

Wetsinterpretatie: de (on)vrijheden van de toezichthouder

Teun Huijg, actueel tot 22-10-2013

Actueel tot	22-10-2013
Auteur	Teun Huijg ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



Toezichthouders interpreteren constant wetsregels. Dat gebeurt niet alleen in concrete handhavingsgevallen, maar ook in meer algemene zin door bij voorbeeld het publiceren van Q&A's.^[1] Bij al deze interpretaties door de toezichthouder dringt de vraag zich op welke waarde daaraan moet worden gehecht als er een geschil ontstaat over die interpretatie. Meer specifiek: in welke mate is de bestuursrechter aan die wetsinterpretatie gebonden? In deze bijdrage tracht ik daar een antwoord op te geven.

Externe toezichthouders beschikken over een breed scala aan bevoegdheden. Een sprekend voorbeeld is het geven van een aanwijzing (art. 171 PW). De toezichthouder moet daarbij eerst vaststellen of de Pensioenwet is overtreden, alvorens hij een aanwijzing kan opleggen. Immers, zonder overtreding valt er ook niets te handhaven.

Om vast te stellen of er sprake is van zo'n overtreding, zal de toezichthouder de wet moeten interpreteren. Niet iedere wetsregel is echter even duidelijk. Ik noem enkele voorbeelden. De pensioenuitvoerder moet 'prudent' beleggen (art. 135 PW); maar wat is prudent? Alleen 'organen van het pensioenfonds' mogen een instemmingsrecht hebben ten aanzien van een bestuursbesluit (art. 108 PW); maar wat is een orgaan van het pensioenfonds? Het fondsbestuur is verplicht de belangen van alle betrokkenen 'evenwichtig' te behartigen (art. 105, lid 2 PW); wat is dan evenwichtig in het concrete geval? Et cetera.

De verschillende vrijheden van de toezichthouder

De toezichthouder heeft bij gebruikmaking van zijn wettelijke bevoegdheden diverse beslissingen te nemen. De vrijheid die hem daarbij toekomt, is niet bij elke beslissing hetzelfde. De vrijheid hangt af van wat het wetsartikel waarop de bevoegdheid is gebaseerd, daarover zegt. Per beslissing en per

wetsartikel zal dat apart moeten worden onderzocht.

Om enig inzicht te geven in de diverse vrijheden, wordt doorgaans gebruik gemaakt van een in het bestuursrecht ontwikkeld begrippenkader. Het gaat daarbij om de begrippen 'beoordelingsvrijheid' en 'beoordelingsruimte' enerzijds en 'beleidsvrijheid' en 'beleidsruimte' anderzijds.^[2] Ook het verschil tussen 'bevoegdheidsvoorwaarden' en 'bevoegdheidsuitoefening' is relevant, omdat beoordelingsvrijheid en beoordelingsruimte zien op de bevoegdheidsvoorwaarden en beleidsvrijheid en beleidsruimte op de bevoegdheidsuitoefening. Hierna zet ik eerst het verschil tussen bevoegdheidsvoorwaarden en bevoegdheidsuitoefening uiteen.

Bevoegdheidsvoorwaarden en bevoegdheidsuitoefening

Veel bevoegdheden zijn gebaseerd op een wetsartikel dat in de kern de volgende structuur bevat: 'als A, dan kan (of moet) B' (hierna: A-B-structuur). Hieronder volgen twee voorbeelden uit de Pensioenwet:

Artikel 192 PW (Vergunningverlening)

Artikel 192 PW (Vergunningverlening) De vergunning [aan een Nederlands fonds om grensoverschrijdende activiteiten te verrichten] [...] wordt op aanvraag door de toezichthouder verleend wanneer het pensioenfonds: a. is ingeschreven in het register, bedoeld in artikel 210; en b. voldoet aan [enkele nadere voorwaarden] [...].

Artikel 171 PW (Aanwijzing)

De toezichthouder kan een pensioenuitvoerder die niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald, door middel van het geven van een aanwijzing verplichten [...] een bepaalde gedragslijn te volgen.

In art. 192 PW is de A-B-structuur duidelijk te herkennen: als het fonds is geregistreerd en voldoet aan enkele andere voorwaarden, moet de toezichthouder een vergunning verlenen. Dezelfde duidelijkheid is ook terug te vinden in art. 171 PW: als de Pensioenwet wordt overtreden, kan de toezichthouder een aanwijzing geven.

