

Vergaderjaar 2016–2017

33 632

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2014)

E

BRIEF VAN DE MINISTER VAN FINANCIËN

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 30 december 2016

Per 1 januari 2014 is er in de Wet op het financieel toezicht (Wft) in artikel 4:24a een algemene zorgplicht vastgelegd die financiële dienstverleners¹ in acht moeten nemen jegens consumenten of begunstigen. Als gevolg van het amendement Aukje de Vries/Koolmees² kent dit artikel ook een evaluatiebepaling, die inhoudt dat binnen drie jaar na inwerkingtreding de doeltreffendheid en effecten van de algemene zorgplicht in de praktijk dienen te worden geëvalueerd.

Deze evaluatie heeft de afgelopen tijd plaatsgevonden. Hiertoe zijn vanaf september 2016 diverse (belanghebbende) partijen en deskundigen uitgenodigd om hun ervaringen met en visie op de algemene zorgplicht sinds de introductie daarvan te delen met het Ministerie van Financiën. In dat kader hebben gesprekken plaatsgevonden met de AFM, (vertegenwoordigers van) de financiële sector³, de Vereniging Eigen Huis (VEH), de Consumentenbond, de Rechtbank Rotterdam, het Kifid, en diverse academici en advocaten. Tijdens deze gesprekken zijn met deze partijen hun ervaringen met de algemene zorgplicht in de praktijk besproken. Daarbij is aan hen onder meer de vraag voorgelegd in hoeverre met de bestuursrechtelijke introductie van de algemene zorgplicht aan de doelstellingen van de invoering van de algemene zorgplicht in de Wft tegemoet is gekomen.

¹ Financiële dienstverleners worden in artikel 1:1 Wft gedefinieerd als: degene die een ander financieel product dan een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringsbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent.

² *Kamerstukken II 2013/14, 33 632, nr. 14.*

³ De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), het Verbond van Verzekeraars, Adfiz, de Organisatie van Financiële Dienstverleners (OvFD), de Nederlandse Vereniging van Financieringsadviseurs en -bemiddelaars (NVF) en de Vereniging van Financieringsondernemingen (VNF).

In deze brief zal ik eerst een samenvatting geven van mijn bevindingen. Daarna zal ik ingaan op de achtergrond bij de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft en een kort overzicht geven van de ontwikkelingen die zich sinds 2014 ten aanzien van de algemene zorgplicht hebben voorgedaan. Tot slot zal ik aangeven wat mijn bevindingen zijn. In de bijlage is een weergave opgenomen van hetgeen voornoemde partijen op hoofdlijnen naar voren hebben gebracht over hun ervaringen met en visie op de algemene zorgplicht in de Wft.

Hierbij merk ik alvast op dat de effecten van de invoering van de algemene zorgplicht moeilijk te isoleren zijn van andere ontwikkelingen. Zo is de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners vrijwel gelijktijdig met andere maatregelen ingevoerd, zoals het toezicht op het productontwikkelingsproces. Daarnaast viel de invoering van de algemene introductie (deels) samen met de door financiële dienstverleners zelf ingezette cultuurverandering. Voorts is er sinds de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft niet formeel gehandhaafd op grond van artikel 4:24a Wft en is er (derhalve) nog geen bestuursrechtelijke rechtspraak tot stand is gekomen. Hierdoor ontbreken (harde) empirische gegevens op grond waarvan ver(der)gaande conclusies kunnen worden getrokken over de doeltreffendheid en effecten van de algemene zorgplicht in de praktijk. Gelet hierop ben ik van mening dat een (nieuwe) evaluatie is aangewezen. Ik kom hierop later in deze brief terug.

Voor de volledigheid merk ik hier op dat de afgelopen tijd een consultatie heeft plaatsgevonden over de effectiviteit en gewenste mate van bescherming van zzp-ers en mkb-ers bij financiële dienstverlening.⁴ Hierbij is onder andere de vraag aan bod gekomen of de reikwijdte van de algemene zorgplicht moet worden uitgebreid naar klein zakelijk. Ik zal de Tweede Kamer begin 2017 informeren over de uitkomsten van deze consultatie.

