

De beloning voor verzekeringsadvies en -bemiddeling

mr. dr. C.J. de Jong*

In dit artikel behandel ik de op grond van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2012¹ voor een verzekeringstussenpersoon² geldende beloningsregels en het provisieverbod dat, als alles volgens plan verloopt, per 1 januari 2013 zal worden ingevoerd. Voor het provisieverbod en de overige in te voeren beloningsregels neem ik als uitgangspunt het ontwerpbesluit³ Wijzigingsbesluit financiële markten 2013⁴, waarvan de op 14 april 2012 gestarte consultatie inmiddels is afgerond.

1. Inleiding

De overeenkomst van opdracht⁵ vormt de grondslag van de privaatrechtelijke verhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en zijn cliënt. Een verzekeringstussenpersoon is derhalve een opdrachtnemer. Bij de uitvoering van de hem opgedragen werkzaamheden moet hij de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen⁶ en zijn cliënt, de opdrachtgever, is hem ingevolge art. 7:405 lid 1 BW loon verschuldigd. De in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft)⁷ en de daaruit voortvloeiende nadere regelgeving vastgelegde beloningsregels dienen een ander doel. De BW-bepaling ziet op het belang van de opdrachtnemer, in casu de verzekeringstussenpersoon, terwijl de Wft- en BGfo-beloningsregels op consumentenbescherming gerichte gedragsnormen zijn. In geval van overtreding van een publiekrechtelijke gedragsnorm kan de Autoriteit Financiële markten (AFM) overgaan tot het geven van een aanwijzing of het treffen van een andere handhavingsmaatregel. Een gegeven aanwijzing heeft geen privaatrechtelijke werking: overtreding van de beloningsregels leidt niet tot aantasting van de overeenkomst van opdracht.⁸

Volgens de definitie in art. 1:1 Wft is provisie de beloning of vergoeding, in welke vorm dan ook, voor het bemiddelen of adviseren ter zake van een financieel product of het verlenen van een beleggingsdienst of nevendienst. Provisie wordt hier als containerbegrip gebruikt: naast geldelijke vergoedingen worden ook niet geldelijke vergoedingen zoals opleiding of software als provisie aangemerkt⁹ en bovendien kan het gaan om provisie in de oorspronkelijke betekenis¹⁰ of om een vorm van directe beloning. In de oorspronkelijke betekenis is provisie een beloning die wordt betaald door de verzekeraar en via premiebetaling aan de verzekeraar uiteindelijk voor rekening komt van de verzekeringnemer. Het is een in (een bijlage bij) de door de verzekeringstussenpersoon met de verzekeraar gesloten samenwerkingsovereenkomst vastgelegde transactieafhankelijke en volumegereleerde beloning.¹¹ Dit houdt in dat een verzekeraar geen provisie betaalt als enkel wordt geadviseerd of als de bemiddelingsactiviteiten zonder resultaat blijven. Een op provisiebasis werkende verzekeringstussenpersoon kan uitsluitend aanspraak op beloning maken als zijn bemiddelingsactiviteiten resulteren in het tot stand komen van een overeenkomst van verzekering. De verzekeraar betaalt hem dan afsluitpro-

visie¹² en vervolgens geniet de verzekeringstussenpersoon jaarlijks, zolang de verzekering van kracht blijft, doorlopende provisie.¹³ De hoogte van de te betalen respectievelijk te

* Cees de Jong is onafhankelijk consultant en onderzoeker bij het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS).

1. Besluit van 27 oktober 2011, houdende wijziging van het Besluit bekostiging financieel toezicht, het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, het Besluit definitiebepalingen Wft, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, het Besluit melding zeggenschap en kapitaalbelang in uitgevende instellingen Wft, het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit toezicht financiële verslaggeving, *Stb.* 2011, 515.
2. Met deze in de Richtlijn verzekeringsbemiddeling (Richtlijn 77/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling (*PbEG* 2002, L 9)) gedefinieerde benaming heb ik de in de Wft als 'bemiddelaar' aangeduide financiële dienstverlener op het oog.
3. De verwachting is dat de definitieve tekst medio augustus 2012 beschikbaar komt. De officiële publicatiedatum van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 is voorzien op 1 november 2012.
4. Dit Wijzigingsbesluit wordt ook wel BGfo 3 genoemd.
5. Art. 7:400 BW.
6. Art. 7:401 BW.
7. Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop, *Stb.* 2006, 475.
8. Art. 1:75 lid 3 Wft.
9. *Stb.* 2008, 546, p. 22.
10. 'De term provisie in de Wet Assurantiebemiddeling is gebezigd in de zin van het gewone spraakgebruik en kan uitsluitend betrekking hebben op een percentsgewijze beloning' (CBB 17 april 1959, *SEW* 1959, p. 294, m.nt. J.M. Polak).
11. Verzekeringstussenpersonen werden aanvankelijk beschouwd als handelsagenten, voor wie deze 'no cure no pay'-beloning gebruikelijk is. Voor een uitvoerige behandeling, zie: 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, p. 107-109.
12. De door een verzekeraar ter gelegenheid van de totstandkoming van de overeenkomst van verzekering aan een verzekeringstussenpersoon te betalen beloning voor diens bemiddelings- en adviesactiviteiten.
13. De door een verzekeraar aan een verzekeringstussenpersoon te betalen beloning voor diens bemiddelingsactiviteiten, waaronder te verstaan het beheren van de overeenkomst van verzekering en het assisteren bij de uitvoering

ontvangen provisie houdt verband met de hoogte van de premie of van het verzekerde bedrag. Van directe beloning is sprake wanneer de verzekeringstussenpersoon rechtstreeks wordt beloond door zijn cliënt, wiens opdrachtnemer hij is. Anders dan bij het provisiesysteem wordt de beloning niet uitgedrukt in een percentage van de premie of van het verzekerde kapitaal. Het gaat om een beloning in de vorm van een aan de verrichte of te verrichten werkzaamheden gerelateerde vergoeding. Bijvoorbeeld op basis van een uurtarief, waarbij het aantal door de verzekeringstussenpersoon aan het uitvoeren van de opdracht bestede uren bepalend is voor het bij de cliënt in rekening te brengen bedrag. Een andere mogelijkheid is, dat met de cliënt een verrichtingentarief wordt afgesproken. In dat geval wordt de opdracht als het ware opgedeeld in deelopdrachten en van elk van deze deelopdrachten wordt vooraf bepaald welk bedrag de verzekeringstussenpersoon voor het uitvoeren daarvan in rekening kan brengen. Voor de door een verzekeringstussenpersoon te verlenen nazorg kan de beloning ook bestaan uit een periodiek te betalen bedrag voor op abonnementsbasis te verrichten werkzaamheden.

Strikt genomen houdt een provisieverbod dus in dat voor verzekeringsbemiddeling¹⁴ en verzekeringsadvies geen enkele beloning of vergoeding mag worden verstrekt – niet door de verzekeraar en ook niet door de cliënt. Dat is niet de bedoeling en bovendien nodeloos verwarrend.¹⁵ Het provisieverbod ziet niet op de door een verzekeringstussenpersoon te ontvangen directe beloning maar op provisie in de oorspronkelijke betekenis, de tot tien jaar geleden enige vorm waarin een verzekeringstussenpersoon door de verzekeraar mocht worden beloond.¹⁶ Wellicht ten overvloede: privaatrechtelijk gezien maakt het niet uit of een verzekeringstussenpersoon rechtstreeks door zijn cliënt wordt beloond of in de vorm van door de verzekeraar te betalen, voor rekening van de cliënt komende, provisie.

2. Wijzigingsbesluit financiële markten 2012

Met het Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 (hierna: het Wijzigingsbesluit) is een aantal algemene maatregelen van bestuur, waarmee een nadere invulling wordt gegeven aan in de Wft neergelegde regels, gewijzigd. Het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: BGfo)¹⁷, dat nadere regels met betrekking tot de beloning van verzekeringstussenpersonen bevat, is één van deze amvb's. De daarin voor verzekeringstussenpersonen opgenomen beloningsregels vormen een uitbreiding op de in 2009 in werking getreden BGfo-bepalingen.

Hierna zullen de met ingang van 1 januari 2012 gewijzigde beloningsregels voor verzekeringstussenpersonen worden besproken. Kort gezegd komen deze hierop neer, dat de eerder voor als complex product kwalificerende verzekeringen, betalingsbeschermers en uitvaartverzekeringen ingevoerde beloningsregels ook zijn gaan gelden voor schadeverzekeringen en dat regels zijn gaan gelden ter voorkoming van excessieve directe beloningen. Bovendien bevat het gewijzigde BGfo beloningsregels voor gevolmachtigd agenten.¹⁸ In zijn voorjaarsbrief¹⁹ gaf de minister van Financiën aan dat hij deze drie zaken op verzoek van de Tweede Kamer versneld en vooruitlopend op het per 1 januari 2013 in te voeren provisieverbod wilde regelen.

2.1 Evaluatie van de beloningsregelgeving

Op grond van het bepaalde onder c en d van aanwijzing 7 van de Aanwijzingen voor de regelgeving²⁰ moet worden onderzocht of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren dan wel daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is. Blijkt dat laatste het geval te zijn, dan moet worden onderzocht of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten dan wel, indien dit niet mogelijk blijkt, welke andere mogelijkheden daartoe bestaan. Met de beloningsregelgeving beoogt de wetgever perverse prikkels die kunnen uitgaan van betaling van provisie uit de markt te bannen, consumenten in staat te stellen marktdisciplinerend op te treden en de toezichthouder te voorzien van middelen om in te grijpen tegen excessen. Het uiteindelijke doel is een cultuurverandering teweeg te brengen: een transitie van productgedreven verkoop naar klantgerichte advisering.²¹ Mij is geen onderzoek bekend, waaruit blijkt dat vooraf is onderzocht of deze doelstellingen via zelfregulering²² konden

daarvan, en diens adviesactiviteiten.

