

Verplichte communicatie en zorgplichten: de wisselwerking tussen wetgever en de pensioenpraktijk



Mrs. dr. R. Rijnhout



Prof. mr. I. Giesen



Mrs. L. Nell MA



Prof. mr. L. Lentz*

1. Inleiding

1.1. Introductie

Op tal van terreinen legt de overheid verplichtingen op aan organisaties om informatie te verstrekken aan klanten, werknemers of derden. Deze zogenaamde informatieplicht is een juridisch instrument ten behoeve van de bescherming van een zwakkere partij en moet die partij in staat stellen om geïnformeerde, adequate keuzes te maken. De informatieplicht kan worden vormgegeven door middel van het publiekrecht en het privaatrecht. In de financiële sector bestaan beide typen zorgplichten naast elkaar.¹

De publiekrechtelijke informatieplicht van de Pensioenwet en van de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb) ligt onder vuur.² In de wets-evaluatie van de huidige publiekrechtelijke informatieverplichting is de vormgeving van beide zwaar bekritiseerd.³ De minister heeft daarom het idee opgevat om een nieuwe informatieplicht voor de pensioensector te introduceren. Het credo is daarbij: 'vormvrij waar mogelijk, standaardisering waar nodig'.⁴ Met deze nieuwe informatieplicht wordt gestreefd naar een situatie waarin de pensioenuitvoerder de pensioendeelnemer correct, duidelijk, evenwichtig en tijdig informeert over verschillende aspecten die van belang zijn voor zijn financiële planning.

De verantwoordelijkheid van de pensioenuitvoerder stopt echter niet bij de publiekrechtelijke informatieplicht, omdat die veelal slechts een minimumnorm betreft.⁵ Het privaatrecht kent veelal een verder strekkende zorgverplichting, omdat dat privaatrecht naar zijn aard veel meer gericht is op de rechtsverhouding tussen individuen, en daarmee op de vraag wat in een individueel geval aan informatie kunnen worden dat de privaatrechtelijke informatieplicht de publiekrechtelijke 'aanvult' of 'ondersteunt'. In het licht van die gedachte kan gesteld worden dat de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke informatieplicht samen het doel van een goede financiële planning in een individueel geval

dienen. In deze bijdrage gaan we nader in op beide uitwerkingen van de informatieplicht rond pensioenen en de relatie tussen deze beide typen. Wij bespreken deze regels in het licht van hun effecten op de praktijk: de houding van pensioenorganisaties ten aanzien van de wetgeving en de praktische keuzes die zij maken in de uitwerking van pensioencommunicatie.

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Allereerst bespreken we kort de methode van onderzoek in het empirische praktijkonderzoek bij pensioenorganisaties (§ 1.2), en de resultaten van deze interviews met

* Rianka Rijnhout en Ivo Giesen zijn als universitair docent privaatrecht, respectievelijk hoogleraar Privaatrecht verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (www.uu.nl/ucall) van de Universiteit Utrecht, en Louise Nell en Leo Lentz zijn als promovenda, resp. hoogleraar Tekstontwerp en communicatie verbonden aan het *Utrecht Institute of Linguistics OTS* van de Universiteit Utrecht. Dit artikel is mede tot stand gekomen dankzij een subsidie van het Strategisch thema *Instituten van de Open Samenleving* (IOS) van de Universiteit Utrecht. (R.Rijnhout@uu.nl), (I.Giesen@uu.nl), (M.L.Nell@uu.nl), (L.R.Lentz@uu.nl)

1. Er is veel literatuur verschenen over deze thematiek. Kort-heldshalve wordt verwezen naar een zeer klein deel daarvan. Zie hierover bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, Privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en weer terug', *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 18-19; W.H. van Boom, 'Hypothecair krediet aan consumenten - een overzicht', *TCeH* 2012, p. 268-269; O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publieke recht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM Themis* 2012, p. 231.
2. Zie bijv. AFM, *Rapport volledigheid en begrijpelijkheid startbrief*, 2010 (toegankelijk via www.AFM.nl); L.F. Heuts en J.F.I. Klaver, *Evaluatie informatiebepalingen en pensioenwetgeving* (Regioplan publicatienr. 2156), Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek 2011; J. Visser et al., *Pensioencommunicatie: behoeften en barrières* (G3436), TNS Nipo 2012; Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Rapport Pensioen in duidelijke taal*, Den Haag 2012.
3. Heuts en Klaver 2011.
4. Visser et al 2012, p. 13.
5. Tjong Tjin Tai 2010, p. 19; V. Mak, 'Scharnierpunt tussen Europa en nationaal consumentenrecht', *MvV* 2011, p. 187; Cherednychenko 2012, p. 231-234.

pensioenorganisaties over publiekrechtelijke informatieplichten in de pensioensector (§ 2), alsmede de daaruit voortvloeiende aanbevelingen (in § 3). Vervolgens bespreken we het voorontwerp van de Wet pensioencommunicatie, met als centrale vraag of de eerder beschreven problemen daar afdoende aangepakt worden (§ 4). Daarna analyseren we de privaatrechtelijke informatieplicht en de toegevoegde waarde daarvan, bovenop de publiekrechtelijke zorgplicht. We gaan na of de problemen met de publiekrechtelijke informatieplicht worden onderzocht, en zo nee, waar dan nog de knelpunten liggen (§ 5). Een korte afronding volgt in paragraaf 6.

1.2. Methode van onderzoek

Deze bijdrage bevat naast de juridische analyse een empirische component. Om inzicht te krijgen in de keuzes die pensioenorganisaties maken in de wettelijk verplichte en de aanvullende communicatie met hun deelnemers en de invloed die wetgeving hierop heeft, heeft de derde auteur van deze bijdrage in totaal veertig respondenten van 25 pensioenorganisaties en een toezichthouder geïnterviewd.⁶ De geïnterviewden waren in de meeste gevallen communicatieprofessionals op beslisniveau met inzicht in de niet-individuele informatievoorziening aan actieve deelnemers. Omdat niet alle pensioenorganisaties communicatieadviseurs in dienst hebben, is in een aantal gevallen gesproken met onder meer beleidsmedewerkers, pensioenfondsdirecteuren en productmanagers met communicatie in hun takenpakket. De gesprekken vonden plaats van december 2011 tot en met maart 2012.

Voorafgaand aan de interviews was een achttal thema's bepaald, die in ieder gesprek aan de orde dienden te komen. Deze thema's waren (1) het ontwerpproces van de startbrief, (2) ervaring met en het oordeel over wet- en regelgeving rond pensioencommunicatie, (3) de bepaling en realisatie van communicatiedoelen en (4) de visie op pensioenorganisaties en communicatiewetgeving pensioencommunicatie, (5) het onderscheiden en bereiken van doelgroepen, (6) de inzet van aanvullende communicatiemiddelen naast startbrief en UPO, (7) middelen- en doelgroeponderzoek onder deelnemers en (8) verwachtingen voor de toekomst van pensioencommunicatie binnen de organisatie en de pensioensector in het algemeen. De interviews waren halfgestructureerd, omdat deze wijze van interviewen de informanten de ruimte bood om onderwerpen aan de orde te stellen die niet door de interviewer ter sprake werden gebracht. Alle interviews zijn opgenomen en uitgeschreven. De transcripten van de interviews vormden de basis voor de analyse. Per thema werd bepaald welk algemeen beeld uit de interviews naar voren kwam. Vervolgens werd onderzocht in hoeverre die beelden overeenkwamen dan wel verschilden van elkaar.⁷

2. De effecten in de pensioenpraktijk van de publiekrechtelijke informatieplicht

2.1. Hoe ziet de huidige publiekrechtelijke informatieverplichting eruit?

In de Pensioenwet is de publiekrechtelijke informatieplicht wettelijk verankerd. De wetgever ziet 'als hoeder van het algemeen belang' (mede) voor haar een taak weggelegd om een *minimum*niveau van voorlichting bij wet verplicht te stellen, waarbij zoveel mogelijk uniformiteit zou moeten worden nagestreefd.⁸ De toezichthouder, de Autoriteit Financiële Markten (AFM), spreekt in dit kader ook wel over 'basisinformatie'.⁹ Het doel van deze informatieplicht is transparantie.¹⁰ Transparante informatievoorziening zou moeten leiden tot een goede financiële planning van consumenten.¹¹ Zo betoogt de AFM dat een pensioendeelnemer in staat moet zijn om zelfstandig beslissingen te nemen over zijn pensioen en dat hij kan beoordelen of het nodig is om hiervoor professioneel advies in te winnen.¹²

