

Keuzebegeleiding, de nieuwe wettelijke zorgplicht van de pensioenuitvoerder

TPV 2022/2

1. Inleiding

In de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen is de nieuwe open norm keuzebegeleiding geïntroduceerd. Pensioenuitvoerders moeten op grond van het nieuwe art. 48a PW deelnemers op een adequate wijze begeleiden bij het maken van een pensioenkeuze. Hiertoe moeten zij een keuzeomgeving inrichten die deelnemers in staat stelt een passende keuze te maken.

De norm keuzebegeleiding is de jongste loot aan de pensioencommunicatiestam en treedt als onderdeel van de Wet toekomst pensioenen per 1 januari 2023 in werking. Dit betekent dat pensioenuitvoerders per deze datum hun keuzeomgeving moeten hebben ingericht en deelnemers vanaf deze datum moeten 'keuzebegeleiden'. De invoering van keuzebegeleiding leidt tot een nieuwe manier van klantbenadering voor pensioenuitvoerders. Interessant is hoe pensioenuitvoerders deze nieuwe verplichting gaan oppakken.

In deze bijdrage bespreek ik vanuit juridisch perspectief een aantal aspecten van dit nieuwe wettelijk voorschrift, of anders gezegd, van deze nieuwe wettelijke zorgplicht van de pensioenuitvoerder.

2. Keuzebegeleiding in de consultatieversie wet toekomst pensioenen

2.1 De opmaat

Al in de perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel (2016) staat dat het kabinet het nodig acht, dat de deelnemer bij zijn pensioenkeuzes door de pensioenuitvoerder moet worden ondersteund, onder meer door informatie over de gevolgen van bepaalde keuzemogelijkheden.² In de Hoofdlijnnotitie uitwerking pensioenakkoord (2019) wordt het vervolgens een stukje duidelijker hoe die ondersteuning eruit moet zien. Daarin staat dat bij de verdere uitwerking aandacht zal worden besteed aan het pleidooi van AFM voor een 'versteving of concretisering van de zorgplicht van pensioenuitvoerders, respectievelijk de wijze waarop zij individuele deelnemers begeleiden bij keuzes'.³

De AFM is al langere tijd een warm pleitbezorger voor keuzebegeleiding door pensioenuitvoerders. Dit als antwoord op de spanning tussen enerzijds de toegenomen ei-

gen verantwoordelijkheid van de deelnemer voor pensioenkeuzes en anderzijds de bescherming van de deelnemer tegen suboptimale keuzes.⁴ Deze oproep blijkt telkens uit de inbreng van de AFM in de wettelijke trajecten van de verbeterde premiereregeling, het bedrag ineens en uit de wordingsgeschiedenis van de Wet toekomst pensioenen.⁵ Volgens de AFM gaat keuzevrijheid namelijk niet altijd goed. In een position paper voor de Tweede Kamer verwoordde de AFM dit in 2020 als volgt:⁶

'Het is daarom in het belang van de deelnemer én de pensioenuitvoerder dat deelnemers goed begeleid worden bij het maken van pensioenkeuzes. Dit is extra van belang als deelnemers straks zelf veel pensioenrisico's dragen en daarover keuzes moeten maken. Het aanbieden van informatie is belangrijk, maar hierbij niet voldoende. Pensioenuitvoerders zullen de keuzeomgeving zorgvuldig moeten inrichten om 'ongelukken' te voorkomen.'

2.2 Het nieuwe artikel 48a PW

In het nieuwe art. 48a PW wordt geregeld, dat de pensioenuitvoerder de (gewezen) deelnemer, gewezen partner of de pensioengerechtigde op een adequate wijze bij het maken van een keuze binnen de pensioenovereenkomst begeleidt.⁷ De pensioenuitvoerder moet bovendien voor de inrichting van een keuzeomgeving zorgen. Met deze keuzeomgeving stelt de pensioenuitvoerder deelnemers in staat om een passende keuze te maken.

Ratio van deze nieuw bepaling is volgens de toelichting op de consultatieversie, dat mensen moeite hebben met het maken van financiële keuzes en pensioenkeuzes.⁸ Suboptimale keuzes kunnen leiden tot een lager pensioen, wat zijn weerslag heeft op het vertrouwen in de pensioensector. Daarom moet de pensioenuitvoerder de deelnemer zo goed mogelijk begeleiden bij het maken van pensioenkeuzes. Het aanbieden van pensioeninformatie wordt niet langer als voldoende gezien. Naast keuze-ondersteunende informatie en het bieden van handelingsperspectief is aldus ook begeleiding nodig.

Ik merk op deze plaats op dat de Wet toekomst pensioenen geen stortvloed aan nieuwe keuzemogelijkheden voor deelnemers met zich meebrengt, op grond waarvan keuze-

1 Mark Boumans is werkzaam bij Montae & Partners en is verbonden aan het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij schreef dit artikel op persoonlijke titel.

2 Perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel, p. 10, bijlage bij: *Kamerstukken II 2015/16*, 32 043, 337.

3 Hoofdlijnnotitie uitwerking pensioenakkoord, p. 37, bijlage bij: *Kamerstukken II 2019/20*, 32 043, 520.

4 K. Raaijmakers, 'Pensioen, zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid in een veranderende wereld', *PwC Pensioenlezing*, 7 december 2017.

5 Zie ook: Toezichttoets AFM wetsvoorstel aanpassing regeling waardeoverdracht en afkoop klein pensioen en invoering afkoop klein nettopensioen en nettolijfrente, bijlage bij: *Kamerstukken II 2020/21*, 36 004, 3.

6 Het belang van een uitlegbaar pensioenstelsel, AFM, 29 oktober 2020.

7 Voor de leesbaarheid spreek ik in dit artikel alleen over de deelnemer. Ik bedoel mede de gewezen deelnemer, gewezen partner en pensioengerechtigde.

8 Toelichting, consultatieversie Wet toekomst pensioenen, 16 december 2020, p. 110.

begeleiding noodzakelijk wordt geacht. Wel betekent de overstap naar een premieovereenkomst, dat meer risico's bij de pensioendeelnemer komen te liggen, wat het belang van een goede keuzebegeleiding benadrukt. Keuzebegeleiding ziet dus ook op pensioenkeuzes die de deelnemer al op grond van de huidige Pensioenwet heeft, zoals de keuze voor vervroegen of uitstellen van pensioen. Een nieuwe keuzemogelijkheid die straks in de Pensioenwet wordt geboden, betreft het keuzerecht bedrag ineens en de keuze voor een variabele uitkering bij een flexibele premieovereenkomst.⁹ Ik ga hier in paragraaf 9 nader op in.

2.3 Resultaat- of inspanningsverplichting

Keuzebegeleiding wordt geïntroduceerd als een open norm. In paragraaf 8 ga ik hier verder op in. Op deze plaats wil ik kort ingaan op de kwalificatie van de norm (resultaat- of inspanningsverplichting). De tekst van art. 48a PW kan worden gelezen als een resultaatverplichting: '*de pensioenuitvoerder begeleidt de deelnemer ... op een adequate wijze bij het maken van een keuze ...*'. Het resultaat van de verplichting is dan de adequate begeleiding van deelnemers. De toelichting op de consultatieversie duidt echter op een inspanningsverplichting. Daar staat namelijk dat pensioenuitvoerders zich maximaal moeten inspannen om deelnemers op een adequate wijze bij hun keuzes te begeleiden.¹⁰ Aangezien voor pensioenuitvoerders helderheid is geboden, verdient het aanbeveling om in de wettekst duidelijker vast te leggen dat de verplichting van de pensioenuitvoerder een inspanningsverplichting betreft.

