

Feedback statement

Consultatie leidraad passende provisie financiële dienstverleners

Autoriteit Financiële Markten

Augustus 2009

1. Inleiding

Per 1 januari 2009 zijn in het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen ('Bgf') nieuwe bepalingen geïntroduceerd voor financiële dienstverleners ('FD-ers') op het gebied van provisiebetalings en beloningstransparantie. Deze bepalingen beogen de consument beter te beschermen als hij een complex product of een hypotheckair krediet wil aanschaffen. In het systeem van provisies schuilt namelijk een risico van beloninggedreven 'kleuring' van het advies dat door de tussenpersoon wordt gegeven, omdat de tussenpersoon door de aanbieder wordt betaald. De regels inzake beloningstransparantie en provisiebetalings zijn gericht op het ondervangen van dit risico.

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 18 mei 2009 een concept leidraad over de toepassing van de inducementregels die gelden voor FD-ers ter consultatie aan de markt voorgelegd. De consultatie heeft van 18 mei tot 19 juni 2009 gelopen. De AFM heeft op basis van de reacties een feedbackstatement opgesteld.

In dit feedbackstatement heeft de AFM de reacties geïntventariseerd en reageert de AFM op de reacties die zij heeft ontvangen op de consultatie. Daarbij is ervoor gekozen om de reacties van de respondenten samengevat weer te geven. De AFM merkt op dat een deel van de reacties betrekking heeft op het nut en de noodzaak van de regels zelf. Gezien het feit dat de wetgeving waarop de leidraad ziet vanaf 1 januari 2009 in werking is getreden, gaat de AFM niet nader in op deze argumenten. De AFM zal het ministerie van Financiën op de hoogte stellen van deze argumenten, zodat hiermee rekening kan worden gehouden bij het opstellen van nieuwe regelgeving of het evalueren van bestaande regelgeving.

De AFM is de respondenten erkentelijk voor de reacties. Naar aanleiding van de consultatie van de concept leidraad is de leidraad passende provisies financiële dienstverleners aangepast en definitief vastgesteld.

2. Lijst van respondenten

Aroda Financiële Diensten

BarentsKrans N.V.

Consumentenbond

Infa

FiDIN en OvFD*

Financieel Advies Centrum Oost Gelderland B.V.

Franken Financieel Adviesbureau

Hanzevast Capital B.V.

Hypotheek Visie Centrale B.V.

Kring van Pensioenspecialisten

Nederlandse Vereniging van Hypothecair Planners

Nederlandse Vereniging van Banken (ING, ABN Amro Hypothekengroep en Rabobank)

Obvion N.V.

Verbond van Verzekeraars

en een aantal reacties van natuurlijke personen.

*) Gezamenlijke reactie

3. Reacties per onderwerp

Volgorde onderwerpen

1. Status van de leidraad
2. Komende wijzigingen Bgfo
3. Ideale situatie
4. Tweezijdige beloning
5. Reikwijdte
6. Noodzakelijke kosten
7. Een provisie namens de cliënt
8. Positie aanbieder
9. Transparantie niet-geldelijke vergoedingen
10. Vergoedingen binnen een groep
11. Provisie op postniveau
12. Vastlegging beleid
13. Bewijslast
14. Indicatoren van CESR
15. Indicator 3
16. Indicator 4
17. Indicator 5
18. Provisiedifferentiatie
19. Kwaliteitsvergoedingen

1. Status van de leidraad

Enkele respondenten hebben gevraagd wat de status van de leidraad is en hoe deze zich verhoudt tot de regelgevende bevoegdheid van de AFM. De AFM is toezichthouder en geen regelgever. Verder is opgemerkt dat de toonzetting te dwingend is en te strakke kaders geeft, waardoor de vraag wordt opgeroepen of marktpartijen nog de ruimte krijgen om op een alternatieve wijze invulling te geven aan de open normen. De AFM wordt verzocht te vermelden dat de indicatoren niet limitatief zijn en zelfstandige interpretaties van de AFM betreffen.

Reactie AFM:

Door middel van de leidraad geeft de AFM inzicht over hoe zij aankijkt tegen de toepassing van de open normen van de inducementregels in de dagelijkse toezichtpraktijk. Er is bewust gekozen voor de term 'leidraad'. De AFM bepaalt aan de hand van de leidraad of al dan niet in overeenstemming met de inducementregels is gehandeld en of eventueel moet worden gehandhaafd. De AFM zal bij het toetsen van provisies van derden onder meer vijf indicatoren meewegen. Deze indicatoren zijn niet limitatief, maar voor de AFM wel het uitgangspunt bij het toetsen van provisies en gevallen waarin handhaving noodzakelijk is.

Een FD-er kan de leidraad gebruiken om te zorgen dat de inducementregels worden nageleefd. Het staat de FD-er vrij om de wettelijke eisen op een eigen wijze na te leven. De FD-er zal de wijze van naleving van de inducementregels wel aan de AFM moeten kunnen uitleggen. De AFM zal deze uitleg toetsen aan de wettelijke norm. De AFM is van mening dat de uitleg in de leidraad handvatten geeft bij het toepassen van de open normen, terwijl er ruimte wordt gelaten voor de individuele FD-er.

Naar aanleiding van de reacties is de status van de leidraad en de toonzetting aangepast. De AFM heeft verduidelijkt dat een FD-er de leidraad kan gebruiken om te zorgen dat de inducementregels worden nageleefd, maar dat het de FD-er vrij staat om de wettelijke eisen op een eigen wijze na te leven (zie hoofdstuk 1 en 5).

