wijs de enige manier om zorgvuldig te adviseren. De vertaling van de leidraad naar de dagelijkse praktijk zal de beleggingsonderneming en adviseur zelf moeten maken. Het staat de beleggingsonderneming of adviseur vrij om op een andere wijze invulling te geven aan de aanbevelingen uit deze leidraad. Dit geldt ook voor de voorbeelden die zijn opgenomen in deze leidraad" (zie bijv.: "De klant in beeld, Aanbevelingen voor zorgvuldig beleggingsadvies en vermogensbeheer", update 3 januari 2018, p. 8).

8. Het Hof van Justitie heeft in de Grimaldi-uitspraak gezag toegekend aan Europees rechterlijke soft law (het ging daarbij om onverbindende aanbevelingen van de Europese Commissie). Het Hof overwoog: *"Ten einde de vraag van de verwijzende rechter volledig te beantwoorden, moet echter worden beklemtoond, dat de betrokken handelingen niet kunnen worden geacht geen enkel rechtsgevolg te hebben. De nationale rechterlijke instanties zijn namelijk gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen"* (HvJ EU 13 december 1989, zaak C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646).

In de Baltlanta-uitspraak heeft het Hof van Justitie dit oordeel ook uitgesproken ten aanzien van richtsnoeren van de Europese Commissie (HvJ EU 3 september 2014, zaak C-410/13, ECLI:EU:C:2014:2134. Zie ook: T. Barkhuysen, L.Westendrop & S.Ramsanjihal, 'De rechtspositie van financiële instellingen ten aanzien van richtsnoeren en aanbevelingen van European Supervisory Authorities: Europese pseudowetgeving?', *Ondernemingsrecht* 2017/144 en W.M. Wallinga, 'De invloed van Europese soft law op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015/540).

9. In Nederland heeft de Hoge Raad in het Achmea-arrest overwogen dat zelfs betekenis kan worden toegekend aan een gedragscode met een zelfregulerend karakter, in casu een code van het Verbond van Verzekeraars (HR 18 april 2015, ECLI:NL:HR:2014:942). De Hoge Raad voegt daar evenwel aan toe dat de gedragscode berust op zelfregulering en niet kan worden aangemerkt als "recht" in de zin van art. 79 RO, zodat de uitleg daarvan in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. In het Van de Klundert-arrest overwoog de Hoge Raad dat bij de bepaling van de omvang van de zorgplicht van een bank ten aanzien van een in opties handelende belegger betekenis moet worden toegekend aan het reglement van de optiebeurs in kwestie (HR 26 juni 1998, «JOR» 1998/147, m.nt. Frielink).

10. Het is overigens niet voor het eerst dat een rechtelijke instantie (of het KiFID) belang toekent aan een uiting van de AFM. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in een recent vonnis dat de desbetreffende pensioenadviseur op grond van het ken-uw-cliëntbeginsel van art. 4:23 lid 1 Wft gehouden was om te onderzoeken of zijn (zakelijke) klant wettelijk verplicht was zich aan te sluiten bij het desbetreffende pensioenfonds (Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:595). Dit oordeel werd mede gemotiveerd op basis van een leidraad van de AFM. De rechtbank overweegt als volgt: *"De AFM verwacht dat pensioenadviseurs deze leidraad toepassen. De rechtbank acht de leidraad een nadere concretisering en invulling van wat verwacht mag worden van een redelijk handelend en redelijk bekwaam pensioenadviseur"*. In deze leidraad van de AFM staat onder meer: *"Het komt regelmatig voor dat werkgevers niet weten dat op hun onderneming een CAO of BPF van toepassing is. Het is daarom belangrijk dat u altijd zelf controleert of deze situatie voor de onderneming van toepassing is. Zelfs als de werkgever in de bespreking heeft aangegeven dat dit naar zijn idee niet het geval is"* (AFM leidraad Tweedepijler pensioenadvies, 2009 met update 2018).

11. In de praktijk neemt de AFM in publicaties waaronder leidraden allerlei "standpunten" in zonder dat duidelijk is of het gaat "interpretatieve soft law" of dat het gaat om door de AFM beschouwd "wenselijk gedrag". In het geval van "wenselijk gedrag" gaat het niet om de naleving van wettelijke normen, maar om normen waarvan de AFM het wenselijk acht dat die normen door financiële ondernemingen worden nageleefd, ook al ontbreekt daartoe een wettelijke grondslag. De AFM en DNB baseren hun wijze van toezichthouden immers op de zogenoemde Sparrow-doctrine; deze doctrine houdt kort gezegd in dat toezichthouders zich dienen te richten op het bestrijden van schadelijk gedrag en het bevorderen van gewenst gedrag, ongeacht of dat gedrag wettelijk verboden of wettelijk voorgeschreven is (F.M.A. 't Hart, 'Informele handhaving', *FR* 2019, 1/2 en R.H. Maatman, 'Financieel toezicht en schadelijk gedrag', *Ondernemingsrecht* 2010, 60). Ter illustratie: de AFM gaf in "De toezichtsaanpak van de AFM" van 3 mei 2017 met zoveel woorden aan: *"bij schadelijk gedrag dat niet illegaal is probeert de AFM partijen informeel te beïnvloeden"*.

12. Een leidraad (of een andere beleidsuiting) van de AFM en DNB bevat dus niet louter interpretaties van wettelijke normen nu beide toezichthouders zich richten op het bevorderen van "wenselijk gedrag" en in beleidsuitingen ook (concrete) aanbevelingen doen om wenselijk gedrag te bevorderen zonder dat – per aanbeveling – wordt aangegeven of het om wettelijk voorgeschreven gedrag dan wel wenselijk gedrag gaat.