2.4 Reacties consultatieversie

Onder de meer dan 800 reacties op de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen, is ook aandacht voor het onderwerp keuzebegeleiding.¹¹ De standpunten lopen uiteen. Enerzijds wordt keuzebegeleiding gezien als een goede ontwikkeling, die deelnemers in staat stelt de juiste keuzes te maken.¹² Anderzijds wordt keuzebegeleiding afgewezen, onder meer omdat dit tot een adviesverplichting leidt, wat als ongewenst wordt ervaren.¹³ Daarnaast is er discussie over het open karakter van de norm keuzebegeleiding. Aan de ene kant is er de wens om pensioenuitvoerders zoveel mogelijk ruimte te geven. En aan de andere kant wordt juist gepleit om keuzebegeleiding meer te normeren. Helder is dat de introductie van keuzebegeleiding de nodige stof doet opwaaien, die naar mijn inschatting voorlopig niet zal gaan liggen.

2.5 Invoering keuzebegeleiding

Volgens de consultatieversie in combinatie met de uitstelbrief van minister Koolmees van 10 mei 2021, treedt de

wettelijke verplichting van pensioenuitvoerders om deelnemers te gaan 'keuzebegeleiden' per 1 januari 2023 in werking.¹⁴

Voor pensioenuitvoerders heeft dit drie consequenties. Ten eerste betekent dit dat keuzebegeleiding de allereerste activiteit betreft, die zij op grond van de Wet toekomst pensioenen per deze datum moeten hebben geïmplementeerd. Ten tweede betekent dit dat zij een keuzeomgeving ten aanzien van de huidige pensioenregeling gereed moeten hebben. Dus niet pas na invoering van de nieuwe pensioenregeling op grond van de Wet toekomst pensioenen. Die invoering kan leiden tot een aanpassing van de keuzeomgeving, omdat de pensioenregeling dan wijzigt. Ten derde moet het nieuwe keuzerecht bedrag ineens, dat naar verwachting eveneens per 1 januari 2023 wordt ingevoerd, naast de bestaande keuzemogelijkheden van de huidige Pensioenwet (zoals de keuze voor vervroegen of uitstel van pensioen), direct in de keuzeomgeving zijn opgenomen. In paragraaf 9 ga ik verder in op het keuzerecht bedrag ineens.

3. Wat is keuzebegeleiding nu eigenlijk?

Uit het nieuwe art. 48a PW blijkt niet expliciet wat keuzebegeleiding nu precies inhoudt. In de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) is dit begrip overigens niet terug te vinden. Leentjebuurspelen werkt hier dus niet.

Keuzebegeleiding wordt geïntroduceerd als een open norm. Bij een open norm staat het te bereiken doel van de regeling centraal en niet de wijze waarop dat doel wordt bereikt. Ik kom hier in paragraaf 8 op terug. De kwalificatie van open norm neemt niet weg dat helder moet zijn wat van de pensioenuitvoerder wordt verwacht. Anders gezegd, welke doelstelling moet worden bereikt. Uit de tekst van het nieuwe art. 48a PW begrijp ik, dat dit een *adequate* begeleiding betreft bij het maken van pensioenkeuzes en dat dit samen met de keuzeomgeving ertoe moet leiden, dat de deelnemer *passende* pensioenkeuzes kan maken. De termen *adequaat* en *passend* zijn – vanwege het open karakter van de norm – niet nader ingevuld. Het zijn criteria die moeilijk zijn te objectiveren. Zij zullen niet alleen per doelgroep, maar zelfs per deelnemer verschillen.

Het doel van keuzebegeleiding is dus de deelnemer weloverwogen keuzes te laten maken die in zijn eigen belang zijn en passen bij zijn eigen situatie. Keuzebegeleidingsactiviteiten zijn dan al die activiteiten die tot dit doel leiden, althans dit doel nastreven.

Van Dale kent het woord 'keuzebegeleiding' overigens niet, wel het woord 'begeleiden'. Volgens Van Dale houdt dit in: 'vergezellen, de ondersteunende partij spelen, adviserend en steunend medewerken'. Interessant is het woord 'adviserend'. Ik kom daar later op terug. Het woord 'adequaat' betekent: 'geschikt voor het beoogde doel' en het woord

⁹ Deze laatste keuzemogelijkheid geldt thans reeds bij een kapitaal- en premieovereenkomst (art. 63d lid PW).

¹⁰ Toelichting, consultatieversie Wet toekomst pensioenen, 16 december 2020, p. 110. Volgens Kuiper is een maximale inspanning niet niets, wat verdere nuancering behoeft: S.H. Kuiper, 'Zorgplicht van de pensioenuitvoerders', *TPV* 2021/5, p. 39.

¹¹ *Kamerstukken II* 2020/21, 32 043, 562, blg-989700.

¹² Reactie van de Pensioenfederatie op de consultatiewet Toekomst pensioenen, onderdeel: ouderdomspensioen, 11 februari 2021.

¹³ Reactie Adfiz, Consultatie Wetsontwerp toekomst pensioenen, 12 februari 2021.

¹⁴ Art. 220g lid 1 onder a PW nieuw.

'passend': 'geschikt voor de gelegenheid', aldus Van Dale. Als ik zelf een omschrijving van het begrip 'keuzebegeleiding' zou mogen geven, zijn dat al die begeleidingsactiviteiten van de pensioenuitvoerder die de deelnemer doelgericht helpen een voor hem geschikte pensioenkeuze te maken die past bij zijn eigen (financiële) situatie, doelstellingen en wensen.

4. Informeren versus adviseren

4.1 Keuzebegeleiding vult leemte op

In de toelichting van de consultatieversie staat dat keuzebegeleiding de leemte tussen informeren en adviseren invult.¹⁵ De norm keuzebegeleiding geeft geen verplichting tot adviseren over de pensioenkeuzes die deelnemers kunnen maken, maar de pensioenuitvoerder mag daartoe wel overgaan. Dit is noch door de pensioenwetgeving, noch door de financiële toezichtwetgeving verboden, zolang geen productgerelateerd- of zogeheten Wft-advies wordt gegeven, aldus de toelichting. Deze interessante passage roept de vraag op wat het verschil is tussen informeren en adviseren.

4.2 Informeren

Het begrip 'informeren' is in de Pensioenwet niet gedefinieerd. Evenmin in de Wft. In het financiële recht beogen informatieverplichtingen de informatiescheefheid (ook wel informatie-asymmetrie genoemd) tussen de financiële onderneming en de klant op te heffen, zodat hij afgewogen beslissingen kan nemen.¹⁶ In de Pensioenwet nemen de informatieverplichtingen (ook) een belangrijke plaats in. Het behoort als onderdeel van de uitvoeringszekerheid tot één van de drie overheidswaarborgen bij pensioen.¹⁷ Informatieverstrekking dient een tweeledig doel: het voorzien in de informatiebehoefte en het bieden van inzicht in de keuzemogelijkheden (art. 48 lid 2 en 3 PW). Op grond van het nieuw voorgestelde lid 4 van art. 48 PW moet de informatie de deelnemer straks aanzetten tot relevante actie.¹⁸ Volgens de toelichting kan dit door de deelnemer te wijzen op rekentools voor het benodigde pensioen.¹⁹ Een 'call to action' zal mijns inziens meer moeten inhouden dan enkel het verwijzen naar een rekentool. Het zal daadwerkelijk actiebereidheid moeten stimuleren.

Informeren betreft het verstrekken van inlichtingen.²⁰ In de financieelrechtelijke literatuur wordt informeren beschreven, als het in gestandaardiseerde vorm verstrekken van adequate informatie van algemene aard over een product of over een dienst, op basis waarvan de consument kan beoordelen of hij dat product of die dienst zal afne-

men waarop de informatie betrekking heeft.²¹ Mijns inziens moet informeren worden gezien als een eenzijdige activiteit van de informatieverstrekker.

