

Mr. C.J. de Jong*

Publiekrechtelijke zorgplichten voor verzekeringstussenpersonen

Een verzekeringstussenpersoon¹ acteert binnen een stelsel van dubbele zorgplichten.² Enerzijds moet hij de zorg van een goed opdrachtnemer³ in acht nemen en anderzijds heeft hij te maken met publiekrechtelijke gedragsregels, die de nodige zorgvuldigheid van hem vergen.⁴ Voor een deel gaat het hierbij om gedrag dat wordt afgedwongen als gevolg van het implementeren van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling⁵ in de Wet financiële dienstverlening (Wfd),⁶ welke een jaar later opging in de Wet op het financieel toezicht (Wft).⁷ De Autoriteit Financiële Markten (AFM) is belast met het gedragstoezicht.⁸ Dit omvat mede het toezicht op de nakoming van de zorgplicht. In dit artikel staan de Wft-bepalingen inzake zorgvuldige behandeling⁹ van klanten¹⁰ centraal. Aan de hand van door de AFM gepubliceerde boetebesluiten wordt nagegaan in hoeverre de publiekrechtelijke handhaving bijdraagt tot de beoogde zorgvuldige behandeling van klanten. Voorts wordt aandacht besteed aan de vraag of en, zo ja, in hoeverre de in dit verband relevante gedragsregels doorwerken in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en zijn klant.

1. INLEIDING

Het bemiddelen bij het tot stand brengen van een overeenkomst van verzekering¹¹ tussen een aspirant-verzekeringnemer en een verzekeraar geschiedde aanvankelijk door handelsagenten.¹² Waar zij in die hoedanigheid de

verzekeraar als principaal hadden, bleef dat niet zo.¹³ Verzekeringstussenpersonen – ik doel hier op de zogenaamde provinciale¹⁴ tussenpersonen – gingen van lieverlee een steeds onafhankelijker positie innemen. Dit kwam tot uitdrukking in het feit dat zij hun advies- en bemiddelingsactiviteiten niet meer beperkten tot de producten

* Mr. C.J. de Jong is onderzoeker privaatrecht bij de Open Universiteit Nederland, onderzoeker bij het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS) en medewerker van dit tijdschrift. Hij is doende met een promotieonderzoek naar de verzekeringstussenpersoon en diens zorg- en informatieplichten.

- Deze benaming is ontleend aan de op 15 januari 2003 in werking getreden Richtlijn verzekeringsbemiddeling (Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling). In dit artikel gebruik ik deze benaming in plaats van het minder specifieke Wft-begrip 'bemiddelaar'.
- Timmerman geeft hiermee aan dat op financiële dienstverleners zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke zorgplichten rusten. Zie: L. Timmerman, 'Situatieve gelijkheid in het (privaat)recht', in: D.J. Wolfson, L. Timmerman & L.M. de Rijk, *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: KNAW Press 2008, p. 40.
- Art. 7:401 BW.
- Het komt voor dat dezelfde gedragsregel zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk wordt vastgelegd. Zie in dit verband het verbod op ongevraagde commerciële communicatie ('cold calling') dat is neergelegd in art. 7:46h lid 1 BW, art. 7:11 lid 1 Tc en art. 81 lid 1 Bgfo.
- Op grond van het gestelde in Overweging 19 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling mag een lidstaat onder bepaalde voorwaarden verdergaande verplichtingen opleggen. Van deze mogelijkheid heeft de Nederlandse wetgever gebruik gemaakt.
- Wet van 12 mei 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening (Wet financiële dienstverlening), *Stb.* 2005, 339. Deze toezichtwet werd van kracht op 1 januari 2006, bijna een jaar nadat de Richtlijn verzekeringsbemiddeling had moeten zijn geïmplementeerd.
- Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), *Stb.* 2006, 475.
- Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten (art. 1:25 lid 1 Wft).
- Afdeling 4.2.3 Wft.
- In de precontractuele fase zijn dit potentiële klanten.
- Uitgezonderd de door tussenkomst van een makelaar in assurantien ter beurze gesloten verzekeringen.
- Niet te verwarren met 'insurance agents'. Uit de omschrijving in art. 3:101 van de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) blijkt dat dit loondienstagenten zijn.
- Overigens biedt het vereenzelvigen van de verzekeringstussenpersoon met de verzekeraar – en daarmee het toerekenen van de fouten en nalatigheden van de tussenpersoon aan de verzekeraar – volgens Wansink een veiliger waarborg voor het behoud van de sociale functie van de door verzekering geboden zekerheid. Zie: J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet op het financieel toezicht (Wft)', *VA* 2009-1, p. 7.
- Deze aanduiding werd gekozen voor verzekeringstussenpersonen die hun beroepsactiviteiten niet uitoefenden aan de Amsterdamse of Rotterdamse beurs, maar daarbuiten – 'in de provincie'.

van één enkele verzekeraar.¹⁵ De positie van de verzekeraar werd na verloop van tijd ingenomen door de aspirant-verzekeringnemer.¹⁶ Sindsdien is de privaatrechtelijke basis van de rechtsverhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en zijn wederpartij, de aspirant-verzekeringnemer, een overeenkomst van opdracht.^{17, 18} Meestentijds gaat het daarbij om een tweeledige opdracht:¹⁹ de opdracht om te adviseren en de opdracht om te bemiddelen bij het tot stand brengen van een overeenkomst van verzekering. Kenmerkend voor de rechtsverhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en zijn opdrachtgever is dat deze doorgaans berust op een mondeling verstrekte opdracht. Dit heeft tot gevolg dat het bepalen van de inhoud van de opdracht – en derhalve van de omvang van de zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon – problematisch kan zijn.²⁰ De met een verzekeringstussenpersoon gesloten overeenkomst van opdracht wordt doorgaans geduid als een bemiddelingsovereenkomst.²¹ Hiertegen kan worden ingebracht dat de bemiddelingsovereenkomst niet mede de opdracht tot adviseren en de opdracht tot het verrichten van als nazorg te bestempelen werkzaamheden omvat. De opdracht aan een verzekeringstussenpersoon kan ook kwalificeren als lastgeving²² – zelfs tegelijkertijd.^{23, 24}

De in het kader van de overeenkomst van opdracht door de verzekeringstussenpersoon te verrichten werkzaamheden bestaan niet enkel uit bemiddelen. Al vroeg werd onderkend dat het plegen van nazorg inherent is aan verzekeringsbemiddeling:

‘Elke tussenpersoon, die zijn beroep goed uitoefent, ongeacht of hij al dan niet de premieën int of daarvoor verantwoordelijk is, zal al de door hem gesloten verzekeringen regelmatig toetsen aan de werkelijkheid en daartoe de verzekeringnemers bezoeken; zijn taak is voor de belangen van deze verzekeringnemers te waken en zodoende de vertrouwenspositie, die hij behoort in te nemen, te bevestigen en te versterken.’²⁵

Ook in Wft-termen is verzekeringsbemiddeling een meer omvattende activiteit dan enkel het bemiddelen bij het tot stand brengen van een overeenkomst van verzekering. Art. 1:1 Wft bevat drie definities van de financiële dienst ‘bemiddelen’, die elk betrekking hebben op een of meer financiële producten. Volgens de definitie inzake het financiële product verzekering gaat het om ‘alle werkzaamheden’²⁶ in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering tussen een cliënt en een verzekeraar of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een verzekering’.²⁷ Het gebruik van de term ‘cliënt’ in plaats van ‘consument’ vindt zijn oorsprong in het feit dat de

15. De kans dat de door Kamphuisen uitgesproken veronderstelling dat het streven van verzekeraars om meer greep te krijgen op de distributiekolom ertoe zou leiden dat de verzekeringstussenpersoon – weer – handelsagenten zouden worden werkelijkheid wordt lijkt mij thans verwaarloosbaar. Zie: J.G.C. Kamphuisen, ‘De tussenpersoon in de maatschappij’, *AV&S* 2003-3, p. 80.
16. Voor een nadere beschouwing van deze ontwikkelingsgang zie: C.J. de Jong, ‘Provisie, van verplichting naar verbod?’, *AV&S* 2010-3, 14, p. 97-98.
17. Art. 7:400 BW.
18. Zie o.a.: Asser/Clausing/Wansink, *Bijzondere overeenkomsten 5-VI. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 48; R. Feunekes, ‘De assurantietussenpersoon’ in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en Tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 372-380; ‘t Hart/Du Perron, a.w., p. 68; Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Verzekeringstussenpersoon: opdrachtnemer en lasthebber maar geen bemiddelaar in de zin van Boek 7 BW’, *Vrb* 1993, p. 65-68; Van Huizen/Wezeman/Van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 56-61; C.J. de Jong, ‘De spelers en het toezicht’, in: Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 64-67; De Jong, ‘De verzekeringstussenpersoon nader beschouwd’, *NTHR* 2008-2, p. 47-49; J.G.C. Kamphuisen, *De opdracht aan de assurantietussenpersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2004, p. 9-14; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 187; R.M. Vriesendorp-van Seumeren, ‘Van assurantietussenpersoon tot financieel dienstverlener’, *VA* 2003-3, p. 83 en Wery/Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 12-13.
19. In gelijke zin: F.M.A. ‘t Hart, ‘In het midden gelaten. Enkele beschouwingen over de aansprakelijkheid van de aanbieder voor de tussenpersoon in privaatrechtelijk en publiekrechtelijk perspectief’, in: *Bouwen en bezinning, regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht* (lusttrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2007, p. 139 en Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht’, *AV&S* 2009-2, 11, p. 76. Zie ook HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900, waarin sprake is van een gemengde opdracht, te weten een advies- en bemiddelingsovereenkomst.
20. Zie: De Jong, *NTHR* 2008-2, p. 46 en 50. In gelijke zin: S.Y.Th. Meijer, ‘Over provisie en de zorgplicht van de assurantietussenpersoon’, *MvV* 2009-12, p. 306.
21. Art. 7:425 BW.
22. Art. 7:414 BW.
23. Voor een nadere beschouwing zie: De Jong, *NTHR* 2008-2, p. 47-48.
24. ‘t Hart en Du Perron beschouwen de verzekeraar (mede) als opdrachtgever van de verzekeringstussenpersoon. Volgens hen is de overeenkomst van opdracht in de meeste gevallen een overeenkomst van bemiddeling en zal er niet snel sprake zijn van lastgeving. Zie: F.M.A. ‘t Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten een afgewogen financiële beslissing te laten nemen?* (Preadvisie voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 85.
25. *Kamerstukken I* 1951/52, 870, nr. 11a, p. 10.
26. Dat de financiële dienst ‘bemiddelen’ bestaat uit deze werkzaamheden is een mooie illustratie van het subtiel verschil tussen een dienst en werkzaamheden: de term ‘diens’ legt de nadruk op wat wordt aangeboden, terwijl de term ‘werkzaamheden’ ziet op wat er feitelijk gebeurt. Zie: Asser/Tjong Tjin Tai, *Bijzondere overeenkomsten 7-IV Opdracht, incl. geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 15.
27. Deze omschrijving is – zij het niet geheel in gelijke bewoordingen – overgenomen uit de Richtlijn verzekeringsbemiddeling, die verzekeringsbemiddeling definieert als ‘de werkzaamheden die bestaan in het aanbieden, voorstellen, voorbereidend werk realiseren tot het sluiten van of sluiten van verzekeringsovereenkomsten, dan wel in het assisteren bij het beheer en de uitvoering van verzekeringsovereenkomsten, in het bijzonder in het geval van een schadegeval’.

Richtlijn verzekeringsbemiddeling – behalve waar het gaat om zogenaamde grote risico's – ziet op het bemiddelen bij alle verzekeringen, ongeacht of de verzekeringnemer een consument of een beroeps- of bedrijfsmatig handelend persoon is.

Hoewel in de Wft-definitie van bemiddelen slechts twee deelactiviteiten expliciet worden genoemd, de eigenlijke bemiddeling en de nazorg, vallen ook de voorbereidende werkzaamheden voor het tot stand brengen van een verzekering onder de bemiddelingsactiviteiten. Dit kan worden afgeleid uit de woorden 'gericht op'.²⁸ Deze werkzaamheden bestaan uit het inventariseren en analyseren van gegevens en informatie en het op basis daarvan formuleren van een advies. Kortom, verzekeringsbemiddeling bestaat uit drie deeltrajecten: aan het eigenlijke bemiddelingstraject gaat een adviestraject vooraf en het wordt gevolgd door een nazorgtraject.

'De verzekeringstussenpersoon adviseert een passende dekkingsvorm, controleert de polis op onjuistheden, controleert voortdurend de verzekeringsportefeuille, handelt schades af en draagt zorg voor een tijdige afdracht van de premie aan de verzekeraar.'²⁹

De Wft gaat ervan uit dat advisering een onderdeel vormt van de bemiddelingswerkzaamheden.³⁰ Adviseert een verzekeringstussenpersoon niet,³¹ dan moet hij dit bij aanvang van zijn werkzaamheden³² kenbaar maken aan de klant. Het ware mijns inziens beter als de verzekerings-tussenpersoon dit kenbaar maakt bij het formuleren van zijn opdracht, dus voordat hij met zijn bemiddelingswerkzaamheden begint. Overigens zij opgemerkt dat de schriftelijke vastlegging van de aan een verzekeringstussenpersoon verstrekte opdracht veelal achterwege blijft.³³ De ingevolge art. 4:23 lid 2 Wft toepasselijke informatieverplichting wordt terzijde gezet door een in art. 41 lid 2 Vr opgenomen generieke vrijstelling. Blijkens de tot

duisver gepubliceerde boetebesluiten toetst de AFM niet of deze vrijstelling van toepassing is. De vrijstelling blijft buiten toepassing als het gaat om een complex product of om een verzekering in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van de klant. De verzekeringstussenpersoon is dan gehouden om te adviseren, tenzij hij kenbaar heeft gemaakt dit niet te doen.³⁴ Evenmin als zij toetst of de vrijstelling van toepassing is, toetst de AFM of de geconstateerde overtreding van art. 4:23 lid 1 Wft betrekking heeft op een verzekeringsproduct dat daarvan expliciet is uitgezonderd.

Voor de klant moet niet alleen duidelijk zijn of de verzekeringstussenpersoon adviseert, maar ook in hoeverre hij daarbij objectief te werk gaat en of hij onafhankelijk is. Art. 4:73 lid 1 Wft gebiedt hem om een klant voorafgaande aan de totstandkoming³⁵ van een overeenkomst van verzekering te informeren of hij al dan niet gebonden is aan een of meer verzekeraars, op welke wijze hij wordt beloofd, of hij een gekwalificeerde deelneming in een verzekeraar heeft en andersom: of een (moedermaatschappij van een) verzekeraar een gekwalificeerde deelneming³⁶ in hem heeft. Ook moet hij de klant laten weten of hij al dan niet adviseert op grond van een objectieve analyse.

2. ZORGVULDIGE DIENSTVERLENING

De Wft-bepalingen inzake zorgvuldige dienstverlening zijn opgenomen in een aparte afdeling van Deel 4 Gedragstoezicht financiële ondernemingen, en Hoofdstuk 8 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) bevat bepalingen ter uitvoering daarvan.³⁷ Ingevolge art. 4:18 lid 1 Wft is afdeling 4.2.3 Wft niet van toepassing op herverzekeringsbemiddelaars en evenmin op het bemiddelen met betrekking tot grote risico's. Deze reikwijdtebepaling is opgenomen ter implementatie van art. 12 lid 4 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling. Het gaat hier om financiële diensten die worden verleend

28. Zie ook: De Jong, *NTHR* 2008-2, p. 47.

29. *Kamerstukken I* 2000/01, 26 667, nr. 61, p. 3. Merkwaaardig genoeg ontbreekt de eigenlijke bemiddeling in deze opsomming van de werkzaamheden van een verzekeringstussenpersoon.

30. Dit geldt niet alleen voor verzekeringstussenpersonen, maar voor alle financiële ondernemingen op welke het Wft-regime van toepassing is.

