

## Reactie van Obvion N.V. op de consultatie Wijzigingswet financiële markten 2014

Obvion N.V., hierna verder aan te duiden als "Obvion", is een aanbieder van hypothecaire kredieten en bemiddelaar van een aantal financiële producten, die haar financiële producten uitsluitend aanbiedt via het intermediaire kanaal.

**A.** Ter zake onderdeel AAA van het wetsvoorstel "*de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners*", wenst Obvion het volgende aan te geven:

Vooropgesteld willen wij benadrukken dat Obvion in beginsel een voorstander is van zorgplicht. In de bedrijfsvoering van Obvion wordt daarom ook het klantbelang zoveel mogelijk centraal gesteld.

1. Ten aanzien van de informatiescheefheid benoemt de wetgever expliciet de situatie dat de consument alle beschikbare informatie heeft ontvangen en tot zich heeft genomen, maar desondanks niet op een rationele wijze een voor hem passende beslissing neemt (pag. 14 MvT). De wetgever meent dat deze situatie voorkomen kan worden door in de wet deze open norm van zorgplicht voor de financiële dienstverlener op te nemen. Onduidelijk is echter hoe de wetgever verwacht dat deze zorgplichtbepaling die situatie voorkomt. Met andere woorden, wat verwacht de wetgever in die situatie vanwege deze bepaling extra van de financiële dienstverlener? Immers, in artikel 4:24 lid 2 Wft bestaat reeds de waarschuwingsplicht bij niet passendheid van een product.
  - a. Wil de wetgever hiermee bewerkstelligen dat de financiële dienstverlener in zo'n geval *weigert* dat product aan die klant te "verkopen"? De vraag is dan of het wel wenselijk of noodzakelijk is dat de financiële dienstverlener die keuze voor de consument maakt. Wordt de consument, die willens en wetens een risico wil nemen (een risico dat dus negatief, maar wellicht ook positief voor een consument kan uitvallen), hiermee niet beknot in zijn eigen beslissingsvrijheid/bevoegdheid? Het is niet onwaarschijnlijk dat financiële dienstverleners, indien verwacht wordt dat zij alle "belangen", alsmede toekomstige onzekerheden incalculeren, risicomijdend zullen adviseren. Dit hoeft echter niet per definitie in het belang van de consument te zijn (zie in dit verband ook overweging 6 d).
  - b. Een andere vraag is wat de wetgever begrijpt onder "de belangen" van de consument?

Zoals het nu in het wetsvoorstel (lid 1 en lid 2) en toelichting staat, is dit onduidelijk. Is hier bedoeld op louter financiële belangen van de consument of ook op belangen met betrekking tot bijvoorbeeld de privacy van de consument?

Uit de toelichting volgt dat er ook gekeken moet worden naar belangen van de consument in de toekomst vanwege de lange looptijd van producten, waardoor pas na enkele jaren blijkt of voldaan wordt aan de behoefte van de consument. Het is echter mogelijk dat een klant bijvoorbeeld bij een hypothecaire financiering gedurende de looptijd andere/nieuwe belangen heeft dan bij het afsluiten het geval was, omdat zich bepaalde "life-events" wel of niet voordoen. Hierdoor kunnen zich voor de consument nadelige gevolgen voordoen. Indien de financiële dienstverlener niet, niet volledig of te laat geïnformeerd of bekend wordt met deze (gewijzigde) omstandigheden, is het onterecht dat jegens deze financiële dienstverlener op grond van artikel 4:24a lid 2 of 3 Wft handhavend wordt opgetreden. Immers, hoe dient men de belangen in acht te nemen als deze niet altijd of allemaal bekend zijn of worden gemaakt? Daarnaast kunnen er ook omstandigheden zijn, waarbij het zowel voor de consument als voor de financiële dienstverlener onzeker is of deze zich voordoen. Ook hier daarom de vraag: wat wordt van de financiële dienstverlener verwacht?