13. Het verdient daarom aanbeveling dat toezichthouders in hun beleidsuitingen duidelijk kenbaar maken of de uiting ziet op een wettelijke norm of niet (bijvoorbeeld omdat de toezichthouder met de uiting wenselijk gedrag beoogt te bevorderen). Dat zou met zich brengen dat het voor justitiabelen kenbaar is welke betekenis – volgens de toezichthouder zelf – aan een uiting mag worden toegekend. Rechtelijke instanties dienen daarentegen er niet zonder meer van uit te gaan dat beleidsuitingen van een toezichthouder beschouwd mogen worden als "soft law" die ziet op wettelijke normen. Geoordeeld zal moeten worden of de uiting in kwestie betrekking heeft op een wettelijke norm en tevens een correctie interpretatie daarvan behelst. Dit geldt temeer indien sprake is van een uiting van een nationale toezichthouder ten aanzien van een Europeesrechtelijke norm.

14. Tot een andere uitkomst van de beoordeling van het geschil had het bovenstaande mijns inziens niet geleid. Terecht overweegt de Commissie dat de AFM in de Q&A aangeeft dat het "wenselijk" is dat een vermogensbeheerder een ex-ante kostenrapportage verstrekt ten aanzien van beheerrelaties tot stand gekomen voor 3 januari 2018, maar dat zulks nog niet betekent dat dus sprake is van een "juridische afdwingbare verplichting". Die overweging past bij de status en bewoordingen van deze specifieke uiting van de AFM.

dr. mr. F.M.A. 't Hart
advocaat te Amsterdam

151

Vereiste buffer voor pensioenfonds bij herverzekering overlijdensrisico

College van Beroep voor het bedrijfsleven
23 februari 2021, nr. 19/1513,
ECLI:NL:CBB:2021:169
(mr. Aerts, mr. Venekamp, mr. Glazener)
Noot prof. mr. drs. M. Heemskerk

Geen volledige ontheffing van minimum vereist eigen vermogen (MVEV)-component voor overlijdensrisico bij herverzekering door pensioenfonds. Herverzekering is geen waterdichte aansluiting. DNB heeft derhalve in redelijkheid kunnen besluiten om betreffende eis te maximeren op 1% van technische voorzieningen.

[Pw art. 141; Besluit FTK art. 11 lid 5]

DNB was bevoegd op grond van art. 141 lid 1 Pw aan appellante geheel of gedeeltelijk ontheffing van de 'minimum vereist eigen vermogen'-component (hierna: MVEV-component) voor het overlijdensrisico te verlenen. De vraag of DNB in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de door appellante op grond van art. 141 Pw gevraagde volledige ontheffing van de MVEV-component voor overlijdensrisico als bedoeld in art. 11 lid 5 Besluit Financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit FTK) niet te verlenen maar de MVEV-component te maximeren op 1% van de technische voorzieningen beantwoordt het College bevestigend. DNB heeft in redelijkheid kunnen aannemen en van belang kunnen achten dat de herverzekering van appellante geen "waterdichte aansluiting" ("een garantie dat elke vorm van overlijdensrisico altijd wordt gedragen door de derde") is. DNB heeft in het bestreden besluit overwogen dat de omstandigheid dat appellante het overlijdensrisico tot aan de pensioendatum heeft herverzekerd en vanaf de pensioendatum het overlijdensrisico verschuift naar de pensioengerechtigde, onverlet laat dat er verschillen kunnen optreden tussen de opzet van de (her)verzekering en de daadwerkelijke uitkomst in het geval het verzekeringscontract onvoorzien de te verze-

keren verplichtingen niet afdekt. De buffer dempt slechts de directe effecten van iedere calamiteit – om welke reden dan ook – op het nakomen van pensioenverplichtingen jegens aanspraak- en pensioengerechtigden en biedt de mogelijkheid voor het spreiden van maatregelen in de tijd. Het College ziet dan ook geen aanleiding voor de conclusie dat DNB de omstandigheid dat de herverzekeringsovereenkomst kan eindigen niet als risico mocht betrekken bij de beoordeling van de vraag of de herverzekering van appellante een adequate vervanging is voor de MVEV-component voor overlijdensrisico, of voor de conclusie dat de buffer geen enkel nuttig effect kan hebben.
DNB heeft het verplicht aanhouden van een (beperkte) MVEV-component voor overlijdensrisico uit een oogpunt van prudentie noodzakelijk kunnen achten en kunnen aannemen dat ondanks herverzekering van appellante risico's blijven bestaan en dat een buffer ook in die situatie van waarde is.

[*Naam 1*],
appellante,
gemachtigde: mr. A. ter Horst,
tegen
De Nederlandsche Bank NV (DNB),
gemachtigde: mr. S.H. Kuiper.

(...; *red.*)

