

CBb haalt streep door bestuurlijke boete voor verboden nevenactiviteiten pensioenfonds: verbodsnorm onvoldoende kenbaar

Annotatie bij CBb 26 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:960

Author(s)

Mein, A.G.

DOI

[10.5553/TBSenH/229567002022008001007](https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002022008001007)

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mein, A. G. (2022). CBb haalt streep door bestuurlijke boete voor verboden nevenactiviteiten pensioenfonds: verbodsnorm onvoldoende kenbaar: Annotatie bij CBb 26 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:960. *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, 2022(1), 43-45. <https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002022008001007>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the library: <https://www.amsterdamuas.com/library/contact/questions>, or send a letter to: University Library (Library of the University of Amsterdam and Amsterdam University of Applied Sciences), Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Jurisprudentie

CBb haalt streep door bestuurlijke boete voor verboden nevenactiviteiten pensioenfonds: verbodsnorm onvoldoende kenbaar

Annotatie bij CBb 26 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:960

Mr. dr. A.G. Mein*

1. Bestuurlijke boetes en open normen vormen in het financieel toezichtrecht geen gelukkig huwelijk. Onder toezicht gestelden riskeren immers een boete voor de overtreding van een norm waarvan de reikwijdte niet op voorhand duidelijk is. Waar ligt de grens? Toch deinst de toezichthouder er niet voor terug om boetes op te leggen ter zake van overtreding van open normen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) markeert de grenzen in een uitspraak van 26 oktober 2021 over de vraag hoe het verbod aan pensioenfondsen om zogenoemde nevenactiviteiten te verrichten moet worden opgevat.

2. Wat zijn de feiten? Op 27 januari 2017 heeft De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) boetes opgelegd van € 25.000 aan twee bestuurders van een pensioenfonds wegens het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van het verbod op het verrichten van nevenactiviteiten door een pensioenfonds, zoals neergelegd in artikel 116 Pensioenwet. In dit artikel is bepaald dat pensioenfondsen zich dienen te beperken tot hun (wettelijke) kerntaken, kort gezegd het verstrekken van pensioenuitkeringen en werkzaamheden die daarmee verband houden. Het verbod op nevenactiviteiten heeft niet alleen tot doel het belang van de deelnemers en pensioengerechtigden te beschermen, maar ook dat van marktpartijen. Het ver-

richten van nevenactiviteiten zou immers onnodige risico's met zich mee kunnen meebrengen of kunnen leiden tot oneigenlijke concurrentie.

DNB verweet het pensioenfonds door middel van geleend geld en verkoop van derivaten over aanzienlijke andere middelen te beschikken dan alleen de premiegelden en deze ter belegging aan te wenden. Het pensioenfonds was daartoe een samenwerkingsovereenkomst aangegaan met een vermogensbeheerder. Met andere woorden, het pensioenfonds zou zich gedragen als een onderneming, gelet op zijn offensieve beleggingsstrategie. Er zou niet meer sprake zijn van 'ondernemend beleggen', maar van 'beleggend ondernemen' (r.o. 4.2.2). Dat dit te ver ging, zou het pensioenfonds hebben kunnen en moeten afleiden uit een arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 1992 en ook overigens uit de wettekst en wetsgeschiedenis, aldus DNB.¹

De bestuurders van het pensioenfonds stelden zich op hun standpunt dat zij wel degelijk binnen de grenzen van hun kernactiviteit opereerden. Zo zouden zij in het geheel geen ondernemersrisico lopen. DNB zou, door enkel te verwijzen naar eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad, een te ruime uitleg geven aan het verbod op nevenactiviteiten. Het opleggen van de boete zou dan ook in strijd zijn met het zogenoemde *lex certa*-beginsel, of het bepaalbaarheidsgebod, dat inhoudt dat een

* Mr. dr. A.G. Mein is lector Legal Management aan de Hogeschool van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

