

Welke keuzevrijheid heeft de pensioenuitvoerder (nog) bij de open norm keuzebegeleiding?

De open norm keuzebegeleiding verplicht pensioenuitvoerders om deelnemers op adequate wijze te begeleiden bij het maken van passende keuzes binnen hun pensioenregeling. Van pensioenuitvoerders wordt verwacht dat zij keuze-ondersteunende informatie, handelingsperspectief en een goed ingerichte keuzeomgeving bieden, die aansluit bij de kenmerken van de deelnemer. De verantwoordelijkheid voor de keuze blijft uiteindelijk bij de deelnemer, maar de pensioenuitvoerder moet kunnen aantonen dat de keuzebegeleiding adequaat is ingericht.

Het gaat hier om een open norm, waarbij het aan de pensioenuitvoerder zelf is om passende manieren te kiezen om aan de vereisten te voldoen. Dat geeft pensioenuitvoerders ruimte voor maatwerk. De AFM biedt via diverse uitingen concrete handvatten om de open norm keuzebegeleiding verder in te vullen. Maar welke ruimte heeft de pensioenuitvoerder dan nog om hiervan af te wijken? In hoeverre krijgen ‘goede voorbeelden’ in de praktijk normerende werking? In dit artikel ga ik in op de spanningsvelden die kunnen ontstaan bij de invulling van de open norm keuzebegeleiding. Daarnaast bespreek ik hoe de eigen afwegingsruimte en specifieke context van de pensioenuitvoerder zouden moeten meewegen bij de beoordeling van de adequaatheid van de keuzebegeleiding.

■ OPEN NORM

De wetgever heeft bewust gekozen voor een open norm: de pensioenuitvoerder is zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de keuzebegeleidingsnorm.¹ Een open norm wordt ook wel *principle-based* regulering genoemd. Principle-based omdat de bepaling is gebaseerd op algemene principes en niet op specifieke regels.

De gedachte achter open normen is dat daarmee beter en sneller kan worden ingespeeld op toekomstige ontwikkelingen.

Ook benadrukken open normen de eigen verantwoordelijkheid en beleidsvrijheid van, in dit geval, de pensioenuitvoerder. Open normen bieden daarbij mogelijkheden tot rechtsontwikkeling en maatwerk. Ze zouden ook effectiever zijn: een overvloed aan gedetailleerde regels kan ertoe leiden dat partijen vooral letten op het naleven van de letter van de wet, in plaats van op de geest ervan.

De gedachte achter open normen is dat daarmee beter en sneller kan worden ingespeeld op toekomstige ontwikkelingen.

Als nadeel van een open norm wordt de aantasting van de rechtszekerheid en voorspelbaarheid genoemd, omdat discussie kan ontstaan over de invulling ervan.² Bovendien zou het in de visie van sommigen een toezichtregime creëren waarin toezichthouders met terugwerkende kracht kunnen optreden.³ Het gevolg daarvan is dat de toezichthouder – zeker als deze later een bepaald gedrag afkeurt – alsnog bepaalt dat de norm is geschonden.



Bianca van der Goes
Mr. B.M.M van der Goes, CPL is partner legal bij Sprenkels. Zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

■ INVULLING VAN DE OPEN NORM KEUZE- BEGELEIDING DOOR DE TOEZICHTHOUDER

De Autoriteit Financiële Markten ('AFM') is belast met het toezicht op de naleving van de open norm keuzebegeleiding en heeft in dat kader een proactieve rol gespeeld in het toelichten en verduidelijken van deze norm.

Met de publicatie van een voorlopige Leidraad Keuzebegeleiding in november 2022 beoogde de AFM de pensioensector voor de inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen ('Wtp') per 1 juli 2023 duidelijkheid te verschaffen over de door de toezichthouder gewenste invulling van de open norm keuzebegeleiding. Deze voorlopige leidraad is tegelijkertijd met de inwerkingtreding van de Wtp geformaliseerd tot de definitieve Leidraad Keuzebegeleiding (de 'Leidraad'). In de Leidraad is door de AFM een driedelig procesmodel geïntroduceerd dat beoogt richting en duidelijkheid te bieden bij het inrichten van een adequate uitvoering van keuzebegeleiding. Dit model omvat: (i) de inrichting van het keuzebegeleidingsproces, (ii) de uitvoering daarvan, en (iii) de voortdurende monitoring, evaluatie en bijstelling van de keuzebegeleiding.