4.3 Adviseren

Het begrip 'adviseren' is in de Pensioenwet ook niet nader gedefinieerd. In de toezichttoets op het wetsvoorstel variabele pensioenuitkeringen benadrukt de AFM dat er een belangrijk verschil is tussen het geven van informatie en het geven van een advies aan de deelnemer.²² Volgens de AFM wordt in het eerste geval de deelnemer voorgelicht over een aantal aspecten die van belang zijn voor de door hem te nemen beslissing. In het tweede geval verdiept de adviseur zich in de deelnemer en geeft op basis daarvan een advies. Vanwege de deskundigheid van de adviseur, kan de deelnemer erop vertrouwen dat het een passend advies is. Dat maakt ook dat op de pensioenuitvoerder een grotere verantwoordelijkheid ligt als hij adviseert, omdat hij een deel van het werk van de deelnemer overneemt, maar ook omdat hij als deskundige geacht wordt een passend advies te geven. Als de pensioenuitvoerder uitsluitend informatie aan de deelnemer verstrekt, dient de deelnemer deze informatie zelf te wegen om vervolgens tot een goede beslissing te komen. Ik maak hieruit op dat (volgens de AFM) adviseren geen eenzijdige activiteit betreft en een interactie vergt tussen de deelnemer en de adviseur.

In de Wft is het begrip 'adviseren' wel gedefinieerd en wel in art. 1.1 Wft. Kort gezegd is adviseren het beroeps- of bedrijfsmatig aanbevelen van een of meer specifieke financiële producten aan een bepaalde klant. Er is sprake van adviseren als de aanbeveling betrekking heeft op een concreet financieel product van een bepaalde aanbieder. Het enkel aanbevelen van een productsoort valt hier niet onder, net als adviezen die tot een onbepaald publiek zijn gericht. Anders dan bemiddelen, is adviseren niet gericht op de totstandkoming van een overeenkomst tussen een aanbieder en een consument.²³ In de financieelrechtelijke literatuur is een advies omschreven als een beredeneerde aanbeveling om een bepaalde keuze te maken.²⁴ Andere auteurs onderscheiden vier kenmerken van advisering: (1) advisering ziet op de oordeelsvorming ten behoeve van een beslissing door een ander, (2) advisering is gericht op de beperking en beheersing van risico's die verbonden zijn aan beslissingen en gedrag, (3) advisering geschiedt door informatieverstrekking en (4) advisering is meer dan het verstrekken van gegevens.²⁵

15 Toelichting, consultatieversie Wet toekomst pensioenen, 16 december 2020, p. 110.

16 F.M.A. 't Hart, *Zorgplicht bij financiële dienstverlening* (diss. UvA), Amsterdam: 2017, p. 13-14.

17 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, 3, p. 2.

18 Dit gaat m.i. verder dan het bieden van handelingsperspectief (het helpen met het beantwoorden van de vraag wat de deelnemer kan doen). *Kamerstukken II* 2013/14, 34 008, 3, p. 5.

19 Toelichting, consultatieversie Wet toekomst pensioenen, 16 december 2020, p. 165.

20 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Leiden: 2011, p. 11.

21 F.R.H. van der Leeuw, M. Ris, *Handboek beleggingsondernemingen* (O&R nr. 51) 2009/12.2.

22 Brief van 15 september 2015: *Kamerstukken II* 2015/16, 34 344, 3, blg-624294.

23 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, 19, p. 359. Zie over bemiddelen: B.M.M. van der Goes, 'De zorgplicht van het pensioenintermediair', *TPV* 2021/4.

24 J.M. Barendrecht, E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 131-132.

25 A. Schilder, W.H.J.M. Nuijts, *Het advies en de rol van de adviseur*, Deventer: Kluwer 2004, p. 20.

Volgens een recente interpretatie van AFM is sprake van adviseren in de zin van de Wft als aan vijf criteria is voldaan:²⁶

1. Er moet sprake zijn van een aanbeveling, dus niet enkel het delen van objectieve informatie.
2. De aanbeveling die gedaan wordt, wekt de suggestie dat deze passend is voor de individuele klant, of wordt gegeven op basis van de persoonlijke situatie.
3. De aanbeveling moet zien op een nieuw af te sluiten financieel product.
4. De aanbeveling is niet (alleen) gedaan aan het publiek.
5. De aanbeveling dient zich te richten tot een (gevolmachtigde van een) (potentiële) klant.

In art. 4:23 Wft is geregeld, dat wanneer een financiële onderneming een consument adviseert, hij het 'ken-uw-klant'-principe moet toepassen. Dit betekent onder meer, dat de financiële onderneming zich in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument of cliënt moet verdiepen en het advies vervolgens moet afstemmen op het verkregen profiel van de consument.²⁷

5. Taakopdracht: mogen pensioenuitvoerders adviseren?

5.1 Toelichting

De passage in de toelichting op de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen over de bevoegdheid van pensioenuitvoerders tot adviseren staat er nogal terloops in. Dit terwijl het een belangrijk onderdeel van de reikwijdte van keuzebegeleiding betreft. Pensioenuitvoerders zijn in z'n algemeenheid terughoudend in het geven van advies aan deelnemers over de pensioenregeling (deels door onbekendheid met de precieze grenzen), reden waarom de toelichting op het wetsvoorstel hier meer uitleg over moet geven.²⁸

5.2 Taakopdracht

Mogen pensioenuitvoerders vanuit hun taakopdracht wel adviseren? Volgens art. 32 PW voert de pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst op basis van een uitvoeringsovereenkomst of een uitvoeringsreglement uit. Statutair gezien is de taakopdracht veelal omschreven als het op basis van een collectieve pensioenregeling beschermen van deelnemers (en hun nabestaanden) tegen de geldelijke gevolgen van ouderdom, overlijden (en vaak) arbeidsongeschiktheid.

De activiteiten van pensioenfondsen zijn niet onbegrensd. Deze activiteiten zijn gebonden aan de regels van de taakafbakening, die een *level playing field* beogen te bieden tussen pensioenfondsen en verzekeraars. Onderdeel

van de taakafbakening is het verbod van nevenactiviteiten van art. 116 PW. Pensioenfondsen mogen slechts activiteiten verrichten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden. Deze bepaling vindt onder meer zijn grondslag in de IORP I-richtlijn en de voorstellen van de Commissie Conglomeraatvorming Pensioenfondsen (2004).²⁹ Pensioenfondsen worden beschouwd als een specifieke taakorganisatie met een wettelijk geregelde bijzondere positie. Het handelen van een pensioenfonds moet in overeenstemming zijn met deze bijzondere positie. De taakopdracht van een pensioenfonds bevat vier kernactiviteiten, waaronder de informatieverschaffing aan deelnemers. Over de grenzen hiervan valt maar weinig terug te vinden in de parlementaire stukken en literatuur over nevenactiviteiten. Dit komt omdat de discussie zich destijds toespitste op de afbakening van de markt van pensioenfondsen, niet op de reikwijdte van de deelnemersbegeleiding.