31. In dit geval vindt de dienstverlening plaats op basis van 'execution only'. Dit impliceert overigens niet dat daarmee de privaatrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon volledig wordt afgewenteld: indien een klant een voor hem zinloze verzekering wenst, zal de tussenpersoon hem op de zinloosheid daarvan moeten wijzen.

32. Zie ook: 't Hart/Du Perron, a.w., p. 67 en De Jong, *NTHR* 2008-2, p. 46. Meijer is het met mij eens dat er sprake zal zijn van een mondeling overeengekomen overeenkomst van opdracht. Hij tekent daarbij aan dat het de verzekeringnemer veelal niet duidelijk zal zijn wat de inhoud is van de door hem aan de verzekeringstussenpersoon verstrekte opdracht (Meijer, a.w., p. 306).

33. Art. 4:23 lid 2 Wft.

34. Wansink acht een aanscherping van de dwingende regels voor de verkoop van complexe producten op zijn plaats. Hij denkt daarbij aan het instellen van een verbod op het zonder advies verkopen van zulke producten (J.H. Wansink, 'Contractsvrijheid en (materiële) overheidscontrole op polisvoorwaarden', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 70).

35. Op grond van art. 12 lid 1 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling, waaraan deze bepaling is ontleend, moet de informatie worden gegeven voordat een eerste verzekeringsovereenkomst wordt gesloten en, zo nodig, wanneer de overeenkomst wordt gewijzigd of verlengd.

36. Kort gezegd bestaat een gekwalificeerde deelneming uit een rechtstreeks of middellijk belang van ten minste tien procent van het geplaatste kapitaal van een onderneming respectievelijk uit het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van ten minste tien procent van de stemrechten of van een daarmee vergelijkbare zeggenschap in een onderneming.

37. Dit hoofdstuk bevat tevens uitvoeringsbepalingen met betrekking tot de informatieverstrekking in het kader van een overeenkomst op afstand.

aan dat deel van de zakelijke markt dat geacht kan worden de bescherming van de bepalingen van deze afdeling niet nodig te hebben.³⁸

In het kader van zorgvuldige financiële dienstverlening is informatie een sleutelwoord.³⁹ Adequate informatie is het hoofdingrediënt voor enerzijds het opheffen van informatieasymmetrie⁴⁰ en anderzijds het creëren van transparantie. En transparantie is op haar beurt een voorwaarde voor het realiseren van consumentenbescherming, de doelstelling die de wetgever voor ogen stond.⁴¹ Om tot een verantwoorde keuze te komen bij de aanschaf van financiële producten en diensten moeten consumenten beschikken over voldoende informatie over de wezenlijke kenmerken ervan.⁴² De eisen die de Wft met betrekking tot informatie aan verzekeringstussenpersonen stelt zijn tweemaal: zij zien zowel op het verstrekken van informatie als op het inwinnen daarvan. Deze eisen stelen op Europese regelgeving.⁴³

2.1. Aan informatie te stellen eisen

Art. 4:19 Wft bevat eisen waaraan de te verstrekken of beschikbaar te stellen informatie moet voldoen. Ingevolge art. 4:19 lid 1 Wft moet een verzekeringstussenpersoon er zorg voor dragen dat de door of namens hem verstrekte of beschikbaar gestelde informatie over een verzekering of over zijn dienstverlening geen afbreuk doet aan de ingevolge het Wft-deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen te verstrekken of beschikbaar te stellen informatie. Dit geldt ook voor zover deze informatie onderdeel uitmaakt van een reclame-uiting.^{44, 45} Deze norm houdt

in dat de informatie die wordt verstrekt moet stroken met informatie die krachtens de Wft verstrekt dient te worden.⁴⁶ De hier bedoelde, door een verzekeringstussenpersoon te verstrekken, informatie ziet op alle informatie – ongeacht of de verstrekking daarvan verplicht is of niet.⁴⁷ Voor zover het gaat om in afdeling 4.2.3 Wft verplicht gestelde informatie⁴⁸ moet deze ingevolge art. 4:19 lid 2 Wft correct en duidelijk zijn en mag zij niet misleidend zijn.⁴⁹ De eerste en de laatste van deze drie eisen zijn onderdeel van het privaatrechtelijk normenstelsel.

De aanvankelijke versie van deze bepaling luidde dat de verstrekte informatie feitelijk juist, begrijpelijk en niet misleidend moest zijn. Blijkens de toelichting spreekt de regel dat informatie feitelijk juist moet zijn en niet misleidend mag zijn voor zich. Wat de begrijpelijkheid van informatie betreft mag de gemiddelde klant als uitgangspunt worden genomen. De complexiteit van het financiële product of de financiële dienst zal eveneens een rol spelen. Naarmate het product of de dienst complexer en/of risicovoller wordt, kan van de gemiddelde klant minder kennis en inzicht worden verwacht en zal de informatie daarop toegesneden moeten zijn.⁵⁰ De implementatie van de MiFID-richtlijn gaf aanvankelijk geen aanleiding om de eis dat de informatie feitelijk juist, begrijpelijk en niet misleidend moet zijn te wijzigen.⁵¹ In de tweede nota van wijziging werd daarop teruggekomen. Om het gelijke speelveld te behouden voor de verschillende financiële ondernemingen werd voor overige financiële ondernemingen eveneens aangesloten bij de MiFID-formulering. De formulering 'feitelijk juist, begrijpelijk en niet misleidend'

38. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 508.

39. Informatieverstrekking is een steeds belangrijker instrument van consumentenbescherming geworden als het gaat om de verkoop van financiële diensten die complex zijn en/of voor de consument op langere termijn sociale zekerheid beogen en behoren te bieden. Zie: Wansink, *VA* 2009-1, p. 3.

40. 'Informatieasymmetrie houdt in dat een marktpartij in een economische transactie minder informatie heeft dan de marktpartij waarmee hij zaken doet; over de marktpartij zelf, of over het product dat of de dienst die wordt geleverd. Mede vanwege deze ongelijkheid moeten zowel aanbieders (met name verzekeraars) als consumenten transactiekosten maken. Een deel van deze kosten kan verminderd worden door tussenkomst van een adviseur/bemiddelaar. Deze kan de informatieasymmetrie tussen consumenten en aanbieders in de distributiekolom van complexe producten verkleinen.' Deze omschrijving is te vinden in: P. Risseeuw e.a., 'Evaluatie provisieregels complexe producten' (SEO-rapport nr. 2010-44), Amsterdam: SEO 2010, p. 6.

41. De bescherming die het financieel recht biedt berust niet op een regulering van de inhoud van een product, maar op informatieverplichtingen van financiële ondernemingen. Waar een bestuurder van de AFM deze toezichthouder recentelijk een rol in het productontwikkelingsproces toedacht, wees Wansink er terecht op dat het introduceren van materieel toezicht op de inhoud van verzekeringsproducten strijdig is met de Verzekeringsrichtlijnen (J.H. Wansink, 'Toezicht op goed gedrag: de veranderende rol van toezichthouders', *AV&S* 2010-2, nr. 10, p. 63). Eerder al gaf hij aan dat gevreesd moest worden dat de AFM in de praktijk het onderscheid tussen materieel toezicht en het toezicht op begeleidende productinformatie niet altijd zou onderkennen (Wansink, *VA* 2009-1, p. 18). Zie ook: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), a.w., p. 69-70.

42. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 7.

43. De Richtlijn verzekeringsbemiddeling en de Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten (Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (*PbEG*, L 271).

44. Iedere vorm van informatieverstrekking die dient ter aanprijzing van of een wervend karakter kent ter zake van een bepaalde financiële dienst of een bepaald financieel product (art. 1:1 Wft).

45. Voor reclame-uitingen en andere onverplichte precontractuele informatie inzake een complex product gelden aanvullende regels al naar gelang deze via de radio of televisie of anders vorm krijgen. Deze regels zijn vastgelegd in art. 52 Bgfo.

46. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 118.

47. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 508.

48. Voor verzekeringstussenpersonen komt dit neer op de verplichte precontractuele informatie en de tijdens de looptijd van een verzekering te verstrekken informatie (art. 4:20 Wft) alsmede de op grond van art. 4:22 lid 1 Wft ingevolge afd. 8.1 Bgfo te verstrekken informatie.

49. Ingevolge art. 13 lid 1 onder b van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling moet enkel de op grond van art. 12 verplichte informatie 'op duidelijke, nauwkeurige en voor de klant begrijpelijke wijze' worden verstrekt. Hoewel de bewoordingen de indruk wekken dat het gaat om de wijze van verstrekking van de informatie moet de informatie als zodanig duidelijk, nauwkeurig en voor de klant begrijpelijk zijn.

50. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 509.

51. Wel werd vastgesteld dat deze eis materieel overeenkomt met de norm in artikel 19 lid 2 van de MiFID dat informatie 'correct, duidelijk en niet misleidend' dient te zijn (*Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 119).

werd gewijzigd in 'correct, duidelijk en niet misleidend'. Hiermee werd geen inhoudelijke wijziging beoogd.⁵²

Het opnemen van deze – niet aan de Richtlijn Verzekeringbemiddeling ontleende^{53, 54} – gedragsnormen in de Wft⁵⁵ resulteert in een dubbele normstelling.^{56, 57} Het

gevolg daarvan is dat de AFM bestuursrechtelijke sancties kan opleggen bij overtreding van een privaatrechtelijke norm.^{58, 59} Deze dubbele normstelling ontmoet niet ten onrechte veel bezwaar.^{60, 61} Naast de niet ondenkbeeldige kans dat de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke

52. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 086, nr. 10, p. 5.

53. De in art. 4:20 Wft verplicht gestelde informatie maakt geen deel uit van de in art. 12 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling genoemde informatie. Dit afwijken van de hetgeen de Richtlijn voorschrijft is overigens in overeenstemming met de in art. 13 lid 5 van deze Richtlijn gegeven mogelijkheid om op dit punt strengere bepalingen op te nemen in de nationale wetgeving.

54. Van Dijk stelt dat de Nederlandse wetgever over het algemeen kiest voor strengere regels dan de Europese wetgever voorschrijft. Volgens hem doet de toezichthouder daar nog een schepje bovenop door de regels extra streng uit te leggen (J.M. van Dijk, 'Contouren', in: *Voorstel van Wet op het financieel toezicht. Beschouwingen over de regulering van de financiële markten* (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 27).

55. Boshuizen stelde zich op het standpunt dat beschermingsregels, waaronder de verplichte informatieverstrekking, thuishoren in het privaatrecht. G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

56. Dit roept volgens de Raad van State de vraag op naar de verhouding tussen beide regelcomplexen. 'Die vraag betreft allereerst de criteria op grond waarvan wordt besloten tot het stellen van publiekrechtelijke regels voor gedragingen en rechtsverhoudingen waarvoor ook een algemene norm geldt door het burgerlijk recht. (...) Daarnaast is er de vraag naar de eventuele civielrechtelijke gevolgen (in de vorm van nietigheid of vernietigbaarheid) van niet-naleving door een partij op de financiële markten van door of krachtens de Wft gestelde regels voor desbetreffende rechtshandelingen.' (*Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 10).

57. Cherednychenko wijst erop dat de publiekrechtelijke gedragsregels voor financiële ondernemingen weliswaar de zwakkere partijen op de financiële markten beogen te beschermen, maar toch vooral zijn gericht op het scheppen van optimale condities van een goede marktwerking en dus op het behartigen van het publieke belang. Deze regels zijn geschreven vanuit het toezichtperspectief en toegesneden op de grootste gemene deler, terwijl de privaatrechtelijke zorgplicht primair is gericht op het waarborgen van de individuele belangen van een cliënt in een concreet geval (O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010-3, p. 74). Jansen concludeert dat de parlementaire geschiedenis de autonomie van het privaatrecht bevestigt (K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010-6853, p. 625). Wansink stelt zich op het standpunt dat financiële dienstverlening verantwoordelijkheden schept die verder reiken dan de bestuursrechtelijke normen (J.H. Wansink, 'Botsende werelden in de financiële dienstverlening', *VA* 2004-4, p. 89). Hij stelde voorts vast dat de in de Wft opgegangene Wet financiële dienstverlening naar haar aard toezichtwetgeving is, waarbij uitgangspunt is de gedragingen van goede dienstverlener in duidelijke bestuursrechtelijke normen te verankeren. Daar staat tegenover de civielrechtelijke norm van de redelijk bewame en redelijk handelende dienstverlener in zijn contractuele verhouding tot de consument (J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', *AV&S* 2005-4, p. 130-131 en Wansink, *VA* 2009-1, p. 27).

58. Op grond van de in art. 4:7 Wft neergelegde delegatiebepaling geldt voor verzekeringstussenpersonen een aantal vrijstellingen. In geval van zo'n vrijstelling, die ziet op hetzij het gehele Wft-deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen hetzij een bepaalde verplichting, kan de AFM haar handhavinginstrumenten niet inzetten tegen de betreffende tussenpersoon.

59. Grundmann-van de Krol gaat ervan uit dat de AFM rekening zal houden met de jurisprudentie inzake art. 6:193c e.v. BW (misleidende handelspraktijk) en art. 6:194 BW (misleidende reclame). Zie C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom 2010, p. 221-222.

60. Volgens Eisma heeft het 'plagiëren' van privaatrechtelijke regels in het bestuursrecht als onmiskenbaar bezwaar dat nuances en subtiliteiten verloren gaan. Veel regels van burgerlijk recht worden in concrete omstandigheden gecorrigeerd door de redelijkheid en billijkheid. Verstandig opportunistenbeleid van de AFM is daarom op zijn plaats (S.E. Eisma, 'Het doel van de Wft: een juridische benadering' in D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 29). Grundmann-van de Krol wijst erop dat de wetgever niet of nauwelijks aandacht heeft geschonken aan de gevolgen van een dubbele normstelling gecombineerd met een publiekrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Daarin schuilt het gevaar van 'moral risk' bij, in dit geval, de verzekeringnemer. Zij voorziet ook prioriteits- en capaciteitsproblemen bij het toezicht op de naleving van normen die zien op de relatie tussen, in dit geval, de verzekeringstussenpersoon en diens opdrachtgever, de cliënt, en afwijkende of zelfs tegenstrijdige jurisprudentie van de bestuurs-, straf- en burgerlijke rechter (C.M. Grundmann-van de Krol, 'Wft: inzichtelijk, marktgericht en beleidsarme omzetting van sectorale toezichtswetten?', *Ondernemingsrecht* 2006-4, nr. 44, p. 139-140 en, meer uitgebreid, C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2006, p. 11-15. Rinkes voorziet uitleg- en afbakingsproblemen en sluit botsingen tussen toezichtwetgeving en BW niet uit (J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *NTHR* 2007-6, p. 228) en in 'Transparantie in het verzekeringsrecht' in: *Verzekering en consument* (Preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap), Amstelveen: deLex 2007, p. 66, vraagt hij zich af of het duiden van het nieuwe verzekeringsrecht overzichtelijk zal zijn, nu prudentieel en gedragstoezicht eigen wettelijke regelingen kennen die direct van invloed zijn op de civielrechtelijke verhouding tussen verzekeraar, verzekerde, verzekeringnemer en bemiddelaar. Scheltema heeft ernstige bezwaren tegen deze constructie en noemt ook alternatieven. Zie hiervoor: A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 61-66. Vriesendorp-van Seumeren stelt dat de zorgplicht van de opdrachtnemer heeft geleid tot jurisprudentie waarin een verrijnd stelsel van verplichtingen is neergelegd. Volgens haar kan de vraag worden gesteld of de publiekrechtelijke regeling dit proces niet zal verstoren (Vriesendorp-van Seumeren, a.w., p. 114). Naar de mening van Wansink past publiekrechtelijk respect voor het civielrechtelijk domein, in het bijzonder bij toetsing van open normen (Wansink, *AV&S* 2010-2, p. 64).