6. Over deze data is eerder gerapporteerd in M.L. Neil en L.R. Lents, *Pensioenorganisaties en communicatiewetgeving. Exploratief onderzoek naar keuzes en verplichtingen*, Netspar NEA Paper 2012, en A. Meijer, S. Grimmelikhuisen, M.L. Neil en L.R. Lents, *Organizational Arrangements for Targeted Transparency. Legal or Communicative Enactment of Disclosure Requirements*, 2014 (aangeboden aan Information Policy; na revisie van peer review).
7. Ook Heuts en Klaver 2011, p. 4-8, verdiepten zich in de doeltreffendheid van de pensioeninformatieverplichting, via een studie waar wij hierna geregeld op bouwen. Zij gebruikten daarvoor twee onderzoeksmethoden. Zij maakten een analyse van bestaande documenten en databestanden en hielden vervolgens (p. 4-8) een serie interviews met stakeholders, 30 pensioenuitvoerders en twee pensioenuitvoeringsorganisaties. Bovendien zijn er vijftien leden van deelnemersraden van pensioenfondsen telefonisch geïnterviewd en zestien individuele deelnemers en gepensioneerden (p. 5). Bij de selectie van deelnemers is onderscheid gemaakt tussen: gepensioneerden en deelnemers, de leeftijdsgroep waartoe de geïnterviewde behoorde (jonger of ouder dan 50 jaar) en het opleidingsniveau (lager dan MBO, of gelijk/hoger aan/dan MBO) (p. 5).
8. *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, nr. 3, p. 40, 112. Zie ook *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 54-55. Later wordt gesproken van minimumbescherming, *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, nr. 24, p. 34. De wetgever heeft er uitdrukkelijk van afgezien om te kiezen voor een convenant in plaats van een wettelijke regeling: 'De regering wil ten aanzien van de essentiële aspecten van pensioenregelingen daadwerkelijk bewaken dat daarover wordt voorgelicht. Dat kan alleen bereikt worden door wettelijke bepalingen, op de naleving waarvan toezicht gehouden wordt door de toezichthouder.' *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 55.
9. AFM, *Toezicht op pensioenuitvoerders door de AFM. Informatieverstrekking en zorgplicht*, Amsterdam 2008, te verkrijgen via www.AFM.nl, p. 5.
10. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 3, p. 4-5.
11. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 3, p. 5, 39-40, 110.
12. AFM 2008, p. 5.

De 'technische' vormgeving van deze informatieplicht steunt op een norm die twee typen verplichtingen behelst. Enerzijds geldt een open norm die (vooral nog) wordt ingevuld door drie toetsingscriteria of maatstaven, te weten: *duidelijke, begrijpelijke en tijdige informatie*.¹³ Anderzijds is bij wet bepaald over welke onderwerpen geïnformeerd moet worden.

De maatman om te beoordelen of de informatie begrijpelijk en duidelijk is, is volgens de minister de 'gemiddelde deelnemer'.¹⁴ In het licht van die maatman, laat de wetgever het aan de pensioenuitvoerder over om begrijpelijke informatie te verstrekken:

'Pensioenuitvoerders dienen zelf te bepalen wat onder tijdig wordt verstaan en wat in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen inhoudt. De toezichthouder kan natuurlijk wel een oordeel geven over de wijze van de invulling door de pensioenuitvoerders.'¹⁵

Zoals gezegd, kent deze regeling nog een andere verplichting. In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling – en bijbehorend Besluit uitvoering Pensioenwet – staat ook nog omschreven welke informatie aan de (toekomstige, huidige of voormalige) deelnemer verschaft moet worden. De communicatiemiddelen die zijn genoemd in de Pensioenwet zijn een startbrief, een uniform pensioenoverzicht (UPO) en de jaarlijkse informatie die moet worden verschaft na beëindiging van de deelneming. Daarnaast wordt er in de praktijk ook door middel van andere communicatiemiddelen geïnformeerd, zoals met nieuwsbrieven, maar die middelen vallen niet binnen de wettelijke norm en zijn dus niet onderworpen aan toezicht door de AFM.

2.2. Omvang en detaillering van de informatieverstrekking?

Heuts en Klaver constateren dat de informatie die verplicht moet worden verschaft in de startbrief door de praktijk, met name door 'pensioenuitvoerders', als te omvangrijk wordt beschouwd.¹⁶ Hierdoor zou het risico bestaan dat mensen minder bereid zijn om de informatie (grondig) te lezen.¹⁷ Ook de AFM schaart zich achter deze gedachte.¹⁸ Deze kritiek geldt niet alleen de startbrief, ook het UPO is op dit punt bekritiseerd.¹⁹ Deelnemers zouden behoefte hebben aan korte en bondige informatie in combinatie met taalgebruik dat is afgestemd op individuele kenmerken van deelnemers (genoemd zijn: opleidingsniveau en leeftijd). De AFM sluit zich aan bij dit standpunt.²⁰ Heuts en Klaver rapporteren als oplossing: een korte beschrijving van de kerninformatie en voor het overige doorverwijzen naar een website. Personen zouden daardoor sneller geneigd zijn om de informatie in de startbrief te lezen.²¹ Dit 'gelaagd communiceren' kan rekenen op toenemende interesse vanuit de pensioensector. Een klein

aantal pensioenorganisaties biedt de informatie al gelaagd aan, een groter deel is dit op termijn van plan.²²

De AFM zou graag zien dat er een pensioenbijaanuit wordt geïntroduceerd. Dit voorstel is echter van de hand gewezen in de evaluatie van Heuts en Klaver, omdat – ten eerste – uit de gesprekken in focusgroepen is gebleken dat de verwachting bestond dat deelnemers niet geïnteresseerd zouden zijn in de extra informatie. Voorts zou op basis van die informatie geen beslissing omtrent het pensioen genomen kunnen worden. Ten slotte zou de bjaanuit geen bijdrage leveren aan het pensioenbewustzijn.²³

Uit interviews met pensioendeelnemers die zijn afgenomen door de derde auteur blijkt dat ook de pensioenuitvoerders vinden dat er te gedetailleerd wordt voorgeschreven hoe informatie verschaft moet worden. Daardoor zou te weinig ruimte bestaan voor maatwerk²⁴ en afstemming op de kenmerken van de doelgroep, zoals leeftijd en opleidingsniveau.²⁵ In de eerdere evaluatie van Heuts en Klaver staat zelfs vermeld dat enkele pensioenuitvoerders hebben gesteld dat 'hierdoor zelfs het doel van de informatieverstrekking in de pensioenwetgeving [wordt] voorbijgeschoten'.²⁶ Respondenten in eerder gepubliceerd onderzoek van Nell en Lents merken op dat zij de wettelijk verplichte communicatiemiddelen ervaren als ballast. Een geïnterviewde bij een pensioenuitvoeringsorganisatie zegt hierover:

13. *Kamerstukken II 2006/06, 30 413, nr. 3, p. 41-43, 112.*
14. Kritisch over het begrip 'gemiddelde consument' is B.B. Duijvenvoorde, 'De gemiddelde consument als standaard bij misleiding', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Civielrecht. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 147-161.
15. *Kamerstukken II 2006/06, 30413, nr. 3, p. 112.* Zie ook *Kamerstukken II 2006/06, 30 413, nr. 24, p. 34*, en *Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 23*. Voor de Kamervraag, zie *Kamerstukken 2006/07, 30 413, B, p. 3*.
16. Heuts en Klaver 2011, p. 33. Vgl. p. 56. Onduidelijk wie op p. 33 met pensioenuitvoerders worden bedoeld; wij veronderstellen dat wordt bedoeld op pensioenuitvoerders anders dan pensioenverzekeraars.
17. Heuts en Klaver 2011, p. 33.
18. Heuts en Klaver 2011, p. 35.
19. Heuts en Klaver 2011, p. 37-38 en 60. Zie ook Ministerie van SZW 2012, p. 23.
20. Heuts en Klaver 2011, p. 38.
21. Heuts en Klaver 2011, p. 33.
22. Nell en Lents 2012, p. 33.
23. Heuts en Klaver 2011, p. 36.
24. Heuts en Klaver 2011, p. 43. Dit beeld werd bevestigd in Nell en Lents 2012, p. 22.
25. Heuts en Klaver 2011, p. 43. Dit beeld werd bevestigd in focusgroepen (zie p. 43).
26. Heuts en Klaver 2011, p. 43.

"Het is eigenlijk zonde van die startbrief, die toch heel veel moeite kost om in elkaar te zetten, dat we dat alleen maar zien als een wettelijk middel dat nou eenmaal [moet]. Terwijl je weet dat die effectiever zou kunnen."²⁷

2.3. Begrijpelijke taal?

Begrijpelijke taal is voor alle geïnterviewden een belangrijk onderwerp. In 2010 heeft de AFM een onderzoek uitgevoerd naar de begrijpelijkheid van de startbrief. Er zijn 55 startbrieven onderzocht.²⁸ Ook zijn 25 respondenten in individuele gesprekken ondervraagd ten aanzien van de begrijpelijkheid. Uit dit onderzoek bleek dat 'het taalgebruik verre van begrijpelijk is, dat pensioenuitvoerders veel jargon gebruiken en dat startbrieven nog te veel ingaan op procestechniek'.²⁹ Uit de interviews die gehouden zijn door de derde auteur blijkt ook dat er wordt geworsteld met de vraag hoe het schrijven van een begrijpelijke pensioentekst moet worden aangepakt. Ten minste 17 van de 24 geïnterviewde pensioenorganisaties verwijzen hierbij in meer of mindere mate naar het Europees Referentiekader (ERK). Binnen het ERK worden zes taalniveaus onderscheiden, variërend van A1 ('basisgebruiker') tot C2 ('vaardige gebruiker').³⁰ Het gebruik van deze norm voor begrijpelijke pensioencommunicatie is opmerkelijk te noemen. Immers, de niveaus zijn door de Europese Unie beschreven voor het meten van taalvaardigheid in moderne vreemde talen,³¹ en niet - zoals het gebruik ervan door pensioenorganisaties doet vermoeden - voor het vooraf bepalen van de begrijpelijkheid van een tekst in de moedertaal.³² Deze focus op het gebruik van de Europese taalniveaus als begrijpelijkheidsindicator is zeer waarschijnlijk gebaseerd op een verouderde versie van een Leidraad van de AFM, waarin de AFM stelt dat een te hoog taalniveau één van de valkullen is bij het naleven van die norm, en dat taalniveau B1 door 95% van de bevolking wordt begrepen. Inmiddels heeft de AFM dit onjuiste advies van de website verwijderd.

