

Aangetekend verstuurd

Openbare versie

Loyens & Loeff N.V.
mr. C.W.M. Lieverse
Fred. Roeskestraat 100
Postbus 71170
1008 BD AMSTERDAM

Datum	25 maart 2011
Ons kenmerk	JZ- [REDACTED]
Pagina	1 van 30
Betreft	Beslissing op bezwaar tegen besluit tot boeteoplegging aan Meeùs Groep B.V. (met kenmerk JZ- [REDACTED])

Geachte mevrouw Lieverse,

Bij besluit van 27 oktober 2010 (met kenmerk JZ- [REDACTED]) heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Meeùs Groep B.V. (Meeùs) een bestuurlijke boete van € 30.000 opgelegd (Boetebesluit). Op 3 november 2010 heeft u pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit namens Meeùs. Bij brief van 5 november (met kenmerk JZ- [REDACTED]) is Meeùs in de gelegenheid gesteld om de gronden van het bezwaar nader aan te vullen tot 17 december 2010. Op 17 december 2010 heeft u de gronden van het bezwaar aangevuld.

In deze brief treft u de beslissing op het bezwaarschrift aan. Kort gezegd stelt de AFM zich op het standpunt dat heroverweging niet kan leiden tot een ander oordeel. De AFM concludeert tot ongegrondheid van het bezwaar en handhaaft haar primaire Boetebesluit met aanvulling van de motivering zoals opgenomen in onderhavig besluit.

In deze brief treft u de beslissing op het bezwaarschrift aan. Het besluit op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf 1 wordt de procedure geschetst, in paragraaf 2 de feiten en omstandigheden. In paragraaf 3 wordt de inhoud van het bezwaarschrift kort weergegeven. In paragraaf 4 wordt de inhoud van het bezwaarschrift in meer detail weergegeven en wordt een beoordeling gegeven van de gronden van het bezwaarschrift. In paragraaf 5 wordt afgesloten met de beslissing op bezwaar van de AFM en de rechtsgangverwijzing in paragraaf 6. Het wettelijk kader is als bijlage 1 bij dit besluit gevoegd.

Procedure

In het Boetebesluit van 27 oktober 2010 is aan Meeùs een bestuurlijke boete van € 30.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onder a en b, Wet op het financieel toezicht (Wft). Daarbij is op grond van artikel 1:97 en 1:98 Wft besloten het Boetebesluit openbaar te maken door publicatie op de website van de AFM, onder begeleiding van een persbericht met de kern van het Boetebesluit, door opname van een bericht over de

opgelegde boete in de periodieke AFM nieuwsbrief alsmede eventueel een advertentie in een of meer landelijke dagbladen.

Op 3 november 2010 heeft u namens Meeùs pro-forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit. Bij brief van 5 november 2010 (met kenmerk JZ-[REDACTED]) is Meeùs in de gelegenheid gesteld om de gronden van het bezwaar nader aan te vullen tot 17 december 2010. Op 17 december 2010 heeft u de gronden van het bezwaar aangevuld.

Meeùs heeft de voorzieningenrechter verzocht de publicatie van het Boetebesluit te schorsen. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 december 2010.

Op 17 december 2010 is namens Meeùs een aanvullend bezwaarschrift ingediend tegen het Boetebesluit.

Op 24 december 2010 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan.¹ Het verzoek van Meeùs tot schorsing van de publicatie van het Boetebesluit is door de voorzieningenrechter toegewezen.

Op 6 januari 2011 heeft Meeùs de AFM laten weten over het bezwaar gehoord te willen worden. De AFM heeft Meeùs hiertoe uitgenodigd voor een hoorzitting op 21 januari 2011. Op verzoek van Meeùs is de hoorzitting verplaatst naar 31 januari 2011, waarbij Meeùs zich akkoord heeft verklaard met het verlengen van de beslistermijn op bezwaar in de zin van artikel 7:10, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb), met tien dagen.

Op 31 januari 2011 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt. Dit verslag is als bijlage 2 bij onderhavig besluit gevoegd.

Op 4 februari 2011 heeft de AFM Meeùs per brief (met kenmerk JZ-[REDACTED]) meegedeeld niet binnen de wettelijke termijn te kunnen beslissen en de beslissing op het bezwaarschrift te verdagen met zes weken.

Feiten en omstandigheden

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten zoals die zijn opgenomen in de onderzoeksrapportage (met kenmerk [REDACTED]) die met het boetevoornemen aan Meeùs is verzonden en het Boetebesluit. De feiten die daarin zijn genoemd moeten hier, voorzover zij in het onderstaande niet worden herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

Op 24 augustus 2009 heeft de AFM bij brief (met kenmerk TGFO-[REDACTED]) een productieoverzicht opgevraagd van tweede pijler pensioenregelingen in de periode oktober 2008 tot augustus 2009.

Op 18 september 2009 heeft de AFM van Meeùs een productieoverzicht ontvangen.

¹ Vz Rb Rotterdam, 24 december 2010, Reg. nr.: AWB 10/4384 VBC T-2.

Op 24 september 2009 heeft de AFM per brief (met kenmerk TGFO-[REDACTED]) het onderzoek bij Meeùs aangekondigd.

Op 27 oktober 2009 heeft de AFM een onderzoek ter plaatse bij Meeùs uitgevoerd en drie gekopieerde adviesdossiers meegenomen.

Op 30 oktober 2009 heeft Meeùs één aanvullend adviesdossier gekopieerd en afgeleverd op het kantoor van de AFM.

Op 1 december 2009 heeft Meeùs op verzoek van de AFM per e-mail aanvullende documenten toegestuurd. Deze documenten zijn aan de betreffende dossiers toegevoegd.

Op 20 januari 2010 heeft de AFM per e-mail contact gehad met Meeùs met een vraag betreffende het productieoverzicht. Meeùs heeft op dezelfde dag aan de AFM een e-mail doen toekomen ter beantwoording van de vraag.

Op 28 januari 2010 heeft de AFM een brief (met kenmerk TGFO-[REDACTED]) met de conceptrapportage (met kenmerk [REDACTED]) over vier adviesdossiers aan Meeùs toegestuurd.

Op 19 februari 2010 heeft de AFM de reactie van Meeùs op de conceptrapportage ontvangen.

Op 28 mei 2010 heeft de AFM Meeùs de definitieve rapportage toegestuurd en per brief (met kenmerk JZ-[REDACTED]) aangegeven voornemens te zijn aan Meeùs een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a en b, van de Wft.

Op 16 juni 2010 hebben de heer [A], mevrouw [B], mevrouw [C] en de heer [D] de zienswijze van Meeùs op het voornemen tot boeteoplegging ten kantore van de AFM mondeling toegelicht.

Per brief van 18 juni 2010 (met kenmerk JZ-[REDACTED]) heeft de AFM, naar aanleiding van de mondelinge zienswijze, Meeùs in de gelegenheid gesteld om aanvullende stukken binnen vier weken aan de AFM te verstrekken, waaruit zou blijken dat de informatie als bedoel in artikel 4:23, eerste lid, Wft door Meeùs is ingewonnen.

Op 14 juli 2010 heeft de AFM aanvullende stukken van Meeùs ontvangen.

Gronden van bezwaar

Meeùs is van mening dat het Boetebesluit in strijd is met de wet, meer in het bijzonder de artikelen 3:2, 3:3, 3:4 en 3:46 van de Awb, of enig ander algemeen verbindend voorschrift en of enig, voorzover niet gecodificeerd, in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur. De bezwaren van Meeùs richten zich in hoofdzaak tegen de reikwijdte en interpretatie van artikel 4:23, eerste lid, Wft zoals weergegeven in het Boetebesluit. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:

- a. De adviesplicht van artikel 4:23 Wft geldt alleen voor pensioenverzekeringsovereenkomsten tussen werkgever en verzekeraar en dan alleen voor zover die als complex product kwalificeren;
- b. Voor zover pensioenverzekeringsovereenkomsten kwalificeren als complex product kan het Boetebesluit geen stand houden omdat de geconstateerde gebreken zien op de pensioenregeling;
- c. De AFM heeft onvoldoende rekening gehouden met de toevoeging “*voor zover redelijkerwijs relevant*” in artikel 4:23 Wft gelet op het feit dat het hier steeds om een verlenging van de pensioenregeling gaat;
- d. Meeùs heeft niet verwijtbaar gehandeld.

Beoordeling van de bezwaargronden

In het bezwaarschrift geeft Meeùs aan al haar eerdere bezwaren te handhaven tegen de vaststellingen van de AFM, zoals vastgelegd in de brieven van Meeùs aan de AFM, meer in het bijzonder de brieven van 15 juni en 14 juli 2010. Ten aanzien van de gronden die niet worden besproken in het bezwaarschrift maar uitsluitend in de genoemde brieven van Meeùs naar voren worden gebracht, volstaat de AFM hier met een verwijzing naar haar reactie zoals opgenomen in het Boetebesluit. De AFM ziet geen aanleiding om terug te komen op die in het Boetebesluit weergegeven overwegingen.

De bezwaargronden die zijn aangevoerd, worden in dit besluit gemotiveerd weerlegd. De AFM stelt zich op het standpunt dat de bezwaargronden niet slagen en licht dit als volgt toe.

a. De adviesplicht van artikel 4:23 Wft geldt alleen voor pensioenverzekeringsovereenkomsten tussen werkgever en verzekeraar en dan alleen voor zover die als complex product kwalificeren

Meeùs geeft aan dat artikel 4:23, eerste lid, Wft bepaalt dat indien een financiële onderneming (indien het om een verzekering gaat) een cliënt adviseert, zij onder andere in het belang van deze cliënt informatie dient in te winnen over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies. Uit deze wettelijke omschrijving, in combinatie met de definities van de begrippen adviseren en financiële producten, zoals opgenomen in artikel 1:1 Wft, volgt dat, als hoofdregel, advies aan bedrijfsmatig handelende cliënten omtrent verzekeringen valt binnen de reikwijdte van artikel 4:23, eerste lid, Wft.

Er bestaat volgens Meeùs geen verschil van inzicht tussen Meeùs en de AFM over het feit dat de klanten van Meeùs waar het in deze zaak om gaat geen consumenten zijn, doch bedrijven. Dat betekent dat de ‘*know your customer*’ regel van artikel 4:23 Wft alleen toepassing vindt als het product waarover is geadviseerd kwalificeert als een financieel instrument of een verzekering. Meeùs denkt niet dat de AFM het standpunt zou willen innemen dat advies is gegeven over een financieel instrument. Blijft derhalve over de vraag of hier sprake is van een verzekering. Dat is volgens Meeùs inderdaad het geval, en wel de pensioenverzekeringsovereenkomst die wordt gesloten tussen een werkgever als verzekeringnemer en de pensioenverzekeraar als uitvoerder.

Echter, op grond van artikel 41, tweede lid, Vrijstellingsregeling Wft, geldt volgens Meeùs per saldo de adviesplicht van artikel 4:23, eerste lid, Wft, alleen als het gaat om verzekeringen die kwalificeren als complexe producten zoals bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) (artikel 41, tweede lid, onderdeel a Vrijstellingsregeling Wft) danwel als verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt (artikel 41, tweede lid, onderdeel f Vrijstellingsregeling Wft). Immers, zo geeft Meeùs aan, de overige categorieën genoemd in artikel 41, tweede lid, Vrijstellingsregeling Wft waarvoor de adviesplicht geldt, zijn geen verzekeringsproducten en/of geen verzekeringsproducten waarbij de betreffende werkgever, zoals hier aan de orde is, verzekerde is.

Verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt vallen naar de mening van Meeùs hier sowieso af. Meeùs verwijst naar de toelichting bij de Vrijstellingsregeling Wft zoals destijds opgenomen in de Staatscourant waarop de AFM zich beroept:

“Onder producten, bedoeld in het tweede lid, onderdeel f, vallen verzekeringen ter dekking van het risico op het geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen of inkomsten door bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, overlijden of een combinatie van deze dekkingen. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld pensioenverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, ook indien deze verzekeringen collectief door een werkgever worden afgesloten ten behoeve van zijn werknemers.”

De AFM ziet volgens Meeùs echter over het hoofd dat met deze passage wordt bedoeld op de verzekeringsovereenkomsten die onder een dergelijk collectief tot stand komen tussen de werknemer/consument aan de ene kant en de verzekeraar aan de andere kant. Er wordt dan immers op dat niveau een verzekeringsdekking gesloten in verband met het wegvallen van inkomen van de betreffende werknemer/consument. In het onderhavige geval gaat het echter om de “paraplu” overeenkomst die de werkgever sluit met de verzekeraar. De cliënt is dan de werkgever en die sluit geen verzekering voor het wegvallen van diens inkomen. Dat dit onderscheid moet worden gemaakt volgt ook uit het vervolg van de toelichting waar wordt aangegeven dat met deze producten niet wordt bedoeld op verzekeringen die een werkgever afsluit ter dekking van het risico dat hij zieke werknemers gedurende een periode van maximaal twee jaar 70% van het loon moet doorbetalen. De toelichting zegt hierover:

“Voor laatst genoemde verzekeringen geldt dat de werkgever hiermee het risico op een bepaalde kostenpost dekt (dus geen verzekering in verband met het wegvallen inkomsten). Ten aanzien van de hiervoor genoemde verzekeringen zijn de adviesregels dus niet van toepassing.”

Hetzelfde type onderscheid moet hier volgens Meeùs ook worden gemaakt. De verzekering waar het om gaat is die tussen de werkgever als verzekeringnemer en de verzekeraar. De werkgever verzekert de financiële gevolgen van de door hem gedane toezegging. Voor de werkgever is dat geen verzekering in verband met het wegvallen van inkomsten. Die dekking bestaat wel op het niveau van de werknemers die als verzekerden gezien kunnen worden, maar deze verzekeringsrelatie is niet het onderwerp van het Boetebesluit.

Voor zover de AFM terecht concludeert dat pensioen wordt gezien als inkomensbeschermer, dan is dat volgens Meeùs van de betrokken werknemers/deelnemers, en niet van de werkgever die hier de cliënt is. Individuele pensioenverzekeringen zouden hier wel onder vallen als artikel 6 Pensioenwet (Pw) daarop niet zou ingrijpen.

Door de AFM is blijkens het Boetebesluit volgens Meeùs niet beoordeeld, laat staan vastgesteld of er advies is gegeven over een complex product zoals bedoeld in artikel 1 van het BGfo. Daarmee zou het Boetebesluit onvoldoende gemotiveerd zijn en niet in stand kunnen blijven.

Meeùs geeft aan dat de enige motivering die in het Boetebesluit op dit punt te vinden is geen hout snijdt. Volgens de AFM (pagina 19 van het Boetebesluit) is de “*verzekering*” waar het om zou gaan een “*uiterst complex*” product zoals aangegeven in de toelichting op de Pw. In de toelichting op de Pw is evenwel geen uitbreiding te vinden van het begrip complex product zoals bedoeld in artikel 1 van het BGfo. Wat hier staat is (slechts) dat nu de Wft voor de adviesplicht omtrent verzekeringen het ruimere begrip cliënt in plaats van consument hanteert, de bescherming op basis van de Wft (toen: Wet financiële dienstverlening, Wfd) van toepassing is op werkgevers die pensioenverzekeringsovereenkomsten sluiten. Deze opmerking is, zo geeft Meeùs aan, in de wetsgeschiedenis overigens gemaakt in de context van artikel 6 Pw, waar is opgenomen dat de Wft geen toepassing vindt op de verhouding tussen de verzekeraar als pensioenuitvoerder en de deelnemers (die als consument kwalificeren onder de Wft). Deze bescherming moet worden gevonden in de Pw. Omdat de Pw geen betrekking heeft op de verhouding tussen de werkgever en de verzekeraar die optreedt als pensioenuitvoerder, wordt deze laatste verhouding wel (onverminderd) beheerst door de Wft.

Gelet op de omschrijving van het begrip complex product in artikel 1 BGfo zou volgens Meeùs de enige categorie die mogelijk in aanmerking komt, die zijn van het kwalificeren als levensverzekering, niet zijnde (kort gezegd) een eenvoudige levensverzekering. De AFM gaat er van uit dat de pensioenverzekeringsovereenkomst kwalificeert als een levensverzekering. Meeùs denkt niet dat deze analyse juist is. Voor het begrip levensverzekering koppelt artikel 1:1 Wft terug naar artikel 7:975 BW, waarin de levensverzekering wordt omschreven als “*de in verband met het leven of dood gesloten sommenverzekering met dien verstande dat ongevalverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd.*”

Meeùs denkt dat er geen discussie hoeft te zijn over het feit dat de individuele pensioenverzekeringsovereenkomsten die tot stand komen tussen de verzekeraar als pensioenuitvoerder en de werknemers kwalificeren als levensverzekering. Hier gaat het echter om de vraag of de parapluovereenkomst die de werkgever afsluit als een levensverzekering moet worden gezien. Volgens Meeùs is dat niet het geval. De inhoud van deze overeenkomst is immers niet een sommenverzekering in verband met leven of dood gesloten, doch een verzekering waarbij de verzekeraar tegen betaling van premie de toezeggingen die de werkgever omtrent pensioen heeft gedaan ten opzichte van de individuele werknemers verzekert. De AFM beroept zich in dit kader op een opmerking op pagina 159 van de toelichting bij het oorspronkelijke BGfo, waar staat (in het kader van vakbekwaamheidseisen) dat onder levensverzekeringen ook pensioenverzekeringen worden verstaan. Hier wordt echter overduidelijk bedoeld op de individuele pensioenverzekeringen en niet op de parapluovereenkomst die een werkgever afsluit. Tijdens (onder meer) de hoorzitting is namens Meeùs nog opgemerkt dat de pensioenverzekeringsovereenkomsten waarschijnlijk kwalificeren als schadeverzekeringen.

Volgens Meeùs geldt de beschermende werking van artikel 4:23, eerste lid, Wft kortom alleen voor de pensioenverzekeringsovereenkomst tussen een werkgever en de verzekeraar, voorzover deze overeenkomst kwalificeert als complex product.

Reactie AFM

Een financiële dienstverlener dient op basis van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft in het belang van de cliënt informatie in te winnen ten aanzien van de financiële positie, de doelstellingen, de risicobereidheid en de kennis en ervaring van de cliënt voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies. De financiële dienstverlener dient vervolgens zijn advies op deze informatie te baseren (4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft).

De AFM is het met Meeùs eens dat de klanten van Meeùs, werkgevers, dienen te worden aangemerkt als cliënten (en niet als consumenten). De AFM onderschrijft ook de stelling van Meeùs dat Meeùs in het onderhavige geval advies heeft gegeven over een verzekering, namelijk – zoals ook Meeùs stelt – de pensioenverzekeringsovereenkomst (uitvoeringsovereenkomst) die wordt gesloten tussen de werkgever als verzekeringnemer en de pensioenverzekeraar als uitvoerder.

Meeùs verwijst naar artikel 41, tweede lid, van de Vrijstellingsregeling Wft. Op basis van die bepaling zijn financiële dienstverleners niet vrijgesteld van artikel 4:23 Wft voor zover zij financiële diensten verlenen met betrekking tot (onder meer) financiële producten die moeten worden aangemerkt als complexe producten in de zin van artikel, 1, onderdeel d, van het BGfo (artikel 41, tweede lid, onderdeel a Vrijstellingsregeling Wft) danwel als verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt (artikel 41, tweede lid, onderdeel f Vrijstellingsregeling Wft).

Meeùs betwist dat het in onderhavig geval zou gaan om verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt. De AFM kan zich niet vinden in het standpunt van Meeùs dat, voor zover het hier gaat om een overeenkomst die als verzekering ter dekking van het risico op het geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen kwalificeert, deze verzekering van de betrokken werknemers en niet van de werkgever is. Gelet op de definitie van 'verzekering' dient er sprake te zijn van een *“overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen”* (artikel 7:925 BW). Bij de relatie tussen de werknemer en de verzekeraar is geen sprake van een 'overeenkomst', het is wel een verbintenis die voortvloeit uit de pensioenverzekeringsovereenkomst via het zogeheten derdenbeding. Er wordt in de praktijk door de verzekeraar slechts één overeenkomst gesloten en dat is de pensioenverzekeringsovereenkomst die wordt gesloten met een werkgever ten behoeve van de werknemer. Dit is een overeenkomst waarin het *“risico op het geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen”* wordt verzekerd. Dat de werknemer indirect, namelijk via een derdenbeding, betrokken is bij de pensioenverzekeringsovereenkomst, brengt geen verandering in dit standpunt aan.

Volgens Meeùs heeft de AFM daarnaast niet vastgesteld dat er door Meeùs advies is gegeven over een complex product in de zin van artikel, 1, onderdeel d, van het BGfo (artikel 41, tweede lid, onderdeel a Vrijstellingsregeling Wft). Daarmee zou het Boetebesluit onvoldoende gemotiveerd zijn en niet in stand kunnen blijven.

De AFM kan Meeùs hierin niet volgen. Zoals Meeùs al aangeeft, verwijst de AFM in het Boetebesluit naar de toelichting op de Pw (waarin nadrukkelijk wordt aangegeven dat het onderscheid dat in de voorloper van de Wft, de Wfd, wordt gemaakt tussen degenen die wel of niet consument zijn, niet van toepassing is indien het gaat om financiële dienstverlening ten aanzien van verzekeringsproducten):

“De rechtvaardiging hiervoor is gelegen in de omstandigheid dat verzekeringsproducten (waaronder bepaalde pensioenproducten) niet alleen voor de consument maar ook voor de zakelijke afnemer uiterst complex zijn. Dat betekent dat de bescherming op basis van de Wfd wel van toepassing is op werkgevers die pensioenverzekeringsovereenkomsten sluiten. Het wetsvoorstel voor de Pensioenwet voorziet immers niet in beschermende bepalingen ten aanzien van werkgevers.”²

In aanvulling daarop merkt de AFM het volgende op. Als complex product in de zin van artikel, 1, onderdeel d, van het BGfo wordt onder meer een levensverzekering aangemerkt. De AFM is van oordeel dat de pensioenverzekeringsovereenkomst kwalificeert als levensverzekering en licht dit als volgt toe.

Het BW onderscheidt twee soorten verzekeringen, schadeverzekeringen en sommenverzekeringen (artikel 7:925 BW). Een schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden (artikel 7:944 BW). Een sommenverzekering (artikel 7:964 BW) is een verzekering die niet tot doel heeft opgelopen schade te vergoeden. In plaats hiervan keert de sommenverzekering het van tevoren afgesproken bedrag uit, de verzekerde som.