14. Verzekeringsbemiddeling is een ruim begrip. Blijkens de Wft-definitie omvat het alle werkzaamheden gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een overeenkomst van verzekering. Tenzij hij vooraf kenbaar maakt niet te adviseren, wordt een verzekeringstussenpersoon geacht tevens te adviseren als zijn bemiddelingsactiviteiten betrekking hebben op complexe producten, inkomensverzekeringen of combinaties van een verzekering met een bepaald ander financieel product (art. 4:23 lid 2 Wft jo. art. 41 lid 2 Vr).
15. Het ware daarom beter om 'provisie' enkel te gebruiken voor de door de aanbieder te betalen beloning en daarnaast, in elk geval voor verzekeringen, het begrip 'beloning' te introduceren. Het verdient aanbeveling om daarbij aansluiting te zoeken bij art. 6:405 lid 1 BW, bijvoorbeeld: loon, in welke vorm dan ook, dat een cliënt verschuldigd is voor het bemiddelen en/of adviseren ter zake van een verzekering.
16. Ingevolge art. 14 van de op 16 december 1954 van kracht geworden Wet Assurantiebemiddeling (WAb) mocht de beloning van een verzekeringstussenpersoon enkel bestaan uit afsluit-, verlengings- of incassoprovisie. Een uitzondering gold voor tussenpersonen aan wie ontheffing was verleend om afmakingscourtagage in rekening te brengen. Art. 13 van de sinds 1 april 1991 geldende Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (Wabb) kende tot 1 april 2002 een overeenkomstige regeling.
17. Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële ondernemingen, *Stb.* 2006, 520.
18. Een gevolmachtigd agent is geen verzekeringstussenpersoon, maar uitvoerder van door een verzekeraar aan hem uitbestede werkzaamheden. Voor een uitgebreide beschouwing van het fenomeen gevolmachtigd agent, zie: De Jong (diss), p. 181-191.
19. Brief d.d. 13 april 2011 aan de voorzitter van de Staten-Generaal (*Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 27).
20. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992.
21. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 25, p. 1.
22. Overigens zijn door marktpartijen gezette stappen om te

worden bereikt en, zo dit niet het geval mocht zijn, of deze bereikt konden worden met het opnemen van vérstreckende beloningsregels in het BGfo.

Er is wel achteraf onderzoek gedaan naar de effecten van de aanvankelijk geldende beloningsregels. De op de beloning van verzekeringstussenpersonen betrekking hebbende regelgeving is namelijk in 2010 geëvalueerd door SEO.²³ Op hoofdlijnen resulteerde deze evaluatie in drie bevindingen, aldus de minister van Financiën.²⁴

Bevinding 1

Klanten zijn onvoldoende geïnformeerd en vormen daarom geen effectief tegenwicht tegen adviseurs/bemiddelaars, waardoor een goede prijs/kwaliteitverhouding voor de klant niet gewaarborgd is.

Onderzoek vooraf had waarschijnlijk tot uitkomst gehad dat het een utopie is om te denken dat het opleggen van regels aan verzekeringstussenpersonen leidt tot een gedragsverandering bij consumenten.²⁵ Waar de BGfo-regels zien op verstrekken van informatie in de vorm van een dienstverleningsdocument en een kostenverklaring is het nog maar de vraag of consumenten zich hierdoor überhaupt willen laten informeren.²⁶ Los van de vraag of deze informatie voor hen begrijpelijk is, gaat die doorgaans verloren in de *overload* aan (product)informatie. Voor zover dat niet het geval is, heeft dit, zo wijst de evaluatie uit, nauwelijks of geen invloed op het keuzegedrag van consumenten. Dit brengt met zich dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het nut van het (op de voorgeschreven wijze) verschaffen van deze informatie.

Bevinding 2

De belangrijkste perverse prikkels en hit-and-run praktijken zijn mede door de regelgeving uit de markt verdwenen.

Met het verbod op de omzetterelateerde bonus verdween de belangrijkste perverse prikkel²⁷ voor verzekeringstussenpersonen. Daarnaast is de constatering dat zogenaamde hit-and-run-praktijken zo goed als verdwenen zijn een goede zaak. Dit laatste komt echter slechts in beperkte mate op het conto van de beloningsregels, in het bijzonder van het verbod op het betalen van omzetbonussen. Het feit dat voor verzekeringstussenpersonen een toezichtregime is gaan gelden en dat de toezichtwetgeving aan deze financiële dienstverleners eisen stelt op onder meer het punt van betrouwbaarheid en deskundigheid heeft daar mede aan bijgedragen. Bovendien is voor beoefenaren van hit-and-run-praktijken met het opdrogen van de markt voor beleggingsverzekeringen een lucratief werkterrein verloren gegaan.

Bevinding 3

De marktpartijen houden zich goeddeels aan de regels voor kosten- en dienstentransparantie. Dat betekent evenwel nog niet dat de beoogde cultuuromslag bij adviseurs/bemiddelaars in denken en gedrag is bereikt. De normen uit de regelgeving worden nog onvoldoende geïnternaliseerd en er zijn aanwijzingen voor ontwijkgedrag, alhoewel de omvang daarvan moeilijk te achterhalen is.

Deze constatering geeft de indruk dat verzekeringstussenpersonen zich weliswaar aan de voor hen geldende regels op het punt van kosten- en dienstentransparantie houden, maar nog niet van harte. Waar regels exact omschrijven wat dient te gebeuren, zoals de balansregel, levert de naleving geen problemen op en wordt het beoogde effect bereikt. Dat is anders waar sprake is van open normen en er aarzelingen zijn over de wijze waarop deze moeten worden ingevuld.²⁸ Het evaluatierapport maakt ook melding van ontwijkgedrag, enerzijds bestaande uit het overhevelen van provisies naar niet complexe producten waarvoor de regelgeving minder zwaar is, het zogenaamde waterbedeffect, en anderzijds uit het naar volmacht overvoeren van portefeuilles.²⁹

2.1.1 Positieve prikkels

Het feit dat verzekeringstussenpersonen blootstaan aan zogenaamde perverse prikkels vormde en vormt voor de politiek en de wetgever een belangrijke overweging om beloningsregels in te voeren respectievelijk aan te scherpen. Door daar de nadruk op te leggen, lijkt het alsof er voor verzekeringstussenpersonen geen 'positieve prikkels' zijn om cliënten ertoe te bewegen een bestaande verzekering aan te passen of om een nieuwe verzekering te sluiten. Die zijn er wel degelijk. Deze passage uit de memorie van antwoord bij

komen tot zelfregulering niet succesvol gebleken. Illustratief is het mislukken van het overleg over de beloning voor gevolmachtigd agenten.

23. P. Risseeuw e.a., 'Evaluatie provisieregels complexe producten' (SEO-rapport nr. 2010-44), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2010.
24. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 25, p. 2.
25. 'Het is goed dat juist juristen wijzen op de beperkingen van het recht. Anderen geloven maar al te makkelijk dat ieder probleem met nieuwe regels kan worden opgelost.' (J.W. Winter, 'Corporate governance en wat het recht niet vermag', *AA* 2012, 416, p. 418).
26. 'Voor empowerment van de klant is het niet alleen nodig dat de klant goed geïnformeerd is, hij moet ook bereid zijn met de informatie aan de slag te gaan. De stellige indruk bestaat dat dvd en kkv in de huidige vorm geen instrumenten zijn, die consumenten aanzetten om dat te doen.' (P. Risseeuw e.a., p. 28).
27. Hierbij zij aangetekend dat een verzekeringstussenpersoon hier enkel mee geconfronteerd kan worden als een verzekeraar hem een navenante 'prikkelende' beloning in het vooruitzicht stelt. Voor een verwerpelijk voorbeeld verwijs ik naar de levensverzekeraar die een pensioenconsultant buiten de reguliere, in de premie begrepen, provisie om een afsluitprovisie betaalde van € 959.643,09 en hem bovendien een bonusprovisie van € 250.000 in het vooruitzicht stelde (Hof Amsterdam 1 mei 2012, *LJN* BW4825).
28. Dat betekent dat de normen niet worden geïnternaliseerd en van een robuuste en duurzame gedragsverandering geen sprake is. (*Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 25, p. 3).
29. SEO geeft hierbij niet aan of en, zo ja, in hoeverre er sinds de invoering van beloningsregels een stijging heeft plaatsgevonden van de met name in de schadeverzekeringsmarkt uit oogpunt van bedrijfsvoering als normaal te bestempelen overheveling van provinciale portefeuilles naar de volmachttekening. Evenmin wordt aangegeven in welke mate deze omzettingen gericht waren op het gesuggereerde omzeilen van de inducementregels.

de Wet Assurantiebemiddeling³⁰ is nog immer leidend bij de invulling van de taak van een verzekeringstussenpersoon:

‘Elke tussenpersoon, die zijn beroep goed uitoefent, ongeacht of hij al dan niet de premiën 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.’³¹

De Hoge Raad nam de in deze passage geformuleerde open norm over.³² Een kort voordien gewezen arrest³³ leert dat bij de beoordeling of een verzekeringstussenpersoon in strijd met zijn zorgplicht³⁴ heeft gehandeld beslissend is of hij heeft gehandeld als een redelijk bewaame en redelijk handelende verzekeringstussenpersoon. De jurisprudentie³⁵ leert dat dit met zich brengt, dat op een verzekeringstussenpersoon de verplichting rust om te voorkomen dat zijn cliënten achteraf worden geconfronteerd met het feit dat zij geen verzekering hebben³⁶ of dat een door zijn bemiddeling gesloten verzekering onvoldoende of geen dekking biedt. De privaatrechtelijke zorgplicht vormt derhalve voor verzekeringstussenpersonen een belangrijke reden om hun cliënten te wijzen op onverzekerde risico's en op (de mogelijkheid van) onderverzekering. Beide aspecten komen aan de orde in een recent arrest:

‘Een assurantietussenpersoon dient – zeker in het geval alle verzekeringen van het bedrijf ondergebracht zijn in een tot zijn portefeuille behorende verzekering als de BCP (Bedrijven Compact Polis - CJJ) – daarbij actief te handelen en als deskundige op het gebied van verzekeringen zijn verzekeringnemers te waarschuwen in geval van grote onderverzekering of het geheel niet verzekerd zijn van relevante schades.’³⁷

In casu ging het om (nog) niet onder het provisieverbod vallende schadeverzekeringen. De verplichting om actief te handelen geldt echter evenzeer voor verzekeringen waarop dit verbod wel van toepassing is.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat de op provisiebasis werkende verzekeringstussenpersoon voor zijn activiteiten ter voorkoming van het niet of onvoldoende verzekerd zijn enkel wordt beloond als er een verzekering tot stand komt respectievelijk als het verzekerd bedrag wordt verhoogd of de dekking wordt uitgebreid. In het geval van directe beloning door de cliënt, zal de verzekeringstussenpersoon voor de door hem in verband hiermee verrichte advieswerkzaamheden³⁸ de daarvoor gebruikelijke beloning in rekening kunnen brengen – ook indien het advies zonder resultaat blijft.³⁹

2.2. Beloningsregels voor schadeverzekeringen

De overeenkomstig het Wijzigingsbesluit in het BGfo opgenomen wijzigingen zijn tweërlei. Enerzijds gaat het om een verbod op het betalen van omzetsgerelateerde provisies, anderzijds de verplichting tot het bieden van passieve transparantie. Ingevolge deze laatstgenoemde verplichting moet een verzekeringstussenpersoon desgevraagd transparantie bieden inzake de door de verzekeraar aan hem te betalen provisie. Verdergaande transparantie-eisen achtte de minister van Financiën disproportioneel zwaar bij schadeverzekeringen, omdat premies en productvoorwaarden goed vergelijkbaar zijn, er sprake is van een concurrerende markt en geen

excessen bekend zijn. In zijn meergenoemde voorjaarsbrief motiveert de minister waarom hij een verbod op bonusprovisie wil invoeren:

‘Onder de huidige provisiereggeving met betrekking tot complexe producten wordt gevreesd voor het verschuiven van de ongewenste sturing naar schadeverzekeringen (het zogenaamde «waterbedeffect»). Provisies worden dan overgeheveld naar niet-complexe producten waarvoor de regelgeving minder zwaar is. Om te voorkomen dat de perverse prikkels bij de advisering en bemiddeling in schadeverzekeringen een vlucht nemen, zullen de zogenoemde bonusprovisies bij deze producten niet langer worden toegestaan. Voor schadeverzekeringen zullen dus uitsluitend nog afsluit- en doorlopende provisies zijn toegestaan.’⁴⁰

Het bonusverbod is geen novum. Met ingang van 1 januari 2009 is het al gaan gelden voor als complex product kwalificerende vormen van verzekering door in het BGfo de aan art. 26 van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID⁴¹ ontleende in-

30. Wet van 18 januari 1952, houdende een regeling van het assurantiebemiddelingsbedrijf, *Stb.* 1952, 34.
31. *Kamerstukken I* 1951/52, 870, nr. 11a, p. 10.
32. HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 586 m.nt. M.M. Mendel (*Van Dam/Rabobank*): ‘Voorts dient uitgangspunt te zijn dat het de taak van de verzekeringstussenpersoon is te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen.’
33. HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 718 m.nt. M.M. Mendel (*KHTC/Generale Bank*).
34. Hij is opdrachtnemer en moet ingevolge art. 7:401 BW bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.
35. Voor een uitvoeriger behandeling, zie: De Jong (diss), p. 72-77, en C.J. de Jong, ‘De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon’ in: *Knelpunten in het verzekeringsrecht. Deel 3*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 40-49.
36. ‘Het is mede zijn taak om de verzekeringnemer erop te wijzen, dat het is aan te bevelen bepaalde risico's te dekken.’ (*Kamerstukken I* 1951/52, 870, nr. 11a, p. 9).
37. Hof 's-Hertogenbosch 11 januari 2011, *LJN* BP3896. Deze overweging ontmoette geen bezwaar bij de Hoge Raad (HR 8 juni 2012, *LJN* BW1720).
38. In dit artikel wordt overeenkomstig de Wft-definitie onder adviseren verstaan het aanbevelen van een of meer specifieke verzekeringen aan een bepaalde cliënt, derhalve niet het adviseren dat onderdeel is van de nazorgactiviteiten en betrekking heeft op lopende verzekeringen.
39. Art. 7:401BW jo. art. 7:405 lid 1 BW.
40. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 27, p. 3.
41. Richtlijn 2006/73/EG van de commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn

ducementnorm op te nemen.⁴² Het in het toen ingelaste art. 149a BGfo opgenomen verbod werd als volgt toegelicht:

‘Bonusregelingen of omzetprovisies – provisie die verbonden zijn aan het behalen van een bepaalde omzet of productie – kunnen niet worden gezien als in het belang van de cliënt. Dergelijke provisie zijn op grond van dit artikel verboden. Deze vorm van provisie kan voor bemiddelaars en adviseurs een prikkel met zich brengen om niet in het belang van de cliënt te handelen en vooral dat product te verkopen dat de hoogste provisie genereert.’⁴³

Door de inwerkingtreding van BGfo 2⁴⁴ werd op 1 januari 2010 voor betalingsbeschermers en uitvaartverzekeringen een absoluut bonusverbod⁴⁵ van kracht. De belangrijkste aanvullingen op de reeds bestaande beloningsregels zijn toen neergelegd in art. 149a BGfo. Op 1 januari 2012 is dit artikel uitgebreid met een bonusverbod voor schadeverzekeringen.

De in art. 149a lid 1 BGfo opgesloten hoofdregel houdt in dat verzekeraars en verzekeringstussenpersonen enkel nog afsluitprovisies en doorlopende provisie mogen verschaffen respectievelijk ontvangen. Deze bepaling heeft het karakter van een provisieverbod: verzekeringstussenpersonen – in Wft-termen: adviseurs en bemiddelaars – mogen voor het adviseren of bemiddelen inzake een betalingsbeschermers, complex product, hypothecair krediet, schadeverzekering of uitvaartverzekering, rechtstreeks of middellijk geen provisie ontvangen die niet noodzakelijk is voor het verlenen van de betreffende dienst of deze mogelijk maakt. En aanbieders mogen noch direct noch indirect provisie betalen, tenzij die noodzakelijk is voor het verlenen van de betreffende dienst of deze mogelijk maakt. Dus enkel een vergoeding of beloning die noodzakelijk is voor de totstandkoming van de overeenkomst van verzekering of de totstandkoming daarvan mogelijk maakt is toegestaan. Uit de gegeven voorbeelden (wettelijke heffingen en juridische kosten⁴⁶) kan echter worden opgemaakt, dat niet snel sprake zal zijn van de vereiste noodzakelijkheid.

Art. 149a lid 2 BGfo regelt wanneer het eerste lid buiten toepassing blijft. Ingevolge onderdeel a is dit het geval als de provisie wordt verschaft door of aan de cliënt of degene die namens hem optreedt, tenzij de hoogte van die beloning kennelijk onredelijk is gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening. In onderdeel b is vastgelegd dat het verschaffen van afsluitprovisies en doorlopende provisie voor de in art. 149a lid 1 BGfo genoemde financiële producten is toegestaan als dit geschiedt door of aan een derde of degene die namens hem optreedt.⁴⁷ Door toevoeging van ‘betalingsbeschermers, complexe producten, hypothecaire kredieten of uitvaartverzekeringen’ is tot uitdrukking gebracht dat dit enkel voor deze financiële producten het geval is. Overigens gelden hierbij twee voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de verzekeringstussenpersoon actieve transparantie moet bieden: voordat de betreffende dienst wordt verleend moet hij de cliënt op uitvoerige, accurate en begrijpelijke wijze mededeling doen van het bestaan, de aard en het bedrag van de provisie of, in geval van provisie in natura, van de waarde in het economisch verkeer. Kan het bedrag niet worden achterhaald, dan moet hij de wijze van berekening van de provisie mededelen. De tweede voorwaarde houdt in dat het verschaffen van de provisie de kwaliteit van de betreffende dienst ten goede moet ko-

men en dat dit geen afbreuk mag doen aan de verplichting van de verzekeraar of de verzekeringstussenpersoon om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt. Op grond van het ingevolge het Wijzigingsbesluit ingevoegde onderdeel c is het verschaffen van afsluitprovisie en doorlopende provisie door of aan een derde of degene die namens hem optreedt ook toegestaan voor schadeverzekeringen. Hierbij geldt als voorwaarde dat de verzekeringstussenpersoon passende transparantie biedt. Op verzoek van de cliënt moet hij deze, voordat hij met zijn dienstverlening begint, op uitvoerige, accurate en begrijpelijke wijze mededeling doen van het bestaan, de aard en het bedrag van de provisie of, indien het bedrag niet worden achterhaald, de wijze van berekening van de provisie of in geval van provisie in natura de waarde in het economisch verkeer. In onderdeel d, tot slot, wordt een uitzondering gemaakt voor relatiegeschenken. Deze mogen gezamenlijk op jaarbasis de waarde van € 100 niet overstijgen.⁴⁸

In verband met de wijzigingen van art. 149a BGfo zijn de in art. 1 BGfo opgenomen definities van afsluitprovisie en doorlopende provisie aangepast. Van beide definities is de reikwijdte uitgebreid door ‘een schadeverzekering’ toe te voegen aan de daarin genoemde financiële producten.