In februari 2025 publiceerde de AFM het rapport 'Keuzebegeleiding begint bij de deelnemer' (het 'Rapport'). In dit Rapport deelt de AFM de uitkomsten van een verkennend onderzoek naar met name de eerste fase van het procesmodel: de inrichting van de keuzebegeleiding. Het Rapport bevat tevens tal van concrete praktijkvoorbeelden en aanbevelingen, waarvan de AFM verwacht dat pensioenuitvoerders deze gebruiken bij het inrichten en doorontwikkelen van hun keuzebegeleiding. Ook via andere kanalen, zoals transitiebulletins, geeft de AFM nadere toelichting op haar toezichtverwachtingen rondom keuzebegeleiding. Tegen deze achtergrond rijst de vraag in hoeverre de uitingen van de AFM uitsluitend richtinggevend zijn bedoeld of in de praktijk de werking krijgen van *de facto* normen.⁴ Ook de vroege timing van de Leidraad roept de fundamentele vraag op hoeveel beleidsvrijheid pensioenuitvoerders daadwerkelijk hebben bij het invullen van de open norm.⁵ Deze vragen raken aan de spanning tussen formele beleidsvrijheid en feitelijke sturing. In de volgende paragrafen wordt deze spanning verder verkend.

■ DE JURIDISCHE STATUS VAN TOEZICHT- HOUDERSUITINGEN

Om te beoordelen welke mate van binding uitgaat van de uitingen van de AFM, is het van belang stil te staan bij de juridische status van de Leidraad en het Rapport. De Leidraad is een 'beleidsuiting', waarin de AFM aan marktpartijen richting en duidelijkheid wil geven over haar toezichtverwachtingen. Voor het Rapport is geen expliciete kwalificatie opgenomen, maar gelet op inhoud en toonzetting lijkt ook dit Rapport bedoeld als richtinggevende uiting.

In algemene zin geldt dat beleidsuitingen van de AFM geen formeel bindende rechtsnormen zijn. Zij maken deel uit van de zogenoemde 'soft law': instrumenten die niet juridisch bindend zijn, maar wel tot gedragsbeïnvloeding strekken.⁶ De civiele rechter is hieraan niet gebonden, maar kan beleidsuitingen wel betrekken bij de invulling van de zorgplicht, zeker wanneer zij breed gedragen marktpraktijken reflecteren.⁷ In voorkomende gevallen kan schending van soft law dan ook worden gekwalificeerd als handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW).⁸ Met beleidsuitingen geeft de AFM uitleg over de manier waarop zij haar toezicht uitoefent en hoe zij wet- en regelgeving interpreteert. Daarmee maakt de toezichthouder kenbaar wat haar verwachtingen zijn richting marktpartijen. Beleidsuitingen kunnen ook voorbeelden bevatten van praktijken die de AFM als goed beschouwt ('good practices'), waarmee zij het gedrag van marktpartijen in een bepaalde richting probeert te stimuleren. En juist daar ontstaat een spanningsveld: hoewel deze uitingen formeel niet bindend zijn, kunnen zij in de praktijk de werking krijgen van de facto normen.

■ SPANNING TUSSEN OPEN NORM EN RICHTINGGEVENDE UITINGEN VAN DE TOEZICHTHOUDER

Open normen bieden in theorie ruimte voor maatwerk. In de praktijk kan de invulling die toezichthouders daaraan geven bij pensioenuitvoerders

1 TK, 2021–2022, 36 067, nr. 3, p. 295.

2 EK, 2022–2023, 36 067, K, p. 13.

3 J. Black, Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation, LSE Legal Studies Working Paper No. 13/2008, september 2008, p. 3.

