). Volgens de kanton-

1 Zie ook art. 48 Penw: informatie moet tijdig, duidelijk, correct en evenwichtig zijn.

rechter is dat niet verplicht, volgens het hof is dat wel verplicht.

4. Na beëindiging van de pensioenuitvoering door NN en aansluiting bij PMT per 2006, verzocht de werkgever om collectieve waardeoverdracht van NN naar PMT. Enige tijd na de overdracht ging PMT over tot het (fors) korten van het pensioen.

5. Bij een collectieve waardeoverdracht kunnen belanghebbenden bij de overdragende pensioenuitvoerder bezwaar maken tegen de overdracht, nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd (art. 83 lid 2 onder a Penw). Zij moeten volgens het hof zodanig worden geïnformeerd dat zij de afweging kunnen maken om al dan niet bezwaar te maken tegen de overdracht (r.o. 3.7).

6. Wat deze zaak van belang maakt, is de ruime toepassing van de zorgplicht voor pensioenfondsen en tevens dat de zorgplicht met zich brengt dat de verplichting tot het tijdig verstrekken van de juiste informatie volgens het hof kan overgaan op een partij die daartoe niet op grond van art. 83 Penw is aangewezen. Het hof geeft hiermee nadere invulling aan de zorgplicht van pensioenuitvoerders (o.a. pensioenfondsen en levensverzekeraars) jegens belanghebbenden. Volgens het hof rust op de *ontvangende* pensioenuitvoerder (PMT) op grond van art. 83 Penw weliswaar geen informatieverplichting omdat deze verplichting op grond van dat artikel rust op de werkgever en de *overdragende* pensioenuitvoerder (NN), maar nu de ontvangende pensioenuitvoerder de informatieverschaffing kennelijk vrijwillig op zich had genomen, is daarmee de zorgplicht om volledig te informeren op de ontvangende pensioenuitvoerder komen te rusten (r.o. 3.8).

7. Dat lijkt opmerkelijk, echter de Pensioenwet laat in het midden op wie de verplichting rust tot het informeren van betrokkenen over het voornemen tot collectieve waardeoverdracht in de zin van art. 83 lid 2 onder a Penw. Overigens wordt in de literatuur aangenomen dat het in de rede ligt dat deze informatieplicht in de eerste plaats bij de werkgever ligt en niet bij de pensioenuitvoerder.<sup>2</sup> Het hof lijkt daar in r.o. 3.8 ook van uit te gaan.<sup>3</sup> Zie echter *Asser/Lutjens 7-XI 2019/846* waaruit een voorkeur blijkt voor de overdragende pensioenuitvoerder.

8. De A-G geeft in zijn Conclusie een uitvoerige schets van het juridisch kader ten aanzien van de zorgplicht van pensioenuitvoerders (hoofdstuk 3). Dat is nuttig omdat dit onderwerp slechts gefragmenteerd wettelijk is geregeld, in elk geval als het om pensioenfondsen gaat. Pensioenfondsen zijn gereguleerd in de Pensioenwet, terwijl verzekeraars dat zijn in de Wet op het financieel toezicht (Wft). De Wft kent een uitgebreid kader voor zorgplicht en bovendien een vangnetbepaling waarin een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners is vastgelegd (art. 4:24a Wft). Voor pensioenfondsen geldt geen vergelijkbare vangnetbepaling in de Pensioenwet. De A-G wijst er echter op dat de Pensioenwet wel uitgebreide informatieverplichtingen kent, die ook onder het begrip zorgplicht vallen.

2 Zie Y.H. van Dorssen, J.M. van Riemsdijk & M.E.C. Boumans, 'Informeren over waardeoverdracht', *TPV* 2010/31, par. 2.5 en D.S. de Jager, D. Schmitz en Y.J. van Straalen, 'Protocol collectieve waardeoverdracht stroomlijnt proces', *Pensioen Magazine* 2019/75, p. 12. Ook volgens het 'Protocol collectieve waardeoverdracht 2019' van het Verbond van Verzekeraars ligt de werkgever meer voor de hand, zie *Asser/Lutjens 7-XI 2019/846*.