De voorwaarden die moeten zijn vervuld (deel A) alvorens de toezichthouder sowieso gebruik kan maken van zijn bevoegdheid, noem ik in dit artikel de 'bevoegdheidsvoorwaarden'. De wijze waarop vervolgens gebruik kan, c.q. moet worden gemaakt van de bevoegdheid, noem ik de 'bevoegdheidsuitoefening'. Daarbij gaat het niet alleen om de vraag of de toezichthouder verplicht is de bevoegdheid uit te oefenen – nadat alle bevoegdheidsvoorwaarden zijn vervuld – maar ook op de wijze waarop dat moet gebeuren. Er zijn overigens ook wetsartikelen in de Pensioenwet waarbij de A-B-structuur niet, of veel minder duidelijk is te herkennen. Neem art. 140, lid 2 PW:

Artikel 140 lid 2 PW (Kortetermijnherstelplan)

Artikel 140 lid 2 PW (Kortetermijnherstelplan) [...] het pensioenfonds [dient] binnen twee maanden [...]

een concreet en haalbaar kortetermijnherstelplan ter instemming bij de toezichthouder in. In dit kortetermijnherstelplan werkt het pensioenfonds uit hoe het uiterlijk binnen drie jaar zal voldoen aan artikel 131 waarbij: a. de kans op herstel verbetert; b. de risico's voor de aanspraak- en pensioengerechtigden niet toenemen; en c. de kans op toeslagverlening niet negatief wordt beïnvloed.

Door het ontbreken van een duidelijke A-B-structuur in dit artikel is niet direct duidelijk wat de relevante bevoegdheidsvoorwaarden zijn en hoe de bevoegdheidsuitoefening dient plaats te vinden. Een lezing zou kunnen zijn: de toezichthouder moet instemmen als het herstelplan concreet en haalbaar is.^[3] Maar een andere lezing zou kunnen zijn dat de toezichthouder zijn instemming ook nog afhankelijk mag maken van andere voorwaarden naast 'concreet en haalbaar'. Wat rechtens juist is, is een kwestie van wetsuitleg.

Beoordelingsvrijheid en beoordelingsruimte nader bezien

Beoordelingsvrijheid en -ruimte zien op de vrijheid, c.q. ruimte die de toezichthouder heeft bij het vaststellen of alle bevoegdheidsvoorwaarden zijn vervuld.

Beoordelingsruimte

Beoordelingsruimte is de ruimte voor de toezichthouder om sowieso enige beslissing te nemen. Zijn de bevoegdheidsvoorwaarden zeer exact omschreven, dan heeft hij die ruimte niet. De Pensioenwet kent vrijwel geen bepalingen waar dat voor geldt. Uitzondering daarop vormt onder andere art. 197, lid 1 PW:

Artikel 197 lid 1 PW (Verbod uitvoering grensoverschrijdende activiteit)

De toezichthouder verbiedt een pensioenfonds bijdragen te ontvangen van een [buitenlandse] onderneming [...] wanneer [...] het fonds niet beschikt over een vergunning als bedoeld in artikel 125, onderdeel a.

Het wel of niet hebben van een vergunning is een duidelijke, niet voor meerderlei uitleg vatbare norm. Een fonds heeft een vergunning of niet. De toezichthouder heeft op dat punt dan ook geen wezenlijke beoordelingsruimte. Art. 197 PW vormt evenwel echt een uitzondering: er is vrijwel altijd wel enige beoordelingsruimte. In de Pensioenwet is die ruimte er om de volgende twee redenen:

1. de bevoegdheidsvoorwaarden zijn (enigszins) vaag opgeschreven. Met andere woorden, er is sprake van een open norm. Daarbij geldt: hoe preciezer de bevoegdheidsvoorwaarden zijn omschreven, des te kleiner de beoordelingsruimte.^[4] Art. 171 PW (de aanwijzingsbevoegdheid) is daar een goed voorbeeld van: de toezichthouder kan pas een aanwijzing opleggen nadat een wetsovertreding heeft plaatsgevonden. Afhankelijk van het wetsartikel dat zou zijn overtreden, is er sprake van beoordelingsruimte. Of aan de plicht om een beheerste en integere bedrijfsvoering te waarborgen is voldaan (art. 143 PW), betreft geen exacte wetenschap; in dat geval is er dus – veel – beoordelingsruimte. Zo ook voor wat betreft de plicht prudent te beleggen (art. 135 PW). Dat is weer anders als de toezichthouder een aanwijzing wil geven in verband met het overtreden van de plicht de slapers binnen drie

maanden te informeren over een gewijzigd toeslagbeleid (art. 40, lid 3 PW). In dat geval is er (aanzienlijk) minder beoordelingsruimte;

2. beoordelingsruimte kan er ook zijn omdat het wetsartikel dat 'expliciet' stelt. Een voorbeeld is art. 149 PW, dat de bevoegdheid voor de toezichthouder bevat om een fonds te verplichten over te gaan tot onder andere herverzekering. De woorden 'naar het oordeel van' duiden op beoordelingsruimte.

