

# 115. Uitbesteding aan een gevolmachtigd agent

MR.DR. C.J. DE JONG

Gevolmachtigd agenten zijn belangrijke spelers in de verzekeringsmarkt: in 2016 werd liefst een kwart van de schadeverzekeringspremie gerealiseerd door volmachtbedrijven. Als er al een artikel wordt gepubliceerd waarin aandacht wordt geschonken aan het fenomeen volmacht, staat daarin de gevolmachtigd agent en de voor hem relevante wet- en regelgeving centraal. De volmachtverlenende verzekeraar komt daarin, doorgaans ten onrechte, slechts een bijrol toe.<sup>1</sup> In deze bijdrage richt ik de schijnwerper op de verzekeraar, die enerzijds bevoegdheden verleent en anderzijds werkzaamheden uitbesteedt. De nadruk ligt daarbij op de met deze uitbesteding verband houdende verplichtingen onder het toepasselijke toezichtregime.

## 1. Inleiding

Volmachtverlening is blijkens artikel 3:61 lid 1 BW een eenzijdige rechtshandeling<sup>2</sup>, waarbij de volmachtgever een ander, de gevolmachtigde, de bevoegdheid – niet de verplichting! – geeft om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten. De op volmacht betrekking hebbende privaatrechtelijke regels zijn vastgelegd in Titel 3 Boek 3 BW. De voor gevolmachtigd agenten en hun volmachtgevers toepasselijke publiekrechtelijke (toezicht)regels zijn te vinden in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Nadere uitwerkingen daarvan hebben een plaats gekregen in het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo). Voor zover het gaat om verzekeraars, zijn deze regels gebaseerd op Europese regelgeving – in het bijzonder de Richtlijn Solvabiliteit II en de Verordening Solvabiliteit II –, welke laatste directe werking heeft.

Volgens de Wft-definitie bestaat het optreden als gevolmachtigd agent uit het in de uitoefening van een beroep of bedrijf als gevolmachtigde van een verzekeraar voor diens rekening sluiten van een verzekering met een cliënt. Hierbij zij opgemerkt, dat de gevolmachtigd agent in de meeste gevallen geen rechtstreekse relatie onderhoudt met

cliënten. Het betreft hier cliënten van een bemiddelaar, die in hun opdracht bemiddelt bij het tot stand brengen van een overeenkomst van verzekering. Overigens doet de Wft-definitie geen recht aan de gevolmachtigd agent: de definitie geeft slechts een beperkt beeld van de bevoegdheden, die een verzekeraar verleent aan een gevolmachtigd agent. In feite krijgt een gevolmachtigd agent van zijn volmachtgever de bevoegdheid om, zoals in de Wet Assurantiebemiddeling (WAb) en de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (Wabb) was vastgelegd, als diens gevolmachtigd vertegenwoordiger en voor diens rekening het verzekeringsbedrijf uit te oefenen. Anders dan voorheen onder achtereenvolgens de WAb, de Wabb en de Wfd en tot 1 januari 2012 onder het huidige Wft-regime kunnen enkel juridische entiteiten, doorgaans rechtspersonen, optreden als gevolmachtigd agent. Dit als gevolg van het van kracht worden van het Protocol Volmacht, een voor verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars en alle gevolmachtigd agenten die lid zijn van de Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven (NVGA) bindende *soft law*.

## 2. Verlenen van een volmacht

Volmachtverlening is een noodzakelijke voorwaarde om als vertegenwoordiger van een verzekeraar te kunnen optreden, om namens en voor rekening van deze verzekeraar het verzekeringsbedrijf uit te oefenen en de daaruit voortvloeiende werkzaamheden te verrichten. Een verzekeraar mag ingevolge artikel 4:95 lid 1 Wft pas overgaan tot het verlenen van een volmacht als hij zich ervan heeft vergewist dat de beoogde gevolmachtigd agent niet als zodanig actief is zonder te beschikken over een door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) verleende volmacht om op te treden als gevolmachtigd agent en dat hem geen activiteitenverbod

<sup>1</sup> Daar bezondig ik mij ook aan, zie onder andere C.J. de Jong, 'De gevolmachtigd agent' in: S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans & J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 en C.J. de Jong, *De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke positie van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent, hun rol in het financiële dienstverleningsproces en de voor hen geldende gedragsnormen* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, hfdst. 6 en 7.

<sup>2</sup> Dat de AFM op het aanmeldformulier de bij te sluiten, door de volmachtgever ondertekende, volmacht niettemin 'volmachtovereenkomst' noemt rechtvaardigt derhalve een terechtwijzing.

als bedoeld in artikel 4:4 Wft is opgelegd. Of dat het geval is, kan hij nagaan in het door de AFM ingevolge artikel 1:107 lid 1 Wft gehouden register. Treedt de beoogde gevolmachtigd agent nog niet voor een andere verzekeraar op als gevolmachtigd agent, dan kan de verzekeraar die hem volmacht wil verlenen niet voldoen aan deze vergewisplicht ‘aan de poort’.