5.3 Adviseren

In de Pensioenwet is niet uitdrukkelijk geregeld dat pensioenuitvoerders deelnemers niet mogen adviseren over de pensioenregeling.³⁰ Gelijktijdig staat nergens in de Pensioenwet dat zij dit wel mogen. In de Pensioenwet is nu op één plek een expliciete adviesverplichting geregeld.³¹ Op grond van art. 52 lid 3 PW moet de pensioenuitvoerder bij een verbeterde premieregeling met beleggingsvrijheid de (gewezen) deelnemer adviseren over de spreiding van de beleggingen in relatie tot de duur van de periode tot de pensioendatum. Bij advies moet de pensioenuitvoerder de relevante informatie van de deelnemer inwinnen.³² Tot de invoering van de Wet variabele pensioenuitkering kende art. 52 lid 5 PW overigens een koppeling met afdeling 4.2.3 van de Wft. Met de invoering van het nieuwe zesde lid per 1 september 2016 heeft art. 52 PW een eigen 'ken uw klant'-bepaling.³³

In de toezichttoets op het wetsvoorstel variabele pensioenuitkeringen heeft de AFM in 2015 ervoor gepleit om voorafgaand aan de keuze tussen een premieovereenkomst met een vaste of variabele uitkering (art. 52a PW) pensioenuitvoerders een wettelijke adviestaak te geven.³⁴ De wetgever achtte dit echter niet noodzakelijk, omdat de deelnemer op basis van de door de pensioenuitvoerder verstrekte informatie die keuze zelf kan maken.³⁵ Ik maak hieruit op, dat de wetgever destijds terughoudend was in het opleggen van adviesverplichtingen. Ik bespeur een verschuiving bij de wetgever ten aanzien van de deelnemersbenadering. Thans vindt de wetgever het noodzake-

²⁶ Wanneer niet aan alle criteria wordt voldaan, is er geen sprake van adviseren. Interpretatie informeren en adviseren, AFM, december 2021.

²⁷ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, 19, p. 513.

²⁸ AFM, Een volgende stap naar meer pensioeninzicht, 6 februari 2012. Zie ook: L. Koopmans, 'Lastige scheidingslijn tussen informatie en advies bij pensioenfondsen', *PensioenPro*, 6 december 2021.

²⁹ *Kamerstukken II 2004/05*, 28 294, 22; *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, 3, p. 74; E. Lutjens, Beoordeling: RVU uitvoering door pensioenfondsen, 30 juni 2021, bijlage bij: *Kamerstukken I 2020/21*, 35 555, K.

³⁰ Hetzelfde volgt uit de IORP II-richtlijn.

³¹ Anders dan voetnoot 133 van de toelichting op de consultatieversie Wet toekomst pensioenen (p. 111), meen ik dat art. 47a, art. 47c en 52 PW geen expliciete adviesverplichting bevat.

³² En op de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de deelnemer.

³³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 344, 3, p. 17-18.

³⁴ Toezichttoets AFM 15 september 2015, p. 5, bijlage bij: *Kamerstukken II 2015/16*, 34 344, 3.

³⁵ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 344, 3, p. 28.

lijk om deelnemers keuzebegeleiding te bieden, maar wil nog niet zo ver gaan om tot een adviestaak te komen. Wel wordt die mogelijkheid expliciet benoemd.

5.4 **Passend binnen taakopdracht**

Zelf meen ik dat een pensioenuitvoerder weliswaar een begrensd taakorganisatie is, maar dat uit de taakopdracht van de pensioenuitvoerder een adviserende functie over de pensioenregeling kan worden gedestilleerd. Deze functie vloeit uit de beschermingsdoelstelling voort, nu na invoering van de Wet toekomst pensioenen meer risico's bij de deelnemer komen te liggen. Het lage pensioenbewustzijn van de gemiddelde deelnemer verstrekt de behoefte c.q. noodzaak tot bescherming. De zorgfunctie van de pensioenuitvoerder zou niet moeten ophouden bij het eenzijdig verstrekken van informatie aan de deelnemer, temeer als er een duidelijke adviesbehoefte van de deelnemer is. Een deelnemer is beter geholpen met een advies van een pensioenuitvoerder over de pensioenregeling, dan met algemene informatie over de verschillende keuzeopties. Het eerste zal hem beter beschermen tegen onjuiste keuzes dan het tweede. In mijn optiek ligt de bevoegdheid tot adviseren over de pensioenregeling in het verlengde van de keuzebegeleidingsplicht. Met de introductie van keuzebegeleiding zal de grens met adviseren flinterdun worden en vervagen.

Er is ook een keerzijde. Het adviseren van deelnemers verzwaart de zorgplicht van de pensioenuitvoerder, net zoals keuzebegeleiding dat zal doen. De uitvoerder zal daarbij naar mijn mening – naar analogie van art. 4:24a Wft – op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de deelnemer in acht moeten nemen. Hoewel het 'ken-uw-klant'-principe uit de Wft niet rechtstreeks van toepassing is voor de Pensioenwet, zal daar ongetwijfeld reflexwerking van uitgaan.

Om de deelnemer in staat te stellen passende pensioenkeuzes te maken, is het nodig dat de pensioenuitvoerder de wensen en behoeften van zijn deelnemers goed kent.

6. **Reikwijdte: waarover mogen pensioenuitvoerders adviseren?**

Zoals ik in de vorige paragraaf heb aangestipt, zijn pensioenuitvoerders in de praktijk terughoudend bij het adviseren van deelnemers over de pensioenregeling, vanuit de gedachte dat men dan onder de Wft valt. Die terughoudendheid is gebaseerd op een onjuiste veronderstelling. Al in 2012 wijst de AFM – in een inmiddels ingetrokken leidraad – erop, dat zolang een pensioenuitvoerder een aanbeveling aan een deelnemer doet die verband houdt met de aanvullende pensioenregeling, geen sprake is van advisering in de zin van de Wft.³⁶ Een dergelijk advies is volgens de AFM dan ook toegestaan. Echter, wanneer de pensioenuitvoerder een of meer specifieke financiële producten van een specifieke aanbieder aan een bepaalde consument/deelnemer aanbeveelt, is sprake van Wft-advies, waarvoor een vergunning nodig is. Als voorbeeld noemt AFM dat, als een pensioenfonds product X van aanbieder Y aanbeveelt aan deelnemer Z, sprake is van het verrichten van ongeoorloofde nevenactiviteiten en van adviseren in de zin van de Wft.

In dezelfde leidraad heeft AFM een overzicht opgenomen waarin staat welke activiteit wel of niet Wft-vergunningplichtig is, dat ik onderstaand integraal heb opgenomen.³⁷ Dit overzicht biedt interessante handvatten, zeker nu. Ik denk dat de pensioensector wordt geholpen als de AFM dit nog eens in een geactualiseerde versie onder de aandacht brengt.

Wat mogen pensioenfondsen zonder Wft-vergunning doen om de deelnemer te helpen?	Wat mogen pensioenfondsen zonder taakoverschrijding en Wft-vergunning niet doen om de deelnemer te helpen?
– uitleg geven over de (huidige) pensioensituatie van de deelnemer	– een specifiek financieel product van een specifieke aanbieder aanbevelen
– nagaan of de deelnemer voldoende inzicht in zijn pensioensituatie heeft en welke verwachtingen hij voor de toekomst heeft	– bemiddelen in financiële producten tussen een deelnemer en een financiële onderneming
– de deelnemer helpen bij het maken van keuzes die onderdeel uitmaken van de pensioenregeling (zoals de pensioenleeftijd, uitruil OP-NP, hoog-laag constructie, afkoop)	
– ter beschikking stellen van een digitale planningstool	
– de deelnemer helpen bij het verkrijgen van inzicht in de gevolgen van de uitkomsten van een vergelijking tussen huidige en toekomstige inkomsten en huidige en toekomstige uitgaven	
– in algemene zin wijzen op aanvullende financiële mogelijkheden en de mogelijke noodzaak daarvan	
– verwijzen naar de mogelijkheid om contact op te nemen met een financieel adviseur	

³⁶ Ingetrokken Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders, AFM, Amsterdam februari 2012. Deze leidraad is in 2015 ingetrokken in verband met de invoering van de Wet pensioencommunicatie.

³⁷ Ingetrokken Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders, AFM, Amsterdam februari 2012, p. 28 en 29.

