

Ministerie van Financiën
Mevrouw Drs. G.J. Salden
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Datum 17 oktober 2012
Referentie BR18

Betreft: NVB reactie Wijzigingswet financiële markten 2014

Geachte mevrouw Salden,

Onder verwijzing naar de consultatie van het Ministerie van Financiën met betrekking tot het Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2014 sturen wij u hierbij onze reactie.

Wij reageren op de volgende punten:

- Algemene Zorgplicht, bijlage I (gezamenlijke reactie Verbond van Verzekeraars & NVB)
- Bankspaardeposito's, bijlage II
- Informatie uitwisseling binnen het Financieel Expertise Centrum, bijlage III
- Financiële verslaggeving: verbetering informatievoorziening beleggers, bijlage IV

Met betrekking tot het onderwerp 'Toezicht afwikkelingsystemen' wordt vanuit de NVB separaat op het wetsvoorstel gereageerd.

Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid tot het geven van nadere mondelinge toelichting. Twijfelt u niet om contact met ons op te nemen, mocht u nog vragen hebben.

Met vriendelijke groet,



Mr. W.A.J. Mijs
Directeur

BIJLAGE I

Geachte mevrouw Salden,

Graag maken wij bij deze gebruik om gezamenlijk te reageren op het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014, en meer specifiek op de voorgestelde algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners.

Verzekeraars en banken onderschrijven de noodzaak om het klantbelang centraal te stellen.

De afgelopen tijd zijn door de verzekeringssector onder het programma Verzekeraars Vernieuwen veel initiatieven ontplooid om de abstracte notie van “klantbelang centraal” concreet in te vullen. Te denken valt hierbij aan het verbeteren van productinformatie, het verruimen van de opzeggmogelijkheden, het transparant maken van kosten, het meten van de klanttevredenheid en het invoeren van een Keurmerk Klantgericht Verzekeren. Al deze initiatieven strekken ertoe de informatieasymmetrie tussen klant en financiële dienstverlener zoveel mogelijk op te heffen. Daarnaast heeft de sector zich zoals bekend hard gemaakt om door middel van een wettelijk provisieverbod het systeem van productgedreven verkoop om te vormen naar een systeem van klantgerichte advisering en de schijn van belangenverstrengeling tegen te gaan.

Binnen de bankensector zijn de aanbevelingen van de Adviescommissie Toekomst Banken (Commissie Maas) omgezet in de Code Banken. De invoering van deze code heeft er mede toe bijgedragen dat banken hun governance en risicomanagement hebben versterkt en het belang van de klant nadrukkelijker centraal stellen. Zonder dat hierbij de positie van overige stakeholders uit het oog werd verloren; een bank moet voortdurend een goede afweging tussen de belangen van al haar stakeholders maken. Uit rapportages is gebleken dat de sector verregaand gevorderd is met de invoering van de code. De Code Banken heeft een belangrijke voorbeeldfunctie. Inmiddels zijn veel principes uit de code ook in wetgeving vastgelegd.

Verzekeraars en banken onderstrepen hiermee ook het belang van zorgplicht. Deze zorgplicht is niet een nieuw gegeven voor de verzekeraars en banken, maar is al op verschillende plaatsen in de wet (het BW maar ook de Wft) vastgelegd. In dat licht bezien zien wij niet de toegevoegde waarde van een generieke zorgplicht ten opzichte van het huidige zorgplichtstelsel, nog los van de nadelige effecten en timing van een dergelijke generieke regeling. Daarnaast is het huidige voorstel naar onze mening in strijd met EU richtlijnen. Wij zullen dit hieronder toelichten.

De zorgplicht is reeds geregeld in het BW en de AFM kan reeds handhavend optreden.

In het BW is reeds een generieke zorgplicht opgenomen (de zorgplicht van een goed opdrachtnemer in artikel 7:401 BW). Via deze en andere open privaatrechtelijke normen als de redelijkheid en billijkheid kan de rechter gedrag van een verzekeraar, een bank of tussenpersoon in een specifieke situatie (afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval) sanctioneren (bijvoorbeeld schadevergoeding, vernietigen van de overeenkomst, wijzigen van de overeenkomst of ontbinden van de overeenkomst).

De AFM heeft nu voldoende mogelijkheden om verzekeraars en banken aan te spreken op ongewenst gedrag. Naast de Wft (artikel 4:25) bijvoorbeeld op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming bij oneerlijke handelspraktijken. Voorts op grond van het BW. Via artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) kan een gebod of verbod worden gevraagd bij de civiele rechter.

Op grond van artikel 3:305b BW (in samenhang met artikel 1:25 Wft) is de AFM bevoegd een rechtsvordering in te stellen.