Waar ingevolge artikel 3:61 lid 1 BW een volmacht uitdrukkelijk of stilzwijgend wordt verleend, geldt voor de volmachtverlening aan een gevolmachtigd agent een schriftelijkheidsvereiste. Voor de door de Wft verplichte schriftelijke vastlegging van de verleende bevoegdheden moet bovendien gebruik worden gemaakt van een voorgeschreven formulier: de modelvolmacht. De verzekeraar verklaart daarin volmacht te verlenen om in Nederland en met inachtneming van de voor hem geldende statutaire beperkingen in zijn naam verzekeringen te accepteren van risico's – zowel binnen als buiten Nederland. Voorts mag de gevolmachtigd agent krachtens deze volmacht in het algemeen al datgene verrichten wat de uitoefening van het verzekeringsbedrijf in Nederland als vertegenwoordiger van een in Nederland of in het buitenland gevestigde verzekeraar met zich brengt. In dat verband mag hij alle rechten van de verzekeraar die hem volmacht verleent uitoefenen en alle verplichtingen nakomen. Na deze algemene omschrijving van de bevoegdheden van de gevolmachtigd agent bevat de modelvolmacht een lange – maar niettemin niet-limitatieve – opsomming van specifieke bevoegdheden.

In het kader van het door hem namens en voor rekening van zijn volmachtgever(s) uit te oefenen verzekeringsbedrijf verricht een gevolmachtigd agent ook feitelijke handelingen. Daarbij gaat het om werkzaamheden die, als er geen volmacht is verleend, door de verzekeraar zelf zouden (moeten) worden uitgevoerd. Onder het Wft-regime betekent dit dat er sprake is van uitbesteding. Een gevolmachtigd agent heeft derhalve een dubbelrol: enerzijds vertegenwoordigt hij de verzekeraar die hem volmacht verleent en anderzijds is hij uitvoerder van door deze verzekeraar aan hem uitbestede werkzaamheden van feitelijke aard.

## Een verzekeraar is gebonden aan de door zijn gevolmachtigd agent gesloten verzekeringen

Verzekeraar en gevolmachtigd agent leggen hun rechtsverhouding vast in een overeenkomst, waarvan de door de verzekeraar ondertekende modelvolmacht een integrerend onderdeel vormt. Voor het niet-concurrentiële deel van deze overeenkomst wordt doorgaans de Voorbeeld Samenwerkingsovereenkomst Volmacht (VSV) gebruikt, welke is opgesteld door het Verbond van Verzekeraars en de Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven (NVGA). Dit eerste deel van de te sluiten samenwerkingsovereenkomst bevat de algemene bepalingen inzake de verleende volmacht. Het tweede deel bevat de bijzondere,

eenzijdig door de volmachtgever opgestelde, bepalingen. Een belangrijk onderdeel daarvan wordt gevormd door de richtlijnen en limieten, waarmee de reikwijdte van de volmacht wordt beperkt.

De door een gevolmachtigd agent binnen de grenzen van zijn bevoegdheid gesloten overeenkomsten van verzekering treffen overeenkomstig artikel 3:66 lid 1 BW in hun gevolgen de volmachtgever: er komt een verzekeringsovereenkomst tot stand tussen de volmachtgever en de verzekeringnemer. Dit heeft tot gevolg dat de verzekeraar gebonden is aan de door zijn gevolmachtigd agent gesloten verzekeringen. Eventuele beperkingen in de volmacht kunnen ingevolge artikel 4:79 lid 4 Wft niet aan derden worden tegengeworpen. Zij hebben enkel interne werking. Dit impliceert dat de verzekeraar zich tegenover de verzekerde niet kan beroepen op het feit dat zijn gevolmachtigd agent zich niet heeft gehouden aan gegeven richtlijnen en/of limieten. Vergeleken met de derdenbescherming van artikel 3:61 lid 3 BW, dat derden enkel bescherming biedt tegen ongebruikelijke, niet te verwachten beperkingen in een volgens de wet of gebruik openbaar gemaakte volmacht, is er dus sprake van een verdergaande derdenbescherming.

### 2.1. Verplichtingen volmachtgever

Voor een verzekeraar vloeien uit het feit dat hij volmacht verleent en een samenwerking aangaat met een gevolmachtigd agent verplichtingen voort. Voor een niet onbelangrijk deel gaat het daarbij om in de Wft respectievelijk het Bpr vastgelegde verplichtingen die verband houden met de uitbesteding van werkzaamheden aan de gevolmachtigd agent. Naast deze publiekrechtelijke, in de toezichtwetgeving vastgelegde verplichtingen, die een verzekeraar bij niet-nakoming blootstellen aan handhavingsmaatregelen van De Nederlandsche Bank (DNB) en in bepaalde gevallen van de AFM, heeft hij ook verplichtingen die hun oorsprong vinden in het privaatrecht. Dat zijn de verplichtingen waartoe hij zich heeft verbonden in de met een gevolmachtigd agent gesloten samenwerkingsovereenkomst, die deels het karakter heeft van de verplichte uitbestedingsovereenkomst. Daarnaast gelden er voor de als volmachtgever optredende verzekeraar verplichtingen ingevolge het Protocol Volmacht. Bovendien kan een verzekeraar gehouden zijn om de door een derde geleden schade te vergoeden, die is veroorzaakt door een fout van een als uitvoerder van aan hem uitbestede werkzaamheden handelende gevolmachtigd agent respectievelijk een fout van een als zijn vertegenwoordiger handelende gevolmachtigd agent. Dit op grond van artikel 6:171 BW respectievelijk artikel 6:172 BW.