7. Keuzebegeleiding als zorg(ver)plicht(ing)

7.1 *Zorgplicht in ontwikkeling*

Zorgplicht wordt omschreven als de plicht tot het rekening houden met, en eventueel handelen ten behoeve van, de belangen van een ander.³⁸

Het thema zorgplicht is binnen het pensioendomein de laatste jaren aan een opmars bezig.³⁹ Zorgplicht raakt de kern van de vraag hoe pensioenuitvoerders de zorg voor hun deelnemers moeten inrichten en invullen. Van oudsher is deze zorg(plicht) veelal ingestoken vanuit een wettelijke verplichting.⁴⁰ Zo ook de informatieverstrekking aan deelnemers. Het voldoen aan die wettelijke verplichting was de norm; in mindere mate de vraag waar pensioendeelnemers nu echt mee geholpen zijn.

7.2 *Zorgplicht of zorgbehoefte*

Tegenwoordig wordt het onderwerp zorgplicht vaker in verband gebracht met de initiële doelstelling van de pensioenuitvoerder: het dienen van het belang van de deelnemer. De term zorgambitie wordt in dit kader regelmatig gebezigd, waarmee het denken en handelen van de pensioenuitvoerder vanuit de behoefte van de deelnemer wordt bedoeld.⁴¹ Zelf spreek ik liever over zorgbehoefte, waarmee ik doel op de behoefte van de deelnemer en de vraag hoe een pensioenuitvoerder als goed huisvader – of beter gezegd als een goede pensioenbeheerder – daarin kan voorzien. Dit laatste heeft een fundamenteeler karakter dan het realiseren van ambities.

7.3 *Publiek- en privaatrechtelijk kader*

Zonder te veel in herhaling met eerdere publicaties te treden, wil ik kort ingaan op publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplichten. De eerste zorgplichten betreffen wettelijke verplichtingen die in generieke zin uitgaan van de grootste gemene deler. De doelstellingen van publiekrechtelijke zorgplichten zijn gericht op publieke klantbelangen.⁴² Zij betreffen veelal een basisbescherming en worden ex ante vastgesteld.⁴³ Zij zijn veelal tot stand gekomen vanuit de behoefte van de wetgever aan consumentenbescherming, die voortvloeit uit de informatiescheefheid tussen een consument en een professionele partij, zoals een financiële dienstverlener.⁴⁴ De naleving van de publieke zorgplichtnormen is in handen van een publieke toezichthouder, die bij schending kan optreden.

Privaatrechtelijke zorgplichten hebben een privaatrechtelijk karakter. Zij zijn voor pensioenuitvoerders (en andere financiële instellingen) vaak minder duidelijk, omdat zij niet expliciet zijn vervat in een helder en uitgeschreven wettelijk normenkader. Zij vinden hun grondslag in de omstandigheden van het geval, zijn ontwikkeld in de jurisprudentie en doen zich ex post voor. Anders dan bij publieke zorgplichten, gaat het hierbij om zorgplichten die gebaseerd zijn op de algemene civiele rechtsbeginselen van de redelijkheid en billijkheid in een contractuele rechtsverhouding, maatschappelijke zorgvuldigheid (wanneer die verhouding ontbreekt), goed opdrachtgeverschap en zelfs onrechtmatige daad.⁴⁵ Deze zorgplichten beogen de informatie-uitwisseling tussen partijen te bevorderen, met als doel een adequate wilsvorming tot stand te brengen. Voor financiële instellingen gelden bovendien bijzondere privaatrechtelijke zorgplichten, die consumenten beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.⁴⁶ Bijzondere zorgplichten vloeien voort uit de maatschappelijke functie en professionele deskundigheid van financiële instellingen.⁴⁷ Zij kunnen leiden tot bepaalde verplichtingen, zoals onderzoeksplichten, informatie- en waarschuwingsplichten, adviesplichten en zelfs weigerplichten.⁴⁸ Bij bijzondere zorgplichten spelen de individuele omstandigheden van het geval een belangrijke rol. Deze omstandigheden kunnen onder meer bestaan uit het risico dat aan een financiële dienst of product is verbonden, de complexiteit daarvan en het deskundigheidsniveau van de consument.

Bij schending dient de contractspartij zelf te ageren.⁴⁹

7.4 *Reikwijdte privaatrechtelijke normen*

Privaatrechtelijke zorgplichten kunnen volgens de Hoge Raad een verdere reikwijdte hebben dan publiekrechtelijke zorgplichten, omdat deze laatste minimumvoorschriften betreffen. Een publiekrechtelijke zorgplicht kan een privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloeden, maar niet bepalen.⁵⁰ Een financiële aanbieder moet derhalve niet alleen publieke normen, maar ook private normen naleven.⁵¹ In zijn recente conclusie in de zaak Woekerpolis/NN die bij de Hoge Raad voorligt, concludeert de A-G dat verzekeraars die aan de sectorspecifieke informatieplichten hebben voldaan, daarmee in beginsel niet hebben voldaan aan de toepasselijke open en/of ongeschreven privaatrechtelijke normen. Van een dergelijke koppeling is geen sprake. Privaatrechtelijke normen kunnen verzekeraars in potentie verplichten om aanvullende gegevens te verstrekken boven op de gegevens die zij op grond van sectorspecifieke regelgeving aan klanten moe(s)ten verstrekken, aldus de A-G.⁵²

38 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplicht en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 97.

39 Onder meer: R. Maatman, 'Pensioenfondsen en zorgplichten: uitdijen of indammen?', in: D. Busch, V.P.G. de Sèrièrè, C.W.M. Lieverse, C.W.M. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2020, p. 141-172.

40 E. Soetendal, 'Toenemende keuzes versus zorgbegeleiding: twee zijden van dezelfde medaille', *PensioenMagazine* 2020/57.

41 E. Soetendal, M. van 't Zet, 'Pensioenfondsen en hun deelnemers: van zorgplicht naar zorgambitie', *PensioenMagazine* 2019/42.

42 K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 136.

43 Vergelijk: R. Rijnhout e.a., 'Verplichte communicatie en zorgplichten: de wisselwerking tussen wetgever en pensioenpraktijk', *WPNR* 2014/7025, p. 627.

44 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, 6, p. 29-30.

45 Onder meer: P-G Hartlief, 9 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:359, *JOR* 2020/267, punt 4.112, bij HR 10 juli 2020, *RvdW* 2020/883.

46 HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199.

47 O.O. Cherednychenko, 'De civiele zorgplicht van financiële instellingen', in: D. Busch, K. Lieverse, J. W. van der Velden (red.), *Ars Aequi Libri: Leerboek financieel recht 2021*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 567-568.

48 D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424.

49 Door bijvoorbeeld zelf naar de civiele rechter te stappen.

50 HR 5 juni 2009, LjN BH2815, *NJ* 2012/182.

51 R.H. Maatman, 'De prudent person-regel, zorgplichten en het nieuwe pensioencontract', *Ondernemingsrecht* 2017/135.

52 Conclusie A-G Hartlief, 14 oktober 2021 ECLI:NL:PHR:2021:973.

7.5 **Bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht ook voor pensioenuitvoerders?**

Financiële dienstverleners hebben een bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht ten opzichte van consumenten. Volgens A-G De Bock in haar conclusie bij het PMT-arrest heeft een pensioenfonds, vanwege een ongelijkwaardige verhouding met de deelnemer, een uit een bovenwettelijke informatieplicht voortvloeiende zorgplicht. Deze zorgplicht is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid of art. 6:162 BW. Uit deze conclusie mag een bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht van de pensioenuitvoerder worden verondersteld in zijn verhouding met de deelnemer.⁵³ Wel geldt dat anders dan bij (andere) financiële instellingen, de rechtstreekse contractuele relatie tussen de pensioenuitvoerder en de deelnemer ontbreekt. Volgens de A-G staat het eigen karakter van het pensioenrecht niet aan deze zorgplicht in de weg.⁵⁴ Zelf meen ik dat het gegeven dat de relatie met de pensioenuitvoerder via het derdenbeding is vormgegeven, niet afdoet aan de afhankelijkheidsrelatie en informatiescheefheid waaruit de zorgplicht voortvloeit.