Bovendien kleven aan dit wetsvoorstel grote nadelige gevolgen die wij hieronder verder uit de doeken doen. Hiervoor hebben wij vijf argumenten:

- 1 rechtsonzekerheid;
- 2 verschuiving regelgevende bevoegdheid;
- 3 strijdigheid met het legaliteitsbeginsel;
- 4 schept verwachtingen bij consumenten die niet kunnen worden waargemaakt;
- 5 leidt tot oneerlijke concurrentie.

Ad 1.

De AFM zal de zorgplicht volgens andere normen toetsen dan het Kifid of de rechter. Zo maakt de rechter een zorgvuldige afweging tussen alle betrokken belangen en de belangen van alle stakeholders (ook de gehele klantenpopulatie). De AFM heeft een andere focus dan de civiele rechter of het Kifid. Deze verschillende focus en toepassing zullen er in de praktijk toe leiden dat klanten, aanbieders en tussenpersonen niet weten waar ze aan toe zijn. Toetsing van het gedrag aan puur civielrechtelijke normen is niet haar taak en moet ook niet haar taak worden. Dat is en moet het exclusieve domein van de civiele rechter blijven. Wij menen dan ook dat invoering van een nieuwe generieke zorgplicht norm leidt tot rechtsonzekerheid bij de betrokken partijen. Deze rechtsonzekerheid kan nog verder worden geadstrueerd doordat het civielrechtelijk begrip zorgplicht in het conceptwetsvoorstel als een containerbegrip wordt gebruikt met als inhoud een bonte verzameling van plichten in vele gedaanten. Uit het wetsvoorstel en de MvT blijkt echter niet welke vormen de in artikel 4:24A Wft op te nemen zorgplicht kan aannemen.

Ad 2.

Met een dergelijke open norm wordt de AFM feitelijk een soort pseudoregelgever aangezien ze deze norm zal willen invullen. Elk handelen dat afwijkt van deze AFM-interpretatie, zal de AFM vervolgens handhaven als handelen in strijd met de Wft. Wil de AFM provisies voor schadeproducten uitbannen? Wil de AFM af van execution only? Wil de AFM zich actief bemoeien met dekkingsuitsluitingsgronden? Dit brengt niet alleen onduidelijkheid met zich mee, maar leidt in de praktijk tevens tot verschuiving van de regelgevende bevoegdheid naar de toezichthouders.

Ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wfd (Wet financiële dienstverlening) werd eveneens afgevraagd waarom er ten aanzien van de zorgvuldigheid geen algemene regels in de wet kunnen worden gesteld (Kamerstukken II 2003-2004, 29 507 nr. 9, meer specifiek pag. 75). Artikel 38 van de Wfd bepaalde dat bij of krachtens AMvB nadere regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de zorgvuldige behandeling van de consument. In de toelichting bij het aangenomen amendement nr. 27 (Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 27) is toen nadrukkelijk aangegeven dat bij uitbreiding van regels met betrekking tot zorgvuldigheid, gezien het belang van dit onderwerp, parlementaire controle gewenst is. In het huidige voorstel speelt parlementaire controle echter geen rol van betekenis meer.

Ad 3.

De algemene open norm leent zich niet om te bestraffen met een dwangsom of een boete. Dat

is in strijd met het legaliteitsbeginsel (nulla poena beginsel). Volgens dit beginsel kan er alleen een straf worden opgelegd voor een gedraging als er op het moment van plegen een wet bestond die de specifieke gedraging strafbaar stelde. Met andere woorden: als een norm niet specifiek is en dus onduidelijk is wanneer die wordt overtreden, kunnen geen straffen worden opgelegd.

Ad 4.

De AFM kan via de generieke zorgplicht theoretisch bijna carte blanche krijgen om op te treden tegen vermeend onzorgvuldig handelen. Consumenten kunnen dan al snel het gevoel krijgen dat zij minder kritisch hoeven te zijn. Onzorgvuldig tot stand gekomen producten bestaan immers niet door het product goedkeuringsproces wat binnenkort wordt opgenomen in de Wft; anders had de AFM in een eerder stadium ingegrepen.

Ad 5.

Verzekeraars en banken die vanuit een ander EU lid opereren in Nederland, zijn niet gebonden aan de generieke zorgplicht. Dat leidt tot oneerlijke concurrentie. De discussie over het opnemen en de formulering van een generieke zorgplicht (denk aan Mifid en de IMD richtlijn) moet op Europees niveau gevoerd worden: level playing field.