Ik beperk mij tot de voor de verzekeraar relevante publiekrechtelijke verplichtingen, die verband houden met de volmachtverlening en laat de hiervoor genoemde privaatrechtelijke aspecten buiten beschouwing.

### 3. Uitbesteding

Volmachtverlening is een vorm van uitbesteding. De Wft verstaat onder uitbesteden het door een financiële onder-

neming verlenen van een opdracht aan een derde<sup>3</sup> tot het ten behoeve van die financiële onderneming verrichten van werkzaamheden:

- a. die deel uitmaken van of voortvloeien uit het uitoefenen van haar bedrijf of het verlenen van financiële diensten; of
- b. die deel uitmaken van de wezenlijke bedrijfsprocessen ter ondersteuning daarvan.

Zoals uit het gebruik van ‘wezenlijk’ kan worden opgemaakt is niet elk bedrijfsproces van belang voor het toezicht. Voor de onder a. genoemde werkzaamheden geldt daarom een de reikwijdte van de uitbestedingsregels beperkende ‘materialiteitsdrempel’, die onder b. is geformuleerd. In de in artikel 13 lid 28 Richtlijn Solvabiliteit II<sup>4</sup> gegeven definitie van uitbesteding ontbreekt deze beperking. Anders dan in de Wft-definitie heeft deze niet op alle financiële ondernemingen, waaronder alle verzekeraars, betrekking, maar enkel op schade- en levensverzekeraars (en herverzekeraars) – echter niet op natura-uitvaartverzekeraars en andere verzekeraars met beperkte risico-omvang, want deze vallen buiten het toepassingsgebied van Solvency II. De richtlijn verstaat onder uitbesteding: ‘een overeenkomst van om het even welke vorm tussen een verzekerings- of herverzekeringsonderneming en een al dan niet onder toezicht staande dienstverlener op grond waarvan deze dienstverlener hetzij rechtstreeks hetzij door middel van onderuitbesteding<sup>5</sup> een proces, een dienst of een activiteit uitvoert die anders door de verzekerings- of herverzekeringsonderneming zelf zou worden uitgevoerd.’

Aan het uitbesteden van werkzaamheden zijn voor de financiële onderneming risico’s verbonden die adequaat moeten worden beheerst. Tevens dient te worden voorkomen dat door de uitbesteding het toezicht wordt bemoeilijkt.<sup>6</sup> Uitbesteding van werkzaamheden kan niet alleen de soliditeit van een verzekeraar beïnvloeden, maar ook uit oogpunt van consumentenbescherming bezwaren oproepen. Vandaar, dat zowel het Wft-deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen (Deel 3) als het Wft-deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen (Deel 4) voor verzekeraars een aan uitbesteding gewijde bepaling bevat.

### Verzekeraars zijn, binnen de gestelde kaders, vrij om werkzaamheden uit te besteden

Indien een verzekeraar met zetel in Nederland overgaat tot volmachtverlening en derhalve tot het uitbesteden

<sup>3</sup> Met een derde wordt uitdrukkelijk niet een bemiddelaar bedoeld.

<sup>4</sup> Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (herschikking), PbEU 2009 L335.

<sup>5</sup> Voorbeelden van onderuitbesteding door een gevolmachtigd agent zijn het uitbesteden van het premie-incasso aan met hen samenwerkende bemiddelaars en het uitbesteden van werkzaamheden op het gebied van schadebehandeling.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29708, 10, p. 245

van werkzaamheden aan een gevolmachtigd agent, is hij verplicht om er zorg voor te dragen dat deze gevolmachtigd agent de met betrekking tot die werkzaamheden op hem, verzekeraar, van toepassing zijnde prudentiële - en gedragsregels naleeft. Deze verplichting geldt ingevolge artikel 3:18 lid 1 Wft voor de betreffende regels in Deel 3 Wft, waarbij de verzekeraar het enige aanspreekpunt is van DNB. Deze toezichthouder houdt toezicht op de naleving van de regels inzake algemene aspecten en integriteitsaspecten van de bedrijfsvoering en de soliditeit van verzekeraars. Voor wat betreft de toepasselijke regels in Deel 4 Wft geldt deze verplichting ingevolge artikel 4:16 lid 1 Wft. Hier treedt de AFM op als toezichthouder. Bij uitbesteding aan een gevolmachtigd agent houdt zij in het bijzonder in het oog of de zorgvuldige behandeling van cliënten daar niet onder lijdt.