61. Tjong Tjin Tai en Van den Berg wijzen erop dat de kritische geluiden met name uit de privaatrechtelijke hoek komen. Zie: T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009-4, nr. 23, p. 165.

jurisprudentie gaan divergeren, kan niet worden uitgesloten dat de opvattingen van de AFM⁶² over de wijze waarop een verzekeringstussenpersoon invulling moet geven aan deze informatieverplichting niet in overeenstemming blijken te zijn met diens verwachtingspatroon dienaangaande.⁶³

De eis dat de aan klanten te verstrekken informatie correct, duidelijk en niet misleidend is, geldt ingevolge de in art. 4:73 lid 4 Wft opgenomen vantoepassingverklaring ook voor de door een verzekeringstussenpersoon op grond van art. 4:73 lid 1 Wft voorafgaand aan de totstandkoming van een verzekering te verstrekken informatie. Deze informatieplicht ziet, zoals hiervoor reeds aangegeven, op het karakter van de advisering door de verzekeringstussenpersoon en de wijze waarop hij wordt beloond. Ook moet hij kenbaar maken of er sprake is van een gekwalificeerde deelneming. Deze transparantieplichtingen bestrijken derhalve verschillende aspecten van de verhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en de verzekeraar(s).⁶⁴ De transparantie die daarvan het gevolg is biedt de klant ondersteuning om het advies van een verzekeringstussenpersoon op waarde te schatten.⁶⁵

2.2. Precontractuele informatieplichten⁶⁶

Voor verzekeringstussenpersonen geldende precontractuele informatieplichten zijn vastgelegd in art. 4:20 Wft en art. 4:73 Wft.^{67, 68}

2.2.1. Artikel 4:20 Wft

Een aspirant-verzekeringnemer moet voorafgaand aan het sluiten van een verzekering beschikken over informatie die hem in staat stelt om die verzekering adequaat te beoordelen.⁶⁹ Ingevolge art. 4:20 lid 1 Wft moet de betreffende informatie worden verstrekt voorafgaand aan het adviseren⁷⁰ respectievelijk de totstandkoming van de overeenkomst van verzekering. Deze informatie mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt (art. 4:20 lid 6 Wft).⁷¹ Kwalificeert de verzekering als een complex product,⁷² dan is ingevolge art. 65 lid 1 Bgfo gestandaardiseerde informatievervalsing door de verzekeraar in de vorm van een financiële bijsluiter⁷³ verplicht.⁷⁴ Tenzij een verzekeringstussenpersoon te kennen heeft gegeven niet te adviseren, zal hij de informatie moeten verstrekken voordat hij een advies uitbrengt. Overigens rust ingevolge art. 4:20 lid 3 Wft ook tijdens de looptijd van de verzekering of de financiële dienst een informatieplicht op de tussenpersoon.⁷⁵ Hij moet de klant tijdig⁷⁶ informeren over wezenlijke wijzigingen in de door hem verstrekte precontractuele informatie, voor zover deze wijzigingen redelijkerwijze relevant zijn voor de klant. Deze verplichting ziet derhalve niet op uit anderen hoofde tijdens de looptijd van een verzekering voor een verzekeringstussenpersoon geldende informatievervalsing zoals de verplichting om te wijzen op de gevolgen van risicoverzwa-

62. De AFM heeft een tweetal richtinggevende documenten uitgebracht: de 'Leidraad open norm "begrijpelijk/duidelijk"' en de 'Leidraad misleiding'. Deze kwalificeren niet als een beleidsregel als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb en hebben derhalve geen formele juridische status. Door de 'guidance' die via zulke documenten wordt gegeven zal bij financiële ondernemingen het vertrouwen kunnen ontstaan dat er geen sprake is van een zorgplichtschending indien conform de Leidraad is gehandeld (J. Lemstra & A. Ettema, 'De zorgplicht van beleggingsadviseurs en de visie van de AFM', *AA* 2010, p. 322). Kamphuisen vraagt zich af of een handelen in afwijking van een door de AFM gepubliceerde mening of aanbeveling voldoende is om te oordelen dat hetgeen de AFM daarin tot uitdrukking brengt geacht moet worden steeds de in Nederland heersende rechtsopvatting weer te geven, zodat zulk handelen onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Daarop lijkt volgens hem vooralsnog weinig kans te bestaan, al was het maar omdat veel van de opvattingen van de AFM in elk geval binnen de verzekeringsbranche niet algemeen geaccepteerd worden en daarbuiten er nauwelijks een mening over die zaken valt te vernemen (J.G.C. Kamphuisen, 'De verzekeringsovereenkomst, contractsvrijheid en art. 6:248 BW', in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), a.w., p. 117).

63. De tot dusver gepubliceerde boetebesluiten geven voeding aan de bij ondertoezichtstaanden levende gedachte dat de AFM in zijn algemeenheid het theoretisch denkbare laat prevaleren boven het praktisch haalbare.

64. De te verstrekken informatie wordt veelal vastgelegd in een aan de klant uit te reiken dienstenwijzer – niet te verwarren met het ingevolge art. 149b lid 1 Bgfo te verstrekken dienstverleningsdocument.

65. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 547.

66. Precontractuele informatieplichten zijn er in twee varianten: informatievervalsing waaraan moet zijn voldaan voordat de verzekeringstussenpersoon en de klant een overeenkomst van opdracht sluiten en informatievervalsing waaraan een verzekeringstussenpersoon moet voldoen voordat door zijn tussenkomst een verzekering tot stand komt. Hier wordt enkel de laatste variant als zodanig aangemerkt.

67. Art. 4:73 Wft maakt geen onderdeel uit van Afdeling 4.2.3 Zorgvuldige dienstverlening maar van Hoofdstuk 4.3 Wft, waarin aanvullende regels zijn opgenomen met betrekking tot de dienstverlening door bepaalde financiële ondernemingen.

68. Art. 4:72 Wft bevat – met uitzondering van de informatie met betrekking tot gekwalificeerde deelnemingen – een gelijklopende informatieplicht voor financiële dienstverleners, die uitsluitend adviseren en geen bemiddelingsactiviteiten verrichten.

69. Zie voor de door verzekeraars te verschaffen informatie art. 60, 61 en 63 Bgfo. Indien de verzekeraar de betreffende stukken ter doorzending aan de (kandidaat-)verzekeringnemer toestuurt aan de verzekeringstussenpersoon en deze die opdracht niet naar behoren uitvoert, komt dit in de verhouding tussen de verzekeraar en de (kandidaat-)verzekeringnemer voor rekening van de verzekeraar. Aldus de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Uitspraak GCHB 390-L70021 d.d. 14 oktober 2010).

70. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 39-40 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 81.

71. Dit geschiedt doorgaans in de vorm van een dienstenwijzer.

72. *Stb.* 2006, 520, p. 147-148.

73. Deze moet worden opgesteld overeenkomstig art. 3:2 t/m 3:10 van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (NRgfo).

74. Zie: Van Dijk & Van der Woude, a.w., p. 81.

75. Hoewel de bewoordingen van deze bepaling de interpretatie rechtvaardigen dat de informatieplicht geldt zolang de verzekering bestaat, mag mijns inziens worden aangenomen dat daaraan een einde komt bij eerdere beëindiging van de bemiddelingsactiviteiten.

76. Hiermee wordt een zodanig moment bedoeld dat de cliënt een reële mogelijkheid wordt geboden om naar aanleiding van de te ontvangen informatie eventueel actie te ondernemen (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 510).

rende omstandigheden⁷⁷ of om, als hij is belast met het premie-incasso, te waarschuwen in geval van te late premiebetaling.⁷⁸

De precontractuele informatieplicht en de verplichting om de klant tijdens de looptijd van de dienstverleningsovereenkomst te informeren vormen weliswaar een eigen verplichting van de verzekeringstussenpersoon, maar hij is daarbij afhankelijk van de informatie die hij van de verzekeraar krijgt.⁷⁹ Is voor hem kenbaar dat de van de verzekeraar ontvangen informatie volstrekt onvoldoende is voor een adequate beoordeling van het betreffende product, dan zal de verzekeringstussenpersoon zich – op straffe van aansprakelijkheid⁸⁰ – moeten onthouden van bemiddeling. Overigens kan de verzekeringstussenpersoon bevrijd worden van zijn informatieverplichting door met de betreffende verzekeraar expliciet overeen te komen dat deze daar zelf aan voldoet (art. 4:21 Wft). Een vraag die zich in dit verband aandient is in hoeverre de verzekeringstussenpersoon is gehouden om in het kader van zijn precontractuele informatieplicht de verzekeringsvoorwaarden met de klant in extenso door te nemen en toe te lichten. Het antwoord op die vraag is van belang als een bepaling in deze voorwaarden voor tweërlei uitleg vatbaar blijkt, althans als het gaat om een klant als bedoeld in art. 6:238 BW.⁸¹ In het kader van de toepassing van de contra-proferentemregel brengt dit met zich mee dat het feit dat de verzekeringstussenpersoon de uitleg die de verzekeraar aan de betreffende bepaling geeft onder de aandacht van de klant heeft gebracht relevantie mist.⁸² Naar mijn mening kan de precontractuele informatieplicht van de tussenpersoon niet zodanig ruim worden

opgevat dat deze de informatieplicht van de verzekeraar verdringt.⁸³

De informatieverstrekking⁸⁴ in de precontractuele fase moet redelijkerwijs relevant⁸⁵ zijn voor een adequate beoordeling. Om een adequate beoordeling mogelijk te maken zullen in ieder geval gegevens over het product, de dienstverlening, de overeenkomst zelf en de betrokken financiële onderneming(en) moeten worden verschaft. Deze elementen zullen van invloed zijn op de uiteindelijke keuze van de klant. De informatie die moet worden verstrekt om een adequate beoordeling mogelijk te maken is onder meer afhankelijk van de complexiteit van het financiële product en/of de financiële dienst.⁸⁶ Welke informatie moet worden verstrekt kan derhalve niet in algemene zin worden vastgesteld. Dit zal moeten worden beoordeeld per product, per financiële dienstverlener en per consument.⁸⁷ Ingevolge de in art. 4:20 lid 1 Wft opgenomen delegatiebepaling bevat art. 57 Bgfo een opsomming van de te verstrekken informatie.⁸⁸ Voor een verzekeringstussenpersoon komt dit neer op zijn naam⁸⁹ en zijn adresgegevens, de aard van zijn financiële dienstverlening, zijn interne klachtenprocedure en de erkende geschilleninstantie⁹⁰ waarbij hij is aangesloten alsmede zijn inschrijving in het door de AFM gehouden register.

De AFM kan op aanvraag, geheel of gedeeltelijk, al dan niet voor bepaalde tijd, ontheffing verlenen van de in art. 4:20 Wft neergelegde informatieverplichtingen. Daartoe moet de aanvrager aantonen dat hij aan deze verplichtingen redelijkerwijze niet kan voldoen en dat de doeleinden die het betreffende artikel beoogt te bereiken anderszins

77. HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375 (m.nt. MMM (*Brals/Octant*)). Zie ook: De Jong, *NTHR* 2008-2, p. 53-54.

78. Art. 7:934 BW.

79. De betreffende verzekeraar zal er op grond van art. 4:99 Wft voor moeten zorgen dat de verzekeringstussenpersoon deze informatie ook daadwerkelijk kan verstrekken (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 511).

80. Zie: Wansink, *VA* 2009-1, p. 16.

81. Overeenkomstig het bepaalde in art. 6:237 BW en 6:237 BW is dat een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In Wft-terminen is dit een consument.

82. Zie ook: Asser/Clausing/Wansink, p. 274-277.

83. Anders: M.L. Hendrikse, 'Uitleg van verzekeringsvoorwaarden: wie draagt het nadeel bij (vermeende) onduidelijkheden en onbegrijpelijkheden in verzekeringsvoorwaarden: de verzekeraar of de (consument-)verzekerde?' in: M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Consument en verzekering*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 67.

84. De wettekst luidt: 'voor zover *dit* redelijkerwijs relevant is' en niet 'voor zover *deze* redelijkerwijs relevant is'. Tenzij hier sprake is van een verschrijving ziet het relevantievereiste op de informatieverstrekking en niet op de informatie als zodanig.

85. De zinsnede 'redelijkerwijs relevant' houdt in dat wanneer een financiële dienstverlener relevante informatie reeds op een eerder moment heeft verstrekt, bijvoorbeeld in de vorm van een financiële bijsluiter, hij de daarin vervatte informatie niet nogmaals hoeft te verstrekken omdat deze informatie dan niets meer toevoegt aan de beoordeling van dat financiële product (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 510).

86. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 509.

87. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 9, p. 72.

88. De opsomming bevat een deel van de ingevolge art. 12 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling verplichte precontractuele informatie. De in deze opsomming ontbrekende informatie is opgenomen in art. 4:73 lid 1 Wft.

89. Indien het gaat om een rechtspersoon: de statutaire naam en de handelsnaam of handelsnamen.

90. Thans zijn er twee erkende geschilleninstanties: de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD) en de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekering (SKGZ). De voor verzekeringstussenpersonen relevante instantie is het KiFiD.

worden bereikt. Dit is een ontheffing van lopendtoezicht-eisen, derhalve een lichte ontheffing.⁹¹

2.2.2. Artikel 4:73 Wft

Een verzekeringstussenpersoon moet de klant op grond van het bepaalde in art. 4:73 lid 1 Wft laten weten of hij adviseert op grond van een objectieve analyse.⁹² Hieronder moet ingevolge art. 4:73 lid 2 Wft worden verstaan de analyse van een toereikend aantal⁹³ op de markt verkrijgbare vergelijkbare verzekeringen, die de verzekeringstussenpersoon in staat stelt een verzekering aan te bevelen die voldoet aan de behoeften van de klant. Ook moet een verzekeringstussenpersoon die contractueel is gehouden 'uitsluitend voor een of meer aanbieders'^{94, 95} te bemiddelen' de klant daarover informeren. Dit houdt in dat de verzekeringstussenpersoon die contractuele verplichtingen heeft jegens een of meer verzekeraars of die optreedt als verbonden bemiddelaar⁹⁶ dit aan de klant moet melden. Desgevraagd moet de verzekeringstussenpersoon hem de namen van de betreffende verzekeraars meedelen. Als geen van beide situaties speelt, dus als er geen sprake is van een contractuele verplichting jegens een of meer verzekeraars en de verzekeringstussenpersoon niet adviseert op basis van een objectieve analyse, moet de tussenpersoon de klant daarover informeren. In dit geval moet de tussenpersoon, desgevraagd, de namen meedelen van de verzekeraars voor wie hij bemiddelt of kan bemiddelen.⁹⁷

Transparantie over de beloning van de verzekeringstussenpersoon dient te worden geboden in de vorm van in-

formatie over de wijze waarop hij wordt beloond.⁹⁸ Dus of hij provisie ontvangt van de verzekeraar of rechtstreeks door de klant⁹⁹ wordt beloond of een combinatie daarvan. Bij rechtstreekse beloning door de klant zijn verschillende beloningsvormen denkbaar: een vaste vergoeding per handeling of transactie, een abonnement of een beloning op basis van een uurtarief. Blijkens haar aan MultiSafe B.V. gerichte brief van 12 april 2010 is DNB van mening dat de dienstverlening van een verzekeringstussenpersoon op basis van een abonnementssysteem kan kwalificeren als het aanbieden van een verzekering, meer in het bijzonder van een rechtsbijstandsverzekering. In een nadien op haar site geplaatste mededeling stelt DNB dat er meestal sprake zal zijn van een verzekering als een serviceabonnement van een verzekeringstussenpersoon voorziet in belangenbehartiging bij schade. De tussenpersoon is dan vergunningplichtig volgens de Wet op het financieel toezicht.¹⁰⁰ Deze mededeling heeft mijns inziens niet het karakter van een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb en ontbeert derhalve een formele juridische status.