Artikel 149 (Verplichting tot overdracht, verzekering of onderbrenging)

De toezichthouder kan een pensioenfonds de verplichting opleggen om [...] over te gaan tot verzekering bij een verzekeraar [...] indien dit naar het oordeel van de toezichthouder noodzakelijk is in verband met de actuariële en bedrijfstechnische opzet van het pensioenfonds; of de deskundigheid en betrouwbaarheid van het bestuur.

Beoordelingsvrijheid

Naast beoordelingsruimte kan er ook beoordelingsvrijheid bestaan. Nog steeds ziet dit op de voorvraag of de toezichthouder in het concrete geval sowieso wel enige bevoegdheid toekomt.

Beoordelingsvrijheid is de vrijheid om in beginsel naar eigen inzicht te beslissen. Voor het bestaan van die vrijheid is in ieder geval vereist dat er beoordelingsruimte is. Zonder beoordelingsruimte geen beoordelingsvrijheid.

Er bestaat beoordelingsvrijheid op het moment dat de wetgever bewust de voorvraag ter beantwoording aan de toezichthouder heeft overgelaten. De woorden 'naar het oordeel van' duiden expliciet op beoordelingsvrijheid; zie het zojuist aangehaalde art. 149 PW, maar ook art. 108a PW (wijziging rechtsvorm van het fonds). Datzelfde geldt voor art. 87 PW (waardeoverdracht naar een buitenlandse instelling). In dat laatste artikel staat expliciet dat zo'n waardeoverdracht alleen kan als 'ten genoegen van de toezichthouder' de daarin genoemde voorwaarden zijn vervuld.

Dit zijn echter uitzonderingen. In het leeuwendeel van de gevallen blijkt niet direct uit de wettekst zelf of er (ook) sprake is van beoordelingsvrijheid. Of, en zo ja, in welke mate daar sprake van is, zal in die gevallen steeds neerkomen op een nadere uitleg van het desbetreffende wetsartikel. Daarbij moet onder andere worden gekeken naar de parlementaire behandeling van dat artikel, de aard van de normschending, het doel en de strekking van de norm en het systeem van de wet. Dit alles dus om vast te stellen wat de wetgever hieromtrent heeft bedoeld.

Of er sprake is van beoordelingsvrijheid kan van groot belang zijn als er een geschil ontstaat tussen de pensioenuitvoerder en de toezichthouder over de voorvraag of er in het concrete geval wel een bevoegdheid bestaat. Dus of in die specifieke omstandigheden de bevoegdheidsvoorwaarden wel zijn vervuld. Is er geen beoordelingsvrijheid, dan is het primair aan de rechter om te bepalen of de voorwaarden zijn vervuld. De rechter mag in dat geval ten volle toetsen, waarmee wordt bedoeld dat hij daarover een eigen oordeel mag vellen.^[5] Is er wel beoordelingsvrijheid, dan geldt dat juist niet. De rechter moet zich dan terughoudend opstellen en slechts marginaal toetsen. Dat heeft te maken met het feit dat het in die gevallen de keuze van de wetgever is geweest om dat oordeel primair aan de toezichthouder over te laten. Een rechter moet dan niet op diens stoel gaan zitten. Alleen wanneer de rechter meent dat de visie van de toezichthouder kennelijk onredelijk is, is dat anders. Daar is sprake van als de toezichthouder 'in redelijkheid niet tot zijn oordeel heeft kunnen komen' over het vervuld zijn van de bevoegdheidsvoorwaarden.^[6]

Twee voorbeelden: de Johnson & Johnson-uitspraak en de Goud-uitspraak

Ik zal nu het bovenstaande kader verder illustreren aan de hand van twee recente uitspraken: de Johnson & Johnson-uitspraak en de Goud-uitspraak.

Op 25 april 2013 deed Rechtbank Rotterdam uitspraak in een geschil tussen het Pensioenfonds Johnson & Johnson en DNB.^[7] Het fonds had een aanwijzing gekregen, omdat het volgens DNB in strijd met de prudent person regel handelde (art. 135 PW). Een van DNB's bezwaren was, kort gezegd, dat het beleggingsbeleid te veel afhankelijk was van de bijstortbereidheid van de aangesloten werkgevers. DNB werd in het gelijk gesteld.

