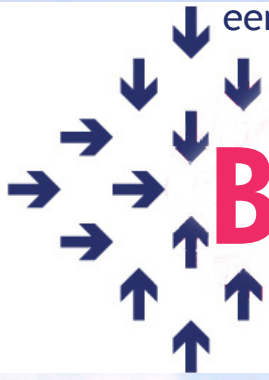


een uitgave van Findinet, de portal voor de financiële dienstverlener



Branche in **Beweging**

EXTRA

update: 16 mei 2013

Algemene zorgplicht in de Wft

Blijf op de hoogte van de laatste wijzigingen: neem een abonnement op de Nieuwsbrief

Branche in Beweging

omdat je er op je eigen moment
meer van wilt weten

een uitgave van Findinet.nl,
de onafhankelijke actualiteiten- en
kennisportal voor de financiële
dienstverlening.



Hebt u suggesties of
commentaar op de inhoud
van dit blad?

Mail het naar

redactie@findinet.nl

(via de post mag ook)

Findinet.nl

Redactie:
Jan Aikens
Molenheide 33
6027 PX Soerendonk
0495 586588
06 34404575
redactie@findinet.nl

Advertenties / banners:
0495 497050
06 34404575
info@findinet.nl

Wetsvoorstel

Na artikel 4:24 wordt een artikel ingevoegd,
luidende:

Artikel 4:24a

1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.

Inhoud

Voorgeschiedenis	3
In eerste instantie geen bestuurlijke boete	3
‘Gerechtvaardigde’ belangen	3
Waarom vindt de wetgever het zorgplichtartikel belangrijk?	3
Vangnetartikel	3
Zorgplicht in het civiele recht	4
Waarom naast de civiele zorgplicht dezelfde zorgplicht in de Wft?	4
Wisselwerking civiel-publiek	4
Niet alleen consumentenbescherming	4
Algemene zorgplicht	5
Consumenten	5
Begunstigde	5
Bijzondere zorgplicht voor adviseurs	5
Bevoegdheden AFM	5
Open norm moet worden ingevuld	5
AFM moet terughoudend handhaven	5
Aanwijzing als invulling open norm	5
Alleen gericht op toekomstige handelingen	6
Onmiddellijke inwerkingtreding; geen overgangsrecht	6
Raad van State: Zorgplichtartikel is overbodig	6
Zorgplicht in civiele recht voldoet ruimschoots	6
AFM heeft al voldoende mogelijkheden	6
Weinig toegevoegde waarde	6
Zorgplicht gaat te ver	6
Eigen verantwoordelijkheid consument	7
Niet ovetuigd van nut en noodzaak	7
Verbond onderschrijft kritisch advies Raad van State	7

Voorgeschiedenis

Het idee om een generieke zorgplicht in de Wft op te nemen is afkomstig van de AFM. De toezichthouder heeft dat in 2011 voorgesteld in haar wetgevingsbrief aan de minister van Financiën. Deze heeft daarmee ingestemd en in het consultatieconcept een nieuw artikel 4:24a geïntroduceerd.

Financiële consumenten vonden het een mooi plan. Maar ook de marktpartijen onderschreven de noodzaak om het klantbelang meer centraal te stellen.

Meer problemen hadden partijen met de rol die de AFM kreeg. In de consultatiefase kende 4:24a nog een derde lid waarin de AFM de bevoegdheid kreeg een bestuurlijke boete op te leggen in het geval een schending van de algemene zorgplicht “kennelijk nadelige gevolgen had of kon hebben voor de consument”.

Dat paste niet bij het open karakter waarmee de algemene zorgplicht is geformuleerd vonden de brancheverenigingen. Het zou de rechtszekerheid ondergraven.

In eerste instantie geen bestuurlijke boete

De minister heeft de argumentatie van de marktpartijen overgenomen: de bevoegdheid van de AFM om bij een schending van de zorgplicht met kennelijk nadelige gevolgen voor de consument direct een bestuurlijke boete op te leggen, is in het wetsvoorstel geschrapt. Als de AFM zo'n schending constateert kan zij een aanwijzing geven. Wordt die aanwijzing niet opgevolgd en gaat het 'schenden' door, dan kan de AFM wel een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen.

'Gerechtvaardigde' belangen

In de consultatieversie moest de financiële dienstverlener de belangen van de consument in acht nemen. Dat is nu veranderd in 'gerechtvaardigde belangen'.