2.2.1 Directe beloning

Directe beloning door de cliënt – in BGfo-termen het verschaffen van provisie door de cliënt of degene die namens hem optreedt – is een in belangrijkheid toenemende vorm van beloning voor de dienstverlening door een verzekeringstussenpersoon. Enerzijds is dit toe te schrijven aan

42. Besluit van 9 december 2008, houdende wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft met het oog op harmonisatie van voor aanbieders en bemiddelaars geldende regels inzake provisie en het Besluit boetes Wft, *Stb.* 2008, 546.

43. *Stb.* 2008, 546, p. 22.

44. Besluit van 16 september 2009, houdende opname in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft van een verplichting voor aanbieders om transparantie te bieden ten aanzien van de kosten in verband met complexe producten en hypotheken en een verbod op bonusprovisies voor aanbieders en bemiddelaars en wijziging van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, *Stb.* 2009, 401.

45. Aanvankelijk achtte de minister van Financiën kwaliteitsbevorderende bonusprovisies, anders dan omzetgerelateerde bonusprovisies, niet strijdig met het belang van de consument en derhalve toelaatbaar (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 086, nr. 19, p. 3).

46. *Stb.* 2008, 546, p. 23.

47. Omdat de richtlijn Verzekeringsbemiddeling niet enkel ziet op consumenten zoals gedefinieerd in de Wft worden voor wat betreft de onderdelen b en c van art. 149a lid 2 BGfo onder ‘consument’ in de definities van afsluitprovisie en doorlopende provisie tevens begrepen cliënten die geen consument zijn (art. 149a lid 3 BGfo).

48. Het lijkt mij dat het hier niet gaat om een absoluut maximum, maar om een maximum per verzekeraar waarmee de verzekeringstussenpersoon een samenwerkingsrelatie heeft. Voorts mag worden aangenomen dat dit niet het maximale bedrag aan relatiegeschenken is dat een vergunninghouder mag aannemen, maar het maximum per persoon die zich daadwerkelijk bezighoudt met advies- en/of bemiddelingswerkzaamheden.

het feit dat nieuwe dienstverleningsconcepten en in samenhang daarmee ook alternatieve beloningsmodellen zijn ontwikkeld en anderzijds aan het feit dat verzekeringstussenpersonen hebben geanticipeerd op het door de minister van Financiën aangekondigde, per 1 januari 2013 in te voeren provisieverbod. Er zijn twee hoofdvormen van directe beloning. Bij de ene gaat het om de beloning voor verrichte advies- en/of bemiddelingsactiviteiten en bij de andere om nog te verrichten nazorgactiviteiten. Voor verrichte activiteiten laten verzekeringstussenpersonen zich door de cliënt belonen in de vorm van een eenmalige beloning ('fee') op basis van een vooraf overeengekomen verrichtingen- of uurtarief.⁴⁹ Voor nog te verrichten (nazorg)activiteiten werken zij veelal op abonnementsbasis, hetgeen inhoudt dat de cliënt aan de verzekeringstussenpersoon periodiek een vast bedrag verschuldigd is voor het bieden van de overeengekomen service.

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft zich op het standpunt gesteld dat een serviceabonnement moet worden aangemerkt als verzekering, meer in het bijzonder als rechtsbijstandverzekering, indien het abonnement voorziet in belangenbehartiging bij schade. Dit, omdat is voldaan aan alle in art. 7:925 BW genoemde criteria.⁵⁰ De verzekeringstussenpersoon die zo'n abonnement aanbiedt zou derhalve vergunningplichtig zijn: hij moest ingevolge art. 2:27 lid 1 Wft beschikken over een door DNB af te geven vergunning om te verzekeren. Deze opvatting ontmoet – naar mijn mening terecht – veel bezwaar,⁵¹ mede omdat belangenbehartiging bij schade een nazorgactiviteit is die inherent is aan verzekeringsbemiddeling. In mijn proefschrift stelde ik dat een verzekeringstussenpersoon, die in het bezit is van een door AFM verleende vergunning om te bemiddelen in (schade)verzekeringen, alle daaraan inherente werkzaamheden moet kunnen verrichten.⁵² Met het oog daarop én om zonder bijkomende kredietvergunning met cliënten een gespreidebetalingsregeling⁵³ overeen te kunnen komen stelde ik voor om deze 'una licentia'-regel te introduceren:

'Indien een verzekeringstussenpersoon in het kader van zijn dienstverlening als bemiddelaar in schadeverzekeringen activiteiten verricht waarvoor strikt genomen een andere Wft-vergunning is vereist dan de vergunning om te bemiddelen in schadeverzekeringen, worden deze activiteiten geacht te zijn begrepen in de vergunning om te bemiddelen in schadeverzekeringen.'⁵⁴

Inmiddels heeft ook de minister van Financiën hierover zijn gedachten bepaald. Hij heeft deze vastgelegd op een niet zo voor de hand liggende plaats: de memorie van toelichting bij het ontwerp van de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II.⁵⁵ De betreffende passage luidt:

'In de praktijk blijkt enige onduidelijkheid te bestaan over de kwalificatie van werkzaamheden van tussenpersonen, nu deze niet langer werken op provisiebasis, maar de kosten van hun dienstverlening rechtstreeks in rekening brengen bij hun klanten. Zolang deze werkzaamheden van tussenpersonen zich beperken tot het verlenen van assistentie bij de uitvoering en het beheer van een verzekeringsovereenkomst, behoren deze werkzaamheden tot de reguliere taak van een tussenpersoon die zijn vak goed wil uitoefenen. Daar hoort bijvoorbeeld bij het melden van een schade bij

de verzekeraar, het uitleggen van de contractvoorwaarden aan de klant en het bijstaan van de klant in het contact met de verzekeraar. Zou de tussenpersoon (op grond van zijn contract met de klant) verdergaan de bijstand verlenen, zoals het verlenen van bijstand in een gerechtelijke procedure, dan overschrijdt de tussenpersoon de grens tussen bemiddelen en het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf in de branche rechtsbijstand.⁵⁶ Voor de toepassing van de wet is het niet van belang of betaling voor deze bijstand plaatsvindt op basis van een uurtarief of in een (service) abonnementsvorm.'⁵⁷

Hiermee is in elk geval de door DNB gestelde vergunningplicht (gedeeltelijk) van tafel, maar niet het feit dat gespreide betaling kan kwalificeren als kredietverlening⁵⁸ met als

-
49. In geval van een uurtarief kunnen de gewerkte uren ook worden gedeclareerd als de cliënt de adviesopdracht na verloop van tijd intrekt of als een bemiddelingsopdracht zonder resultaat blijft.
 50. Deze criteria zijn: een overeenkomst, een verbintenis tot premiebetaling, een verbintenis tot uitkering en onzekerheid.
 51. Berry Jonk-van Wijk en Nicole de Boer verwerpen met kracht van argumenten het door DNB ingenomen standpunt. Zie daarvoor hun elders in deze verzekeringspecial geplaatste bijdrage. Voor een krachtig tegengeluid, zie ook: J.G.C. Kamphuisen, 'De definitie van ons product en de opvattingen van de toezichhouder', *AV&S* 2012/2, p. 5-13
 52. De Jong (diss.), p. 55.
 53. Bij gespreide betaling in meer dan drie maandtermijnen is er sprake van een onder de werkingssfeer van de Wft vallend consumentenkrediet (art. 1:20 lid 1 onderdeel f Wft).
 54. Indien een verzekeringstussenpersoon met zijn cliënt een gespreidebetalingsregeling overeenkomt, hoeft deze dan ook niet te beschikken over een vergunning voor het aanbieden van krediet.
 55. Voorstel van wet tot Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en het Burgerlijk Wetboek ter implementatie van de richtlijn solvabiliteit II en invoering van een daarop gebaseerd regime voor bepaalde kleinere verzekeraars (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 273, nr. 2).
 56. Deze tekst scheidt eerder verwarring dan duidelijkheid. Bijstand verlenen bij het al dan niet langs gerechtelijke weg verhalen van schade op de verzekeraar van zijn cliënt is onderdeel van de dienstverlening waartoe een verzekeringstussenpersoon uit hoofde van de met de cliënt gesloten bemiddelingsopdracht is gehouden. Dit is, ongeacht of dit is vastgelegd in een servicecontract, onderdeel van zijn reguliere taak – belangenbehartiging in het kader van het uitvoering van de door zijn cliënt gesloten overeenkomst van verzekering – en zou derhalve geen vergunningplichtig verzekeren mogen zijn. Daarvan zou m.i. slechts sprake mogen zijn als een verzekeringstussenpersoon zich bij overeenkomst, bijvoorbeeld een servicecontract of een 'losse' overeenkomst tot schadeverhaal, verbindt om in het geval dat schade door een derde wordt toegebracht deze schade te verhalen op de veroorzaker of diens verzekeraar.
 57. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 273, nr. 3, p. 9-10.
 58. Aldus Rb. Rotterdam (vzr.) 3 maart 2008, *LJN* BC6187.

gevolg dat daarvoor een vergunning voor het aanbieden van krediet is vereist.⁵⁹

2.2.2 Excessieve directe beloning

Eén van de op 1 januari 2012 doorgevoerde wijzigingen is het verbod op excessieve beloning. De minister van Financiën kondigde het voornemen daartoe al aan in zijn Kamerbrief van 12 oktober 2010.⁶⁰ Hij verwees daarbij naar door SEO geconstateerd ontwijkgedrag en door de AFM gesignaleerde excessieve fees, waaruit hij afleidde dat de markt niet goed functioneerde, in die zin dat de vraagzijde het aanbod onvoldoende corrigeert. Cliënten worden weliswaar over de hoogte van de beloning geïnformeerd maar blijken niet of onvoldoende in staat om hier adequaat tegenwicht te bieden tegen de adviseur/bemiddelaar. Hij achtte het gewenst om een open norm van passende beloning te introduceren voor andere beloningsvormen dan provisie. Daarmee zou worden voorkomen dat verzekeringstussenpersonen voor hun werkzaamheden bij cliënten beloningen in rekening brengen die niet kunnen worden gerechtvaardigd gelet op de daarmee gemoeide inspanningen.⁶¹