2. Komende wijzigingen Bgfo

Een aantal respondenten vraagt zich af wat de invloed is van de komende wijzigingen van het Bgfo, die naar verwachting per 1 januari 2010 in werking zullen treden. Zij vragen zich onder meer af wat de invloed is van het totale bonusverbod en of kwaliteitsvergoedingen nog zijn toegestaan.

Reactie AFM:

De Minister van Financiën heeft de Tweede Kamer, met zijn brief van 16 juni 2009, geïnformeerd over de komende wijzigingen in het Bgfo. Hieruit volgt dat ten aanzien van geldelijke vergoedingen ervoor gekozen is om elke provisie, anders dan afsluit- en doorlopende provisie, te verbieden. Verder is het toegestaan om provisie in natura te ontvangen of te betalen die onafhankelijk van de totstandkoming van een overeenkomst wordt betaald. Zowel de afsluit- en de doorlopende provisie, als de provisie in natura moet worden getoetst aan de inducementregels.

Naar aanleiding van de reacties heeft de AFM in hoofdstuk 4 van de leidraad tot uitdrukking gebracht wat de invloed is van de komende wijzigingen in het Bgfo.

3. Ideale situatie

Volgens de AFM ontvangt een FD-er in een ideale situatie geen provisies van derden, maar brengt de FD-er de kosten in rekening bij de cliënt. Een aantal respondenten geeft aan dat de AFM zich dient te onthouden van uitspraken over wat volgens haar een ideale situatie is. Verder vinden zij dat de AFM eraan voorbij gaat dat er nadelen zitten aan een fee-betaling. Zo zijn er bijvoorbeeld geen waarborgen dat de fee-betaling passend is en bestaat de kans dat er oneigenlijk gebruik van wordt gemaakt. Een respondent merkt op dat het feemodel cliënten belemmert in hun flexibiliteit. Cliënten zullen niet snel meer een vergelijking van adviezen en tussenpersonen maken en dus eerder het risico lopen een ‘verkeerd’ advies te krijgen.

Reactie AFM:

In de concept leidraad staat het volgende. *“In een ideale situatie ontvangt de FD-er helemaal geen provisies van derden, maar brengt de FD-er haar kosten direct in rekening bij de cliënt. Een andere mogelijkheid is dat de FD-er de provisie die wordt ontvangen van de aanbieder één-op-één doorbetaalt aan de cliënt. In beide gevallen geldt dat de complexe inducementregels niet van toepassing zijn. Er is immers niet langer een prikkel om het belang van de cliënt niet centraal te stellen, omdat geen sprake kan zijn van mogelijke sturing door de aanbieder”.*

Het staat de AFM vrij om in een leidraad haar zienswijze te geven op de vraag hoe een ideale situatie eruit ziet, zeker als hiermee in het belang van de cliënt wordt gehandeld. Een belangrijk streven van de AFM is namelijk het vertrouwen van consumenten in de financiële markten te versterken. Naar het oordeel van de AFM wordt dit bevorderd indien de FD-er geen enkele prikkel heeft om niet in het belang van de cliënt te handelen. Vanuit de gedachte die ten grondslag ligt aan de regelgeving is dit dan ook de ideale situatie.

De AFM onderkent echter wel dat een provisiemodel niet per definitie verkeerd is en dat ook aan ‘fee for advice’ nadelen kunnen zitten. De ideale situatie is in de praktijk mogelijk afhankelijk van meerdere factoren, bijvoorbeeld het type consument. Naar het oordeel van de AFM zou het dan ook goed zijn indien consumenten meer keuzevrijheid krijgen in de wijze waarop zij hun tussenpersonen kunnen betalen.

Naar aanleiding van de reacties is verduidelijkt waarom sprake is van een ideale situatie. Verder geeft de AFM nu aan dat een provisiemodel niet per definitie verkeerd is en dat ook aan ‘fee for advice’ nadelen kunnen zitten (zie o.a. hoofdstuk 1 en 5).

4. Tweezijdige beloning

Respondenten vragen zich af hoe de AFM aankijkt tegen een tweezijdige beloning waarbij een tussenpersoon zowel het belang van de aanbieder als van de cliënt dient. In het geval een tussenpersoon zowel van zijn cliënten als van de aanbieders beloningen ontvangt is er immers sprake van het dienen van twee heren. Respondenten vragen zich bijvoorbeeld af of er in een dergelijk geval niet een belangenconflict kan ontstaan.

Reactie AFM:

Naar het oordeel van de AFM dient de tussenpersoon bij een eenzijdige beloning (provisie) niet per definitie uitsluitend de belangen van de aanbieder. Ook in een dergelijk geval kan de tussenpersoon (mede) de belangen van de cliënt dienen. In een situatie waarbij de belangen van de aanbieder en de cliënt niet parallel lopen, moet de FD-er ervoor zorgen dat het belang van de cliënt prevaleert, althans dat hier geen afbreuk aan wordt gedaan. Dit volgt immers uit de eis die aan de FD-er wordt gesteld om geen afbreuk te doen aan het belang van de cliënt.

