

# De zorgplicht van artikel 52 Pensioenwet

Met ingang van 1 januari 2008 treedt artikel 52 van de Pensioenwet in werking<sup>1</sup>. In artikel 52 is geregeld dat de pensioenuitvoerder (lees het pensioenfonds of de pensioenverzekeraar) een zorgplicht heeft bij de zogeheten premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid, ook wel de beschikbare premiereregelingen genoemd. Het gaat dan dus om de pensioenregelingen waarbij de werkgever een premie aan de werknemer beschikbaar stelt, deze afdraagt aan de pensioenuitvoerder die de premie vervolgens belegt op de wijze waarop de deelnemer dat heeft aangegeven. Voor beschikbare premiereregelingen zonder beleggingsvrijheid voor de deelnemer, geldt artikel 52 niet. In deze bijdrage wordt ingegaan op deze nieuwe bepaling in de Pensioenwet en wordt stilgestaan bij een aantal praktische consequenties.

## Zorgplicht en de totstandkoming van artikel 52 PW

Het begrip “zorgplicht” is volgens sommigen een modewoord dat tegenwoordig overal te pas en te onpas opduikt. Volgens prof. mr. J.G.C. Kamphuisen<sup>2</sup> zouden we op hetzelfde punt staan als nu, als het begrip niet zou zijn geïntroduceerd. Waarom? Omdat ons burgerlijk recht al meer dan een eeuw gekenmerkt wordt door dit uitgangspunt en de jurisprudentie tal van uitspraken kent die in feite over zorgplicht gaan en er kortweg op neerkomen dat we ons in het maatschappelijk verkeer netjes ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. Als we daarin tekort schieten kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad of van wanprestatie. Zo bezien dus niets nieuws onder de zon. De Autoriteit

mr. Hans  
Breuker

Hoofd  
Pensioenadvies,  
TKP Pensioen te  
Groningen



Financiële Markten (AFM) is belast met het toezicht op de normen ten aanzien van de premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid. Met het begrip zorgplicht heeft de wetgever volgens de AFM invulling willen geven aan het algemene beginsel dat een financiële dienstverlener moet handelen in het belang van de klant en dit geldt evenzeer voor een pensioenuitvoerder ten aanzien van de (in)actieve deelnemers in een pensioenregeling.

Artikel 52 heeft een relatief lange ontstaansgeschiedenis. In 2001 heeft het kabinet in een adviesaanvraag aan de SER gepleit voor een minimuminleggarantie voor beschikbare premierelaties die erop neerkwam dat het voor de ingelegde premies aan te kopen pensioen ten minste gebaseerd zou moeten zijn op de ingelegde premies<sup>3</sup>. Die wettelijke minimumgarantie is er echter nooit gekomen, met name vanwege het kostenverhogende aspect dat aan deze garanties kleefde. Pensioenuitvoerders zouden uitzonderlijk hoge reserves moeten aanleggen en zich tegen elk denkbaar beleggingsrisico moeten indekken. Dat betekent dat ze risicomijdend te werk moeten gaan, waardoor het mogelijk te behalen rendement op termijn lager wordt. Dat zou pensioenregelingen onnodig duur maken. Vanuit het veld is daarom als alternatief voorgesteld om regels op te stellen die de risico's van tegenvallende pensioenuitkomsten zoveel mogelijk beperken door min of meer voor te schrijven op welke wijze de pensioenpremie belegd moet worden, vergelijkbaar met de in de Pensioen- en spaarfondsenwet voorgeschreven regel voor pensioenfondsen die inhield dat de premies "solide" belegd moeten worden.

Dit voorstel is opgenomen in het oorspronkelijke wetsvoorstel zoals dat bij de Tweede Kamer in december 2005 is ingediend. Het ging uit van de gedachte dat de pensioenuitvoerder de beleggingsmix vaststelde volgens het "prudent person-beginsel" en die mix aanpaste al naar gelang de leeftijd van de deelnemer. Desnoods tegen zijn wil. Hoe dichter men de pensioendatum nadert, des te minder risicovol er belegd moet worden. Beleggingsvrijheid van de deelnemer paste volgens de regering niet goed bij het uitgangspunt van de Pensioenwet die inhoudt dat geld dat opzij wordt gezet ten behoeve van pensioen, zijn pensioenbestemming moet behouden en moet leiden tot een levenslange pensioenuitkering. In het

oorspronkelijke voorstel werd de beleggingsvrijheid met die argumentatie dus behoorlijk ingeperkt.