Desondanks zeggen meerdere pensioenorganisaties te streven naar teksten op B1-niveau omdat dit door AFM wordt voorgeschreven. '(...) We hebben ons geconformeerd aan het B1-taalniveau, dat de AFM ook voorschrijft en waarmee we juist ook de lager opgeleiden op een begrijpelijke manier zouden moeten informeren', aldus een geïnterviewde. Vervolgens blijkt dat ook met die norm het nog lang niet altijd makkelijk is om daarmee begrijpelijke én juiste teksten te realiseren. Een geïnterviewde stelt: 'We willen zoveel mogelijk B1-niveau halen, maar [dat is] bij ons gewoon niet realistisch. (...) Een term als pensioengrondslag is al te moeilijk.' En een ander: '(...) B1 gaat best ver: je mag niet meer dan tien woorden en geen enkel niet-regulier woord gebruiken. En dat vonden wij niet helemaal aansluiten bij onze populatie (...)'. De verwijdering van het onjuiste advies om met de normen uit dit referentie-

kader te werken, heeft dus niet verhinderd dat menige pensioenorganisatie nog worstelt met dat idee.

Maar hoe men de norm voor begrijpelijke taal ook uitwerkt, vaak ervaren auteurs van pensioenteksten een ander obstakel: de spanning tussen de tekst van de regeling en de communicatie in begrijpelijke taal met de deelnemer. Het gebruik van juridische termen en jargon staat regelmatig ter discussie. "Juristen vinden dat je het beste precies kan overnemen wat er in het pensioenreglement staat", aldus een geïnterviewde. En een andere geïnterviewde stelt: "Ik ben het minst tevreden over onze wettelijk verplichte communicatiemiddelen, omdat juristen hier zo'n grote invloed op hebben." De zeggenschap van juristen leidt bij veel pensioenorganisaties dan ook tot compromisproducten, zo blijkt uit de interviews. Maar enige verbetering is in zicht. Juristen lijken zich bewuster van het belang van begrijpelijk communiceren dan enkele jaren geleden,³³ terwijl communicatieadviseurs meer en meer beseffen dat juridische input vanwege de informatieplicht noodzakelijk en onmisbaar is.

Uit de evaluatie van Heuts en Klaver komt niet naar voren dat de begrijpelijkheid het grote knelpunt van de startbrief is. De begrijpelijkheid van het UPO wordt wel als aandachtspunt geformuleerd.³⁴ Uit de interviews met deelnemers, leden van deelnemersraden en pensioenuitvoerders blijkt dat het UPO en de startbrief 'onvoldoende begrijpelijk en duidelijk' zijn. Volgens Heuts en Klaver zou de informatie daarnaast te omvangrijk zijn, waardoor pensioendeelnemers niet uitgenodigd worden om de informatie tot zich te nemen.³⁵

27. Nell en Lents 2012, p. 22.

28. AFM 2010. Zie hierover ook Visser et al. 2012, p. 16-17.

29. AFM 2010, p. 22.

30. Zie in de juridische literatuur hierover M.R. van Dam, W.H. van Boom en M.L. Tuil, 'Tekstbegrip en klantbelang bij financiële producten', in: E.M. Dieben & F.M.A. 't Hart (red.), *Klantbelang Centraal (Financieel Juridische Reeks 4)*, Amsterdam: NIBE-Svv 2012, p. 113-118.

31. <http://www.erk.nl/werkgever/watenwaarom/>. Zie ook Van Dam, Van Boom en Tuil 2012, p. 122-123.

32. In het in het februari/maart-nummer van *Onze Taal* (82, 2), p. 56-57, stelt Carel Jansen 'dat schrijven op B1-niveau niet meer is dan een aantrekkelijk klinkende maar inhoudelijk lege term. Er ligt geen behoorlijk onderzoek aan ten grondslag, niemand weet wat er nieuw aan is en het instrument om na te gaan of het gelukt is, blijkt niet te deugen'.

33. Daarvan getuigt bijvoorbeeld Van Dam, Van Boom en Tuil 2012.

34. Heuts en Klaver 2011, p. 60.

35. Heuts en Klaver 2011, p. 60-61.

2.4. Aanvullende communicatiemiddelen?

Behalve de wettelijk verplichte middelen zetten de geïnterviewde pensioenorganisaties vaak aanvullende communicatiemiddelen in om de wettelijk verplichte communicatiemiddelen te 'repareren'.³⁶ Dat gebeurt om de begrijpelijkheid van de pensioencommunicatie te vergroten³⁷, maar ook omdat veel pensioenorganisaties hun deelnemers informatie willen bieden die niet past of niet is toegestaan in de wettelijk verplichte middelen.³⁸ Ook zeggen enkele geïnterviewden dat in die aanvullende middelen meer ruimte is om te bouwen aan het imago van de pensioenorganisatie. "Het imago van het fonds [zit] veel meer in ons magazine, of (...) mailingen over de financiële positie van het fonds. En natuurlijk [is het zo] dat als je duidelijke informatie krijgt dat je beeld over je pensioenfonds anders zal zijn.", aldus een geïnterviewde. Tot slot zeggen pensioenorganisaties dat de informatie uit de wettelijk verplichte middelen onvoldoende wordt gelezen of begrepen. Een geïnterviewde bij een bedrijfstakpensioenfonds zegt hierover: "[Bij het UPO] gaat altijd een magazine mee (...). Waar we eigenlijk naar streven is een soort leeswijzer. Want wij vinden het UPO nu heel technisch en juridisch. Wat we missen is: wat moet je nou met zo'n UPO? (...) En dat proberen wij in het magazine te doen." Volgens Heuts en Klaver wordt die extra informatie door de pensioendeelnemers als positief ervaren.³⁹

Er is een flinke variatie aan communicatiemiddelen die organisaties buiten de wettelijk verplichte communicatie inzetten. Vanzelfsprekend zijn websites inmiddels een onmisbare component van de communicatieomgeving geworden, maar daarbuiten lopen de keuzes van pensioenorganisaties uiteen. In de schriftelijke communicatie komen brochures, magazines, brieven en het publieksjaarverslag het vaakst voor. Voor de digitale communicatie zijn dat, naast de website, de pensioenplanner, het deelnemersportaal (met een inlogomgeving) en de digitale nieuwsbrief. Sociale media zijn in opkomst, maar de meeste pensioenorganisaties zeggen daar nog in de verkenningsfase te zitten. Voor de mondelinge communicatie geldt dat telefonische voorlichting door de meeste pensioenorganisaties worden ingezet, maar ook individuele en collectieve voorlichting komen voor.⁴⁰

2.5. Houvast aan en prikkels van open normen?

Heuts en Klaver stellen dat de normen 'duidelijk' en 'begrijpelijk' weinig houvast bieden voor een oordeel over goede, of niet en minder goede informatie.⁴¹ Deze onduidelijkheid wordt in verband gebracht met de handhavingsrol van de AFM; de toezichthouder zou 'te strikt' kijken naar de naleving van deze norm.⁴² Pensioenuitvoerders zijn ontevreden over de terminologie. Zij willen meer ruimte krijgen om 'een eigen invulling te geven aan de wijze waarop zij informatie verstrekken, waarbij wel richtlijnen en/of

minimumeisen ten aanzien van de informatieverstrekking bestaan'.⁴³ De AFM zou voorstander zijn van een open norm met minder voorgeschreven middelen of teksten. Maar ook op dat idee is volgens Heuts en Klaver kritiek geuit: een open norm wordt altijd toch weer ingevuld door de toezichthouder, die er immers in de praktijk een uitwerking aan moet geven.⁴⁴

Nell en Lentz concluderen dat een wettelijke informatieplicht een verkeerde prikkel oplevert: organisaties werken toe naar zogenaamde *compliance* met de regeling: zij volgen de aanwijzingen zo nauwkeurig mogelijk om aan hun verplichting te voldoen. Maar creatieve energie om begrijpelijk te informeren wordt op die manier niet aangeboord. Zeven pensioenorganisaties stellen dat het voldoen aan wet- en regelgeving voorop staat.⁴⁵ Een geïnterviewde van een pensioenuitvoeringsorganisatie zegt hierover: "We hebben de startbrief gemaakt omdat het een wettelijke verplichting is. (...) Van tevoren [hebben] we niet onze eigen doelstellingen daaraan gekoppeld."⁴⁶ Met andere woorden: communicatiedoelen die door pensioenorganisaties zelf kunnen worden bepaald, zoals een positief imago van het pensioenfonds en het vergroten van actiebereidheid bij deelnemers, verdwijnen als indirect gevolg van wetgeving naar de achtergrond en worden als minder belangrijk beschouwd. Aan de andere kant kan gesteld worden dat er pensioenorganisaties zijn die als gevolg van wetgeving juist méér doen dan ze geneigd zijn. Vaak gaat het hier om kleine pensioenfonds met weinig capaciteit en bestedingsruimte. Voor hen - en met name hun deelnemers - werkt communicatiewetgeving juist bevorderend. Met andere woorden: pensioencommunicatiewetgeving leidt dus tot verschillende benaderingen van pensioencommunicatie in de praktijk, waarbij een deel van de pensioenorganisaties in hun ambities wordt geremd en een ander deel juist omhoog wordt gestuwd.⁴⁷

36. Nell en Lentz 2012, p. 43.

37. Heuts en Klaver 2011, p. 65-66.

38. Nell en Lentz 2012, p. 39.

39. Heuts en Klaver 2011, p. 60.

40. L. Nell, L. Lentz en T. Koole, Pension helpdesk calls: repairing the failure of financial communication, 2014 (ter publicatie aangeboden).