Voor de definitie van levensverzekering in artikel 1:1 Wft wordt – zoals Meeùs ook al aangeeft – verwezen naar artikel 7:975 BW. Artikel 7:975 BW bepaalt dat een levensverzekering *“de in verband met het leven of dood gesloten sommenverzekering”* is. De AFM stelt zich op het standpunt dat de pensioenverzekeringsovereenkomst een sommenverzekering (levensverzekering) is. Er wordt immers door betaling van premie een vastgestelde geldelijke uitkering opgebouwd welke wordt uitgekeerd bij het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd. Dit is inherent aan het feit dat pensioen een zekere mate van inkomenszekerheid moet bieden voor de oude dag. Dat kan alleen als het gaat om uitkeringen in geld waarvan de hoogte in ieder geval op de ingangsdatum voor de deelnemer is vastgesteld.

Daarentegen is, zoals hiervoor aangegeven, namens Meeùs tijdens de hoorzitting opgemerkt dat de pensioenverzekeringsovereenkomst waarschijnlijk kwalificeert als schadeverzekering. Naast het feit dat dit in tegenspraak is met de stelling van Meeùs – bijvoorbeeld in haar brief van 15 juni 2010 – dat *“de ervaring leert dat pensioenproducten en de daarbij behorende regelgeving uitermate complexe materie is voor klanten”*, kan de AFM deze veronderstelling van Meeùs ook om andere redenen niet volgen.

Een schadeverzekering strekt slechts tot het vergoeden van daadwerkelijk geleden schade en niet tot het uitkeren van een vooraf vastgestelde vergoeding zoals in het geval van een pensioenverzekeringsovereenkomst.³ Op grond

² TK 2005-2006, 30 413, nr. 18, p. 18 en TK 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 23.

³ Zie ook toelichting op vermogensschade in definitie van schadeverzekering in Groene Serie Bijzondere overeenkomsten en Rb Arnhem, 7 juni 2006, JA 2006, 105 (*Movir*).

van de pensioenverzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar wordt afgesproken dat de toezeggingen die de werkgever heeft gedaan aan de werknemer bij een verzekeraar worden ondergebracht. De toezegging die bij de verzekeraar wordt ondergebracht betreft een vergoeding die vooraf is vastgesteld en is niet gerelateerd aan achteraf vastgestelde schade.

Bovendien dient de schade bij een schadeverzekering ook het gevolg te zijn van een onzeker voorval waartegen de verzekering dekking biedt (zie definitie van schadeverzekering in artikel 1:1 Wft). Levensverzekeringen worden overigens ook expliciet uitgesloten van de definitie van schadeverzekeringsovereenkomst in artikel 1:1 Wft. Zie ook de toelichting bij dat artikel:

“een schadeverzekering is dat wat een levensverzekering niet is.”⁴

Dat de pensioenverzekeringsovereenkomst een sommenverzekering, meer in het bijzonder een levensverzekering is, volgt bijvoorbeeld ook uit de toelichting bij artikel 5 BGfo:

“Indien er in bijlagen met de eindtermen van de modules over <<levensverzekeringen>> wordt gesproken, worden hieronder, conform de wettelijke definitie, ook pensioenverzekeringen verstaan. Er is hier dus, hoewel pensioenverzekeringen niet meer expliciet worden genoemd, geen beperking van de reikwijdte ten opzichte van het Bfd.”⁵

Volgens Meeùs zou deze verwijzing slaan op *“de individuele pensioenverzekeringen en niet op de parapluovereenkomst die de werkgever afsluit”*. De AFM kan zich daar niet in vinden en verwijst naar hetgeen zij in dat licht heeft opgemerkt in het kader van de mogelijke kwalificatie als verzekering in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen.

Daarenboven verwijst de AFM naar de toelichting bij artikel 60 BGfo:

“Als cliënt annex verzekeringnemer dient in dit artikel ook te worden begrepen de werkgever die een collectieve regeling treft voor zijn werknemers in verband met een door hem toegezegd pensioen. De levensverzekeraar dient de in dit artikel voorgeschreven informatie eenmalig aan de verzekeraar te verstrekken.”⁶

In de Memorie van Toelichting bij de Pw wordt opgemerkt:

“Verzekeraars mogen naast pensioenverzekeringen ook andere levensverzekeringen en schadeverzekeringen aanbieden.”⁷

⁴ TK 2004-2005, 29 708, nr. 10, p. 187.

⁵ Staatsblad 2006, 520, p. 159.

⁶ Staatsblad 2006, 520, p. 211.

⁷ TK 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 66.

Het College Deskundigheid Financiële Dienstverlening schaaft pensioenverzekeringen ook onder levensverzekeringen:

“Omdat pensioenverzekeringen complexe producten zijn, waarmee inkomen voor de oude dag wordt opgebouwd, is het van belang dat de advisering over deze producten goed gebeurt. Het advies over pensioenverzekeringen valt onder de adviesregels van de Wet op het financieel toezicht (Wft). (...) In het verkennende onderzoek van 15 oktober 2009 concludeert het CDFD dat de huidige deskundigheidseisen op het gebied van pensioen, die nu zijn opgenomen in de Wft-Module Levensverzekeringen, ontoereikend zijn. (...) De module Wft-pensioenverzekeringen moet de deskundigheid van pensioenadviesgeving verbeteren. Met een nieuwe pensioenmodule, bovenop de Wft-Module Levensverzekeringen, worden aanvullende eisen gesteld aan de deskundigheid van adviseurs/bemiddelaars in pensioenverzekeringen.”⁸

Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt al met al niet tot een ander oordeel.

b. Voor zover pensioenverzekeringsovereenkomsten kwalificeren als complex product kan het Boetebesluit geen stand houden omdat de geconstateerde gebreken zien op de pensioenregeling

Meeùs leidt uit de onderzoeksrapportage af dat de AFM kritiek heeft op de adviespraktijk van Meeùs omdat zij onvoldoende zou hebben onderzocht, althans vastgelegd, waar het gaat om de aanpassingen in de pensioenregeling. Door de AFM zijn volgens Meeùs echter geen tekortkomingen geconstateerd in het adviestraject betreffende de totstandkoming van de pensioenverzekeringsovereenkomsten met de betreffende verzekeraars. Toch zijn deze laatste overeenkomsten de enige verzekeringsovereenkomsten waar het naar de mening van Meeùs om gaat (gelezen ook de wettelijke definitie van het begrip adviseren) en waar de AFM toezicht kan houden op het adviestraject in het kader van artikel 4:23, eerste lid, Wft. De inhoud van de betreffende pensioenverzekeringsovereenkomsten blijkt ook uit de onderzoeksdossiers. Alle pensioenverzekeringsovereenkomsten zijn aan de AFM door Meeùs beschikbaar gesteld. Het lijkt er volgens Meeùs op alsof de AFM een onvoldoende scherp onderscheid maakt tussen de driehoeksverhouding die in het kader van de pensioenpraktijk van belang is.

Onbetwist is volgens Meeùs dat er een nauwe samenhang bestaat tussen de pensioenverzekeringsovereenkomst die zou worden gesloten ter verzekering van de pensioenregeling, bestaande uit de toezeggingen die een werkgever omtrent pensioen aan zijn werknemers heeft gedaan. De pensioenverzekeringsovereenkomst verzekert immers in feite de verplichtingen van de werkgever onder de pensioenregeling.

Een nauwe samenhang is echter niet hetzelfde als vereenzelviging, zoals de AFM die volgens Meeùs voorstaat. Uit de systematiek van de Pw volgt al dat het hier om te onderscheiden rechtsverhoudingen gaat. Immers, een pensioenregeling kan ook op andere manieren dan door middel van een verzekeringsovereenkomst worden uitgevoerd, en wel door de oprichting van een ondernemingspensioenfonds, dan wel door het zoeken van aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds, danwel (sedert 1 januari 2011, en alleen als het gaat om een *defined contribution* regeling) door uitvoering van de regeling onder te brengen bij een premiepensioeninstelling.

⁸ Consultatiedocument Wft-Module Pensioenverzekeringen, 27 september 2010.

Dat er geen vereenzelviging kan plaatsvinden, volgt ook volgens Meeùs als men de inhoud van de betreffende afspraken en de daarbij betrokken partijen naast elkaar zet. De pensioenregeling houdt in datgene wat een werkgever en een werknemer zijn overeengekomen omtrent de inhoud van het pensioen dat aan een werknemer toekomt. Als er eenmaal een toezegging is gedaan omtrent pensioen is de werkgever verplicht om te zorgen voor onderbrenging van de uitvoering van deze toezegging bij een pensioenuitvoerder, zijnde een ondernemingspensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds, danwel een verzekeraar. De geselecteerde pensioenuitvoerder is verplicht om de pensioenrechten en aanspraken van de deelnemers vast te leggen in een pensioenreglement. Er ontstaan dus aanspraken van deelnemers op, in dit geval, de verzekeraar, doch de toets van deze aanspraken en rechten valt onder de Pw (artikel 6), en niet onder de Wft.

De inhoud van de pensioentoezegging vormt geen onderdeel van de pensioenverzekeringsovereenkomst. Die is opgenomen in de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. De pensioenverzekeringsovereenkomst houdt in dat de verzekeraar zich verbindt ten opzichte van de werkgever als contractspartij (de verzekeringnemer) en de werknemers als verzekerden, tegen betaling van een bepaalde premie, de door de werkgever aan de werknemer toegezegde pensioenuitkeringen te zullen doen. Het gaat hier derhalve volgens Meeùs om te onderscheiden rechtsverhoudingen die dan ook niet met elkaar kunnen worden vereenzelvigd.

Als het gaat om goed advies over de pensioenverzekeringsovereenkomst gaat het dus volgens Meeùs niet om de vraag of de werkgever zich de pensioenregeling als zodanig kan permitteren, etc. Dan gaat het om kwesties zoals de kosten die de verzekeraar in rekening brengt, de rekenrente die de verzekeraar hanteert, de mogelijkheden van tussentijdse exit van het contract, de mogelijkheden terzake van waardeoverdracht, etc. Dat er op deze punten onvoldoende inlichtingen zouden zijn ingewonnen en/of niet goed zou zijn geadviseerd is door de AFM niet vastgesteld.

Volgens Meeùs heeft de AFM kennelijk het idee dat “*een verzekerde*” regeling omtrent pensioen een product is wat uiteindelijk als zodanig wordt “*ingekocht*” bij de verzekeraar. Dat miskent echter de afzonderlijke relaties zoals die hierboven zijn toegelicht en de volgordelijkheid daarvan. In dit verband is ook van belang het begrip “*adviseren*”. Dat is het doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst. De pensioenregeling, althans de verplichtingen van de werkgever onder die regeling, is hetgeen *wordt verzekerd*. Dat is echter niet de pensioenverzekeringsovereenkomst zelf waar het om gaat in het begrip adviseren. Dat blijkt ook wel uit het feit dat precies diezelfde pensioenregeling ook kan worden uitgevoerd door de regeling onder te brengen bij een (ondernemings- of bedrijfstak) pensioenfonds. Bij advies over de verzekeringsovereenkomst moet centraal staan (aldus ook de leidraad van de AFM over tweede pijler pensioenadvisering, aflevering 7/8): de kwaliteit van de verzekeraar, de kosten die de verzekeraar in rekening brengt, de tarieven, looptijd, exit, etc. Dit zijn andere aspecten dan die centraal moeten staan bij de pensioenregeling en die op precies dezelfde manier gelden als de regeling nadien wordt ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds, namelijk: hoe moet de regeling eruit zien, welke opbouwpercentages, welke deelnemers, etc. Dat bevestigt dat er een onderscheid valt te maken tussen de pensioenregeling en de uitvoeringsovereenkomst.