5. Reikwijdte

- **Voorbeeld leadgenerator**

Een aantal respondenten stelt dat de provisie die de leadgenerator ontvangt van de bemiddelaar niet transparant gemaakt hoeft te worden. Zij menen dat de AFM verder gaat dan de uitleg van CESR door te betogen dat de provisie enige afhankelijkheid van, of relatie met, bemiddelen of adviseren inzake een complex product of een hypothecair krediet moet hebben. Naar de mening van deze respondenten leidt deze uitleg ertoe dat niet alleen ‘leads’ maar ook allerlei andere betalingen getoetst moeten worden aan de inducementregels.

Reactie AFM:

De AFM is van oordeel dat zij met deze interpretatie aansluit bij CESR. Voorbeeld VI van CESR behandelt een dergelijke situatie. In dit voorbeeld worden cliënten door een derde aangebracht bij een andere beleggingsonderneming.¹ Uit het voorbeeld blijkt dat de inducementregels van toepassing zijn op de betalende beleggingsonderneming. De kernvraag hierbij is of de betaling van de provisie door de beleggingsonderneming onder de inducementregels valt. Dit is volgens CESR het geval indien de betaling door de beleggingsonderneming enige afhankelijkheid van, of relatie met, de dienst heeft die door de beleggingsonderneming wordt verricht.

Ook in het voorbeeld van de AFM heeft de vergoeding die de bemiddelaar betaalt aan de ‘leadgenerator’ enige afhankelijkheid van, of relatie met, de dienst van de bemiddelaar, te weten het bemiddelen in hypotheek en de uiteindelijke cliënt. De AFM komt daarom tot de conclusie dat de vergoeding die de bemiddelaar betaalt onder de inducementregels valt. Deze zienswijze van de AFM sluit niet alleen aan bij CESR, maar is ook in lijn met het doel en de strekking van de inducementregels.

De AFM ziet dat er in de praktijk relatief grote bedragen worden betaald aan derden voor het enkel aanbrengen van nieuwe cliënten. De cliënt is zich hier vaak niet van bewust. Naar de mening van de AFM is het voor de cliënt van belang om te weten dat de aanbrengrer een financieel belang heeft om hem als nieuwe cliënt aan te brengen. Indien de cliënt weet dat deze derde wordt betaald voor het aanbrengen, zal de cliënt alerter zijn of dit ook zijn belang dient.

De AFM heeft stap 1 van hoofdstuk 5 nader uitgewerkt om het voorgaande te verduidelijken.

- **Begrip provisie**

Een aantal respondenten is van mening dat de AFM het begrip ‘provisie’ te ruim definieert. Algemene vergoedingen die niet zijn terug te voeren op het advies of het totstandkomen van een overeenkomst vallen niet onder de definitie, aldus deze respondenten.

Reactie AFM:

Artikel 1:1 definieert het begrip provisie als volgt: *“beloning of vergoeding, in welke vorm dan ook, voor het bemiddelen of adviseren terzake van een financieel product of het verlenen*

¹ In het voorbeeld van CESR is deze derde eveneens een beleggingsonderneming. In het kader van de discussie over de reikwijdte is dit echter niet relevant.

van een beleggingsdienst of nevendienst”. Uit de wettekst, alsmede de daarbij behorende toelichting, volgt dat het begrip ‘provisie’ ruim is en dat ook niet-geldelijke en niet-postgerelateerde vergoedingen, zoals opleiding of software, onder het begrip provisie vallen. Dergelijke vergoedingen zijn niet per definitie terug te voeren op één specifiek advies of het totstandkomen van één specifieke overeenkomst.

De AFM verwijst in dit kader naar de toelichting bij artikel 149a Bgfo. Op dit punt kan de leidraad dus niet worden aangepast.

- **Marketingvergoeding**

Een respondent vraagt zich af waarom een vergoeding voor marketingactiviteiten buiten het bereik van artikel 149a Bgfo valt. Deze vergoeding zal in de praktijk bijna altijd ook een relatie hebben met het bemiddelen in bijvoorbeeld hypotheek voor een aanbieder.

Reactie AFM:

Een tussenpersoon kan marketingactiviteiten verrichten voor een aanbieder en hier een vergoeding voor ontvangen. De activiteiten kunnen uitsluitend betrekking hebben op marketingactiviteiten, bijvoorbeeld het opzetten en onderhouden van een label voor deze aanbieder. Als het uitsluitend een vergoeding betreft voor marketingactiviteiten heeft de vergoeding geen afhankelijkheid van, of relatie met de dienst van de tussenpersoon, te weten het bemiddelen in hypotheek. Dit brengt met zich dat de vergoeding die de tussenpersoon ontvangt niet kwalificeert als ‘provisie’. Op grond hiervan zijn de inducementregels niet van toepassing.

Wel is van belang om te benadrukken dat de vergoeding niet ook betrekking heeft op andere activiteiten die wel enige afhankelijkheid hebben met het bemiddelen voor de aanbieder. Dit is bijvoorbeeld het geval als de ‘marketingvergoeding’ betrekking heeft op het verstrekken van productinformatie. Het verstrekken van productinformatie zal veelal kwalificeren als een bemiddelingsactiviteit of heeft daar een relatie mee. Dit betekent dat de inducementregels van toepassing zijn, omdat de ‘marketingvergoeding’ die de tussenpersoon ontvangt kwalificeert als provisie.

De AFM zal kijken naar de activiteit die wordt verricht waarop de vergoeding betrekking heeft en niet naar de benaming die partijen hieraan hebben toegekend. Deze benadering van ‘substance over form’ moet het gebruik van ontwijkroutes inperken.