In deze zaak had DNB dus gebruik gemaakt van haar bevoegdheid een aanwijzing op te leggen ex art. 171 PW. Zoals gezegd bevat dit artikel een duidelijke A-B-structuur, namelijk: is de wet overtreden, dan kan DNB een aanwijzing geven. Heeft DNB beoordelingsruimte ten aanzien van de vraag of alle bevoegdheidsvoorwaarden – zijnde: wetsovertreding – zijn vervuld? Daarvoor moet worden gekeken naar het wetsartikel dat volgens DNB zou zijn overtreden. En dat is art. 135 PW (en het daarop gebaseerde art. 13 Besluit FTK). In een eerdere zaak had Rechtbank Rotterdam daarover al (impliciet) geoordeeld dat het een open norm betreft.^[8] Er is dus beoordelingsruimte.

Dan de vervolgvraag of DNB ook beoordelingsvrijheid toekomt. Rechtbank Rotterdam ging daar in de Johnson & Johnson-zaak wel vanuit. Ze oordeelde namelijk dat de wijze waarop DNB de open norm invult, 'juist' is. Dat de rechtbank tot dit oordeel komt, maakt duidelijk dat er vol getoetst is. Anders had ze moeten toetsen op 'kennelijke onredelijkheid', dan wel of DNB 'in redelijkheid niet tot haar oordeel heeft kunnen komen'.

(Relevant citaat uit het oordeel van Rechtbank Rotterdam)

DNB neemt daarmee, gelet op de tekst en strekking van artikel 135 van de Pw en de wetsgeschiedenis van die bepaling, naar het oordeel van de rechtbank een juist standpunt in ter zake van de invulling van die norm.^[9]

Op 10 september 2013 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) geoordeeld over het welbekende geschil dat het Pensioenfonds Vereenigde Glasfabrieken met DNB had. DNB vond dat het fonds te veel in goud zat en daarom geen prudent beleggingsbeleid hanteerde (art. 135 PW). Rechtbank Rotterdam had het fonds al in het gelijk gesteld. Zo deed ook het CBb.^[10] Het bevestigt feitelijk het eerdere oordeel van Rechtbank Rotterdam dat DNB geen beoordelingsvrijheid heeft als het gaat om de vraag of een fonds een prudent beleggingsbeleid hanteert. Het CBb is daar overigens wel wat explicieter in:

(Relevant citaat uit het oordeel van het CBB) Van een door de rechter te verrichten marginale toetsing van het standpunt van DNB aangaande de toepassing van de prudent person regel is derhalve – anders dan DNB meent – geen sprake.

Het oordeel van het CBb beperkt zich daar niet toe. Het oordeelde namelijk ook dat de prudent person regel juist de nodige ruimte aan het fondsbestuur geeft om te oordelen wat in het concrete geval prudent is. Dat zou maken dat DNB alleen handhavend kan optreden als ze kan aantonen dat een fonds 'niet in redelijkheid heeft kunnen kiezen voor' het gekozen beleggingsbeleid.^[11] In sommige gevallen bestaat er dus een eigen vrijheid van het fondsbestuur, waardoor de mate van rechterlijke toetsing doorslaat ten gunste van het fonds. Ook daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat, wanneer de wetgever heeft bedoeld het fondsbestuur een eigen vrijheid te geven, de rechter niet al te snel op de

stoel van de fondsbestuurders moet gaan zitten.

Beleidsvrijheid en beleidsruimte nader bezien

Ik zal kort zijn over deze twee termen. Beleidsvrijheid en -ruimte zien op de fase nadat is vastgesteld dat aan alle bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan. Het gaat bij die termen om de bevoegdheidsuitoefening. Ze vallen altijd samen; waar beleidsruimte is, is ook beleidsvrijheid. In die gevallen moet een bestuursrechter zich terughoudend opstellen (marginale toetsing).^[12]

De betekenis van Q&A's

DNB publiceert met grote regelmatig Q&A's, via haar digitaal 'Open Boek Toezicht'. Die Q&A's binden uitvoerders echter niet. Daar verzet het legaliteitsbeginsel zich tegen. Dat beginsel brengt mee dat uitvoerders alleen in hun doen en laten kunnen worden beperkt als daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Met andere woorden, de (eventuele) wetsinterpreterende bevoegdheid moet zijn – uiteindelijk – basis vinden in een wet in formele zin. Dat is een wet die is goedgekeurd door het parlement. Voor de Q&A's bestaat zo'n wettelijke grondslag niet. Q&A's zijn in die zin dan ook niet meer dan de interpretatie van DNB van een wetsartikel, waar de lezing van de uitvoerder – bij het gebrek aan beoordelingsvrijheid aan de kant van DNB – met net zo veel waarde tegenover staat.