Grondslag van het geschil
1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak (Rb. Rotterdam 27 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8148; *red.*). Het College volstaat met het volgende.
1.2. Appellante beschikt over een vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van algemeen pensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (Pw). Een dergelijk pensioenfonds houdt een afgescheiden vermogen aan per collectiviteitskring waarbinnen een of meerdere pensioenregelingen worden uitgevoerd. [naam 1] heeft momenteel zeven collectiviteitskringen, waaronder een collectiviteitskring waarin alleen maar beschikbare premieregelingen (Defined Contribution-regelingen) worden uitgevoerd, ook wel DC-kring genoemd.
1.3. Appellante heeft DNB voor deze DC-kring verzocht deels ontheffing te verlenen van het minimaal vereist eigen vermogen (MVEV) waarover zij op grond van artikel 131 van de Pw, in samenhang met artikel 11 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit FTK), dient te beschikken. De door appellante verzochte ontheffing strekt ertoe dat het haar bij de berekening van het MVEV voor haar (startende) DC-kring met ingang van 1 januari 2018 wordt toegestaan om het op grond van artikel 131 van de Pw, in samenhang met artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK, te hanteren verhoudingsgetal voor pensioenregelingen met risicokapitaal bij overlijden te verlagen van 50% naar 0% van de technische voorzieningen.
1.4. Bij besluit van 17 april 2018 (het primaire besluit) heeft DNB het verzoek van appellante toegewezen in die zin dat het appellante voor de periode van 31 december 2017 tot 1 januari 2019 wordt toegestaan om de component overlijdensrisico ex artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK bij de berekening van het MVEV voor de DC-kring te maximeren op een niveau van 1,0% van de technische voorzieningen. Dat wil zeggen dat, als de uitkomst van de berekening van deze component hoger uitkomt dan 1,0 % van de technische voorzieningen, appellante deze component mag terugbrengen tot 1,0 % van de technische voorzieningen. De component overlijdensrisico mag wel lager zijn dan 1,0 % van de technische voorzieningen, wanneer dit de uitkomst is van de berekening van deze component. Deze ontheffing geldt onder de voorwaarde dat de huidige (her) verzekering van het overlijdensrisico gehandhaafd blijft.
1.5. Bij besluit van 2 oktober 2018 (het bestreden besluit), waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft DNB het daartegen door [naam 1] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en de motivering van het primaire besluit aangevuld wat betreft de duur van de verleende ontheffing.

Uitspraak van de rechtbank
2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellante ongegrond verklaard. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende geoordeeld en overwogen.
2.2. Ook als [naam 1] terecht stelt dat de (her) verzekering zodanig is vormgegeven dat daarin hetzelfde overlijdensrisico wordt afgedekt als het overlijdensrisico dat voor de DC-kring uit het pensioenreglement voortvloeit, kan niet worden gezegd dat geen enkel risico ter zake overlijden overblijft. De (her)verzekeringsovereenkomst kan tussentijds worden aangepast of zelfs worden opgezegd. Zo heeft de (her)verzekeraar het recht de premie en/of voorwaarden voor (her)verzekering van nabestaandenpensioen of daaraan gelijkgestelde uitkeringen tussentijds te wijzigen en kan de (her)verzekeraar ook jaarlijks tarieven aanpassen zonder de mogelijkheid van een formele opzegging. Dat [naam 1] nooit meer zal moeten betalen dan de vooraf overeengekomen jaarpremie staat dan ook niet vast. Verder is de (her)verzekeringsovereenkomst gesloten voor de duur van één kalenderjaar, behoudens stilzwijgende verlenging voor telkens een eenjarige contractperiode, zodat het risico dat na deze periode van één jaar niet is (her)verzekerd niet is uitgesloten.
Het risico dat de (her)verzekering wordt aangepast of opgezegd kan niet, althans niet volledig, worden ondervangen door de verzochte ontheffing te verlenen onder de ontbindende voorwaarde dat de huidige (her)verzekering van het overlijdensrisico wordt gehandhaafd. In het geval dat deze ontbindende voorwaarde zich voordoet bij de verzochte ontheffing, is er anders dan bij de wel verleende ontheffing, in het geheel geen buffer om dit op te vangen. Ook valt een wijzing van de (her) verzekering met terugwerkende kracht niet uit te sluiten, waardoor achteraf blijkt dat er onvoldoende MVEV beschikbaar is.
De rechtbank heeft [naam 1] niet gevolgd in haar betoog dat DNB de ontheffing had moeten verlenen voor onbeperkte duur, althans voor de duur dat het overlijdensrisico is (her)verzekerd. Dat potentiële nieuwe toetreders en aanspraak- en pensioengerechtigden belang hebben bij duidelijkheid en zekerheid over de financiële opzet voor de lange termijn, laat onverlet dat sprake is van een startende DC-kring, waarvoor de uitkomst van de berekening van het MVEV van jaar tot jaar zal verschillen. Gelet hierop heeft DNB in redelijkheid kunnen besluiten aan de verleende ontheffing een termijn van één jaar te verbinden, zodat zij de situatie van de DC-kring elk jaar opnieuw kan beoordelen om te kijken of de verleende ontheffing nog passend is voor de situatie op dat moment en of überhaupt een ontheffing nog nodig is.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

Volledige ontheffing
3.1. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat DNB de gevraagde volledige ontheffing voor het aanhouden van MVEV voor de component overlijdensrisico in redelijkheid heeft kunnen weigeren. Appellante voert daartoe aan dat de risico's die de rechtbank adresseert, geen risico's ter zake overlijden zijn en dat "verbintenisrechtelijke risico's" die voor pensioenfondsen voortvloeien uit (het hebben van) overeenkomsten gedekt worden door de MVEV-component "beheerslasten" op grond van artikel 11, derde of vierde lid, van het Besluit FTK. De door de rechtbank genoemde risico's hangen samen met het karakter van wederkerige overeenkomsten in het algemeen en de inhoud van de herverzekeringsovereenkomst met [naam 7] in het bijzonder. Appellante stelt dat de herverzekering zodanig is vormgegeven dat daarin hetzelfde overlijdensrisico wordt afgedekt als voor de DC-kring uit het pensioenreglement voortvloeit. De door DNB en de rechtbank genoemde punten, zoals de tussentijdse aanpassing of opzegging van de herverzekeringsovereenkomst door de herverzekeraar, de looptijd van één jaar met de mogelijkheid van een stilzwijgende verlenging van telkens één jaar en de tussentijdse aanpassing van de tarieven door de herverzekeraar, zijn volgens appellante geen valide argumenten voor het niet verlenen van een volledige ontheffing. De overeenkomst is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, niet tussentijds opzegbaar. Appellante voert voorts aan dat de maatstaf die de rechtbank – en ook DNB – aanlegt voor de toets of er voor appellante nog risico's ter zake overlijden overblijven een onhaalbare, althans veel te zware en dus onjuiste maatstaf is.
Appellante betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte aanneemt dat een ontheffing onder de ontbindende voorwaarde van handhaving van de huidige (her)verzekering, het overlijdensrisico niet afdoende ondervangt. De overweging van de rechtbank dat voor de door de rechtbank genoemde gevallen in het geheel geen buffer zou zijn acht appellante onjuist, omdat appellante wel een buffer uit hoofde van artikel 11, derde en vierde lid, van het Besluit FTK aanhoudt. Volgens appellante moet het belang van buffers bij DC-regelingen worden gerelativeerd. De kosten voor de buffer komen direct of indirect voor rekening van