1 HR 21 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5130, BNB 1993/89, m.nt. N.H. de Vries.

norm voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn.²

3. Volgens het CbB dient een mogelijke schending van het *lex certa*-beginsel te worden beoordeeld in het licht van de bedoeling van de wetgever, de aard van de materie en de bijzondere omstandigheden van het geval. Het is duidelijk dat artikel 116, eerste lid, Pensioenwet een open norm bevat. Daar kunnen op zichzelf genomen goede redenen voor zijn, aldus het CbB.³ Nu de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om ter uitwerking van het verbod nadere regels te stellen (art. 116 lid 2 Pw), moet deze norm in de praktijk nadere invulling krijgen. Kennelijk heeft de wetgever hier bewust voor gekozen, zo leidt het CbB af uit de wetgeschiedenis. Een rapport van een destijds door de staatssecretaris van SZW, in het kader van de voorbereiding van de Pensioenwet, ingestelde commissie zou de sociale partners hiertoe de nodige aanknopingspunten moeten bieden.⁴ In dit rapport worden de begrippen kern- en nevenactiviteiten weliswaar nader afgebakend, maar niettemin blijft er een grijs gebied, zo blijkt uit de reactie van de staatssecretaris op het rapport.⁵

Volgens het CbB biedt dit rapport voor het pensioenfonds dan ook onvoldoende aanknopingspunten om op voorhand te bepalen of de gehanteerde beleggingsstrategie buiten de grenzen van de kernactiviteit zou vallen. Daar komt volgens het CbB bij dat DNB het pensioenfonds destijds heeft ingeschreven in het register pensioenfonds (art. 210 Pw), in het kader waarvan het beleggingsbeleid van het pensioenfonds aan de orde is gekomen. Verder stelt het CbB dat relevante jurisprudentie over artikel 116 Pensioenwet ontbrak en dat de invulling van de norm voor appellanten niet zonder meer uit het eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad volgt, zo ziet dit arrest op fiscale wetgeving.

Al met al komt het CbB tot het oordeel dat niet voorzienbaar was dat de beleggingsactiviteiten van het pensioenfonds in strijd met waren met artikel 116 Pensioenwet. De norm van artikel 116 Pensioenwet was voor het pensioenfonds onvoldoende bepaalbaar en kenbaar. Het opleggen van een boete was dan ook in strijd met het *lex certa*-beginsel.

4. De uitspraak valt op omdat een beroep op het *lex certa*-beginsel in het financieel bestuursrecht bij mijn weten niet vaak wordt gehonoreerd.⁶ Over het algemeen

vindt het CbB het gebruik van open normen in het financieel bestuursrecht niet onoverkomelijk. Dit kan namelijk passend zijn in het kader van de regulering van de complexe financiële sector. Het gebruik van open normen, in het kader van zogenoemde *principle based*-regelgeving, zou effectiever zijn door zijn ruime reikwijdte en langere houdbaarheid en doordat het de naleving bevordert. Immers, de sector kan de open norm desgewenst zelf nader invullen.⁷ Het biedt ook de grondslag voor het beleid van de financiële toezichthouder om niet alleen op zoek te gaan naar illegaal gedrag, maar ook naar schadelijk gedrag.⁸ Daar staat tegenover dat het gebruik van open normen problematisch is, gelet op de rechtszekerheid. Het recht moet kenbaar en duidelijk zijn, zodat justitiabelen van tevoren weten waar zij aan toe zijn.⁹ Het belang van de kenbaarheid wordt nog groter, als op overtreding van de open norm een hoge boete kan volgen.