41. Heuts en Klaver 2011, p. 29. Wel lijkt een deel van de pensioenuitvoerders de pensioencommunicatie te toetsen op begrijpelijkheid en duidelijkheid, zie p. 64-65.

42. Heuts en Klaver 2011, p. 28-29.

43. Heuts en Klaver 2011, p. 29.

44. Heuts en Klaver 2011, p. 29.

45. Nell en Lentz 2012, p. 33.

46. Nell en Lentz 2012, p. 33.

47. Vgl. ook Meijer, Grimmelikhuisen, Nell en Lentz 2014.

3. Conclusies en aanbevelingen uit de besproken evaluaties

Wij zien twee hoofdbewegingen in het ontwerp-proces van de wettelijk verplichte communicatie in de pensioenpraktijk.⁴⁸ De eerste beweging is dat pensioenorganisaties ervoor kiezen om de startbrief en het UPO – binnen de grenzen van de wet – te optimaliseren. De tweede beweging is dat pensioenorganisaties ervoor kiezen om dat niet te doen, en in plaats daarvan te berusten in de situatie of te optimaliseren in de aanvullende communicatiemiddelen. Op die aanvullende middelen wordt geen toezicht gehouden. Onbekend is dan ook wat aanvullende communicatiemiddelen doen voor de betrokkenheid en het begrip van pensioendeelnemers, zowel los van wettelijk verplichte communicatiemiddelen als in combinatie daarmee.

Op basis van hetgeen hiervoor besproken is, komen wij tot de volgende aanbevelingen aan de wetgever.⁴⁹ Allereerst dient de wetgever een duidelijke positie te kiezen in de afweging tussen voldoen aan de wettelijke eis van volledige communicatie enerzijds en begrijpelijke en duidelijke communicatie anderzijds, waarin het één niet noodzakelijk ten koste gaat van het ander. Daarnaast adviseren wij een strikte keuze voor 'principle-based' regelgeving, gericht op de resultaten van pensioencommunicatie in plaats van op (uiterlijke) kenmerken van producten. Vervolgens is van belang dat door de huidige verplichtstelling de wetgever er vanuit lijkt te gaan dat de kwaliteit van pensioencommunicatie 'geregeld' is. Daarmee wordt echter voortbij gegaan aan de grote hoeveelheid aanvullende middelen die pensioenorganisaties daarnaast nog inzetten en die daarmee ook invloed hebben op het pensioenbegrip en -bewustzijn van deelnemers, en waarop geen toezicht wordt gehouden. Het verdient daarom aanbeveling de wetgeving los te koppelen van specifieke documenten en meer als één geheel te beschouwen. Aansluitend op Heuts en Klaver bevelen wij tevens aan de regeling zo te ontwikkelen dat pensioenorganisaties gestimuleerd worden informatie toe te spitsen op de informatiebehoefte van de deelnemer, het opleidingsniveau, de persoonlijke situatie (wel of geen partner en kinderen, etc.).

Met dit laatste punt komen we bij de eerder genoemde kwestie van de adressant van de juridische begrijpelijkheidsnorm. Met andere woorden: wie is toch die maatman die benut wordt om te toetsen of is voldaan aan de norm zoals geformuleerd in de informatieplicht? De wetgever heeft bij de introductie van de huidige pensioenwet gekozen voor de 'gemiddelde deelnemer' en voor de norm van 'voor iedere deelnemer toegankelijke informatie'.⁵⁰ Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord *wie* de gemiddelde deelnemer is; wie mag als maatman worden beschouwd? Als onbekend is wie de maatman bij een norm is, hoe kan dan worden vastgesteld dat iemand 'gebrekklg' is geïnformeerd?

Ook enkele geïnterviewden ervaren dit als probleem. Zo zegt een geïnterviewde van een bedrijfstakpensioenfonds: "Er bestaat geen gemiddelde Nederlander." De geïnterviewden stellen daarom dat communicatie pas effectief is als pensioenorganisaties goed voor ogen hebben wie de doelgroep is, zowel in leeftijd, geslacht en opleidingsniveau als persoonlijke situatie. Daarnaast vinden zij het van belang om te achterhalen hoe leden van deze doelgroep pensioen ervaren, hoe pensioenbewust zij zijn, via welke middelen zij hun informatie willen ontvangen en wat zij willen weten over pensioen.⁵¹

Een daaraan gerelateerd probleem is dat er geen aandacht wordt besteed aan de vraag *wanneer* informatie voldoende begrijpelijk is en voor welk gedeelte van de deelnemersgroep de informatie begrijpelijk moet zijn.⁵² Met andere woorden: niet alleen de maatman ontbreekt, maar ook de denkbeeldige grens voor begrijpelijkheid die moet worden gehaald met de betreffende informatie.

48. Nell en Lents 2012, p. 43.

49. Nell en Lents 2012, p. 46-47.

50. *Kamerstukken II* 2006/06, 30 413, nr. 3, p. 208-209.

51. Nell en Lents 2012, p. 26-27. Vlaser et al 2012, 33-41 en p. 54-55, stellen dat voor een beter begrip belangrijk is dat wordt aangesloten bij iemands informatiebehoefte en de kenmerken van de deelnemer. Het zou vooral belangrijk zijn insichtelijk te maken of het verwachte eindbedrag afdoende is voor de oude-dag-voorziening. Er wordt verder vooral ingegaan op de diversiteit van informatiebehoefte naar gelang de leeftijd van de deelnemer of pensioengerechtigde en de volgorde waarin informatie gepresenteerd zou moeten worden. In dit kader wordt onder andere gesteld dat er een handelingsperspectief moet worden geboden (p. 50-51 en p. 57). Er wordt ook gesteld dat uit het kwalitatieve onderzoek blijkt dat de pensioeninformatie aantrekkelijker gemaakt kan worden door gebruik te maken van 'visuele interactieve informatie in plaats van informatie in de vorm van grafieken en veel tekst', zoals vakjargon (p. 33 en p. 57). Een online-dashboard zou een 'goede oplossing' zijn om de informatie aansprekender te maken. Of ten minste, ter nuancering, dit dash-board sprak de doelgroep zeer aan (p. 58 en p. 33).

52. Desondanks blijkt uit de evaluatie van de informatiebepalingen van de pensioenwetgeving dat alle pensioenfondsen zelf vinden dat zij in het kader van de startbrief hebben voldaan aan de begrijpelijkheidstoets (self-assessment); doch slechts minder dan de helft heeft dit getoetst onder een deelnemerspanel. Verder geven bijna alle pensioenverzekeraars aan dat het grootste deel van de startbrief (circa 90%) voldoende begrijpelijk is. Onduidelijk is echter of er een toets heeft plaatsgehad onder de deelnemers. Zie Heuts en Klaver 2011, p. 15.

4. Het nieuwe wetsontwerp voor de publiek-rechtelijke informatieplicht

4.1. Inleiding

In reactie op de geuite kritieken heeft de wetgever in november 2013 een voorontwerp van de zogenaamde Wet pensioencommunicatie ter consultatie voorgelegd met daarin een nieuwe publiekrechtelijke informatieplicht. Het doel van pensioencommunicatie is zo geformuleerd:

'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*.' (cursivering toegevoegd)⁵³

Effectieve communicatie zou 'de verwachtingskloof van de deelnemer verkleinen', zo luidt de assumptie. Verder zou er effectiever worden gecommuniceerd indien er een handelingsperspectief wordt geboden.⁵⁴

De deelnemer moet centraal staan, aldus de wetgever.⁵⁵ Hij noemt daarom – mede in het licht van de genoemde doelstelling en verwachte effecten – drie uitgangspunten voor pensioencommunicatie. Ten eerste moet er worden aangesloten bij de informatiebehoefte van de deelnemer, daarnaast moet gelet worden op de kenmerken van de deelnemer en ten slotte moet zijn manier van informatieverwerking centraal staan. De wetgever spreekt ook wel over 'maatwerk' en hanteert daarbij het uitgangspunt: 'vormvrij waar mogelijk, standaardisatie waar nodig'.⁵⁶

4.2. Open norm

De 'technische' vormgeving bestaat uit een open norm die wordt ingekleed met vier toetsingsfactoren ('subnormen') te weten: correctheid, duidelijkheid, evenwichtigheid en tijdigheid.