Ter illustratie verwijst Meeùs naar de casus van [werkgever A]. Daar is een pensioenreglement tot stand gekomen dat de inhoud van de rechten van de deelnemers beschrijft. [REDACTED] is daaronder de pensioenuitvoerder. Dit geeft deelnemers conform de met de werkgever gemaakte afspraken recht op verzekering respectievelijk uitkering jegens [REDACTED] in de periode 1 januari 2009 tot 1 januari 2013. De verhouding tussen de werkgever en [REDACTED] is apart vastgelegd in een pensioenverzekeringsovereenkomst. Deze pensioenverzekeringsovereenkomst is een verzekeringsovereenkomst. De verhouding tussen [REDACTED] en de deelnemers is dat overigens ook, maar zoals gezegd valt die buiten de reikwijdte van de Wft. Precies dezelfde pensioenregeling had ook uitgevoerd kunnen worden door een andere pensioenverzekeraar, bijvoorbeeld [REDACTED] of [REDACTED], of een ondernemingspensioenfonds. Daarmee kan de onderliggende regeling ook niet worden bestempeld als onderdeel van de pensioenverzekeringsovereenkomst en daarmee staat ook vast dat het advies over de pensioenregeling zelf niet valt onder artikel 4:23, eerste lid, Wft.

Gelet op het voorgaande kan het volgens Meeùs niet anders zijn dan dat de AFM een onderscheid had moeten maken tussen de onderliggende pensioenregeling en de pensioenverzekeringsovereenkomst die ter uitvoering daarvan tot stand komt. De pensioenregeling vormt geen onderdeel van de pensioenverzekeringsovereenkomst. Het is hetgeen door middel van de pensioenverzekeringsovereenkomst wordt verzekerd, net zo goed als bij een hypothecaire geldlening een onderscheid kan worden gemaakt tussen de aankoop van een woning en de daaruit voortvloeiende verplichting om de koopprijs te betalen en de hypothecaire geldlening die ter financiering daarvan wordt afgesloten.

Zelfs als dus de pensioenverzekeringsovereenkomst kwalificeert als een complex product kan het Boetebesluit volgens Meeùs geen stand houden omdat de door de AFM geconstateerde tekortkomingen niet zien op deze pensioenverzekeringsovereenkomst maar op de onderliggende pensioenregeling: de inhoud van de toezegging omtrent pensioen die de werkgever aan de werknemers heeft gedaan. Uit het onderzoeksdossier blijkt immers dat in alle gevallen die uiteindelijk volgens de AFM zouden moeten leiden tot een boeteoplegging, de gebreken betrekking hebben op de volgende vragen: (i) is wel voldoende onderzocht of de werkgever de betreffende regeling kan permitteren?; (ii) is wel voldoende onderzocht of de werkgever zich de risico's die de regeling omtrent pensioen inhoudt bewust is, en (iii) is wel voldoende onderzocht welke de kennis en ervaring is van de werkgever ten aanzien van de regeling omtrent pensioen?

Reactie AFM

Het lijkt er volgens Meeùs op alsof de AFM een onvoldoende scherp onderscheid maakt tussen de driehoeksverhouding die in het kader van de pensioenpraktijk van belang is. Meeùs miskent daarmee dat de pensioenverzekeringsovereenkomst één op één samenhangt met de pensioenregeling. De AFM licht dit als volgt toe.

Werkgever en werknemer kunnen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst afspraken maken over pensioen. Het pensioen vormt dan één van de onderdelen van de arbeidsovereenkomst. Werkgever en werknemer kunnen daarover in alle vrijheid inhoudelijk onderhandelen. Bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst spreken werkgever en werknemer ook over de uitvoering van de pensioentoezeggingen. Daarbij komt onder andere aan de orde welke pensioenuitvoerder de pensioentoezeggingen zal uitvoeren, welke afspraken met de pensioenuitvoerder worden gemaakt, etc.

De pensioentoezeggingen dienen vertaald te worden naar een pensioenverzekeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder. Daarmee voldoet de werkgever aan zijn verplichting het pensioen voor zijn werknemers onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (artikel 23 Pw). Deze verplichting brengt niet met zich mee dat voor iedere individuele werknemer een afzonderlijke pensioenverzekeringsovereenkomst gesloten dient te worden. In de praktijk zal het vaak voorkomen dat een werkgever voor de meeste werknemers het pensioen op dezelfde wijze wil regelen. De werkgever zal hieraan gestalte geven door te regelen dat in zijn bedrijf een pensioenregeling geldt die van toepassing wordt bij indiensttreding. Die pensioenregeling wordt opgesteld door een pensioenuitvoerder en zal de afspraken bevatten die tussen werkgever en werknemers zijn gemaakt omtrent pensioen. Daarmee worden de aanspraken van de werknemers tegenover de pensioenuitvoerder op juridisch afdwingbare wijze vastgelegd.

In de arbeidsovereenkomst wordt voor de inhoud van de pensioenregeling verwezen naar het pensioenreglement van de pensioenuitvoerder van de werkgever. De verwijzing in de arbeidsovereenkomst en de inhoud van het pensioenreglement samen vormen vervolgens de pensioenovereenkomst.⁹ Omgekeerd geldt overigens ook dat een individuele werknemer met zijn werkgever iets afwijkends van de pensioenregeling kan afspreken. De werknemer doet dan afstand van deelname aan de pensioenregeling. Er wordt dan geen pensioenovereenkomst gesloten.¹⁰

Uit het voorgaande volgt al dat de pensioenregeling en de pensioenverzekeringsovereenkomst onverbrekkelijk met elkaar samenhangen. Dat blijkt daarenboven ook uit het feit dat de pensioenregeling onderdeel uitmaakt van de pensioenverzekeringsovereenkomst. In het onderzoeksdossier komt de samenhang tussen pensioenregeling en pensioenverzekeringsovereenkomst duidelijk naar voren. Zo wijst Meeùs er bijvoorbeeld in het kader van de advisering over de optimalisering van het pensioenproduct in het dossier [werkgever A] op dat voor aanpassing van de pensioenregeling de instemming van werknemers nodig is. De aanpassing van de pensioenregeling heeft vervolgens geleid tot een nieuwe pensioenverzekeringsovereenkomst. In de pensioenverzekeringsovereenkomst van 1 oktober 2009 wordt onder artikel 1 van hoofdstuk 2 aangegeven dat het pensioenreglement daarvan onderdeel vormt. Daarnaast heeft dit in het dossier [werkgever A] geleid tot een nieuwe door de werknemers te tekenen pensioenovereenkomst waarmee de aangepaste pensioenregeling tot onderdeel van de arbeidsvoorwaarden wordt gemaakt. Dezelfde constructie is terug te vinden in de andere dossiers. Ook daarin is de samenhang tussen pensioenregeling enerzijds en de pensioenverzekeringsovereenkomst anderzijds terug te zien. Steeds vormt de pensioenregeling onderdeel van de pensioenverzekeringsovereenkomst. Wijziging van het ene onderdeel betekent steeds een wijziging van het andere.

Door de onderbrengingsplicht van artikel 23 Pw ontstaat er aldus een driehoeksrelatie tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder. De driehoeksverhouding brengt onder meer tot uiting dat ieder van de drie een eigen verantwoordelijkheid op grond van de Pw heeft maar heeft niet tot gevolg dat de overeenkomsten los van elkaar gezien moeten worden wanneer een financiële dienstverlener een werkgever adviseert. Om die reden schrijft artikel 25 Pw ook voor dat in de uitvoeringsovereenkomst in ieder geval moet zijn vastgelegd welke procedures er gelden voor het 'vertalen' van een pensioenovereenkomst in een pensioenreglement en voor het

⁹ TK 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 12.

¹⁰ TK 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 13.

doorvoeren van wijzigingen in het pensioenreglement als gevolg van wijzigingen in de pensioenovereenkomst (artikel 25, eerste lid, onderdeel e, Pw).

Ook uit de toelichting bij de Pw van het begrip 'premie' volgt de driehoeksrelatie: *“elke in geld uitgedrukte periodiek vastgestelde prestatie aan de pensioenuitvoerder ter dekking van de aan de uitvoering van pensioenovereenkomst verbonden kosten”*. Immers, de hoogte van de te betalen premie wordt bepaald door de hoogte van de dekking die de verzekeraar moet verzekeren. Wordt in de arbeidsovereenkomst afgesproken dat de werkgever een bepaald bedrag aan pensioen op pensioengerechtigde leeftijd toezegt (al dan niet met een werknemersbijdrage aan de premie) aan de werknemer dan zal de verzekeraar dat bedrag moeten verzekeren (dekken) om te kunnen uitkeren op de pensioendatum. De hoogte van de door de verzekeraar vastgestelde premie zal gebaseerd worden op de toezegging door de werkgever aan de werknemer van het bedrag op de pensioenleeftijd. In tegenstelling tot hetgeen Meeùs stelt, dient de financiële dienstverlener dus wel degelijk op grond van artikel 4:23 Wft onder meer concreet te inventariseren of de werkgever de lasten die voortvloeien uit de pensioenverzekeringsovereenkomst kan dragen.

De vergelijking van Meeùs met een hypothecaire lening gaat overigens, wat daar verder ook van zij, niet op. Meeùs betoogt dat de pensioenregeling hetgeen is dat door middel van de pensioenverzekeringsovereenkomst wordt verzekerd, net zo goed als bij een hypothecaire geldlening onderscheid kan worden gemaakt tussen de aankoop van een woning en de daaruit voortvloeiende verplichting om de koopprijs te betalen, en de hypothecaire geldlening die ter financiering daarvan wordt afgesloten. Bij de aankoop van een woning en de vervolgens af te sluiten hypothecaire geldlening ter financiering bestaat een mate van keuzevrijheid die zich in het geval van de pensioenregeling en bijbehorende pensioenverzekeringsovereenkomst niet per definitie voordoet. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een werkgever gebonden is een bepaalde pensioenregeling af te spreken met een nieuwe werknemer op basis van de pensioenverzekeringsovereenkomst die hij met een verzekeraar heeft gesloten. Bovendien is ook de aankoop van de woning niet los te koppelen van de financiering nu de aankoopprijs van de woning (zoals in onderhavig geval de ‘aankoopprijs’ van de toezeggingen) (mede) de hoogte bepaalt van de hypothecaire geldlening en de afspraken die daarbij worden gemaakt in het kader van de aflossing. Iemand die een huis koopt kan zonder de hypothecaire geldlening niet voldoen aan de verplichting om de koopprijs te betalen.

Ook ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

c. De AFM heeft onvoldoende rekening gehouden met de toevoeging “*voorzover redelijkerwijs relevant*” in artikel 4:23 Wft gelet op het feit dat het hier steeds om een verlenging van de pensioenregeling gaat

Meeùs voert aan dat de AFM voorts onvoldoende rekening heeft gehouden met de toevoeging *“voorzover redelijkerwijs relevant”* in artikel 4:23, eerste lid, Wft. Uit het onderzoeksdossier blijkt genoegzaam dat het in alle gevallen gaat om een reeds jarenlang bestaande pensioenregeling en uitvoeringsovereenkomst. Slechts op onderdelen moesten wijzigingen worden aangebracht in de pensioenregeling (zoals bij [werkgever A] en [werkgever B]), dan wel was de werkgever op zoek naar een nieuwe pensioenuitvoerder die de ongewijzigde regeling zou uitvoeren ([werkgever C]). De aldus beperkte reikwijdte van de adviesopdracht betekent een

bepierking voor de omvang van de informatie-inwinningsplicht van artikel 4:23, eerste lid, Wft, die door de AFM volgens Meeùs onvoldoende in acht is genomen.