Samenvatting

Samenvattend geeft de evaluatie mij geen aanleiding tot het treffen van maatregelen. De bestuursrechtelijke verankering van de algemene zorgplicht is ingevoerd als een aanvulling op het systeem van consumentenbescherming (normerende werking) en als vangnetbepaling op grond waarvan de AFM kan handhaven indien specifieke regels in de Wft ontbreken (sanctionerende werking). De regeling functioneert in die opzichten goed. Partijen hebben tijdens de evaluatie wel een aantal aandachtspunten naar voren gebracht. Deze aandachtspunten lijken echter niet zozeer voort te komen uit de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft, maar lijken (veeleer) samen te hangen met kritische geluiden over het ontbreken van voldoende rechtsbescherming in algemene zin. In deze brief onderschrijf ik het belang van (zoveel mogelijk) transparantie en openheid bij de uitoefening van het financiële toezicht en gebruikmaking door de sector van rechtsmiddelen waar nodig. Aan de door geraadpleegde partijen gesuggereerde aanpassingen in de wetssystematiek zijn nadelen verbonden terwijl onvoldoende naar voren is gekomen dat deze voorstellen de naar voren gebrachte aandachtspunten in afdoende mate zouden (kunnen) adresseren danwel dat deze noodzakelijk zouden zijn. Wel zie ik – gegeven het ontbreken van formele handhaving en bestuursrechtelijke rechtspraak – aanleiding voor een nieuwe evaluatie van de algemene zorgplicht. De Staten-Generaal zal uiterlijk 1 januari 2022 een verslag met de bevindingen van deze evaluatie ontvangen.

⁴ <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk>

Achtergrond algemene zorgplicht

In oktober 2011 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) in haar wetgevingsbrief de wens geuit om een zogenaamde algemene (of generieke) zorgplicht in de Wft op te nemen in aanvulling op de regels voor zorgvuldige advisering en de (toen nog toekomstige) bevoegdheden met betrekking tot het productontwikkelingsproces. De AFM gaf aan dat zij het wenselijk achtte dat er een vangnetbepaling in de Wft kwam voor gevallen die buiten de reikwijdte van de adviesregels en de regels voor het productontwikkelingsproces vallen maar die zo schadelijk zijn dat direct ingrijpen gewenst is.⁵

In reactie daarop zijn de voor- en nadelen van een dergelijke zorgplicht nader onderzocht en heeft er overleg plaatsgevonden met de AFM. Dit alles heeft geresulteerd in opname van de algemene zorgplicht in het wetsvoorstel Wijzigingswet Financiële Markten 2014 in een nieuw artikel 4:24a Wft. Op grond hiervan dient een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van een consument of begunstigde in acht te nemen. Indien een financiële dienstverlener adviseert, dient hij te handelen in het belang van de consument of begunstigde.

De doelstelling van het artikel is drieledig.⁶ Ten eerste is met de invoering van de algemene zorgplicht in de Wft beoogd de positie van de consument beter te beschermen. Aangezien er sprake is van een informatiescheefheid tussen consumenten en financiële dienstverleners en van beperkte rationaliteit aan de kant van consumenten bij hun keuze voor een product, heeft de wetgever het wenselijk en noodzakelijk geacht om expliciet in de Wft op te nemen dat de financiële dienstverlener nagaat of zijn handelen of nalaten – kort gezegd – geen afbreuk doet aan de belangen van de klant. Hierdoor kan de AFM bij een evidente misstand handhavend optreden als wel afbreuk wordt gedaan aan de belangen van de klant. Dergelijke handhaving richt zich op het voorkomen van (verdere) schade voor consumenten. Daarmee is de publiekrechtelijke handhaving van de algemene zorgplicht in de Wft een wezenlijke aanvulling op het systeem van consumentenbescherming, nu de toezichthouder kan ingrijpen 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 consument. Ten tweede is met de invoering van de algemene zorgplicht in de Wft bedoeld bij te dragen aan de beoogde cultuuromslag in de financiële sector. Met de opname van de algemene zorgplicht in de Wft is het uitgangspunt wettelijk verankerd dat te allen tijde op zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de klant. Deze explicitering kan bijdragen aan de gewenste cultuuromslag in de financiële sector. Ten derde kan de algemene zorgplicht dienen als vangnetbepaling waarmee de AFM, bij gebrek aan specifieke regels, tijdig kan ingrijpen bij misstanden op de financiële markten.

De introductie van de algemene zorgplicht in de Wft is dan ook bedoeld als de publiekrechtelijke verankering van een vanuit het civiele recht al op financiële dienstverleners rustende zorgplicht en is bedoeld als een aanvulling op het systeem van consumentenbescherming en als een vangnet indien specifieke, publiekrechtelijke regels ontbreken.

De invoering van de algemene zorgplicht in de Wft heeft destijds tot discussie geleid. Zo was de Raad van State in zijn advies kritisch over de

⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 31 980, nr. 55.

⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 632, nr. 3.

noodzaak van de invoering van een publiekrechtelijke equivalent van de al bestaande civielrechtelijke zorgplicht. Vanuit de financiële sector en de Tweede Kamer werden zorgen geuit over het open karakter van de algemene zorgplicht. Gevreesd werd dat er door het voorgestelde artikel potentieel veel ruimte aan de AFM zou worden gelaten en dat de toezichthouder door handhaving van deze algemene zorgplicht deze naar eigen inzicht zou kunnen invullen. Dit terwijl er op deze invulling geen parlementaire controle van toepassing is en deze verder zou kunnen reiken dan die van de civielrechtelijke zorgplicht. Dit zou de rechtszekerheid van financiële dienstverleners kunnen aantasten.

Als gevolg daarvan is er – onder andere – via het genoemde amendement Aukje de Vries/Koolmees een clausulering van de bevoegdheid van de AFM in artikel 4:24a Wft opgenomen. Door die clausulering kan de AFM alleen bij evidente misstanden ingrijpen en dient zij dan eerst een aanwijzing te geven, waarna de AFM alleen bij het niet-naleven van deze aanwijzing over zou kunnen gaan tot het opleggen van een boete. Zoals hiervoor vermeld, is als gevolg van ditzelfde amendement ook de evaluatiebepaling in het artikel terechtgekomen.⁷

Ontwikkelingen sinds introductie

Tot op heden is nog niet formeel gehandhaafd op grond van artikel 4:24a Wft: de toezichthouder heeft nog geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een aanwijzing te geven aan een financiële dienstverlener bij een evidente misstand. De AFM heeft aangegeven dat de achtergrond hiervan onder meer is dat er (i) veelal meer concrete normen in de Wft voor handen zijn, (ii) marktpartijen reeds zelf – al dan niet op aandringen van de toezichthouder – tot aanpassingen overgaan (normerende werking), en (iii) er geen sprake is geweest van een misstand die aan het criterium evident voldoet. Dientengevolge is er ook nog geen bestuursrechtelijke rechtspraak tot stand gekomen.

Wel zijn er door zowel de rechtbank Amsterdam als door het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) enkele uitspraken gedaan, waarbij een civielrechtelijke zaak mede aan de hand van artikel 4:24a Wft is beoordeeld.⁸ Deze uitspraken zijn echter niet relevant in het kader van de onderhavige evaluatie, omdat deze niet hebben bijgedragen aan de bestuursrechtelijke invulling van de algemene zorgplicht uit artikel 4:24a Wft.

Bevindingen

Algemeen

Wat voorop staat is dat de algemene zorgplicht in de Wft is ingevoerd als een aanvulling op het systeem van consumentenbescherming (normerende werking)⁹ en als vangnetbepaling op grond waarvan de AFM kan handhaven indien specifieke regels in de Wft ontbreken. Artikel 4:24a Wft functioneert volgens (het merendeel van de) gesproken partijen in die opzichten goed. Gelet hierop bestaat er naar mijn oordeel geen aanleiding

⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 632, nr. 14.

⁸ Rechtbank Amsterdam, 18 november 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:9493 (X/ING Bank N.V.; Bank als aanbieder van bankrekening niet aansprakelijk jegens rekeninghouder voor schade als gevolg van frauduleuze praktijken van derden); Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, 7 juni 2016, nr. 2016–246 (Consument/Standaert De Gier & Zuidberg Financieel Adviseurs).

⁹ Financiële dienstverleners dienen de gerechtvaardigde belangen van de consument of de begunstigde op zorgvuldige wijze in acht te nemen en een financiële dienstverlener die adviseert, dient in het belang van de consument of begunstigde te handelen.

voor een fundamentele wijziging met betrekking tot de bestuursrechtelijke verankering van de algemene zorgplicht. Dit geldt temeer nu – bij het nog ontbreken van formele handhaving c.q. bestuursrechtelijke rechtspraak – voorlopig (harde) empirische gegevens ontbreken op grond waarvan verdergaande conclusies kunnen worden getrokken. De redenen die destijds ten grondslag lagen aan de bestuursrechtelijke verankering van de algemene zorgplicht, gelden ook nu nog. Het uitgangspunt is en blijft dat de AFM zal optreden op basis van de concrete regels in de Wft. Pas wanneer deze specifieke regels ontbreken, maar wel sprake is van een evidente misstand die schadelijke gevolgen heeft of kan hebben voor de consument, biedt de algemene zorgplicht de toezichthouder een grondslag om op te treden en daarmee (verdere) schade voor consumenten te voorkomen. De toezichthouder zal doorgaans over meer deskundigheid beschikken dan de consument en daardoor effectiever ongewenst marktgedrag kunnen signaleren en daartegen optreden. Daarmee is publiekrechtelijke verankering van de zorgplicht een wezenlijke aanvulling op het systeem van (civielrechtelijke) consumentenbescherming.