De introductie van een publiekrechtelijke open norm voor de door een verzekeringstussenpersoon in rekening te brengen directe beloning geeft aanleiding om dit te toetsen aan het beginsel van partijautonomie en, in het verlengde daarvan, het beginsel van contractvrijheid:

‘Dit betekent dat het een ieder vrij staat wel of niet een overeenkomst aan te gaan; een overeenkomst aan te gaan met wie men wil; de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen; deze wel of niet aan een vorm te binden en/of deze aan de bepalingen van een gekozen wetgeving te onderwerpen.’⁶²

Wat maatschappelijk onaanvaardbaar is valt buiten de contractvrijheid: rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde, zijn nietig.⁶³ Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt eveneens tot nietigheid van de rechtshandeling. Strekt een dwingende wetsbepaling uitsluitend ter bescherming van één der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling dan is deze vernietigbaar, voor zover uit de strekking van de bepaling niet anders voortvloeit.⁶⁴

De beginselen van partijautonomie en contractvrijheid speelden een bijrol in de recentelijk gedane uitspraak in de door de Consumentenbond tegen verzekeringstussenpersoon MultiSafe aangespannen procedure. De Consumentenbond was hiertoe overgegaan, omdat MultiSafe van haar cliënten verlangde dat zij een vaste basisbijdrage zouden gaan betalen voor haar dienstverlening. Dit terwijl MultiSafe ook provisie ontvangt van de verzekeraar. De rechtbank overwoog:

‘De vaststelling van prijzen behoort in beginsel tot de vrijheid van de ondernemer; de keuze om tegen die prijs wel of niet zaken te doen met deze ondernemer behoort tot de vrijheid van de klant.’⁶⁵

De minister van Financiën geeft er blijk van de contractvrijheid te erkennen, maar huldigt daarbij een eigen opvatting van wat maatschappelijk onaanvaardbaar is:

‘Adviseurs en bemiddelaars zijn in beginsel vrij om met de cliënt hun beloning overeen te komen, zolang er maar geen sprake is van een beloning die gelet op

de aard en de omvang van de dienstverlening als kennelijk onredelijk kan worden beschouwd.’⁶⁶

Hierbij zij opgemerkt, dat de door een verzekeringstussenpersoon en zijn cliënt gesloten overeenkomst van opdracht⁶⁷ berust op wilsovereenstemming. Zij zijn het dus eens geworden over hun wederzijdse prestaties, waaronder begrepen vorm en hoogte van de door de cliënt verschuldigde beloning voor de overeengekomen werkzaamheden.⁶⁸ Ingevolge art. 1:23 Wft wordt de rechtsgeldigheid van deze overeenkomst niet aangetast, indien de overeengekomen beloning – achteraf – naar het oordeel van de AFM onredelijk blijkt te zijn.⁶⁹ De publiekrechtelijke open norm kreeg vorm in art. 149a lid 2 onderdeel a BGfo. Sinds 1 januari 2012 luidt dit:

Provisies die worden verschaft door of aan de cliënt of degene die namens hem optreedt, tenzij de hoogte van de provisos die de bemiddelaar of adviseur bij de cliënt of degene die namens hem optreedt in rekening brengt kennelijk onredelijk is gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening.⁷⁰

De feiten en de omstandigheden van het geval zijn beslissend voor het antwoord op de vraag of de door de verzekeringstussenpersoon en de cliënt overeengekomen beloning kennelijk onredelijk is. De toelichting⁷¹ geeft ter illustratie een aantal vragen aan de hand waarvan de AFM dit kan toetsen:

- is het bedrag dat de bemiddelaar of adviseur bij de consument in rekening brengt onredelijk gezien het aantal uren dat aan het advies is besteed?
- is het aantal uren dat aan het advies is besteed onredelijk gezien de reikwijdte van het advies?

59. Op grond van art. 2:60 lid 1 Wft is het verboden om zonder over een vergunning te beschikken krediet aan te bieden. Ingevolge art. 2:61 lid 1 Wft geldt dit verbod niet voor banken en verzekeraars en voor financiële ondernemingen die beschikken over een door DNB verleende verklaring van ondertoezichtstelling.

60. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 25, p. 7.

61. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 27, p. 3.

62. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/41.

63. Art. 3:40 lid 1 BW.

64. Art. 3:40 lid 2 BW.

65. Rb. Utrecht 16 mei 2012, *LJN* BW5843, r.o. 4.16 (*Consumentenbond/MultiSafe*).

66. *Stb.* 2011, 515, p. 15.

67. Deze overeenkomst kan worden aangemerkt als een overeenkomst voor onbepaalde duur (Rb. Utrecht 16 mei 2012, *LJN* BW5843, r.o. 4.11 (*Consumentenbond/MultiSafe*)).

68. Een beloningsstructuur, bestaande uit provisie én een door de cliënt te betalen vaste bijdrage kan niet als onrechtmatig beschouwd worden (Rb. Utrecht 16 mei 2012, *LJN* BW5843, r.o. 4.16 (*Consumentenbond/MultiSafe*)).

69. 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 voorzover in deze wet anders is bepaald.

70. De bewoordingen van deze bepaling wekken, ten onrechte, de indruk dat het gaat om een eenzijdig door de verzekeringstussenpersoon vastgestelde en in rekening gebrachte beloning.

71. *Stb.* 2011, 515, p. 15.

- is de reikwijdte van het advies onredelijk gezien de adviesvraag/-behoefte van de consument?
- is het uurtarief dat de bemiddelaar of adviseur in rekening brengt onredelijk gelet op zijn specialisatiegraad?

In de toelichting wordt ook aangegeven wat onder kennelijk onredelijke beloningen zou kunnen worden verstaan. In ieder geval is een beloning voor een transactie die wordt uitgevoerd met het oogmerk additionele provisie te genereren, terwijl daar nauwelijks of geen (extra) advieswerkzaamheden mee zijn gemoeid, kennelijk onredelijk. Bijvoorbeeld als een betalingsbeschermer wordt geadviseerd bij een consumptief krediet en werkzaamheden in rekening worden gebracht die (geheel of gedeeltelijk) ook al hebben plaatsgevonden in het kader van de advisering over het krediet. In dit geval en daarmee vergelijkbare gevallen staat de hoogte van de in rekening gebrachte vergoeding voor de werkzaamheden met betrekking tot de bijproducten op geen enkele wijze in verhouding staat tot de aanvullende werkzaamheden.⁷² Daarmee is deze vergoeding kennelijk onredelijk. Teneinde te bepalen of een beloning kennelijk onredelijk is, kan ook worden gekeken naar wat de in de branche voor bepaalde diensten algemeen gebruikelijk is.⁷³ Van verzekeringstussenpersonen wordt verwacht dat zij hun eigen verantwoordelijkheid nemen: de beloning die zij in rekening brengen moet – alle omstandigheden in aanmerking genomen – als redelijk kunnen worden aangemerkt.⁷⁴

De in art. 149a lid 2 onderdeel a BGfo opgenomen open norm vormt voor de AFM een handvat om handhavend op te treden wanneer beloningen in rekening zijn gebracht ‘die evident afbreuk doen aan het belang van de klant’ – ook indien de overeengekomen beloning door de cliënt redelijk is geacht. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder. Voor een verzekeringstussenpersoon brengt dit een zekere mate van onvoorspelbaarheid en daarmee van rechtsonzekerheid met zich. Immers, hij komt pas achteraf te weten of het door hem met een cliënt overeengekomen tarief in de ogen van de AFM kennelijk onredelijk is. Wat hij en zijn cliënt een redelijke beloning vinden, kan in de ogen van de AFM excessief zijn. In voorkomende gevallen kan de AFM overgaan tot het nemen van een handhavingsmaatregel. Daarvoor komen verschillende reparatoire sancties en een punitieve sanctie in aanmerking. Als staken van het in rekening brengen van een kennelijk onredelijk geachte beloning voorop staat, kan de AFM een daartoe strekkende aanwijzing geven.⁷⁵ Tot het geven van een aanwijzing die ertoe leidt dat de door de verzekeringstussenpersoon en de cliënt gesloten overeenkomst van opdracht wordt aangetast is de AFM niet gerechtigd.⁷⁶ Een andere reparatoire sanctie is het opleggen van een last onder dwangsom.⁷⁷ Overigens is het niet ongebruikelijk dat de AFM meteen de bestuurlijke boete⁷⁸ inzet teneinde met deze punitieve sanctie een gedragsverandering te bewerkstelligen. Omdat art. 149a lid 2 BGfo niet voorkomt in art. 10 van het boetebesluit⁷⁹, kan echter voor het in rekening brengen van een kennelijk onredelijke provisie geen bestuurlijke boete worden opgelegd.⁸⁰

2.2.3 Provisiebetaling bij collectieve verzekering

De BGfo-definitie van het begrip afsluitprovisie leert dat een verzekeraar ter gelegenheid van het tot stand komen van een van de daarin genoemde verzekeringen uitsluitend afsluitprovisie mag betalen voor het bemiddelen of advise-

ren inzake die verzekering. En na het tot stand komen van zo'n verzekering mag voor het bemiddelen of adviseren enkel doorlopende provisie worden betaald. Naast het feit dat deze definities een uitsluiting inhouden van andere vormen van beloning, bevatten zij ook een voorwaarde: het moet gaan om een beloning voor verrichte respectievelijk te verrichten advies- of bemiddelingswerkzaamheden. Adviseren is een activiteit waarbij volgens het Wft-begrip direct contact met de cliënt noodzakelijk is. Immers, adviseren is het aanbevelen van een specifieke verzekering aan een bepaalde cliënt. Ook bemiddelen vereist een direct contact van de verzekeringstussenpersoon met de cliënt, wiens opdrachtgever hij is. Van direct contact met de cliënt, de (aspirant-)verzekeringnemer, is doorgaans echter geen sprake bij collectieve verzekering.