7.6 **Geen algemene zorgplichtbepaling in de Pensioenwet**

Net als in de Pensioenwet zijn ook in de Wft zorgplichten verspreid opgenomen. Sinds 1 januari 2014 kent de Wft een algemene zorgplichtbepaling voor financiële dienstverleners.⁵⁵ Op grond van art. 4:24a Wft moet een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument in acht nemen en moet bij advies gehandeld worden in het belang van de consument.⁵⁶ Doel is de explicitering van het uitgangspunt dat te allen tijde op zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de consument. Daarnaast biedt de bepaling de mogelijkheid tot publiekrechtelijk ingrijpen door de toezichthouder bij misstanden.⁵⁷

Vraag is of een dergelijke algemene zorgplichtbepaling voor al het handelen van pensioenuitvoerders ook in de Pensioenwet moet worden opgenomen. Mijns inziens zou dat pas aan de orde zijn, als blijkt dat een dergelijke algemene bepaling uit het oogpunt van de deelnemersbescherming nodig is, omdat de huidige zorgplichtbepalingen in de Pensioenwet onvoldoende werken. Ik zie daar nu geen noodzaak voor, omdat zich binnen het aanvullend pensioendomein geen misstanden voordoen, die de invoering van een dergelijke algemene bepaling rechtvaardigen. Anderzijds heb ik ook oog voor het argument, dat een centrale kapstokbepaling juist kan bijdragen aan de versterking van het vertrouwen in de pensioensector.⁵⁸ Voor de

sector zelf kan een dergelijke centrale bepaling helpen het thema zorgplicht beter te doorgronden en te omarmen.

7.7 **Keuzebegeleiding als zorgplicht**

Met de introductie van keuzebegeleiding wordt een nieuwe publiekrechtelijke zorgplichtnorm geïntroduceerd. De invoering van keuzebegeleiding leidt tot een verzwarening van de zorgplicht van de pensioenuitvoerder. De inrichting van de keuzeomgeving kan namelijk invloed hebben op de keuzes die pensioendeelnemers maken. Sterker nog, het is juist bedoeld als hulpmiddel bij het maken van pensioenkeuzes. Dit betekent dat pensioenuitvoerders de keuzeomgeving en de daaraan gekoppelde *nudging* op zorgvuldige wijze moeten inrichten. De keuzeomgeving zal zodanig moeten worden ingericht, dat het voor alle individuele deelnemers in hun persoonlijke omstandigheden een adequaat keuzeperspectief biedt. De keuzeomgeving kan doorwerken in de bijzondere zorgplicht, omdat dit de keuzes van deelnemers (naar verwachting) zal beïnvloeden.⁵⁹

8. **Keuzebegeleiding als open norm**

8.1 **Een nieuwe open norm**

Keuzebegeleiding wordt als een nieuwe open norm geïntroduceerd. Open normen zijn in de Pensioenwet geen onbekende fenomenen. De Pensioenwet kent meerdere open normen, zoals de opdracht aanvaarding en het vereiste van een beheerste en integere bedrijfsvoering.⁶⁰ Een andere open norm is dat de informatie die een pensioenuitvoerder verstrekt tijdig, correct, duidelijk en evenwichtig moet zijn.⁶¹

8.2 **Open normen**

De wetgever kan bij wetgeving met (precieze) gesloten of (vage) open normen werken.⁶² De eerste normen leggen gedetailleerde regels en verplichtingen op en bieden weinig vrijheid en beleidsruimte. Een voordeel van gesloten normen is dat het rechtszekerheid biedt en dat voldaan wordt aan het legaliteitsbeginsel. Dit laatste houdt in dat voor elk publiekrechtelijk ingrijpen een wettelijke basis is vereist.⁶³ Een nadeel is dat minder goed kan worden ingespeeld op nieuwe ontwikkelingen. Een ander nadeel is dat het de normadressaat weinig stimuleert om aan de norm invulling te geven. Open normen daarentegen bieden de normadressaat ruimte om zelf invulling te geven aan de norm.⁶⁴ Nadeel is dat open normen minder rechtszekerheid bieden.⁶⁵ Dit kan voor de praktijk minder stevig houvast bieden.

53 Zie <https://www.leidenlawblog.nl/articles/veranderend-karakter-van-pensioen-leidt-tot-meer-zorgplichten-voor-pensioenfondsen>.

54 Zie ook: R.M.J.M. de Greef, 'Op wie rust de (verruimde?) zorgplicht?', *TPV* 2020/10. Anders: A.A. Ettema, 'Pensioenverzekeraars en hun zorgplicht jegens de deelnemers', *PensioenMagazine* 2019/43.

55 Wijzigingswet financiële markten 2014, *Stb.* 2013, 487.

56 Onder meer: N.A. van Opbergen, 'De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft', *Onderneming en Financiering* 2013 (21) 2, p. 20-32.

57 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, 3, p. 27-28.

58 Vergelijk: I. de Vrè, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: T. Gerverdinck (e.a.), *Wetenschappelijk Bijdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 296.

59 D. Busch, *Zorgplicht in de financiële sector (O&R nr. 122)* 2020/1.9.

60 Voor een uitgebreide analyse over open normen in de Pensioenwet verwijs ik naar: S. de Zwaan-Cornelisse, E. Soetendal, 'Open normen in de Wet toekomst pensioenen: balanceren tussen ruimte en uniformiteit', *TPV* 2021/13.

61 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 008, 3, p. 3 en 14.

62 Over vage normen: P. Rustenburg, *Een algemene normtheorie toegepast op open normen in het belastingrecht* (diss. Leiden), Leiden: 2020, paragraaf 3.1.

63 C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 47.

64 *Kamerstukken II* 2016/17, 33 977, 16, 3.

65 I. Vermeeren-Keijzers, 'Zorgplichten en het Pensioenakkoord: eerste stap in de goede richting', *VBA Journaal*, 2021/148, p. 24.

Er is sprake van een toenemende tendens waarbij de wetgever vaker gebruikmaakt van open normen.⁶⁶ De Raad van State is kritisch op open normen en wijst op het risico van uitholling van de normerende functie van de wetgevende macht.⁶⁷

8.3 Toezicht op open normen

Toegesplitst op het aanvullend pensioendomein is de AFM belast met het gedragstoezicht (art. 151 lid 2 PW).

In de uitoefening van haar toezichthoudende rol maakt de AFM gebruik van de verschillende typen uitingen, bestaande uit beleidsuitingen, van beleidsregels, leidraden, interpretaties, principes en richtsnoeren. Deze uitingen worden regelmatig aangeduid als *soft law* of als pseudo-wetgeving. Zonder hier al te diep op in te gaan is de formeel juridische status niet altijd even duidelijk en is er geen helder onderscheid tussen de verschillende uitingen.⁶⁸ Hier zit een zekere spanning met het *lex certa*-beginsel, dat vereist dat normen die moeten worden nageleefd zeker en bepaalbaar moeten zijn.⁶⁹ In de literatuur wordt regelmatig op dit spanningsveld gewezen.⁷⁰ Dit wordt verstrekt door het gegeven dat AFM en DNB bij hun toezichtuitoefening de zogenaamde Sparrow-doctrine hanteren. In deze doctrine staat niet zozeer het bestrijden van schendingen van wettelijke normen voorop, maar het bestrijden van onwenselijk gedrag ongeacht of dit gedrag wettelijk verboden is.⁷¹ Voordeel van *soft law* is dat snel en effectief kan worden ingespeeld op ontwikkelingen, omdat er geen langdurig wetgevingstraject aan voorafgaat.⁷²

De AFM zal toezicht houden op het nieuwe art. 48a PW en kan – indien nodig – handhavend optreden (en op grond van art. 176 lid 1 PW nieuw een bestuurlijke boete opleggen).⁷³ Het is nog niet bekend op welke wijze de AFM het toezicht wil invullen.