de pensioenkapitalen van aanspraak- en pensioengerechtigden en in die zin voegt een buffer ook in het geval van het einde van de herverzekering niets toe. De overlijdensrisico's uit het verleden blijven gedekt onder de herverzekering. Pas vanaf het moment dat de herverzekering vervalt, wordt voor de toekomst weer overlijdensrisico door appellante gelopen. De door de rechtbank als mogelijk veronderstelde wijziging van de herverzekeringsovereenkomst met terugwerkende kracht is door de rechtbank niet nader gemotiveerd en wordt door appellante betwist. Volgens appellante werkt een wijziging van een overeenkomst in beginsel alleen naar de toekomst en moeten beide contractspartijen ermee instemmen. Een wijziging met terugwerkende kracht druist in tegen het wezenskenmerk van verzekeren.

3.2. DNB stelt zich op het standpunt dat het beschikken over een herverzekering binnen de systematiek van de wet, geen grond kan zijn voor een ontheffing op grond van artikel 141 van de Pw die toelaat dat er in het geheel geen MVEV-component voor overlijdensrisico wordt aangehouden. Het wettelijk kader waarbinnen DNB ontheffingen kan verlenen vereist altijd een component voor overlijdensrisico. DNB verwijst daartoe naar de berekening van de MVEV-component in artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK, die volgens DNB tot uitdrukking brengt en impliceert dat herverzekering geen grond kan zijn voor (verdere) ontheffing. DNB verwijst voorts naar de wijziging van artikel 131, eerste lid, van de Pw door de Verzamelwet pensioenen 2012 die volgens DNB tot uitdrukking brengt dat herverzekering geen grond (meer) is voor het niet aanhouden van het MVEV. De reden hiervoor is volgens DNB dat herverzekering geen totale zekerheid biedt dat geen enkel risico resteert. In de praktijk kunnen calamiteiten plaatsvinden of zich risico's verwezenlijken die niet zijn voorzien.

DNB stelt zich voorts op het standpunt dat voor het deel waarvoor geen ontheffing is verleend, niet voldaan is aan de eisen die artikel 141 van de Pw voor het verlenen van een ontheffing stelt. Met de maximering op 1% in de verleende ontheffing heeft DNB rekening gehouden met de belemmering voor appellante en de betrokken aanspraak- en pensioengerechtigden om in een startende DC-kring te voldoen aan het wettelijk vereiste verhoudingsgetal volgens artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK. Deze maximering sluit aan bij de door appellante opgestelde prognoses en hetgeen DNB bekend is uit de sector. DNB heeft daarmee de door appellante gestelde onredelijke uitkomst van de wettelijke berekeningssystematiek van het MVEV weggenomen.

DNB stelt zich subsidiair op het standpunt dat appellante niet heeft aangetoond dat het overlijdensrisico dat appellante loopt bij de uitvoering van de pensioenregeling een-op-een is afgedekt onder de door haar afgesloten verzekering. DNB verwijst daartoe naar enkele bepalingen in de algemene voorwaarden herverzekering van overlijdensrisico's (AVOVL-H) van die verzekeringsovereenkomst die volgens DNB kunnen resulteren in het niet verzekerd zijn van risico's. Volgens DNB zijn de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot de overblijvende risico's juist en is de stelling van appellante dat de door de rechtbank genoemde risico's zich als beheerslasten manifesteren onjuist.

3.3. Het College ziet zich geplaatst voor de beantwoording van de vraag of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat DNB in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de door appellante op grond van artikel 141 van de Pw gevraagde volledige ontheffing van de MVEV-component voor overlijdensrisico als bedoeld in artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK niet te verlenen.

3.3.1. Artikel 141, eerste lid, van de Pw bepaalt, voor zover hier van belang, dat de toezichthouder, rekening houdend met de specifieke situatie van het pensioenfonds en in het belang van de aanspraak- en pensioengerechtigden, op aanvraag van een pensioenfonds geheel of gedeeltelijk, ontheffing kan verlenen van het bij of krachtens artikel 131 bepaalde, indien het pensioenfonds aantoont dat daaraan redelijkerwijs niet kan worden voldaan en dat de doeleinden die deze artikelen beogen te bereiken anderszins worden bereikt.

Ingevolge artikel 131, eerste lid, van de Pw beschikt een pensioenfonds over een minimaal vereist eigen vermogen, tenzij: a. een pensioenfonds tot volledige overdracht of onderbrenging is overgegaan; en b. de toezichthouder heeft ingestemd met het feit dat het pensioenfonds daarom niet beschikt over een minimaal vereist eigen vermogen. Ingevolge artikel 131, tweede lid, van de Pw worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur de omvang en de samenstelling van het minimaal vereist eigen vermogen bepaald.

Ingevolge artikel 11, eerste lid, van het Besluit FTK bedraagt het minimaal vereist eigen vermogen het totaal van de in dit artikel beschreven be-

rekeningen. Ingevolge artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK wordt bij pensioenregelingen met risicokapitaal bij overlijden, 0,3 procent van het aanwezige risicokapitaal vermenigvuldigd met de verhouding tussen het risicokapitaal dat ten laste van het fonds blijft na aftrek van de overdrachten uit hoofde van verzekering en het risicokapitaal in het afgelopen boekjaar. Dit verhoudingsgetal is ten minste vijftig procent.