Meeùs heeft er uitvoerig op gewezen dat de casusposities die de AFM heeft geselecteerd allemaal het geval betreffen waarin een werkgever al beschikte over een pensioenregeling, inclusief een pensioenverzekeringsovereenkomst met een verzekeraar. In twee van de drie gevallen werd een kleine wijziging gebracht in de pensioenregeling, welke moest doorwerken in de pensioenverzekeringsovereenkomst. In één geval bleef de pensioenregeling ongewijzigd en werd alleen de persoon van de pensioenuitvoerder aangepast. Meeùs heeft er op gewezen dat een aanpassing in een pensioenregeling respectievelijk het uitsluitend veranderen van de persoon van de pensioenuitvoerder, iets heel anders is dan het tot stand brengen van een gehele nieuwe pensioenregeling.

Stel dat een partij een zeer ingewikkeld verzekeringsproduct heeft afgesloten in het verleden. Thans staat die voor de vraag of hij deze overeenkomst zal verlengen. Dan ligt onmiskenbaar voor de hand dat ten aanzien van die verlengingsbeslissing niet meer hoeft te worden teruggekomen op de oorspronkelijke overwegingen om het ingewikkelde product aan te gaan. Datzelfde geldt hier. Er moet dus wel degelijk in beschouwing worden genomen dat het om bestaande regelingen ging die slechts op een klein punt werden aangepast, respectievelijk het alleen maar ging om de aanpassing van de persoon van de uitvoerder. Dat heeft de AFM niet gedaan.

De AFM heeft volgens Meeùs ook volstrekt onvoldoende oog gehad voor het feit dat het standpunt van de AFM zou betekenen dat een werkgever zou moeten ingrijpen in bestaande arbeidsverhoudingen. Stel nu even dat Meeùs in een situatie waar de werkgever de pensioenverzekeringsovereenkomst wil verlengen tot de conclusie zou zijn gekomen dat een in het verleden door een werkgever toegezegd pensioen eigenlijk een beetje duur is. Wat zou er dan moeten gebeuren? Dan zou de pensioenregeling aangepast moeten worden? Maar dat kan natuurlijk niet zomaar. Daarvoor is instemming van de ondernemingsraad, als die er is, en/of van individuele werknemers nodig. Aanpassing van de pensioenregeling kan niet los worden gezien van overige arbeidsvoorwaarden. Een interessant traject, maar het heeft niets te maken met de pensioenverzekeringsovereenkomst die hoe dan ook gesloten zal moeten worden.

En dan nog de vraag: hoe kan een adviseur vaststellen of een pensioenregeling passend is, gelet op de financiële positie van de werkgever? Volgens de AFM moet een adviseur dan kijken naar de meest recente jaarrekening en balans. Deze stukken bieden verantwoording over het verleden en met enig geluk zijn er jaarstukken beschikbaar van niet meer dan één jaar geleden. Om de betaalbaarheid van een pensioenregeling te beoordelen, gaat het echter om de vraag of de onderneming in de toekomst voldoende middelen beschikbaar zal hebben. Dat kan niet worden beoordeeld op basis van jaarstukken uit het verleden.

Ook hieruit blijkt dat de AFM zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van het feit dat een pensioenregeling bestaande verplichtingen van een werkgever ten opzichte van werknemers betreft die een gegeven zijn voor een adviseur (omdat ze zijn verankerd in de arbeidsverhouding), tenzij er advies wordt gevraagd over het geheel nieuw opzetten van een pensioenregeling. Dat laatste is in de dossiers die de AFM heeft onderzocht niet aan de orde. Waar advies niet kan leiden tot een aanpassing in de pensioenregeling, kan het niet relevant zijn om daarover informatie in te winnen in het kader van artikel 4:23 Wft. De AFM heeft dan ook over het hoofd gezien dat de

relevantie moet worden beoordeeld in het kader van de adviesaanvraag: omtrent de uitvoeringsregeling. Bij welke verzekeraar, tegen welke premie? Onverminderd haar standpunt over de reikwijdte van artikel 4:23 Wft heeft Meeùs alle informatie ingewonnen die redelijkerwijs relevant kan worden gevonden voor een goed advies omtrent de uitvoeringsregelingen in de dossiers die hier aan de orde zijn.

Reactie AFM

De AFM heeft in het Boetebesluit vastgesteld dat Meeùs de vereiste informatie niet, althans onvoldoende bij haar cliënten heeft ingewonnen, zodat zij niet aan de zorgvuldigheidseisen van artikel 4:23 Wft heeft voldaan. Meeùs ontkent niet zozeer de geconstateerde tekortkomingen maar stelt zich op het standpunt dat de relatie met haar cliënten zodanig is dat van haar niet kon worden gevergd dat zij de zorgvuldigheidseisen van artikel 4:23 Wft toepaste. De AFM is daarentegen van oordeel dat de adviesregels van artikel 4:23 Wft onverkort in acht dienen te worden genomen bij de advisering door Meeùs over het onderhavige pensioenproduct in de relatie tot haar cliënten.

Meeùs lijkt te miskennen dat zij wel degelijk een advies heeft afgegeven in de zin van artikel 1:1 Wft, betreffende de wijziging of verlenging van een pensioenproduct. Tweemaal betreft de advisering de verlenging van een bestaande uitvoeringsovereenkomst waarbij specifieke wensen van de werkgever tot optimalisering, althans overheveling naar een andere pensioenuitvoerder aan de orde waren ([werkgever A] en [werkgever B]). Daarnaast was sprake van een advies over de aanpassing van een pensioenregeling om de kosten beter beheersbaar te maken ([werkgever C]). Meeùs geeft aan dat in het dossier [werkgever B] in het geheel geen sprake is van een wijziging in de pensioenregeling maar dat enkel sprake is geweest van een overstap naar een andere pensioenuitvoerder. Feit blijft echter dat Meeùs heeft geadviseerd over de overstap naar [redacted] en in dat verband een maatschappijvergelijking heeft gemaakt met [redacted]. Nu zij een concrete aanbeveling heeft gedaan over te stappen naar [redacted], is sprake van adviseren en had Meeùs de adviesregels van artikel 4:23 Wft in acht moeten nemen.

Ongeacht of de adviseur een bestaande of nieuwe cliënt adviseert, dient de adviseur alsnog het adviesproces te doorlopen. De adviseur dient zijn advies te baseren op actuele informatie van de werkgever over onder meer de kenmerken van zijn bedrijf, de financiële positie van het bedrijf, de risicobereidheid, de doelstellingen en de kennis van en ervaring met pensioenen. Zo overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam inzake *LeenSysteem*:¹¹

“In dit verband overweegt de voorzieningenrechter dat voor zover LeenSysteem al zou kunnen worden gevolgd in haar stelling dat het telkens gaat om het oversluiten van geldleningen en dat onder de doelstelling woningverbetering in dit verband iedere verbetering van het woongenot moet worden begrepen, zodat het niet in de rede ligt te adviseren het bestaande hypothecair krediet te verhogen, heeft te gelden dat ook dan niet kan worden vastgesteld of een passend advies is gegeven omdat op geen enkele wijze blijkt dat informatie is ingewonnen met betrekking tot zijn risicobereidheid. Dat de klant op het desbetreffende formulier heeft aangekruist bekend te zijn met vormen van krediet is in dit verband niet toereikend.”

¹¹ Vz Rb Rotterdam, 16 september 2009, AWB 09/2939 BC-T2.

Los van de aard van de aanpassingen in de bestaande pensioenregelingen betekent alleen al het feit dat Meeùs adviseert over de verlenging of aanpassing van de regeling – neergelegd in de pensioenverzekeringsovereenkomst – dat zij de adviesregels in acht dient te nemen. Er is dan immers sprake van het aanbevelen van een specifiek product aan een specifieke cliënt (artikel 1:1 Wft).

Als de adviseur de cliënt adviseert om de pensioenverzekeringsovereenkomst aan te passen of te verlengen, adviseert hij een pensioenverzekeringsovereenkomst af te sluiten. Dit heeft als consequentie dat het volledige wettelijk adviestraject van toepassing is. Het is immers mogelijk dat de situatie van de cliënt sinds het afsluiten van de vorige pensioenverzekeringsovereenkomst is gewijzigd. In tegenstelling tot hetgeen Meeùs stelt, dient dus wel degelijk te worden nagegaan of de oorspronkelijke beweegredenen van de cliënt nog actueel zijn. Gedacht kan worden aan de vraag of de werkgever, gelet op de huidige activiteiten, nu misschien onder de reikwijdte van een CAO of verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, dan wel of de werkgever gedispenseerd kan blijven; de vraag of het pensioenproduct nog aansluit op het personeelsbestand en de samenstelling daarvan; de actuele financiële positie van het bedrijf waarbij onder andere de solvabiliteits- en liquiditeitsontwikkeling van belang zijn en de toekomstverwachtingen van de werkgever. Ook is het mogelijk dat in het verleden minder gegevens zijn ingewonnen dan naar de huidige wettelijke inzichten vereist is. In dat geval zal de adviseur alsnog de ontbrekende gegevens moeten verzamelen om tot een passend advies te komen. De adviseur moet met dit alles bij zijn advies over de nieuwe pensioenverzekeringsovereenkomst rekening houden.¹² Dat geldt te meer gelet op de tijdsperiode, van zo'n vier jaar, tussen het huidige advies en het eerdere advies. De kernvraag die de adviseur moet onderzoeken is of het verlengen of aanpassen van het pensioenproduct in het belang van de cliënt is. Dit belang moet aantoonbaar zijn.

De AFM stelt voorop dat de mate waarin een financiële dienstverlener de in artikel 4:23 van de Wft genoemde informatie moet uitvragen met name afhankelijk is van de mate van complexiteit van het product waarover hij adviseert. Dat is waar de frase “voor zover redelijkerwijs relevant” betrekking op heeft. Des te ingewikkelder het product waarover wordt geadviseerd is, des te verdergaande informatie de adviseur over de cliënt dient in te winnen. Dat volgt duidelijk uit de toelichting bij artikel 4:23 Wft.¹³ Het pensioenproduct waarover Meeùs adviseert, dient te worden aangemerkt als een complex product in de zin van het BGfo (zie hiervoor). Juist als het gaat om een complex product als het pensioenproduct dienen de adviesregels van artikel 4:23 Wft in acht te worden genomen. Deze verplichting gaat in het geval van een complex product verder dan in het geval van bijvoorbeeld een eenvoudige schadeverzekering.

Het belang informatie over de financiële positie in te winnen is mede ingegeven door het feit dat door een pensioentoezegging langlopende verplichtingen tussen werkgever en werknemer ontstaan (ook de toekomstige werknemer). Afhankelijk van het gekozen pensioenproduct en de ontwikkeling van de onderneming kunnen de financiële lasten verbonden aan de verplichtingen voor de werkgever sterk fluctueren. Indien de lasten te hoog worden kan dit de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen. De financiële dienstverlener dient dan ook na te gaan met de werkgever welke fluctuaties in de kosten, bijvoorbeeld vanwege waardeoverdracht, voor hem acceptabel én draagbaar zijn. De financiële dienstverlener dient dit in zijn advies te betrekken.