Teveel volgens een aantal Kamerleden. Een aangenomen amendement heeft geleid tot een drastische aanpassing van het artikel zoals dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel was opgenomen. Het aangepaste artikel<sup>4</sup> komt er in het kort op neer dat de pensioenuitvoerder in eerste instantie verantwoordelijk is voor de beleggingen en daarbij moet beleggen in het belang van de deelnemer (lid 1). De deelnemer kan er echter voor kiezen de verantwoordelijkheid over te nemen en te beleggen zoals hem dat goeddunkt (lid 2). In dat geval heeft de pensioenuitvoerder jaarlijks een adviseringsplicht (leden 3 en 4). De deelnemer kan het advies echter naast zich neerleggen. In het gewijzigde artikel is dus de mogelijkheid geïntroduceerd voor de deelnemer om af te wijken van de beleggingsmix die de pensioenuitvoerder hem aanbiedt (opting out)

### Aansprakelijkheidsvraagstukken

Hoewel de tekst van lid 2 wellicht anders doet vermoeden, bestaat er geen verplichting om de mogelijkheid aan de deelnemers te bieden om de verantwoordelijkheid voor de beleggingen over te nemen. Er kan dus volstaan worden met het aanbieden van de mogelijkheid waarbij de premies (desnoods tegen de wil van de deelnemer) worden belegd op de door de pensioenuitvoerder bepaalde wijze en volgens de door de pensioenuitvoerder bepaalde "Life Cycle" (zie hierna). Van een adviseringsplicht is dan geen sprake. De vraag kan rijzen of de pensioenuitvoerder, door de mogelijkheid van "opting out" niet te bieden, aansprakelijk gesteld kan worden. Gelet op de pensioendoelstelling van de tweede pijler en gelet op het feit dat de inhoud van de pensioenregeling (waaronder ook het niet aanbieden van deze mogelijkheid moet worden verstaan) door sociale partners wordt vastgesteld, acht ik die kans gering. Ook in het oorspronkelijke voorstel van de regering (waar van beleggingsvrijheid dus in het geheel geen sprake was) werd die vraag door de regering ontkenkend beantwoord.

In het geval waarin de deelnemer de verantwoordelijkheid wel kan overnemen en daar ook gebruik van maakt, moet de pensioenuitvoerder jaarlijks adviseren. Uitgangspunt van dit advies moet zijn de relatie van de beleggingen tot de duur van de periode

tot de pensioendatum, waarbij het beleggingsrisico afneemt naarmate de pensioendatum nadert. De deelnemer kan het advies echter naast zich neerleggen. De pensioenuitvoerder is daarvoor niet aansprakelijk. In de wetsgeschiedenis wordt dit zonder enig voorbehoud door de regering naar voren gebracht, zoals blijkt uit de hieronder opgenomen passages:

*“Het ligt niet in de rede, dat als een deelnemer kiest voor zelf beleggen, hij zich vervolgens tegendraads opstelt jegens de pensioenuitvoerder die hem moet adviseren. Doet betrokkene dat wel, dan zijn de consequenties uiteraard voor zijn rekening. Dat geldt uiteraard ook voor het niet opvolgen van het advies van de pensioenuitvoerder, waartoe de deelnemer overigens geenszins verplicht is. De regering wijst erop dat deelnemers op basis van het geamendeerde artikel 47 (thans artikel 52, HB) niet meer gedwongen kunnen worden de aandelenportefeuille aan te passen. De pensioenuitvoerders krijgen de plicht te adviseren. Deelnemers kunnen dit advies naast zich neerleggen.”*