3.3.2. Naar het oordeel van het College staat vast dat appellante, zoals DNB ook in het primaire besluit heeft uiteengezet, voldoet aan de voorwaarden voor een ontheffing op grond van artikel 141, eerste lid, van de Pw. Het gegeven dat de wettelijke berekeningssystematiek van het MVEV ingevolge artikel 11 van het Besluit FTK bij de startende DC-kring van [naam 1] tot een relatief hoog MVEV leidt (ten opzichte van een gevorderde, stabiele situatie van de kring), maakt dat de DC-kring van [naam 1] zich in een specifieke situatie bevindt. Het onverkort toepassen van de wettelijke berekeningssystematiek resulteert in het aanhouden van een te hoge buffer (23,4% van de technische voorzieningen) door [naam 1] ten aanzien van de DC-kring gelet op de risico's in de DC-kring, hetgeen niet in het belang is van de aanspraak- en pensioengerechtigden. DNB heeft gelet hierop geconcludeerd dat [naam 1] redelijkerwijs niet kan voldoen aan het bepaalde in artikel 131, eerste lid, van de Pw, in samenhang met artikel 11 van het Besluit FTK, en dat de doeleinden die deze artikelen beogen te beschermen anderszins worden bereikt.

3.3.3. Het College is van oordeel dat DNB gelet op het voorgaande bevoegd was om op grond van artikel 141, eerste lid, van de Pw aan appellante geheel of gedeeltelijk ontheffing van de MVEV-component voor het overlijdensrisico te verlenen. Het College volgt DNB niet in haar betoog dat de wet geen ruimte laat voor de door appellante voorgestane volledige ontheffing van de MVEV-component als bedoeld in artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK, nu artikel 141, eerste lid, van de Pw uitdrukkelijk bepaalt dat DNB een pensioenfonds ook geheel ontheffing kan verlenen. Het College volgt DNB evenmin in haar betoog dat uit de wettelijke systematiek volgt dat de omstandigheid dat appellante het overlijdensrisico heeft herverzekerd per definitie geen grond kan zijn voor het verlenen van een ontheffing van de MVEV-component voor het overlijdensrisico. Voor een dergelijke beperking van de bevoegdheid van DNB om ontheffing te verlenen van de MVEV-eisen biedt de tekst van artikel 141 van de Pw, bezien in samenhang met artikel 131 van de Pw en artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK, noch de op artikel 131 van de Pw betrekking hebbende toelichting bij Verzamelwet pensioenen 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33013, nr. 3, p. 2-3) geen aanknopingspunt. Dat volledige herverzekering sinds de wetswijzing per 1 januari 2012 (waarbij "herverzekering" uit de opsomming in artikel 131, eerste lid, sub a, van de Pw is geschrapt) geen grond meer is om in het geheel niet aan de (reguliere) MVEV-eisen van artikel 131 van de Pw te hoeven voldoen, noopt niet tot de conclusie dat op grond van artikel 141, eerste lid, van de Pw, geen ontheffing (meer) kan worden verleend van specifieke MVEV-eisen vanwege een herverzekering indien aan de voorwaarden van artikel 141, eerste lid, van de Pw wordt voldaan. De enkele omstandigheid dat herverzekering een kwantitatief element is in de berekeningssystematiek van de MVEV-component voor overlijdensrisico leidt niet tot een ander oordeel.

3.3.4. Het College beantwoordt vervolgens de vraag of DNB in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de door appellante op grond van artikel 141 van de Pw gevraagde volledige ontheffing van de MVEV-component voor overlijdensrisico als bedoeld in artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK niet te verlenen, maar de MVEV-component te maximeren op 1% van de technische voorzieningen, evenals de rechtbank bevestigend. Naar het oordeel van het College heeft DNB in redelijkheid kunnen aannemen en van belang kunnen achten dat de herverzekering van appellante geen "waterdichte aansluiting" ("een garantie dat elke vorm van overlijdensrisico altijd wordt gedragen door de derde") is. DNB heeft in het bestreden besluit overwogen dat de omstandigheid dat appellante het overlijdensrisico tot aan de pensioendatum heeft herverzekerd en vanaf de pensioendatum het overlijdensrisico verschuift naar de pensioengerechtigde, onverlet laat dat er verschillen kunnen optreden tussen de opzet van de (her) verzekering en de daadwerkelijke uitkomst in het geval het verzekeringscontract onvoorzien de te verzekeren verplichtingen niet afdekt. DNB heeft onder andere gewezen op de gedetailleerde algemene voorwaarden bij het herverzekeringscontract waarin bijzondere situaties zijn opgenomen waarin de herverzekeraar onder bepaalde omstandigheden niet (automatisch) tot dekking is

verplicht. DNB heeft voorts van belang geacht dat de herverzekeringsovereenkomst (onder bepaalde voorwaarden) tussentijds kan worden aangepast en dat de herverzekeringsovereenkomst kan worden opgezegd. Het College volgt appellante niet in haar betoog dat deze door DNB van belang geachte risico's zodanig verwaarloosbaar en theoretisch van aard zijn dat DNB deze niet bij haar beoordeling van het ontheffingsverzoek had mogen betrekken. Het College deelt niet de opvatting van appellante dat het er enkel om gaat of de herverzekering dekking biedt voor de "reglementaire overlijdensrisico's" omdat voor de reguliere berekening van de buffer voor overlijdensrisico alleen de reglementaire pensioenverplichtingen in aanmerking worden genomen. De buffer dempt, zoals DNB heeft toegelicht, de directe effecten van iedere calamiteit – om welke reden dan ook – op het nakomen van pensioenverplichtingen jegens aanspraak- en pensioengerechtigden en biedt de mogelijkheid voor het spreiden van maatregelen in de tijd. Evenmin als de rechtbank ziet het College dan ook aanleiding voor de conclusie dat DNB de omstandigheid dat de herverzekeringsovereenkomst kan eindigen niet als risico mocht betrekken bij de beoordeling van de vraag of de herverzekering van appellante een adequate vervanging is voor de MVEV-component voor overlijdensrisico, of voor de conclusie dat de buffer geen enkel nuttig effect kan hebben.