Van de in art. 4:73 lid 3 Wft vastgelegde mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen met betrekking tot de vorm en wijze van informatieverstrekking en van de beloning is gebruik gemaakt. Als de bemiddelingsactiviteiten van een verzekeringstussenpersoon betrekking hebben op een complex product, moet hij de klant een dienstverleningsdocument verstrekken.¹⁰¹ Dit document moet informatie bevatten over de aard en reikwijdte van zijn dienstverlening en over de verschillende wijzen van zijn beloning, onderscheiden

91. Anders dan bij zware ontheffingen kunnen hieraan geen door de toezichthouder te bepalen voorschriften worden verbonden. Zo wordt voorkomen dat er een alternatief normenkader wordt gecreëerd (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 424). Dit lijdt uitzondering indien deze voorschriften noodzakelijk zijn met het oog op de doeleinden die art. 4:20 beoogt te bereiken (art. 10 lid 2 Uitvoeringsregeling Wft).

92. Deze en de overige in art. 4:73 Wft neergelegde informatieverplichtingen zijn niet van toepassing als het bemiddelen betrekking heeft op grote risico's.

93. De wetgever laat de vraag hoeveel vergelijkbare verzekeringen de verzekeringstussenpersoon moet analyseren onbeantwoord. Doorgaans volstaat een analyse van drie vergelijkbare verzekeringen. Overigens is een objectieve analyse niet mogelijk als het gaat om een unieke, slechts door één verzekeraar aangeboden verzekering of om een verzekering met standaardvoorwaarden en -premies zoals de zorgverzekering.

94. In casu betreft het aanbieders van een verzekering, in termen van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling 'insurance undertakings' ('verzekeringsondernemingen') genoemd. Dit onder ii en iii van art. 12 lid 1 onder e van de Richtlijn voorkomende begrip is in de Nederlandse vertaling foutief omgezet in 'verzekeringsbemiddelingsondernemingen'.

95. Deze formulering doet geen recht aan het feit dat een verzekeringstussenpersoon niet voor de verzekeraar bemiddelt, maar in opdracht van de (aspirant-)verzekeringnemer.

96. Dit is een verzekeringstussenpersoon die in naam en voor rekening van één verzekeraar of, indien het niet om onderling concurrerende verzekeringen gaat, meerdere verzekeraars bemiddelt zonder daarbij premies of voor de cliënt bestemde bedragen te innen. De betreffende verzekeraar(s) is/zijn er volledig verantwoordelijk voor dat deze tussenpersoon voldoet aan de bepalingen van de Wft en moet(en) hem als 'verbonden bemiddelaar' hebben aangemeld bij de AFM (art. 2:81 lid 2 Wft).

97. In beginsel zijn dat de verzekeraars met wie de verzekeringstussenpersoon een samenwerking (sovereenkomst) heeft.

98. Voor bepaalde verzekeringsvormen (betalingsbeschermers, complexe producten en uitvaartverzekeringen) bestaat bovendien een precontractuele informatieplicht met betrekking tot de hoogte van de door de verzekeraar te betalen beloning. Op grond van art. 58 lid 1 Bgfo moet een verzekeringstussenpersoon bij deze verzekeringsvormen nominale beloningstransparantie bieden: hij moet de cliënt informeren over de hoogte van de provisie, de afsluitprovisie, het jaarlijkse bedrag aan doorlopende provisie en het aantal termijnen daarvan die de betreffende verzekeraar rechtstreeks of middellijk zal betalen.

99. Het Verbond van Verzekeraars is hier voorstander van. In zijn position paper 'De klant aan het stuur, ook in de relatie tot zijn intermediair' bepleitte het Verbond de invoering van *Customer Agreed Remuneration* ('CAR'). Meer hierover in: De Jong, *AV&S* 2010-3, p. 104-105. Op 12 oktober 2010 heeft de Minister van Financiën een provisieverbod aangekondigd, dat meer in lijn is met de door mij uitgesproken gedachten dan met het CAR-concept.

100. Zie: <www.dnb.nl/nieuws-en-publicaties/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2010/dnb241243.jsp>.

101. Op aanvraag van de verzekeringstussenpersoon kan de AFM ingevolge art. 4:73 lid 6 Wft, al dan niet voor bepaalde tijd, een gehele of gedeeltelijke ontheffing van deze verplichting verlenen. Hiervoor geldt een dubbele voorwaarde: de aanvrager moet aantonen daaraan redelijkerwijze niet te kunnen voldoen én dat de doeleinden die art. 4:73 Wft beoogt te bereiken anderszins worden bereikt. Zie ook noot 93 en M.M.R. van Ardenne-Dick aant. 6 bij art. 4:72 Wft in: Wansink e.a. (red.) *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

naar soort verzekering, alsmede een specificatie van de hoogte van de beloning (art. 149b Bgfo). Bemiddelen bij het tot stand brengen van bepaalde verzekeringen (betalingsbeschermers, complexe producten of uitvaartverzekeringen) brengt voorts mee dat verzekeringstussenpersonen zich moeten houden aan de aan de MiFID-richtlijn ontleende inducementnorm (art. 149a Bgfo).¹⁰²

Een laatste transparantieverplichting betreft de eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen. Een verzekeringstussenpersoon moet de klant informeren of hij een gekwalificeerde deelneming in een bepaalde verzekeraar houdt, of andersom: of een bepaalde verzekeraar of een moedermaatschappij van een bepaalde verzekeraar een gekwalificeerde deelneming in hem houdt. Van een gekwalificeerde deelneming is sprake bij een rechtstreeks of middellijk belang van ten minste tien procent van het geplaatste kapitaal van een onderneming of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van ten minste tien procent van de stemrechten¹⁰³ in een onderneming, of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van een daarmee vergelijkbare zeggenschap in een onderneming.

2.3. Informatie-inwinverplichting

Hoewel de Wft als uitgangspunt heeft dat een financiële onderneming adviseert, is een financiële onderneming daartoe niet gehouden. Zij kan haar diensten ook verlenen op basis van 'execution only'. Van execution only zal bijvoorbeeld sprake zijn indien een klant bij een verzekeraar een aanvraag doet tot het sluiten van een bepaalde autoverzekering.¹⁰⁴ Of als een klant een verzekeringstussenpersoon opdraagt een bepaalde verzekering te sluiten. In dat geval hoeft die tussenpersoon zich niet te verdiepen in de klant. Daartoe is hij wel gehouden als advisering deel uitmaakt van zijn dienstverlening. Ingevolge art. 4:23

lid 1 Wft moet de verzekeringstussenpersoon dan in het belang van de klant – voor zover dit redelijkerwijs relevant is – informatie inwinnen over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Overigens geldt deze inwinverplichting niet in alle gevallen: ingevolge art. 41 lid 2 Vr zijn financiële dienstverleners – en derhalve ook verzekeringstussenpersonen – vrijgesteld van art. 4:23 lid 1 Wft. Deze vrijstelling blijft slechts buiten toepassing als hun diensten betrekking hebben op als complex product¹⁰⁵ kwalificerende verzekeringen en verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een klant.^{106, 107} Blijkens door haar gepubliceerde boetebesluiten is de vrijstelling volgens de AFM ook van toepassing op in samenhang met een krediet gesloten overlijdensrisicoverzekeringen. Kennelijk beschouwt deze toezichthouder verzekeringen die tot uitkering komen in geval van overlijden van de verzekerde – naar mijn mening ten onrechte – als een verzekering in verband met het wegvallen van het inkomen.¹⁰⁸

De 'ken-uw-klant'-regel heeft een dubbele Europese oorsprong.¹⁰⁹ De informatie-inwinverplichting stoelt enerzijds op art. 12 lid 3 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling¹¹⁰ en anderzijds op art. 19 lid 4 MiFID.¹¹¹ De Wft-verplichting reikt verder dan de Richtlijn verzekeringsbemiddeling beoogt.¹¹² Zij geldt, voor zover het om verzekeringen gaat, niet enkel voor bemiddelaars maar ook voor adviseurs en verzekeraars. Bovendien ziet de inwinverplichting niet zozeer op het preciseren van de verlangens en behoeften van de klant, maar veeleer op het vaststellen of is voldaan aan bepaalde randvoorwaarden voor het voldoen daaraan. Het relevantievereiste waaraan moet zijn voldaan brengt met zich mee dat verzekeringstussenpersonen niet altijd dezelfde informatie

102. Meer over de inducementnorm en het dienstverleningsdocument in: De Jong, *AV&S* 2010-3, p. 101-105.

103. Bij het bepalen van het aantal stemrechten dat iemand in een onderneming heeft, worden ook de stemmen waarover hij beschikt of geacht wordt te beschikken op grond van art. 5:45 Wft tot diens stemrechten gerekend.

104. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 513.

105. De Bgfo-definitie bevat een opsomming van verschillende financiële producten die als complex product kwalificeren. Voor zover het verzekeringen betreft zijn dat: 1) combinaties van twee of meer financiële producten die ten minste een financieel product omvatten waarvan de waarde afhankelijk is van de ontwikkelingen op financiële markten of andere markten; 2) levensverzekeringen, niet zijnde een (natura-)uitvaartverzekering 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 degene op wiens leven de verzekering betrekking heeft plaatsvindt voor de in de polis genoemde datum; 3) combinaties van een hypothecair krediet met een levensverzekering; 4) bij ministeriële regeling aangewezen andere financiële producten; 5) combinaties van een of meer onder 2 t/m 4 genoemde complexe producten met een of meer financiële producten.

106. Tot 1 juli 2008 gold een ruimere vrijstelling, namelijk ook voor financiële diensten met betrekking tot verzekeringen ter dekking van een risico dat verband houdt met de nakoming van betalingsverplichtingen uit hoofde van een overeenkomst inzake krediet.

107. Ik onderzocht de vijftig meest recent gepubliceerde uitspraken in een tegen een verzekeringstussenpersoon wegens overtreding van zijn zorgplicht aangespannen rechtszaak. In zes gevallen ging het om een verzekering waarop art. 4:23 lid 1 Wft van toepassing is. In geen van de onderzochte zaken werd overtreding van een publiekrechtelijke zorgplicht aangevoerd.

108. Zie in dit verband het boetebesluit d.d. 14 september 2010 inzake Holland Financials B.V., p. 10.

109. Voor een uitgebreide beschrijving van de geschiedenis van deze bepaling zie K.W.H. Broekhuizen aant. 3 bij art. 4:23 Wft in: D. Busch e.a. (red.), *Toezicht Financiële Markten*, Deventer: Kluwer (losbl.).

110. De tekst hiervan luidt: 'Voorafgaand aan de sluiting van een verzekeringsovereenkomst preciseert de verzekeringstussenpersoon, in het bijzonder rekening houdend met de door de klant verstrekte informatie, ten minste de verlangens en behoeften van deze klant alsmede de elementen waarop zijn advies over een bepaald verzekeringsproduct is gebaseerd. De preciseringen variëren naar gelang van de ingewikkeldheidsgraad van de aangeboden verzekeringsovereenkomst.'

111. De tekst van deze zogenaamde 'suitability test' (geschiktheidstest) luidt: 'Bij het verstrekken van beleggingsadvies of het verrichten van vermogensbeheer, wint de beleggingsonderneming de nodige informatie in, betreffende de kennis en ervaring van de cliënt of potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen, teneinde de cliënt of potentiële cliënt de voor hem geschikte beleggingsdiensten en financiële instrumenten te kunnen aanbevelen.'

112. Op grond van art. 12 lid 5 van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling mogen lidstaten strengere eisen stellen, mits deze in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en de Europese Commissie daarvan in kennis wordt gesteld.

hoeven in te winnen en daarbij niet altijd even diep hoeven te gaan:

‘De mate waarin informatie wordt ingewonnen, zal afhangen van de complexiteit van het product of de dienst waarover advies wordt gegeven. Alleen die informatie die redelijkerwijs relevant is voor dat product of die dienst moet worden ingewonnen. Zo zal verdergaande informatie over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument of cliënt moeten worden ingewonnen indien de advisering ziet op beleggingen, terwijl bij advisering over een eenvoudiger product met minder informatie over de consument of cliënt kan worden volstaan.’¹¹³

Daarmee is overigens nog niet gezegd welke informatie bij welk verzekeringsproduct moet worden ingewonnen en evenmin over de wijze waarop de informatie moet worden ingewonnen.

De Wft bevat geen voorschriften over de wijze waarop een verzekeringstussenpersoon de relevante informatie moet vergaren. Anders dan wanneer het gaat om beleggingsadvies of vermogensbeheer bevat het Bgfo evenmin voorschriften voor het inwinnen van informatie bij het adviseren inzake een verzekering. De wijze van inwinning is vormvrij.¹¹⁴ Een verzekeringstussenpersoon kan daarbij dus naar eigen inzicht handelen.

‘Denkbaar is dat een financiële dienstverlener via internet informatie inwint, bijvoorbeeld door het openen van een website waar de consumentgegevens kan invoeren over zijn persoonlijke financiële situatie. Een andere vorm van passieve informatie-inwinning is dat de financiële dienstverlener een (stroomschema)formulier verstrekt aan de consument waarop deze de benodigde persoonlijke gegevens invult en vervolgens aan de dienstverlener teruggeeft.’¹¹⁵

Welke informatie een verzekeringstussenpersoon moet inwinnen is niet vastgelegd. Hij zal dat dus zelf moeten bepalen. Dit blijkt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 4:23 lid 1 Wft:

‘Het is inderdaad de adviserende financiële dienstverlener zelf die dient te bepalen welke informatie op grond van artikel 32 lid 1 Wfd¹¹⁶ verstrekt dient te worden.’¹¹⁷

Indien de tussenpersoon uit hoofde van zijn relatie met de klant al over de nodige informatie beschikt, kan hij daarvan gebruik maken. De inwinverplichting gaat niet zo ver dat de verzekeringstussenpersoon de betreffende informatie dan opnieuw moet opvragen. Overigens dient de tussenpersoon zich er wel van te vergewissen dat de ten tijde van het adviseren inzake een nieuwe verzekering aanwezige informatie nog actueel is. Is dit niet het geval of blijkt de aanwezige informatie niet voldoende te zijn, dan moet hij aanvullende informatie vergaren.¹¹⁸ Teneinde te kunnen aantonen dat de door hem geadviseerde verzekering past bij de verkregen informatie¹¹⁹ moet de verzekeringstussenpersoon ingevolge art. 32 lid 3 Bgfo de ingewonnen informatie en de gegevens van de door zijn tussenkomst gesloten verzekering gedurende ten minste één jaar bewaren, te rekenen vanaf het moment waarop hij zijn advies heeft uitgebracht.

Waar het bij risicovolle financiële producten voor de hand ligt dat het altijd in het belang van de klant is om informatie in te winnen over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid,¹²⁰ is dat bij verzekeringen die niet of nauwelijks risicovol zijn minder evident.¹²¹ Als risicovolle producten moeten in elk geval worden aangemerkt complexe producten zoals ‘unit linked’-levensverzekeringen waarvan het beleggingsrisico voor rekening van de verzekeringnemer komt. De bevindingen bij de evaluatie van de effectiviteit van de instrumenten ter voorkoming van overkreditering hebben ertoe geleid dat de inwinverplichting ook is gaan gelden voor aanvankelijk vrijgestelde verzekeringen¹²² ter dekking van een risico dat verband houdt met de nakoming van betalingsverplichtingen uit hoofde van een overeenkomst inzake krediet.^{123, 124} Niet omdat betalingsbeschermers complex of risicovol zouden zijn, maar om te voorkomen dat zulke verzekeringen op verkeerde gronden worden

113. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 512.

114. Tenzij de verzekeringstussenpersoon gebruik wil maken van de mogelijkheid om te worden ontheven van de bewaarplicht op grond van art. 32 lid 3 Bgfo. In dat geval dient hij bij zijn advisering uitsluitend te werk te gaan volgens een voor de AFM verifieerbare gestandaardiseerde en gesystematiseerde procedure, aan de hand waarvan hij kan aantonen welke informatie hij heeft ingewonnen en welke adviezen op basis daarvan zijn gegeven (art. 32 lid 4 Bgfo).

115. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 89.

116. Deze Wfd-bepaling is inhoudelijk gelijk aan art. 4:23 lid 1 Wft.

117. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 9, p. 72.

118. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 9, p. 73.

119. *Stb.* 2006, 520, p. 179.

120. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 9, p. 72.