4 Een vraag die F. Voogd en M. van Elburg zich ook hebben gesteld in 'The sheriff is back in town: de toezichthouder, de beïnvloeding en de effecten', *PM* 2023/146.

5 *T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria*, De invulling van financieelrechtelijke open normen in een meerlagige rechtsorde, *BW-krant Jaarboek 2013*, deel 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-110.

6 Prof. mr. V.P.G. de Serière & mr. B.C.G. Jennen, De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving, *Ondernemingsrecht 2017/143*, ook voor meer informatie over het begrip 'soft law' en de juridische status daarvan. Zie ook M.E.C. Boumans, Keuzebegeleiding, de nieuwe wettelijke zorgplicht van de pensioenuitvoerder, *TPV 2022/2*, p. 13.

7 Zie bijv. Rechtbank Rotterdam, 20 januari 2021, *ECLI:NL:RBROT:2021:595*, waarin de rechter de AFM-Leidraad tweede pijler pensioenadvisering gebruikte ter invulling van de zorgplicht van de pensioenadviseur. De leidraad werd niet als formele rechtsnorm gehanteerd, maar als concretisering van de maatstaf van een redelijk handelend en bekwaam adviseur.

8 D. Busch, De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector, *NJB 2020/424*, p. 4.

vragen oproepen over de ruimte die daadwerkelijk resteert, met name in het licht van mogelijk toezicht achteraf. Ondanks het expliciete voorbehoud van de AFM dat de voorbeelden ter inspiratie dienen,⁹ kunnen deze in de praktijk toch de werking krijgen van impliciete normen omdat het voor pensioenuitvoerders soms onduidelijk is in hoeverre zij mogen afwijken zonder toezichtrechtelijke gevolgen.

De publicatie van de Leidraad voorafgaand aan de inwerkingtreding van de keuzebegeleidingsnorm in 2023 was bedoeld om duidelijkheid te verschaffen over de verwachtingen van de toezichthouder. Tegelijkertijd kan deze vroegtijdige en concrete invulling (onbedoeld) ook onzekerheid hebben opgeroepen bij pensioenuitvoerders over de ruimte om daarvan af te wijken. Vanuit de wens om pensioenuitvoerders te ondersteunen bij het invullen van de open norm, is het begrijpelijk dat de AFM duidelijkheid heeft willen verschaffen over wat zij verstaat onder 'passende keuzebegeleiding'. Dat is op zichzelf legitiem bij een nieuwe en open geformuleerde norm. Voor pensioenuitvoerders kan het behulpzaam zijn om een kader te hebben voor de inrichting van de keuzebegeleiding. De AFM kan met haar Leidraad ook beoogd hebben om misverstanden of uiteenlopende interpretaties van de norm te voorkomen. Tegelijkertijd bestaat het risico dat het vroegtijdig benoemen van voorbeelden in de praktijk kan leiden tot sectorbrede standaardisering, waardoor pensioenuitvoerders zich minder vrij voelen om eigen, context-specifieke invulling te geven aan de open norm. In die zin was er wellicht ook wat voor te zeggen geweest om een langere periode van 'experimenteerruimte' te geven zodat pensioenuitvoerders zelf kunnen uitvinden hoe zij invulling geven aan de open norm, met ruimte voor verschil.

Ook zijn in het Rapport zeer concrete voorbeelden gegeven van hoe de keuzebegeleiding kan worden ingevuld. Dergelijke uitingen van een toezichthouder kunnen er echter toe leiden dat pensioenuitvoerders zich juist conservatief gaan gedragen, alsof ze gebonden zijn aan gedetailleerde regels. Dit gevolg staat bekend als de '**principes-paradox**'¹⁰ of **compliance-paradox** van de open norm.¹¹ Deze paradoxen houden in dat principes regelruimte en beoordelingsvrijheid zouden moeten geven, maar in de praktijk juist kunnen leiden tot conservatief of uniform gedrag, omdat partijen onzeker zijn over hoe die principes zullen worden gehandhaafd. Pensioenuitvoerders zijn in hun nalevingsgedrag dan geneigd tot uniformiteit of voorzichtigheid, of beide.