Het is niet zo moeilijk om bij dit onderwerp allerlei casuïstiek te bedenken. Stel de deelnemer heeft gekozen voor beleggingsvrijheid, staat vlak voor de pensioendatum en heeft zich laten informeren door beleggingsdeskundigen die voorspellen dat de aandelenmarkten de komende periode fors zullen stijgen. Hij speelt daarom met de gedachte om zijn beleggingsmix aan te passen ten faveure van aandelen. De pensioenuitvoerder adviseert hem echter te beleggen volgens de Life Cycle (meer vastrentend en minder aandelen naarmate de pensioendatum dichterbij komt). De deelnemer neemt dit advies over en ziet af van zijn plan om meer in aandelen te beleggen. Een jaar later blijkt dat, had hij zijn voornemen doorgezet, zijn pensioenuitkering fors hoger zou zijn geweest. Is de pensioenuitvoerder nu aansprakelijk? Ik zou menen van niet om dezelfde reden als hierboven aangegeven. De pensioendoelstelling maakt dat het belangrijker is de pensioenuitkering met de haven in zicht veilig te stellen, dan dat door middel van het nemen van risico's (het blijft natuurlijk een voorspelling) een zo hoog mogelijke pensioenuitkering wordt behaald.

### **De praktische implementatie**

Pensioenuitvoerders moeten zich buigen over de wijze waarop zij met artikel 52 willen omgaan. Omdat de vertaling van artikel 52 rechtstreeks de inhoud

van de pensioenovereenkomst raakt, is dit in eerste instantie een zaak van sociale partners. Het kan echter voorkomen dat sociale partners dit onderdeel van de pensioenovereenkomst hebben gedelegeerd aan het bestuur van het pensioenfonds.

Het eerste punt waarover besloten moet worden is of men beleggingsvrijheid wil bieden of niet. Een overweging om geen beleggingsvrijheid te bieden kan gelegen zijn in het feit dat de jaarlijkse adviseeringsplicht in dat geval niet geldt. Kent de bestaande beschikbare premieregeling beleggingsvrijheid dan kan dat een argument zijn om deze mogelijkheid te blijven bieden. Los daarvan geldt te allen tijde dat voor de deelnemer de mogelijkheid moet bestaan om de verantwoordelijkheid voor de beleggingen aan de pensioenuitvoerder over te laten (de default). De pensioenuitvoerder moet één of meer beleggingsmix(en) aanbieden waarbij met behulp van alle beleggingsdeskundigheid en rekening houdend met de pensioendoelstelling, een asset-mix wordt samengesteld waarbij de risico's afnemen naarmate de pensioendatum nadert (Life Cycles). Sociale partners en/of het pensioenfondsbestuur moeten bepalen hoeveel Life Cycles er worden aangeboden in de default-situatie en de inhoud ervan. In het geval waarin meerdere Life Cycles worden aangeboden (bijvoorbeeld een defensieve, een neutrale en een offensieve), kan een beleggingswijzer of beleggingsprofiel behulpzaam zijn bij de keuze die de deelnemer moet maken. Wordt slechts één Life Cycle in de default-situatie aangeboden, dan zal er geen behoefte bestaan aan een dergelijk profiel.

Alle deelnemers zullen voor 1 januari 2008 benaderd moeten worden met de vraag of zij willen beleggen volgens de Life Cycle, dan wel (als die mogelijkheid wordt geboden) opteren voor beleggingsvrijheid. Vanuit de gedachte dat de Life Cycle is samengesteld door sociale partners c.q. het pensioenfondsbestuur en op basis van hoogwaardige beleggingsdeskundigheid, kan hierbij uitgangspunt zijn dat niet-reageren een keuze voor de Life Cycle impliceert. In dat geval is het uiteraard van groot belang de deelnemer daar nadrukkelijk op te wijzen en eveneens voor 1 januari 2008 een tijdige rappel-procedure (waarbij de deelnemer er nogmaals op gewezen wordt dat niet-reageren betekent dat men gekozen heeft voor het deelnemen aan de Life Cycle) in werking te stellen. De deelnemers die aangeven voor vrij beleggen

te kiezen zullen vervolgens moeten aangeven op welke wijze de premie belegd dient te worden. De keuze die zij maken heeft, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, eveneens betrekking op het reeds bestaande saldo. Dit kan dus grote verschuivingen teweeg brengen.