121. Dit geldt ook in de rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en diens klant: een redelijk bekwame en redelijk handelende tussenpersoon die weet of moet weten dat een verzekering niet past bij de situatie en/of behoeften van de cliënt zal zijn medewerking aan het sluiten daarvan moeten onthouden (Wansink, VA 2009-1, p. 15).

122. Niet goed begrijpelijk is dat bij de invoering van de Wfd en later de Wft een vrijstelling is gegeven van de adviesregels voor betalingsbeschermers (Rapport van de commissie van Onderzoek DSB Bank, p. 21).

123. *Stcr.* 2008, 76, p. 13.

124. Een dergelijke verzekering wordt thans overeenkomstig de definitie in art. 1 Bgfo ‘betalingsbeschermer’ genoemd.

gekocht.^{125, 126} In hun brief aan de Tweede Kamer stellen de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Financiën dat in elk geval in het uiteindelijke advies om zo'n verzekering te sluiten de onderliggende overwegingen moet worden vastgelegd en de kosten en voordelen van het krediet met en zonder verzekering naast elkaar moeten worden gepresenteerd en dat daarbij alle voor de klant relevante aspecten moeten worden meegenomen.

3. HANDHAVING

In een aan de aandelenlease-problematiek gewijde brief stelde de Minister van Financiën dat de effectuering van de zorgplicht van aanbieders van aandelenlease-producten langs twee wegen kan plaatsvinden: de afnemer van een aandelenleaseproduct kan de aanbieder in een civiel geding aanspreken op naleving van zijn zorgplicht en de daaruit voortvloeiende verplichtingen, en de toezichthouder kan bestuursrechtelijke maatregelen nemen om de naleving van de zorgplicht af te dwingen.¹²⁷ Voor verzekeringstussenpersonen geldt hetzelfde. Zij kunnen door een klant worden aangesproken op grond van het feit dat zij niet als een redelijk bewaam en redelijk handelende beroepsgenoot hebben gehandeld en de toezichthouder kan naar een van zijn handhavingsinstrumenten grijpen.¹²⁸

De toezichthouder kan ook opteren voor een strafrechtelijke aanpak. Echter, bestuursrechtelijke handhaving geldt als uitgangspunt voor de Wft.¹²⁹ Dit sluit aan bij aanwijzing 11 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving: 'Een keuze voor het strafrecht valt in het algemeen slechts te rechtvaardigen indien aannemelijk wordt gemaakt dat bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke oplossingen tekort schieten.'¹³⁰ Voor toezichthouders geldt evenals voor andere bestuursorganen een beginselplicht tot handhaving. De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State omschrijft deze als volgt:

'Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen, indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien. Bestuursorganen dienen met gedogen van een illegale situatie een nog grotere terughoudendheid te betrachten.'¹³¹

Hoewel er een niet te verwaarlozen ruimte is om van handhaving af te zien, moet handhaving voor het bestuursorgaan het uitgangspunt zijn.¹³² De regering achtte een wettelijke verankering van deze beginselplicht niet nodig, maar wees erop dat de AFM en DNB van geval tot geval moeten bezien of handhaving wel proportioneel en subsidiair is en ook voor het overige niet in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹³³

3.1. Handhavingsinstrumenten

Teneinde hun toezichthoudende taak te kunnen uitoefenen beschikken toezichthouders over een aantal in de Algemene wet bestuursrecht geformuleerde rechten. Toezichthouders zijn – rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel¹³⁴ – bevoegd plaatsen te betreden (art. 5:15 Awb), inlichtingen te vorderen (art. 5:16 Awb), inzage te vorderen van een identiteitsbewijs (art. 5:16a), inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken (art. 5:17 Awb), zaken te onderzoeken, aan opneming te onderwerpen en daarvan monsters te nemen (art. 5:18 Awb) en vervoermiddelen en hun lading te onderzoeken (art. 5:19 Awb). Deze bevoegdheden gelden ook voor DNB en de AFM, met uitzondering van de twee laatstgenoemde (art. 1:73 lid 1 Wft). Dit is eveneens het geval voor de in art. 5:20 Awb

125. Kenmerkend voor DSB is dat het overgrote deel van de polissen is afgesloten in combinatie met verstrekte financieringen en dat de verzekeringspremie bij het aangaan van het contract ineens door middel van een koopsom werd voldaan voor de gehele looptijd van de polis. De koopsom werd door DSB voor de cliënten gefinancierd door een verhoging van de verstrekte lening of het verstrekte krediet. Veelal diende de verzekering om bij overlijden of arbeidsongeschiktheid de aan DSB verschuldigde bedragen voor opgenomen leningen en kredieten terug te betalen (Rapport van de commissie van Onderzoek DSB Bank, p. 119).

126. *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119, p. 8.

127. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 965, nr. 12 (herdruk), p. 12.

128. Naar aanleiding van het wetsvoorstel voor de Wet financiële dienstverlening (Wfd) werd het wenselijk geacht dat handhaving van zorgplichtbepalingen, inclusief de zorgplichten zoals opgenomen in en geldend krachtens de voor financiële ondernemingen toepasselijke toezichtwetgeving, in individuele gevallen in handen zou blijven van de opdrachtgever en niet bestuursrechtelijk zou worden aangepakt (C.W.M. Lieverse & N. Vloemans, 'Zorgplicht in de Wet financiële dienstverlening: een publiekrechtelijke normering van een privaatrechtelijke plicht?', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Tussen persoon en recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 161).

129. Omdat aan de schending van een Wft-norm ingevolge art. 1:23 Wft geen civielrechtelijke nietigheidssanctie is verbonden en de toezichthouder enkel de mogelijkheid heeft zo'n schending langs bestuurs- of strafrechtelijke weg te sanctioneren, is de Wft een onvolmaakte wet – een *lex imperfecta*. Zie: H.J. van Kooten, 'Civielrechtelijke gevolgen van schending van de Wet op het financieel toezicht', *Ondernemingsrecht* 2006, 45, p. 144.

130. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.

131. ABRvS 13 april 2005, AB 2005, 211 (m.nt. Michiels).

132. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders: een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid. Deel 1 Algemeen Rapport*, WODC: Ministerie van Justitie, 2006, p. 119.

133. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 9, p. 26.

134. Dit houdt in dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik mag maken voor zover dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is (art. 5:13 Awb).

neergelegde medewerkingsplicht. Omdat de Awb-bevoegdheden zien op de natuurlijke personen die ingevolge art. 1:72 Wft zijn belast met het toezicht, was een afzonderlijke bepaling nodig om deze bevoegdheden te attribueren aan DNB en de AFM. Deze is te vinden in art. 1:74 lid 1 Wft.

Afd. 1.4.2 Wft bevat de handhavingsinstrumenten die de toezichthouder tot zijn beschikking heeft en hetgeen in verband daarmee dient te gelden. De tegen de overtreding van een Wft-regel door een verzekeringstussenpersoon in te zetten handhavingsinstrumenten zijn:

- de aanwijzing om een bepaalde gedragslijn te volgen (art. 1:75 Wft);
- het benoemen van een (stille) curator (art. 1:76 Wft);
- het opleggen van een last onder dwangsom (art. 1:79 Wft);
- het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 1:80 Wft).

Met uitzondering van de bestuurlijke boete, die punitief van aard is, hebben deze handhavingsinstrumenten een reparatoir karakter. Daarbij gaat het om herstelsancties¹³⁵ respectievelijk een bestraffende sanctie¹³⁶ in de zin van de Awb.

Naast deze formele bestuurlijke sancties¹³⁷ bevat de Wft bovendien bijzondere maatregelen waaraan het karakter van een bestuurlijke sanctie niet kan worden ontzegd.¹³⁸ In reactie op bepaalde onrechtmatige gedragingen van een verzekeringstussenpersoon kan de AFM de door haar verleende vergunning wijzigen, geheel of gedeeltelijk intrekken of beperken, dan wel daaraan nadere voorschriften verbinden (art. 1:104 Wft). Zij kan ook een activiteitenverbod opleggen (art. 4:4 Wft).

In hun in 2008 gepubliceerde *Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank* hebben beide toezichthouders vastgelegd dat zij ook andere dan in de Wft vastgelegde handhavingsinstrumenten hanteren:

‘Niet elke overtreding van de financiële wet- en regelgeving leidt tot de inzet van een wettelijk handhavingsinstrument. Met name bij onder toezicht staande ondernemingen speelt een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief een belangrijke rol in de handhaving.

In veel gevallen zal een dergelijk(e) gesprek of brief reeds het gewenste effect hebben, namelijk normconform gedrag. De inzet van wettelijke handhavingsinstrumenten is dan niet meer nodig.’

Afzonderlijke aandacht verdienen de publicatiebevoegdheden waarover de toezichthouders beschikken. De uitoefening daarvan kent twee varianten: het geven van een openbare waarschuwing en het publiceren van een boete of dwangsom. De AFM kan op grond van art. 1:94 Wft een openbare waarschuwing uitvaardigen bij overtreding van een voor de verzekeringstussenpersoon geldende verbodsbepaling.¹³⁹ Deze publicatie is noch bestraffend noch op afschrikking gericht en ook van beoogde leedtoevoeging of vergelding is geen sprake. De publicatiebevoegdheid is er uitsluitend om de partijen op de financiële markten te waarschuwen.¹⁴⁰ Voorts is de AFM gehouden om het opleggen van een boete wegens bepaalde overtredingen¹⁴¹ openbaar te maken (art. 1:97 Wft). Datzelfde geldt bij het verbeuren van een dwangsom (art. 1:99 Wft). De publicatie van een bestuurlijke boete of een dwangsom is evenmin als het uitvaardigen van een openbare waarschuwing punitief van aard. Overtredingen waarbij de toezichthouder overgaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom zijn ernstig te noemen, zodat een waarschuwing over het algemeen op zijn plaats zal zijn.¹⁴²

Toedeling van deze publicatiebevoegdheden aan toezichthouders en meer nog het karakter van de publicaties hebben tot veel kritiek aanleiding gegeven.¹⁴³ Openbaarmaking past in een ‘naming and shaming’-beleid. De vraag is of dit werkt. Van Erp deed daar onderzoek naar en concludeert dat naming en shaming in het financiële toezicht nauwelijks werkt via de consument. Voor zover het effecten heeft, liggen die voornamelijk op het bestraffende en preventieve vlak. Voor ondernemingen bleek de reputatieschade nogal mee te vallen – behalve voor kleine, lokale ondernemingen in de financiële dienstverlening.¹⁴⁴ Omdat het merendeel van de verzekeringstussenpersonen zich in dit segment bevindt, zullen zij in verhouding het zwaarst worden getroffen wanneer de AFM gebruik maakt respectievelijk moet maken van haar publicatiebevoegdheid.

135. Een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding (art. 5:2 lid 1 onder b Awb).

136. Een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen (art. 5:2 lid 1 onder c Awb).

137. Een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak (art. 5:2 lid 1 onder a Awb).

138. L.J.J. Rogier, ‘Het bestuursrechtelijke handhavingsinstrumentarium in de Wet financieel toezicht (Wft), in het bijzonder de aanwijzing en de last onder dwangsom’, *FR* 2006-3, p. 44.

139. Het is niet de bedoeling dat de waarschuwingmogelijkheid in de plaats gaat treden van het handhavend optreden van de toezichthouders. Slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen kan de toezichthouder afzien van handhavend optreden (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 417).

140. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 302.

141. Waaronder overtreding van de uit de art. 4:19, 4:20 en 4:23 Wft voortvloeiende verplichtingen.

142. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 420.

143. Voor een literatuur- en jurisprudentieoverzicht zie E.M. Dieben, aant. 4 bij art. 1:94, 1:97 en 1:99 Wft in: Busch e.a. (red.), *Toezicht Financiële Markten*, Deventer: Kluwer (losbl.).

144. J. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht. Een onderzoek naar openbaarmaking van sancties op de financiële markt*, Den Haag, Boom 2009, p. 166.

3.1.1. Nieuw boetestelsel

Met ingang van 1 augustus 2009 is een nieuw boetestelsel¹⁴⁵ in werking getreden, waarbij de tot dan geldende maximale boete van € 900 000 aanzienlijk werd verhoogd. Het maximum is nu gesteld op € 4 000 000, bij recidive kan dit worden verdubbeld. Doorenbos onderzocht de impact van het nieuwe boetestelsel. Hij deed dit aan de hand van een vijftiental door de AFM gepubliceerde boetebesluiten, waarvan het merendeel betrekking had op een overtreding van art. 4:23 Wft. Onder het nieuwe boetestelsel zou telkens een boete zijn opgelegd van € 500 000, terwijl voorheen een maximum gold van € 30 000.

Voor kleine financiële ondernemingen – waartoe de meeste verzekeringstussenpersonen moeten worden gerekend – resulteert het thans toepasselijke boetestelsel in een 83 maal zo hoge boete als voorheen. Voor grote financiële ondernemingen is de boete ruim zestienmaal zo hoog.¹⁴⁶ Het mag dan ook geen verwondering wekken dat Doorenbos tot de vaststelling komt dat de toezichhouders hun matigingsbevoegdheden tot het uiterste zullen moeten benutten om de soms absurd hoge boetebedragen, waartoe het systeem hen in eerste instantie zal leiden, weer tot redelijke proporties terug te brengen.¹⁴⁷

Tot dusver is van die bevoegdheden slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik gemaakt. Het slotwoord zal daarom naar verwachting in veel gevallen aan de bestuursrechter zijn. Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer zinspeelde de Minister van Financiën daarop met de relativiserende uitspraak:

‘In beroepsprocedures wordt de hoogte van de boete getoetst aan zaken als redelijkheid, billijkheid en proportionaliteit. Dat moeten wij goed beseffen, want dat betekent dat het verhogen van de maximumboete in de praktijk vooral van symbolische betekenis blijkt te zijn. In de praktijk hoeft het dus niet te leiden tot hogere boetes, en daarmee moeten wij ook rekening houden.’¹⁴⁸

3.2. Boetebesluiten

In haar Jaarverslag 2009 schrijft de AFM dat het er haar niet om te doen is om zo veel mogelijk boetes op te leggen, maar om de effecten in de markt te bewerkstelligen. Overigens geeft het aantal boetes volgens de AFM wel een indicatie voor haar toezicht- en met name haar handhavingskracht.¹⁴⁹ In 2009 legde de AFM 52 boetes op, waarvan er 35 zijn gepubliceerd.¹⁵⁰ Van de opgelegde boetes kwamen er 23 (2008: 4, 2007: 0) voor rekening van adviseurs en bemiddelaars, voornamelijk wegens overtreding van de regels die hen verplichten om klantgericht te adviseren. Hoeveel van deze boetes werden opgelegd aan

verzekeringstussenpersonen valt uit het jaarverslag niet op te maken.

Indien zij constateert dat een verzekeringstussenpersoon in strijd handelt met een Wft-regel, kan de AFM kiezen uit een brede waaier van maatregelen. Zij kan een norm-overdragend gesprek voeren of overgaan tot het inzetten van een formeel handhavingsinstrument. Uit het door beide toezichthouders geformuleerde handhavingsbeleid kan worden afgeleid dat de te gebruiken instrumenten worden afgestemd op de strekking van het handhavend optreden:

‘Indien de geconstateerde overtreding nog voortduurt, is het handhavend optreden in ieder geval gericht op het beëindigen van de overtreding en herstel van het naleven van de norm. Daarnaast bezien de toezichthouders of er aanleiding is om de overtreder een punitieve sanctie op te leggen. Een punitieve sanctie heeft niet alleen een straffende werking, maar daarvan gaat – algemeen gesproken – ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen.’¹⁵¹

Hoewel het voor de hand zou liggen dat ter beëindiging van een geconstateerde overtreding eerst de lichtste herstelmaatregel wordt ingezet (het voeren van een norm-overdragend gesprek), en als dit niet het gewenste resultaat oplevert een zwaarder instrument (het geven van een aanwijzing), en mocht dit niet resulteren in naleving van de overtreden norm een nóg zwaarder instrument (last onder dwangsom), en als ultimum remedium een strafmaatregel (opleggen van een boete), blijkt dit in de praktijk niet zo te zijn. Althans, uit de gepubliceerde boetebesluiten blijkt niet dat voorafgaand aan het opleggen van een boete een reparatoir handhavingsinstrument is gehanteerd.