3.3.5. Het College volgt niet het betoog van appellante dat DNB en de rechtbank een te strenge toets aanleggen die bovendien afwijkt van door DNB gepubliceerd beleid. Niet is gebleken dat het door DNB toegepaste beoordelingskader afwijkt van door DNB gepubliceerd beleid. De brief van DNB van 27 januari 2011 adresseert de gevolgen van de op 1 februari 2011 in werking getreden herziening van het Besluit FTK, die betrekking heeft op herverzekerde pensioen- en beroepspensioenfondsen. Op grond van die herziening mochten fondsen die hun risico's bij een verzekeraar hebben verzekerd het kredietrisico op die verzekeraar buiten beschouwing laten bij de berekening van het vereist eigen vermogen (VEV, artikel 12 van het Besluit FTK) en de waardering van de vordering op de verzekeraar op marktwaarde (artikel 13 van het Besluit FTK). Daargelaten of, zoals appellante betoogt en door DNB wordt betwist, de herverzekering van appellante voldoet aan de in de brief van 27 januari 2011 genoemde criteria voor een volledige overdracht van risico's bij verzekeringscontracten, geldt dat dit beleid niet ziet op de voorwaarden waaronder DNB een ontheffing op grond van artikel 141 van de Pw verleent. DNB heeft verklaard dat zij geen uitgeschreven beleid heeft maar wel een vaste bestuurspraktijk heeft ontwikkeld voor het verlenen van ontheffingen van de component overlijdensrisico bij startende fondsen/kringen. Deze praktijk houdt in dat alle ingediende ontheffingsverzoeken zijn toegewezen, omdat in alle gevallen sprake was van startende fondsen/kringen met een sterk verhoogde MVEV-eis én er steeds sprake was van een herverzekering en dat enkel ontheffingen zijn verleend waarbij de component overlijdensrisico is gemaximeerd tot ten hoogste 1% van de technische voorzieningen. Het College ziet evenmin dat DNB een "te strenge maatstaf" heeft aangelegd. Uit de wetsgeschiedenis bij de Verzamelwet pensioenen 2012 volgt niet dat fondsen die hun risico's volledig hebben verzekerd, ook voor zover zij een pensioenregeling met risicokapitaal bij overlijden uitvoeren, kunnen volstaan met een MVEV zoals dat volgt uit artikel 11, derde en vierde lid, van het Besluit FTK. Naar het oordeel van het College heeft DNB het verplicht aanhouden van een (beperkte) MVEV-component voor overlijdensrisico uit een oogpunt van prudentie noodzakelijk kunnen achten en kunnen aannemen dat ondanks herverzekering van appellante risico's blijven bestaan en dat een buffer ook in die situatie van waarde is. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat het verlenen van de verzochte ontheffing onder de ontbindende voorwaarde dat de huidige (her)verzekering van het overlijdensrisico wordt gehandhaafd de door DNB gesignaleerde risico's afdoende ondervangt. Het College acht daarbij, evenals de rechtbank, van belang dat in het geval dat deze ontbindende voorwaarde zich voordoet, er geen buffer is gevormd om een tekort op te vangen. Het betoog van appellante dat zij wel over een buffer "beheerslasten" op grond van artikel 11, derde en vierde lid, van het Besluit FTK beschikt maakt het voorgaande niet anders, omdat (de vorming van) die buffer, zoals DNB terecht heeft betoogd, los staat van de vraag of het fonds een pensioenregeling met risicokapitaal bij overlijden uitvoert. De eerste hogerberoepsgrond slaagt niet.

Duur van de ontheffing

4.1. Appellante handhaaft in hoger beroep haar stelling dat DNB ten onrechte geen ontheffing voor onbepaalde tijd (eventueel onder de ontbindende voorwaarde van ongewijzigde (her)verzekering) heeft verleend. Volgens appellante gaat de rechtbank te gemakkelijk mee in het betoog van DNB over de tijdsduur van de verleende ontheffing. In de overweging van de rechtbank ter zake van de duur van de ontheffing wordt het bestaan van de herverzekering volledig genegeerd. De redenering van DNB abstraheert van het feit dat er een herverzekering bestaat, maar DNB verbindt het doorlopen van de herverzekering wel als voorwaarde aan het verlenen van de ontheffing. Volgens [naam 1] berust het een en ander niet op een deugdelijke motivering.

4.2. DNB staat op het standpunt dat het verlenen van een ontheffing voor een maximum van één jaar binnen haar discretionaire ruimte valt, ongeacht of de herverzekering een passend middel voor een volledige ontheffing zou zijn. DNB zal jaarlijks de situatie opnieuw beoordelen of de ontheffing nog passend is voor de situatie op dat moment en of überhaupt een ontheffing nodig is.

4.3. Het College is met de rechtbank van oordeel dat DNB in redelijkheid heeft kunnen besluiten aan de verleende ontheffing een termijn van één jaar te verbinden. DNB heeft de ontheffing verleend omdat sprake is van een startende DC-kring waarvoor de uitkomst van de berekening van het MVEV van jaar tot jaar zal verschillen en omdat appellante het overlijdensrisico heeft herverzekerd. Dat DNB het bestaan van de herverzekering als voorwaarde aan de verleende ontheffing heeft verbonden is niet onlogisch. Deze herverzekering neemt de noodzaak van een MVEV-component niet weg, maar biedt wel enige bescherming tegen mogelijke calamiteiten en faciliteert aldus dat met een lagere MVEV-component kan worden volstaan. De stelling van appellante dat de motivering van DNB niet deugt, omdat DNB enerzijds abstraheert van het feit dat een herverzekering bestaat, maar anderzijds het doorlopen van de herverzekering wel als voorwaarde aan het verlenen van de ontheffing verbindt, ziet hieraan voorbij. De tweede hoger beroepsgrond slaagt evenmin.