Voor de deelnemers die in de Life Cycle beleggen, betekent dit dat zij bij de overgang naar een nieuw leeftijdscohort (zie voorbeeld) automatisch in een andere asset-mix terechtkomen. Ook daarover zullen zij (zeker als dit een nieuw fenomeen is) uitvoerig geïnformeerd moeten worden.

Nagedacht moet worden over de vraag of en zo ja, op welke momenten de deelnemers aan de Life Cycle geïnformeerd moeten worden over de mogelijkheid om over te stappen naar vrij beleggen. Een natuurlijk moment zou het moment voorafgaand aan de overgang naar een ander depot kunnen zijn. Uit het voorbeeld blijkt dat de beleggingsmix in depot I gedurende een lange periode ongewijzigd blijft. Vanuit een oogpunt van zorgvuldigheid en transparantie lijkt het daarom voor de hand te liggen de deelnemer meer frequent (bijvoorbeeld jaarlijks) te wijzen op die mogelijkheid.

De deelnemer die heeft gekozen voor vrij beleggen zal jaarlijks door de pensioenuitvoerder geadviseerd moeten worden over de spreiding van zijn beleggingen in relatie tot de duur van de periode tot de pensioendatum. In de praktijk zal dat erop neerkomen dat de deelnemer geattendeerd wordt op de mogelijkheid om te beleggen volgens (één van de) Life Cycle(s).

Alles overziende betekent de implementatie van artikel 52 Pensioenwet een behoorlijk intensief (com-

municatie-) traject met een flinke administratieve impact. Temeer omdat de nieuwe systematiek zich ook uitstrekt tot reeds opgebouwde saldi uit hoofde van beschikbare premiereregelingen<sup>5</sup>.

### Vrijwillige modules

Beschikbare premiereregelingen komen vaak voor als het gaat om vrijwillige modules die binnen pensioenregelingen worden aangeboden. De deelnemer kan dan op vrijwillige basis extra pensioenaanspraken verzekeren, waarvan de financiering (via inhouding van de benodigde bedragen op het salaris) voor zijn rekening komt. Ook bij deze vrijwillige modules geldt de zorgplicht van artikel 52. Bedacht dient te worden dat op grond van de Pensioenwet<sup>6</sup>, pensioenfondsen die vrijwillige modules aanbieden, in geval van ontslag voor de pensioendatum, het spaarsaldo verplicht moeten omzetten in "harde" pensioenaanspraken als de basisregeling geen beschikbare premiereregeling is. Nu in het kader van de zorgplicht Life Cycles worden aangeboden is het de vraag of het wel zo logisch is om deze wettelijke verplichting te handhaven. Immers, bij het opstellen van de Life Cycles is (logischerwijs) uitgegaan van een lange beleggingshorizon tot aan de pensioenleeftijd. Er is dus geen rekening gehouden met het feit dat bij tussentijds ontslag het saldo wordt omgezet en dus niet langer belegd kan worden. In werkelijkheid kan de horizon dus wel eens veel korter zijn dan bij het opstellen van de Life Cycle is verondersteld. Dit probleem zou voorkomen kunnen worden door de wettelijke verplichting om bij vrijwillige modules bij tussentijds ontslag het saldo om te zetten in harde pensioenaanspraken, te laten vervallen. Het saldo kan dan doorrenderen en tot aan de pensioendatum belegd worden volgens de Life Cycle.