3.2.1. Informatie-inwinverplichting

Nagenoeg alle op adviseurs en bemiddelaars betrekking hebbende boetebesluiten zien op overtreding van de verplichting om informatie in te winnen en de daarmee samenhangende motiveringsverplichting (art. 4:23 lid 1 Wft). In veel gevallen is de betreffende financiële onderneming actief als aanbieder van krediet of als kredietbemiddelaar en heeft haar advisering betrekking op een of meer kredietgerelateerde verzekeringen (betalingsbeschermers). In zoverre zijn de in de boetebesluiten vermelde tekortkomingen bij het inwinnen van informatie niet representatief voor verzekeringstussenpersonen. Hoewel niet altijd in gelijkkluidende bewoordingen, beginnen boetebesluiten met de mededeling dat de AFM heeft besloten een bestuurlijke boete op te leggen op grond van overtreding van art. 4:23 lid 1 Wft.¹⁵² Opmerkelijk is dat

145. Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving), *Stb.* 2009, 327.

146. D.R. Doorenbos, ‘Nieuw boetestelsel financiële wetgeving’, *Ondernemingsrecht* 2009-13, p. 540.

147. Doorenbos, a.w., p. 545.

148. *Handelingen II* d.d. 12 februari 2009, p. 54-4357.

149. AFM Jaarverslag 2009, p. 44.

150. In beginsel worden alle boetes gepubliceerd. Dat het aantal gepubliceerde boetes lager is dan het aantal opgelegde boetes is voornamelijk het gevolg van het tijdsverloop tussen de boeteoplegging en de publicatie (AFM Jaarverslag 2009, p. 44).

151. Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, p. 7-8.

152. In ongeveer de helft van de boetebesluiten wordt art. 4:23 lid 1 onderdeel a en b Wft als grond genoemd.

hier noch elders in het boetebesluit gewag wordt gemaakt van het bestaan van de in art. 41 lid 2 Vr opgenomen generieke vrijstelling van de informatie-inwinverplichting en de expliciete vantoepassingverklaring daarvan voor (a) als complex product kwalificerende verzekeringen en (b) verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen. Dit impliceert dat in het boetebesluit niet wordt vastgesteld of art. 4:23 lid 1 Wft daadwerkelijk van toepassing is. In een enkel geval heeft dit ertoe geleid dat het boetebesluit mede betrekking heeft op tekortkomingen ter zake van onder de vrijstelling vallende overlijdensrisicoverzekeringen.^{153, 154} Voor zover het een overlijdensrisicoverzekering betreft die tegelijk met een hypothecair krediet wordt gesloten, is er niet a priori sprake van een als complex product kwalificerende combinatie van een complex product (hypothecair krediet) met een financieel product (overlijdensrisicoverzekering). Immers, het inwinnen van relevante informatie zal veelal tot de conclusie leiden dat de hoogte van het te verzekeren bedrag en/of de looptijd van de verzekering niet gelijk kan worden gesteld aan het kredietbedrag respectievelijk de looptijd van de lening.

Waar de inwinverplichting vormvrij is en een verzekeringstussenpersoon blijkens de parlementaire geschiedenis naar eigen inzicht kan bepalen hoe hij daar invulling aan geeft,¹⁵⁵ stelt de AFM eisen. De toezichthouder acht gebruikmaking van 'ticking boxes' en (automatisch gegenereerde) standaardteksten uit den boze en verlangt specifieke antwoorden en verklaringen. De boetebesluiten leren voorts wat de AFM als een niet of niet per definitie passend advies beschouwt:

- het adviseren van een overlijdensrisicoverzekering voor alleenstaanden;
- het meefinancieren van de koopsom voor een betalingsbeschermer;
- het niet bespreken van alle mogelijk passende opties, omdat de financiële dienstverlener één optie als de beste beschouwt;
- het achterwege laten van het adviseren van een mogelijk passend financieel product waarin de financiële dienstverlener bij gebreke van een vergunning niet kan bemiddelen;
- het adviseren van een verzekering op basis van de uitkomsten van een onderzoek naar een homogene doelgroep, waartoe de klant behoort;
- het adviseren van een betalingsbeschermer waarvan de looptijd gelijk is aan de looptijd van het krediet;
- het adviseren van een arbeidsongeschiktheidsverzekering waarvan het verzekerde maandbedrag gelijk is aan het termijnbedrag van het krediet.

De boetebesluiten geven een goed beeld van de punten waarop de beboete financiële ondernemingen tekortschoten bij het inwinnen van informatie – of preciezer: van de wijze waarop naar het inzicht van de AFM invulling moet worden gegeven aan de informatie-inwinverplichting. De grootste tekortkoming is dat onvoldoende wordt geïnventariseerd wat de specifieke situatie van de klant is en wat zijn specifieke wensen zijn. Dit geldt voor alle punten waarover informatie moet worden ingewonnen. Bovendien sluit het uiteindelijke advies veelal niet aan op de ingewonnen informatie of kan deze bij gebreke daarvan daar niet op aansluiten. Zo zal het advies dat verzekerd bedrag en/of looptijd het risico volledig moeten afdekken niet zonder meer passend zijn: het kan aannemelijk zijn dat de klant op grond van zijn financiële positie, risicobereidheid en doelstellingen geen (volledige) dekking behoeft.

De AFM geeft in haar boetebesluiten concrete voorbeelden van onvoldoende informatie en hoe dit te voorkomen. Ik volsta met deze opsomming:

Financiële positie

- Voor het adviseren van een betalingsbeschermer is een inventarisatie nodig van de financiële positie van de klant op het moment dat het te verzekeren voorval zich voordoet (bij werkloosheid, arbeidsongeschiktheid en overlijden¹⁵⁶). Daarbij moet worden nagegaan of de klant beschikt over vrij opneembare financiële reserves (spaargeld) of vermogensbestanddelen die kunnen worden gebruikt in geval van inkomensverlies en of zijn partner bereid en in staat is om in dat geval (meer) te gaan werken.
- Geïnventariseerd moet worden welke verzekeringen de klant (en zijn partner) al hebben ter dekking van inkomensterugval als gevolg van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid.
- Uit het dossier moet blijken wat de omvang is van de aanspraken op (nabestaanden)pensioen en (sociale) voorzieningen en verzekeringen ter zake van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid.
- Voor het bepalen van de financiële positie moeten de vaste uitgaven van de klant worden bepaald aan de hand van de werkelijke lasten, dus niet op basis van normbedragen.
- Uit het dossier moet blijken of er in de voorzienbare toekomst wijzigingen in de financiële positie, waaronder het inkomen van de klant en/of zijn partner, zijn te verwachten als gevolg van belangrijke levensgebeurtenissen ('life events').

Kennis en ervaring

- Uit het dossier moet blijken of de klant het verschil weet tussen een betalingsbeschermer tegen premiebe-

153. Immers, overlijdensrisicoverzekeringen zijn verzekeringen waarbij de verplichting van de verzekeraar tot het doen van een uitkering alleen dan ontstaat, indien het overlijden van degene op wiens leven de verzekering betrekking heeft plaatsvindt voor de in de polis genoemde datum en derhalve geen complex product (art. 1, *complex product*, onder 3° Bgfo) en evenmin verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt.

154. Dit is o.a. het geval bij de boetebesluiten inzake AFAB Financiële Diensten Holding N.V. (wegens een door haar aangesloten onderneming AFAB Geldservice B.V. begane overtredingen), DSB Bank N.V., Holland Financials B.V., Interfinans B.V., Krediethuis B.V. en Rabobank Nederland (wegens door aangesloten banken begane overtredingen).

155. Zie: *Kamerstukken II 2003/04*, 29 507, nr. 3, p. 89 en *Kamerstukken II 2003/04*, 29 507, nr. 9, p. 72.

156. Zoals hiervoor beargumenteerd vallen overlijdensrisicoverzekeringen niet onder de inwinverplichting.

taling en een verzekering tegen een meegefinancierde koopsom.

Doelstelling en risicobereidheid

- Teneinde een passend advies te kunnen geven moet worden geïnventariseerd met welke doelstelling de klant een betalingsbeschermer wil aangaan en in welk geval (werkloosheid, arbeidsongeschiktheid) de verzekering moet uitkeren.
- Uit het dossier moet blijken of het verzekerd bedrag en de looptijd van de geadviseerde verzekering aansluiten op de financiële positie, doelstellingen en risicobereidheid van de klant en/of zijn partner.
- In geval van een verzekering tegen meegefinancierde koopsom dient te worden nagegaan of de klant deze verzekering ook wenst aan te gaan als dit resulteert in een hogere schuldpositie en hogere rentelasten.

3.2.2. Jurisprudentie

De bestuursrechter heeft zich al veelvuldig mogen buigen over een door de AFM ingenomen standpunt – zo ook over boetebesluiten waarin naar het oordeel van deze toezichthouder de informatie-inwinverplichting niet naar behoren was nagekomen of de ingewonnen informatie onvoldoende was om een passend advies uit te brengen. Wat dit laatste betreft moet art. 4:23 lid 1 Wft naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter aldus worden uitgelegd dat bij de vraag of een financiële onderneming aan haar daarin geformuleerde zorgplicht heeft voldaan, te weten het geven van een passend advies, niet als maatstaf dient te worden gehanteerd of het advies naar het oordeel van de toezichthouder het best mogelijke advies is, maar of gelet op de voorhanden gegevens als bedoeld in onderdeel a van dat artikellid het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kon worden gegeven.¹⁵⁷

Gesteld voor de vraag of aan artikel 4:23 lid 1 Wft is voldaan als het advies wordt gebaseerd op een tevoren gedaan onderzoek naar een homogene doelgroep, waarvan de klant deel uitmaakt, oordeelde de voorzieningenrechter dat dit de financiële onderneming niet ontslaat van de verplichting om een op de klant toegesneden advies te geven en daartoe de nodige informatie te vergaren. 'Informatievergaring door specifieke vragen aan een bepaalde cliënt, kan naar voorlopig oordeel slechts achterwege blijven indien die informatie noodzakelijkerwijze voortvloeit uit andere informatie omtrent de betrokken cliënt waarnaar al wel navraag is gedaan. Aldus is dan immers feitelijk alle relevante informatie beschikbaar. Die specifieke informatievergaring kan derhalve niet achterwege blijven in gevallen waarin een product 'vrijwel steeds' aan de wensen van een bepaalde categorie cliënten tegemoet komt, noch als aangenomen kan worden dat bepaalde omstandigheden zich bij hen 'gewoonlijk' voordoen: een advies dat gewoonlijk goed is, is in uitzonderingsgevallen onjuist. Artikel 4:23, eerste lid, van de

Wft beoogt ook – en juist – die uitzonderingsgevallen te beschermen.¹⁵⁸

In deze zaak oordeelde de voorzieningenrechter bovendien dat het feit dat een financiële onderneming wel voldoende inlichtingen heeft ingewonnen maar dat dit niet altijd in het dossier naar voren komt voor haar rekening komt, mede gelet op het feit dat het ingevolge artikel 32 Bgfo op haar weg ligt zich genoegzaam te documenteren. Voor zover zij dit heeft nagelaten dient dit, ook afgezien van laatstgenoemd artikel, voor haar risico te komen. En in een andere zaak kwam aan de orde dat wel voldoende inlichtingen waren ingewonnen, maar dat dit niet altijd in de dossiers naar voren kwam, maar wel uit het digitale systeem van de financiële onderneming kon worden afgeleid. Ook in dit geval dient dat volgens de voorzieningenrechter voor risico van de financiële onderneming te komen.¹⁵⁹

Een redelijke bewijslastverdeling brengt met zich dat op de AFM de bewijslast rust aan te tonen dat niet is voldaan aan de in artikel 4:23 lid 1 onder b Wft neergelegde zorgplicht en dat op de financiële onderneming de bewijslast rust aan te tonen dat zij de nodige informatie heeft ingewonnen als bedoeld in onderdeel a van dat artikellid – met dien verstande dat, indien de financiële onderneming aantoonbaar informatie heeft ingewonnen, het op de weg van de AFM ligt om aannemelijk te maken dat de beschikbare informatie niet toereikend is om een zorgvuldig advies te kunnen geven.¹⁶⁰

Uit de tot dusver gepubliceerde jurisprudentie blijkt ook dat de bestuursrechter inmiddels duidelijkheid heeft verschaft over het inzetten van handhavingsinstrumenten. De stelling dat het handhavingsbeleid geen ruimte biedt om in verband met dezelfde overtreding een bestuurlijke boete op te leggen nadat het informele instrument van het normoverdragend gesprek heeft plaatsgevonden, vindt volgens de voorzieningenrechter geen steun in het recht en kan evenmin tot het oordeel leiden dat de AFM niet in redelijkheid had kunnen besluiten om handhavend op te treden door een boete op te leggen. En de betreffende financiële onderneming mocht er evenmin op vertrouwen dat haar geen boete zou worden opgelegd omdat de AFM had afgezien van het geven van een aanwijzing. 'Het geven van een aanwijzing is een maatregel waarmee de AFM kan voorkomen dat overtredingen blijven voortduren. Een boete is gericht op gedragingen in het verleden.'¹⁶¹

In een ander geval oordeelde de voorzieningenrechter dat de AFM, gelet op het door haar geformuleerde handhavingsbeleid, niet in alle gevallen eerst tot inzet van het boete-instrument kan overgaan indien een normover-

157.Rb. Rotterdam 30 juni 2009, L/JN BJ1748.

158.Rb. Rotterdam 19 december 2008, L/JN BG8136.

159.Rb. Rotterdam 2 juli 2009, L/JN BJ1746.

160.Rb. Rotterdam 30 juni 2009, L/JN BJ1748.

161.Rb. Rotterdam 12 november 2009, L/JN BK3958.

dragend gesprek dan wel een gegeven waarschuwing niet tot verbetering heeft geleid.¹⁶²

4. VERHOUDING TUSSEN REGEL-COMPLEXEN

In zijn advies¹⁶³ stelt de Raad van State dat de Wft niet alleen een toezichtwet is, maar ook een omvangrijk complex publiekrechtelijke gedragsvoorschriften bevat voor actoren op de financiële markten voor wie naast de Wft-regels – vanouds – ook de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek gelden. Tal van BW-bepalingen hebben, tezamen met de daarmee verband houdende jurisprudentie, aanzienlijke betekenis voor de rechtsverhoudingen op deelterreinen van het domein van het financiële toezicht. Dit roept, aldus de Raad van State, de vraag op naar de verhouding tussen beide regelcomplexen.¹⁶⁴ Deze vraag bestaat uit meerdere deelvragen:

‘Die vraag betreft allereerst de criteria op grond waarvan wordt besloten tot het stellen van publiekrechtelijke regels voor gedragingen en rechtsverhoudingen waarvoor ook een algemene normering geldt door het burgerlijk recht.¹⁶⁵ (...) Daarnaast is er de vraag naar de eventuele civielrechtelijke gevolgen (in de vorm van nietigheid of vernietigbaarheid) van niet-naleving door een partij op de financiële markten van door of krachtens de Wft gestelde regels voor desbetreffende privaatrechtelijke rechtshandelingen. (...) Wat betreft de civielrechtelijke gevolgen is er voorts de vraag welke betekenis toekomt aan overtreding van publiekrechtelijke normen uit de Wft in verband met bescherming tegen schade, gezien bijvoorbeeld het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW.’¹⁶⁶

De Raad van State stelde bovendien dat de verhouding tussen de Wft en het BW in de toelichting een nadere beschouwing verdiende en hij adviseerde de toelichting daarmee aan te vullen.