Allereerst dient de informatie correct te zijn, te weten inhoudelijk juist en vrij van tegenstrijdigheden binnen verschillende bronnen c.q. dragers van informatie.⁵⁷ De tweede maatstaf ter invulling van de open norm is dat de informatie duidelijk moet zijn. De term 'duidelijkheid' valt uiteen in de termen 'vindbaarheid' en 'begrijpelijkheid'. Met begripelijkheid bedoelt de wetgever het beperken van vakjargon en moeilijke termen, het begripelijk uitleggen van moeilijke termen en de 'simple en concrete uitleg van de informatie'.⁵⁸ Opgemerkt wordt wel dat de concrete invulling van de norm 'duidelijkheid' gerelateerd moet worden aan het doel en de functie van de informatie, zoals de wetgever stelt:

'Dat betekent dat voor specifieke documenten, zoals het pensioenreglement en het jaarverslag, andere eisen worden gesteld wat betreft de begripelijkheid'.⁵⁹

De derde factor waaraan getoetst moet worden is die van evenwichtigheid, wat kort gezegd inhoudt dat de informatie zowel positieve als 'beperkende kenmerken of voorwaarden van de pensioenregeling' moet bevatten. Ten slotte moet de informatie tijdig worden verschaft; de informatie moet óf voldoen aan de periode genoemd bij wet, óf – indien zo'n termijn niet is genoemd – 'binnen een termijn waarin de deelnemer de informatie redelijkerwijs nog kan gebruiken voor het beoogde doel'.⁶⁰

Anders dan naar huidig recht geldt, zou ook de onverplicht verschaft informatie moeten voldoen aan de vereisten van correctheid, duidelijkheid, evenwichtigheid en tijdigheid.⁶¹

4.3. Communicatiemiddelen

Er worden drie communicatiemiddelen genoemd, te weten: basisinformatie (voorheen de startbrief) die permanent digitaal beschikbaar moet zijn, een jaarlijks pensioenoverzicht (voorheen het UPO) waarin vooral wordt gereflecteerd op het in dat jaar opgebouwde pensioen⁶², en het pensioenregister, dat wordt uitgebreid in de richting van een 'online interactief totaaloverzicht (...) van het pensioeninkomen inclusief keuzemogelijkheden'.⁶³ De nadruk komt bovendien steeds meer te liggen op digitale verstrekking van informatie.⁶⁴

Voor de te verschaffen basisinformatie zal een open norm gaan gelden die nader ingevuld kan worden bij AMvB, maar waarin beknoptheid van de informatie moet worden nagestreefd.⁶⁵ Bovendien moet de

53. Memorie van toelichting, p. 1, te vinden via <http://www.internetconsultatie.nl/pensioencommunicatie>.

54. Memorie van toelichting, p. 1.

55. De deelnemer wordt door de wetgever gedefinieerd als de '(gewezen) deelnemers, (gewezen) partners en pensioengerechtigden' memorie van toelichting, p. 2.

56. Memorie van toelichting, p. 1.

57. Memorie van toelichting, p. 11.

58. Memorie van toelichting, p. 11.

59. Memorie van toelichting, p. 11-12.

60. Memorie van toelichting, p. 12.

61. Memorie van toelichting, p. 11.

62. Memorie van toelichting, p. 19. De wetgever is voornemens om de hoeveelheid informatie te verminderen, de toeslagentabel te verwijderen uit de verplichte informatievoorziening en de informatie over toeslagverlening meer 'principle based' te maken, zie memorie van toelichting, p. 19. Het overzicht van de jaarlijks opgebouwde aanspraken zal alleen betrekking hebben op het ouderdoms- en partnerpensioen; niet op het arbeidsongeschiktheidspensioen.

63. Memorie van toelichting, p. 7, 21-24.

64. Memorie van toelichting, p. 13-15.

65. Memorie van toelichting, p. 16. Er is een alternatief communicatie-instrument ontwikkeld dat er voor moet zorgen dat de informatie gelaagd wordt verschaft, het zogenaamde 'Pensioen 1-2-3', p. 17.

basisinformatie betrekking hebben op de kenmerken van de pensioenregeling en 'actiegericht' zijn; er moet een schets worden gegeven van persoonlijke omstandigheden die tot actie zouden moeten leiden. De basisinformatie moet ook een verwijzing naar het pensioenregister bevatten, zodat de deelnemer zelf kan uitzoeken hoeveel pensioen hij heeft opgebouwd.⁶⁶ Daarnaast moet er een 'pensioenvergelijker' worden opgenomen in de basisinformatie voor de verschillende pensioenregelingen. Eén van de elementen van deze pensioenvergelijker is het risicoprofiel van de betreffende pensioenuitvoerder.⁶⁷

Vermeldenswaardig is dat in het conceptvoorstel voor zowel de basisinformatie als de jaarlijkse informatie bepaald is dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld 'over de inhoud en de wijze van verstrekken van de in [de] artikel(en) bedoelde informatie' (zie art. 21 lid 3 en art. 38 lid 3). Voor de basisinformatie is vermeld dat die regels betrekking zullen hebben op gegevens over de vergelijkbaarheid van onderdelen van pensioenregelingen. Voor de jaarlijkse informatie staat het volgende vermeld in ontwerp-artikel 38 lid 3:

'Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de in dit artikel bedoelde opgaven en informatie en de wijze waarop deze worden verstrekt.'

In de memorie van toelichting staat echter niet vermeld wat hiermee wordt bedoeld. Betekent deze bepaling dat er toch een uniforme wijze van informeren wordt voorgeschreven? Hoe wordt er dan gewaarborgd dat er begrijpelijk wordt geïnformeerd? En bestaat er nog ruimte in het communicatieproces om aansluiting te zoeken bij de kenmerken van de deelnemer? Hoewel de bepaling voor de basisinformatie duidelijker is, rijzen wel vergelijkbare vragen. Hoeveel ruimte krijgt een pensioenuitvoerder bijvoorbeeld om zijn informatie af te stemmen op zijn deelnemerspubliek?

4.4. Omgang met de eerder benoemde kritiekpunten?

Hierboven in paragraaf 3 zijn zes kritiekpunten genoemd die het resultaat waren van de evaluatie van de huidige wetgeving. Ten eerste is de te verschaffen informatie te omvangrijk. Daarnaast moet er te gedetailleerd worden geïnformeerd. Verder is het lastig voor deelnemers om de informatie te begrijpen. Ten vierde zouden standaardteksten geen positief effect hebben op de communicatie. Ook de betekenis van de termen 'begrijpelijk en duidelijk' zou onduidelijk zijn. Wij hebben ten slotte als kritiekpunt gemeld dat onduidelijk is wie de maatman voor informatie is (wanneer is voldoende duidelijk geïnformeerd?).

In het wetsvoorstel lijkt tegemoet te worden gekomen aan de eerste twee kritiekpunten. Er moet wel één kanttekening worden gemaakt. In de basisinformatie en de jaarlijkse informatie wordt de informatie minder omvangrijk, met dien verstande dat die informatie – grotendeels – wordt verplaatst naar een online omgeving. De wetgever streeft ook naar minder ingewikkelde informatie door te gebiedten dat het gebruik van vakjargon en moeilijke termen beperkt moet worden.⁶⁸ Aan het vierde kritiekpunt, het gebruik van standaardteksten, lijkt op het eerste gezicht tegemoet te zijn gekomen. Echter, de wetgever is wel voornemens de bevoegdheid te creëren om bij AMvB nadere regels te stellen over de wijze waarop de informatie moet worden verschaft. Die nadere regels kunnen uiteraard alsnog het gebruik van standaardteksten verplicht stellen, hetgeen dan een 'terug naar af' zou betekenen. Het vijfde kritiekpunt, de operationalisatie van de termen 'duidelijk en begrijpelijk' is aangepakt door deze termen te vervangen door de term 'duidelijkheid', waaronder dan zowel 'vindbaarheid' als 'begrijpelijkheid' van de informatie wordt geschaard. Maar een verdere uitwerking en normering daarvan wordt niet geboden, dus hier ligt nog wel een potentieel probleem. Het kritiekpunt van de maatman is niet geadresseerd en blijft dus bestaan.

Ten slotte is belangrijk om op te merken dat in de memorie van toelichting de wetgever niet het uitgangspunt herhaalt dat de publiekrechtelijke norm een *minimumnorm* is. Het is niet duidelijk welke betekenis we daar aan moeten hechten. Blijft de nieuwe publiekrechtelijke informatieplicht inderdaad een wettelijk minimum voor pensioenuitvoerders zodat via het privaatrecht een hogere norm kan worden aangelegd die meer is toegespitst op de individuele bescherming van een deelnemer of pensioengerechtigde? Of is de publiekrechtelijke norm meteen ook dé (en enige) maatstaf? En als de privaatrechtelijke norm de publiekrechtelijke ondergrens kan aanvullen, is daarmee dan ruimte geschapen om de nog openstaande kritiekpunten te adresseren? Hoog tijd om daar nader op in te gaan.