Het belang van die toevoeging:

Een financiële dienstverlener heeft niet louter en alleen het klantbelang te dienen, maar is tevens gehouden om andere (commerciële) belangen mee te wegen. Daarom verhoudt het uitgangspunt dat de financiële dienstverlener uitsluitend en volledig in het belang van de klant mag handelen zich niet met de commerciële belangen. Dat zijn, aldus de Memorie van Toelichting “de belangen die al dan niet rechtstreeks door de financiële dienstverlening worden geraakt en wier behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener kan worden verwacht.”

Waarom vindt de wetgever het zorgplichtartikel belangrijk?

Zoals altijd bij toezichtwetgeving wordt de nadruk gelegd op de 'informatiescheefheid tussen de klant en de financiële dienstverlener'. “Door deze informatiescheefheid is het voor een consument moeilijker om een volledig geïnformeerde beslissing te nemen over de aanschaf van een financieel product. Daarbij geldt dat naarmate het financieel product complexer wordt, de informatiescheefheid groter wordt omdat de gemiddelde consument de complexiteit van een product vaak niet goed kan doorzien. De markt functioneert in dit opzicht niet optimaal, nu de vraagzijde (consument) de aanbodzijde (financiële dienstverlener) vaak onvoldoende kan corrigeren. Het is daarom wenselijk dat financiële dienstverleners een zekere zorgplicht jegens hun klanten hebben.”

Vangnetartikel

Gesteld kan worden dat de Wft en in nog belangrijker mate het Bgfo de consument al voldoende beschermt door de gedetailleerde gedragsregels waaraan financiële dienstverleners zich moeten houden.

Dat kan zo zijn aldus de wetgever, maar de afgelopen jaren is duidelijk geworden dat de ontwikkelingen in de financiële sector soms sneller gaan dan de ontwikkeling van regelgeving. Hierdoor kan bij gebreke van een wettelijke basis niet altijd tijdig worden ingegrepen bij schadelijk marktgedrag, terwijl dit marktgedrag vergaande (financiële) gevolgen kan hebben voor consumenten en uiteindelijk voor het vertrouwen in de financiële markten. Een vangnet achter de verschillende specifieke normen die consumenten beogen te beschermen is daarom wenselijk.

Zorgplicht in het civiele recht

De Memorie van Toelichting merkt op dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt aangenomen “dat ook in het civiele recht financiële dienstverleners een zorgplicht hebben jegens hun klanten, die verder gaat dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen.”

In dit kader merkt de wetgever op dat de voorgestelde algemene zorgplicht in beginsel geen verder reikende verantwoordelijkheid aan financiële dienstverleners oplegt dan de civielrechtelijke zorgplicht.

Waarom naast de civiele zorgplicht dezelfde zorgplicht in de Wft?

Omdat, aldus de wetgever, in het civiele recht partijen zelf een geschil aanhangig moeten maken. Door de zorgplicht ook in de (publiekrechtelijke) Wft op te nemen wordt handhaving door een toezichthouder mogelijk. “Daarmee is de publiekrechtelijke handhaving van de zorgplicht een wezenlijke aanvulling op het systeem van consumentenbescherming, nu de toezichthouder kan ingrijpen als er sprake is van schendingen, soms al alvorens de consument schade ondervindt dan wel voordat de groep van getroffen consumenten zich verder uitbreidt. De toezichthouder zal doorgaans een voorsprong in kennis hebben en tijdiger kunnen optreden dan de individuele consument.

Wisselwerking civiel-publiek

Publiekrechtelijke handhaving zal niet resulteren in schadeloosstelling van de getroffen consument. Maar een consument kan een door de toezichthouder opgelegde sanctie wel gebruiken ter onderbouwing van een civielrechtelijke vordering. En andersom is het denkbaar dat een uitspraak van de civiele rechter aanleiding kan zijn voor de toezichthouder om in soortgelijke gevallen handhavend op te treden.

Niet alleen consumentenbescherming

Het zorgplichtartikel dient volgens de wetgever een breder belang dan alleen het klantbelang.

Voorkomen van reputatieschade

Onregelmatigheden in het optreden van financiële dienstverleners brengen negatieve externe effecten met zich mee omdat alle financiële dienstverleners (reputatie)schade oplopen door schadelijk gedrag van een enkeling. “Door een zorgvuldige behandeling van de klant en zijn belangen wordt bijgedragen aan het publieke vertrouwen in de financiële markten.”

Cultuuromslag

Explicitering van het uitgangspunt dat te allen tijde op zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de klant kan daarnaast bijdragen aan de gewenste cultuuromslag in de financiële sector.

Vangnet

Naast explicitering van dit uitgangspunt, kan een wettelijk verankerde algemene zorgplicht ook als vangnet dienen waarmee tijdig kan worden ingegrepen bij misstanden op de financiële markten.