Collectieve verzekering kent twee verschijningsvormen.⁸¹ Bij de ene vorm sluit een werkgever of een (belangen)organisatie een overeenkomst van verzekering ten behoeve van zijn werknemers⁸² respectievelijk degenen die bij de betreffende organisatie zijn aangesloten en treedt daarbij zelf op als verzekeringnemer.⁸³ Bij de andere vorm sluit een werkgever of een (belangen)organisatie een mantelovereenkomst, waarin is vastgelegd op welke voorwaarden en tegen welke premie zijn werknemers respectievelijk de aangeslote-

72. In deze gevallen kan bovendien sprake zijn van handelen in strijd met de verplichting ingevolge art. 4:23 lid 1 Wft. Als (bij)producten worden geadviseerd met geen ander doel dan om zoveel mogelijk adviesinkomsten te genereren, is het twijfelachtig of deze adviezen gelet op het klantprofiel van de cliënt passend zijn.

73. Maatschappelijke opvattingen kunnen veranderen: een vandaag in de branche gebruikelijke en als redelijk beschouwde beloning kan morgen als onredelijk worden beschouwd.

74. De minister van Financiën laat er geen misverstand over bestaan, dat hij zo nodig tot aanvullende maatregelen zal overgaan: ‘Indien de markt onvoldoende opvolging geeft aan de norm, zal worden bezien of een nadere invulling van deze norm nodig is.’ (Stb. 2011, 515, p. 16).

75. Art. 1:75 lid 1 Wft.

76. Art. 1:75 lid 3 Wft.

77. Art. 1:79 lid 1 Wft.

78. Art. 1:80 lid 1 Wft.

79. Besluit van 11 juni 2009, houdende regels voor het vaststellen van de op grond van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op te leggen bestuurlijke boetes, Stb. 2009, 329.

80. Het Ontwerpbesluit bevat evenmin een bepaling op grond waarvan de AFM voor het in rekening brengen van een kennelijk onredelijke provisie een bestuurlijke boete kan opleggen.

81. Voor een uitvoerige beschrijving, zie: J.H. Wansink, ‘Collectieve verzekeringen’, *AV&S* 2011/28, p. 240-241, en, korter, F. Stadermann, ‘Portefeuillerecht en collectieve verzekering’, *NTHR* 2012-3, p. 147.

82. Dit is een verzekering ten behoeve van derden. Voor een bondige uiteenzetting hierover, zie: Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Het (verzekeraar) belang’ in: Hendrikse, Van Huizen & Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 363-365.

83. Dat in zo'n geval de polis op naam van de werknemer staat is volgens Stadermann louter een administratieve aangelegenheid (Stadermann, a.w., p. 149).

nen zich kunnen verzekeren.⁸⁴ Beide vormen van collectieve verzekering kunnen tot stand worden gebracht door tussenkomst van een verzekeringstussenpersoon. Waar het gaat om een mantelcontract, bijvoorbeeld een collectieve zorgverzekering, heeft de verzekeringstussenpersoon doorgaans uitsluitend direct contact met de werkgever respectievelijk de (belangen)organisatie. Bij een collectieve autoverzekering daarentegen, zal hij veelal wel direct contact hebben met de individuele verzekeringnemers.

De vraag is of de verzekeringstussenpersoon voor op collectieve condities te sluiten respectievelijk gesloten individuele verzekeringen aanspraak kan maken op afsluitprovisie respectievelijk doorlopende provisie.⁸⁵ Indien hij de individuele verzekeringnemers adviseert of voor hen bemiddelt kan daarover geen twijfel bestaan. Anders is het wanneer de verzekeringstussenpersoon, zoals bij collectieve zorgverzekeringen of bepaalde op basis van een loyalty programma gesloten verzekeringen, advies- noch bemiddelingswerkzaamheden verricht voor de individuele verzekeringnemers. Privaatrechtelijk gezien handelt hij in zo'n geval niet in opdracht van de betreffende individuele verzekeringnemers. Derhalve kan hij jegens hen geen aanspraak maken op beloning⁸⁶ – noch in de vorm van directe beloning noch in de vorm van provisie. Een strikte toepassing van de BGfo-bepalingen brengt met zich dat een verzekeraar de verzekeringstussenpersoon door wiens tussenkomst het mantelcontract tot stand kwam geen afsluit- of doorlopende provisie mag betalen. Dit is slechts anders als de collectief verzekerde individuele verzekeringnemers vereenzelvigd kunnen worden met de contractant van het mantelcontract. In dat geval maakt het geen verschil of er sprake is van een collectief contract in de vorm van een verzekering ten behoeve van derden of van een collectieve verzekering op basis van een mantelcontract. Nu beide vormen van collectief verzekeren hetzelfde doel hebben, namelijk het bieden van een verzekeringsdekking tegen aantrekkelijke voorwaarden aan werknemers respectievelijk aangeslotenen, bestaat er naar mijn mening geen bezwaar tegen om beide vormen op het punt van beloning gelijk te behandelen. Ik sluit mij ook aan bij Stadermann's conclusie dat onder de cliënt in de zin van art. 4:103 lid 2 Wft de contractant moet worden verstaan en niet de individuele verzekeringnemer.⁸⁷ Een gevolg daarvan is dat een door de contractant gedaan schriftelijk verzoek tot intermediairwijziging moet worden gehonoreerd met als gevolg dat de aanspraak op doorlopende provisie op de betreffende verzekeringen overgaat op de door de contractant aangewezen nieuwe verzekeringstussenpersoon.

3. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013

Het Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 (hierna: het Ontwerpbesluit) beoogt onder meer het BGfo te wijzigen. De in het kader van dit artikel belangrijkste wijzigingen van het BGfo bestaat uit het schrappen van Afdeling 11.1. Dit wil niet zeggen dat de daarin opgenomen bepalingen zijn komen te vervallen. De artikelen art. 149a (inducement), art. 150 (balansregel) en 151 (terugboekregeling) worden verplaatst naar § 8.2.3 Bepalingen met betrekking tot provisies inzake overeenkomsten die zijn aangegaan tussen 1 januari 2009 en 1 januari 2013. De in art. 149b BGfo opgenomen regels omtrent het dienstverleningsdocument worden verplaatst naar art. 86f en na het van kracht worden van het Ontwerpbesluit gelden deze niet enkel voor

verzekeringstussenpersonen maar voor alle financiële dienstverleners, dus voor aanbieders, adviseurs, bemiddelaars, herverzekeringstussenpersoon, en (onder)gevolmachtigd agenten.⁸⁸ Het dienstverleningsdocument moet zijn afgestemd op de dienstverleningsvraag van de consument/cliënt en het moet voorafgaand aan het verlenen van de betreffende financiële dienst worden verstrekt. Het eerste impliceert dat een financiële dienstverlener over meerdere dienstverleningsdocumenten moet beschikken. Deze moet hij op zijn website publiceren. De verplichting om een dienstverleningsdocument te verstrekken rust op de financiële dienstverlener die door de consument/cliënt rechtstreeks wordt benaderd⁸⁹ voor het verlenen van de financiële dienst. Vergeleken met de huidige verplichtingen op dit punt, moeten veel meer gegevens worden opgenomen in het dienstverleningsdocument. Het tweede lid van art. 86f BGfo bevat een uitgebreide opsomming van de betreffende gegevens.

3.1 Het provisieverbod

In zijn Kamerbrief van 12 oktober 2010 maakte de minister van Financiën duidelijk dat hij snel tot een transitie van productgedreven verkoop naar klantgerichte advisering wilde komen. Deze cultuurverandering zou vorm moeten krijgen in een zuiver marktmodel, waarbij er geen geldstromen meer zouden zijn tussen verzekeringstussenpersonen en verzekeraars. Een noodzakelijke maatregel daartoe was in zijn ogen het invoeren van een verbod op provisies.⁹⁰ De minister concretiseerde dit voornemen in 2011 in zijn voorjaarsbrief. Daarin gaf hij aan per 1 januari 2013 een verbod op provisies te willen invoeren voor complexe financiële producten, hypothecaire kredieten, inkomensverzekeringen, waaronder betalingsbeschermers en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor ondernemers, uitvaartproducten⁹¹, en dienstverlening onder het Nationaal Regime MiFID.⁹² Als belangrijkste reden om producten onder het provisieverbod te brengen noemt hij het bestaan van misstanden in de markt. Met het oog daarop wilde hij het betrekkelijk eenvoudig mogelijk maken om de reikwijdte van het provisieverbod te kunnen aanpassen. Bij het constateren van misstanden in de markt zou dan snel kunnen worden ingegrepen. Het provisieverbod zou niet gelden voor schadever-

84. Ingevolge art. 18 lid 1 Zvw kan een zorgverzekeraar met een werkgever overeenkomen dat hij een geldelijk voordeel verstrekt indien diens werknemers, voormalige werknemers of hun gezinsleden verzekerd worden op basis van een in die overeenkomst aan te wijzen modelovereenkomst.

85. Wansink noch Stadermann stellen deze vraag aan de orde.
86. Er is geen overeenkomst van opdracht, zodat art. 6:405 lid 1 BW toepassing mist.

87. Stadermann, a.w., p. 149-150.

88. Indien hun dienstverlening ziet op een financieel instrument, worden deze financiële ondernemingen overeenkomstig de in art. 1:1 Wft opgenomen definitie niet aangemerkt als financiële dienstverlener.

89. Hiermee wordt gesuggereerd dat het initiatief voor het verlenen van een financiële dienst altijd uitgaat van de cliënt. Dat is niet het geval. Zie hiervoor paragraaf 2.1.1. van dit artikel.

90. *Kamerstukken II 2010/11*, 31 086, nr. 25, p. 5.