Ter illustratie dient het gedetailleerde voorbeeld van de AFM in het Rapport waarin wordt gesteld dat als meer dan 5% van de deelnemers kiest voor een bedrag ineens, dit aanleiding vormt om de keuzebegeleiding te evalueren en het bestuur te informeren.¹² Het genoemde percentage zou de facto een maximumgrens kunnen scheppen. Pensioenuitvoerders zouden een en ander zo kunnen stu-

ren dat minder dan 5% van de deelnemerspopulatie zal kiezen voor het bedrag ineens, uit angst dat anders het extern toezicht negatief oordeelt. Zo bezien biedt de open norm dan wel formeel flexibiliteit, maar leidt de vrees voor toezichthoudende afkeuring bij afwijking van het richtinggevend voorbeeld tot conservatief gedrag, uniforme inrichting en verminderde innovatie. Daarmee komt het beoogde effect van principle-based regulering onder druk te staan. Daarbij is niet duidelijk waarop deze 5%-grens is gebaseerd. Uit onderzoek van het Nibud blijkt dat tussen de 10% en 40% van de deelnemers interesse toont in het bedrag ineens, en dat de minister verwacht dat uiteindelijk zo'n 10% van het jaarlijkse aantal nieuwe pensioengerechtigden daadwerkelijk gebruik zal maken van deze keuzemogelijkheid.¹³

Nog een voorbeeld dat in het Rapport is gegeven, is dat bij de volgorde van keuzes eerst de keuze voor hoog-laag wordt aangeboden en daarna pas, indien wordt gekozen voor een gelijkblijvende uitkering, de keuze voor bedrag ineens. Het risico bestaat dat pensioenuitvoerders deze standaard gaan hanteren, zonder te onderzoeken of dit ook past bij hun deelnemers of het onderzoek zo sturen dat deze uitkomst eruit komt.

Het risico bestaat dat pensioenuitvoerders de standaard gaan hanteren, zonder te onderzoeken of dit ook past bij hún deelnemers of het onderzoek zo sturen dat deze uitkomst eruit komt.

Sectorbrede standaardisering kan ertoe leiden dat de specifieke omstandigheden waarin pensioenuitvoerders (de '**pensioenuitvoerderscontext**') opereren onderbelicht blijven.¹⁴ De AFM benadrukt in het Rapport terecht het belang van aansluiting bij de deelnemerspopulatie, maar andere relevante elementen komen minder expliciet aan bod. Het gaat dan bijvoorbeeld om verschillen tussen pensioenuitvoerders in financiële positie, schaalgrootte, of uitvoeringscapaciteit. Ook de fase waarin een uitvoerder zich bevindt (zoals groei of afbouw), de aard van de keuzes binnen de regeling en de doelstellingen van de pensioenuitvoerder kunnen de inrichting van de keuzebegeleiding mede bepalen. Daarnaast spelen praktische randvoorwaarden een rol, zoals kosten, capaciteit en uitvoerbaarheid. Met name de inzet van aanvullende ondersteuning – bijvoorbeeld in de vorm van persoonlijk contact of advies – vereist voldoende structurele

middelen. Een pensioenuitvoerder moet daarom steeds een zorgvuldige afweging maken tussen de effectiviteit, het bereik en de betaalbaarheid van de keuzebegeleiding. Daarbij is ook de financiële uitgangspositie van belang: fondsen met een relatief laag gemiddeld pensioen per deelnemer beschikken over een beperkter budget dan vermogende fondsen met hogere aanspraken. Het ligt daarom niet voor de hand dat alle fondsen in gelijke mate ambitieuze vormen van keuzebegeleiding kunnen aanbieden.