#### 3.1. Uitbestedingsverbod

Als uitgangspunt geldt dat financiële ondernemingen, waaronder verzekeraars, binnen de gestelde kaders vrij zijn om werkzaamheden uit te besteden. Deze kaders zijn te vinden in de Wft, het Bpr en het BGfo. Artikel 3:18 lid 2 Wft en artikel 4:16 lid 2 Wft bevatten beide een verbod op het uitbesteden van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen werkzaamheden. Voor zover het gaat om gedragsregels is dit nader geregeld in artikel 37 BGfo. Hierin is bepaald dat er een uitbestedingsverbod geldt indien de uitbesteding een belemmering vormt voor een adequaat toezicht op de naleving van Deel 4 Wft. Een bepaling van op het eerste oog gelijke strekking is te vinden in artikel 27 lid 1 Bpr. Op grond hiervan geldt een uitbestedingsverbod indien de uitbesteding een belemmering *kan vormen* [cursivering CJJ] voor een adequaat toezicht op de naleving van het bij of krachtens Deel 3 Wft. DNB moet met het oog op de belangen die Deel 3 Wft beoogt te beschermen adequaat toezicht kunnen houden op de werkzaamheden en bedrijfsprocessen van verzekeraars, óók als deze zijn uitbesteed. Voorts mag uitbesteding er onder geen enkel beding toe leiden dat het toezicht door de AFM wordt bemoeilijkt of dat verzekeraars de voor hen geldende gedragsregels in Deel 4 Wft ontduiken.

Het is de discretionaire bevoegdheid van DNB om vast te stellen of het uitbesteden van bepaalde werkzaamheden daadwerkelijk een belemmering kan vormen voor een adequaat prudentieel toezicht en van de AFM om vast te stellen of de uitbesteding het gedragstoezicht belemmert.

#### 3.2. Hoofdstuk 5 Bpr

De voor financiële ondernemingen, waaronder verzekeraars, relevante bepalingen ter uitvoering van artikel 3:18 lid 2 Wft zijn vastgelegd in hoofdstuk 5 Bpr. De wettelijke grondslag hiervoor wordt gevormd door artikel 3:18 lid 3 Wft, een delegatiebepaling op grond waarvan in het Bpr regels worden gesteld met betrekking tot uitbesteding, de beheersing van daarmee gepaard gaande risico’s en de inhoud van de uitbestedingsovereenkomst. Als gevolg van het van kracht worden van de voor verzekeraars geldende Richtlijn Solvabiliteit II en de daarin met

betrekking tot uitbesteding opgenomen bepalingen<sup>7</sup>, bevat hoofdstuk 5 Bpr thans drie soorten bepalingen: (1) bepalingen die voor alle verzekeraars gelden, (2) bepalingen voor richtlijnverzekeraars,<sup>8</sup> en (3) bepalingen voor verzekeraars met beperkte risico-omvang.

### 3.2.1. Alle verzekeraars

Ingevolge artikel 27 lid 1 Bpr mag een verzekeraar, zoals hiervoor reeds besproken, niet overgaan tot het uitbesteden van werkzaamheden, indien die uitbesteding een belemmering kan vormen voor een adequaat toezicht op de naleving van het bij of krachtens Deel 3 Wft bepaalde. Dit geldt voor alle verzekeraars, dus zowel voor richtlijnverzekeraars als voor verzekeraars met een beperkte risico-omvang.

### 3.2.2. Richtlijnverzekeraars

Artikel 27d Bpr bepaalt dat een verzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, moet voldoen aan artikel 49 Richtlijn Solvabiliteit II. Daarbij moet het bepaalde in titel 1, hoofdstuk IX, afdeling 4 – wat neerkomt op artikel 274 – van de Verordening Solvabiliteit II<sup>9</sup> in acht worden genomen. Artikel 27e Bpr bevat een gelijkstellingsbepaling op grond waarvan artikel 27d Bpr ook geldt voor schade- en levensverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is en voor herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat.

#### 3.2.2.1. Richtlijn Solvabiliteit II

In Overweging 37 van Richtlijn Solvabiliteit II worden enkele uitgangspunten voor het toezicht op uitbesteding genoemd:

- a. het is van essentieel belang dat de toezichthouder toegang heeft tot alle relevante gegevens in het bezit van de uitvoerder van de uitbestede werkzaamheden;
- b. de verzekeraar moet het recht hebben om ter plaatse controles te verrichten; en
- c. teneinde met marktontwikkelingen rekening te houden en ervoor te zorgen dat de uitbestedingsvoorwaarden steeds worden nageleefd, moet de toezichthouder vooraf van de uitbesteding van kritieke of belangrijke functies of activiteiten in kennis te worden gesteld.