6. Noodzakelijke kosten

Respondenten geven aan dat opleiding en software in bepaalde gevallen noodzakelijk zijn voor het verlenen van de betreffende dienst of deze mogelijk maken. Deze vergoedingen hoeven volgens deze respondenten niet getoetst te worden aan de inducementnorm.

Reactie AFM:

Vergoedingen die ‘noodzakelijk’ zijn of de dienst ‘mogelijk maken’ vallen niet onder de reikwijdte van het verbod. Ook niet-geldelijke vergoedingen, zoals opleiding en software, vallen onder het begrip provisie en daarmee onder de reikwijdte van de inducementregels. Als deze vergoedingen ‘noodzakelijk’ zijn hoeven deze echter niet getoetst te worden aan de inducementregels. De AFM merkt in dit kader op dat de term noodzakelijke kosten in de MiFID en ook door CESR zeer beperkt wordt uitgelegd. Gedacht kan worden aan wettelijke heffingen of juridische kosten. Het gaat hier met andere woorden om kosten die gemaakt

worden als gevolg van een wettelijke verplichting of om kosten om de dienst uit te kunnen voeren.

Niet-geldelijke vergoedingen zoals opleiding en software zullen in beginsel niet gekwalificeerd worden als noodzakelijke kosten. Onder bepaalde omstandigheden kan een niet-geldelijke vergoeding echter wel als noodzakelijk worden gezien. Bijvoorbeeld ingeval een tussenpersoon zonder het offertesysteem van een bepaalde aanbieder niet kan bemiddelen of adviseren in de produkten van die aanbieder. Van belang is dat de tussenpersoon kan aantonen dat het offertesysteem voldoet aan onderstaande twee eisen.

- Het is noodzakelijk om te kunnen bemiddelen of adviseren in het produkt van de betreffende aanbieder. Er is alleen sprake van noodzakelijke kosten als dit systeem aan iedere tussenpersoon op gelijke wijze ter beschikking wordt gesteld.
- Het heeft uitsluitend functionaliteiten die direct van nut zijn voor de betreffende dienst (“*closely related*”).

Het gaat dan om een vergoeding die “*van nature niet kan botsen met de plicht van de onderneming om zich op loyale, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van de cliënt*”.² Een offertesysteem voldoet hieraan als het aan de hiervoor genoemde eisen voldoet.

In hoofdstuk 5 is stap 2 toegevoegd om dit punt te verduidelijken.

7. Een provisie namens de cliënt

Een aantal respondenten is van mening dat als een FD-er met een cliënt de hoogte van de provisie overeenkomt en de cliënt daarbij toestemming (of opdracht) geeft om het bedrag via de premie in één keer door de aanbieder te laten uitbetalen aan een intermediair, dit op grond van artikel 149a, tweede lid, onderdeel a, Bgfo zonder meer moet zijn toegestaan. Volgens een respondent is hiervan ook sprake als de provisie in het dienstverleningsdocument is overeengekomen en in de offerte/polis wordt bevestigd. Deze provisie wordt vervolgens als een transparante opslag, gespecificeerd op de premienota, door de aanbieder geheven.

Reactie AFM:

De vraag die hier wordt gesteld is wanneer sprake is van provisie die wordt betaald door of aan de cliënt.

Artikel 149a, tweede lid, onderdeel a, Bgfo bepaalt dat indien de provisie wordt betaald door of aan de cliënt de provisie is toegestaan; het eerste lid (het verbod) is dan niet van toepassing. De situatie dat de provisie wordt betaald of ontvangen door de cliënt wordt gelijkgesteld met de situatie dat een vertegenwoordiger van de cliënt de provisie *namens* de cliënt betaalt of ontvangt. Als de cliënt zelf geld overmaakt of laat overmaken van zijn rekening is artikel 149a Bgfo in elk geval niet van toepassing. Dit is ook het geval als de tussenpersoon de provisie één-op-één doorbetaalt aan de cliënt.

Om te kunnen spreken van een provisie die wordt betaald door of aan de cliënt moet er sprake zijn van een betaling die met de cliënt is overeengekomen. Het voorgaande betekent echter niet dat iedere betaling die contractueel is vormgegeven als een betaling namens de cliënt is uitgezonderd. Het moet gaan om een separate instructie van de cliënt aan de FD-er die voor

² Artikel 26, onderdeel c, Uitvoeringsrichtlijn MiFID.

aanvang van de dienstverlening is overeengekomen. Het enkele feit dat de cliënt uiteindelijk de rekening betaalt (of de kosten draagt in de vorm van premiebetaling) is niet voldoende.

Het opnemen van de provisie in het dienstverleningsdocument en bevestigen in de offerte is onvoldoende. Het dienstverleningsdocument is namelijk niet meer dan een informatiedocument. Zoals aangegeven dient sprake te zijn van een separate instructie van de cliënt die voor aanvang van de dienstverlening is overeengekomen.

In hoofdstuk 5 is stap 3 toegevoegd om dit punt te verduidelijken.

8. Positie aanbieder

Respondenten hebben opgemerkt dat de AFM te ver gaat met de invulling van de verantwoordelijkheid van de aanbieder voor de naleving van de inducementregels door tussenpersonen. Het kan niet van de aanbieder worden verwacht dat deze nagaat welke werkzaamheden het intermediair voor een betreffende post heeft verricht. Dit past ook niet in het streven naar een 'onafhankelijke positie van het intermediair'.