Tijdens de evaluatie hebben (enkele) belanghebbenden een aantal aandachtspunten naar voren gebracht bij artikel 4:24a Wft. Volgens deze partijen zou er sprake zijn van een verschuiving van formeel naar informeel toezicht en rechtsonzekerheid omtrent de invulling van de algemene norm door de toezichthouder en bestuursrechter. Dit zou volgens deze partijen (kunnen) leiden tot grote voorzichtigheid bij financiële dienstverlening en in het uiterste geval tot het niet of slechts in beperkte mate aanbieden van bepaalde producten en diensten. Deze aandachtspunten lijken echter niet zozeer voort te komen uit de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft, maar lijken samen te hangen met kritische geluiden over het ontbreken van voldoende rechtsbescherming in algemene zin, onder meer in geval van het hanteren van informele maatregelen. Momenteel wordt – op grond van artikel 39, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen – gewerkt aan een verslag over de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van de toezichthouder. Dit verslag zal naar verwachting in het eerste kwartaal 2017 naar de Staten-Generaal worden gezonden. De toezichthouder heeft als aandachtspunt aangegeven de clausulering van haar handhavingsbevoegdheid als beperkend te ervaren. Over de in onderhavige evaluatie naar voren gebrachte aandachtspunten merk ik het volgende op.

Informeel toezicht en belang van transparantie

Een verschuiving van formele handhaving naar informele beïnvloeding door de toezichthouder is op zichzelf wenselijk. In sommige gevallen is hard formeel ingrijpen door de toezichthouder onverkort aangewezen. In andere gevallen kan informele beïnvloeding effectiever en aangewezen zijn. Zo kan informeel toezicht leiden tot (snelle) aanpassingen in de organisatie van een onderneming waardoor schadelijk gedrag wordt beëindigd. Dit komt ten goede aan het in acht nemen van de gerechtvaardigde belangen van de klant of het borgen van het klantbelang alsmede consumentenbescherming in brede zin. Daarbij wordt de onderneming via informeel toezicht (middels een dialoog) in staat gesteld snel adequate aanpassingen in de organisatie in het belang van de consument te verrichten zonder risico op (publieke) reputatieschade. Een (brancheorganisatie van een) marktpartij gaf dan ook aan te onderschrijven dat de AFM meer inzet op informele beïnvloeding. De toezichthouder is – ook bij informeel toezicht – gehouden aan het wet- en regelgevend kader, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene wet bestuursrecht (Awb). In dit verband dient de

toezichthouder rekening te houden met de bestaande civiele (invulling van de) algemene zorgplicht: de bestuursrechtelijke norm is immers niet anders dan de civielrechtelijke norm en de bestuursrechtelijke handhaving zou hiermee in lijn moeten zijn. Voorts onderschrijf ik – evenals de AFM – in algemene zin dat transparantie en openheid bij de uitoefening van het financiële toezicht, waaronder ook informele beïnvloeding, van belang is. Het zoveel mogelijk inzichtelijk maken van gemaakte keuzes en bevindingen in het toezicht kan de rechtszekerheid ten goede komen. Ook kan de sector hieruit in den brede lering trekken. Ik wijs hierbij op het geconsulteerde voorstel voor de Wet transparant toezicht financiële markten.¹⁰ Dit wetsvoorstel beoogt onder meer transparantie te bewerkstelligen ten aanzien van het toezicht van de toezichthouders en bevat wijzigingen van hun bevoegdheden om informatie openbaar te maken. De sector heeft hierin ook een rol. Indien een financiële dienstverlener van mening is dat de toezichthouder te ver zou gaan in haar (informele) toezicht (op grond van de algemene zorgplicht) ligt het in de rede dat hij hiertegen in verweer komt. Er zijn voldoende bevoegdheden c.q. rechtsmiddelen om een formeel besluit af te wachten dan wel tegen een besluit bezwaar en beroep in te stellen. Hierdoor ontstaat (meer) inzicht in de publiekrechtelijke invulling van de zorgplichtnorm hetgeen eveneens kan bijdragen aan de rechtszekerheid.