4.1. Civielrechtelijke gevolgen

In reactie op de vraag van de Raad van State om duidelijkheid te verschaffen erkent de Minister van Financiën – geheel in lijn met het wettelijk systeem dat de civielrech-

telijke gevolgen worden bepaald door burgerlijk recht – het primaat van het BW, ook als het de civielrechtelijke gevolgen van het overtreden van een publiekrechtelijke gedragsnorm betreft.

‘Binnen het Nederlands wettelijk systeem worden de civielrechtelijke gevolgen bepaald door het burgerlijk recht; het Burgerlijk Wetboek (BW) in het bijzonder. Zo moet de vraag of het niet-naleven van de Wft-reclameregels ook betekent dat er sprake is van misleiding in de (civielrechtelijke) relatie tussen de financiële onderneming en een individuele cliënt worden beoordeeld in het kader van het BW en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Het feit dat de Wft is overtreden kan daarbij uiteraard wel een relevante factor zijn, maar is daarvoor niet bepalend.’¹⁶⁷

Hiermee werd slechts één van de vragen van de Raad van State beantwoord. Dat geldt ook voor de vraag welke betekenis toekomt aan overtreding van publiekrechtelijke normen uit de Wft in verband met bescherming tegen schade, gezien bijvoorbeeld het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW.¹⁶⁸

Evenmin als het niet naleven van publiekrechtelijke normen zonder meer meebrengt dat er sprake is van schending van een privaatrechtelijke zorgplicht, houdt naleving van publiekrechtelijke normen privaatrechtelijk correct handelen in.¹⁶⁹ Als een verzekeringstussenpersoon beschikt over de vereiste vergunning en zich houdt aan de bij of krachtens de Wft opgelegde informatieverplichtingen kan hem privaatrechtelijk worden aangewezen dat hij is tekortgeschoten in de naleving van een zorgplicht. Bijvoorbeeld omdat hij heeft verzuimd het door de klant ingevulde en ondertekende aanvraagformulier door te zenden aan de verzekeraar. Privaatrechtelijke zorgplichten hebben een grotere reikwijdte dan in de Wft en daaruit voortvloeiende regelgeving neergelegde algemene normen.¹⁷⁰ Dit omdat zij zien op het concrete geval:

‘De eisen van de redelijkheid en billijkheid alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, zijn toegesneden op het concrete geval en kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden

162.Rb. Rotterdam 30 juni 2009, *LJN* BJ1748.

163.Te kennen uit *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20.

164.Een opmerking van dezelfde strekking werd gemaakt door Lieverse & Vloemans. Zij constateerden dat in de memorie van toelichting bij het ontwerp van de Wet financiële dienstverlening geen aandacht werd besteed aan het antwoord op de vraag hoe de in het wetsontwerp opgenomen algemene zorgplichtbepaling – en de uitwerking daarvan – zich verhielden tot de civielrechtelijke normering. Zie: Lieverse & Vloemans, a.w., p. 159.

165.Het antwoord op deze vraag is te vinden in *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317: ‘Het regelen van aspecten van de relatie tussen cliënt en financiële onderneming in publieke toezichtwetgeving biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen. Bovendien biedt het publieke toezicht mogelijkheid om financiële ondernemingen die bijvoorbeeld de informatie- en adviesverplichtingen ernstig overtreden te beboeten of zelfs de toegang tot de markt te ontzeggen. Financiële ondernemingen zullen dit waarschijnlijk ervaren als een sterke prikkel tot naleving van de wettelijke verplichtingen.’

166.*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 10.

167.*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 304 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 10.

168.Omdat de Wft mede tot doel heeft consumenten te beschermen tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen is bij overtreding van een Wft-bepaling daarmee de onrechtmatigheid gegeven en hoeft dit dus niet meer te worden bewezen (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393). ‘De benadeelde dient feiten te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. Dit is normaliter echter een redelijk vereiste. Slaagt hij daarin, dan kan de rechter uitgaan van het geleden zijn van schade, en kan de omvang daarvan door de rechter worden begroot op de wijze die het best past bij de aard van de schade (artikel 6:97 van het BW).’ Aldus *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393-394.

169.Zie ook: Tjong Tjin Tai & Van den Berg, a.w., p. 166.

170.Dit standpunt verwoordde de Hoge Raad in r.o. 4.5.8 van HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 (*Levob/Bolle*) en r.o. 4.3.10 van HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (*De Treek/Dexia*).

is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de dan nog geldende publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt.¹⁷¹

Publiekrechtelijke normen¹⁷² zijn in zoverre relevant dat zij een aanwijzing geven voor het type zorg en de verplichtingen die op de financiële onderneming rusten. Ook kan niet worden uitgesloten dat deze normen uiteindelijk resulteren in een uitbreiding van privaatrechtelijke zorgplichten.¹⁷³ Het is aan de rechter om te bepalen of en in welke mate hij in een privaatrechtelijke procedure de schending van een Wft-gedragsregel door een verzekeringstussenpersoon laat meewegen. Dit zal afhangen van wat de klant vordert, op welke privaatrechtelijke bepalingen deze vordering wordt gebaseerd en welke gronden daartoe worden aangevoerd.^{174, 175}

4.1.1. Aantastbaarheid rechtshandelingen

De vraag van de Raad van State naar de eventuele civielrechtelijke gevolgen (in de vorm van nietigheid of vernietigbaarheid) van niet-naleving van door of krachtens de Wft gestelde regels voor desbetreffende privaatrechtelijke rechtshandelingen leidde tot het opnemen van art. 1:6p.¹⁷⁶

Dit werd nodig geoordeeld, omdat in de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur geen eenduidigheid bestond over de vraag of de financiële toezichtwetgeving de strekking heeft om ermee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.¹⁷⁷ Het gaat hier om een in het kader van de financiële dienstverlening belangrijke vraag of een rechtshandeling die is verricht in strijd met een Wft-voorschrift uit dien hoofde aantastbaar is op grond van art. 3:40 lid 2 BW.^{178, 179}

‘Over de vraag hoe dit artikel moet worden toegepast op de financiële toezichtwetgeving bestond op grond van de «oude» wetgeving onduidelijkheid. Deze onduidelijkheid is weggenomen, doordat in artikel 1:6p is vastgelegd dat rechtshandelingen die worden verricht in strijd met het voorstel niet om die reden aantastbaar zijn.’

Het nieuwe artikel, waarvan de tekst en de redactie zijn afgestemd op de bewoordingen en het systeem van art. 3:40 BW,¹⁸⁰ is ingevoegd naar aanleiding van oproepen daartoe in de literatuur. Daaraan voorafgaand is op verzoek van het ministerie van Financiën advies uitgebracht¹⁸¹ en is een consultatieronde gehouden. Het als ‘hoofdregel’ geldende artikel is opgenomen omdat toepassing van art. 3:40 lid 2 BW tot grote rechtsonzekerheid op de financiële markten zou leiden.¹⁸² Dit temeer omdat de nietigverklaring of vernietiging van rechtshandelingen gedurende geruime tijd na het verrichten daarvan mogelijk is. Aan de hand van de door TILEC vastgestelde rechts-economische criteria heeft de wetgever een aantal uitzonderingen op deze hoofdregel vastgesteld.

Art. 1:23 Wft ziet uitsluitend op privaatrechtelijke rechtshandelingen, dus niet op publiekrechtelijke rechtshandelingen. Het ziet evenmin op feitelijke handelingen. Omdat verzekeringstussenpersonen in het kader van hun dienstverlening aan de klant overwegend handelingen van feitelijke aard verrichten, is de impact van dit artikel voor hen niet zo groot. Bovendien kan slechts één van de door de wetgever vastgestelde uitzonderingen betrekking hebben op verzekeringstussenpersonen: rechtshandelingen als bedoeld in art. 1:76 lid 6 onder d Wft¹⁸³ zijn ingevolge art. 1:76 lid 6 onder e Wft vernietigbaar indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de vereiste goedkeuring van de curator ontbrak.

4.1.2. Doorwerking

Dat in de Wft een reeks regels als gedragsregels wordt aangemerkt en is ondergebracht in het deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen, is niet enkel een zaak van ordening. Dit heeft ook privaatrechtelijke gevolgen. Volgens Van Baalen levert de indeling in hoofdstukken met gedragsregels een voor de praktijk buitengewoon handig bewijsvermoeden dat de in het Wft-deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen opgenomen regels zijn geschreven met het oog op de bescherming van de (vermogensrechtelijke) belangen van een of meer

171. Aldus A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar Conclusie in een drietal effectenlease-zaken (HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*), L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*) en L/JN BH2822 (*Stichting gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*)). Deze arresten zijn van noten voorzien door W.H. van Boom (*JA* 2009/116, 117 en 118) en C.M.W. Lieverse (*JOR* 2009/199 en 200).

172. Rinkes merkte op dat de invulling daarvan vooralsnog niet helder is (Rinkes, *NTHR* 2007-6, p. 232). Waar het gaat om de in art. 4:23 lid 1 Wft neergelegde inwin- en motiveringsverplichting geven de tot dusver gepubliceerde boetebesluiten inmiddels een goed beeld van de invulling die de AFM voor ogen staat.

173. Zie: Tjong Tjin Tai & Van den Berg, a.w., p. 167.

174. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

175. In geen van de vijftig door mij onderzochte uitspraken werd tegen een verzekeringstussenpersoon een vordering ingesteld die (mede) was gebaseerd op het niet voldoen aan een Wft-gedragsregel.

176. Thans art. 1:23 Wft. Dit luidt: De rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels is niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voor zover in deze wet anders is bepaald.

177. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 390.

178. Dit artikellid luidt: ‘Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.’

179. Onder het begrip ‘wet’ in dit artikellid moeten niet alleen wetten in formele zin worden verstaan maar ook wetten in materiële zin van een lagere wetgever, mits aan hem gedelegeerd. Het Bgfo en de daarin opgenomen regelingen berusten op delegatiebepalingen in de Wft (S.C.J.J. Kortmann & B.F.L.M. Schim, ‘De (on)aantastbaarheid van met de Wft strijdige rechtshandelingen’ in D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 586).

180. Van Kooten, a.w., p. 144.

181. R.H.J. van Bijnen & W.H. van Boom, *Nietigheid bij overtreding van financiële toezichtwetgeving*, Position paper Tilburg Institute for Law and Economics (TILEC), in opdracht van Directie Financiële Markten Ministerie van Financiën, 23 juni 2003.

182. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 392.

183. Rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met het AFM-besluit om een curator aan te stellen.

(markt)partijen. Deze publiekrechtelijke gedragsregels kleuren daarmee voor een belangrijk deel privaatrechtelijke open normen in.¹⁸⁴

Het lijkt geen twijfel dat een publiekrechtelijke regeling met wettelijke status direct doorwerkt in de privaatrechtelijke zorgplicht.¹⁸⁵ Van een wettelijke status is sprake indien de regeling een voldoende wettelijke grondslag heeft. De Wft kent verschillende soorten uitvoeringsregelingen: algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en toezichthouderregelingen. Anders dan onder de voorheen geldende sectorale wetgeving is onder het Wft-regime de regelgevende bevoegdheid in beginsel voorbehouden aan de Kroon. Veel ministeriële regelingen en toezichthouderregelingen zijn als gevolg daarvan 'gepromoveerd' naar een algemene maatregel van bestuur.¹⁸⁶ Overigens kan regelgevende bevoegdheid worden gedelegeerd aan de toezichthouders.¹⁸⁷ De bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen is beperkt tot organisatorische en technische onderwerpen alsmede onderdelen die samenhangen met de uitvoering van het toezicht.^{188, 189} Bovendien geldt als voorwaarde dat de toezichthouder eerst een daarvoor in aanmerking komende representatieve vertegenwoordiging van de onder zijn toezicht staande ondernemingen consulteert en dat hij de Minister van Financiën onverwijld in kennis stelt van door hem vastgestelde regelingen.¹⁹⁰ In haar aan de Minister van Financiën gerichte 'wetgevingsbrief' van 18 oktober 2010¹⁹¹ drong de AFM erop aan om de ruimte voor nadere regelgeving te verruimen teneinde slagvaardig te kunnen inspelen op het gegeven dat marktpartijen hun gedrag aanpassen op veranderde regelgeving.

Consumentenbescherming¹⁹² is een belangrijke doelstelling van de Wft. Indien een klant een vordering heeft op zijn verzekeringstussenpersoon wegens het niet of niet naar behoren naleven van voor die tussenpersoon uit een op hem rustende publiekrechtelijke zorgplicht voortvloeiende verplichtingen, zal hij deze moeten baseren op een privaatrechtelijke verhaalsgrond. Een beroep op onrecht-

matige daad zal het meest in de rede liggen.¹⁹³ Weliswaar levert een gedraging in strijd met een publiekrechtelijke verplichting in beginsel een onrechtmatige daad op, maar deze resulteert enkel in een aanspraak op vergoeding van de daardoor geleden schade als de geschonden norm de belangen beoogt te beschermen van de schadelijder.¹⁹⁴ Omdat de Wft-gedragsregels strekken tot bescherming van afnemers van financiële diensten, is bij schending van zo'n regel voldaan aan het relativiteitsvereiste. Eerder staat het ontbreken van causaal verband tussen de schending van een publiekrechtelijke gedragsnorm en de door de klant geleden schade in de weg aan een geslaagde verhaalsactie. Dit lijkt mij het geval bij het niet voldoen aan de in art. 4:73 Wft neergelegde informatieplicht en de uitwerking daarvan in art. 49 Bgfo alsook bij het niet verstrekken van verplichte precontractuele informatie als bedoeld in art. 57 en 58 Bgfo. Naast onrechtmatige daad zijn er ook nog andere privaatrechtelijke bepalingen waarbij de overtreding van een Wft-gedragsregel door een verzekeringstussenpersoon kan doorwerken. Denk hierbij aan art. 6:2 en 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid), art. 6:74 BW (wanprestatie), art. 6:194 BW (misleidende mededeling), art. 6:228 BW (dwaling), art. 6:233 BW (algemene voorwaarden) en – last but not least – art. 7:401 BW (zorgplicht van een opdrachtnemer). Oneerlijke handelspraktijken zijn een species van de onrechtmatige daad.¹⁹⁵

De privaatrechtelijke bescherming bij zulke praktijken¹⁹⁶ ziet enkel op buiten beroep of bedrijf handelende natuurlijke personen. Dit geldt ook als de oneerlijke behandeling of misleiding plaatsvindt in het kader van de bemiddelingsactiviteiten van een verzekeringstussenpersoon. Een door een verzekeringstussenpersoon oneerlijk behandelde onderneming kan enkel optreden op basis van andere mogelijkheden die het privaatrecht biedt zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog.¹⁹⁷

Bedacht moet worden dat de eigen verantwoordelijkheid van de klant niet door publiekrechtelijke regelgeving terzijde wordt geschoven, integendeel:

184.S.B. van Baalen, 'Aansprakelijkheid als gevolg van een schending van Wft-regels' in: Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1019.

185.HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Van Zuylen/Rabobank*) (m.nt. C.E. du Perron). Rinkes leest in de noot onder dit arrest dat de directe doorwerking daar is als de toezichtregel geen uitzondering toelaat (Rinkes, *NTHR* 2007-6, p. 232). In casu liet de betreffende regeling evenwel ruimte voor afwijking, zij het weinig.

186.Voor verzekeringstussenpersonen gold geen sectorale toezichtwetgeving en derhalve waren er geen op hen betrekking hebbende toezichthouderregelingen.

187.Art. 1:28 lid 1 Wft.

188.*Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3 p. 30.

189.Een door de AFM vastgestelde leidraad, zoals de voor verzekeringstussenpersonen van belang zijnde 'Leidraad passende provisie financiële dienstverleners' en 'Leidraad dienstverleningsdocument', is niet een op grond van een delegatiebepaling vastgestelde toezichtregeling. Zo'n leidraad ontbeert derhalve een wettelijke status, zodat er geen sprake kan zijn van directe doorwerking. Zie ook noot 67.

190.Art. 1:28 lid 1 resp. lid 3 Wft.