Een voorbeeld is de suggestie van de AFM dat een pensioenuitvoerder elke drie jaar telefonisch contact zou moeten opnemen met gewezen deelnemers om de gevolgen van het nabestaandenpensioen te bespreken. Deze aanbeveling is sterk gespecificeerd qua frequentie, communicatiemiddel en inhoud. Dat kan bij sommige uitvoerders de indruk wekken dat zo'n interventie verplicht is. Terwijl er in hun specifieke situatie misschien hele goede (kostenbewuste) alternatieven beschikbaar zijn die weliswaar afwijken van het voorbeeld, maar alsnog recht doen aan het beoogde doel van de open norm.

■ WAT ALS EEN RICHTINGGEVENDE UITING ALS ENIGE NORM BIJ HET TOEZICHT WORDT GEHANTEERD?

Rechtspraak bevestigt dat het in eerste instantie aan de pensioenuitvoerder is om open normen te concretiseren in beleid en praktijk. De toezichthouder mag deze invulling toetsen, maar niet zelf exact voorschrijven. Dit volgt onder meer uit de uitspraak over de goudbelegging (Pensioenfonds Vereenigde Glasfabrieken/DNB) en het beleggingsbeleid van Pensioenfonds Mercurius, waarin werd geoordeeld dat DNB de normuitleg van het pensioenfonds moet respecteren zolang deze binnen de grenzen van de wet blijft.¹⁵

Deze lijn is relevant voor de uitleg van de open norm keuzebegeleiding. Het is aan de pensioenuitvoerder om de keuzebegeleiding in te richten zodat voldaan wordt aan de norm, waarbij er sprake is van een toetsende rol door de toezichthouder. Dit betekent dat de toezichthouder gemaakte keuzes moet respecteren, zolang die keuze niet leidt

Dit betekent dat de toezichthouder gemaakte keuzes moet respecteren, zolang die keuze niet leidt tot strijd met de norm.

tot strijd met de norm. Waar precies de grens ligt van de beleidsvrijheid is lastig in harde regels te vatten en bevat steeds een toets aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Belangrijk daarbij is dat het toezicht op open normen gepaard

moet gaan met voorspelbaarheid, kenbaarheid en proportionaliteit.¹⁶ Alleen als sprake is van voorafgaande gecommuniceerde en voorspelbare invulling, een breed gedragen sectorale norminvulling als basis, transparantie over toezicht en handhaving, en de normadressant voldoende mogelijkheid heeft gehad om daar vooraf rekening mee te houden, mag het toezicht gebaseerd worden op de door de toezichthouder gegeven invulling.¹⁷

Wanneer het tot een geschil komt, is het aan de rechter om een corrigerende of bevestigende rol te spelen in de verhouding tussen toezichthouder en pensioenuitvoerder bij de invulling van open normen. De rechter kan voorkomen dat de toezichthouder zijn eigen, gedetailleerde invulling feitelijk tot de enige geldende standaard verheft, en daarmee de beleidsruimte van pensioenuitvoerders onterecht beperkt. Tegelijkertijd kan de rechter de toezichthouder ook in het gelijk stellen wanneer deze op transparante, tijdige en kenbare wijze richting heeft gegeven, en die invulling redelijk is in het licht van de wettelijke doelstelling. In beide gevallen bewaakt de rechter de grenzen van de bevoegdheidsverdeling: de normuitleg behoort in beginsel toe aan de pensioenuitvoerder, zolang die binnen de kaders van wet en bedoeling blijft. De rechter kan daarbij gewicht toekennen aan eerdere invullingen van de toezichthouder, maar steeds zal de kernvraag zijn of die invulling past binnen de in Nederland geldende rechtsovertuiging.¹⁸

Dit vraagt van pensioenuitvoerders dat zij zich niet alleen oriënteren op de toezichthouder, maar ook

9 AFM, 'Rapport Keuzebegeleiding begint bij de deelnemer', februari 2025, p. 5.

10 S.L. Schwarcz, 'The "Principles" Paradox', Duke Law School Legal Studies Paper No. 205, *European Business Organization Law Review*, Vol. 10, p.175, 2009; Symposium Issue: University of Cambridge Conference on Principles v. Rules in Financial Regulation, 2008, <https://ssrn.com/abstract=1121454>.

