

Amsterdam, 4 april 2015

Betreft Consultatiereactie op Concept Besluit en Concept Nadere Regeling Nazorg Beleggingsverzekeringen

1 INLEIDING

1.1 Hierdoor maak ik gebruik van de mogelijkheid om te reageren op:

- a. het concept Besluit houdende regels met betrekking tot het aanzetten van cliënten met een beleggingsverzekering tot het maken van een weloverwogen keuze met betrekking tot die beleggingsverzekering (hierna: het "**Concept Besluit**"); en
- b. de concept Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft betreffende regels met betrekking tot het aanzetten van cliënten met een beleggingsverzekering tot het maken van een weloverwogen keuze met betrekking tot die beleggingsverzekering (hierna: de "**Concept Nadere Regeling**")

die ter consultatie voorliggen.

1.2 Deze reactie is als volgt opgebouwd. Eerst geef ik een korte schets van de problemen rondom beleggingsverzekeringen en de inspanningen die tot op heden zijn verricht om deze problemen het hoofd te bieden. Daarna breng ik een aantal principiële bezwaren naar voren tegen het voorliggende Concept Besluit en de voorliggende Concept Nadere Regeling. In de laatste paragraaf geef ik mijn belangrijkste conclusies weer.

1.3 Vanuit het oogpunt van haalbaarheid en uitvoerbaarheid zijn eveneens de nodige kanttekeningen bij het Concept Besluit en in het bijzonder de Concept Nadere Regeling te plaatsen. Deze bezwaren laat ik in deze reactie buiten beschouwing.¹

2 ACHTERGRONDEN

¹ Voor de goede orde merk ik op dat een aantal van mijn kantoorgenoten in procedures aangaande beleggingsverzekeringen optreedt voor verschillende beleggingsverzekeraars. Ik ben niet bij die procedures betrokken en ook niet betrokken geweest en evenmin bij enige daaraan voorafgaande advisering. Mijn reactie op het Concept Besluit en de Concept Nadere Regeling komt voort uit een verzoek van het Verbond van Verzekeraars om de (on)wenselijkheid van het Concept Besluit en de Concept Nadere Regeling vanuit een principieel juridisch standpunt geanalyseerd te zien. De in verband daarmee door mij gemaakte kosten worden door het Verbond van Verzekeraars vergoed. Het in deze reactie gestelde is echter geheel en al mijn eigen mening die ik in volledige vrijheid heb kunnen vormen en die niet noodzakelijkerwijs overeenkomt met de visie van het Verbond van Verzekeraars.

- 2.1 In de periode 1993-2008 zijn 7,2 miljoen beleggingsverzekeringen gesloten. Door veel klanten is in deze tijdspanne een beleggingsverzekering afgesloten om een bepaald doel te halen, zoals een (aanvullende) oudedagsvoorziening. De AFM schat dat er in maart 2014 nog ongeveer 3,3 miljoen lopende beleggingsverzekeringen waren.²
- 2.2 Volgens de Minister van Financiën hebben te hoge kosten, zorgplichtissues (zoals specifieke gebreken in de informatievoorziening) en tegenvallende beleggingsresultaten het behalen van het oorspronkelijke doel van de beleggingsverzekering bemoeilijkt.³ De AFM heeft om die reden in oktober 2012 klanten met een beleggingsverzekering rechtstreeks aangesproken om in actie te komen. De AFM heeft zich daarnaast tot verzekeraars en adviseurs gericht, met als doel dat zij hun klanten 'activeren'. Onder het 'activeren' verstaat de AFM *"het aanzetten tot en ondersteunen van klanten zodat die inzicht krijgen in de financiële situatie van hun polis (wat is het financiële gat tussen verwachte eindwaarde en doelkapitaal?), overzicht krijgen van hun verbetermogelijkheden en, indien nodig, stappen ondernemen om hun situatie te verbeteren"*.⁴
- 2.3 Eind 2013 heeft de Minister van Financiën, op instigatie van de Tweede Kamer en na advies van de AFM, streefcijfers bekend gemaakt die de AFM gaat hanteren in de richting van verzekeraars bij het 'activeren' van polishouders van beleggingsverzekeringen. Bij het vaststellen van de streefcijfers wordt een onderscheid gemaakt naar gelang de kwetsbaarheid van de polishouder. De kwetsbaarheid wordt in het bijzonder groot geacht bij (i) niet opbouwende polissen,⁵ (ii) hypotheek gebonden polissen⁶ en (iii) pensioen gebonden polissen⁷.
- 2.4 Uit rapporten van de AFM uit maart 2014⁸ en oktober 2014⁹ volgt dat de streefcijfers ten aanzien van niet opbouwende polissen aanvankelijk niet

