



De werkgever heeft een vergaande informatie- en waarschuwingsplicht ten aanzien van pensioen. Die zorgplicht komt met name naar voren bij (eenzijdige) wijziging van de pensioenregeling. Schending daarvan kan leiden tot pensioenschade voor de werknemer en tot aansprakelijkheid van de werkgever of diens pensioenadviseur, zo blijkt ook uit recente rechtspraak. Tijd voor een praktische beschouwing.

Claim wegens pensioenschade ligt op de loer

De uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 16 februari 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:231) is aanleiding om de reikwijdte van de zorgplicht te bespreken en te benoemen waar ondernemer en pensioenadviseur alert op moeten zijn, om schade wegens schending van de zorgplicht zoveel mogelijk te vermijden.

GOED WERKGEVERSCHAP

Voorop staat de norm van het goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW): de werkgever moet zorgvuldig omgaan met de belangen van werknemers bij veranderingen in de arbeidsvoorwaarden, zoals wijziging van de pensioenregeling. De werkgever moet voldoende informatie verstrekken om te voorkomen dat de werknemer onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken, instemt met een wijziging van de pensioenregeling. Ook moet de werkgever de werknemer waarschuwen voor risico's die aan de wijziging zijn verbonden. Dit toetsingskader hanteerde het Gerechtshof Den Haag al enkele jaren geleden (ECLI:NL:GHSGR:2009:BI1940). Hoever de zorgplicht in een concreet geval gaat, hangt af van de befaamde maar vage frase: "Alle omstandigheden van het geval."

Dat is ook vaste rechtspraak van de Hoge Raad over de zorgplicht van een pensioenfonds ten aanzien van informatieverstrekking. In twee arresten over beëindiging van een pensioenregeling voor dga's binnen

de pensioenregeling van Bpf Bouw oordeelde de Hoge Raad in 2013 en 2015 dat de reikwijdte van de zorgplicht afhangt van alle omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang zijn: de bij het pensioenfonds kenbare persoonlijke en financiële belangen van de deelnemers bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening (ECLI:NL:HR:2013:BY4465 en ECLI:NL:HR:2015:3229).

DE CASUS: VAN EINDLOON NAAR BESCHIKBARE PREMIE

Langs deze norm van het goed werkgeverschap toetst het Gerechtshof Den Haag in onderhavige procedure de vordering van drie assistent-accountants die zich beklagen over de gevolgen van de wijziging van hun gematigde eindloonregeling naar een beschikbare premieregeling. Het voornemen tot die wijziging dateert uit 1996, het wijzigingsbesluit is in 1999 met instemming van de drie eisers door de werkgever genomen. Terwijl vandaag de dag nog maar ongeveer 1% van de pensioenregelingen een eindloonregeling is, was dat destijds veel gebruikelijker. Dat laat onverlet – en dat bevestigt deze uitspraak – dat procedures over wijziging/afschaffing van een eindloonregeling, ook of juist nu aan de orde zijn.

De drie (ex-)medewerkers stellen pensioenschade te lijden door de schending van de zorgplicht. In de eerste plaats bestaande uit schade wegens de wijziging van eindloon naar beschikbare premieregeling

en ten tweede schade als gevolg van overdracht van de in de eindloonregeling opgebouwde pensioenaanspraken. De werknemers stellen onjuist en onvolledig door de werkgever te zijn geïnformeerd over de gevolgen en risico's van de vervanging van de pensioenregeling. Zij hebben berekend dat zij tot wel 47% minder ouderdomspensioen zullen ontvangen.