Reactie AFM:

In de concept leidraad heeft de AFM aangegeven dat de verstrekker en ontvanger van de provisie elkaar, op grond van artikel 4:99 Wft, over en weer in staat te stellen om te voldoen aan de inducementregels. Beide hebben namelijk de verantwoordelijkheid om te beoordelen of sprake is van een passende provisie. De verantwoordelijkheid rust dan ook in beginsel in gelijke mate op beide partijen. Dit volgt ook uit artikel 149a Bgfo. De AFM heeft in dit kader opgemerkt dat de verstrekker van de provisie een haalplicht heeft en de ontvanger een brengplicht. Het voorgaande betekent bijvoorbeeld dat de aanbieder zich bij het opstellen van de contracten zal moeten inspannen om kennis te vergaren over de werkzaamheden die de tussenpersoon verricht of zal gaan verrichten en waarvoor provisie wordt verstrekt of in het vooruitzicht wordt gesteld. Aanbieders zullen ook hun verantwoordelijkheid moeten nemen voor reeds bestaande provisieafspraken met tussenpersonen. Anderzijds moet de tussenpersoon de aanbieder in staat stellen deze kennis te verkrijgen.

De AFM is het echter met de respondenten eens dat er praktische bezwaren zijn als een aanbieder per post van de tussenpersoon moet gaan beoordelen of sprake is van een passende provisie. Het is praktischer als tijdens de uitvoering van de werkzaamheden de verantwoordelijkheid voor de naleving van de inducementregels meer bij de tussenpersoon komt te liggen. Op de aanbieder rust echter wel een meldplicht indien deze in het kader van de normale bedrijfsuitoefening constateert dat de tussenpersoon met wie hij samenwerkt de inducementregels niet naleeft. Voor meer informatie over deze meldplicht verwijst de AFM naar de Leidraad Meldplicht Aanbieders.

Naar aanleiding van de reacties heeft de AFM de positie van de aanbieder in hoofdstuk 5 aangepast en verduidelijkt.

9. Transparantie niet-geldelijke vergoedingen

Voor een aantal respondenten is niet duidelijk op welke manier de economische waarde van een niet-geldelijke vergoeding per tot stand gekomen overeenkomst moet worden weergegeven. De respondenten geven aan dat veel van de niet-geldelijke vergoedingen niet in een bedrag per cliënt of overeenkomst kan worden uitgedrukt.

Reactie AFM:

Niet-geldelijke vergoedingen kunnen zowel postgerelateerd als niet-postgerelateerd worden verstrekt. Bij niet-geldelijke vergoedingen die postgerelateerd en structureel van aard zijn is het transparant maken daarvan in de praktijk goed te doen, mits de waarde in het economische verkeer bekend is (bijvoorbeeld kaartjes voor een voetbalwedstrijd).³ Hier is een verantwoordelijkheid weggelegd voor degene die de niet-geldelijke vergoeding verstrekt om de ontvanger te informeren over de waarde in het economische verkeer, zodat deze aan zijn transparantieplichting kan voldoen.

Per 1 januari 2010 worden nog enkele wijzigingen doorgevoerd in het Bgfo. Kort samengevat houden deze wijzigingen het volgende in.

1. De mogelijkheden tot het verstrekken of ontvangen van geldelijke beloningen worden beperkt tot afsluit- en doorlopende provisie. Hierdoor zijn bepaalde vormen van geldelijke beloningen, zoals vaste schap- en distributievergoedingen, niet meer toegestaan. De vraag of een provisie passend is, blijft nog steeds relevant, maar zal dan uitsluitend nog moeten worden toegepast op afsluit- en doorlopende provisie. Hierdoor zijn enkel postgerelateerde provisiën mogelijk en wordt het eenvoudiger om provisiën transparant te maken.
2. Het verstrekken of ontvangen van niet-geldelijke beloningen is slechts onder voorwaarden mogelijk. Zij zijn toegestaan als ze de kwaliteit van de dienstverlening ten goede komen en geen afbreuk doen aan de verplichting van de FD-er om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt. Voorbeelden hiervan zijn 1) software ten behoeve van productvergelijking en 2) vormen van niet-geldelijke vergoedingen die bijdragen aan kennis en deskundigheid (zoals seminars).

In het voorstel voor aanpassing van het Bgfo is een uitzondering opgenomen voor incidentele niet-geldelijke beloningen die minder dan €100 bedragen.

De AFM wijst er in dit kader op dat er een verschil bestaat tussen niet-geldelijke vergoedingen die incidenteel van aard zijn en niet-geldelijke vergoedingen die structureel van aard zijn. Incidentele niet-geldelijke vergoedingen onder de €100 worden uitgezonderd van de inducementregels (bijvoorbeeld een bloemetje, een fles wijn of een etentje onder de €100).

Daarnaast merkt de AFM op dat onder de nieuwe regels niet-geldelijke vergoedingen zowel postgerelateerd als niet-postgerelateerd kunnen zijn. Dit is geen verschil met de huidige situatie.

Ook een niet-geldelijke vergoeding die niet-postgerelateerd is, moet transparant worden gemaakt. Het verstrekken van advies- en planningssoftware ter waarde van €3.000 door een aanbieder is een voorbeeld van een niet-geldelijke vergoeding die niet-postgerelateerd is. Als deze vergoeding voldoet aan de inducementregels, moet de bemiddelaar het gehele bedrag transparant te maken. Dit kan bijvoorbeeld door deze niet-geldelijke vergoeding op de website te zetten en hiernaar te verwijzen in de opgave van de geldelijke vergoeding die schriftelijk aan de consument moet worden verstrekt. Niet-geldelijke vergoedingen die niet-postgerelateerd zijn hoeven dus niet in een bedrag per cliënt of overeenkomst te worden uitgedrukt.