² AFM, 'Rapportage Nazorg beleggingsverzekeringen. Hoe ver zijn verzekeraars en adviseurs met het activeren van hun klanten met een beleggingsverzekering?', maart 2014, p. 8.

³ Brief van de Minister van Financiën van 26 april 2013, kenmerk FM/ 2013/585 M, p. 2.

⁴ AFM, 'Rapportage Nazorg beleggingsverzekeringen. Hoe ver zijn verzekeraars en adviseurs met het activeren van hun klanten met een beleggingsverzekering?', maart 2014, p. 7.

⁵ Volgens de AFM is een niet opbouwende beleggingsverzekering *"een beleggingsverzekering waarbij de toekomstige inlig naar verwachting niet leidt tot vermogensopbouw"*.

⁶ Volgens de AFM is een hypotheek gebonden polis *"een beleggingsverzekering met als doel de opbouw van vermogen voor de (gedeeltelijke) aflossing van een hypotheekschuld"*.

⁷ Volgens de AFM is een pensioen gebonden polis *"een beleggingsverzekering met als doel de opbouw van vermogen voor de aanvulling van pensioeninkomsten"*.

⁸ AFM, 'Rapportage Nazorg beleggingsverzekeringen. Hoe ver zijn verzekeraars en adviseurs met het activeren van hun klanten met een beleggingsverzekering?', maart 2014.

⁹ AFM, 'Rapportage Nazorg beleggingsverzekeringen. De resultaten van verzekeraars en adviseurs bij het helpen van hun klanten met een beleggingsverzekering per 1 juli 2014', oktober 2014.

gehaald werden. Uit het rapport van maart 2015 blijkt echter dat vrijwel alle verzekeraars eind 2014 hun klanten met een niet opbouwende beleggingsverzekering hebben 'geactiveerd'. Daarnaast is in oktober 2014 tussen de verzekeraars en de AFM overeengekomen dat de AFM een klachtprocedure bij de Tuchtraad Financiële Dienstverlening (Assurantiën) kan starten wanneer de door verzekeraars zelf vastgestelde ambities met betrekking tot de groep niet opbouwende polissen significant afwijken van het behaalde resultaat.

3 HET CONCEPT BESLUIT EN DE CONCEPT NADERE REGELING

- 3.1 Niettegenstaande de positieve resultaten die blijkens het derde Rapport Nazorg beleggingsverzekeringen bereikt zijn en de mogelijkheid om een klachtprocedure te starten, is de Minister voornemens om de verplichting tot het 'activeren' van cliënten wettelijk vast te leggen. De Minister wil aan het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen ("**BGfo**") de volgende bepaling (art. 81b) toevoegen:

"Een levensverzekeraar spant zich jegens cliënten met een levensverzekering die een beleggingscomponent bevat en voor 1 januari 2013 is afgesloten, aantoonbaar in om hen een weloverwogen keuze te laten maken tot voortzetting, wijziging of stopzetting van die verzekering."

- 3.2 In de Concept Nadere Regeling wordt gedetailleerd uitgewerkt wanneer voldoende inspanning met betrekking tot het activeren van cliënten is verricht. Volgens art. 8:4 Concept Nadere Regeling moet de verzekeraar in ieder geval de cliënt een of meerdere brieven sturen, over een langere periode verschillende malen de cliënt telefonisch benaderd hebben en een slotbrief sturen. Wat betreft niet opbouwende beleggingsverzekeringen geldt dat de verzekeraar aan de cliënten een 'passende oplossing' moet bieden (art. 8:5 lid 1 Concept Nadere Regeling). Met een 'passende oplossing' wordt bedoeld dat, indien de cliënt niet kan worden bereikt of de cliënt geen weloverwogen keuze kenbaar heeft gemaakt, de verzekeraar ervoor zorg draagt dat de beleggingsverzekering zodanig wordt aangepast dat het niet opbouwende karakter ervan wordt weggenomen (art. 8:5 lid 3 Concept Nadere Regeling).
- 3.3 De Minister van Financiën noemt als primaire reden voor het invoeren van bovengenoemde regelgeving het scheppen van de mogelijkheid voor de AFM om handhavend te kunnen optreden door middel van het geven