Mogelijke voorzichtigheid in de markt

Ook de door (enkele) partijen naar voren gebrachte ontwikkeling dat financiële dienstverleners grote voorzichtigheid zouden betrachten en in het uiterste geval zelfs producten en diensten niet of slechts in beperkte mate zouden aanbieden is op zichzelf niet onwenselijk. Integendeel, met de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft is juist een zekere mate van nadere bezinning in de sector c.q. cultuuromslag beoogd: met de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft werd gestreefd naar een cultuur waarbij financiële dienstverleners niet enkel controleren of alle specifieke voorschriften zijn nageleefd, maar ook in breder verband kijken of de dienstverlening de belangen van de klant op zorgvuldige wijze in acht neemt en daarbij waar nodig op de rem trappen. Met een open norm als de algemene zorgplicht is bewust ruimte gelaten voor (enige) interpretatie vanuit de gedachte dat deze een vangnet moet kunnen bieden ingeval van snel veranderende marktomstandigheden waardoor een evidente misstand ontstaat die schadelijke gevolgen kan hebben voor de consument en concrete regels ontbreken. Invulling van deze norm is primair aan de financiële dienstverlener zelf. Dit neemt niet weg dat de disciplinerende werking van de publiekrechtelijke algemene zorgplicht ertoe kan leiden dat financiële dienstverleners een strengere norm hanteren dan juridisch gezien is voorgeschreven. Hoewel wordt aangehouden dat de financiële dienstverleners zelf nagaan of hun gedragingen voldoen aan de zorgplicht die op hen rust, is het niet wenselijk dat de financiële dienstverlening onnodig verkrampd. In dit opzicht kan de clausulering van de handhaving van de algemene zorgplicht tot evidente misstanden die schadelijke gevolgen kunnen hebben voor consumenten een waarborg zijn die kan voorkomen dat deze verkramping (in te grote mate) optreedt. Immers, uitsluitend ingeval concrete regels in de Wft ontbreken en er sprake is van een evidente misstand biedt de algemene zorgplicht de toezichthouder een grondslag om op te treden en daarmee (verdere) schade voor consumenten te voorkomen. Voor de volledigheid merk ik hierbij op dat de handhaving van de algemene zorgplicht door de toezichthouder zich moet richten op bestaand of toekomstig gedrag en niet op herstel van verzuimen uit het verleden.¹¹

¹⁰ <https://www.internetconsultatie.nl/transparantiewet>

¹¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 632, nr. 3, p. 29 en nr. 4, p. 6.*

Aanpassing wet- en regelgeving nodig?

Resteert de vraag of aanpassingen moeten worden aangebracht in wet- en regelgeving. Er zijn tijdens de evaluatie door enkele partijen mogelijke aanpassingen aangedragen, zoals de in de bijlage onder optie (ii) weergegeven aanpassingen, te weten (iia) andere formulering van de norm, (iib) zorg dragen voor nadere invulling van de norm en (iic) schrapping van de clausulering van de handhavingsbevoegdheid van de toezichthouder. Over deze door partijen geopperde aanpassingen merk ik het volgende op. De overgrote meerderheid van de belanghebbenden gaf aan zich te kunnen vinden in de formulering van de huidige norm (ad (iia)). Deze wijkt niet af van hetgeen in het civiele recht reeds decennia lang geldt. Ik zie dan ook geen aanleiding voor (tekstuele) aanpassing van de norm.

Evenmin zie ik aanleiding voor nadere invulling van de norm in wet- en regelgeving (ad (iib)). Een dergelijke nadere invulling staat op gespannen voet met het vangnetkarakter van de algemene zorgplicht. Het is wel denkbaar – en met het oog op de rechtszekerheid c.q. het belang van transparantie ook wenselijk – dat de AFM, aan de hand van eventuele concrete gevallen waarin zij schendingen van de zorgplicht heeft gesignaleerd en handhavend heeft opgetreden, richtsnoeren of beleidsregels zal publiceren waarin zij haar handhavingsbeleid ten aanzien van bepaalde gedragingen bekendmaakt. De wetgever kan vervolgens altijd besluiten om de invulling van de open norm door de AFM als nieuwe norm ook in wet- en regelgeving te bestendigen of de norm op een andere wijze in te vullen.

Tot slot geldt naar mijn oordeel dat er goede redenen zijn om de clausulering van de handhavingsbevoegdheid van de toezichthouder te handhaven (ad (iic)). Zo wordt hiermee de kans op onwenselijke divergentie tussen de civiele en bestuursrechtelijke rechtspraak alsmede rechtsonzekerheid verkleind. In evidente gevallen ligt het immers in de rede dat de bestuursrechter en de civiele rechter niet tot een andersluidend oordeel zullen komen. Daarnaast ben ik van mening dat het verdedigbaar is dat de handhaving zich beperkt tot evidente misstanden en dat de onderneming eerst via een aanwijzing in de gelegenheid wordt gesteld aanpassingen in de organisatie aan te brengen alvorens er een boete wordt opgelegd. Dit vanwege het bijzondere karakter van onderhavige norm (vangnetbepaling waarbij het minder voor de hand ligt dat deze teveel wordt ingekleurd) en het belang van meer rechtszekerheid. Hiermee lijkt een balans gevonden te zijn tussen de mogelijkheid voor de toezichthouder om tot handhaving over te gaan enerzijds en de behoefte aan rechtszekerheid anderzijds.