91. Ongetwijfeld worden hiermee enkel uitvaartverzekeringen bedoeld.

92. *Kamerstukken II 2010/11*, 31 086, nr. 27, p. 4.

zekeringen, omdat het hier om een redelijk concurrerende markt gaat. Daarentegen zou het provisieverbod wel moeten gelden op dan niet in combinatie met een krediet te sluiten schadeverzekeringen met een hoge impact voor consumenten zoals arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en overlijdensrisicoverzekeringen.

3.1.1 Delegatiebepaling

De Wft bevat delegatiebepalingen op grond waarvan regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de beloning of de vergoeding voor verzekeringstussenpersonen, in welke vorm ook, en de wijze van uitbetaling daarvan. Overeenkomstig de Wft-systematiek gaat het daarbij om delegatiebepalingen met betrekking tot het adviseren⁹³ van en het bemiddelen⁹⁴ in financiële producten. De beide artikelen, waarvan de delegatiebepaling een onderdeel vormt, komen te vervallen bij het van kracht worden van de Wijzigingswet.⁹⁵ De rechtsgrond voor het bij algemene maatregel van bestuur stellen van regels met betrekking tot beloning of vergoedingen voor financiële dienstverleners respectievelijk het aanwijzen van te verbieden provisies krijgt een plaats in het nieuwe art. 4:25a lid 1 Wft. De tekst hiervan luidt:

1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot: a. de beloning of vergoeding, in welke vorm ook, voor het aanbieden, adviseren, bemiddelen of optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent inzake een financieel product, en de wijze van uitbetaling daarvan; b. een verbod op het verschaffen of ontvangen van nader aan te wijzen provisies.

Onder het eerste lid, onderdeel a, van deze nieuwe delegatiebepaling vallen de beloningsregels voor onder meer adviseurs en bemiddelaars van bepaalde non-complexe schadeverzekeringen, de regels met betrekking tot rechtstreekse beloning door consumenten⁹⁶ en de regels voor de beloning van gevolmachtigd agenten.⁹⁷ Onderdeel b vormt de basis voor het provisieverbod. Het verbod geldt voor bepaalde financiële producten die bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen. De reikwijdte van het provisieverbod wordt derhalve neergelegd in het BGfo.⁹⁸

3.2 Nieuwe beloningsregels

De beloningsregels krijgen in het Ontwerpbesluit een andere plaats. Zij worden opgenomen in § 8.2.2., waarin de bepalingen ter uitvoering van de art. 4:25 lid 1 Wft en de bij het van kracht worden van de Wijzigingswet in te voegen art. 4:25a lid 1 Wft en art. 4:25b Wft worden samengebracht. In deze paragraaf geldt een van de Wft-definitie afwijkende invulling van het begrip financieel product. Ingevolge het in te voegen art. 86b lid 1 BGfo worden als financieel product aangemerkt betalingsbeschermers, complexe producten, hypothecaire kredieten, inkomensverzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen en uitvaartverzekeringen. Bij ministeriële regeling kunnen andere financiële producten onder de werking van § 8.2.2. worden gebracht.

De eigenlijke beloningsregels zijn ondergebracht in twee nieuwe artikelen: art. 86c BGfo en art. 86d BGfo. Dit laatstgenoemd artikel richt zich evenals het huidige art. 149a BGfo tot aanbieders, bemiddelaars en adviseurs, derhalve niet tot (onder)gevolmachtigd agenten. De in art. 86c BGfo neergelegde beloningsregels, daarentegen, zien op financiële dienstverleners – dus ook op (onder)gevol-

machtigd agenten en herverzekeringbemiddelaars.⁹⁹ Met uitzondering hiervan en van het provisieverbod zijn de nieuwe artikelen inhoudelijk gelijk aan het huidige art. 149a BGfo.

Voor na de invoeringsdatum te sluiten verzekeringen bevat art. 86c BGfo een verbod op provisies die (middellijk) door een verzekeraar aan een verzekeringstussenpersoon worden betaald. Het verbod geldt voor alle financiële producten, die als zodanig worden aangemerkt in art. 86b lid 1 BGfo, dus voor betalingsbeschermers, complexe producten, hypothecaire kredieten, inkomensverzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen en uitvaartverzekeringen. Bij het constateren van misstanden in de markt, kan de minister van Financiën andere financiële producten¹⁰⁰ aanwijzen en daarmee onder de reikwijdte van het provisieverbod brengen. De motivering hiervoor is meerledig.

‘Deze mogelijkheid is opgenomen om bij het constateren van misstanden in de markt voortvarend te kunnen optreden. Deze flexibiliteit is een vereiste aangezien het onmogelijk is om bij voorbaat met alle toekomstige ontwikkelingen rekening te houden, mede gelet op de grote verscheidenheid aan financiële producten die worden aangeboden en de snelheid waarmee nieuwe financiële producten op de markt worden geïntroduceerd. Daarnaast is van belang dat opvattingen over de wenselijkheid om bepaalde typen financiële producten onder de reikwijdte van dit deel te laten vallen, kunnen veranderen en dat op Europees niveau in dit kader verplichtingen kunnen worden opgelegd.’¹⁰¹

Het provisieverbod bracht met zich dat de bewoordingen van het nieuwe art. 86c lid 1 BGfo niet gelijk zijn aan die van het huidige art. 149a lid 1 BGfo: de daarin opgenomen uitzondering voor provisies die noodzakelijk zijn voor het verlenen van de betreffende dienst of deze mogelijk maken is nu opgenomen in art. 86c lid 2 onderdeel b BGfo. Onderdeel a van dit tweede lid van art. 86c BGfo bevat de open norm voor directe beloning die thans is geregeld in art. 149a lid 2 onderdeel a BGfo. De bewoordingen van de nieuwe bepaling wijken enigszins af, maar inhoudelijk is er geen verschil met de huidige regeling. Er is nu sprake van provisies die *rechtstreeks* worden verschafft, voorts komt ‘tenzij de hoogte van deze provisies’ in de plaats van ‘tenzij

93. Art. 4:72 lid 3 onderdeel c Wft.

94. Art. 4:73 lid 3 onderdeel c Wft.

95. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 236, nr. 2.

96. De toelichting wekt ten onrechte de indruk dat het enkel gaat om directe beloning door consumenten: bij verzekeringen gaat het om directe beloning door cliënten.

97. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 236, nr. 2, p.12.

98. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 236, nr. 2, p.13.

99. Naar mijn mening berust dit op een fout. Herverzekeringbemiddelaars houden zich bezig met het adviseren van en bemiddelen in herverzekeringen en niet met de in dit artikel genoemde vormen van verzekering. Ook is niet duidelijk wat voor een (onder)gevolmachtigd agent een van de soort van verzekering afhankelijk verschil in regeling rechtvaardigt.

100. De toelichting is hier onzorgvuldig, zij spreekt van ‘producten’ in plaats van ‘financiële producten’.

101. *Ontwerpbesluit*, p. 71.

de hoogte van de provisies die de bemiddelaar of de adviseur bij de cliënt of degene die namens hem optreedt in rekening brengt'. Art. 86c lid 2 onderdeel c BGfo regelt dat provisiebetalingen van bemiddelaars aan onderbemiddelaars mogelijk blijven. De in art. 149a lid 2 onderdeel d BGfo opgenomen uitzondering voor relatiegeschenken met een gezamenlijke waarde van ten hoogste € 100 is letterlijk overgenomen in het nieuwe art. 86c lid 2 onderdeel d BGfo. De bepalingen met betrekking tot schadeverzekeringen in het huidige art. 149a BGfo zijn ondergebracht in het nieuwe art. 86d BGfo. Zoals verwoord in het nieuwe art. 86d lid 1 BGfo, geldt het provisieverbod niet voor schadeverzekeringen, met uitzondering van betalingsbeschermers en inkomensverzekeringen. Het begrip inkomensverzekering is nieuw. Blijkens de in het Ontwerpbesluit opgenomen definitie moet daaronder worden verstaan een schadeverzekering ter dekking van het risico van financiële schade ten gevolge van arbeidsongeschiktheid of werkloosheid. Onderdeel a van dit eerste lid is inhoudelijk gelijk aan het huidige art. 149a lid 2 onderdeel a BGfo. Anders dan in art. 86c lid 2 onderdeel a BGfo is 'rechtstreeks' niet toegevoegd, maar is de andere daarin aangebrachte tekstaanpassing wel doorgevoerd. De thans in art. 149a lid 2 onderdeel c BGfo opgenomen bepaling dat in de geldstroom tussen verzekeraars en verzekeringstussenpersonen enkel afsluitprovisies en doorlopende provisies zijn toegestaan is na het van kracht worden van het Ontwerpbesluit te vinden in art. 86d lid 1 onderdeel b BGfo. De tekst is niet geheel gelijklopend. Dit vloeit enerzijds voort uit het feit dat het noemen van verzekeringsvormen achterwege kan blijven, omdat in de aanhef is aangegeven dat deze bepaling ziet op schadeverzekeringen, met uitzondering van betalingsbeschermers en inkomensverzekeringen. Anderzijds gaat het om een toevoeging: bij de passieve transparantieplichting geldt nu als voorwaarde dat de cliënt kosteloos wordt geïnformeerd.