Denkbaar is nog dat de Q&A's kwalificeren als een beleidsregel.^[13] DNB is op basis van art. 4:81 Awb namelijk bevoegd beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de haar toekomstige bevoegdheden. Een beleidsregel kan een uitleg van een wetsartikel omvatten (vgl. art. 1:3, lid 4 Awb). Het gaat dan echter nog steeds om niet meer dan een interpretatie door DNB. Alleen DNB zelf is daaraan gebonden; de uitvoerder niet.^[14] Is die interpretatie in strijd met hoe de wet daadwerkelijk moet worden uitgelegd – wat uiteindelijk ter beoordeling van de bestuursrechter is – dan gaat die daadwerkelijke uitleg voor.^[15]

Ten slotte

In principe is het de taak van de rechter om de Pensioenwet uit te leggen. Die schone taak ligt dus niet bij de toezichthouder. Maar die vlieger gaat niet altijd op. Per wetsartikel zal dit verschillen, al naar gelang de mate waarin de wetgever de toezichthouder beoordelingsvrijheid heeft willen geven. Of daar sprake van is, is op zichzelf weer een kwestie van wetsuitleg. Staat vast dat de toezichthouder beoordelingsvrijheid heeft, dan zal de rechter zich terughoudend opstellen. Voor wat betreft de plicht prudent te beleggen (ex. art. 135 PW) heeft het CBb recentelijk uitgemaakt dat de rechter zich terughoudend zal moeten opstellen. Dat is echter niet ter bescherming van de vrijheid van DNB, maar ter bescherming van de eigen verantwoordelijkheid van het fondsbestuur!

Voetnoten



Mr. T. Huijg is pensioenrechtadvocaat bij Stibbe Advocaten te Amsterdam

[1]

Zie bijvoorbeeld DNB's 'Open Boek Toezicht', www.toezicht.dnb.nl.

[2]

De grondlegger van de termen 'beoordelingsvrijheid' en 'beleidsvrijheid' is Duk. Vgl. W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, *RMTh* 1978, p. 564-587 en W. Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, *RMTh* 1988, p. 156-169.

[3]

Dit is kennelijk de lezing van S.H. Kuiper en J.A. Voerman, 'Toezicht DNB op pensioenfondsen: de zachte en de harde hand', *PM* 2012/35.

[4]

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Amsterdam 2011, p. 141.

[5]

In de praktijk betekent dat overigens nog niet dat de interpretatie van de toezichthouder en die van de pensioenuitvoerder op gelijke voet worden behandeld. Zie: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Amsterdam 2011, p. 141. Zij stellen dat de rechter dan controleert of hij de uitleg van de toezichthouder 'verantwoord' acht. Zie ook: A.P. Klap, Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?, *NTB* 2007/27. Hij impliceert dat de rechter in dat geval beoordeelt of hij de uitleg 'verdedigbaar' vindt.

[6]

Vgl. CBb 12 september 2006, JB 297.

[7]

Rechtbank Rotterdam 25 april 2013, *JOR* 2013/178.

[8]

Rechtbank Rotterdam 15 maart 2012, *PJ* 2012/92, r.o. 2.6.2 en CBb 10 september 2013, *PJ* 2013/151, r.o. 5.3. Wat opvalt, is dat beide colleges benadrukken dat het juist het fonds is dat beoordelingsruimte toekomt. Daarmee is echter niet bedoeld dat DNB bij de vraag of de bevoegdheidsvoorwaarden zijn vervuld, geen enkele eigen beslissing te nemen heeft.

[9]

Rechtbank Rotterdam 25 april 2013, *JOR* 2013/178, r.o. 4.4. De uitspraak bevat overigens nog meer indicatoren die wijzen op een volle toetsing (zie bijv. r.o. 4.8).

[10]

CBb 10 september 2013, *PJ* 2013/151, r.o. 5.3.

[11]

CBb 10 september 2013, *PJ* 2013/151, r.o. 5.4.3.

[12]

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Amsterdam 2011, p. 146.

[13]

Ik laat hier bewust in het midden of dat zo is.

[14]

Hoge Raad 23 mei 2003, *AB* 2004/157, r.o. 3.4.

[15]

Vgl. (i) Mon. Awb A5 (Bröring), p. 19 e.v. en (ii) A. Tollenaar, 'Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechterlijke toetsing aan beleid en beleidsregels', *JBplus*, 2006, p. 182 en 183.