Waar verzekeraars ingevolge artikel 49 lid 1 Richtlijn Solvabiliteit II bij uitbesteding, en derhalve ook bij volmacht-

verlening, volledig verantwoordelijk blijven voor de nakoming van al hun verplichtingen uit hoofde van de richtlijn is niet nieuw. Vóór 1 januari 2016, de datum waarop de wetswijziging als gevolg van de implementatie van Richtlijn Solvabiliteit II in werking trad, gold dit ook al. Het tweede lid brengt voor richtlijnverzekeraars een uitbreiding met zich van het in artikel 27 lid 1 Bpr bepaalde, want het daarin opgenomen uitbestedingsverbod geldt nu ook indien afbreuk wordt gedaan aan het governancestelsel van de verzekeraar, het operationele risico onnodig toeneemt of de continuïteit en toereikendheid van de dienstverlening aan verzekeringnemers wordt ondermijnd. Het derde lid bepaalt dat verzekeraars vóór de uitbesteding van kritieke of belangrijke functies of werkzaamheden de toezichthouder daarvan én van latere wezenlijke ontwikkelingen met betrekking tot deze functies of werkzaamheden tijdig in kennis moeten stellen.

## Bij volmachtverlening blijven verzekeraars volledig verantwoordelijk voor de nakoming van al hun verplichtingen uit hoofde van Richtlijn Solvabiliteit II

#### 3.2.2.2. Verordening Solvabiliteit II

Blijkens Overweging 101 van de verordening is het voor een doeltreffende wijze van uitbesteding, die geen afbreuk doet aan de verplichtingen waaraan verzekeraars krachtens de Richtlijn Solvabiliteit II moeten voldoen, noodzakelijk dat voorschriften worden vastgesteld voor de wijze waarop de uitvoerder van de uitbestede werkzaamheden (de gevolmachtigd agent) moet worden gekozen, voor de schriftelijke overeenkomst die moet worden gesloten, en voor de voortdurende controle die de betrokken verzekeraar op de uitvoerder moet uitoefenen. Een en ander is vastgelegd in artikel 274 Verordening Solvabiliteit II. Het eerste lid bepaalt dat een verzekeraar die overgaat tot uitbesteding of het voornemen daartoe heeft schriftelijk een uitbestedingsbeleid moet vastleggen waarin rekening wordt gehouden met het effect van uitbesteding op zijn bedrijfsvoering en met de bij uitbesteding te treffen rapportage- en controle-regelingen. De verzekeraar moet er zorg voor dragen dat de voorwaarden van de uitbestedingsovereenkomst in overeenstemming zijn met zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 49 Richtlijn Solvabiliteit II. Indien verzekeraar en uitvoerder van de uitbestede werkzaamheden tot dezelfde groep behoren, moet daarbij – indien het gaat om de uitbesteding van kritieke of belangrijke operationele werkzaamheden, wat bij volmachtverlening het geval is – ingevolge het tweede lid rekening worden gehouden met de mate waarin de verzekeraar zeggenschap heeft over de gevolmachtigd agent of invloed kan uitoefenen op diens handelen.

Als een verzekeraar kritieke of belangrijke operationele werkzaamheden uitbesteedt dan moet hij ingevolge het vijfde lid voldoen aan een aantal vereisten. Hij moet er

<sup>7</sup> Waar de bepalingen van een richtlijn normaliter worden omgezet in eigen regels, is implementatie van artikel 49 Richtlijn Solvabiliteit II geschied door middel van een vantoepassingverklaring.

<sup>8</sup> Blijkens de Wft-definitie zijn dit verzekeraars die ingevolge artikel 4, 7 of 10 Richtlijn Solvabiliteit II zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van deze richtlijn, mits zij geen gebruik hebben gemaakt van de in artikel 4 lid 5 van de richtlijn geboden mogelijkheid om een vergunning aan te vragen of te behouden. In concreto betreft dit schade- en levensverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met een beperkte risico-omvang, en herverzekeraars.

<sup>9</sup> Gedelegeerde verordening (EU) nr. 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PbEU 2015 L12).

zorg voor dragen dat de relevante aspecten van het risicomangement- en internecontrolesysteem van de gevolmachtigd agent adequaat genoeg zijn om de naleving van artikel 49 lid 2 onderdeel a en b Richtlijn Solvabiliteit II te waarborgen en in zijn risicomangement- en internecontrolesysteem moet hij afdoende rekening houden met de uitbestede werkzaamheden om de naleving hiervan waarborgen. Ook moet hij verifiëren of de gevolmachtigd agent over de vereiste financiële draagkracht beschikt om zijn taken op behoorlijke en betrouwbare wijze te vervullen, en of al diens bij de uitvoering van de uitbestede werkzaamheden betrokken medewerkers voldoende gekwalificeerd en betrouwbaar zijn. Voorts dient de verzekeraar er zorg voor te dragen dat de gevolmachtigd agent over adequate noodplannen beschikt om met noodsituaties of bedrijfsomderbrekingen om te gaan, en dat deze zijn back-upvoorzieningen periodiek test.