Nieuwe evaluatie

Zoals ik hiervoor heb aangegeven, ontbreken harde empirische gegevens met betrekking tot de algemene zorgplicht in de Wft aangezien er tot op heden nog niet formeel gehandhaafd is en er vooralsnog geen bestuursrechtelijke rechtspraak tot stand is gekomen. Het is naar mijn oordeel dan ook te vroeg om verdergaande conclusies te trekken ten aanzien van de doeltreffendheid en de effecten van de algemene zorgplicht zoals neergelegd in de Wft. In die zin kan een evaluatietermijn van drie jaar voor een open norm en vangnetbepaling als de algemene zorgplicht ook worden beschouwd als een vrij korte termijn. Eerst zal meer zicht op onder meer de (formele) handhavingspraktijk en ontwikkeling in de bestuursrechtelijke rechtspraak moeten ontstaan. Om die reden kondig ik hierbij aan dat er een nieuwe evaluatie zal worden uitgevoerd naar de

doeltreffendheid en de effecten van artikel 4:24a Wft in de praktijk. De Staten-Generaal zal uiterlijk 1 januari 2022 een verslag met de bevindingen van deze evaluatie ontvangen.

de Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem

Weergave hoofdlijnen gesprekken met belanghebbende partijen en deskundigen

De afgelopen maanden zijn diverse (belanghebbende) partijen en deskundigen uitgenodigd om hun ervaringen met en visie op de algemene zorgplicht sinds de introductie daarvan te delen met het Ministerie van Financiën. In dat kader hebben gesprekken plaatsgevonden met de AFM, (vertegenwoordigers van) de financiële sector¹², de Vereniging Eigen Huis (VEH), de Consumentenbond, de Rechtbank Rotterdam, het Kifid, en diverse academici en advocaten.

Tijdens deze gesprekken zijn met deze partijen hun ervaringen met de algemene zorgplicht in de praktijk besproken. Daarbij is aan hen onder meer de vraag voorgelegd in hoeverre met de bestuursrechtelijke introductie van de algemene zorgplicht in hun visie aan de doelstellingen van de invoering van de algemene zorgplicht in de Wft tegemoet is gekomen. Deze bijlage bevat een weergave van hetgeen voornoemde partijen in dit kader op hoofdlijnen naar voren hebben gebracht.

Positieve werking algemene zorgplicht

Belanghebbenden merkten vaak op dat de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners gelijktijdig met andere wettelijke maatregelen is ingevoerd, zoals het toezicht op het productontwikkelingsproces, en (deels) samenviel met de door financiële dienstverleners zelf ingezette cultuurverandering. Gelet hierop zouden de effecten van de invoering van de algemene zorgplicht moeilijk te isoleren zijn. Hoe dan ook kende het merendeel van de belanghebbenden een positieve werking aan de invoering van de algemene zorgplicht toe: deze belanghebbenden onderschreven dat de introductie van de algemene zorgplicht in artikel 4:24a Wft heeft geleid tot meer bewustwording over c.q. meer bewustzijn van het borgen van het klantbelang binnen de organisatie van de onderneming. Van de algemene zorgplicht zou een disciplinerende werking uitgaan en deze norm zou een afvinkcultuur tegengaan. Zo werd bij herhaling naar voren gebracht dat de invoering van de algemene zorgplicht heeft geleid tot (nog) meer aandacht voor het onderwerp (borgen van) klantbelang en het belang van cultuurverandering binnen de onderneming. Ook werd meerdere keren aangegeven dat de algemene zorgplicht compliance officers werkzaam bij financiële dienstverleners een extra handvat heeft gegeven voor nadere bezinning bij een bepaalde ontwikkeling van product of beleid.