66. Memorie van toelichting, p. 16.

67. Memorie van toelichting, p. 18.

68. Dat is overigens een redelijk open gebod, dus of dat helemaal gaat werken, is nog maar de vraag.

5. De (aanvullende?) privaatrechtelijke informatieplicht

5.1. Inleiding

Hoewel de focus van de wetgever vooral is gericht op de publiekrechtelijke informatieplicht van de Pensioenwet, hoeft de verantwoordelijkheid van de pensioenuitvoerder (of de werkgever) daar niet te stoppen. Het privaatrecht kent immers verdergaande informatieplichten die zijn toegespitst op een individueel geval.⁶⁹ Het is belangrijk om hier aandacht aan te besteden, omdat ook de privaatrechtelijke informatieplicht behoort tot het normenkader voor de pensioensector. We bespreken eerst het doel en de grondslag van de privaatrechtelijke zorgplicht (§ 5.2), en daarna in paragraaf 5.3 de vormgeving van de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van de pensioenuitvoerder. Vervolgens (§ 5.4) beschrijven we de moeilijkheden die kleven aan de handhaving van een informatieplicht in verband met het vereiste van causaliteit: zou de deelnemer wel voor een aanvullende oudedagvoorziening hebben gezorgd als hij wél adequaat geïnformeerd zou zijn geweest? We ronden deze paragraaf met een tussenconclusie af (§ 5.5).

5.2. Doel en grondslag

De strekking van een privaatrechtelijke informatieplicht kan verschillen per situatie. In een arrest van 8 februari 2013 – zoals hieronder nader wordt besproken – zoekt de Hoge Raad aansluiting bij de strekking van art. 17 PSW: ‘Het artikel strekt ertoe dat belanghebbenden inzicht wordt verschaft in hun pensioenpositie, opdat zij zo nodig zelf aanvullende voorzieningen kunnen treffen.’⁷⁰ Het is waarschijnlijk dat, als de Hoge Raad gevraagd wordt invulling te geven aan de privaatrechtelijke informatieplicht, hij aansluiting zal zoeken bij de strekking van de publiekrechtelijke norm: het belang van transparantie voor een goede financiële planning.⁷¹

De grondslag voor aansprakelijkheid kan – in theorie – worden gevonden in zowel het contractenrecht als het onrechtmatige daadsrecht, of in de redelijkheid en billijkheid. Met het sluiten van een pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer ontstaat de verplichting van de werkgever om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met een pensioenuitvoerder. Volgens de wetgever (ten tijde van de totstandkoming van de Pensioenwet) ontstaat daardoor geen directe contractuele verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer. Hoewel de werknemer geen partij is bij de uitvoeringsovereenkomst, bestaat er, aldus de wetgever, wel een zelfstandige relatie van de pensioenuitvoerder ten opzichte van de werknemer, via de overeenkomst bestaat de verantwoordelijkheid tot voorlichting van de deelnemer (de werknemer).⁷² Onduidelijk blijft vervolgens of de informatieverplichting een contractuele of een buitencontractuele basis heeft. De vraag is echter of het wel verschil maakt voor het bestaan c.q. de interpretatie van een informatie-

plicht of de zorgplicht voortvloeit uit contract of uit een betamelijkheidsnorm uit het onrechtmatige daadsrecht. Hier gaan we niet nader in op die discussie; wij beperken ons tot een bespreking van de invulling van een mogelijke privaatrechtelijke informatieplicht voor wat betreft de begrijpelijkheid van informatie te verschaffen door een pensioenuitvoerder aan een deelnemer.⁷³

5.3. De vormgeving van de informatieplicht

De privaatrechtelijke informatieplicht onderscheidt zich van de publiekrechtelijke zorgplicht op een principiële punt: de privaatrechtelijke zorgplicht van de pensioenuitvoerder wordt toegespitst op de deelnemer in kwestie. Zo kreeg de Hoge Raad in 2013 de vraag voorgelegd hoe de zorgplicht luidde ten aanzien van het informeren over *vervallende* vroegpensioen- en vutregelingen.⁷⁴ Een deelnemer klaagt dat hij de brief niet heeft ontvangen waarmee geïnformeerd wordt over de beëindiging en de mogelijke alternatieven. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

‘Het artikel strekt ertoe dat belanghebbenden inzicht wordt verschaft in hun pensioenpositie opdat zij zo nodig zelf aanvullende voorzieningen kunnen treffen.’⁷⁵

69. Hierover o.a. T.F.E. Tjong Tjin Tai en M.F.M. van den Berg, ‘Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten’, *AV&S* 2009, 23; Tjong Tjin Tai 2010, p. 19; Mak 2011, p. 187; Cherednychenko 2012, p. 231-234. Over de privaatrechtelijke informatieplicht in de pensioensector zie ook B. Degelink, ‘Rechtsgevolgen van onjuiste pensioeninformatie’, *TVP* 2011, 2.
70. HR 8 februari 2013, *JAR* 2013/73, r.o. 3.4.
71. Over de vervechting van publiek- en privaatrecht zie O.O. Cherednychenko, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen publiek- en privaatrecht’, *NTBR* 2010, 11; Cherednychenko 2012; M.W. Schellema, ‘De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht’, *MvV* 2013, (m.n.) p. 187-190; B. Bterens, ‘Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht’, *NTBR* 2013, 3.
72. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 5. Opvallend is overigens dat de wetgever (later) stelt dat er weliswaar geen sprake is van een overeenkomst tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer, maar dat er wel een verbintenis voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst via het zogeheten derdenbeding’, *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, nr. 3, p. 45. Zodra een derdenbeding wordt aanvaard door de werknemer, kan er een beroep op dat beding worden gedaan als ware de werknemer contractspartij. In die zin zou de werknemer (tot op zekere hoogte) wél contractspartij zijn. Over de uitvoeringsovereenkomst T. Huijg en J.M. van Slooten, ‘De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst’, *TPV* 2013, 22.
73. Zie over de invulling van zorgplichten in breder verband bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgpethiek* (dissertatie UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 219-223 (zie ook hoofdstuk 4 en 5); B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen* (dissertatie Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, m.n. p. 102-105.
74. HR 8 februari 2013, *LJN* BY4466, *JAR* 2013/73.
75. HR 8 februari 2013, *LJN* BY4466, *JAR* 2013/73, r.o. 3.4.

De afschaffing van een regeling vormt de meest verregaande wijziging, aldus de Hoge Raad:

'Hiermee ontvalt de grondslag aan de motivering die het hof in rov. 4.8 heeft gegeven voor zijn oordeel dat de beëindiging van de regeling geen aanleiding behoeft te zijn de brief van maart 2006 op zodanige wijze te verzenden dat deze met zekerheid [eiser] zou bereiken.' (onze cursivering)⁷⁶

De invulling van die zorgplicht wordt de door de Hoge Raad als volgt vormgegeven:

'Het antwoord op de vraag in hoeverre op (de rechtsvoorgangers van) [de gedaagde] een zodanige zorgplicht rustte, is afhankelijk van de omstandigheid van het geval, en daarbij is ook van belang welke voor [eiser] kenbare persoonlijke en financiële belangen voor (personen als) [eiser] waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en uitkering.' (onze cursivering)⁷⁷

Hoewel de Hoge Raad, gezien de inhoud van het eerste citaat, wel aansluiting lijkt te zoeken bij het doel van de informatieplicht van de Pensioenwet, wijkt de vormgeving af van de informatieplicht uit die wet. Anders dan bij de huidige publiekrechtelijke zorgplicht, waar wordt uitgegaan van de 'gemiddelde pensioendeelnemer', moet in het privaatrecht een oordeel worden gegeven over de vraag of, in het licht van de kenbare persoonlijke en financiële belangen van de deelnemer, de informatie op zodanige wijze is verstuurd dat zeker is dat deze de deelnemer zou hebben bereikt.⁷⁸

Hiermee is echter nog niet de vraag beantwoord hoe de privaatrechtelijke informatieplicht ten aanzien van pensioencommunicatie luidt. Hierover heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgesproken. Uit de Hoge Raad-uitspraak *Levob/Bolle* kan wel worden afgeleid dat een privaatrechtelijke informatieplicht in de financiële sector verder kan gaan (lees: zwaarder kan zijn) dan de publiekrechtelijke variant.⁷⁹ In deze zaak werd een uitspraak gedaan over de bijzondere zorgplicht (informatieplicht) bij een effectenleaseovereenkomst. Onduidelijk is echter in hoeverre die bijzondere zorgplicht kan worden doorgetrokken naar andere financiële producten. Wel kan worden gewezen op een uitspraak van het Hof Den Bosch waarin de vraag was of een pensioendeelnemer voldoende geïnformeerd was - voor diens overlijden - over de gevolgen voor de opbouw en de uitkering van diens nabestaandenpensioen van een overplaatsing van Nederland naar Duitsland. Het hof besteedt aandacht aan het volledige proces van voorlichting en informatieverschaffing, zo ook aan niet verplichte onderdelen van pensioencommunicatie (zoals brochures). Het hof oordeelde dat er een geobjectiveerde maatstaf geldt:

'Naar het oordeel van het hof hebben [de pensioenuitvoerders] [de overleden werknemer] voldoende geïnformeerd indien moet worden geoordeeld dat [de overleden werknemer], toen hij instemde met overplaatsing naar Duitsland, wist of redelijkerwijs moest weten dat daarmee de aanspraken op een nabestaandenpensioen zoals bij [de pensioenuitvoerder] verzekerd, verloren zouden gaan.'⁸⁰ (onze cursivering)

Met het aanbrengen van een objectivering van de begrijpelijkheidstoets lijkt de privaatrechtelijke toets genuanceerd te kunnen worden van 'feitelijk begrip' naar 'redelijkerwijs verondersteld begrip'. Met die keuze ontstaat wel een classificatieprobleem. Onder welke omstandigheden kan immers worden aangenomen dat deze deelnemer de informatie redelijkerwijs heeft moeten begrijpen? En hoe wordt die begrijpelijkheid getoetst? In de betreffende zaak lijkt het hof dit af te leiden uit het feit dat de deelnemer bij aanvang van zijn aanstelling een brochure heeft ontvangen waarin de juiste informatie stond vermeld over het nabestaandenpensioen.