- c. Onduidelijk is tevens hoe deze algemene zorgplichtbepaling zich verhoudt tot execution only? In dat geval geldt (ook) artikel 4:24 lid 2 Wft al. Wat wordt er dan nog

op grond van deze algemene zorgplicht bepaling lid 1/lid 3 extra verwacht van deze financiële dienstverlener?

Gelet op de overwegingen in de memorie van toelichting lijkt de aldaar gegeven toelichting achter noodzaak van deze bepaling t.z. de informatiescheefheid en passendheid reeds ondervangen te zijn door de meer concrete bepalingen van artikel 4:20 Wft e.v. De vraag is dan ook of deze ruime en hierdoor ook vage zorgplichtbepaling daadwerkelijk van toegevoegde waarde is.

2. Het oplossen van eventuele informatiescheefheid door een open norm op te nemen in de Wft, kan verder het ongewenste gevolg hebben dat de consument overspoeld wordt met (product)informatie. De overwegingen van de wetgever omtrent de informatiescheefheid geven namelijk de indruk dat de financiële dienstverleners nu nog onvoldoende informatie verstrekken en dat dit nog meer moet worden. Terwijl dit de duidelijkheid en begrijpelijkheid van producten juist niet hoeft te verbeteren (zie Leidraad open norm duidelijk/begrijpelijk van de AFM). Het gevaar van overvloedige informatie dient dan ook door de wetgever te worden onderkend. De algemene bewoordingen van deze zorgplichtbepaling kunnen er tevens toe leiden dat verschillende financiële dienstverleners op allerlei andere wijzen de mogelijke informatiescheefheid willen corrigeren. Dit kan ook gevolgen hebben voor de begrijpelijkheid en vergelijkbaarheid van producten. Juist om die reden heeft de wetgever in het verleden gekozen voor bepaalde standaarden zoals bij de krediettabel of de financiële bijsluiters voor complexe producten.

Zeker nu de wetgever aangeeft dat de concrete normstelling door de toezichthouder plaats zal vinden en dat deze eventueel zijn handhavingsbeleid kenbaar kan maken, zal dit leiden tot een grote mate van (rechts)onzekerheid bij de financiële dienstverleners. Dit kan gevolgen hebben die, zoals bovenstaand toegelicht, niet in het belang van de consument zijn.

3. Uit de memorie van toelichting volgt dat de wetgever de bedoeling heeft door middel van het tweede lid van dit wetsvoorstel in sommige gevallen een zwaardere zorgplicht te hanteren. Het is echter niet geheel duidelijk wanneer nu specifiek die zwaardere zorgplicht geldt (alleen bij advisering vanwege een totstandkoming van een overeenkomst, in de beheerfase van de overeenkomst, altijd ongeacht het tot stand komen van een overeenkomst). Noch is duidelijk voor wie deze bepaling nu specifiek bedoeld is. Zie hierover ook punt 4 onderstaand.
4. In het verlengde daarvan wordt opgemerkt dat uit de toelichting volgt dat de wetgever tevens rekening wil houden met het feit dat een financiële dienstverlener bij het drijven van zijn onderneming nu eenmaal ook andere belangen dient mee te wegen, met uitzondering van adviseren, dan alleen het belang van de consument. Uit het tekstvoorstel van lid 2 komt dit echter niet goed naar voren. Uit de toelichting wordt begrepen dat de wetgever bedoelt dat de financiële dienstverlener in zijn *advies c.q. in zijn advies* in het belang van de consument dient te handelen. Dit staat er nu echter niet. In het huidige tekstvoorstel kan namelijk gelezen worden dat lid 2 specifiek ziet op adviseurs en dat adviseurs in die hoedanigheid alleen het belang van de consument in acht moeten nemen. Uiteraard heeft ook de adviseur in het drijven van zijn onderneming andere belangen mee te wegen dan alleen het belang van de consument. Een tekstuele aanpassing van lid 2 is daarom wel wenselijk.
5. Afhankelijk van wat de wetgever begrijpt onder "belangen" (zie ook overweging 1 b van deze reactie) kan het in de bedrijfsvoering van de financiële dienstverlener die (tevens) adviseert en bemiddelt wellicht eenvoudiger zijn om deze belangen in kaart te brengen, dan voor de financiële dienstverlener die (uitsluitend) werkt met het intermediair. In die gevallen zit niet de aanbieder, maar het intermediair "aan tafel" met de consument, waardoor informatie-uitwisseling c.q. het vrijwillig delen van informatie door de consument eenvoudiger kan zijn. De drempel is dan over en weer lager, waardoor het in kaart brengen van eventuele specifieke belangen ook eenvoudiger is. Artikel 4:21 Wft kent het uitgangspunt dat wanneer een overeenkomst tot stand komt door tussenkomst van o.m. een bemiddelaar, deze laatste informatie dient te verstrekken aan de consument, tenzij de aanbieder en bemiddelaar hier onderling afwijkende afspraken over hebben gemaakt. Uiteraard kent de aanbieder ook een eigen verantwoordelijkheid/zorgplicht jegens zijn consumenten (mede op grond van reeds