### Verordening Solvabiliteit II bevat gedetailleerde verplichtingen betreffende de keuze van een gevolmachtigd agent en de met deze te sluiten uitbestedingsovereenkomst

De op de volmachtverlenende verzekeraar rustende verplichtingen met betrekking tot de keuze van een gevolmachtigd agent en de met deze te sluiten uitbestedingsovereenkomst zijn neergelegd in het derde respectievelijk vierde lid van artikel 274 Verordening Solvabiliteit II (zie kader). Deze verplichtingen zijn zo gedetailleerd dat een nadere toelichting, mede met het oog op de mij voor deze bijdrage toegemeten ruimte, achterwege kan blijven.

#### 3.2.2. Verzekeraars met beperkte risico-omvang

Voor verzekeraars met beperkte risico-omvang bleven na de implementatie van Richtlijn Solvabiliteit II de bestaande Bpr-regels van kracht.

Artikel 27 lid 2 Bpr bevat naast het voor alle verzekeraars geldende uitbestedingsverbod nóg een verbod: de taken en werkzaamheden van dagelijksbeleidsbepalers, waaronder mede wordt verstaan het vaststellen van het beleid en het afleggen van verantwoording over het gevoerde beleid, mogen niet worden uitbesteed. Ingevolge artikel 28 Bpr geldt voor deze verzekeraars bovendien het verbod om werkzaamheden uit te besteden indien dat afbreuk doet aan de kwaliteit van haar onafhankelijke interne toetsing als bedoeld in artikel 17 lid 4 Bpr. Dit houdt in dat de effectiviteit van de organisatie-inrichting en van de procedures en maatregelen ten minste jaarlijks op onafhankelijke wijze, dat wil zeggen onafhankelijk van het lijnmanagement en los van de controlemaatregelen die in de diverse bedrijfsprocessen zijn geïntegreerd, intern moet worden getoetst. Het ligt voor de hand dat deze toetsing wordt uitgevoerd door de interne auditfunctie van de verzekeraar. Onafhankelijke interne toetsing is een continu proces, waarbij reke-

ning wordt gehouden met veranderende interne en externe omstandigheden, nieuwe producten, diensten en ondersteunende processen. De organisatie-inrichting en de procedures en maatregelen moeten door de verzekeraar zodanig worden bijgesteld dat de gesignaleerde tekortkomingen en gebreken worden opgeheven.<sup>10</sup>

Artikel 29 Bpr verlangt van verzekeraars met beperkte risico-omvang dat zij een adequaat beleid voeren en beschikken over procedures en maatregelen met betrekking tot het op structurele basis uitbesteden van werkzaamheden. Het voeren van een adequaat beleid houdt onder meer in dat de verzekeraar de invloed van uitbesteding op de beheerste uitoefening van het bedrijf moet onderkennen en procedures en maatregelen moet beschrijven waartoe moet worden overgegaan bij tekortschietende dienstverlening door de gevolmachtigd agent en bij calamiteiten. Het is van belang dat een verzekeraar die volmachten verleent de daarmee samenhangende operationele risico's niet alleen in kaart brengt, maar ook analyseert.

'Het doel van de analyse is om inzicht te krijgen in de risico's die de financiële onderneming loopt en om vast te stellen of deze in overeenstemming zijn met de strategieën en beleidsuitgangspunten. De risicoanalyse is gericht op alle bedrijfsprocessen, waarmee zij zich uitstrekt tot alle producten, diensten en ondersteunende processen van de financiële onderneming en dient te worden uitgevoerd in zowel kwalitatieve als, voor zover mogelijk, kwantitatieve zin. (...) Risicoanalyse is een continu proces, waarbij rekening wordt gehouden met veranderende interne en externe omstandigheden, nieuwe producten, diensten en ondersteunende processen en toekomstplannen.'<sup>11</sup>

Volmachtverlenende verzekeraars moeten regelmatig controleren of de wijze waarop de aan hun gevolmachtigd agenten uitbestede werkzaamheden worden uitgevoerd nog in overeenstemming is met de gemaakte afspraken. Met het oog daarop bevat de met deze gevolmachtigd agenten gesloten samenwerkingsovereenkomst een aantal bepalingen die de verzekeraar het recht geven om de door de gevolmachtigd agent uitgevoerde werkzaamheden te (laten) controleren. Ingevolge artikel 30 Bpr moet een verzekeraar met beperkte risico-omvang beschikken over toereikende procedures, maatregelen, deskundigheid en informatie om de uitvoering van de uitbestede werkzaamheden te kunnen beoordelen.

#### 3.2.2.1. Uitbestedingsovereenkomst

Verzekeraars met beperkte risico-omvang zijn op grond van artikel 31 lid 1 Bpr gehouden om de uitbesteding van werkzaamheden aan een gevolmachtigd agent schriftelijk vast te leggen. Wat in deze overeenkomst in ieder geval moet worden geregeld is vastgelegd in artikel 31 lid 2 Bpr, namelijk:

- a. de onderlinge informatie-uitwisseling, met inbegrip van afspraken over het beschikbaar stellen van informatie waarom

<sup>10</sup> Stb. 2006, 519, p. 111.