van een aanwijzing of het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijk boete.¹⁰ De Minister verliest daarbij evenwel uit het oog dat deze regelgeving in strijd komt met principiële uitgangspunten van het Nederlandse (privaat)recht. Dat licht ik hieronder nader toe.

4 PRINCIPIËLE BEZWAREN TEGEN HET VOORGENOMEN CONCEPT BESLUIT EN DE VOORGENOMEN NADERE REGELING

De verhouding tussen het publiek- en privaatrecht: contractsvrijheid en de bindende kracht van overeenkomsten

- 4.1 Een belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse overeenkomstenrecht is de contractsvrijheid. Dit houdt in dat partijen in beginsel vrij zijn de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Een tweede, algemeen uitgangspunt van het Nederlandse overeenkomstenrecht is dat overeenkomsten de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen hebben. Overeenkomsten hebben dus bindende kracht voor partijen en partijen dienen een overeenkomst na te komen.
- 4.2 Het Concept Besluit vereist van verzekeraars dat zij zich inspannen polishouders met een beleggingsverzekering te 'activeren'. Op grond van art. 8:5 Concept Nadere is een verzekeraar verplicht tot het eenzijdig wijzigen van een beleggingsverzekering wanneer de cliënt niet kan worden bereikt of de cliënt geen weloverwogen keuze kenbaar heeft gemaakt. De verzekeraar wordt met andere woorden verplicht om een reeds gesloten overeenkomst te wijzigen zonder daarvoor instemming te hebben van de wederpartij. De Concept Nadere Regeling maakt daarmee zowel een ontoelaatbare inbreuk op de contractsvrijheid als op de bindende kracht van de overeenkomst.
- 4.3 Het is op zich geen noviteit dat de Wet op het financieel toezicht ("**Wft**") en de lagere regelgeving ter uitvoering van de Wft regels bevatten die diep ingrijpen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Ter illustratie kan art. 85 BGfo genoemd worden. Dat artikel bepaalt dat een beleggingsonderneming geen transactie voor rekening van een cliënt verricht, indien de op naam van de cliënt aanwezige saldi ontoereikend zijn om aan de verplichtingen te voldoen die voortvloeien uit die transactie. Naast dergelijke verbodsbepalingen bevat de Wft (en de lagere regelgeving ter uitvoering daarvan) bestuursrechtelijke gedragsregels,

¹⁰ Zie de Toelichting bij het Concept Besluit, p. 4 en tevens de Brief van de Minister van Financiën van 26 maart 2015, kenmerk FM/ 2016/463 M, p. 7 en 15.

zoals de regel dat een financiële onderneming zich bij de behandeling van zijn wederpartij houdt aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen nadere regels met betrekking tot de in acht te nemen zorgvuldigheid (art. 4:25 lid 1 Wft). Hoewel een dergelijke regel strikt genomen ziet op de relatie tussen de financiële onderneming en de toezichthouder, normeert die regel - via de open normen van het civiele recht - tegelijkertijd het gedrag van de financiële onderneming ten opzichte van de (potentiële) wederpartij.¹¹