HOF: EIGEN VERANTWOORDELIJKHEID WERKNEMER

Bij de toetsing van de hiervoor genoemde norm van het goed werkgeverschap, benadrukt het hof enerzijds dat sprake is van een "ingrijpende" wijziging, te weten de overgang van een gegarandeerde vaste pensioenuitkering naar een pensioenuitkering waarvan de hoogte afhangt van diverse onzekere factoren. Anderzijds: de medewerkers waren ervaren assistent-accountants die uit hoofde van hun functie veelvuldig met pensioengerelateerde kwesties te maken hadden, bekend waren met de terminologie en bekend waren met daaraan verbonden risico's ter zake van langlevens, dalende rekenrente en tegenvallende beleggingsrendementen. Hoewel dus sprake was van een ingrijpende wijziging, mocht de werkgever volgens het hof kennis, ervaring en bekendheid bij de werknemers veronderstellen aangaande die onzekere factoren verbonden aan de beschikbare premieregeling. Daarbij is voor het hof ook relevant dat de werkgever de medewerkers voldoende tijd had gegeven om de nieuwe regeling te onderzoeken en daar – via de pensioenadviseur van werkgever – vragen over te stellen, alvorens zij instemden met de wijziging. Daarbij heeft het hof niet vastgesteld dat de werkgever de medewerkers onder druk zou hebben gezet, anders dan dat de werkgever had gemotiveerd dat vervanging noodzakelijk was omdat de eindloonregeling in de toekomst te duur zou worden voor de organisatie, waardoor er geen ruimte meer zou zijn voor eventuele salarisstijgingen. Op dit punt heeft de werkgever dus voldaan aan de zorgplicht.

HOF: ZORGPLICHTSCHENDING BIJ WAARDEOVERDRACHT

Het gaat voor de werkgever alsnog mis ter zake van de waardeoverdracht. Zoals gezegd hadden de assistent-accountants ook hun in de eindloonregeling opgebouwde en tot dan toe gegarandeerde pensioen-

waarde overgedragen naar de beschikbare premieregeling. Daarmee stelden zij die zekerheid bloot aan het risico van waardedaling, hoewel een gunstig rente- en beleggingsklimaat de drie medewerkers uiteraard ook een veel beter resultaat had kunnen geven. Omdat dit laatste volgens de berekeningen van de medewerkers behoorlijk tegenviel, stelden zij de werkgever aansprakelijk voor het feit dat die had nagelaten te waarschuwen voor de specifieke gevolgen en risico's verbonden aan waardeoverdracht. Hoewel het hof dus voorop had gesteld dat de medewerkers vanwege hun kennis en werkervaring geacht werden te weten wat zij doen, meent het hof op dit punt dat de werkgever hen had moeten beschermen tegen "eventuele lichtvaardigheid en ondoordachtigheid." Daarbij speelde voor het hof een rol dat de werkgever, via de pensioenadviseur, onzuivere vergelijkingen had gemaakt in de gepresenteerde berekeningen over de gevolgen van het overdragen van pensioenwaarde. Bovendien speelt het argument van de werkgever dat de wijziging noodzakelijk was vanwege de kosten op dit punt geen rol, omdat dit al opgebouwde en door de werkgever afgefinancierde waarde betrof. De werkgever is op dit punt dus nalatig geweest in de informatievoorziening.

PENSIOENADVISEUR UITEINDELIJK AANSPRAKELIJK

De werkgever had in deze zaak haar pensioenadviseur in vrijwaring opgeroepen, en met succes. Het hof oordeelde dat deze niet als een "redelijk handelend en redelijk bekwaam" pensioenadviseur had opgetreden bij de in opdracht van de werkgever verrichte informatievoorziening aan de werknemers. De werkgever kan dus zijn uiteindelijke schadeaansprakelijkheid wegens schending van de zorgplicht contractueel, dan wel via een rechterlijke procedure afwentelen op de pensioenadviseur. Voor de pensioenadviseur leert deze uitspraak dat het van belang is de adviesopdracht goed af te bakenen. Bijvoorbeeld de vraag of en zo ja in welke mate en ten aanzien van welke aspecten informatievoorziening aan de werknemers tot de opdracht behoort.

ZORGPLICHT BIJ OVERSTAP NAAR APF

De vraag rijst of de zorgplicht ook zo ver reikt bij een minder ingrijpende wijziging dan bij deze wijziging