Timing

De financiële sector is volop in transitie. De Nederlandse overheid heeft sinds de crisis een groot aantal maatregelen genomen/voorgesteld om de sector te versterken en tot een gedrags- en cultuurverandering te komen, waarbij het belang van de klant centraal wordt gesteld. Hierbij kan gedacht worden aan regels omtrent een beheerst beloningsbeleid, een productgoedkeuringsproces, geschiktheid van bestuurders en commissarissen en het afleggen van een eed/belofte. Hieraan besteedt de sector veel energie. Belangrijke stappen zijn gezet. Terecht geeft minister De Jager in de Miljoenennota 2013 aan dat de komende periode de aandacht vooral zal moeten liggen op implementatie. Ook Ronald Gerritse waarschuwt in het FD van 6 oktober 2012 voor de stapeling van regelgeving. Het effect van de hier boven genoemde maatregelen is nog niet meetbaar. Wij stellen voor eerst deze af te wachten aangezien dit fundamentele verandering tot gevolg heeft alvorens een vangnet te creëren. Hiermee wordt een schijnzekerheid gecreëerd.

Strijdigheid met EU recht

Op grond van de Derde Richtlijnen 92/49/EEG en 92/96 EEG mogen de lidstaten geen bepalingen vaststellen waarin de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling wordt geëist van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven, de met name voor de berekening van de tarieven en de technische voorzieningen gehanteerde technische grondslagen en de formulieren en andere documenten waarvan de verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers. Wij menen dat de generieke zorgplicht de facto een dergelijke verboden bepaling oplevert. De AFM zal in haar handhavingbeleid met betrekking tot de generieke zorgplicht kenbaar maken op welke punten zij specifiek zal letten. Producten zullen daarop moeten worden aangepast. Dit komt neer op een toezichthouderstoets op product-niveau aan de poort. De interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over het vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf van 16 februari 2000, maakt onomwonden duidelijk dat de lidstaten voor het toezicht op de naleving uitsluitend gebruik mogen maken van niet-systematische controles achteraf van de verzekeringsvoorwaarden, maar dat dit in geen geval een voorafgaande voorwaarde voor de

uitoefening van de werkzaamheden mag vormen.

Wij hebben vele zwaarwegende argumenten aangedragen om geen generieke zorgplicht in de Wft op te nemen. Indien u deze desondanks niet overtuigen, geven wij u een aantal suggesties die enigszins aan onze bezwaren tegemoet komen.

- Wij pleiten voor het schrappen van lid 3 (en de verwijzing in artikel 1:79 en 1:80 Wft) om twee redenen.

Ten eerste dient handhaving van de civielrechtelijke norm zoveel mogelijk via het privaatrecht plaats te vinden. De AFM kan dat ook, maar maakt er om haar moverende redenen kennelijk geen gebruik van. Het verdient aanbeveling om hier nader onderzoek naar te doen en het ministerie van Veiligheid en Justitie daarbij nadrukkelijk te betrekken.

Ten tweede om strijd met het legaliteitsbeginsel te voorkomen (zie hierboven onder ad 3). Naast de civielrechtelijke mogelijkheden kan de AFM in concrete situaties ingrijpen middels een normoverdragend gesprek of een bindende aanwijzing.

- Voor de rechtszekerheid is het van belang dat de normen waaraan de generieke zorgplicht wordt gemeten zoveel mogelijk nader worden ingevuld zodat het voor verzekeraars en banken vooraf beter duidelijk is waaraan de AFM hun gedrag toetst. Dat klemt te meer omdat de AFM en de onder toezicht gestelde bestuursrechtelijk gezien geen gelijkwaardige positie heeft (in tegenstelling tot het privaatrecht).

Indien de AFM deze normen invult, is parlementaire controle vooraf gewenst.

- De open norm dient alleen te gelden voor onvoorziene misstanden (vangnetbepaling). Indien misstanden voorzienbaar zijn, dient de AFM zoveel mogelijk te acteren op basis van specifieke regelgeving. Als die regelgeving niet bestaat en bovendien wenselijk is, is er een taak weggelegd voor uw ministerie. De AFM moet niet op de stoel van de wetgever gaan zitten. Wij verzoeken u dit nadrukkelijk in de Toelichting bij het wetsvoorstel op te nemen.

Wij zijn graag bereid om deze brief nader toe te lichten tijdens een gesprek.