Het uitgangspunt is en blijft echter dat AFM optreedt op grond van de bestaande specifieke voorschriften. Alleen

als deze specifieke regels ontbreken, kan de algemene zorgplicht dienen als vangnet om in te grijpen.

Eigen verantwoordelijkheid consument

De wetgever benadrukt dat de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners geen afbreuk doet aan de eigen verantwoordelijkheid van consumenten “om zich naar vermogen te informeren over en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten, alsmede correcte informatie te verstrekken aan de financiële dienstverlener. Daarbij mag ook in redelijkheid worden verwacht dat de consument naar eigen vermogen tracht de door een financiële dienstverlener verstrekte informatie, bijvoorbeeld in de vorm van financiële bijsluiters, tot zich te nemen.”

Het artikel kent twee zorgplichtvormen:

- algemene zorgplicht voor alle

financiële dienstverleners en

- bijzondere zorgplicht voor adviseurs

Algemene zorgplicht

Deze zorgplicht houdt in dat een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de belangen van de klant in acht moet nemen.

De algemene zorgplicht is van toepassing op financiële dienstverleners. Dat zijn:

- aanbieders van alle financiële producten met uitzondering van een financieel instrument
- adviseurs over alle financiële producten met uitzondering van een financieel instrument
- bemiddelaars van alle financiële producten met uitzondering van een financieel instrument
- gevolmachtigd en ondergevolmachtigd agenten

De algemene zorgplicht is dus niet van toepassing op het verlenen van beleggingsdiensten, nu deze diensten specifiek zien op financiële instrumenten. Dit is ook niet nodig, omdat voor beleggingsondernemingen ingevolge artikel 4:90 van de Wft al een soortgelijke zorgplicht geldt. Als gevolg van de systematiek van afdeling 4.2.3 is de generieke zorgplicht ook niet van toepassing op herverzekeringbemiddelaars en premiepensioeninstellingen als aanbieders van pensioen. Verricht de PPI intermediaardiensten dan is de zorgplicht daarop wel van toepassing. De zorgplicht voor financiële dienstverleners is bedoeld als algemene norm naast de reeds bestaande (specifieke)

zorgplichten en voorschriften voor financiële dienstverleners. De algemene zorgplicht is bedoeld als vangnet indien deze voorschriften ontbreken.

Consumenten

De meeste artikelen met betrekking tot verzekeren hebben de bedoeling om de cliënt te beschermen, dus ook de zakelijke klanten. Het zorgplichtartikel beperkt zich uitdrukkelijk tot handelingen ten opzichte van consumenten, dus op niet in de uitoefening van hun bedrijf of beroep handelende natuurlijke personen.

Begunstigde

Het begrip 'begunstigde' is opgenomen voor het geval dat de financiële dienstverlener weliswaar een financiële dienst met betrekking tot een ander financieel product dan een financieel instrument verleent aan een consument, maar de begunstigde van dit product een derde persoon is (bijvoorbeeld bij levensverzekeringen).

Bijzondere zorgplicht voor adviseurs

Voor financiële dienstverleners die adviseren geldt een bijzondere zorgplicht: zij hebben de verplichting om "in het belang van de klant te handelen".

De Memorie van Toelichting hierover: "In het geval een financiële dienstverlener optreedt als adviseur, dan wordt hij door de klant ingehuurd om zijn belangen te behartigen. In de relatie tussen klant en adviseur is de consument bovendien vaak extra kwetsbaar nu de informatiescheefheid in deze relatie vaak groter is dan bij andere financiële diensten; deze informatiescheefheid ligt immers vaak ten grondslag aan de reden dat de klant een adviseur inhuurt.

In de relatie tussen klant en adviseur kunnen zich echter conflicten tussen de belangen van de adviseur en de belangen van de klant voordoen. Het is daarom, en omdat de klant de adviseur juist voor de behartiging van diens belangen inschakelt, van belang te expliciteren dat een adviseur bij zijn dienstverlening dient te handelen in het belang van de klant. Ook hierbij geldt dat het moet gaan om de gerechtvaardigde belangen van de consument, zijnde de belangen die al dan niet rechtstreeks door de financiële dienstverlening worden geraakt en wier behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener kan worden verwacht."

Bevoegdheden AFM

Het zorgplichtartikel is vooral bedoeld om de AFM een handvat te bieden om tijdig in te grijpen indien financiële dienstverleners op onzorgvuldige wijze omgaan met de belangen van de klant.