3 Conclusie A-G onder 3.37.

9. Daarnaast wijst de A-G op de aanvullende informatieplichten voor de werkgever en/of de pensioenuitvoerder die volgen uit civielrechtelijke normen. Uit het *Dexia*-arrest<sup>4</sup> volgt dat de privaatrechtelijke zorgplicht een verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplicht die in publiekrechtelijke wetgeving, zoals de Pensioenwet, is neergelegd.<sup>5</sup> Voor de werkgever kan een dergelijke bovenwettelijke informatieplicht voortvloeien uit goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Voor de pensioenuitvoerder kan een dergelijke bovenwettelijke informatieplicht gebaseerd worden op art. 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid) of art. 6:162 BW (onrechtmatige daad).<sup>6</sup> De rechter kan oordelen dat die civielrechtelijke verplichtingen vergen dat het pensioenfonds belanghebbenden voorziet van op maat gesneden informatie en advies, ongeacht of de wetgever die verplichting heeft neergelegd in de pensioenwetgeving.

10. In de rechtspraak is eerder aanvaard dat pensioenfondsen bij wijzigingstrajecten niet alleen informatieplichten jegens deelnemers hebben, maar ook een zorgplicht. De omvang van de zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de kenbaarheid van de persoonlijke en financiële belangen van het tijdig treffen van een vervangende voorziening (HR 8 februari 2013 (*Niehof/Bpf Bouw*)).<sup>7</sup>

11. In de literatuur wordt voorts aangenomen dat reflexwerking van zorgplichtnormen en rechtspraak over bancaire en financiële dienstverleners naar pensioenuitvoerders niet denkbeeldig is.<sup>8</sup>

12. Echter, in de literatuur wordt ook aangegeven dat het eigen karakter van het pensioenrecht in de weg kan staan aan het doortrekken van zorgplichtvereisten vanuit het financiële recht naar pensioenuitvoerders (Conclusie A-G, par. 3.12).<sup>9</sup> Daarvan ben ik – in navolging van de A-G – niet overtuigd. Immers, pensioenuitvoerders – met name pensioenfondsen – zijn weliswaar geen financiële ondernemingen in de zin van art. 1:1 Wft, maar economisch gezien zijn zij daarmee vergelijkbaar. De pensioenregeling zelf is wat mij betreft vanuit economisch perspectief voorts aan te merken als een complex financieel product en is in die zin niet anders dan een (beleggings)levensverzekering.<sup>10</sup>

mr. dr. R.M.J.M. de Greef

advocaat pensioen- en levensverzekeringsrecht en fiscalist bij Houthoff

4 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken, «JOR» 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieveise, *AA* 20100188, m.nt. W.H. van Boom & S.D. Lindenberg (*Dexia*), r.o. 4.10.3.

5 Zie ook R.H. Maatman, 'Pensioenfondsen en roboadvies: algoritme en aansprakelijkheid', *Pensioen Magazine* november 2019, p. 8.

6 *Asser/Lutjens 7-XI 2019/651*; M. Heemskerk, 'Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak', *WPNR* 2018/7178, p. 25-26.

7 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, *NJ* 2013/106, *PJ* 2013/60, m.nt. T. Huijg, «JAR» 2013/73, m.nt. M. Heemskerk, *TRA* 2013/60, m.nt. J.J.M. de Laat (*Niehof/Bpf Bouw*), r.o. 3.5.

8 M. Heemskerk, 'Afstemming tussen pensioenrecht en privaatrecht gewenst. Ontwikkelingen en rechtspraak', *WPNR* 2018/7178, p. 25.

9 A.A. Ettema, 'Pensioenverzekeraars en hun zorgplicht jegens de deelnemers', *Pensioen Magazine* 2019/43, p. 22.

10 Daarbij abstraheer ik van de werkgever/werknemer-verhouding in pensioenregelingen.