Op deze redenering kan kritiek worden geuit. Wat zegt de ontvanger op moment X immers over begrip op een later moment Y? Wel wordt duidelijk dat de civiele rechter aansluiting zoekt bij de feitelijke gang van zaken in een individueel geval en daarmee dus voor een individueel geschil een passende oplossing

76. HR 8 februari 2013, L/N BY4465, JAR 2013/73, r.o. 3.4.

77. HR 8 februari 2013, L/N BY4465, JAR 2013/73, r.o. 3.5.

78. Zie ook Rb. Arnhem 4 juli 2007, ECLI:RBARN:2007:BB0146 (nalaten waarschuwen); Rb. Arnhem 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG1723 (nalaten informeren); Hof Den Bosch 11 december 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC0129 (werkgever voldoende geïnformeerd over beëindiging pensioenregeling) Rb. Dordrecht 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN2103 (voldoende geïnformeerd); Rb. Utrecht 1 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9909 (onvoldoende geïnformeerd, aansprakelijkheid werkgever); Rb. Amsterdam 3 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX0375 (pensioenverzekeraar niet aansprakelijk onvolledige informatie); Rb. Groningen 21 februari 2008, ECLI:NL:RBGRG:2008:BL0268 (werkgever niet aansprakelijk voor onvolledige informatie); Hof Den Bosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1398 (werkgever niet aansprakelijk).

79. HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*), r.o. 4.5.8.

80. Hof Den Bosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1398, r.o. 4.8.10. Zie ook de Rb. Zutphen die spreekt over 'kunnen en moeten afleiden dat (...)', Rb. Zutphen 18 januari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2313, r.o. 5.4. Vgl. Rb. Dordrecht 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN2013, die spreekt over 'een leek als de werknemer had dit moeten en kunnen begrijpen'.

zoekt.⁸¹ Met andere woorden, de publiekrechtelijke informatieplicht ziet op de pensioeninformatie die minimaal nodig is, terwijl de privaatrechtelijke informatieplicht daar bovenuit stijgt en wordt toegesneden op de individuele omstandigheden van de deelnemer of pensioengerechtigde. Daarbij zullen ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die in het kader van de beoordeling van de (eventuele) schending van een publiekrechtelijke informatieplicht buiten beschouwing worden gelaten, zoals de aanvullende en mondeling verschaft informatie die is gegeven tijdens een arbeidsvoorwaarden-gesprek. De scheidslijn lijkt overigens wel dunner te gaan worden, omdat volgens het voorontwerp Pensioeninformatie ook de niet-verplichte informatie binnen de reikwijdte van de nieuwe regeling valt. Zo zou ook die informatie (inhoudelijk) moeten worden getoetst aan de criteria correct, duidelijk, evenwichtig en tijdig.

5.4. Schade en causaliteit

Hoewel een privaatrechtelijke informatieplicht de lat dus in zoverre hoger legt dat deze meer toegesneden is op de concrete situatie van een deelnemer, lijkt de verwezenlijking van de zorgplicht (dus: handhaving door middel van het privaatrecht) in eerste instantie bemoeilijkt te worden door het schade- en (vooral) causaliteitsvereiste.

Bij de schadevraag doet zich het probleem voor dat de pensioendeelnemer vaak geen keuze heeft tussen verschillende pensioenuitvoerders; onduidelijk is daarom welke schade zou kunnen ontstaan bij de schending van een informatieplicht. Immers, als het niet mogelijk is om over te stappen naar een andere pensioenuitvoerder dan heeft er in beginsel geen mogelijkheid bestaan om meer pensioen op te bouwen via het basispensioen. Wel zou kunnen worden betoogd dat als wel adequaat zou zijn voldaan aan de informatieverplichting, de deelnemer extra uitgaven zou hebben gedaan ten behoeve van een aanvullende pensioenvoorziening, waardoor uiteindelijk het pensioen hoger zou zijn dan nu het geval is. En nu dat niet gebeurd is, is er schade opgetreden.⁸²

Als op die manier betoogd wordt dat er sprake is van schade, zijn we er nog niet. Vervolgens moet nog aannemelijk gemaakt worden dat er een causaal verband bestaat tussen de schade en de schending van de informatieplicht. 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.⁸³

In de *effectenlease*-arresten heeft de Hoge Raad echter de mogelijkheid gecreëerd om tegemoet te komen aan de bewijslast ten aanzien van het causaliteitsvereiste door bewijsvermoedens te introduceren al naar gelang de financiële positie van de consument.⁸⁴ Niet helemaal duidelijk is nog of, en in hoeverre, het idee van die bewijsvermoedens mag worden doorgetrokken naar zaken die niet gaan over effectenlease, zoals pensioenen, maar vast staat wel dat dit bewijsvermoeden eerder benut is buiten de oorspronkelijke effectenlease-situatie.⁸⁵ Een enkele feitenrechter heeft de overwegingen van de Hoge Raad omtrent dit bewijsvermoeden ook al vrij

81. Zie ook Rb. Arnhem 15 oktober 2008, *ECLI:NL:RBARN:2008:BG1722*, m.n. r.o. 2.21 (zorgplicht financieel adviseur c.q. tussenpersoon m.b.t. sterke daling rentestand van een kapitaalverzekering). Dat een privaatrechtelijke informatieplicht verder kan gaan, blijkt ook uit de privaatrechtelijke informatieplicht die is neergelegd in de Wet oneerlijke handelspraktijken. Hoewel sterk betwijfeld kan worden of deze wet hier van toepassing is nu de strekking daarvan (keuzevrijheid stimuleren) niet lijkt te stroken met de wijze waarop de pensioenopbouw in Nederland plaatsvindt (verplichte deelname via CAO), is opmerkelijk dat met de ‘gemiddelde consument’ (de maatman) in de Wet OPE wordt bedoeld. ‘het gemiddeld lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt (...)’ (zie art. 6:193b lid 2 BW).
82. Zie bijv. het tussenvonnis van de Rb. Arnhem 4 juli 2007, *ECLI:NL:RBARN:2007:BB0146*, r.o. 4.10; Rb. Arnhem 15 oktober 2008, *ECLI:RBARN:2008:BG1722*, r.o. 2.21 (aansprakelijkheid financieel adviseur c.q. tussenpersoon). Zie ook Rb. Zutphen 18 januari 2012, *ECLI:NL:RBZUT:2012:BV3313*, r.o. 8.13.
83. Zie nader o.a. I. Giesen, De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de ‘omkeringsregel’, in: T. Hartlief, S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penneanstreken over personenschade*. Vermande/Sdu: Den Haag 2009, p. 69-86; J.B.M. Vranken in zijn noot onder HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 184, nrs. 23-28; G.T.M.J. Raaijmakers, *De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2006; A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 8 februari 2013, *ECLI:NL:PHR:2013:BX7846*, nr. 47; A.C.W. Pijls, ‘Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk’, *NTBR* 2009, 22.
84. HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treuk/Deris*) r.o. 5.5.2-5.5.3; HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*), r.o. 4.7.9-4.7.10. Zie echter nog Rb. Arnhem 15 oktober 2008, *ECLI:RBARN:2008:BG1722*, r.o. 2.22 (aansprakelijkheid financieel adviseur c.q. tussenpersoon), waarin de rechter ervan uitgaat dat de deelnemer extra voorzieningen zou hebben getroffen als zou zijn voldaan aan de informatieplicht door de financieel adviseur). Onzeker is of dit vermoeden ook zal worden aangenomen bij de schending van een informatieplicht door een pensioenuitvoerder.
85. Vgl. in een iets andere setting (misleiding van beleggers), HR 27 november 2009, *RvdW* 2009/1403 (World Online), en daarover o.a. I. Giesen, *Effectieve rechtsbescherming en causaliteit*, *AV&S* 2010, p. 127.

letterlijk op andere situaties toegepast,⁸⁸ dus die ruimte lijkt er te zijn. Aan de andere kant, er zijn ook rechters die dit (nog) niet doen.⁸⁷

Er is naast dit causaliteitsvermoeden overigens nog een andere benadering mogelijk, namelijk via de theorie van verlies van een kans: met de schending van de informatieplicht is de deelnemer de kans ontnomen om zelf te zorgen voor een hogere oude-dag-voorziening. Die verloren kans is dan een schadepost welke in principe vergoed kan worden. Voor zover wij kunnen overzien, is deze constructie in deze context nog niet voorgelegd aan de rechter. Onduidelijk is daarom of deze theorie kan worden toegepast in deze situatie, maar ondenkbaar is dat zeker niet.⁸⁸ Al met al zijn er wat ons betreft voldoende mogelijkheden om de causaliteitsproblematiek te omzeilen,⁸⁹ maar echt eenvoudig is dat nog niet.