Open norm moet worden ingevuld

Gezien het open karakter van deze norm, zal de algemene zorgplicht in de praktijk nader worden ingevuld aan de hand van concrete gevallen en omstandigheden waarbij de vereiste zorgvuldigheid met betrekking tot de belangen van de consument of begunstigde onvoldoende is betracht.

AFM moet terughoudend handhaven

Uit het doel en het karakter van de algemene zorgplicht vloeit tevens voort dat de AFM handhaving van deze norm terughoudend en slechts in geëigende gevallen zal toepassen, aldus de wetgever. Het gaat om situaties "waarin sprake is van evidente misstanden die schadelijke gevolgen (kunnen) hebben voor de consument of begunstigde."

De algemene zorgplicht zal de AFM in staat stellen om handhavend op te treden ook voordat de schade voor de consument of begunstigde zich daadwerkelijk verwezenlijkt.

Aanwijzing als invulling open norm

In de praktijk zal het erop neerkomen dat de bindende aanwijzingen van de AFM gaan fungeren als invullingen van de open zorgplichtnorm. De wetgever vindt dat een nuttige zaak omdat een dergelijke invulling "de bescherming van consumenten en de rechtszekerheid voor marktpartijen bevordert. Dit is ingegeven door de behoefte om de algemene zorgplicht in een concreet geval nader in te vullen en marktpartijen in staat te stellen om schadelijk gedrag te herstellen, alvorens de AFM een sanctie kan opleggen. Dit sluit ook beter aan bij de gedachte dat de algemene zorgplicht vooral fungeert als een vangnet voor schadelijk marktgedrag dat (nog) niet wordt gedekt door bestaande regelgeving. Daarbij zal de handhaving van deze norm zich vooral richten op het voorkomen van (verdere) schade voor consumenten als gevolg van misstanden op de financiële markten. "

Alleen gericht op toekomstige handelingen

De toezichthouder zal bij de handhaving in beginsel een bepaalde gedragslijn voorschrijven die inhoudt dat de financiële dienstverlener van een bepaalde met de zorgplicht strijdige handelswijze dient af te zien. Een gedragslijn is daarmee gericht op toekomstige handelingen en niet op het herstellen van verzuimen in het verleden.

Onmiddellijke inwerkingtreding; geen overgangsrecht

Voorgesteld wordt om het zorgplichtartikel onmiddellijk in werking te laten treden nadat het wetsvoorstel het Staatsblad heeft gehaald. Waarschijnlijk betekent dat dat de zorgplicht ingaat op 1 januari 2014.

De algemene zorgplicht heeft geen terugwerkende kracht en is dus niet van toepassing op dienstverlening voor zover deze reeds voor de inwerkingtreding van de algemene zorgplicht heeft plaatsgevonden. Daarom is een overgangsrecht niet nodig.

Raad van State: Zorgplichtartikel is overbodig

De afdeling Advies van de Raad van State adviseert de minister “de invoering van een publiekrechtelijke zorgplicht nader te overwegen”. Dit is de verhullende formulering van: “zie er van af. Een generiek zorgplichtartikel in de Wft is helemaal niet nodig”.

De Raad van State heeft voor dit negatief advies de volgende argumenten:

Zorgplicht in civiele recht voldoet ruimschoots

De Afdeling wijst erop dat de Hoge Raad in het civiele recht, naast de zorg van een goed opdrachtnemer, ook een bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen aanneemt. De zorg waartoe een financiële instelling jegens een cliënt gehouden is, gaat daarbij verder dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen.

De bijzondere zorgplicht van een financiële instelling loeit volgens vaste rechtspraak voort uit de bijzondere functie die financiële instellingen in het maatschappelijk verkeer vervullen, waarbij zij als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverleners bij het publiek een bepaald vertrouwen genieten. Deze bijzondere zorgplicht heeft zowel betrekking op de zorg die een instelling jegens haar particuliere cliënten (in het kader van een contractuele relatie) in acht moet nemen, als op zorg die zij onder omstandigheden jegens bepaalde derden moet betrachten.

De Hoge Raad oordeelde dat de strekking van de bijzon-

dere zorgplicht het beschermen van cliënten tegen het gevaar van eigen lichtzinnigheid of gebrek aan inzicht is.

De Afdeling concludeert dat aan de noodzaak voor bescherming van de afnemers van financiële diensten door de bovengenoemde brede bijzondere zorgplicht in het civiele recht al tegemoet is gekomen.