<sup>11</sup> Stb. 2006, 519, p. 114.



- de toezichthouders ter uitvoering van hun wettelijke taak verzoeken;
- b. de mogelijkheid voor de verzekeraar om te allen tijde wijzigingen aan te brengen in de wijze waarop de gevolmachtigd agent de werkzaamheden uitvoert;
  - c. de verplichting voor de gevolmachtigd agent om de verzekeraar in staat te stellen blijvend te voldoen aan het bij of krachtens de Wft bepaalde;
  - d. de mogelijkheid voor DNB om onderzoek ter plaatse te (laten) doen bij de gevolmachtigd agent; en
  - e. de wijze waarop de overeenkomst wordt beëindigd en de wijze waarop wordt gewaarborgd dat de verzekeraar de werkzaamheden na beëindiging van de overeenkomst weer zelf kan uitvoeren of door een andere derde kan laten uitvoeren.

Indien de algemene bepalingen van de door een verzekeraar met een gevolmachtigd agent gesloten samenwerkingsovereenkomst overeenkomen met die van de VSV, voldoet deze overeenkomst aan de gestelde eisen. Van de mogelijkheid om ter plaatse te (laten) onderzoeken of de gevolmachtigd agent voldoet aan het bij of krachtens de Wft bepaalde, mag DNB ingevolge artikel 31 lid 3 Bpr slechts gebruik maken als dit niet op andere wijze kan worden vastgesteld.

#### 4. Handhavingsmaatregelen

Indien een verzekeraar zich niet houdt aan de voor hem toepasselijke verplichting om ervoor te zorgen dat de gevolmachtigd agent de ingevolge Deel 3 Wft en Deel 4 Wft voor verzekeraars geldende regels naleeft, kan DNB respectievelijk de AFM overgaan tot het nemen van een handhavingsmaatregel. In veel gevallen blijft het bij een normoverdragend gesprek of waarschuwing, waarvoor de Wft geen wettelijke grondslag biedt. Beide toezichthouders hebben ook in de Wft geregelde handhavingsinstrumenten tot hun beschikking. Zij kunnen deze gebruiken als een volmachtverlenende verzekeraar niet voldoet aan een voor hem als uitbesteder geldende Wft-, BGfo- of Bpr-regel. Dat is op de eerste plaats het geven van een aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75 lid 1 Wft. Hiermee verplicht de toezichthouder de verzekeraar binnen de door de toezichthouder gestelde redelijke termijn een bepaalde gedragslijn te volgen. Artikel 1:79 lid 1 Wft biedt beide toezichthouders de mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen en op grond van artikel 1:80 lid 1 Wft kunnen zij een bestuurlijke boete opleggen.

Ingevolge artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector resulteert overtreding van artikel 3:18 lid 1 en 2 Wft en artikel 4:16 lid 1 Wft in een boete volgens boetecategorie 2. Het basisbedrag van de op te leggen boete is € 500.000 en het maximum bedraagt € 1 miljoen. Overtredingen van artikel 27 Bpr, artikel 27d Bpr, artikel 27e Bpr, artikel 28 Bpr, artikel 29 Bpr, artikel 30 Bpr en artikel 31 lid 2 Bpr zijn eveneens beboetbaar volgens boetecategorie 2. Wordt niet voldaan aan de in artikel 31 lid 1 Bpr gestelde eis dat de uitbestedingsovereenkomst schriftelijk wordt vastgelegd, dan is boetecategorie 1 van toepassing. Dan zijn het basis-

bedrag en het maximumbedrag gelijk (€ 10.000). Voor een overtreding van artikel 37 BGfo geldt boetecategorie 3 met een basisbedrag van € 2,5 miljoen en een maximum van € 5 miljoen.

#### 5. Aanwijzingen voor de praktijk

De voor volmachtverlenende verzekeraars geldende uitbestedingsregels zijn door Richtlijn Solvabiliteit II aangescherpt. Het is nog maar de vraag of zij daar in alle opzichten (al) aan voldoen. Het verdient daarom aanbeveling om het door hen vastgestelde uitbestedingsbeleid, waarvan het volmachtbeleid en de wijze waarop wordt vastgesteld of aan een beoogd gevolmachtigd agent daadwerkelijk volmacht kan worden verleend een onderdeel is, aan een kritische blik te onderwerpen en, zo nodig, alsnog in overeenstemming te brengen met de sinds 1 januari 2016 geldende eisen. Eenzelfde kritische blik verdient ook de samenwerkingsovereenkomst, waarmee verzekeraars invulling geven aan de verplichting om in een met gevolmachtigd agenten te sluiten uitbestedingsovereenkomst de in artikel 274 lid 4 Verordening Solvabiliteit II genoemde punten vast te leggen.