¹² Zie overeenkomstig AFM Leidraad Hypotheekadviesgeving, Advies over oversluiten.

¹³ TK 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 512 en TK 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 89.

Een financiële dienstverlener dient informatie in te winnen over de huidige en toekomstig te verwachten financiële positie.¹⁴ Ten aanzien van de financiële positie zoals die zich in de toekomst ontwikkelt dient er onder meer gekeken te worden naar de liquiditeitspositie en de solvabiliteit. Bovendien dienen er in het klantdossier documenten of gegevens opgenomen te worden waaruit de financiële positie van de onderneming blijkt. Vervolgens dient de adviseur op grond van de ingewonnen informatie na te gaan of een te adviseren pensioenregeling past bij de financiële positie van de werkgever en dus betaalbaar is en blijft, aangezien een pensioenregeling een arbeidsvoorwaarde is en de werkgever daarmee een langlopende verplichting aangaat.¹⁵

Bij het verlengen of aanpassen van een regeling is de adviseur verplicht om een financiële vergelijking te maken. Hierbij vergelijkt hij de situatie waarin de huidige regeling in stand blijft met de situatie dat deze wordt aangepast of verlengd. Over de betaalbaarheid van een pensioenregeling dient een financiële dienstverlener zelf een oordeel te vellen op grond van artikel 4:23 Wft. Door het in kaart brengen van de financiële consequenties kan de adviseur een goede afweging maken tussen de voordelen van het aanpassen of verlengen en de kosten die hieraan zijn verbonden. Zonder een berekening van deze financiële consequenties is er per definitie geen sprake van een passend advies. Uiteraard is het aan de cliënt om uiteindelijk te oordelen of hij al dan niet een advies opvolgt. Dit laat onverlet dat een financiële dienstverlener een advies dient te geven aan de cliënt. Ook als de cliënt een uitdrukkelijke wens heeft, laat dat onverlet dat Meeùs informatie dient in te winnen over de financiële positie, en de passendheid van het te adviseren product onder meer hieraan dient te toetsen. Meeùs kan de beoordeling niet overlaten aan de werkgever.

Meeùs lijkt met haar stellingen de impact van de aanpassingen op de organisatie van de werkgevers te bagatelliseren. Alleen al het geval waarin aanpassing van de pensioenregeling aan de orde is om de kosten beter beheersbaar te maken noodzaakt tot het verkrijgen van inzicht in de actuele financiële positie van de werkgever om hierover een zinnig advies te kunnen geven. Leidt de aanpassing daadwerkelijk tot een betere beheersing van de kosten of leidt een andere aanpassing tot een beter resultaat?

In twee van de vier getoetste dossiers heeft de AFM geconstateerd dat geen informatie over de financiële positie is ingewonnen. In twee van de vier getoetste dossiers heeft de AFM geconstateerd dat onvoldoende informatie over de risicobereidheid is ingewonnen. De AFM heeft in dit verband geconstateerd dat Meeùs niet actief heeft gevraagd naar de financiële positie en de risicobereidheid van de betreffende cliënten ([werkgever A] en [werkgever B]). Ten hoogste zou uit de informatie in het dossier ten dele de risicobereidheid kunnen worden afgeleid, maar hier is niet concreet naar gevraagd. In zoverre is al niet aan de verplichting voldaan informatie over de risicobereidheid in te winnen.

De AFM heeft voorts aangegeven dat voor zover informatie over de risicobereidheid uit de dossiers zou kunnen worden afgeleid, Meeùs ook informatie had moeten inwinnen over het kunnen dragen van risico's. Een cliënt zal pas kunnen aangeven welk risico hij bereid is te dragen indien hij ook kan inschatten hoeveel risico hij kan dragen.

¹⁴ Leidraad tweede pijler pensioenadvisering.

¹⁵ Vergelijk in dit verband Vz Rb Rotterdam, 24 augustus 2010, LJN: BN4885, waarin de lange looptijd van de betreffende overeenkomsten wordt betrokken bij de beoordeling van de overtreding van artikel 4:23 van de Wft.

Om de informatie over de risicobereidheid van de cliënt op waarde te kunnen schatten dient daarbij ook informatie over de financiële ruimte van de cliënt en diens kennis en ervaring te worden betrokken, zodat kan worden nagegaan of de cliënt zich realiseert welke risico's hij bereid is te dragen. Dit laatste hangt nauw samen met de financiële positie van de cliënt.

Het inwinnen van kennis en ervaring van de werkgever is relevant om tot een passend advies te komen. Van een werkgever mag niet worden verwacht dat hij/zij over voldoende kennis en ervaring beschikt met betrekking tot alle aandachtsgebieden van het pensioenproduct. Een financiële dienstverlener dient daarom nadrukkelijk rekening te houden met deze kennisachterstand van de werkgever. Hoe minder de werkgever onderlegd is om het product en/of de dienst te beoordelen, des te meer dient de financiële dienstverlener de werkgever adequaat te informeren en neemt zijn zorgplicht naar de werkgever toe. Dat geldt te meer nu in onderhavig geval sprake is van een adviesrelatie met kleine ondernemingen over een complex product, waarvoor eens te meer geldt dat zij niet de deskundigheid in huis hebben om te weten welk pensioenproduct voor hun organisatie ter invulling van de afspraken die zij met hun werknemers hebben gemaakt, geschikt is.

Meeùs geeft nog aan dat de situatie zich kan voordoen dat de inventarisatie leidt tot het oordeel dat de gedane pensioentoezeggingen in het verleden voor de toekomst niet gehandhaafd kunnen worden en dat aldus een wijziging dient te worden aangebracht. Dit kan problematisch zijn aangezien de werkgever de pensioenovereenkomst over het algemeen – tenzij dat uitdrukkelijk overeengekomen is – niet eenzijdig kan wijzigen. De AFM erkent dat dit een lastige situatie kan opleveren maar dat betekent niet dat om die reden een passend advies dan maar achterwege zou moeten worden gelaten. De verantwoordelijkheid voor het geven van een passend advies rust op Meeùs. Het is de verantwoordelijkheid van de werkgever dat de werknemer opgebouwd krijgt wat hem beloofd is. Deze verantwoordelijkheid van de werkgever vloeit voort uit de onderbrengingsplicht. De werkgever dient er bij die onderbrenging op toe te zien dat de afspraken uit de pensioenovereenkomst leiden tot een daarop aansluitend pensioenreglement. De pensioenuitvoerder heeft in deze niet een primaire verantwoordelijkheid. Tijdens de parlementaire behandeling van de Pw werd opgemerkt:

“..., dat de pensioenuitvoerder een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft voor de juridische correctheid van het pensioenreglement. Indien een werkgever volhardt in het willen onderbrengen van een met de wet strijdige pensioenregeling bij een pensioenuitvoerder, of indien de werkgever weigert mee te werken aan een wijziging die volgens de pensioenuitvoerder juridisch gezien nodig is, dan staat de pensioenuitvoerder volledig in zijn recht indien hij het pensioenreglement toch in overeenstemming met de wettelijke eisen brengt, en, indien daaruit een hogere premie voortvloeit, die premie bij de werkgever in rekening brengt.”¹⁶

Ook ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

d. Meeùs heeft niet verwijtbaar gehandeld

Voorts brengt Meeùs naar voren dat zij in ieder geval niet verwijtbaar heeft gehandeld. Meeùs heeft uit eigen beweging, en voorafgaand aan de publicatie van de AFM omtrent het tweede pijler pensioen en de leidraden, uit

¹⁶ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 38.

de tekst van de wet, gelezen in combinatie met de Pw, niet hoeven afleiden dat de adviesplicht ook zou zien op de onderliggende pensioenregeling, laat staan op slechts een aanpassing op onderdelen van de onderliggende pensioenregeling. Het ontbreken van verwijtbaarheid maakt dat de boeteoplegging geen stand zal houden en dat publicatie niet aan de orde zou moeten zijn.

Reactie AFM

De AFM stelt voorop dat het in de eerste plaats de eigen verantwoordelijkheid van een professionele speler als Meeùs is om op de hoogte te zijn van de voor haar geldende verplichtingen.¹⁷ Zij had daarvan in ieder geval op de hoogte kunnen zijn door de guidance die de AFM al meerdere malen over het ken-uw-cliënt beginsel heeft afgegeven.

Ten tijde van de advisering door Meeùs waren de adviesregels (waaronder het overtreden artikel 4:23, eerste lid, onder a en b, Wft) al geruime tijd in werking en bekend. Het betreft hier de elementaire adviesregels waar een financieel dienstverlener (adviseur) aan moet voldoen. Meeùs heeft advies gegeven terwijl zij over onvoldoende (en op een aantal aspecten geen) informatie over de risicobereidheid, financiële positie, kennis en ervaring van de werkgever beschikte. Sinds november 2007 heeft de AFM in meerdere publicaties aandacht besteed aan de werking van deze adviesregels en beschreven hoe een goede adviespraktijk er uit zou kunnen zien (onder meer in het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek' uit november 2007 en in het rapport 'Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen' uit juli 2008). Ook daarin zijn de uitgangspunten opgenomen waaraan de financiële onderneming zich in haar adviespraktijk dient te houden. Deze rapporten richtten zich weliswaar niet specifiek op advisering over pensioenen maar maken wel duidelijk hoe artikel 4:23 Wft in de praktijk moet worden gebracht.

De AFM heeft daarnaast vanaf juli 2009 tot en met heden tien leidraden ten aanzien van specifiek tweede pijler pensioenadvisering gepubliceerd en is er nog een extra leidraad gewijd aan de financiële positie en de betaalbaarheid van de pensioenregeling voor de werkgever. Door middel van deze leidraden heeft de AFM de door haar voorgestane en gevolgde praktijk nog eens vastgelegd. Daarnaast heeft de AFM overleg gehad met brancheorganisaties en heeft de AFM verschillende pensioenpresentaties gegeven. Dát er informatie moet worden ingewonnen volgt echter al duidelijk uit de norm van artikel 4:23 Wft. Meeùs kan dus niet betogen dat het feit dat zij helemaal geen informatie inwint over de financiële positie voortkomt uit onduidelijkheden in de wet.

Alhoewel de leidraden op het gebied van pensioenadvisering periodiek in de periode juli tot en met december 2009 zijn opgesteld en de onderzochte dossiers van Meeùs alle vóór de publicatie van de leidraden zijn opgesteld, benadrukt de AFM dat het de eigen verantwoordelijkheid is van de onder toezicht staande instelling om de wet na te leven, ongeacht of de AFM 'guidance' heeft gegeven over haar interpretatie van de wet.

Onder andere uit het dossier [werkgever A] blijkt overigens ook dat Meeùs wel degelijk op de hoogte was van haar verplichtingen in het kader van artikel 4:23 Wft. In een brief van 20 september 2006 wordt [werkgever A] er door Meeùs op gewezen dat voor adviesgevoelige producten een inventarisatie dient te worden gemaakt van de situatie van de cliënt en wordt [werkgever A] gevraagd daartoe een formulier in te vullen. Een dergelijk ingevuld

¹⁷ Rb Rotterdam, 26 april 2010, LJN: BM4562.

formulier is echter niet in het dossier aangetroffen. Hieruit blijkt echter wel dat Meeùs op de hoogte was van de adviesregels.

