

Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20017
2500 EA Den Haag

Directie Financiële Markten

Korte Voorhout 7
2511 CW Den Haag
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Ons kenmerk

2017-0000058821

Uw brief (kenmerk)

160447.01u

Datum 31 maart 2017

Betreft Evaluatie van de algemene zorgplicht van financiële dienstverleners (33
632)

Geachte voorzitter,

Bij brief van 2 maart 2017 heeft uw Kamer mij een aantal vragen voorgelegd van de leden van de fracties van D66 en van de PvdA over de evaluatie van de algemene zorgplicht van financiële dienstverleners zoals neergelegd in artikel 4:24a van de Wet op het financieel toezicht (hierna: de Wft)¹. Uit de brief volgt dat de leden van de fractie van D66 zich eveneens aansluiten bij de vragen van de leden van de fractie van de PvdA. In reactie hierop bericht ik u als volgt.

De leden van de fractie van D66 vragen of het enige harde criterium voor het beoordelen van de doeltreffendheid van de algemene zorgplicht in de Wft het ontbreken van formele handhaving door de Autoriteit Financiële Markten (de AFM) is.

De doelstelling van artikel 4:24a Wft is drieledig. Ten eerste is met de invoering van de algemene zorgplicht in de Wft beoogd de positie van de consument beter te beschermen. Hierdoor kan de AFM bij een evidente misstand handhavend optreden als afbreuk wordt gedaan aan de belangen van de klant. 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. Ten derde kan de algemene zorgplicht dienen als vangnetbepaling waarmee de AFM, indien specifieke regels ontbreken, tijdig kan ingrijpen bij misstanden op de financiële markten. Dit betekent dat voor het beoordelen van de doeltreffendheid van de algemene zorgplicht niet alleen (het ontbreken van) (formele) handhaving door de AFM (en de ontwikkeling van bestuursrechtelijke rechtspraak) van belang is maar ook de cultuuromslag c.q. normerende werking van de algemene zorgplicht. Al deze aspecten zullen aandachtspunten vormen voor de aangekondigde nieuwe evaluatie naar de doeltreffendheid en effecten van artikel 4:24a Wft.

Voorts vragen de leden van de fractie van D66 - onder verwijzing naar twee voorbeelden - of het denkbaar is dat er aanleiding was voor handhaving door de

¹ Kamerstukken I 2016/17, 33 632, E.

toezichthouder op grond van artikel 4:24a Wft maar dat deze handhaving niet heeft plaatsgevonden.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
2017-0000058821

De invoering van de algemene zorgplicht in de Wft is bedoeld als aanvulling op het systeem van consumentenbescherming (normerende werking) en als vangnetbepaling op grond waarvan de AFM kan handhaven indien specifieke publiekrechtelijke regels ontbreken (sanctionerende werking). De toezichthouder houdt (risicogeoriënteerd) toezicht op de naleving van de Wft, waaronder artikel 4:24a Wft. Het uitgangspunt is en blijft dat de AFM zal optreden op basis van de concrete regels in de Wft. 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. Ik heb geen signalen ontvangen dat er schadelijke gedragingen hebben plaatsgevonden op grond waarvan de AFM bevoegd was uit hoofde van artikel 4:24a Wft handhavend op te treden maar dat deze handhaving (desondanks) niet heeft plaatsgevonden. Ik verwijs hierbij naar de beantwoording van de vragen van de leden van de fractie van de PvdA over het tot op heden ontbreken van formele handhaving op grond van artikel 4:24a Wft.

Verder vragen de leden van de fractie van D66 of de regering van mening is dat in de door de leden genoemde voorbeelden met betrekking tot lenen respectievelijk verzekeren de positie van de consument beschermd is en hoe de regering deze voorbeelden ziet tegen de achtergrond van de door haar gewenste cultuur in de financiële sector.

Het is niet aan mij, als minister van Financiën, om uitlatingen te doen over concrete gevallen. In algemene zin geldt het volgende. De AFM (en DNB) houden (risicogeoriënteerd) toezicht op de naleving van de Wft en daaronder hangende regelgeving. Indien daartoe aanleiding bestaat, kunnen zij (handhavings)maatregelen treffen, zoals het opleggen van een boete of last onder dwangsom. Wat de cultuurverandering betreft merk ik het volgende op. Tijdens de evaluatie van de algemene zorgplicht in de Wft kende het merendeel van de gesproken 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 en het belang van cultuurverandering binnen de onderneming. Van de algemene zorgplicht zou een disciplinerende werking uitgaan en deze norm zou bijdragen aan het tegengaan van een afvinkcultuur, aldus deze belanghebbenden. De financiële sector heeft naar mijn oordeel echter nog werk te verrichten om de dienstbaarheid richting klanten te vergroten². Dit betekent dat 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.

