



Autoriteit Financiële Markten  
Mevrouw ir. M.W.L. van Vroonhoven  
Postbus 11723  
1001 GS AMSTERDAM

**Onze referentie**  
2015-00018254/RMART

**Den Haag**  
17 april 2015

**Betreft**

Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft betreffende regels tot het aanzetten van cliënten met een beleggingsverzekering tot het maken van een weloverwogen keuze met betrekking tot die beleggingsverzekering

Geachte mevrouw Van Vroonhoven,

Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid te reageren op de ter consultatie liggende Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft betreffende regels tot het aanzetten van cliënten met een beleggingsverzekering tot het maken van een weloverwogen keuze met betrekking tot die beleggingsverzekering (hierna Nadere regeling). De Nadere regeling is een uitwerking van de norm die is vastgelegd in het ontwerpbesluit houdende verplichting tot het activeren klanten met een beleggingsverzekering. Op deze AMvB hebben wij op 2 april jl. gereageerd richting de minister van Financiën. In de bijlage treft u aan de reactie van professor mr. W.A.K. Rank die wij graag onder de aandacht brengen. Wij lichten hieronder een aantal belangrijke constatering over de voorliggende regelgeving toe. Vervolgens geven wij ons inhoudelijke commentaar per artikel uit de Nadere regeling.

*Algemeen*

Wij delen de intenties die aan regelgeving ten grondslag liggen, namelijk alle klanten een bewuste en weldoordachte keuze te laten maken. De afgelopen tijd hebben verzekeraars veel in de klantbenadering geïnvesteerd, inmiddels met goed resultaat. Dat de oorspronkelijke resultaten tegenvielen, had alles te maken met het feit dat de wederzijdse verwachtingen en ideeën van AFM en verzekeraars onvoldoende uitgekristalliseerd waren, en zich gaandeweg hebben ontwikkeld. Daarbij kwam dat activeren een nieuwe, onbekende activiteit voor verzekeraars was, die verricht moest worden in een omgeving waarin klanten zich beperkt bereid toonden in gesprek te gaan over dit onderwerp, en beperkte beschikbaarheid van adviescapaciteit een aanvullende complicatie bood. Tegen deze achtergrond hebben wij vooraf reeds aangegeven dat wij de oorspronkelijk door AFM eenzijdig geformuleerde doelstellingen, met name ten aanzien van niet opbouwende polissen niet als realistisch beschouwden. Deze voorspelling is helaas uitgekomen, zo liet ook de rapportage van de AFM zien uit oktober 2014.

**Informatie:** mw. mr. R.M.L.A. Martius

Doorkiesnummer 0703338699 Fax 0703338510 E-mail [r.martius@verzekeraars.nl](mailto:r.martius@verzekeraars.nl)

Bordewijklaan 2, 2591 XR Den Haag, Postbus 93450, 2509 AL Den Haag, Internet [www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)



Inmiddels is echter veel ten goede veranderd. De rapportage van 9 maart jl. van de AFM laat zien dat vrijwel alle verzekeraars hun met de AFM afgesproken doelen hebben behaald. De positieve resultaten van de rapportage laten zien dat de huidige aanpak succesvol is. Op initiatief van de sector zijn met u goede, werkbare en ambitieuze afspraken gemaakt die aantoonbaar vruchten hebben afgeworpen.

Gezien bovenstaande heeft de introductie van de AMvB en de Nadere regeling ons verbaasd. Het is ons onduidelijk wat deze regelgeving moet toevoegen. Door eenzijdig regelgeving, toezicht en sanctionering bij AFM te leggen wordt de constructieve dialoog met verzekeraars in potentie verstoord, terwijl juist die uiteindelijk effectief is gebleken. Wij hebben daarom bij de minister aangedrongen op een formele basis voor gesprek met uw organisatie over het maken van afspraken die aansluiten bij de uitvoeringspraktijk en die behalve ambitieus ook verantwoord en uitvoerbaar zijn. Gesprekken waarbij naar onze mening ook DNB als prudentieel toezichthouder een belangrijke rol heeft.