Verder is Meeùs met drie filialen betrokken geweest bij het hypotheekonderzoek in 2007. Hypotheken in combinatie met levensverzekeringen vormen complexe producten waarop de adviesregels van toepassing zijn. Naast de generieke rapportage over de zorgplicht heeft Meeùs derhalve ook een geïndividualiseerde rapportage ontvangen over de eigen hypotheekadviespraktijk op 20 december 2007 (met kenmerk TTIA-[REDACTED]). Deze rapportage is besproken met Meeùs op 11 februari 2008 mede met de [REDACTED] van Meeùs, met het [REDACTED] en met de [REDACTED]. Per brief van 21 februari 2009 communiceert de AFM de follow-up maatregelen aan Meeùs naar aanleiding van het onderzoek (met kenmerk TTIA-[REDACTED]):

- a. *Meeùs wint bij oversluitadviezen informatie in ten aanzien van de doelstelling en risicobereidheid van de consument.*
- b. *Meeùs draagt er zorg voor dat de geadviseerde hoogte van het hypothecaire krediet aansluit bij de financiële positie van de consument.*
- c. *Meeùs wint voldoende diepgaand informatie in met betrekking tot de doelstellingen en de risicobereidheid van de consument ten aanzien van het opbouwen van doelvermogen.*
- d. *Meeùs wint informatie in met betrekking tot de risicobereidheid van de consument ten aanzien van de betaalbaarheid van de maandlasten bij overlijden van één van de partners.*
- e. *Meeùs voorkomt dat er toch advies wordt gegeven zonder zich te verdiepen in de consument.*
- f. *Meeùs dient op het moment van advisering van de consument inzake een hypothecair krediet, de informatie met betrekking tot de risicobereidheid, doelstelling, financiële positie en ervaring vast te leggen en te bewaren.*

Op 12 maart 2008 stuurt de [REDACTED] van Meeùs de brief met de te ondernemen acties naar aanleiding van de follow-up maatregelen. Het kan dus niet zo zijn dat Meeùs aangeeft geen weet te hebben van de strekking van de adviesregels rond complexe producten.

Voorgaande in aanmerking nemend had het voor Meeùs duidelijk moeten zijn dat zij ten aanzien van de door haar gegeven pensioenadviezen onverkort gehouden was aan de informatie-inwinningsplicht zoals die volgt uit artikel 4:23 Wft.

Ook heroverweging ten aanzien van dit laatste onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Beslissing

Gelet op het voorgaande stelt de AFM zich op het standpunt dat heroverweging niet kan leiden tot een ander oordeel. De AFM concludeert tot ongegrondheid van het bezwaar en handhaaft haar Boetebesluit. De motivering van het Boetebesluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen het in deze brief vervatte besluit beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]

[REDACTED]
Directeur

[was getekend]

[REDACTED]
Hoofd
Juridische Zaken

Bijlage 1 – Wettelijk kader

Artikel 1:1 Wft

Adviseren:

- a. het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële producten, met uitzondering van verzekeringen en financiële instrumenten, aan een bepaalde consument of;*
- b. het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke verzekeringen of van een of meer specifieke financiële instrumenten aan een bepaalde cliënt.*

Financieel product:

- a. een beleggingsobject;*
- b. een betaalrekening met inbegrip van de daaraan verbonden betaalfaciliteiten;*
- c. elektronisch geld;*
- d. een financieel instrument;*
- e. krediet;*
- f. een spaarrekening met inbegrip van de daaraan verbonden spaarfaciliteiten;*
- g. een verzekering die geen herverzekering is; of*
- h. een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen ander product.*

Levensverzekering:

Een levensverzekering als bedoeld in artikel 975 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, met dien verstande dat de prestatie van de levensverzekeraar uitsluitend in geld geschiedt, of een natura-uitvaartverzekering als bedoeld in dit artikel.

Schadeverzekering:

- a. schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een natura-uitvaartverzekering;*
- b. ongevallenverzekering; of*
- c. sommenverzekering als bedoeld in artikel 964 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een levensverzekering of een financieel instrument, met dien verstande dat voor de toepassing van deze wet een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen.*

Artikel 1:25 Wft

- 1. Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.*
- 2. De Autoriteit Financiële Markten heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het gedragstoezicht op financiële markten uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten.*

Artikel 1:81 Wft

- 1. Het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur, met dien verstande dat de boete voor een afzonderlijke overtreding ten hoogste € 900.000 bedraagt.*

2. *De algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het eerste lid, bepaalt bij elke daarin omschreven overtreding het bedrag van de deswege op te leggen bestuurlijke boete.*
3. *De toezichthouder kan het bedrag van de bestuurlijke boete lager stellen dan in de algemene maatregel van bestuur is bepaald, indien het bedrag van de boete in een bepaald geval onevenredig hoog is.*

Artikel 1:97 Wft

1. *De toezichthouder maakt een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet na bekendmaking openbaar, indien de bestuurlijke boete is opgelegd ter zake van overtreding van:*
 - a. *En verbodsbepaling uit deze wet of van artikel 1:58, tweede lid, 1:59, tweede lid, 1:67, eerste lid, of 4:4, eerste lid;*
 - b. *Een overige bepaling die in de algemene maatregel van bestuur op basis van artikel 1:81, eerste lid, beboetbaar is gesteld met tariefnummer 4 of 5; of*
 - c. *Artikel 4:19, 4:20, 4:22, 4:23, 4:24, 4:42 of 4:87.*
2. *De openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete geschiedt niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon bekend is gemaakt.*
3. *Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt de openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.*
4. *Indien de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet blijft deze achterwege.*

Artikel 1:98 Wft

Onverminderd artikel 1:97 maakt de toezichthouder een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet openbaar, nadat het rechtens onaantastbaar is geworden, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.

Artikel 4:23, eerste lid, Wft

Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert:

- a. *Wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen;*
- b. *Draagt zij er zorg voor dat haar advies of de wijze van het beheer van het individueel vermogen, voor zover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de in onderdeel a bedoelde informatie; en*
- c. *Licht zij de overwegingen toe die ten grondslag liggen aan haar advies voor zover dit nodig is voor een goed begrip van haar advies.*

Artikel 1, onderdeel d, BGfo

Complex product: 3) levensverzekering, niet zijnde een natura-uitvaartverzekering of een andere verzekering die uitsluitend strekt tot het doen van geldelijke uitkeringen in verband met de verzorging van de uitvaart van een

natuurlijke persoon of een verzekering waarbij de verplichting van de verzekeraar tot het doen van een uitkering of een reeks van uitkeringen alleen dan ontstaat, indien het overlijden van degenen op wiens leven de verzekering betrekking heeft plaatsvindt voor de in de polis genoemde datum.

Artikel 32, eerste lid, BGfo

Een aanbieder als bedoeld in artikel 4:15, eerste of derde lid, van de wet die een consument of, indien het een verzekering betreft, cliënt adviseert, bewaart, indien de advisering leidt tot het aangaan van een overeenkomst inzake het aanbevolen product met de consument onderscheidenlijk de cliënt, de informatie die hij overeenkomstig artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, van de wet heeft ingewonnen, alsmede de gegevens betreffende het verkochte financiële product, gedurende ten minste één jaar vanaf het moment van advisering.

Artikel 32, derde lid, BGfo

Een bemiddelaar, gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent als bedoeld in artikel 4:15, eerste of derde lid, van de wet die een consument of, indien het een verzekering betreft, cliënt adviseert bewaart, indien de advisering leidt tot het aangaan van een overeenkomst met de consument onderscheidenlijk de cliënt inzake het aanbevolen product, de informatie die hij overeenkomstig artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, van de wet heeft ingewonnen, alsmede de gegevens betreffende het aanbevolen financiële product, gedurende ten minste één jaar vanaf het moment van advisering.

Artikel 32, vijfde lid, BGfo

Een aanbieder, bemiddelaar, gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent als bedoeld in artikel 4:15, eerste of derde lid, van de wet die in het kader van een door hem verstrekt advies met een consument of, indien het een verzekering betreft, cliënt een overeenkomst aangaat onderscheidenlijk bemiddelt bij de totstandkoming van een overeenkomst inzake een ander financieel product dan waarover hij de consument onderscheidenlijk de cliënt heeft geadviseerd, is gedurende ten minste één jaar na de totstandkoming van de overeenkomst in staat om aan de Autoriteit Financiële Markten aan te tonen dat de consument onderscheidenlijk de cliënt in weerwil van het advies de keuze heeft gemaakt voor het aangaan van die overeenkomst.

Artikel 7:10, eerste lid, Awb

Het bestuursorgaan beslist binnen zes weken of – indien een commissie als bedoeld in artikel 7:13 is ingesteld – binnen tien weken na ontvangst van het bezwaarschrift.

Artikel 41, tweede lid, Vrijstellingsregeling Wft

Financiële dienstverleners zijn vrijgesteld van artikel 4:23, eerste en tweede lid, van de wet voorzover zij financiële diensten verlenen met betrekking tot financiële producten, met uitzondering van:

- a. complexe producten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van het besluit;*
- b. spaarrekeningen en de daaraan verbonden spaarfaciliteiten, waarvan de rentevergoeding is gekoppeld aan de koersontwikkeling van tot de handel op een markt in financiële instrumenten toegelaten financiële instrumenten;*
- c. financiële instrumenten;*
- d. krediet waarvan de kredietsom meer dan € 1.000 bedraagt*
- e. hypothecair krediet*
- f. verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt;*

g combinaties van twee of meer van de financiële producten, bedoeld in de onderdelen a tot en met h van de definitie van financieel product in artikel 1:1 van de wet.

Artikel 6 Pw

De Wet op het financieel toezicht is niet van toepassing op de verhouding tussen een verzekeraar en een aanspraak- of pensioengerechtigde, tenzij in deze wet anders is bepaald.

Artikel 23, eerste lid, Pw

De werkgever brengt een pensioenovereenkomst, uiterlijk wanneer een werknemer pensioenaanspraken verwerft, onder door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten (...) en in stand te houden (...).

Artikel 25, eerste lid, onderdeel e, Pw

In de uitvoeringsovereenkomst wordt in ieder geval een regeling opgenomen met betrekking tot de volgende onderwerpen: e) de procedures welke gelden bij het opstellen en wijzigen van het pensioenreglement in verband met het sluiten en wijzigen van een pensioenovereenkomst.

Artikel 7:925, eerste lid, BW

Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.

Artikel 7:944 BW

Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.

Artikel 7:964 BW

Sommenverzekering is de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Zij is slechts toegelaten bij persoonsverzekering en bij verzekeringen welke daartoe bij algemene maatregel van bestuur, zonodig binnen daarbij vast te stellen grenzen, zijn aangegeven.

Artikel 7:975 BW

Levensverzekering is de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering met dien verstande dat ongevallenverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd.