Enkele andere belanghebbenden waren daarentegen van mening dat de invoering van de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners niet of nauwelijks heeft bijgedragen aan een (nadere) (cultuur)verandering. Niet omdat de norm van de algemene zorgplicht niet relevant, niet goed of niet effectief zou zijn, maar omdat de norm volgens hen reeds was verankerd in het civiele recht en zij zich hierdoor al lieten leiden en er daarnaast reeds veel bestuursrechtelijk concrete(re) normen bestaan. Wel benadrukten de meeste van deze partijen hierbij niet tegen bestuursrechtelijke verankering van een dergelijke norm te zijn (mits deze (afdoende) omkleed is met waarborgen wat betreft de handhaving daarvan).

¹² De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), het Verbond van Verzekeraars, Adfiz, de Organisatie van Financiële Dienstverleners (OvFD), de Nederlandse Vereniging van Financieringsadviseurs en -bemiddelaars (NVF) en de Vereniging van Financieringsondernemingen (VNF).

Er is sinds de introductie van de algemene zorgplicht in de Wft niet formeel gehandhaafd op grond van artikel 4:24a Wft. Dit zou komen doordat (i) veelal meer concrete normen in de Wft voor handen zijn, (ii) marktpartijen reeds zelf – al dan niet na aandringen van de toezichthouder daartoe – tot aanpassingen overgaan (normerende werking) en (iii) er geen sprake is geweest van een misstand die aan het criterium evident voldoet. Dat de AFM in de drie jaar waarin de algemene zorgplicht bestaat nog niet tot handhaving op grond van artikel 4:24a Wft is overgegaan en er derhalve ook geen zaak voor de bestuursrechter is gekomen c.q. er zich nog geen (bestuursrechtelijke) rechtspraak heeft ontwikkeld, doet aan de positieve werking van de algemene zorgplicht volgens veel belanghebbenden niet af. Van de enkele mogelijkheid dat de AFM tot handhaving kan overgaan, kan een preventieve werking uitgaan (functie van normerende werking), aldus veel van de betrokkenen. Zo gaf een enkele belanghebbende aan dat intern wel eens – onder verwijzing naar artikel 4:24a Wft – op de rem is getrapt bij het ontwikkelen van beleid waarbij de vraag gesteld zou kunnen worden of dit – kort gezegd – geen afbreuk zou doen aan het belang van de klant. Voorts brachten zowel de AFM als enkele marktpartijen naar voren dat de AFM tijdens normoverdragende gesprekken (enkele) marktpartijen – onder verwijzing naar artikel 4:24a Wft – heeft bewogen tot aanpassingen in hun bedrijfsvoering. Eén belanghebbende signaleerde in dit kader dat het uitblijven van formele handhaving (misschien) juist het succes van de bepaling onderstreept: er worden aanpassingen aangebracht zodat het niet tot formele handhaving hoeft te komen (normerende werking) en er wordt terughoudend (handhavings)gebruik van gemaakt, gelet op het karakter van de bepaling (functie van vangnet).

Gesignaleerde aandachtspunten

Wel signaleerden partijen een aantal aandachtspunten. Zo gaven enkele partijen aan dat het toezicht van de AFM meer en meer verschuift naar informeel toezicht; ook in het kader van artikel 4:24a Wft zou sprake zijn van informele beïnvloeding tijdens normoverdragende gesprekken. Dit zou onvoldoende transparant zijn. Daarnaast zou het lastig zijn om tegen dergelijke informele beïnvloeding in verweer te komen aangezien een formeel besluit waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld, ontbreekt. Ook zou de AFM volgens enkele belanghebbenden bij deze informele beïnvloeding verder gaan dan het civielrechtelijke kader van de algemene zorgplicht. Enkele (brancheorganisaties van) (markt)partijen herkenden deze invulling van de algemene zorgplicht door de toezichthouder echter niet.

Er was veel begrip voor toepassing van de algemene zorgplicht bij nieuwe producten c.q. nieuwe ontwikkelingen in de markt. Ten aanzien van reeds sinds lang(ere tijd) bestaande producten c.q. contracten zien sommige marktpartijen een mogelijk risico dat de AFM met de «benefit of hindsight» zal ingrijpen op grond van de algemene zorgplicht, ondanks dat deze producten zijn ontwikkeld c.q. deze contracten zijn aangegaan conform de toen geldende wet- en regelgeving, waaronder de (civielrechtelijke) zorgplicht. Dit zou leiden tot (rechts)onzekerheid. Hierdoor zouden marktpartijen grote voorzichtigheid betrachten en in het uiterste geval zelfs producten en diensten niet of slechts in beperkte mate aanbieden.

Voorts zouden marktpartijen het niet op een formeel besluit van de toezichthouder aan willen laten komen en geen bezwaar of beroep in willen stellen tegen een eventueel formeel besluit van de toezichthouder. De achtergrond hiervan zou gelegen zijn in het voorkomen van eventuele reputatieschade die hieruit voort kan vloeien en het belang van een goede verhouding met de toezichthouder.