8.4 Open norm keuzebegeleiding

Met de open norm keuzebegeleiding wil de wetgever weloverwogen keuzes van deelnemers bevorderen. Suboptimale pensioenkeuzes van deelnemers moeten worden voorkomen.

De norm heeft het karakter van een doelvoorschrift, zijnde een voorschrift dat aangeeft welk doel moet worden be-

reikt.⁷⁴ Doel is dat de pensioenuitvoerder zijn deelnemers op een adequate wijze begeleidt bij het maken van keuzes en de deelnemer via keuzeomgeving in staat te stellen passende pensioenkeuzes te maken.⁷⁵ Het is aan de pensioenuitvoerder om te bepalen hoe het gestelde doel moet worden bereikt en op welke wijze het de keuzeomgeving wil inrichten. Mijn beeld is dat de keuzeomgeving moet aansluiten bij de kenmerken van de doelgroep. Deze kenmerken bepalen de inrichting van de keuzeomgeving. Ik ga hier in paragraaf 10 nader op in.

Vraag is wanneer het gestelde doel is bereikt. Mijn beeld is dat het hierbij moet gaan over de mate waarin deelnemers op basis van de keuzeomgeving in staat zijn gesteld om passende keuzes te maken. De inspanning die de pensioenuitvoerder hiervoor levert, moet mijns inziens bepalend zijn voor de vraag of aan de norm is voldaan.

In dit verband is de wijze waarop de AFM vanuit haar toezichthoudende rol *guidance* gaat geven van belang. De AFM heeft aangekondigd de open norm niet vooraf in te vullen en niet voor te schrijven hoe de sturing van de keuzeomgeving moet worden ingericht. Wel vindt de AFM dat de *defaults* van de keuzeomgeving moeten aansluiten bij de doelgroep.⁷⁶ De AFM heeft aangekondigd in 2022 in gesprek met de sector te willen gaan.⁷⁷ Dat is niet overdreven op tijd, nu de norm al per 1 januari 2023 voor pensioenuitvoerders gaat gelden.

9 Keuzebegeleiding en bedrag ineens

9.1 Bedrag ineens

Per 1 januari 2023 wordt het keuzerecht bedrag ineens ingevoerd, althans dat is het voornemen.⁷⁸ Doel is mensen meer keuzevrijheid te bieden bij de aanwending van hun pensioen.⁷⁹ Keuzevrijheid biedt enerzijds de ruimte voor maatwerk. Anderzijds is er het risico van verkeerde keuzes.

Bij het maken van de keuze voor opname van het bedrag ineens, is van belang dat de consequenties van die keuze voor de inkomstenbelasting en inkomensafhankelijke regelingen (zoals huurtoeslag) worden meegenomen. Verassingen moeten worden voorkomen, zeker nu er geen ruimte komt voor spijtoptanten.⁸⁰ Keuzebegeleiding is bij uitstek een instrument dat de deelnemer kan helpen een bewuste keuze voor het bedrag ineens te maken.

66 Nota 'De Bruikbare Rechtsorde': *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, 9.

67 Raad van State, jaarverslag 2018, Den Haag, april 2019, p. 54-55.

68 V.P.G. de Serière, B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2017/143.

69 Onder meer: CBB 12 april 2017, *JOR* 2017/169, r.o. 6.1. Uitgebreid: J.S. Nas, *Het Lex Certa-beginsel* (diss. Tilburg), Tilburg: 2011.

70 Onder meer: H.E. Bröring & mr. E.M. van Vorselen, 'Lex certa en het financiële bestuursrecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2013, p. 115-142; V. de Serière, 'Lex certa vs. lex obscura', *Ondernemingsrecht* 2013/19.

71 Onder meer: AFM, De toezichtaanpak van de AFM, 3 mei 2017; F.M.A. 't Hart, 'Datagedreven toezicht', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2021/6, p. 192.

72 D. Busch, 'Hoe 'hard' is 'soft law'?', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2021/11.

73 Soetendal wijst op het risico dat rule based toezicht wordt toegepast op principle based wetgeving. E. Soetendal, 'Hoe open zijn open normen in de Wet toekomst pensioenen?', *PensioenMagazine* 2022/1.

74 Daarnaast zijn er ook middelenvoorschriften die voorschriften geven voor de te nemen stappen en niets regelt over het te bereiken doel. W.W. Timmer, *Het doel wel gesteld* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 2011, p. 20.

75 Zie ook: E. Soetendal, 'Toenemend belang van keuzebegeleiding door persoonlijker pensioen', *PensioenMagazine* 2021/61.

76 M. van Wijk, 'Fonds heeft volgens AFM veel vrijheid bij informeren en begeleiden deelnemer', *PensioenPro*, 11 november 2021.

77 S. van Alfen, 'AFM: 'Begin nu met nadenken over keuzebegeleiding in nieuwe stelsel'', *PensioenPro*, 3 november 2021.

78 *Kamerstukken II* 2021/22, 35 555, 20, 1.

79 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 555, 3, p. 1.

80 *Kamerstukken I* 2020/21, 35 555, I, p. 4-5.

9.2 **Informatie over gevolgen**

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet bedrag ineens, RVU en verlofsparen is uitgebreid stilgestaan bij de informatievoorziening rondom het keuzerecht bedrag ineens.⁸¹ Pensioenuitvoerders worden straks verplicht deelnemers ten minste twee keer te informeren over de keuzemogelijkheid.⁸² Deelnemers worden vóór de pensioendatum eerst in algemene zin geïnformeerd en als de deelnemer daar om vraagt, ontvangt hij meer specifieke en persoonlijke informatie. Die informatie moet waarschuwingen bevatten over de mogelijke effecten op verschuldigde inkomstenbelasting, premies volksverzekeringen en toeslagen. Echter, wil de deelnemer feitelijk weten wat de consequenties zijn, dan moet hij zichzelf tot de (website van de) Belastingdienst en de SVB wenden. Via de website van de Belastingdienst kan dan via een proefberekening worden ingeschat wat de gevolgen voor de toeslagen zijn.

9.3 **Eerste testcase keuzebegeleiding**

De deelnemer zal dus zelf de nodige actie moeten ondernemen om de gevolgen van zijn keuzerecht voor zichzelf inzichtelijk te krijgen. Ik vind dit niet zonder risico, omdat de deelnemer voor een belangrijk deel aan zijn lot wordt overgelaten.⁸³ De deelnemer moet zelf in een versnipperd informatielandschap zijn weg proberen te zoeken om tot een afgewogen keuze te komen. Dat is geen keuzebegeleiding. Naar mijn mening kan dit beter worden bereikt als de deelnemer een geïntegreerd inzicht wordt geboden in de gevolgen van de keuze voor opname van het bedrag ineens.

De inwerkingtreding van het bedrag ineens wordt de eerste testcase waarbij keuzebegeleiding zijn daadwerkelijke meerwaarde kan aantonen. Zowel keuzebegeleiding als het keuzerecht bedrag ineens treden op deze datum in werking: 1 januari 2023.

10 **Begeleidingskeuzes**

10.1 **Keuzeomgeving**

Pensioenuitvoerders zullen een toegankelijke omgeving moeten inrichten voor de pensioenkeuzes binnen de pensioenregeling, die past bij de doelgroep van het deelnemersbestand, zo volgt uit de toelichting van de consultatieversie. Die omgeving moet zodanig zijn dat deelnemers op basis daarvan passende pensioenkeuzes kunnen maken. De open norm biedt ruimte voor een eigen invulling door de pensioenuitvoerder. Voorwaarde is dat de keuzeomgeving tot doel heeft deelnemers passende keuzes te laten maken.