#### *Regelgeving introduceert nieuwe normen*

Het ontwerpbesluit en de Nadere regeling van de AFM bevatten een grote hoeveelheid open normen. De regelgeving laat veel ruimte voor subjectieve invulling en verschillen in interpretatie. Dit achten wij niet goed passend bij de grote inspanning die verzekeraars in relatief korte tijd moeten leveren, en waarvoor zij publiekelijk verantwoording afleggen. Juist op dit thema zijn klant en verzekeraar gebaat bij duidelijke, uitvoerbare afspraken. Voorkomen moet worden dat de invulling van de normen geleidelijk gedurende het proces uitkristalliseert. Het ontbreken van (rechts)zekerheid levert spanning op met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wij hechten er dan ook aan op korte termijn met AFM te komen tot een concretisering van ambities en verwachtingen en de uitkomsten hiervan vast te leggen in een gezamenlijk op te stellen document.

#### *Eenzijdige aanpassing*

In de Nadere regeling wordt de facto de verplichting voor verzekeraars geïntroduceerd om niet opbouwende beleggingsverzekeringen eenzijdig aan te passen. Artikel 1:75 Wft stelt echter strenge eisen met betrekking tot het geven van een aanwijzing een bepaalde gedragslijn op te volgen en de mogelijke aantasting van de overeenkomst die dit tot gevolg heeft. De opties voor uitvoering van de maatregel eenzijdig aan te passen zijn, gezien de juridische mogelijkheden die verzekeraars hebben voor eenzijdige aanpassing van lopende overeenkomsten, zeer beperkt. Een dergelijke verplichting staat op gespannen voet met het uitgangspunt van de Wft de consument in staat te stellen autonoom te handelen en zich een zelfstandig oordeel te vormen over de financiële dienstverlening in kwestie. Daarnaast heeft de verzekeraar hierbij ook de verantwoordelijkheid de belangen van alle klanten evenwichtig te behartigen en dus ook te objectiveren waarom bepaalde maatregelen voor de ene klant wel, en de andere niet gelden. Dit creëert een uitstralingsrisico voor eenzijdige aanpassingen die prudentiële risico's kan opleveren. Het eerder door AFM geformuleerde uitgangspunt dat verzekeraars in individuele gevallen de mogelijkheden van eenzijdige aanpassing dienen te bezien, en toe te passen waar dit verantwoord is.

#### *Rol adviseur*

Uit de AMvB en de Nadere regeling blijkt dat de verplichting klanten met een beleggingsverzekering te activeren geheel bij verzekeraars komt te liggen. Zo lijkt er niet langer sprake te zijn van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van adviseur en verzekeraar. Dit wijkt ook af van het eerder door AFM ingenomen standpunten omtrent passende dienstverlening van primair de adviseur. De bereidheid van adviseurs om zich in te zetten en de beschikbaarheid van adviescapaciteit spelen een belangrijke rol bij resultaten in het activeren van klanten met een beleggingsverzekering. Klanten en verzekeringsmaatschappijen zijn afhankelijk van de inspanning van deze adviseurs en bemiddelaars. Met name deze adviseurs en bemiddelaars hebben bij het afsluiten van de





beleggingsverzekering en de jaren daarna het meest intensieve klantcontact gehad. Alleen adviseurs kunnen een totaaladvies geven waarbij bijvoorbeeld ook proposities van andere aanbieders dan de eigen verzekeraar meegewogen kunnen worden. Wij zijn dan ook van mening dat op de adviseur meer dan alleen de morele plicht zou moeten liggen om de klant te helpen een weloverwogen keuze te maken tot voortzetting, wijziging of stopzetting van die verzekering. Het eenduidig vastleggen van wat klant en verzekeraar van de adviseur mogen verwachten schept duidelijkheid over diens rol en maakt de adviseur daarop ook aanspreekbaar.