#### Voorbeeld meerdere Life Cycles (in termen van "jaren tot pensionering")

Defensief	Neutraal	Offensief	Depot	Assetmix Aandelen/Obligaties/Kas
Jaren tot pensionering	Jaren tot pensionering	Jaren tot pensionering		
>30	>22	>17	I	90%/10%/0%
20-30	16-22	13-17	II	75%/25%/0%
10-19	8-15	6-12	III	50%/50%/0%
5-9	5-7	4-5	IV	25%/75%/0%
<5	<5	<4	V	10%/0%/90%

### Het renterisico

Beleggen volgens het prudent person beginsel betekent zoals gezegd dat naarmate de pensioendatum nadert er steeds minder risicovol wordt belegd. Voorkomen moet immers worden dat een koersdaling vlak voor de pensioendatum leidt tot verdamping van het opgebouwde pensioenkapitaal. Een ander, minstens zo belangrijk aspect is de rentefactor waartegen het pensioen op de pensioendatum wordt ingekocht. Als dat tegen een variabele marktrente gebeurt, kan een daling van de marktrente vlak voor de pensioendatum ervoor zorgen dat minder pensioen aangekocht kan worden. Om dat risico te beperken zou ervoor gekozen kunnen worden om de laatste jaren in langlopende obligaties te beleggen. Bij het opstellen van de Life Cycle kan hiermee rekening gehouden worden. Wordt het pensioen ingekocht tegen een vaste, gegarandeerde rekenrente van bijvoorbeeld 4% dan is er overigens geen sprake van dit renterisico voor de deelnemer.

### Ten slotte

Het is opmerkelijk om te zien dat van de oorspronkelijke gedachte van het kabinet (de minimum-inleggarantie) weinig over is, nu via het regeringsvoorstel om de beleggingsvrijheid voor de deelnemer aan banden te leggen, er uiteindelijk door middel van een amendement een "zorgplicht" wordt geïntroduceerd, waarbij de deelnemer die daarvoor kiest in alle vrijheid de pensioenpremie kan beleggen en de uitvoerder een jaarlijkse adviesplicht krijgt. Het geeft de worsteling van de overheid met de beschikbare premieregelingen, denk ik goed weer. Een worsteling die enerzijds te maken heeft met het feit dat ook deze regelingen fiscaal gefacilieerd zijn. De premies zijn "aftrekbaar" en de overheid heeft dus belang bij goede pensioenuitkomsten waarover belasting geheven kan worden. Anderzijds is de arbeidsvoorwaarde pensioen het domein van sociale partners en het simpelweg verbieden of niet langer fiscaal faciliteren van dit soort regelingen, is dus een brug te ver.

### Artikel 52. Zorgplicht pensioenuitvoerder bij premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid

1. Bij de uitvoering van een premieovereenkomst met beleggingsvrijheid is de pensioenuitvoerder verantwoordelijk voor de beleggingen en handelt daarbij overeenkomstig artikel 135.
2. De pensioenuitvoerder biedt de deelnemer en de gewezen deelnemer de mogelijkheid de verantwoordelijkheid voor de beleggingen over te nemen.
3. Indien de deelnemer of de gewezen deelnemer de verantwoordelijkheid voor de beleggingen heeft overgenomen, adviseert de pensioenuitvoerder de deelnemer of de gewezen deelnemer over de spreiding van de beleggingen in relatie tot de duur van de periode tot pensioendatum, waarbij het beleggingsrisico kleiner wordt naarmate de pensioendatum nadert.
4. De pensioenuitvoerder onderzoekt ten minste een keer per jaar of de beleggingen van de deelnemer of gewezen deelnemer binnen de op basis van het derde lid gestelde grenzen bevinden en informeert de deelnemer en de gewezen deelnemer hierover.

### Noten

- 1 Als de pensioenregeling is ondergebracht bij een verzekeraar geldt artikel 52 vanaf 1 januari 2009. In dit artikel zal de nadruk liggen op de bij pensioenfondsen ondergebrachte beschikbare premieregelingen
- 2 Prof. mr. J.G.C. Kamphuisen: "art. 52 PW: alweer een zorgplicht". Lezing voor de Vereniging voor Pensioenrecht, 5 juni 2007
- 3 SER-advies Nieuwe Pensioenwet, 18 mei 2001
- 4 Zie kader op pagina 36
- 5 Zie art. 23, lid 1 van de Invoering- en aanpassingswet Pensioenwet
- 6 Art. 119 lid 2 onder b.