- 4.4 Het feit dat het toezichtrecht ingrijpt in privaatrechtelijke verhoudingen en de contractsvrijheid opzij schuift, is dus niet nieuw: in de Wft en daarop gebaseerde regelgeving zijn meerdere voorbeelden te vinden van inbreuken op de contractsvrijheid. Opmerkelijk is echter dat de voorgestelde regelgeving verzekeraars verplicht tot het eenzijdig wijzigen van een beleggingsverzekering wanneer de cliënt niet kan worden bereikt of de cliënt geen weloverwogen keuze kenbaar heeft gemaakt (art. 8:5 Concept Nadere Regeling). Dit is naar mijn mening een ontoelaatbare vorm van publiekrechtelijk ingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen. Dit klemt te meer nu de regelgeving die hierin voorziet in belangrijke mate door de toezichthouder zelf wordt opgesteld.
- 4.5 In dit verband kan ten eerste worden gewezen op art. 1:23 Wft, dat bepaalt dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels niet aantastbaar is, tenzij de Wft anders bepaalt. Daarmee wordt een scheidslijn getrokken tussen het publiekrecht (toezichtrecht) en het privaatrecht en worden de civielrechtelijke gevolgen van niet-naleving van het in de Wft bepaalde, beperkt. Echter, de verplichting voor verzekeraars om polishouders met een niet opbouwende beleggingsverzekering een 'passende oplossing' te bieden, kan tot een wijziging van een privaatrechtelijke rechtsverhouding leiden, zelfs *zonder* dat sprake is van overtreding van toezichtrechtelijke regels.
- 4.6 Daarbij komt dat er in het privaatrecht - anders dan met wederzijds goedvinden van partijen - zeer beperkte mogelijkheden zijn om tot wijziging van een overeenkomst te komen. Dit is alleen in zeer bijzondere gevallen aan de orde. Zo kan dit op grond van art. 6:258 lid 1 BW slechts (i) door de rechter, (ii) op verlangen van een der partijen en (iii) wanneer zich onvoorziene omstandigheden voordoen die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en

¹¹ Zie O.O. Cherednychenko, 'Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief', *MvV* 2014, nr. 7-8, p. 181.

billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Het feit dat het behalen van de oorspronkelijke doelen van de beleggingsverzekering vanwege koersdalingen niet (langer) mogelijk is (zie ook § 4.7 e.v. hierna), zal voor de burgerlijke rechter op zichzelf beschouwd waarschijnlijk geen aanleiding zijn om tot wijziging van de beleggingsverzekering te komen. Met het voorgenomen Concept Besluit en de Concept Nadere Regeling ter uitvoering daarvan wordt echter langs bestuursrechtelijke weg voorzien in een wijziging van een overeenkomst, die via civielrechtelijke weg niet bereikt kan worden. Daarmee breekt het toezichtrecht in het privaatrecht in en wordt het palet van voor een contractspartij bestaande mogelijkheden om tegen zijn wederpartij in het geweer te komen op tamelijk willekeurige wijze verbreed. De vraag is of, gezien de verschillende doelen en handhavingsmechanismen van het publiekrecht en privaatrecht, een dergelijke verbreding noodzakelijk of wenselijk is.¹²

Beleggingsrisico's voor rekening van één contractspartij

- 4.7 Het opnemen van een inspanningsverplichting tot het activeren van cliënten in het BGfo is, zoals bleek uit § 2.2, met name ingegeven door het feit dat het behalen van de oorspronkelijke doelen van de beleggingsverzekering niet (langer) mogelijk is. De Minister van Financiën wijst op drie oorzaken: hoge kosten, zorgplichtissues en tegenvallende beleggingsresultaten.¹³
- 4.8 Ten aanzien van het eerste punt merkt de Minister op dat voor dit probleem is beoogd een oplossing te zoeken door middel van de akkoorden die zijn gesloten tussen verzekeraars en de stichtingen Verliespolis en Woekerpolisclaim en compensatieregelingen die kleinere verzekeraars hebben voorgelegd aan de ombudsman of anderszins hebben vastgesteld. Met betrekking tot zorgplichtissues is volgens de Minister sprake van individuele of specifieke gebreken in bijvoorbeeld de informatieverstrekking door een adviseur of verzekeraar. Handhaving hiervan geschiedt langs privaatrechtelijke weg: het Kifid of de rechter kunnen in deze gevallen zorgen dat recht wordt gedaan aan de belangen van klanten.
- 4.9 Dan resteert het bij beleggen inherente risico op koersdalingen. Naar civielrechtelijke maatstaven is het niet waarschijnlijk dat een rechter de

¹² Vgl. C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2012, p. 729 e.v.