##### *Artikel 274, lid 3 Verordening Solvabiliteit II*

*Bij de keuze van de in lid 1 bedoelde dienstverlener voor kritieke of belangrijke operationele functies of werkzaamheden, zorgt het bestuurlijk, beleidsbepalend of toezichthoudend orgaan voor het volgende:*

- a. *er wordt diepgaand onderzoek verricht om te waarborgen dat de potentiële dienstverlener over de bekwaamheid, de capaciteit en elke bij wet vereiste vergunning beschikt om de vereiste functies of werkzaamheden op bevredigende wijze uit te voeren, rekening houdend met de doelstellingen en behoeften van de onderneming;*
- b. *de dienstverlener heeft al het nodige gedaan om te voorkomen dat daadwerkelijke of potentiële belangenconflicten de behoeften van de uitbestedende onderneming doorkruisen;*
- c. *tussen de verzekerings- of herverzekeringsonderneming en de dienstverlener wordt een schriftelijke overeenkomst gesloten waarin de respectieve rechten en plichten van de onderneming en de dienstverlener duidelijk omschreven zijn;*
- d. *de algemene voorwaarden van de uitbestedingsovereenkomst worden duidelijk uitgelegd aan het bestuurlijk, beleidsbepalend of toezichthoudend orgaan van de onderneming, dat ermee instemt;*
- e. *de uitbesteding heeft geen inbreuk op enigerlei wet, en met name de regelgeving inzake gegevensbescherming;*
- f. *de dienstverlener is aan dezelfde voorschriften inzake de veiligheid en de vertrouwelijkheid van informatie betreffende de verzekerings- of herverzekeringsonderneming of de verzekeringsnemers of begunstigden daarvan onderworpen als die welke voor de verzekerings- of herverzekeringsonderneming gelden.*

*Artikel 274, lid 4 Verordening Solvabiliteit II*

*In de tussen de verzekerings- of herverzekeringsonderneming en de dienstverlener te sluiten schriftelijke overeenkomst als bedoeld in lid 3, onder c), worden met name alle volgende punten duidelijk vermeld:*

- a. de taken en verantwoordelijkheden van beide betrokken partijen;
- b. de toezegging van de dienstverlener dat hij zich zal houden aan alle toepasselijke wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften en richtsnoeren, alsook aan door de verzekerings- of herverzekeringsonderneming goedgekeurde gedragslijnen, en dat hij met betrekking tot de uitbestede functie of werkzaamheid met de toezichhoudende autoriteit van de onderneming zal samenwerken;
- c. de verplichting van de dienstverlener om kennis te geven van elke ontwikkeling die van wezenlijke invloed kan zijn op zijn vermogen om de uitbestede functies en werkzaamheden efficiënt en met inachtneming van de toepasselijke wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften uit te voeren;
- d. een opzegtermijn voor de beëindiging van het contract door de dienstverlener welke lang genoeg is om de verzekerings- of herverzekeringsonderneming in staat te stellen een alternatieve oplossing te vinden;
- e. dat de verzekerings- of herverzekeringsonderneming de uitbestedingsovereenkomst indien nodig kan beëindigen zonder dat dit nadelige gevolgen heeft voor de continuïteit en de kwaliteit van haar dienstverlening aan verzekeringnemers;
- f. dat de verzekerings- of herverzekeringsonderneming zich het recht voorbehoudt te worden geïnformeerd over de uitbestede functies en werkzaamheden en over de uitvoering ervan door de dienstverlener, alsook het recht om de dienstverlener algemene richtsnoeren of individuele instructies te geven ten aanzien van datgene waarmee bij de uitvoering van de uitbestede functies of werkzaamheden rekening moet worden gehouden;
- g. dat de dienstverlener alle vertrouwelijke informatie over de verzekerings- of herverzekeringsonderneming en haar verzekeringsnemers, begunstigen, werknemers, contractpartijen en alle andere personen moet beschermen;
- h. dat de verzekerings- of herverzekeringsonderneming, haar externe auditor en de toezichhoudende autoriteit effectief toegang moeten hebben tot alle informatie over uitbestede functies en werkzaamheden, alsook tot de bedrijfsruimten van de dienstverlener om er controles ter plaatse te verrichten;
- i. dat de toezichhoudende autoriteit, wanneer zulks voor toezichtdoeleinden passend en noodzakelijk is, rechtstreeks aan de dienstverlener vragen kan stellen, waarop de dienstverlener moet antwoorden;
- j. dat de verzekerings- of herverzekeringsonderneming informatie over de uitbestede werkzaamheden mag inwinnen en instructies mag geven met betrekking tot de uitbestede functies en werkzaamheden;
- k. de voorwaarden waaronder de dienstverlener eventueel enigerlei uitbestede functies en werkzaamheden verder mag uitbesteden;
- l. dat de plichten en verantwoordelijkheden die uit hoofde van deze overeenkomst met de verzekerings- of herverzekeringsonderneming op de dienstverlener rusten, onverlet worden gelaten door een eventuele verdere uitbesteding in overeenstemming met punt k).

**Over de auteur**

**Mr. dr. C.J. de Jong**

Mr. dr. C.J. de Jong is werkzaam als onafhankelijk consultant en als onderzoeker verbonden aan het Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS). Hij is tevens redacteur van dit tijdschrift.