bestaande wetgeving). Echter afhankelijk van de definitie die de wetgever wil toedichten aan de term "belangen", kan het uit praktisch oogpunt raadzaam zijn ook ter zake lid 1 van 4:24a Wft een soortgelijke bepaling als artikel 4:21 Wft op te nemen. De belangen moeten immers gekend zijn/ kunnen worden, wil het mogelijk zijn om deze steeds op een zorgvuldige wijze in acht te nemen.

6. Deze algemene zorgplicht bepaling moet volgens de wetgever ook dienen als een vangnet, zodat de AFM tijdig kan ingrijpen bij onvoorziene en evidente misstanden op de markt die schadelijke gevolgen kunnen hebben voor consumenten (artikel 4:24a lid 3). De AFM zou in uitzonderlijke gevallen handhavend jegens de financiële dienstverlener mogen optreden. Indien er echter sprake is van onvoorziene marktgedrag, kan de vraag gesteld worden in hoeverre het redelijk is dat om die reden handhavend jegens de financiële dienstverlener wordt opgetreden. Immers, indien het onvoorziene is, is het dit ook voor de financiële dienstverlener geweest. Daarbij zij opgemerkt dat uit de toelichting ook niet volgt wat de wetgever bedoelt met "marktgedrag". Is dit dan het gedrag "op de markt" van de financiële dienstverlener of om het gedrag van de markt (in de omgeving van de financiële dienstverlener).

Uit de bewoordingen van lid 3 van artikel 4:24a blijkt ook niet dat er enige mate van verwijtbaarheid nodig is jegens de financiële dienstverlener, wil de AFM handhavend kunnen optreden. De enkele omstandigheid dat een doen of nalaten schade *kan* veroorzaken zou voldoende grond zijn om handhavend op te treden jegens de financiële dienstverlener. Kortom, op basis van het huidige tekstvoorstel mag de AFM al handhavend optreden voordat de schade zich verwezenlijkt.

Tegen deze formulering bestaan een viertal bezwaren:

- a. Ten eerste is het bevreemdend dat er handhavend ingegrepen wordt, voordat schade zich verwezenlijkt c.q. als een handelen of nalaten schade *kan* veroorzaken, omdat er dan natuurlijk altijd de kans bestaat dat er feitelijk helemaal geen schade wordt veroorzaakt. Er kan hierdoor voorbarig en onnodig ingegrepen worden, hetgeen zelfs kan leiden tot een "self fulfilling prophecy".
- b. Ten tweede volgt uit de toelichting bij deze bepaling dat deze ziet op een uitzonderlijke mogelijkheid tot ingrijpen in geval van evidente en onvoorziene misstanden (op grote of kleine schaal). De wettekst zelf is echter veel ruimer dan dit. Op grond daarvan kan ingegrepen worden *in alle gevallen* dat er sprake is, of kan zijn van nadelige gevolgen voor consumenten. Indien het de bedoeling van de wetgever is dat op grond van deze bepaling slechts in uitzonderlijke gevallen van onvoorziene en evidente misstanden door de toezichthouder kan worden ingegrepen, dient ook dit als zodanig uit de wettekst zelf te volgen. In aanvulling hierop wordt nog opgemerkt dat in principe iedere financiële dienst of product, waarvan geen garantie deel uitmaakt, het risico op schade voor de consument. Indien deze wettekst gehandhaafd blijft zou de financiële dienstverlener alleen nog maar producten of diensten met gegarandeerde uitkomsten kunnen aanbieden. Dit zal niet de bedoeling van de wetgever zijn.
- c. Ten derde houdt de wetgever in de bewoordingen en toelichting van deze bepaling (lid 3) geen rekening met de situatie dat, *ondanks* het handelen van de financiële dienstverlener in het belang van de consument, er toch schade voor consumenten kan ontstaan. Het zou echter in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn wanneer er in die gevallen toch handhavend kan worden opgetreden jegens de financiële dienstverlener. Ook hier wederom de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot execution only, alsmede de situatie dat consumenten tegen het advies en ondanks een waarschuwing een bepaald product wensen en zij dientengevolge schade ondervinden.

- d. Ten vierde opent de huidige formulering van deze bepaling (lid 3) ook de deur voor handhaving en civiele procedures daar waar een financiële dienstverlener heeft nagelaten om een bepaald product aan een consument aan te bieden c.q. juist heeft afgeraden om een bepaald product te nemen (vanwege bijvoorbeeld onvoorzienbare risico's), terwijl dit product in de toekomst een groot financieel voordeel kan opleveren voor de consument. In dat geval is het nadelige gevolg voor de consumenten dat zij niet hebben kunnen profiteren van dit voordeel (vergelijkbaar met het "positief contractsbelang"). Uit de toelichting, noch de wettekst volgt namelijk welke "schade" de wetgever hier heeft bedoeld. Een verduidelijking op dit punt in zowel de toelichting en wettekst is daarom gewenst. Reeds zij opgemerkt dat een handhaving vanwege een mogelijk positief contractsbelang te ver doorvoert.
7. De wetgever geeft aan dat de concrete normstelling ingevuld zal worden door de toezichthouder. Nu echter de algemene zorgplichtbepaling dusdanig ruim is, lijkt deze nu voorgestelde werkwijze een verruiming ten opzichte van het bepaalde in artikel 1:28 jo 1:29 Wft. Hierdoor wordt het risico op handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals onder meer het toepassen van hoor en wederhoor (d.m.v. een consultatie), vergroot.
8. Ten overvloede merken wij op dat het aanbeveling verdient ter bescherming van de belangen van de consument om niet alleen aandacht te hebben voor de financiële dienstverleners met betrekking tot informatiescheefheid vanwege complexiteit van financiële producten bij de aankoop van een woning. Kooptcontracten, kooptconstructies en erfpachtconstructies et cetera, vaak afkomstig van institutionele instellingen, zijn doorgaans erg complex voor consumenten. Ook deze partijen zullen zich meer bewust moeten zijn van hun verantwoordelijkheid jegens de consument en daarin een zorgplicht moeten betrachten.

**B.** Ter zake onderdeel artikel VI van het wetsvoorstel "artikel 3:119 Wet inkomstenbelasting 2001", wenst Obvion het volgende aan te geven:

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat deze bepaling taaltechnisch onjuist is, althans (vrijwel) onleesbaar. Een aanpassing c.q. verduidelijking verdient daarom aanbeveling.

Heerlen, 17 oktober 2012

Obvion N.V.  
Postbus 3005, 6401 DM Heerlen. Telefax (045) 579 80 03.  
Statutair gevestigd te Eindhoven.  
KvK Zuid-Limburg Handelsregister nr. 140 54 733. AFM-vergunningnummer: 12012721.