De leden van de fractie van D66 geven aan dat het denkbaar is dat door de mogelijke voorzichtigheid van de markt om bepaalde producten of diensten aan te

² Vergelijk ook mijn brief aan de Tweede Kamer over de hervormingen en resultaten financiële sector van 21 juni 2016, Kamerstukken II 2015/16, 32 013, nr. 132.

bieden ook producten die zouden bijdragen aan consumentenbescherming niet worden aangeboden. De leden vragen of de regering hiervan voorbeelden heeft.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
2017-0000058821

Tijdens de evaluatie van de algemene zorgplicht in de Wft hebben (enkele) partijen naar voren gebracht dat financiële dienstverleners grote voorzichtigheid betrachten en in het uiterste geval zelfs producten en diensten niet of slechts in beperkte mate zouden aanbieden. Een verzekeringspartij heeft in dit kader gewezen op het beperkte aanbod van producten dat op *execution only* basis kan worden afgesloten terwijl in Nederland het execution only aanbieden voor alle producten is toegestaan. Deze partij gaf aan dat één van de verklaringen zou kunnen zijn dat aanbieders hiervan afzien uit bezorgdheid c.q. onzekerheid over de invulling van de algemene zorgplicht door de toezichthouder. Tijdens de evaluatie is echter niet gebleken dat dit ook daadwerkelijk het geval is. Belanghebbenden merkten tijdens de evaluatie 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, waaronder ook eventuele voorzichtigheid met het in de markt zetten van producten en diensten, moeilijk te isoleren zijn. Daarnaast geldt dat er sprake is van een breed aanbod van financiële instrumenten door beleggingsondernemingen via het execution only kanaal terwijl voor deze ondernemingen een soortgelijke norm geldt (vgl. artikel 4:90 Wft). Tot slot merk ik hierbij op dat de clausulering van de handhaving van de algemene zorgplicht tot evidente misstanden die schadelijke gevolgen kunnen hebben voor consumenten een waarborg kan zijn die kan voorkomen dat (onnodige) verkramping van de financiële dienstverlening optreedt. Dit geldt temeer ingeval van producten die bijdragen aan consumentenbescherming. 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.

Tot slot vragen de leden van de fractie van D66 waarom de nieuwe evaluatie pas uiterlijk 1 januari 2022 naar de Staten-Generaal wordt gestuurd.

De effecten van de invoering van de algemene zorgplicht in de Wft zijn momenteel moeilijk te isoleren 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 gekomen. Hierdoor ontbreken (harde) empirische gegevens op grond waarvan vergaande conclusies kunnen worden getrokken over de doeltreffendheid en effecten van de algemene zorgplicht in de praktijk. 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. Immers, een daadwerkelijke cultuurverandering alsmede rechts(spraak)ontwikkeling na de invoering van een open norm kost tijd. Dit geldt temeer ingeval van de algemene zorgplicht, gelet op het bijzondere karakter van vangnetbepaling. Gelet op het

vorenstaande is gekozen voor een evaluatietermijn van 5 jaar.

Directie Financiële Markten

De leden van de fractie van de PvdA vragen of de regering van oordeel is dat met de gekozen aanpak daadwerkelijk sprake is geweest van een evaluatie en of de bijlage kan worden beschouwd als het verslag van bevindingen van een dergelijke evaluatie. Voorts vragen de leden of er een rapportage van de evaluatie beschikbaar is en indien dit het geval is of leden deze rapportage kunnen ontvangen. Ook vragen de leden van de fractie van de PvdA of de regering van mening is dat een evaluatie van een wet of wetsartikel de onderzoeksvraag en -aanpak dient te specificeren en een gestructureerde weergave dient te bieden van de bevindingen, conclusies en - indien relevant - aanbevelingen en of onderhavige evaluatie hieraan voldoet en zo niet, waarom voor deze aanpak is gekozen.

Ons kenmerk
2017-0000058821

In 2016 is een evaluatie uitgevoerd naar de doeltreffendheid en de effecten van artikel 4:24a Wft. Mijn brief van 30 december 2016 aan de Staten-Generaal bevat de rapportage van de evaluatie bestaande uit de opzet c.q. aanpak, de onderzoeksvragen, een weergave van mijn bevindingen c.q. conclusies alsmede in de bijlage een weergave van de bevindingen van (belanghebbende) partijen en deskundigen. Ik ben van oordeel dat hiermee voldaan is aan de wettelijke evaluatieplicht. Echter, mede gegeven onder meer het a-typische karakter van artikel 4:24a Wft (vangnetbepaling) en het ontbreken van bestuursrechtelijke handhaving c.q. rechtspraakontwikkeling acht ik een (nieuwe) evaluatie aangewezen. Ik verwacht dat er tegen die tijd meer zicht is op onder meer de (formele) handhavingspraktijk en bestuursrechtelijke rechtspraakontwikkeling hetgeen meer handvatten zal bieden voor de betreffende evaluatie.