Pensioenuitvoerders staan voor de vraag hoe zij de keuzeomgeving willen inrichten om het doel van de keuzebege-

leiding te bereiken. Met ander woorden: welke begeleidingskeuzes gaan pensioenuitvoerders maken?⁸⁴

10.2 **Opties keuzeomgeving**

De inrichting van de keuzeomgeving is vormvrij. Dit betekent dat een keuzeomgeving niet per definitie en uitsluitend via een digitale tool hoeft te worden ingericht.⁸⁵ Keuzebegeleiding kan ook op een andere manier worden geboden, bijvoorbeeld door pensioenconsulenten, die live of via videogesprekken deelnemers te woord staan. De meerwaarde voor deelnemers van persoonlijk contact met de pensioenuitvoerder moet niet worden onderschat, gezien het feit dat niet iedereen zijn weg kan vinden in digitale omgevingen en pensioen als complex wordt ervaren. De kenmerken van de doelgroep (het deelnemersbestand) bepalen de vorm en inrichting van de keuzeomgeving.

10.3 **Inzicht in het bredere financieel plaatje**

Vraag is of de deelnemer wel voldoende geholpen is met een keuzeomgeving die alleen inzicht biedt in de pensioenkeuzes. Voor een deelnemer maakt het aanvullend pensioen onderdeel uit van een breder financieel plaatje. Inzicht in dit plaatje zal de deelnemer beter in staat stellen zijn pensioenkeuzes te overzien. De pensioenuitvoerder zou dit voor de deelnemer kunnen organiseren door de relevante financiële informatie van de deelnemer bij de keuzeomgeving te betrekken en hem het inzicht in zijn totale financiële plaatje kunnen bieden. Daarmee bedoel ik niet dat een pensioenuitvoerder als (financieel) adviseur over onderwerpen buiten de pensioenregeling moet gaan optreden. Ik meen wel dat keuzebegeleiding pas echt zinvol is, als de deelnemer de consequenties van zijn pensioenkeuzemogelijkheden voor zijn eigen financiële situatie kan overzien.

10.4 **Wet Bpf 2000**

Aan het bieden van een dergelijk inzicht kleeft een aantal juridische aspecten, zoals de privacywetgeving en voor verplichte bedrijfstakpensioenfondsen de markt- en ordeningsbepalingen van de Wet Bpf 2000. Op dit laatste ga ik kort in.

Art. 7 Wet Bpf 2000 grenst aan de informatie die een verplicht bedrijfstakpensioenfonds aan een deelnemer mag verstrekken. Dit is namelijk beperkt tot de informatie over de eigen pensioenregeling en algemene informatie. Algemene informatie betreft informatie over wettelijke regelingen inzake pensioenen en sociale verzekeringen.⁸⁶ Doel van deze beperking is om te voorkomen dat het bedrijfstakpensioenfonds reclame gaat maken voor regelingen van aanverwante bedrijven.⁸⁷ Het betrekken van financi-

81 Wet van 14 januari 2021, *Stb.* 2021, 20.

82 Internetconsultatie Wijziging Besluit ivm Bedrag ineens, RVU en verlofsparen, 18 september 2020.

83 Vergelijk: B. Dieleman, 'Analyse Wet bedrag ineens, RVU en verlofsparen', *TPV* 2021/12, p. 24-25.

84 Specifiek voor de verbetering van de keuzebegeleiding van variabele uitkeringen heeft AFM vorig jaar een aantal aanbevelingen gedaan. Onder meer: het benoemen van relevante voor- en nadelen, keuzes inzichtelijk maken, de betrokkenheid van andere inkomensbronnen en keuzes via scenario's. AFM, Onderzoeksrapport variabele uitkeringen, 13 april 2021.

85 Maatman wijst op het belang van de inzet van robots en algoritmen bij pensioeninformatie, maar ziet ook aansprakelijkheidsrisico's: R. Maatman, 'Pensioenfonds en roboadvies: algoritme en aansprakelijkheid', *PensioenMagazine* 2019/138.

86 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 477, 3, p. 8.

87 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, 3, p. 13-14.

eel inzicht van de deelnemer bij de keuzeomgeving heeft echter niet tot doel reclame te maken. Doel is de deelnemer breder inzicht te bieden, zodat hij tegen die achtergrond pensioenkeuzes kan maken. Ik vind dat als de deelnemer het bedrijfstakpensioenfonds hiertoe expliciet machtigt, dat het fonds deze gegevens moet kunnen opvragen.⁸⁸ De pensioenuitvoerder zal dit zorgvuldig en met de nodige checks en balances moeten inrichten. Hoe verder de pensioenuitvoerder in de klantbediening gaat, hoe groter de zorgplicht en het aansprakelijkheidsrisico zal zijn. Mijns inziens hoeft dit geen showstopper te zijn, het benadrukt de vereiste zorgvuldigheid.

11. Aan de slag

Gegeven het tijdspad richting 1 januari 2023 is het zaak dat pensioenuitvoerders voortvarend aan de slag gaan met de inrichting van de keuzeomgeving, voor zover hiermee nog geen start is gemaakt. Ik kom tot de volgende aanbevelingen voor de te nemen stappen.

- *Stel ambities en uitgangspunten vast*
 - Bepaal de eigen ambities ten aanzien van deelnemersbegeleiding.
 - Toets deze aan de nieuwe taken en mogelijkheden vanuit de Wet toekomst pensioenen en de daarmee samenhangende zorgplicht.
 - Vertaal de ambities naar uitgangspunten voor de inrichting van de keuzeomgeving en stel de doelen vast.
- *Maak een inventarisatie*
 - Inventariseer de voorliggende begeleidingsopties (begeleidingskeuzes).
 - Betrek de wensen/behoefte van deelnemers daarbij.
- *Maak een plan*
 - Maak een plan van aanpak voor de implementatie van keuzeomgeving.
 - Bepaal de benodigde middelen en maak een kostenbegroting.
- *Stel de keuzeset vast*
 - Stel vast welke keuzes een deelnemer heeft en op welke momenten.
 - Bepaal de criteria voor de defaults en stel deze vast.
 - Bepaal de presentatie van de defaults.
- *Richt de keuzeomgeving in*
 - Maak een keuze uit de beschikbare middelen, instrumenten en (digitale) tools die voor de keuzeomgeving kunnen worden ingezet.
 - Betrek de overige relevante informatie van de deelnemer, als daarvoor wordt gekozen.
 - Richt de keuzeomgeving in.
- *Meet de effectiviteit*
 - Meet de effectiviteit van de keuzeomgeving.
 - Stel bij, waar dat nodig is.

12. Tot slot: clock is ticking

Het nieuwe art. 48a PW betreft één zin van enkele regels. Er schuilt een wereld met uiteenlopende aspecten achter. Niet in de minste plaats, juridische aspecten. Doel is om de deelnemer passende pensioenkeuzes te laten maken. Keuzebegeleiding past in de beweging om meer naar de vraagkant van deelnemers te kijken. Pensioenuitvoerders krijgen de vrijheid om keuzebegeleiding naar eigen inzicht vorm te geven en dit in te vullen. Zij mogen daarbij hun deelnemers ook over de pensioenregeling adviseren. Mijns inziens ligt dat in het verlengde van keuzebegeleiding.

Met de introductie van keuzebegeleiding komt het contact met de deelnemer in een nieuw perspectief te staan. Dit brengt nieuwe mogelijkheden met zich mee. Het is zaak die mogelijkheden snel op te pakken. De norm keuzebegeleiding gaat namelijk als een van de eerste onderdelen van de Wet toekomst pensioenen per 1 januari 2023 in. *The clock is ticking.*

⁸⁸ Een expliciete machtigingsmogelijkheid van de deelnemer ex art. 6 lid 4 Wet Bpf 2000 ontbreekt in art. 7 Wet Bpf 2000.