#### *Artikelsgewijs commentaar op Nadere regeling*

##### Artikel 8:1

In de Nadere regeling wordt als vereiste voor activeren benoemd dat onder meer de bij het afsluiten verstrekte voorbeeldkapitalen en doelkapitalen in de informatie moeten worden meegenomen. Dit stuit op uitvoeringstechnische onmogelijkheden. In veel gevallen heeft de verzekeraar uitsluitend opgetreden als aanbieder van de beleggingsverzekering. De bepaling en vastlegging van het doel van de cliënt is vaak verricht door de adviseur of, in het geval van execution-only-verkoop door een direct writer, de klant. Voor het vastleggen van deze gegevens bestond en bestaat ook geen wettelijke verplichting. Ook kan het doel van de klant gedurende de (resterende) looptijd van het product wijzigen al naar gelang zijn persoonlijke (financiële) omstandigheden en de ontwikkeling van de waarde in de verzekering. Dit is ook bepalend voor de weloverwogen keuze van de klant de verzekering te wijzigen. Daarbij moeten de fiscale beweegredenen van de klant ook niet uit het oog worden verloren. Op grond van bovenstaande concluderen wij dat in deze bepaling geen realistische en haalbare eisen worden gesteld ten aanzien van adequate informatieverstrekking.

In de Nota van Toelichting bij dit artikel wordt geschreven dat de “*verwachte eindwaarde*” berekend moet worden met “*het historisch rendement*”. Het is onduidelijk wat hieronder moet worden verstaan en op welke wijze de eindwaarde berekend moet worden. Dit “*historisch rendement*” biedt niet alleen ruimte voor allerlei interpretaties, maar zorgt ook voor problemen in de uitvoerbaarheid. Wij stellen voor aan te sluiten bij het 4% rendement dat tot nu toe steeds gebruikt is bij de berekeningen in de categorieën niet opbouwende polissen en hypotheekgebonden polissen. Dit zorgt voor duidelijkheid en consistentie richting zowel verzekeraar als klant. Historisch rendement zal meer fluctueren, daar waar de uitkomsten bij 4% rendement bij opeenvolgende jaren meer consistent zullen zijn. Het 4% rendement wordt doorgaans gebruikt en is dus de gebruikelijke standaard.

In sub b van het artikel wordt gesteld dat de klant in staat zal zijn de “*generieke gevolgen*” te overzien. Het is onvoldoende duidelijk wat onder ‘generiek’ verstaan moet worden. Ook op dit punt voorzien wij problemen in de praktische uitvoerbaarheid van het kunnen doorrekenen hiervan. De consequentie van de keuze van de klant tot voortzetting, wijziging of stopzetting van de verzekering staat immers bij een beleggingsverzekering niet vast en zal mede afhankelijk zijn van de waardeontwikkeling van de beleggingsverzekering. Daarnaast mist duidelijkheid over hoe de verzekeraar kan aantonen dat de klant de werking van het product en de consequenties van zijn keuze begrijpt.

##### Artikel 8:2

De in dit artikel geïntroduceerde ‘vergewisplicht’ stelt een aantal irreële en niet haalbare eisen aan het vastleggen en vergewissen van de bewuste keuze van de klant. Objectieve en meetbare normen ontbreken. Immers, hoe kan de verzekeraar aantonen dat de klant de werking van het product en de consequenties van zijn keuze begrijpt? Ook zorgt het artikel ervoor dat de taakvervulling van de adviseur komen te rusten op de verzekeraar. Tot slot leidt de genoemde ‘vergewisplicht’ tot een resultaatsverplichting en niet tot een inspanningsverplichting. Immers, de uitkomst van de inspanning moet zijn dat de klant zijn keuze daadwerkelijk overziet. Dit is een verplicht resultaat. De AMvB biedt alleen grond voor een inspanningsverplichting.