5. De slotsom is dat het hoger beroep van appellante ongegrond is en de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

NOOT

1. Deze uitspraak gaat over de vraag of DNB verplicht kon worden om bij herverzekering van het overlijdensrisico volledige ontheffing te verlenen aan een algemeen pensioenfonds van de eis van minimum vereist eigen vermogen (MVEV) voor die component. DNB had aan het algemeen pensioenfonds met een startende collectiviteitkring met een premieovereenkomst tijdelijk en gedeeltelijk ontheffing verleend van dat minimum vereist eigen vermogen (MVEV) voor de overlijdensrisicocomponent.

2. Net als de rechtbank (ECLI:NL:RBROT:2019:8148) oordeelt het CBb dat DNB in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de door het algemeen pensioenfonds verzochte volledige ontheffing van de MVEV-component voor overlijdensrisico niet te verlenen. DNB mocht de MVEV-component maximeren op 1% van de technische voorzieningen. De herverzekering van het overlijdensrisico verplicht DNB niet tot volledige ontheffing.

3. DNB mocht van het CBb van belang achten dat de herverzekering geen "waterdichte aansluiting" is. Er is geen garantie dat elke vorm van overlijdensrisico altijd wordt gedragen door de derde. Het verplicht aanhouden van een beperkte MVEV-component voor overlijdensrisico uit oogpunt van prudentie kon DNB noodzakelijk achten. Ondanks herverzekering blijven namelijk risico's bestaan. Verzekeringsvoorwaarden kunnen worden gewijzigd en een verzekering kan worden opgezegd. In dergelijke situaties is een buffer van waarde.

4. Uitgangspunt van de Pensioenwet is dat pensioenfondsen beschikken over een minimum vereist eigen vermogen (art. 131 Pw). DNB is bevoegd ontheffing te verlenen rekening houdend met de specifieke situatie van het pensioenfonds en in het belang van de aanspraak- en pensioengerechtigden. Het pensioenfonds moet dan aantonen dat aan de MVEV-eis redelijkerwijs niet kan worden voldaan en dat het doel van de MVEV-eis op een andere manier wordt bereikt (art. 141 Pw).

5. Art. 11 van het Besluit financieel toetsingskader (FTK) geeft invulling aan de MVEV-eis. Voor risicokapitaal bij overlijden wordt 0,3% van het aanwezige risicokapitaal vermenigvuldigd met de verhouding tussen het risicokapitaal dat ten laste van het fonds blijft na aftrek van de overdrachten uit hoofde van verzekering en het risi-