AFM heeft al voldoende mogelijkheden

Handhaving door de AFM zal geschieden door het geven van een aanwijzing. De toelichting vermeldt niet wat de inhoud van een dergelijke aanwijzing zou (kunnen) zijn. Het ligt in de rede, aldus de Raad van State, “dat de aanwijzing in ieder geval zal inhouden dat de onderneming in het vervolg, ter voorkoming van financieel nadeel van de consument, van een bepaalde, met de zorgplicht strijdige, handelwijze dient af te zien.”

De Afdeling is van mening dat de bestaande bevoegdheden van de AFM in het algemeen voldoende mogelijkheden bieden om in te grijpen als financiële dienstverleners bij het aanbieden van producten (dreigen te) handelen in strijd met hun civielrechtelijke zorgplicht.

Weinig toegevoegde waarde

De AFM kan alleen een aanwijzing geven met betrekking tot toekomstig gedrag en niet op herstel van verzuimen in het verleden. Dit heeft tot gevolg dat een consument die al is getroffen door een schending van de publiekrechtelijke zorgplicht om schadeloosstelling te verkrijgen, toch nog steeds de gang naar de civiele rechter zal dienen te maken.

De Afdeling stelt vast dat ook om die reden het voorstel weinig toegevoegde waarde heeft.

Zorgplicht gaat te ver

De toelichting vermeldt dat de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners geen afbreuk doet aan ‘de eigen verantwoordelijkheid van consumenten om zich naar vermogen te informeren over en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten, alsmede correcte informatie te verstrekken aan de financiële dienstverlener. De financiële dienstverlener dient in de uitvoering van zijn zorgplicht rekening te houden met de ‘gerechtvaardigde belangen van de cliënt’.

De Afdeling is van oordeel dat de voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht een wel zeer ruim bereik heeft. Op de financiële dienstverlener komt op grond van het voorstel een zware verantwoordelijkheid tot behartiging van het belang van de consument te rusten.

De Afdeling wijst daarbij ook op de opmerking in de toe-

lichting dat ‘verder blijkt dat zelfs wanneer een consument over alle voorhanden informatie beschikt en deze informatie tot zich heeft genomen, daaruit niet per definitie kan worden geconcludeerd dat een consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt’.

Eigen verantwoordelijkheid consument

“Waar de consument weliswaar de verantwoordelijkheid draagt om zich naar vermogen te informeren, lijkt de financiële dienstverlener er voor verantwoordelijk te worden dat de consument uiteindelijk een passende beslissing neemt. De Afdeling is er niet van overtuigd dat een dergelijke verdeling van verantwoordelijkheid tussen de financiële dienstverlener en de consument recht doet aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument.

Met een zodanig vergaande publiekrechtelijke zorgplicht valt zelfs niet uit te sluiten dat de consument slechts een beperkt verantwoordelijkheidsbesef aan de dag zal leggen, nu de verantwoordelijkheid voor de bescherming van zijn belang in belangrijke mate bij de financiële dienstverlener zal komen te berusten.

Niet overtuigd van nut en noodzaak

“In het licht van al bovenstaande is de Afdeling niet overtuigd van het nut en de noodzaak van een zo vergaande publiekrechtelijke zorgplicht.

Verbond onderschrijft kritisch advies Raad van State

Het Verbond van Verzekeraars steunt de kritiek van de Raad van State om een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners op te nemen in de Wijzigingswet financiële markten (Wft).

Het Verbond is blij met de evenwichtige adviezen van de Raad van State. Het Verbond vindt dat – los van de politieke waan van de dag – een zorgvuldige afweging van de diverse belangen moet worden gemaakt. Financiële dienstverleners hebben zeker hun verantwoordelijkheden, afnemers echter ook.

Het Verbond onderschrijft dan ook de opmerking van de Raad van State dat het voorstel geen recht doet aan de eigen financiële verantwoordelijkheid van de consument. Sterker, de Raad acht het mogelijk dat het verantwoordelijkheidsbesef van de consument hierdoor kan verminderen. Dat doet afbreuk aan de inspanningen van de financiële sector om de financiële bewustwording van consumenten te vergroten – onder meer via het platform Wijzer in geldzaken. Daarbinnen trekken Verbond, ministerie van Financiën en andere partijen samen op om het financieel inzicht van consumenten te verbeteren.

De documenten vindt u op de website van Findinet.nl:

>> [Bij het artikel Wft 2014 inclusief algemene zorgplicht naar Kamer:](#)

- Wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014
- Memorie van Toelichting
- Het deel van de toelichting die betrekking heeft op de algemene zorgplicht

>> [Bij het artikel Raad van State: schrap zorgplichtartikel uit Wft:](#)

- Advies Raad van State