#### Artikel 8:3

Ook uit dit artikel blijkt de totale vermenging van taken van de adviseur en de verzekeraar. Wij vragen ons sterk af waarom de adviseur alle verantwoordelijkheid uit handen wordt genomen en deze verantwoordelijkheid bij de verzekeraar wordt neergelegd. Het artikel verplicht een verzekeraar de facto tot het voeren van een schaduwadministratie. Het artikel brengt naast een doublure in werkzaamheden, ook aanzienlijke administratieve lasten met zich mee. Daarnaast zullen bij reeds geactiveerde klanten de in artikel 8:3 opgesomde vereisten mogelijk niet zijn vastgelegd in het dossier van de adviseur en/of de verzekeraar. Uit eerdere toelichting van de minister op de AMvB begrijpen wij dat het niet de bedoeling is dat deze groep klanten met terugwerkende kracht ook onder de Nadere regeling valt. Ter voorkoming van toekomstige onduidelijkheden zouden wij dan ook graag expliciet in de regelgeving opgenomen zien dat de activeringsverplichting alleen klanten betreft die op het moment van inwerkingtreding van de regelgeving nog niet geactiveerd zijn.

#### Artikel 8:4

Dit artikel introduceert nieuwe verplichtingen voor de sector, waarbij objectieve en meetbare normen ontbreken. Zo is in lid 1 sub b vastgelegd dat de verzekeraar over een "*langere periode*" de klant moet benaderen. Daarbij wordt niet aangegeven wat hier precies onder verstaan mag worden. En worden in lid sub d cumulatieve vereisten aan de slotbrief vastgelegd. Artikel 8:4 bepaalt dat het aan het oordeel van de AFM is te bepalen of er sprake is van "*voldoende inspanningen*". Er wordt onvoldoende duidelijk gemaakt wat nu precies hieronder verstaan moet worden. In de Nota van Toelichting staat geschreven dat de verzekeraar bij incorrecte adresgegevens de juiste gegevens moet achterhalen. Daarbij introduceert de AFM een beperkte 'explainmogelijkheid' voor de restcategorie klanten die de verzekeraar niet heeft weten te bereiken. U geeft hierbij aan dat deze categorie "*maar een zeer beperkt percentage*" mag beslaan van het totaal. Maar laat daarbij in het midden wat hier dan precies onder verstaan moet worden. Wij gaan graag in gesprek over de vraag hoe wij de verwachtingen op dit punt in een duidelijke, realistische en objectief meetbare definitie kunnen vastleggen.

#### Artikel 8:5

Op grond van artikel 8:5 is een verzekeraar verplicht het "*niet opbouwende karakter*" van de beleggingsverzekering weg te nemen indien de klant niet kan worden bereikt of een weloverwogen keuze uitblijft. In de Nota's van Toelichting bij de AMvB en de Nadere regeling staat geschreven dat "*eenzijdige wijzing van de verzekeringsovereenkomst hierbij het meest voor de hand ligt*". Eerder in deze brief hebben wij geschreven over de (juridische) knelpunten die spelen bij het eenzijdig aanpassen van verzekeringen. Aanvullend hierop wijzen u bij dit artikel expliciet op de reactie van professor Rank. De verzekeraar draagt ook de verantwoordelijkheid de belangen van alle klanten evenwichtig te behartigen en dus te objectiveren waarom bepaalde maatregelen voor de ene klant wel, en de andere niet gelden. Dit creëert een uitstralingsrisico voor eenzijdige aanpassingen die prudentiële risico's kan opleveren. Een aantal verzekeraars heeft de afgelopen periode ervoor gekozen eenzijdige aanpassingen te doen. Eenzijdige aanpassing zal echter hooguit in specifieke, objectieveerbare uitzonderingssituaties een optie zijn, maar geen generieke oplossing. Wij dringen er dan ook op aan deze bepaling uit de Nadere regeling te verwijderen.

#### Artikel 8:6

In lid 3 is bepaald dat na vaststelling dat een verzekering niet opbouwend is binnen 3 maanden een passende oplossing wordt geboden. Het zal in de regel niet haalbaar zijn om binnen deze termijn met de klant tot een passende en zorgvuldig besproken en overwogen oplossing te komen. Wij stellen voor deze termijn te verruimen naar bijvoorbeeld 9 maanden en op deze manier klanten en verzekeraars een reële termijn te bieden om in overleg tot een oplossing te komen.