cokapitaal in het afgelopen boekjaar. Dit verhoudingsgetal is ten minste 50% (art. 11 lid 5 Besluit FTK).
6. Bij het algemeen pensioenfonds leidde toepassing van deze MVEV-eis bij de startende collectiviteitskring tot een buffer van 23,4% van de technische voorzieningen. Dat is een specifieke situatie waarin het algemeen pensioenfonds redelijkerwijs niet kan voldoen aan de MVEV-eis en afwijking in het belang van aanspraak- en pensioengerechtigden is toegestaan. De herverzekering zorgt ervoor dat het doel van de MVEV-eis wordt bereikt. So far, so good.
7. Noemenswaardig is dat het CBb oordeelt dat DNB bevoegd was om volledige ontheffing te verlenen. Herverzekering kan een grond zijn om ontheffing te verlenen van de MVEV-component voor overlijdensrisico.
8. Het vervelende voor het algemeen pensioenfonds is dat DNB hier een discretionaire bevoegdheid heeft. DNB mag gedeeltelijke of volledige ontheffing verlenen, maar het hoeft niet. Rechters oordelen niet snel dat DNB in redelijkheid niet tot een besluit had kunnen komen. Dat is een marginale toets.
9. Pensioenfondsen blijven in een vragende positie afhankelijk van de dialoog met de toezichthouder. Van toezichthouders wordt – zeker door pensioenfondsbestuurders – wel eens gezegd dat ze misschien wel te prudent zijn. Toezichthouders vinden pensioenfondsbestuurders soms te avontuurlijk. Dat leidt tot normoverdragende gesprekken, waarbij het belang van pensioenbegunstigden wat mij betreft centraal mag staan.
10. Nog enkele observaties over de financiële eisen aan pensioenfondsen die relevant zijn voor de rechtspraktijk. Deze zaak ging over het minimum vereist vermogen van één component binnen een collectiviteitskring van een algemeen pensioenfonds. Zo'n collectiviteitskring is een specifiek kenmerk van het algemeen pensioenfonds dat een afgescheiden vermogen creëert binnen het pensioenfonds. Voor alle andere pensioenfondsen zijn afgescheiden vermogens niet mogelijk omdat het financieel één geheel is. Dan geldt een verbod van *ringfencing* (art. 123 PW). Vriendelijker uitgedrukt is daar solidariteit.
11. Het minimaal vereist eigen vermogen bij pensioenfondsen is prominenter in het nieuws als het gaat over de dekkingsgraden van pensioenfondsen en de mogelijke korting. De Pensioenwet gaat ervan uit dat pensioenfondsen niet langere tijd onder het minimum vereist eigen vermogen mogen zijn. Zij moeten dan herstelplannen indienen om te voldoen aan de MVEV-eisen. Lukt dat herstel niet tijdig, dan moet na verloop van tijd het pensioen worden gekort (art. 134 Pw).
12. Die korting is door politiek ingrijpen vaak uitgesteld door de MVEV-eisen aan te passen en de hersteltermijnen te verlengen. Dat kan "in een uitzonderlijke economische situatie waardoor een groot aantal pensioenfondsen niet kan voldoen aan de bij of krachtens deze wet gestelde vereisten inzake het vereist eigen vermogen en het minimaal vereist eigen vermogen" (art. 142 Pw).
13. De minister heeft die mogelijkheid benut. Hersteltermijnen zijn verlengd. Tevens is de MVEV-eis in de loop der tijd verlaagd van een beleidsdekkingsgraad van 105% naar 100% en zelfs naar 90%. Dit om "onnodige kortingen" te voorkomen. Zo staat in art. 8 lid 3 Regeling Pensioenwet dat een pensioenfonds dat op 31 december 2019 of 31 december 2020 een dekkingsgraad heeft waarbij de technische voorzieningen voor minder dan 90% door waarden worden gedekt, binnen zes maanden maatregelen neemt waardoor de dekkingsgraad van het fonds direct zodanig wordt dat de technische voorzieningen voor 90% door waarden worden gedekt. Kortom: korten moet pas bij een dekkingsgraad onder de 90%. Dat was in 2021 slechts bij één pensioenfonds het geval, het pensioenfonds voor levensmiddelen.
14. Kwestieus is of een uitzonderlijke economische situatie jarenlang kan duren. Bovendien is de pensioenfondsenrichtlijn (RL 2016/2341, IORP II) van toepassing. Daarin staat in art. 14 dat een lidstaat pensioenfondsen "gedurende een korte periode" kan toestaan over onvoldoende activa te beschikken om de technische voorzieningen te dekken. Demissionair minister Koolmees kondigde bij brief van 10 mei aan dat de 90%-maatregel weer een jaar verlengd gaat worden (*Kamerstukken II* 32 043, nr. 559). Of die drie jaar nog een korte periode is zoals bedoeld in de pensioenfondsenrichtlijn, valt zo langzamerhand te betwijfelen.
15. Over de MVEV-eis bij pensioenfondsen is in februari 2021 een uitspraak gewezen. Daar werd door de ouderenbonden aangevoerd dat de Nederlandse MVEV-buffereisen bij een premieovereenkomst voor pensioenfondsen die geen biometrisch risico lopen in strijd zijn met art. 15 van de pensioenfondsenrichtlijn. Die vordering tegen de Staat werd afgewezen omdat de pensioenfondsen wel biometrische risico's lopen, zoals langlevenrisico en overlijdensrisico (ECLI:NL:RBDHA:2021:944). Daar komt bij dat de richtlijn lidstaten toestaat pensioenfondsen "te verplichten tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen, of gedetailleerdere voorschriften vast te stellen, mits die vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd zijn". De Pensioenwet mag hogere eisen stellen aan het voorgeschreven eigen vermogen.
16. Noemenswaardig is dat volgens de aangekondigde Wet toekomst pensioenen alle pensioenovereenkomsten premieovereenkomsten worden. Het FTK wordt dan aangepast om die transitie mogelijk te maken. Het wetsvoorstel was beoogd in werking te treden op 1 januari 2022 met een transitie FTK tot uiterlijk 1 januari 2026. Op 10 mei werd bekend dat – mede door 800 reacties op de internetconsultatie – de beoogde inwerkingtreding uiterlijk 2023 wordt en de maximale eindtermijn 2027 (*Kamerstukken II* 32 043, nr. 559). De financiële eisen aan pensioenfondsen worden de komende jaren hervormd.

prof. mr. drs. M. Heemskerk
hoogleraar pensioenrecht Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner heldlaw en raadsheer-plaatsvervanger Hof Den Bosch

152

Toetsing kredietwaardigheid bij doorlopend krediet

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening
2 maart 2021, nr. 2021-0195
(mr. Bracco Gartner)
Noot mr. J.M. van Poelgeest

Bij doorlopend krediet geldt het Individuele Keuze Budget (IKB) niet als bestendig inkomen. Bank dient bij tussentijdse beoordeling van leencapaciteit uit te gaan van werkelijke situatie van consument en kan niet zonder meer standaard acceptatiebeleid toepassen.

[BW art. 6:2, 6:248, 7:65]

De commissie is van oordeel dat de bank het Individuele Keuze Budget (IKB) van de consument als niet bestendig inkomen heeft mogen aanmerken. Allereerst blijkt uit de cao van de consument dat het IKB een budget is dat gevuld wordt door onder meer vakantiegeld, dat op grond van de Gedragscode Consumptief Krediet expliciet als niet bestendig wordt beschouwd. De overige genoemde bronnen waaruit het IKB bestaat (eindejaarsuitkering, bijdrage levensloopregeling en bovenwettelijke vakantiedagen) worden niet expliciet genoemd in de Gedragscode Consumptief Krediet maar hebben een soortgelijk karakter van een extra vergoeding. Daarnaast blijkt uit de cao dat de consument per maand kan aangeven voor welk doel hij dit budget inzet. Om deze twee redenen is het niet onredelijk dat de bank het IKB als niet bestendig inkomen beschouwt.
De commissie is van oordeel dat de bank voor een zorgvuldige tussentijdse beoordeling van de leencapaciteit van de consument – en of hij het krediet kan blijven gebruiken – niet zonder meer haar standaard acceptatiebeleid kan toepassen, maar dient uit te gaan van de werkelijke situatie van de consument. Art. 7:65 BW bepaalt immers dat een kredietgever alleen op objectieve gronden een consument het recht kan ontnemen om krediet op te nemen (mits overeengekomen, zoals