¹³ Brief van de Minister van Financiën van 26 april 2013, kenmerk FM/ 2013/585 M, p. 2.

beleggingsrisico's voor rekening van de verzekeraar zal laten komen. Die risico's behoren immers te liggen bij degene die die risico's aangaat. Echter, met de verplichting voor verzekeraars om hun cliënten een 'passende oplossing' te bieden, wordt langs bestuurlijke weg (eventueel via een aanwijzing, last onder dwangsom of bestuurlijke boete) afgedwongen waartoe een partij civielrechtelijk niet in staat zou zijn geweest. Het beleggingsrisico wordt met andere woorden via bestuursrechtelijke weg ten laste gebracht van één van de contractspartijen.

De rol van de AFM: regelgevende, uitvoerende én sanctionerende instantie

- 4.10 Het voorgenomen art. 81b BGfo roept een inspanningsverplichting voor verzekeraars in het leven ("*Een levensverzekeraar spant zich (...) in (...)*") om, kort gezegd, cliënten met een beleggingsverzekering te 'activeren'. De vraag is of er met name door de mogelijkheid voor de AFM om nadere invulling te geven aan de activeringsplicht niet de facto sprake zal zijn van een resultaatsverplichting.
- 4.11 Art. 81b lid 3 Concept Besluit geeft de AFM de bevoegdheid om regels te stellen met betrekking tot (onder meer) de verplichting van verzekeraars om zich in te spannen cliënten te 'activeren'. In de Concept Nadere Regeling wordt door de AFM op detailniveau uitgewerkt wanneer een verzekeraar aan deze inspanningsverplichting heeft voldaan. De wijze waarop de AFM invulling geeft aan de inspanningsverplichting van het voorgestelde art. 81b BGfo gaat veel verder dan het geven van een administratief voorschrift. De AFM legt door de gedetailleerde invulling de precieze norm vast waaraan verzekeraars moeten voldoen.
- 4.12 Het gevolg daarvan is dat de AFM de facto zowel de norm bepaalt als de naleving daarvan bewaakt en bovendien sancties kan opleggen wanneer niet is voldaan aan de door haar ingevulde wijze van de norm. Door de regelgevende, uitvoerende en sanctioneerde bevoegdheden in één hand te liggen kan het risico ontstaan van een te vergaande concentratie van macht.¹⁴

¹⁴ Vgl. in dat opzicht hetgeen de Raad van State heeft opgemerkt met betrekking tot het invoeren van een algemene zorgplicht in de Wfd (*Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 4*): "*Daarmee heeft ook voor dit terrein het begrip "toezicht" een zeer ruim bereik, dat veel breder is dan dat van het toezicht op de naleving zoals dat wordt uitgevoerd door de verschillende overheidsinspecties, of door ambtenaren met opsporingsbevoegdheid. Immers, de functies die in de regel worden toegedeeld aan afzonderlijke instituties worden nu in één en dezelfde hand gelegd: de AFM heeft regelgevende en uitvoerende taken én is verantwoordelijk voor toezicht en voor sanctionering. Daarmee kan het risico ontstaan van een té ver gaande concentratie van macht.*"

5 CONCLUSIE

Tegen het voorgestelde Concept Besluit en de voorgestelde Concept Nadere Regeling, meer in het bijzonder de verplichting voor de verzekeraar om de polishouder van een niet opbouwende beleggingsverzekering een 'passende oplossing' te bieden, kan een aantal principiële bezwaren worden aangevoerd. Ten eerste wordt langs bestuursrechtelijke weg een mechanisme gecreëerd voor een mogelijke wijziging van contracten - te weten: niet opbouwende beleggingsverzekeringen - dat veel verder strekt dan de mogelijkheden die het civiele recht daarvoor biedt. Ten tweede komen de beleggingsrisico's via bestuursrechtelijke weg ten laste van één van de contractspartijen. Ten derde leidt art. 81b lid 3 BGfo en de invulling van de inspanningsverplichting in de Concept Nadere Regeling door de AFM ertoe dat de regelgevende, uitvoerende en sanctioneerde bevoegdheden in één hand komen te liggen waardoor het risico kan ontstaan van een te vergaande concentratie van macht. Gezien deze principiële juridische bezwaren tegen ligt het in de rede het voorgestelde Concept Besluit en de voorgestelde Concept Nadere Regeling en meer in het bijzonder de verplichting voor de verzekeraar om de polishouder van een niet opbouwende beleggingsverzekering een 'passende oplossing' te bieden, nogmaals tegen het licht te houden.

~oOo~