#### Artikel 8:7

Wij hechten er waarde aan dat in de tekst van de Nadere regeling duidelijk uitgewerkt wordt welke verzekeringen binnen de genoemde categorieën vallen. Uit de tekst wordt niet duidelijk wat nu precies verstaan moet worden onder het in sub c benoemde "*niet zijnde een collectieve verzekering*". Zoals u weet vinden wij de benaming 'lijfrenteclausule gebonden polissen' überhaupt meer duidelijkheid bieden over om welke soort verzekering het gaat, dan de benaming 'pensioengebonden polis'. Wij begrijpen dat met de formulering beoogd is duidelijk te maken dat het om verzekeringen uit de derde pijler gaat. Deze zijn echter alleen eenduidig te herkennen aan de lijfrenteclausule. Indien u buiten deze groep producten in de derde pijler wilt adresseren die binnen de scope van pensioengebonden polissen vallen, dan dient vooraf wel duidelijk te zijn wat deze producten kenmerkt en hoe zij eenduidig te identificeren zijn.

In het artikel is opgenomen dat de verwachte eindwaarde berekend moet worden op een in de markt gebruikelijke wijze op basis van het historisch rendement. Zoals eerder aangegeven is onduidelijk wat onder historisch rendement verstaan moet worden en ontbreekt in de markt dus de door de AFM veronderstelde 'gebruikelijke wijze'. Een rendement van 4% bruto is duidelijker en werkbaar. In de tabel in bijlage 13 in de Nadere regeling is het vereiste resultaat van 100% voor de categorieën 3, 4 en 5 op einde Q4 2016 gezet. Een 100% score zal in de praktijk niet behaald kunnen worden. Er zal altijd een restgroep van klanten zijn die niet vindbaar of in beweging te krijgen is. Daar verandert het stellen van 100% als norm niets aan. We moeten er voor waken dat op deze manier niet de basis wordt gecreëerd voor nieuwe teleurstellingen.

#### Artikel 8:9

Zie ook ons commentaar bij artikel 8:3 over de onwenselijke verschuiving van taken en verantwoordelijkheden van de adviseur naar de verzekeraar.

Gezien het gedeelde belang van effectieve nazorg blijven wij graag met u in gesprek over een optimaal faciliterend stelsel van regels, het maken van duidelijke afspraken en over het wegnemen van de door ons geconstateerde obstakels in uitvoerbaarheid. Duidelijke afspraken bieden ook een basis voor de volgende fases voor de, ook door ons gewenste, transparantie over de vorderingen op maatschappijniveau. Wij denken dat deze transparantie hoort bij het feit dat nazorg het centrale thema is waarlangs we de discussie met klanten over beleggingsverzekeringen kunnen eindigen, maar dit vraagt wel om reële, gedragen regels en ambities. Tot slot vragen wij nog extra aandacht voor de eerbiedigende werking van eventueel eerder gemaakte afspraken met individuele verzekeraars. Een kopie van deze brief zenden wij aan de minister van Financiën.

Wij blijven onverminderd beschikbaar voor open, oplossingsgericht overleg.

Met vriendelijke groet,

H.J. Herbert

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.<sup>1</sup>

## 2 ACHTERGRONDEN

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>
- 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.<sup>3</sup> 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"*.<sup>4</sup>
- 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,<sup>5</sup> (ii) hypotheek gebonden polissen<sup>6</sup> en (iii) pensioen gebonden polissen<sup>7</sup>.
- 2.4 Uit rapporten van de AFM uit maart 2014<sup>8</sup> en oktober 2014<sup>9</sup> volgt dat de streefcijfers ten aanzien van niet opbouwende polissen aanvankelijk niet

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

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

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

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

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

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

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

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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,

---

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

- 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

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

*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.<sup>13</sup>
- 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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> 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~