Deze problematiek – de bewijsmoeilijkheden bij toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht – en het daardoor opspelende handhavingstekort, zou ook een verklaring kunnen zijn waarom de wetgever opnieuw heeft ingezet op een publiekrechtelijke informatieplicht als juridische prikkel voor duidelijke pensioencommunicatie. Gegeven het daarmee minder hoog afgestelde beschermingsniveau rijst dan wel de vraag of de bescherming van de individuele consument en diens financiële situatie, langs die weg wel afdoende gewaarborgd is.

3.5. Inzetten op publiek- of privaatrecht?

Gezien de praktische (bewijs- en handavings-)moeilijkheden die verbonden zijn aan de privaatrechtelijke informatieplichten, kan dus worden betoogd dat ingezet moet worden op de publiekrechtelijke informatieplicht. Een vraag die zich dan echter wel nog voordoet, is welke invloed die publiekrechtelijke informatieplicht heeft op het communicatieproces. Tjong Tjin Tai wees al op een mogelijk neveneffect van het formuleren van een publiekrechtelijke norm ten aanzien van te verschaffen zorg (i.c. informatie): publiekrechtelijke zorgplichten betreffen naar hun aard slechts minimumnormen, omdat deze gelden voor 'categorische gevallen'. Deze minimumnorm is, aldus Tjong Tjin Tai, 'lager dan de eigenlijke zorgplicht, die uitgaat van wat in het concrete geval wordt geëist'.⁹⁰ Een neveneffect van het formuleren van een minimumnorm zou dan kunnen zijn, maar dat vergt wat ons betreft nog nader empirisch onderzoek, dat in de praktijk die norm beschouwd gaat worden als een maximumnorm, en dus 'als een signaal dat men nooit meer hoeft te doen'.⁹¹ De evaluaties die wij hierboven hebben besproken, laten zien dat dit effect bij een aantal pensioenorganisaties zichtbaar is: de minimumnorm wordt daar opgevat als de geldende norm.

Een voor de hand liggende oplossing zou kunnen zijn om een zwaardere publiekrechtelijke norm te

introduceren, maar dit zou, aldus Tjong Tjin Tai, als neveneffect kunnen hebben dat die te zwaar wordt voor sommige gevallen. Hoewel daardoor het niveau van zorg in theorie verhoogd zou kunnen worden, bestaat ook de kans dat er (teveel) weerstand komt binnen een praktijk die – met zijn eigen werkwijze – op zich heel goed zou kunnen functioneren.⁹² Om die reden stelt Tjong Tjin Tai dat voorzichtigheid betracht moet worden bij de formulering van een publiekrechtelijke informatieplicht. Wij voegen daaraan toe dat het daarmee verstandig lijkt om de privaatrechtelijke zorgplicht naast de publiekrechtelijke plicht te handhaven.

Die insteek heeft tevens als voordeel dat zodoende een deel van de nog openstaande, eerder besproken kritiekpunten ter hand kan worden genomen. Die privaatrechtelijke zorgplicht scherpt immers nog eens in dat informeren via standaardteksten niet direct kan volstaan, zal ertoe kunnen leiden dat er (beetje bij beetje) invulling gegeven wordt aan de (nog steeds) open criteria van 'correct, duidelijk, evenwichtig en tijdig', en zal zo tevens nader invulling kunnen geven aan het concept van de maatman.

6. Slot

De wetgever zet ook in het nieuwe conceptvoorstel in op een publiekrechtelijke informatieplicht in de pensioensector. Zoals wij hierboven hebben betoogd, komt die herziening niet op alle punten tegemoet aan de kritieken die zijn geleverd op de huidige

86. Zie Hof Den Bosch 23 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM9616 (X/ABN-Amro). Vgl. ook nog HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846; RvdW 2013/249 (Van Lanschot), r.o. 3.7, waarin het soortgelijke gebruik door het hof (zie Hof Den Bosch 14 september 2010, JOR 2010/310; ECLI:NL:GHSHE:2010:BO3207) van het vermoeden van causaal verband, bestempeld werd als een juiste rechtsopvatting.

87. Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7171 (X/ABN-Amro), r.o.v. 3.22.

88. Anders dan de leer van proportionele aansprakelijkheid lijkt de theorie van verlies van een kans in beginsel niet terughoudend te worden toegepast, HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 (Deloitte/H&H).

89. Opgemerkt moet wel worden dat bij een analyse van lagere jurisprudentie over de schending van informatieplichten in het kader van pensioenaanspraken het causaliteitsvereiste niet lijkt te worden geproblematiseerd door de rechter. Veel vorderingen worden er ook niet voorgelegd aan de rechter, zo blijkt uit een analyse van vonnissen op rechtspraak.nl (zoekterm 'informatieplicht', zoekterm 'pensioen', bron HR, hoven, rechtbanken, rechtsgebied civiel recht levert 73 resultaten; zie wel Rb. Zutphen 18 januari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2313, r.o. 5.12, maar deze zaak betrof een geschil tussen werkgever Vicoma en tussenpersoon en adviseur Thoma).

90. Tjong Tjin Tai 2010, p. 19. Vgl. Mak 2011, p. 187; Cherednychenko 2012, p. 231-234.

91. Tjong Tjin Tai 2010, p. 19.

92. Tjong Tjin Tai 2010, p. 19-20.

publiekrechtelijke informatieplicht. Daar ligt dus nog ruimte voor verbetering. Opmerkelijk is verder dat de wetgever in dit ontwerp niet het standpunt hanteert dat de publiekrechtelijke informatieplicht een minimumnorm is. Hij lijkt uit te gaan van één systeem voor informatieverschaffing dat door middel van het publiekrecht is vormgegeven. De logische vervolgvraag die dan rijst, is of het privaatrecht nog iets kan bijdragen aan dit systeem, zoals dat tot nu toe wel het geval is, en hoe de individuele rechtsbescherming van de pensioendeelnemer of gepensioneerde gewaarborgd kan worden. Die bijdrage is er

Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid

1. Inleiding

Een gemaakte beroepsfout hoeft niet zonder meer te leiden tot een beroepsaansprakelijkheidsprocedure. Alom wordt onderkend dat een procedure kan worden voorkomen (of verkort) indien de beroepsbeoefenaar tekst en uitleg geeft over zijn handelen en zijn verontschuldigen aanbiedt.¹ Vaak ziet de betreffende beroepsbeoefenaar daar evenwel van af en beperkt hij zich tot een soms krampachtig zwijgen.² De reden voor dit stilzwijgen is mede gelegen in de vrees de dekking van de aansprakelijkheidsverzekering te verspelen. In de verzekeringspolis is in de regel immers een bepaling als de volgende opgenomen:

De verzekerde is verplicht zich te onthouden van elke toezegging, verklaring of handeling, waaruit erkenning van de aansprakelijkheid kan worden afgeleid.

Een dergelijke bepaling wordt ook wel aangeduid als het verbod op erkenning van aansprakelijkheid. We merken hier reeds op dat deze alom gehanteerde aanduiding aanleiding kan geven tot misverstanden. Voor toepassing van een dergelijke bepaling is - in zijn algemeenheid - niet vereist dat de verzekerde alle elementen van aansprakelijkheid erkent (tekortkoming of onrechtmatigheid, schade, causaal verband). Een verbod op erkenning van aansprakelijkheid kan ook betrekking hebben op enkel de erkenning van het onrechtmatige karakter van het handelen. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het gegeven dat het verbod op erkenning

wat ons betreft zeker, zoals hiervoor besproken. Wellicht zou dus de wetgever, nu hij toch bezig is met de vormgeving van een informatieplicht, ook kunnen aangeven hoe de civielrechtelijke zorgplicht eruit ziet, hoe deze zich verhoudt tot de publiekrechtelijke zorgplicht en hoe vervolgens omgegaan zou moeten worden in de pensioencontext met het causaliteitsvereiste in zaken waarin een informatie of waarschuwingsplicht is geschonden. Daarmee wordt meer duidelijkheid gecreëerd en de bescherming van de financiële belangen van de individuele pensioendeelnemers versterkt.



Mr. drs. K.P. Hoogenboezem* Mv. mr. M.C. Hees*

dikwijls besloten ligt in een algemene bepaling als de volgende:³

Bij schade is de verzekerde verplicht alles na te laten wat de belangen van de verzekeraar zou kunnen schaden.

Waar in dit artikel, zoals gebruikelijk, wordt gerefereerd aan "erkenning van aansprakelijkheid" moet dus worden bedacht dat ook van erkenning van aansprakelijkheid kan worden gesproken indien niet *alle* vereisten voor aansprakelijkheid worden erkend.

Aan overtreding van het verbod op erkenning van aansprakelijkheid wordt in de regel één van twee mogelijke sancties verbonden. De verzekeraar kan in de polisvoorwaarden opnemen dat een schending van het verbod op erkenning leidt tot verval van ieder recht op uitkering. De verzekeraar kan er ook

* Auteurs zijn advocaat te Amsterdam.
(krijn.hoogenboezem@boekel.com) en
(merel.hees@boekel.com)

1. Vgl. A. Brenninkmeijer, 'Schuld', *NJB* 2006,33, p. 1881, A.J. Akkermans, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008/6772, p. 779, C.E. Drion, 'Misverstanden omtrent het recht op erkenning van fouten', *NJB* 2008, 24, p. 1463.
2. Vgl. Drion (2008), p. 1463.
3. J.H. Wanstink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 370.