van eindloonregeling naar beschikbare premieregeling, of bij genoemde afschaffing van een dga-pensioenregeling. Denk aan de werkgever die zijn verzekerde pensioenregeling vervangt door aan te sluiten bij een Algemeen Pensioenfonds (APF). Overstap naar een APF zal kwalificeren als een wijziging van de pensioenregeling, want in ieder geval verandert de zekerheidsmaatstaf (van 99,5% naar 97,5%), ontstaat de mogelijkheid tot pensioenkorting, gaan risico's worden gedeeld met andere werkgevers en werknemers die de pensioenregeling ook bij dat APF hebben ondergebracht, en is anderzijds de premie veelal lager. Arbeidsrechtelijk zal de pensioenovereenkomst in lijn moeten worden gebracht met de nieuwe uitvoeringsovereenkomst met het APF, hetgeen in beginsel instemming van de werknemers vraagt. Nog steeds behoort de werkgever zich ex artikel 7:611 BW als 'goed werkgever' te gedragen bij een dergelijke - minder ingrijpende - wijziging. De normen zijn hetzelfde als hiervoor genoemd, alleen de toetsing in concreto zal mijns inziens voor de werkgever minder zwaar zijn. Dat laat onverlet dat de werkgever die overweegt over te stappen naar een APF de werknemers wel adequate informatie moet verschaffen, zodat zij een weloverwogen keuze kunnen maken al dan niet met de wijziging in te stemmen.

ZORGPLICHT BIJ WIJZIGING ANW-HIAATVERZEKERING

Dat de vergaande informatie- en waarschuwingplicht ook bij - op het oog - minder ingrijpende wijzigingen van toepassing is, bevestigt een zeer vergelijkbare uitspraak uit 2009 (ECLI:NL:GHLEE:2010:BO3794). Dat betrof een werkgever die een aan de pensioenregeling verwante Anw-hiaatverzekering verving door een verslechterde regeling, zónder enige communicatie daarover met de medewerker(s). Toen het (oorspronkelijk) verzekerde risico zich voordeed - de medewerker overleed - claimde diens erfgenaam schade (€ 110.000) wegens het niet c.q. later tot uitkering komen van de hiaatverzekering. Terecht, aldus het Gerechtshof Leeuwarden, omdat het niet van goed werkgeverschap getuigt om de medewerkers niet over de wijziging te informeren. Hierdoor is hen namelijk de kans ontnomen, om

door bijvoorbeeld eigen aanvullende verzekeringen de verslechterde situatie op te vangen.

ONERVAREN, LICHTZINNIGE, ONDOORDACHTE BESLUITEN OVER PENSIOEN

De zorgplicht van de werkgever en de pensioenadviseur gaat ver: volgens het hof strekt die immers ter voorkoming van het door de werknemers aangaan van onverantwoorde risico's als gevolg van "onervarenheid, lichtzinnigheid of ondoordachtheid."

De Haagse uitspraak leert wel dat de werkgever aan aansprakelijkheid wegens schending daarvan kan ontkomen door te wijzen op de pensioenkennis van de medewerkers. Aangezien de gemiddelde werknemer véél minder pensioenkennis heeft dan deze assistent-accountants, schat ik in dat het beroep van een werkgever op de eigen verantwoordelijkheid en kennis en ervaring van de werknemer, in de meeste gevallen niet slaagt. De werkgever en pensioenadviseur moeten hun informatievoorziening dus afstemmen op de gemiddelde onervaren, lichtzinnige en ondoordachte beslissingen van medewerkers over pensioen(wijzigingen).

CONCRETE HANDVATTEN

Daarbij hoort het verstrekken van berekeningen van scenario's afgestemd op (groepen van) individuele werknemers; inclusief mogelijke negatieve scenario's. Ook helpt het bieden van voldoende tijd, zeker wel zes weken, zodat de medewerkers zich kunnen beraden op (hun instemming met) de wijziging van de regeling. Daarnaast bevestigt de uitspraak het belang van het aan de medewerkers bieden van tijd en gelegenheid om met de pensioenadviseur van de werkgever of een eigen adviseur de wijzigingen, gevolgen en risico's te bespreken. En *last but not least* als tip voor werkgevers en pensioenadviseurs: bewaar gegevens over pensioen(wijzigingen) en communicatie daarover lange tijd, liefst langer dan de gebruikelijke termijnen van vijf en zeven jaar voor andere arbeidsvoorwaardelijke gegevens. Onderhavige procedure, waarin de in 2009 verzonden aansprakelijkheidstelling betrekking heeft op communicatie van eind jaren 90, bevestigt dit mijns inziens in verband met het grote belang van bewijslevering in dit soort kwesties.