Bijlage 2 – Verslag hoorzitting

Verslag hoorzitting Meeùs Groep B.V. (Meeùs) 31 januari 2011 ten kantore van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) inzake het bezwaar d.d. 3 november 2010 tegen de beschikking van de AFM d.d. 27 oktober 2010 met kenmerk TGFO-[REDACTED]

Aanwezig

Van de zijde van Meeùs

- mevrouw mr. Kitty Lieverse (Loyens & Loeff N.V., gemachtigde Meeùs)
- de heer [A]
- de heer [E]
- mevrouw [B]
- mevrouw [C]

Van de zijde van de AFM

- [voorzitter] bezwaarschriftencommissie
- de heer [F]
- de heer [G]
- mevrouw [H] (tevens verslag)

Hoorzitting

1. Deze hoorzitting wordt gehouden in het kader van het bezwaarschrift dat namens Meeùs is ingediend tegen het besluit van de AFM van 27 oktober 2010 tot het opleggen van een boete van € 30.000 wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid, Wft (met kenmerk JZ-[REDACTED]).
2. De [voorzitter] opent de hoorzitting om 13.00 uur en heet iedereen welkom. De **voorzitter** omschrijft de functies die hijzelf, de heer [F], de heer [G] en mevrouw [H] vervullen. De AFM heeft gekozen voor een hoorcommissie die geleid wordt door een onafhankelijk voorzitter. Het Bestuur van de AFM zal mede op grond van het bezwaarschrift en het verslag van de hoorzitting het primaire besluit heroverwegen. De **aanwezigen** stellen zich voor.
3. De **voorzitter** schetst de huidige stand van zaken in het proces. Hij vat daartoe de 5 voorvragen samen, zoals verwoord door de voorlopige voorzieningenrechter.¹⁸ Hij geeft verder aan dat deze hoorzitting is bedoeld om Meeùs in de gelegenheid te stellen haar bezwaar toe te lichten. De voorzitter vraagt aan Meeùs of deze een pleitnota zal hanteren. Mevrouw **Lieverse** geeft aan dat zij een pleitnota heeft en overlegt kopieën daarvan aan de voorzitter, de heer [F], de heer [G] en mevrouw [H]. De pleitnota is aan dit verslag gehecht en maakt daar integraal onderdeel van uit.

¹⁸ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 23 december 2010, Reg. nr.: AWB 10/4384 VBC-T2.

4. De **voorzitter** verleent de cautie en geeft aan Meeùs het woord. In aanvulling op de gronden van bezwaar zoals reeds aangevoerd door Meeùs gaat mevrouw **Lieverse** tijdens de hoorzitting nader in op de door de voorzieningenrechter in zijn uitspraak in de voorlopige voorzieningsprocedure geformuleerde vragen.¹⁹ Deze vragen dienen cumulatief bevestigend beantwoord te worden, wil er sprake zijn van een overtreding van artikel 4:23 Wft. Deze vragen zijn de volgende:
- Is artikel 4:23, eerste lid, van de Wft van toepassing op het pensioenproduct waarin Meeùs in het onderhavige geval drie werkgevers heeft geadviseerd?
 - Is dat pensioenproduct aan te merken als een financieel instrument of verzekering als bedoeld in artikel 1 van de Wft?
 - Is dat pensioenproduct te beschouwen als een complex product als bedoeld in artikel 41, tweede lid, onder a, van de Vrijstellingsregeling Wft en meer in het bijzonder als een levensverzekering als bedoeld in artikel 1, onder 3, van het BGfo, gelet op de definities in artikel 1 van de Wft en artikel 7:975 van het Burgerlijk Wetboek?
 - Had AFM onderscheid moeten maken tussen de onderliggende pensioenregeling en de verzekeringsovereenkomst die ter uitvoering daarvan is gesloten of zijn die onlosmakelijk met elkaar verbonden?
 - Wat is de betekenis van de bijzin in artikel 4:23, eerste lid, onder a, van de Wft: “voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het advies”?

Mevrouw Lieverse merkt op dat de AFM in haar boetebesluit aan al het bovenstaande geen aandacht heeft besteed.

5. Mevrouw Lieverse draagt de pleitnota in zijn geheel voor. Bij punt 12 van de pleitnota stelt de heer **[F]** de vraag of het citaat dat mevrouw Lieverse in bijlage 2 bij de pleitnota heeft voorzien van een streep in de kantlijn de meest recente versie van de toelichting op de Vrijstellingsregeling Wft betreft. Mevrouw **Lieverse** antwoordt daarop dat het de oorspronkelijke toelichting is, waarop de AFM eerder in het proces een beroep heeft gedaan.
6. Bij punt 14 van de pleitnota merkt mevrouw Lieverse op dat de pensioenverzekeringsovereenkomsten geen in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekeringen zijn zoals gedefinieerd in artikel 7:975 BW maar dat het hier in haar ogen waarschijnlijk gaat om schadeverzekeringen.
7. Bij punt 16 benadrukt mevrouw Lieverse dat de omvang van de onderzoeksplicht in het kader van artikel 4:23 Wft zou moeten worden gedictieerd door de mate waarin het product wordt aangepast.
8. De **voorzitter** vraagt of de namens Meeùs aanwezigen nog een aanvulling wensen te geven op hetgeen door mevrouw Lieverse naar voren is gebracht.
9. Mevrouw **[B]** merkt op dat hij in het kader van deze procedure vaak de metafoor heeft gebruikt dat “met een barometer geen temperatuur kan worden gemeten” en dat – indien de informatie inwinningsplicht van

¹⁹ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 23 december 2010, Reg. nr.: AWB 10/4384 VBC-T2.

artikel 4:23 Wft in volle omvang zou gelden in onderhavig geval – Meeùs zich het hoofd zou moeten breken hoe zij daaraan moet voldoen.

10. De heer [A] benadrukt dat de impact van de uitkomst van onderhavige procedure heel wezenlijk is voor de bedrijfsvoering van Meeùs.
11. De **voorzitter** geeft aan dat in de uitspraak van de voorzieningenrechter de vraag centraal staat of er een onderscheid gemaakt had moeten worden door de AFM tussen de pensioenregeling en de verzekeringsovereenkomst. De voorzitter herhaalt dat mevrouw Lieverse spreekt over een “nauwe samenhang” tussen de twee (verwezen wordt naar punt 7 van de pleitnota) terwijl de voorzieningenrechter zich afvraagt of de pensioenregeling en de verzekeringsovereenkomst “onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn”. De voorzitter vraagt zich af hoe hier nu tegenaan moet worden gekeken.
12. Mevrouw **Lieverse** antwoordt dat de pensioenregeling in feite het lijdend voorwerp is van de verzekeringsovereenkomst en trekt een parallel met de aankoop en financiering van een huis door een consument. De adviesregels die de bemiddelaar/adviseur in acht moet nemen bij het advies over de hypotheeklening zien niet ook op de aankoop van het huis en de verhouding met de verkoper, maar op de verhouding tussen de koper en de financier.
13. De **voorzitter** vraagt wat volgens Meeùs het verschil is tussen “nauwe samenhang” en “onlosmakelijk verbonden”. Mevrouw **Lieverse** antwoordt dat er sprake is van samenhang tussen de pensioenregeling en de verzekeringsovereenkomst maar dat er wel degelijk een onderscheid moet worden gemaakt tussen de twee zaken. De heer [A] vult aan dat “onlosmakelijk verbonden” duidt op een zekere mate van gelijktijdigheid. En dat is in deze casus niet het geval nu het hier gaat om verlengingen. “Nauwe samenhang” is wat hem betreft daarom een beter passende aanduiding.
14. De **voorzitter** vraagt Meeùs of – indien de AFM zich zou laten overtuigen door het verhaal van Meeùs op dit punt – Meeùs zich dan op het standpunt zou stellen dat de AFM niet zou kunnen vereisen dat inzicht wordt verkregen in de financiële positie. Mevrouw **Lieverse** antwoordt hierop dat de AFM in haar ogen dat wel zou kunnen eisen ten aanzien van de premiebetalingen. Mevrouw Lieverse geeft aan dat zij niet zegt dat er geen adviesplicht geldt voor uitvoeringsovereenkomsten maar dat de klachten van de AFM zich richten op de pensioenregeling.
15. De **voorzitter** vraagt hoe Meeùs denkt over de vraag of sprake is van een complex product. Mevrouw **Lieverse** antwoordt dat volgens Meeùs de verzekeringsovereenkomst die een werkgever sluit met een verzekeraar als pensioenuitvoerder niet kwalificeert als een complex product.
16. De **voorzitter** vraagt de AFM in te gaan op de door Meeùs opgeworpen vragen in de pleitnota. Op de vraag of de AFM van mening is dat het hier gaat om een advies over een verzekering of een financieel instrument (punt 10 van de pleitnota) antwoordt de heer [F] dat de AFM de mening van Meeùs deelt dat het hier niet gaat om een advies over een financieel instrument en derhalve over een verzekering.

17. Voor het overige geeft mevrouw [H] aan dat aandacht zal worden besteed aan de opgeworpen vragen in de beslissing op bezwaar.
18. Mevrouw [C] geeft in aanvulling op punt 18 van de pleitnota aan dat het een bepaalde mate van schijnzekerheid met zich kan meebrengen indien de financiële positie zou worden vastgesteld door een adviseur op basis van de jaarrekening en de balans alleen. De heer [F] antwoordt daarop dat de toekomstige financiële positie niet uitsluitend kan worden vastgesteld op basis van de jaarrekening en de balans maar dat het wel als element kan worden meegenomen in het bepalen van de verwachte toekomstige financiële positie. De heer [G] voegt toe dat in het AFM onderzoeksrapport daarnaast als voorbeeld is vermeld ‘een liquiditeitsoverzicht’ en ‘begrotingen’ waarmee het beeld kan worden aangevuld. Mevrouw [C] reageert daarop met de stelling dat de AFM dan dus niet kan eisen dat de jaarstukken en balans altijd in het dossier zitten. De heer [F] geeft hierop aan dat de jaarstukken en de balans als voorbeeld worden gegeven in de leidraad van de AFM. Het gegeven advies moet passend zijn en de jaarstukken en de balans kunnen in dat licht een rol spelen in het adviesproces. Mevrouw [B] vult aan dat door de AFM ook wordt verwezen naar de liquiditeitspositie. De heer [A] merkt daarover op dat de liquiditeitspositie ook maar een momentopname is. De AFM heeft aangegeven dat de jaarstukken altijd in het dossier moeten zitten. Meeùs heeft de jaarstukken altijd geverifieerd met de klanten maar dit is niet altijd vastgelegd in het dossier.
19. De **voorzitter** vraagt de AFM wat de achtergrond is van de keuze voor de drie dossiers. De heer [G] antwoordt dat het vierde dossier een nieuw advies betrof ten aanzien van één werknemer met een omzet van € [REDACTED]. In dit dossier is niet onderzocht of al dan niet is voldaan aan de vereisten van artikel 4:23 Wft. De heer [E] merkt daarbij op dat die ene werknemer wel een verlies van € [REDACTED] had geleden.
20. Tot slot geeft mevrouw [C] nog aan de onderzochte dossiers uitsluitend dossiers zijn waarin gemaakte afspraken zijn verlengd. Grootse wijzigingen zijn in dat kader over het algemeen lastig aangezien er dan zou worden ingegrepen in bestaande toezeggingen aan werknemers.
21. In een reactie op een vraag van de **voorzitter** daartoe, geven **de aanwezigen** aan dat zij van mening zijn dat zij in deze zitting in voldoende mate zijn gehoord.
22. Om 14.15 uur sluit de **voorzitter** de hoorzitting. De voorzitter geeft aan dat van hetgeen is besproken een verslag zal worden gemaakt dat bij de beslissing op bezwaar zal worden gevoegd. Hij dankt de aanwezigen voor hun komst en voor ieders bijdrage.