De leden van de fractie van de PvdA vragen om een appreciatie van het tot op heden ontbreken van formele handhaving en hierbij te betrekken waarom er tot op heden nog niet formeel is gehandhaafd en wat dit zegt over de doeltreffendheid van artikel 4:24a van de Wft.

De AFM heeft aangegeven dat zij tot op heden nog niet formeel heeft gehandhaafd op grond van artikel 4:24a Wft omdat (i) er veelal meer concrete normen in de Wft voorhanden 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 evidente misstanden in gevallen waarin geen concrete norm voorhanden was. 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 doet mijns inziens geen afbreuk aan de doeltreffendheid c.q. positieve werking van artikel 4:24a Wft. De algemene zorgplicht is in de Wft 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. Artikel 4:24a Wft functioneert volgens (het merendeel van de) gesproken (belanghebbende) partijen en deskundigen in die opzichten goed. Van de enkele mogelijkheid dat de AFM tot handhaving kan overgaan, kan een preventieve werking uitgaan (functie van normerende werking). Zo heeft een enkele belanghebbende tijdens de evaluatie aangegeven 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 tijdens de evaluatie naar voren dat de AFM tijdens

normoverdragende gesprekken (enkele) marktpartijen - onder verwijzing naar artikel 4:24a Wft - heeft bewogen tot aanpassingen in de bedrijfsvoering. Eén belanghebbende - overigens geen marktpartij - 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).

Ook vragen de leden van de fractie van de PvdA of de regering verwacht dat er op het moment van de aangekondigde vervolgevaluatie wel sprake zal zijn van formele handhaving in het kader van de algemene zorgplicht in de Wft en zo ja, op grond waarvan en zo nee, wat dit zegt over de doeltreffendheid van artikel 4:24a van de Wft.

In mijn brief van 30 december 2016 heb ik een nieuwe evaluatie naar de doeltreffendheid en effecten van artikel 4:24a Wft aangekondigd en aangegeven dat de Staten-Generaal uiterlijk 1 januari 2022 het verslag van de bevindingen van deze nieuwe evaluatie zal ontvangen. Het is mogelijk dat de AFM de komende jaren formeel zal handhaven op grond van artikel 4:24a Wft. Voor de volledigheid merk ik hierbij op dat het uitblijven van formele handhaving naar mijn oordeel geen afbreuk doet aan de doeltreffendheid of positieve werking van artikel 4:24a Wft. Ik verwijs hierbij naar de beantwoording van de vorige vraag.

Tot slot vragen de leden van de fractie van de PvdA of de regering in de notie van de algemene zorgplicht ook besloten acht een zorgplicht jegens de samenleving als geheel en hoe de regering in dit kader de mogelijkheid beoordeelt dat een financiële dienstverlener zijn cliënt aanzet tot belastingontwijking.

De algemene zorgplicht is in de Wft geïntroduceerd ter publiekrechtelijke verankering van een vanuit het civiele recht al op financiële dienstverleners rustende zorgplicht. In de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad wordt aangenomen dat financiële ondernemingen - vanwege de bijzondere functie die zij in het maatschappelijke verkeer vervullen - een bijzondere zorgplicht hebben jegens hun klanten, die verder gaat dan de zorg die contractpartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten noemen. Ook artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden, zoals vastgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken, schrijft voor dat banken bij hun dienstverlening de nodige zorgvuldigheid jegens hun klanten in acht moeten nemen. Deze civiele zorgplicht omvat niet een zorgplicht jegens de samenleving in algemene zin. De publiekrechtelijke algemene zorgplicht behelst geen verder reikende verantwoordelijkheid c.q. norm voor financiële dienstverleners te introduceren dan hetgeen reeds geldt ingevolge de civielrechtelijke zorgplicht. De publiekrechtelijke verankering van de algemene zorgplicht heeft als doel handhaving door een toezichthouder mogelijk te maken, zonder dat naleving van de zorgplicht afhankelijk is van een gang naar de civiele rechter door de getroffen consument. Wat belastingontwijking betreft merk ik in algemene zin op dat het kabinet belastingontwijking onwenselijk acht. Het kabinet zet zich dan ook in internationaal verband in om belastingontwijking tegen te gaan. Los daarvan moet een financiële dienstverlener ingevolge de zorgplicht zijn klanten adequaat

informereren en adviseren waaronder ook - voor zover nodig - over de fiscaliteit.

Directie Financiële Markten

Hoogachtend,
de minister van Financiën,

Ons kenmerk
2017-0000058821

J.R.V.A. Dijsselbloem