De toezichthouder is van mening dat de clausulering van haar handhavingsbevoegdheid tot evidente misstanden een beperking vormt, omdat in de praktijk discussie tussen marktpartijen en toezichthouder zou bestaan over de vraag wanneer er sprake is van een «evidente misstand».

Een enkeling sprak zorgen uit over de invulling van de algemene zorgplicht door de bestuursrechter. Deze zorg richtte zich op de vraag of de bestuursrechterlijke invulling van de algemene zorgplicht wel in lijn zou zijn met die van de civiele rechter. Anderen gaven daarentegen juist aan zich hierover geen zorgen te maken nu de handhaving is geclausuleerd tot evidente misstanden, waardoor er voor zowel een bestuursrechter als een civiele rechter geen twijfel over kan bestaan wanneer de algemene zorgplicht is geschonden en handhaving door de AFM gerechtvaardigd is, aldus deze betrokkenen. Daarbij zou er volgens deze belanghebbenden sprake zijn van een wisselwerking tussen bestuursrechtelijke en civielrechtelijke rechtspraak doordat de betrokken rechters en geschillenbeslechtters de belangrijkste jurisprudentieontwikkelingen op elkaars terrein zouden volgen.

Voor beleggingsondernemingen bestaat er sinds de implementatie van de Mifid¹³ een algemene zorgplicht in artikel 4:90 Wft. Belanghebbenden hebben hieraan tijdens de evaluatie niet tot nauwelijks gerefereerd.

Tot slot gaven belanghebbenden (wat betreft de positie van de consument) aan dat artikel 4:24a Wft in de civiele gerechtelijke c.q. geschillenprocedures (vooralsnog) nauwelijks tot geen rol speelt.

Diverse oplossingsrichtingen voor gesignaleerde aandachtspunten

Ter adressering van de door partijen gesignaleerde aandachtspunten zijn diverse oplossingsrichtingen aan de orde gekomen, zoals:

- (i) minder informele beïnvloeding;
- (ii) aanpassing van wet- en regelgeving:
 - a. andere formulering van de norm;
 - b. zorg dragen voor nadere invulling van de norm;
 - c. schrapping van de clausulering handhavingsbevoegdheid van de toezichthouder;
- (iii) vervallen algemene zorgplicht in Wft; uitsluitend naleving van de algemene zorgplicht afdwingen via de civiele rechter.

Bij al deze opties werden echter door (andere) partijen ook diverse kanttekeningen c.q. nadelen geschetst en opgeworpen. Kern daarvan is dat het de vraag is of deze voorstellen de eventuele aandachtspunten in afdoende mate zouden (kunnen) adresseren danwel nodig zouden zijn. Zo kan bij optie (i) (minder informele beïnvloeding) de kanttekening worden geplaatst dat de financiële dienstverlener dan niet langer informeel in staat wordt gesteld om snel aanpassingen in het belang van de consument te verrichten zonder – via een formele maatregel – publiekelijk aangesproken te worden op misstanden. Dit zou de effectiviteit van het toezicht ook kunnen beperken. Bij opties (ii) en (iii) (aanpassing van wet- en regelgeving en afschaffing publiekrechtelijke zorgplicht; uitsluitend civielrechtelijke zorgplicht) kwam met name naar voren dat de overgrote meerderheid van de belanghebbenden aangaf zich te kunnen vinden in de formulering van de huidige norm in de Wft. Daarbij ontbreken

¹³ Richtlijn 2004/39/EG van het Europees parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad.

(vooralsnog) empirische gegevens die een eventuele aanpassing van wet- en regelgeving zouden rechtvaardigen. Optie (ii)(b) (nadere invulling van de norm) staat op gespannen voet met het vangnetkarakter van de algemene zorgplicht. Wat betreft het schrappen van de clausulering van de handhavingsbevoegdheid van de toezichthouder (optie (ii)(c)) waren vrijwel alle partijen van mening dat dit afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid. Hierdoor zou volgens deze partijen een grotere kans op een andersluidend oordeel door de bestuursrechter en (daarmee) grotere onzekerheid over de invulling van de algemene zorgplicht door de toezichthouder en bestuursrechter (kunnen) ontstaan. Met de clausulering van de handhavingsbevoegdheid van de toezichthouder tot evidente gevallen ligt het immers (meer) in de rede dat de bestuursrechter en de civiele rechter niet tot een andersluidend oordeel zullen komen, aldus deze betrokkenen.