Hoewel het CbB het eerdergenoemde gebruik van open normen niet onoverkomelijk acht, kunnen uit de jurisprudentie aan het gebruik daarvan als grondslag voor het opleggen van een boete wel enige eisen worden afgeleid. Uit een analyse van de jurisprudentie door Bröring en Van Vorselen komt het volgende naar voren.¹⁰ Waar het om gaat is dat de open norm voorzienbaar en toegankelijk is. Daartoe moeten in eerste instantie aanknopingspunten worden gezocht in de wetgeschiedenis en wetsystematiek. Dit wordt anders als er sprake is van een evidente schending van die norm, dan is de zaak voldoende duidelijk.¹¹ Als dat geen uitkomst biedt, hangt de voorzienbaarheid en bepaalbaarheid van de norm af van de professionaliteit en deskundigheid van betrokkenen. Zij worden als marktpartijen immers zelf geacht open normen nader in te vullen, dan wel zich grondig te informeren over de invulling daarvan. Gedragscodes spelen hierbij een belangrijke rol.

In deze casus leidt het CbB dus uit de wetgeschiedenis en -systematiek af hoe de open norm van artikel 116 Pensioenwet moet worden ingevuld. Uit de wetgeschiedenis komt naar voren dat er sprake is van een grijs gebied bij de beoordeling van de kernactiviteit van pensioenfonds. Het onderhavige pensioenfonds opereerde kort gezegd binnen dit grijze gebied. Wat hierbij opvalt

2 Zoals neergelegd in artikel 7 EVRM en impliciet in artikel 5:4 Awb.

3 Zie ook CbB 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:207, *NJB* 2019/1283 (r.o. 4.8).

4 Het rapport van de commissie conglomeraatvorming pensioenfonds (Commissie-Staatsen), *Het pensioenfonds als taakorganisatie: 'schoenmaker blijf bij je leest'*, Amsterdam 27 oktober 2003.

5 *Kamerstukken II* 2003/04, 28294, 3.

6 A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Lemma 2015. Zie ook C.F.J. van Tuyl, 'Enkele AFM-boetesbesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *Onderneming en Financiering* 2012, p. 33; en M. Nelemans, *Verantwoord financieel strafrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University Press 2015, p. 28.

7 H.E. Bröring & E.M. van Vorselen, 'Lex certa in het financieel bestuursrecht', *JB plus*, 2013, p. 104.

8 Deze benadering is ingegeven door het gedachtegoed van handhavingsexpert Sparrow, met zijn invloedrijke werk *The Regulatory Craft. Controlling risks, solving problems and managing compliance*, Washington DC: Brookings Institutions Press 2000.

9 Bröring, & Van Vorselen, p. 103 en 110. Zie ook Nelemans, p. 27-34, die het gebruik van open normen als onvermijdelijk ziet, maar daarbij wel kritische kanttekeningen plaatst.

10 Bröring, & Van Vorselen, p. 123. Deze analyse dateert al wel weer van enige jaren geleden, maar is voor zover ik heb kunnen nagaan nog steeds relevant. Zie meer recent: CbB 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:207, *NJB* 2019/1283.

11 Dit was aanvankelijk nog weleens het geval met overtredingen van de zorgplicht uit de Wft. Het CbB ging in die gevallen niet mee in het verweer dat de norm onvoldoende kenbaar zou zijn, omdat er overduidelijk sprake was van een overtreding van de zorgplicht. Zie Mein 2015, p. 179-190.

is dat het CBb tamelijk coulant is ten opzichte van het pensioenfonds. Kennelijk moet de toezichthouder (en de wetgever) de norm maar verduidelijken. Een tegenovergestelde benadering was ook denkbaar geweest: als je je als pensioenfonds in een grijs gebied begeeft, moet je extra oppassen.¹² Begrijp ik het goed, dan heeft het betreffende pensioenfonds inmiddels zijn samenwerking met de vermogensbeheerder gestaakt en kennelijk gekozen voor een andere beleggingsstrategie. Niettemin vormt de uitspraak aanleiding om de norm verder te verhelderen, in een samenspel tussen wetgever, toezichthouder en marktpartijen.

12 Begrijp ik het goed, dan is de strafrechter op dit punt strenger: J.S. Nan, *het lex-certa beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.