³ Als deze niet-geldelijke vergoeding één-op-één wordt doorgegeven aan de cliënt zijn de inducementregels niet van toepassing.

De leidraad is op dit punt nader uitgewerkt in hoofdstuk 5 onder niet-geldelijke vergoedingen.

10. Vergoedingen binnen een groep

Een respondent geeft aan dat vergoedingen die grootbanken met een eigen kantorennetwerk aan hun bemiddelaars verstrekken in de praktijk anders zijn dan die van aanbieders zonder eigen distributienetwerk en dus ook anders beoordeeld dienen te worden. Zo wordt betoogd dat het verstrekken van software bij grootbanken gekwalificeerd kan worden als infrastructuur, terwijl dit bij aanbieders zonder eigen netwerk als provisie wordt beschouwd.

Reactie AFM:

De inducementregels zijn van toepassing op provisie tussen afzonderlijke juridische entiteiten. Met betrekking tot de vergoeding voor infrastructuur bij ondernemingen geldt dat als dit binnen dezelfde juridische entiteit plaatsvindt, er geen sprake is van provisie. Zodra er tussen verschillende juridische entiteiten van een groep gratis systemen ter beschikking worden gesteld ten behoeve van advies of bemiddeling, is veelal wel sprake van provisie. In dat geval zal de provisie transparant gemaakt moeten worden (tenzij het 'noodzakelijke' kosten zijn, zie onderdeel 6 van dit feedbackstatement). In de praktijk zal het veelal niet gaan om gratis systemen, maar worden de kosten van dergelijke systemen op een zakelijke manier met elkaar verrekend. In dat geval is er geen sprake van provisie.

11. Provisie op postniveau

Respondenten vragen zich af of de toets aan de hand van de indicatoren op postniveau moet plaatsvinden.

Reactie AFM:

Ten aanzien van de eis dat provisie van derden de kwaliteit van de dienst ten goede moet komen, geldt dat de provisie op een collectief niveau de kwaliteit van de dienst ten goede kan komen. Dit hoeft dus niet op het niveau van elke individuele cliënt het geval te zijn.

Wat betreft de eis dat een provisie geen afbreuk doet aan de verplichting van de aanbieder, bemiddelaar of adviseur om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt geldt wel dat gekeken wordt naar de provisie die in de betreffende cliëntrelatie per dienst (bemiddelen of adviseren) wordt ontvangen.

Een FD-er die in zijn beleid inzake inducements voor elke provisiestructuur (afsluitprovisie, doorlopende provisie etc.) per produkt(soort) een onderbouwing van de toelaatbaarheid heeft gemaakt, zal efficiënter kunnen werken. De inducementregels zijn immers breed en betrekking hebben op alle provisie. Als op basis van het opgestelde beleid kan worden aangetoond dat een bepaalde provisiestructuur (en dan met name de berekeningsgrondslag van de provisie) toelaatbaar is, zal bij de gemiddelde cliënt veelal sprake zijn van een passende provisie. De FD-er kan hoeft in dat geval nog slechts de afwijkende gevallen te monitoren.

Een FD-er die nalaat beleid op te stellen, zal meer moeite hebben om 'in control' te zijn en vergroot hiermee over het algemeen het risico op niet-naleving van de inducementregels. Het onderbouwen van elke individuele provisie om aan te kunnen tonen dat sprake is van een passende provisie, is waarschijnlijk minder efficiënt.

Naar aanleiding van de reacties is het voorgaande in de leidraad tot uitdrukking gebracht (zie o.a. hoofdstuk 5 en 7).

12. Vastlegging beleid

Een aantal respondenten geeft aan dat er geen juridische grondslag is om te betogen dat partijen het beleid inzake inducements in procedures en maatregelen moeten vastleggen. Dit brengt alleen maar administratieve lasten mee. De inducementregels betreffen een toets achteraf, waarbij het de eigen verantwoordelijkheid voor de ondernemer is om te bepalen of dit vooraf in een procedure wordt neergelegd.

Reactie AFM:

De verantwoordelijkheid voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de provisie ligt bij de FD-er. Het is daarom aan te bevelen dat een FD-er beleid inzake inducements opstelt. Het vastleggen van beleid is echter een middel en geen doel op zich. Een FD-er die dit nalaat, zal meer moeite hebben om 'in control' te zijn en vergroot hiermee over het algemeen het risico op niet-naleving van de inducementregels.

Uiteraard begrijpt de AFM dat vastlegging van beleid lasten met zich brengt. De AFM zal de aanbeveling ten aanzien van het vastleggen van beleid proportioneel toepassen. Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met de grootte van de FD-er.

De AFM benadrukt in dit kader dat artikel 149a Bgfo in beginsel een verbodsartikel is. Een FD-er moet voorafgaand aan het ontvangen of verstrekken van een provisie beoordelen of een provisie toelaatbaar is. De inducementregels betreffen dus géén toets achteraf. Mede om die reden beveelt de AFM ook aan om beleid op te stellen. Een FD-er die dit heeft gedaan zal efficiënter kunnen werken. Als op basis van het opgestelde beleid kan worden aangetoond dat een bepaalde provisiestructuur (en dan met name de berekeningsgrondslag van de provisie) toelaatbaar is, zal bij de gemiddelde cliënt veelal sprake zijn van een passende provisie. De FD-er hoeft in dat geval nog slechts de afwijkende gevallen te monitoren.