3.3 Richtlijn Verzekeringsbemiddeling

De in de Wft en het BGfo opgenomen bepalingen inzake verzekeringstussenpersonen en de voor hen geldende gedragsnormen bij hun advies en -bemiddelingsactiviteiten vinden voor een deel hun oorsprong in de richtlijn Verzekeringsbemiddeling – Europese regelgeving, die nodig werd geacht om dispariteiten in de wetgevingen van lidstaten weg te nemen. De richtlijn heeft minimumharmonisatie als uitgangspunt en laat lidstaten de nodige vrijheid om in hun nationale wetgeving zwaardere eisen op te nemen.¹⁰² Van de geboden vrijheid heeft Nederland in ruime mate gebruik gemaakt, bijvoorbeeld door het opnemen van een ook voor verzekeringstussenpersonen geldende inducementnorm, en van verplichtingen inzake beloningstransparantie.¹⁰³ De richtlijn zelf bevat geen enkele aan de beloning van de verzekeringstussenpersoon gewijde bepaling. In het kader van het herzieningsproces van de richtlijn, IMD2¹⁰⁴ genaamd, was het opnemen van beloningstransparantie- en inducementregels een punt van overweging.¹⁰⁵ En in een begin 2011 door PricewaterhouseCoopers voor het directoraat-generaal interne markt en diensten van de Europese Commissie uitgevoerd onderzoek kwam onder andere de vraag aan de orde of een provisieverbod gewenst was. Dat bleek niet het geval.

'Similarly, most respondents believed that a ban on commission was an extreme move that would lead to greatly reduced competition and choice for clients.

Most intermediaries would withdraw from the market, either becoming paid employees or leaving the industry completely.'¹⁰⁶

Op 3 juli 2012 lanceerde eurocommissaris Michel Barnier een voorstel voor de herziening van de richtlijn.¹⁰⁷ Vergeleken met de huidige richtlijn bevat de door hem voorgestelde tekst striktere beloningstransparantieregels en een beperkt provisieverbod.¹⁰⁸ Evenals de huidige richtlijn gaat het voorstel uit van minimumharmonisatie.

'IMD2 would continue to have the features of a 'minimum harmonisation' legal instrument. This means that Member States may decide to go further if necessary for the purposes of consumer protection.'

Als het voorstel voor de herziening ongewijzigd wordt vastgesteld en overeenkomstig het voorstel minimumharmonisatie als uitgangspunt zal gelden, heeft de herziene richtlijn¹⁰⁹ geen consequenties voor het per 1 januari 2013 in Nederland in te voeren provisieverbod.

4. Tot besluit

Het zuiver marktmodel dat de minister van Financiën voor ogen staat, komt met de per 1 januari 2013 in te voeren beloningsregels dichterbij. Het dan geldende provisieverbod voor als complex product kwalificerende verzekeringen en voor betalingsbeschermers, inkomensverzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen¹¹⁰ en uitvaartverzekeringen brengt met zich dat er geen geldstromen meer zijn tussen verzeke-

102. Uitbreider: De Jong (diss), p. 30-33.

103. Dit wordt 'goldplating' of een 'nationale kop' genoemd. Overigens is de wetgever van mening dat er enkel van een nationale kop kan worden gesproken als bij de implementatie van een richtlijn een niet direct uit die richtlijn voortvloeiende beleidsmatige toevoeging of uitbreiding is opgenomen. Zie: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 339, nr. 4, p. 5.

104. De afkorting IMD staat voor de Engelse benaming Insurance Mediation Directive van de richtlijn.

105. Directoraat-generaal interne markt en diensten van de Europese Commissie, *Consultation document on the Review of the Insurance Mediation Directive (IMD) Commission Staff*, p. 5-10.

106. Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive (ETD/2007/IM/B2/51) Final Report, Luxemburg, PwC 23 mei 2011, p. 6.

107. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insurance mediation COM(2012) 360/2.

108. Ingevolge het voorgestelde art. 25 lid 5 (b) mogen onafhankelijk adviserende verzekeringstussenpersonen 'not accept or receive fees, commissions or any monetary benefits paid or provided by any third party or a person acting on behalf of a third party in relation to the provision of the service to customers' indien het advies betrekking heeft op een levensverzekering met een beleggingselement.

109. Als – naar wordt verwacht – het voorstel in de loop van 2013 worden aangenomen door het Europees Parlement en de Raad, zal de herziene richtlijn naar alle waarschijnlijkheid in 2015 van kracht kunnen worden.

110. Overlijdensrisicoverzekeringen worden door de minister van Financiën ten onrechte aangemerkt als schadeverzekeringen. (*Kamerstukken II 2010/11*, 31 086, nr. 27, p.4).

ringstussenpersonen en verzekeraars. Echter, zo lang verzekeringstussenpersonen het recht hebben om de premies voor deze verzekeringen te incasseren¹¹¹ en daarvan gebruik maken blijft er een geldstroom bestaan.¹¹² Immers, de verzekeringstussenpersoon zal de door hem geïncasseerde premies moeten afdragen aan de betreffende verzekeraar(s). Voor schadeverzekeringen is het zuiver marktmodel vooralsnog een voornamelijk theoretisch model: er blijven geldstromen bestaan tussen verzekeraars en verzekeringstussenpersonen. Enerzijds omdat verzekeringstussenpersonen zich kunnen laten belonen in de vorm van provisie, anderzijds doordat hen het recht op premie-incasso toekomt en het feit dat schade-uitkeringen via hen (kunnen) geschieden.

Op grond van art. 4:102 Wft behoren verzekeringen die door bemiddeling van een verzekeringstussenpersoon tot stand zijn gekomen in de rechtsverhouding tussen de betreffende verzekeraar en die verzekeringstussenpersoon tot de portefeuille van deze laatste. Deze regeling stamt uit de vijftiger jaren van de vorige eeuw. Een verzekeringstussenpersoon werd toen nog beschouwd als een handelsagent, die voor zijn inkomen afhankelijk was van de door hem te sluiten en gesloten verzekeringen.¹¹³ Het provisieverbod en de als gevolg daarvan in te voeren directe beloning door de cliënt brengt met zich dat het inkomen van de verzekeringstussenpersoon niet langer verband houdt met de door zijn tussenkomst te sluiten of gesloten verzekeringen maar met de door hem als opdrachtnemer van de cliënt verrichte of te verrichten werkzaamheden. Dit impliceert dat bij een portefeuille-overdracht twee verschillende rechtsverhoudingen worden overgedragen: de in par. 4.3.8.3 Wft bedoelde rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en de betreffende verzekeraar alsmede de op de overeenkomst van opdracht gebaseerde rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en de betreffende cliënten.¹¹⁴

Dit rechtvaardigt – overigens ook om andere redenen – een nieuwe invulling van het begrip portefeuille. Daaronder zou, zoals ik eerder heb voorgesteld,¹¹⁵ moeten worden verstaan:

‘het geheel van relaties van een verzekeringstussenpersoon die hij adviseert en/of voor wie hij bemiddelt en/of nazorg pleegt op grond van een met hen gesloten overeenkomst van opdracht ter zake van een of meer verzekeringen.’

Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013

Artikel 86b

1. In deze paragraaf wordt onder financieel product verstaan een betalingsbeschermmer, complex product, hypothecair krediet, inkomensverzekering, overlijdensrisicoverzekering, uitvaartverzekering, of een bij ministeriële regeling aan te wijzen ander financieel product.
2. Voor de toepassing van deze paragraaf wordt onder inkomensverzekering niet begrepen een verplichte verzekering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

Artikel 86c

1. Een financiële dienstverlener verschaft of ontvangt, rechtstreeks of middellijk, geen provisie voor het bemiddelen of adviseren van een financieel product.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op:

- a. provisie die rechtstreeks worden verschaft door de consument of, voor zover het een verzekering betreft, de cliënt of degene die namens hem optreedt, tenzij de hoogte van deze provisie kennelijk onredelijk is gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening;
- b. provisie die noodzakelijk zijn voor het verlenen van de desbetreffende financiële dienst of de desbetreffende financiële dienst mogelijk maken;
- c. provisie die worden verschaft door een bemiddelaar of adviseur, niet zijnde een aanbieder of gevolmachtigde agent, aan een andere bemiddelaar of adviseur; en
- d. relatiegeschenken, voor zover deze gezamenlijk op jaarbasis de waarde van € 100 niet overstijgen.

Artikel 86d

1. Een aanbieder, bemiddelaar of adviseur verschaft of ontvangt, voor het bemiddelen of adviseren inzake een schadeverzekering, met uitzondering van een betalingsbeschermmer of een inkomensverzekering, geen andere provisie dan:
 - a. provisie die worden verschaft door of aan de cliënt of degene die namens hem optreedt, tenzij de hoogte van deze provisie kennelijk onredelijk is gelet op de aard en reikwijdte van de financiële dienstverlening;
 - b. afsluitprovisie of doorlopende provisie, mits de bemiddelaar of adviseur kosteloos op verzoek van de cliënt op begrijpelijke wijze mededeling doet van het bestaan, de aard en het bedrag of, indien het bedrag niet kan worden achterhaald, de wijze van berekening van de provisie of in geval van provisie in natura de waarde in het economisch verkeer voordat de desbetreffende financiële dienst wordt verleend;
 - c. provisie die noodzakelijk zijn voor het verlenen van de financiële dienst of de desbetreffende dienst mogelijk maken; of
 - d. relatiegeschenken, voor zover deze gezamenlijk op jaarbasis de waarde van € 100 niet overstijgen.
2. Voor de toepassing van het eerste lid, wordt onder ‘consument’ in de definities van afsluitprovisie en doorlopende provisie in artikel 1, mede verstaan een cliënt, niet zijnde een consument.

111. Art. 4:104 lid 1 Wft.

112. Het mag dan ook geen verwondering wekken dat de minister van Financiën heeft aangekondigd dat hij wil onderzoeken of het portefeuillerecht, waarvan het recht op premie-incasso een onderdeel vormt, past in het marktmodel dat hij voor ogen heeft. (*Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 27, p. 6).

113. Hoofdstuk VI Van de rechtspositie van de tussenpersonen van de WAb bevatte regelingen met betrekking tot het recht op provisie, het recht op premie-incasso en regelingen met betrekking tot het overdragen van een portefeuille en het overboeken van verzekeringen naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon.

114. Zie ook: Asser/Wansink, Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX* Verzekering, 2012/78.

115. Zie: C.J. de Jong, ‘De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon’ in: Hendrikse & Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht. Deel 3*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 37.