11 J. Black, 'Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation', LSE Legal Studies Working Paper No. 13/2008, september 2008, p. 4.

12 AFM, 'Rapport Keuzebegeleiding begint bij de deelnemer', februari 2025, p. 17.

13 C. van Horssen, M. Warnaar & M. Visser, *Literatuurstudie ten behoeve van de ontwikkeling van een tool bedrag ineens*, Nibud 2025, p. 17–18

14 Asser/Lutjens 7-XI 2023/62, nr. 62.

15 CBb, 10 september 2013, PJ 2013/151 (DNB/Pensioenfonds Vereenigde Glasfabrieken). Rechtbank Amsterdam, 19 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:431, ro. 8, PJ 2018/114, m.nt. V. Gerlach.

16 CBb, 26 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:961, PJ 2021/140, m.nt. S.H. Kuiper.

17 CBb, 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, r.o. 5.4 en 5.5.

18 *T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria*, De invulling van financieelrechtelijke open normen in een meerlagige rechtsorde, BW-krant Jaarboek 2013, deel 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 118 – 121.

op bredere juridische en maatschappelijke kaders: zoals gerechtelijke uitspraken, visiedocumenten en gedeelde sectoropvattingen. Door actief kennis te delen, dilemma's bespreekbaar te maken en gezamenlijke kaders te ontwikkelen, kan de sector toewerken naar een gedragen invulling van de open norm keuzebegeleiding, waarbij zij zelf het initiatief houdt.

■ CONCLUSIE

De wetgever heeft bewust gekozen voor een open norm bij keuzebegeleiding. Het is vervolgens aan pensioenuitvoerders om hieraan invulling te geven, op een wijze die past bij hun eigen context. Beleidsuitingen van de toezichthouder kunnen daarbij richting geven en het toezichtkader verduidelijken. Deze uitingen zijn echter niet formeel bindend en zijn niet bedoeld als uniforme standaard voor de hele pensioensector.

De open norm veronderstelt ruimte voor variatie en maatwerk. Wat passend is voor de ene pensioenuitvoerder, hoeft dat niet te zijn voor de andere. Daarom is het van belang dat pensioenuitvoerders hun keuzes goed onderbouwen en documenteren hoe die keuzes tot stand zijn gekomen, mede op basis van hun deelnemerspopulatie maar ook op basis van schaalgrootte, uitvoeringscapaciteit en middelen.

De vrees om af te wijken kan leiden tot voorzichtig gedrag of standaardisering. Daarmee dreigt het risico van de zogenoemde *principes-paradox*: de open norm leidt dan juist tot minder ruimte, niet meer. Om dat te voorkomen, is het wenselijk dat de toe-

zichthouder bij zijn beoordeling oog houdt voor de context en beoordelingsruimte van de pensioenuitvoerder. Niet de vorm, maar het resultaat – passende keuzebegeleiding – zou centraal moeten staan. Dit voorkomt dat pensioenuitvoerders uit angst voor toezicht de veiligste of minst innoverende optie kiezen.

De vrees om af te wijken kan leiden tot voorzichtig gedrag of standaardisering.

In geval van twijfel of geschil, is het uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of een gegeven invulling binnen de grenzen van de wet blijft.

Door ervaringen, dilemma's en goede praktijken uit te wisselen met andere pensioenuitvoerders en pensioenuitvoeringsorganisaties, kan geleidelijk een breed gedragen invulling van de open norm keuzebegeleiding ontstaan. Juist door als sector zelf het initiatief te nemen in die concretisering, wordt voorkomen dat de toezichthouder vanuit zijn verantwoordelijkheid genoodzaakt is zelf verdere invulling te geven aan de norm.

Dit artikel vormt het eerste deel van een tweeluik over keuzebegeleiding. In deel twee doen mijn collega Bram van Els en ik verslag van het onderzoek dat wij onder pensioenuitvoerders uitvoeren naar de wijze waarop zij keuzebegeleiding invullen. ●