De leidraad is naar aanleiding van de reacties in hoofdstuk 5 en 7 verduidelijkt.

13. Bewijslast

Respondenten geven aan dat FD-ers wettelijk niet verplicht kunnen worden aan te tonen dat ze voldoen aan de inducementregels. De bewijslast ligt bij de AFM en niet bij de FD-er.

Reactie AFM:

De FD-er dient haar wettelijke verplichtingen na te leven en de AFM heeft tot taak het gedragtoezicht uit te oefenen.

Als een onderneming wettelijke bepalingen, zoals de inducementregels, overtreedt en de AFM wil haar handhavingsinstrumenten formeel toepassen dan dient de AFM de niet-naleving te bewijzen. De AFM zal daartoe onderzoek verrichten en informatie inwinnen bij de FD-er. Dit laat onverlet dat een FD-er jegens de AFM moet kunnen onderbouwen hoe zij de inducementregels naleeft. De FD-er kan dit mede doen aan de hand van de leidraad. Het staat de FD-er echter vrij om de wettelijke eisen op een eigen wijze na te leven. De FD-er zal de wijze van naleving van de inducementregels wel aan de AFM moeten kunnen uitleggen. De AFM zal deze uitleg toetsen aan de wettelijke norm.

Naar aanleiding van de reacties is de leidraad in hoofdstuk 1 en 5 verduidelijkt op dit punt.

14. Indicatoren van CCSR

Een aantal respondenten plaatst vraagtekens bij de genoemde indicatoren van de AFM. Opgemerkt wordt dat een betere aansluiting bij de indicatoren van CCSR wenselijk is. Daarnaast vragen respondenten zich af wat de relatie is tussen de indicatoren en hoe deze onderling worden gewogen. Niet duidelijk is in hoeverre de indicatoren limitatief en complementair zijn.

Reactie AFM:

Wat betreft de eis dat een provisie geen afbreuk doet aan de verplichting van de aanbieder, bemiddelaar of adviseur om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt sluit de AFM aan bij de factoren waarvan CCSR aangeeft dat ze relevant zijn bij deze beoordeling. Ook bij beleggingsondernemingen sluit de AFM aan bij CCSR. De AFM wil met het oog op 'level playing field' de inducementnorm voor beleggingsondernemingen en FD-ers namelijk zo veel mogelijk op een gelijke manier toepassen. Dat de vijf indicatoren van de AFM voor enkele respondenten verder lijken te gaan dan CCSR is begrijpelijk, omdat er voor de Nederlandse praktijk een werkbare invulling moet worden gegeven aan de inducementregels.

De AFM zal bij het toetsen van provisie van derden onder meer de betreffende vijf indicatoren meewegen. Deze indicatoren zijn niet limitatief, maar voor de AFM wel het uitgangspunt bij het toetsen van provisie en gevallen waarin handhaving noodzakelijk is. De vijf indicatoren vullen elkaar aan en worden in onderlinge samenhang in ogenschouw genomen.

15. Indicator 3

Een aantal respondenten plaatst vraagtekens bij indicator 3. Zij geven aan dat deze eis zich niet verhoudt met mededingingsrechtelijke regels.

Reactie AFM:

In CCSR Recommendation 4c staat "*whether there will be an incentive for the investment firm to act other than in the best interests of the client and whether the incentive is likely to change the investment firm's behaviour*". Ook bij indicator 3 gaat het om de prikkel die van een provisie uitgaat om niet "*in the best interests of the client*" te handelen. Een provisie die (sterk) afwijkt van wat gebruikelijk is in de markt kan een prikkel hebben die het gedrag van de FD-er kan veranderen op een wijze die afbreuk doet aan de verplichting van de FD-er om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt. De AFM sluit met indicator 3 aan bij CCSR Recommendation 4c en geeft handvatten, zodat er een voor de dagelijkse (toezicht)praktijk werkbare situatie ontstaat.

De verantwoordelijkheid om te beoordelen of een provisie is toegestaan ligt primair bij de FD-er. Alle percentages en bedragen die in de voorbeelden worden genoemd zijn willekeurig gekozen.

Naar aanleiding van de reacties heeft de AFM de leidraad in hoofdstuk 1 en 5 onder indicator 3 verduidelijkt.

16. Indicator 4

Het is niet duidelijk wat de betekenis is van het feit dat een provisie wordt ontvangen van een groepsvennootschap. Levert dit een indicator of een contra-indicator op?

Reactie AFM:

Het feit dat sprake is van groepsvennootschappen of zeggenschapsbanden hoeft op zich geen probleem te zijn, maar is wel relevant om mee te wegen bij het toetsen van provisie. Het kan een indicator zijn dat de provisie afbreuk doet aan de verplichting van de FD-er om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt (zie ook CESR Recommendation 4d).

17. Indicator 5

Indicator 5 is niet terug te voeren op één van de CESR factoren. Het betreft een eigen interpretatie van de AFM. Deze indicator zou niet in de leidraad opgenomen moeten worden. Daarnaast is onduidelijk wanneer een te grote afhankelijkheid van bepaalde provisie bestaat en hoe dat gemeten wordt.