191.Bijlage bij de brief d.d. 25 oktober 2010 waarmee de Minister van Financiën de Tweede Kamer informeerde over de voorgenomen wetten regelgeving op het gebied van de financiële markten (FM2010/16897).

192.Bij een financiële dienst met betrekking tot verzekering wordt de zakelijke afnemer op dezelfde wijze beschermd als de consument (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 365). Dat niet enkel buiten bedrijf of beroep handelende natuurlijke personen maar ook beroeps- of bedrijfsmatig handelende personen, waaronder mede begrepen rechtspersonen, bescherming genieten vloeit voort uit de Richtlijn verzekeringsbemiddeling.

193.*Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393.

194.Art. 6:163 BW (relativiteitsvereiste).

195.*Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 14.

196.Art. 6:193a e.v. BW.

197.*Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 6.

‘Een belangrijk uitgangspunt ten aanzien van het opstellen van regels terzake is dat de cliënt en consument een eigen verantwoordelijkheid hebben bij de aanschaf van financiële producten. De regelgeving is erop gericht om de cliënt en consument in staat te stellen zich een weloverwogen oordeel te vormen over een bepaald product en een bepaalde vorm van dienstverlening. Een terugkerende eis die aan alle vormen van dienstverlening wordt gesteld is derhalve dat de financiële onderneming adequate informatie geeft over haar producten en diensten. Van de cliënt of consument mag worden verwacht dat hij zich verdiept in deze informatie. Bij het aanbieden van de informatie moet de financiële onderneming uit kunnen gaan van een gemiddelde cliënt of consument.’¹⁹⁸

In een adviesrelatie reikt de eigen verantwoordelijkheid van de klant minder ver. Immers, wie beroeps- of bedrijfsmatig adviseert claimt over voldoende deskundigheid te beschikken om deze verantwoordelijkheid waar te maken. In dat geval rust op degene die adviseert de verantwoordelijkheid om na te gaan of het product ook bij de klant past.¹⁹⁹ De klant, op zijn beurt, is gehouden om gegevens te verstrekken die nodig of nuttig kunnen zijn voor het geven van advies. Overigens is de klant wel zelf verantwoordelijk voor de beslissing die hij neemt op basis van het advies.²⁰⁰ Dat het publiekrecht geen (dwingende) aanknopingspunten biedt voor enigerlei vorm van terughoudendheid bij het verdisconteren van de eigen verantwoordelijkheid van financiële consumenten in de omvang van de privaatrechtelijke zorgplicht van financiële dienstverleners is een terechte conclusie.²⁰¹

In de Wft geformuleerde gedragsnormen en de uitwerking daarvan in het Bgfo geven in belangrijke mate invulling aan open privaatrechtelijke normen zoals de voor een verzekeringstussenpersoon geldende verplichting om bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Bij het beantwoorden van de vraag of een verzekeringstussenpersoon de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot²⁰² heeft betracht, kunnen in de Wft en de daaruit voortvloeiende

regelgeving neergelegde gedragsregels mede tot maatstaf worden genomen.²⁰³ De wettelijke basis voor deze doorwerking is art. 6:248 lid 1 BW. Op grond hiervan heeft de contractuele verhouding tussen, in dit geval, een verzekeringstussenpersoon en een klant niet alleen de door hen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid.²⁰⁴

Of en in welke mate de rechter in een civielrechtelijke procedure een overtreding van de Wft meeneemt, zal afhangen van hetgeen de cliënt vordert, op welke civielrechtelijke bepalingen deze vordering wordt gebaseerd en welke gronden daartoe worden aangevoerd.²⁰⁵ Rinkes is de mening toegedaan dat de Wft-normen richtinggevend zijn in het privaatrecht.²⁰⁶ Hij baseert dit op het feit dat de wetgever in de Wft duidelijk en expliciet normoverdracht beoogt te bewerkstelligen. Tegelijkertijd voorziet hij uitleg- en afbakeningsproblemen, en mogelijk zelfs ‘botsingen’ tussen toezichtwetgeving en BW. Zo de rechter publiekrechtelijke gedragsnormen al in zijn overwegingen betreft, zal hij daar geen doorslaggevend gewicht aan mogen toekennen. Dit kwam tot uitdrukking in een drietal proefprocedures²⁰⁷ waarbij de vraag aan de orde was of afnemers van effectenleaseproducten voldoende waren geïnformeerd over de kenmerken daarvan en voldoende waren gewaarschuwd voor het risicovolle karakter ervan. Het hof achtte de publiekrechtelijke regelgeving, waaronder de voor de aanbieder geldende gedragsregels, niet beslissend en baseerde zijn oordeel op in de precontractuele fase op de aanbieder rustende, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens de afnemer. De Hoge Raad oordeelde dat de opvatting van de aanbieder, dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die

198. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321.

199. Hierbij geldt als maatstaf of het advies naar objectieve maatstaven in redelijkheid kon worden gegeven (Rb. Rotterdam 30 juni 2009, *LJN* BJ1748).

200. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 322.

201. Zie: Jansen, a.w., p. 627.

202. Dit criterium ter beoordeling van de vraag of een verzekeringstussenpersoon aan de op hem rustende zorgplicht heeft voldaan werd door de Hoge Raad voor het eerst toegepast in HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 718 (*Korea Trading*).

203. Zie voor een uitvoerige – op banken respectievelijk beleggingsondernemingen betrekking hebbende – verhandeling over deze mogelijkheid en daarbij genoemde relevante literatuur en jurisprudentie: Van Baalen, a.w., p. 662-667, Cherednychenko, a.w., p. 73-75 en Grundmann-van de Krol 2010, p. 742-745.

204. Bij onrechtmatige daad vormt het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW) de wettelijke basis voor de doorwerking.

205. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

206. Niet in de laatste plaats omdat de wetgever in de Wft duidelijk en expliciet normoverdracht beoogt te bewerkstelligen. J.G.J. Rinkes, ‘Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijk perspectief’ in: C.W.M. Lieverse & J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector* (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 232.

207. Het oogmerk van deze en de twee tegelijkertijd gevoerde proefprocedures was om een zo groot mogelijke precedentwerking te verkrijgen voor soortgelijke geschillen. De Hoge Raad tekende hierbij aan ‘dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop het is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.’ (HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.1). De door de Hoge Raad in deze arresten gegeven ‘handreiking aan de praktijk voor de beslechting van geschillen omtrent effectenleaseovereenkomsten’ kan naar mijn mening ook dienen voor beslechting van geschillen inzake (precontractuele) informatieverplichtingen van verzekeringstussenpersonen.

in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, onjuist is.²⁰⁸ In de beide andere proefprocedures luidde het oordeel van de Hoge Raad niet anders.^{209, 210}

In de literatuur bestaat geen eenduidigheid over de grondslag van de doorwerking in een contractuele relatie.²¹¹ Naar mijn mening is deze meerledig.²¹² Vanuit de optiek van de klant wordt de grondslag voor de doorwerking gevormd door diens gerechtvaardigde verwachting dat zijn verzekeringstussenpersoon de met het oog op consumentenbescherming geformuleerde Wft-gedragsnormen naleeft. Gezien door de ogen van de verzekeringstussenpersoon vormen de op grond van de Wft voor hem geldende zorgplichten een houvast om tot een minimale²¹³ invulling te komen van de privaatrechtelijke zorg die hem als goed opdrachtnemer betaamt. Minimaal, omdat de in de gedragsnormen die zijn vastgelegd in de Wft en de daaruit voortvloeiende regelgeving abstraheren van concrete gevallen, zodat zij hoogstens benaderingen zijn van de in het privaatrecht nagestreefde zorgplicht.²¹⁴

Overigens mag niet uit het oog worden verloren dat de zorgplichtbepalingen in de Wft zijn geschreven vanuit een toezichtperspectief,²¹⁵ meer in het bijzonder met het oog op het door de AFM te houden gedragstoezicht.²¹⁶ Met de Wft-gedragsregels wordt een publiek belang gediend.²¹⁷ Tegelijkertijd hebben zij als doel om de individuele belangen van afnemers van financiële producten en diensten te beschermen. Dit in tegenstelling tot de privaatrechtelijke zorgplicht, welke uitsluitend ziet op individuele belangen. Dit brengt met zich mee dat de publiekrechtelijke gedragsregels waar een verzekeringstussenpersoon zich aan dient te houden niet leidend kunnen zijn.

5. TER AFSLUITING

Het is inmiddels vijf jaar geleden dat verzekeringstussenpersonen door het van kracht worden van de Wfd voor het eerst onder een toezichtregime kwamen. Een toezichtregime waarvoor een jaar later de Wft het fundament ging vormen. Verzekeringstussenpersonen hebben daar nog

steeds moeite mee. Niet zozeer met de zorgplichtbepalingen en de nadere uitwerking daarvan in het Bgfo, maar wel met de wijze waarop de AFM deze nageleefd wenst te zien.

De Wft gaat op een aantal punten (veel) verder dan wat de EU-regelgeving gebiedt op het punt van zorgvuldig behandelen van klanten. Niet alleen waar het gaat om transparantie- en beloningsaspecten, maar in het bijzonder ook de wijze waarop invulling is gegeven aan de in de Richtlijn verzekeringsbemiddeling neergelegde 'ken-uw-klant'-regel.²¹⁸ Wat dit laatste betreft bleek de toepassing van de aanzienlijk zwaardere MiFiD-informatieverplichtingen in veel gevallen een struikelblok te vormen. Het merendeel van de tot dusver gepubliceerde boetesluitens is gebaseerd op schending daarvan – ook door gerenommeerde financiële ondernemingen.

De Europese Commissie heeft het voornemen om in 2011 een herziene versie van de Richtlijn verzekeringsbemiddeling het licht te doen zien. De herziening van de Insurance Mediation Directive (IMD2) ziet op drie elementen: modernisering, betere consumentenbescherming en verdergaande harmonisatie. Bovendien is het de bedoeling om in IMD2 de verkoop van bepaalde complexe producten, de zogenaamde Packaged Retail Investment Products (PRIIPS), en direct selling te regelen.

Uit het door CEA, het Europese Verbond van Verzekeraars, gegeven reactie op de door de Europese toezichthouders (CEIOPS),²¹⁹ aan de Commissie gestelde vragen blijkt dat verzekeraars niet staan te dringen om – zoals de Nederlandse wetgever heeft gedaan – zwaardere informatieverplichtingen op te leggen dan in de huidige richtlijn zijn vastgelegd.

'Consumers should always be able to buy products which suit their needs. Conflicts of interest can be mitigated by requiring an adequate assessment of product suitability.'

208.HR 5 juni 2009, *LJN BH2811 (Levob/Bolle)*, r.o. 4.5.8.

209.HR 5 juni 2009, *LJN BH2815 (De Treek/Dexia)*, r.o. 4.10.3 en HR 5 juni 2009, *LJN BH2822 (Stichting gedupeerden Spaarconstructie/Aegon)*, r.o. 4.6.10.

210.Blijkens deze passage in haar boetesluit van 12 augustus 2009 inzake de advisering van beleggingsverzekeringen door SNS Bank lijkt de AFM het tegengestelde te claimen, namelijk dat de publiekrechtelijke zorgplichten verder kunnen reiken dan wat privaatrechtelijk als norm geldt voor een financiedienstverlener: 'Ook is onjuist dat de wetgever voor ogen heeft gehad bij artikel 4:23 Wft dezelfde eis aan te leggen als de reeds geldende civielrechtelijke zorgplicht. Deze opvatting blijkt niet uit de wetgeschiedenis en wordt evenmin in de jurisprudentie gehuldigd. Dit geldt evenzeer voor de toetsing van artikel 4:23 Wft door de toezichthouder.'

211.Voor een overzicht zie Grundmann-van de Krol 2010, p. 744-745.

212.Zo ook: Tjong Tjin Tai & Van den Berg, a.w., p. 167.

213.De privaatrechtelijke zorgplicht kan verder reiken dan de in de publiekrechtelijke regelgeving neergelegde gedragsregels. Zie: HR 5 juni 2010, *LJN BH2811 ((Levob/Bolle)* r.o. 4.5.8 en HR 5 juni 2010, *LJN BH2815 (De Treek/Dexia)*, r.o. 4.11.5.

214.Aldus Tjong Tjin Tai & Van den Berg, a.w., p. 166.

215.De primaire ratio van de gedragsregels in de Wft is dat zij een basis bieden voor het institutioneel toezicht door de AFM (Jansen, a.w., p. 625). Omdat de formulering van publiekrechtelijke gedragsnormen aansluit op de doelstellingen van het toezicht lenen zij zich beter voor bestuursrechtelijke handhaving dan privaatrechtelijke normen. Zie ook: Scheltema & Scheltema, a.w., p. 83.

216.Dit resulteert in concrete verplichtingen zoals de inwin- en motiveringsverplichting van art. 4:23 lid 1 Wft en de ingevolge art. 57 en 58 Bgfo te verstrekken precontractuele informatie.

217.Zie: O.O. Cherednychenko & S.H. Kuiper, 'De Wet oneerlijke handelspraktijken en financiële dienstverlening', *NTBR* 2008-8, 44, p. 340.

218.Hierbij kan de vraag worden gesteld of dit in overeenstemming is met Aanwijzing 337 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving* (Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992). Deze luidt: 'Bij implementatie worden in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.'

219.Met ingang van 1 januari 2011 is hiervoor in het kader van de herziening van het Europese toezichtstelsel de plaats gekomen de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

Art. 12 Para 3 IMD²²⁰ already requires insurance intermediaries to specify consumers' needs and demands and the underlying reasons for any advice on a given insurance product. This should be done prior to the sale of any specific insurance product. Moreover, intermediaries are also required to inform consumers whether they give advice based on a fair analysis, i.e. an analysis of a sufficiently large number of insurance contracts available on the market.²²¹

CEA stelt vast dat de wijze waarop de distributie van verzekeringen binnen de verschillende EU-landen verloopt erg divers is. Zij bepleit daarom een minimum harmonisatie-regime. Uit Recommendation 33 van het aan de Europese Commissie uitgebrachte advies²²² blijkt dat CEIOPS kiest voor handhaving van de in de Richtlijn verzekeringsbemiddeling neergelegde 'ken-uw-klant'-regel, welke ook zou moeten gaan gelden voor direct writers. In overeenstemming met de bepleite minimum harmonisatie wordt lidstaten ruimte geboden om niet alleen, zoals thans het geval is, met betrekking tot de te verstrekken informatie²²³ maar ook met betrekking tot de in te winnen informatie²²⁴ striktere eisen te stellen: 'All Members can accept the wording of Article 12(3) as currently interpreted by Member States, if it is combined with Article 12(5)²²⁵ which leaves room for the introduction of stricter national requirements (minimum harmonisation). In addition, the Members recommend that Article 12(3) should also apply to direct sales.'

Als de Europese Commissie deze aanbeveling overneemt, behoeven Wft en Bgfo geen aanpassing en blijven de zwaardere verplichtingen van kracht.

220. De Nederlandse tekst hiervan luidt: 'Voorafgaand aan de sluiting van een verzekeringsovereenkomst preciseert de verzekeringstussenpersoon, in het bijzonder rekening houdend met de door de klant verstrekte informatie, ten minste de verlangens en behoeften van deze klant alsmede de elementen waarop zijn advies over een bepaald verzekeringsproduct is gebaseerd. De preciseringen variëren naar gelang van de ingewikkeldheidsgraad van de aangeboden verzekeringsovereenkomst.'

221. CEA, 'Preliminary comments on IMD revision', Position Paper, Brussels: CEA 13 July 2010.

222. CEIOPS, 'Advice to the European Commission on the revision of the Insurance Mediation Directive (2002/92/EC)', CEIOPS CCP-59/10, 10 November 2010.

223. Art. 12 lid 1 Richtlijn verzekeringsbemiddeling.

224. Art. 12 lid 3 Richtlijn verzekeringsbemiddeling.

225. De Nederlandse tekst hiervan luidt: 'De lidstaten mogen strengere bepalingen betreffende de vereisten op het gebied van de in lid 1 bedoelde informatie handhaven of aannemen, indien deze bepalingen in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht.'