Met vriendelijke groet,



mr. H.L. De Boer



mr. W.A.J. Mijs

BIJLAGE II Bankspaardeposito's

De NVB steunt het voorstel van het ministerie om over te gaan tot verrekening van bankspaardeposito's tegen de eigen woningschuld. Indien deze wijziging in de Wft niet zou worden doorgevoerd, zouden depositohouders bij mogelijk faillissement negatief geraakt worden. Immer, bankspaarhypotheken ontvangen een gunstige fiscale behandeling. Deze fiscale voordelen kunnen echter alleen worden gegeven indien aan bepaalde voorwaarden (verplichte terugbetaling hypotheekschuld aan de bank) wordt voldaan. Onder de huidige wet zouden deze voordelen vervallen, wanneer het spaartegoed van het verbonden deposito door het depositogarantiestelsel zou worden uitgekeerd.

Een depositohouder met een schuld aan de bank zou voor wat betreft het door het depositogarantiestelsel gedekte bedrag noch beter noch slechter af moeten zijn dan een depositohouder zonder schuld hetgeen door het van rechtswege verrekenen ook wordt gerealiseerd. Immers, de deposito's die een depositohouder bij een bank heeft die echt bescherming verdienen (dus anders dan verbonden deposito's) en er voor zorgen dat de depositohouder weer liquiditeit tot zijn beschikking krijgt, worden op deze manier volledig beschermd (tot het maximumbedrag). De voorliggende aanpassing, om van echtswege te verrekenen, lost dit probleem op.

De NVB ziet veel voordelen in het van rechtswege verrekenen:

- er zijn geen operationele handelingen door de betrokken personen vereist;
- er hoeven geen onnodige betalingen te worden gedaan door het depositogarantiestelsel;
- er wordt niet onterecht liquiditeit verschaft aan de boedel van de failliete bank ten koste van het depositogarantiestelsel;
- het verbonden deposito wordt gebruikt waarvoor het initieel bedoeld is; in het kader van deposito's ten behoeve van spaarhypotheken betekent dit dat doordat het deposito gebruikt om de verbonden schuld te verminderen, men voorkomt dat de depositohouder de oorspronkelijke schuld behoudt en een eventuele uitkering uit het depositogarantiestelsel voor andere doeleinden aanwendt (hetgeen niet in lijn is met de politieke wens om terugbetaling van hypothecaire schulden te stimuleren);
- andere (niet verbonden) deposito's van de depositohouder komen gewoon voor vergoeding in aanmerking tot het maximale bedrag; en
- de bijdragen van de banken aan het depositogarantiestelsel kan lager zijn omdat men verbonden deposito's niet mee hoeft te nemen bij het bepalen van die bijdrage.

Samenvattend leidt het voorstel ertoe dat minder administratieve handelingen moeten worden verricht en belangrijker nog dat de financiële positie van de depositohouder door een eventueel toekomstig faillissement niet extra wordt benadeeld door een verplichte uitkering vanuit het depositogarantiestelsel.

BIJLAGE III Informatie-uitwisseling Financieel Expertise Centrum

Dit voorstel betekent een verdere uitholling van de strikte geheimhoudingsverplichting van toezichthouders. Bovendien is er reflexwerking op de behandeling van geprivilegieerde informatie: zodra dergelijke informatie bij een derde terecht komt (risico van doorgeleiding) en zeker als het wordt gedeeld met anderen die geen zelfde strikte geheimhoudingsverplichting hebben, kunnen in andere jurisdicties (in bijv. class-actions als in Azië en Japan of de VS) wederpartijen in die procedures afgifte afdwingen omdat het door ter beschikking komen van iemand die die mogelijk met derden kan delen of heeft gedeeld die betreffende informatie niet langer als geprivilegieerd kan gelden. In het voorstel zal derhalve minimaal moeten worden opgenomen dat (i) alleen informatie-uitwisseling kan plaatsvinden indien de ontvanger van de informatie minimaal een vergelijkbare geheimhoudingsverplichting heeft als de toezichthouders AFM en DNB en (ii) de uitwisseling niet kan zien op geprivilegieerde informatie die als zodanig ter beschikking aan de toezichthouders is gesteld.

BIJLAGE IV Financiële verslaggeving

De voorgestelde toevoeging van lid 7 aan artikel 5:25c Wft (voorstel 'KKK') roept enkele vragen op. Welke wijzigingen in of gebeurtenissen met betrekking tot de jaarlijkse financiële verslaggeving dienen te worden geïnformeerd; wat zijn "relevante" wijzigingen als beschreven in de Memorie van toelichting? En hoe moet de informatieverplichting als bedoeld in het voorgestelde artikel 5:25c lid 7 worden gezien in verhouding met bestaande openbaarmakings-en meldingsverplichtingen in hoofdstuk 5 van Wft bij koersgevoelige informatie? In de toelichting op de Wet dienen deze vragen beantwoord te worden