Reactie AFM:

In CESR Recommendation 4e staat “*the nature of the item, the circumstances in which it is paid or provided and whether any conditions attach to it*”. Een sterke afhankelijkheid van de tussenpersoon van een bepaalde provisie(structuur) kan ertoe leiden dat de provisie(structuur) een prikkel heeft die er mogelijk toe leidt dat afbreuk wordt gedaan aan de verplichting van de FD-er om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt. De AFM sluit met indicator 5 aan bij CESR Recommendation 4e door onder meer de context mee te wegen waarin de provisie wordt verstrekt of ontvangen.

De AFM geeft met deze indicator handvatten, zodat er een voor de dagelijkse (toezicht)praktijk werkbare situatie ontstaat. De verantwoordelijkheid om te beoordelen of sprake is van een te grote afhankelijkheid ligt primair bij de FD-er.

18. Provisiedifferentiatie

Een aantal respondenten vraagt de AFM te verduidelijken in welke gevallen provisiedifferentiatie mogelijk is. Een respondent geeft aan dat provisiedifferentiatie mag leiden tot gunstigere voorwaarden.

Verder vraagt een respondent zich af wat de verhouding is met de indicator dat de provisie gerelateerd moet zijn aan de gemaakte kosten en inspanningen. Mag een bemiddelaar een marktconforme provisie ontvangen die niet in relatie staat met gemaakte kosten en inspanningen; mag met andere woorden efficiency worden beloofd?

Reactie AFM:

De AFM stelt voorop dat differentiatie in provisie mogelijk is. Een tussenpersoon die een meer dan gemiddelde inspanning moet leveren om voor een cliënt een overeenkomst tot stand te laten komen, mag hiervoor een hogere provisie van een aanbieder ontvangen dan wanneer de inspanning die wordt geleverd lager dan gemiddeld is. De hogere kosten kunnen ook worden veroorzaakt doordat de tussenpersoon hoogopgeleid personeel in dienst heeft of op een duurdere lokatie zit.

Als ‘gunstigere voorwaarden’ van de aanbieder worden veroorzaakt door een verschil in efficiency van de tussenpersoon, is de AFM van oordeel dat differentiatie in provisie mogelijk is. Dit brengt met zich dat er niet direct een één-op-één-relatie zal zijn tussen de provisie en de kosten en de inspanning.

Bij verschillen in provisie zullen partijen wel alert moeten zijn op wat gebruikelijk is in de markt. Indien als gevolg van differentiatie in provisie namelijk afbreuk wordt gedaan aan de

verplichting van de FD-er om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt, is de provisie niet toegestaan.

Naar aanleiding van de reacties is de leidraad in voorbeeld 2 van hoofdstuk 6 aangepast en verduidelijkt.

19. Kwaliteitsvergoedingen

Een respondent geeft aan voorstander te zijn van een verbod op alle vormen van bonusprovisies en kwaliteitsvergoedingen. Kwaliteitsvergoedingen zijn volgens deze respondent een verkapte vorm van bonusprovisies. De AFM moet, gegeven Bgfo-2, alert zijn dat het verbod op schap- of distributievergoedingen niet via de achterdeur alsnog wordt toegestaan.

Een andere respondent merkt over het kwaliteitscriterium ‘verhoogde inschrijving hypotheeksom’ het volgende op. Verhoogde inschrijving leidt bij veel notariaten tot hogere aktekosten en beperkt bij verhoging van de hypotheek de keuze voor een geldverstrekker tot de geldverstrekker van de eerste hypotheek. Naar de mening van deze respondent voldoet een dergelijk kwaliteitscriterium niet aan de eisen.

Reactie AFM:

Een aanbieder mag differentiëren in provisie die worden verschaft aan bemiddelaars, mits dit gebeurt op basis van aantoonbare verschillen in kwaliteit of inspanning die worden geleverd. Ook voor een kwaliteitsvergoeding geldt echter dat deze direct gekoppeld moet zijn aan de totstandkoming van een enkele overeenkomst. Daarnaast moet een kwaliteitsvergoeding, als opslag op een basisprovisie, aan de volgende voorwaarden voldoen:

- De bemiddelaar kan invloed uitoefenen op het behalen van deze criteria.
- De criteria zijn objectief meetbaar en worden door de aanbieder gemonitord.
- De criteria zijn op een voor de AFM controleerbare wijze vastgelegd.
- De criteria worden voor alle bemiddelaars op dezelfde wijze toegepast.

Omzetgerelateerde kwaliteitsvergoedingen zijn niet in het belang van de cliënt en derhalve niet langer toegestaan. Een kwaliteitsvergoeding is toegestaan als deze aan genoemde criteria en de inducementregels voldoet. Dit brengt uiteraard met zich dat geen sprake is van een verkapte bonusprovisie. De AFM zal hier krachtig op toezien. Zo heeft het herlabelen van een provisie (betaling) geen invloed op het mogelijke gevolg van de betaling voor de cliënt. Het maakt met andere woorden niet uit hoe partijen de vergoeding, of de werkzaamheden waarop deze vergoeding betrekking heeft, noemen. Deze benadering van ‘substance over form’ moet het gebruik van ontwijkroutes inperken. De AFM heeft dit reeds aangegeven in de leidraad.

De AFM heeft voorbeeld 2 in hoofdstuk 6 in de leidraad aangevuld en aangepast. Het kwaliteitscriterium ‘verhoogde inschrijving hypotheeksom’ is uit het voorbeeld verwijderd.