

Provisie in de keten:

Beloning en transparantie onder het regime van de IDD

AV&S 2018/13

Deze bijdrage bespreekt het beloningsregime van de richtlijn verzekeringsdistributie (de IDD) en, meer in het bijzonder, de vraag welke beloningstransparantieplichtingen er onder dit regime gelden. Aandacht wordt besteed aan de vraag hoe de implementatie van de IDD zich verhoudt tot het inducement- en bredere zorgplichtregime van de IDD en MiFID II. Er is in Nederland in het kader van de implementatie (opnieuw) discussie ontstaan over de vragen of, en zo ja welke transparantie tussenpersonen moeten betrachten jegens de cliënt over de provisie die zij ontvangen van de verzekeraar. Argumenten in deze discussie worden besproken en er wordt gepleit voor meer aandacht in dit kader voor roltransparantie door de tussenpersoon.

1. Inleiding

In distributierelaties vervlechten zich belangen van verzekeraars, tussenpersonen en cliënten tot een keten. Eén van deze belangen is de beloning die de tussenpersoon voor zijn advies- en bemiddelingswerkzaamheden kan ontvangen. Verbonden met dit belang zijn de vragen welke transparantie de verzekeraar en de tussenpersoon moeten betrachten over deze beloning en jegens wie. Regulering stuurt op ontvlechting van belangen door bepaalde vormen van provisie te verbieden en een toenemende transparantie jegens de cliënt te gebieden: bijvoorbeeld door afscheid te nemen van een wettelijk geborgde aanspraak van de tussenpersoon jegens de verzekeraar op provisie over alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen in 2002,² door regels voor te schrijven die streefden naar een evenwichtige verhouding tussen afsluit- en doorlopende provisie en beloningstransparantie voor complexe producten in 2007 en 2009,³ en door een provisieverbod te introduceren in 2013. Voor bepaalde (complexe) producten kan de (hoogte van de) beloning van de tussenpersoon inmiddels transparant zijn voor de cliënt, nu de beloning door de cliënt rechtstreeks betaald wordt.

In deze bijdrage bespreek ik het beloningsregime van de richtlijn verzekeringsdistributie (de *insurance distribution*

directive, of “IDD”)⁴ en, meer in het bijzonder, de vraag welke beloningstransparantieplichtingen er onder dit regime gelden. De IDD staat het lidstaten toe om provisie of andere vergoedingen aan de tussenpersoon te verbieden of te beperken. Nederland maakt hier gebruik van door bij de implementatie van de IDD dit jaar het provisieverbod voor (complexe) producten te handhaven. De implementatie van de IDD brengt evenmin verandering in de mogelijkheid dat tussenpersonen provisie ontvangen van verzekeraars voor dienstverlening voor eenvoudige schadeverzekeringen. Wel scherpt de IDD transparantieplichtingen aan en is in Nederland in het kader van de implementatie (opnieuw) discussie ontstaan over de vragen of, en zo ja welke transparantie tussenpersonen moeten betrachten jegens de cliënt over het feit dat zij provisie ontvangen van de verzekeraar en over de hoogte van de provisie. Ik bespreek in de paragrafen 7 en 8 enkele argumenten in deze discussie en bepleit in dit kader meer aandacht voor roltransparantie door de tussenpersoon, een verplichting die ook besloten ligt in de IDD.

De aanpassingen van de Nederlandse beloningsregels in het Bgfo⁵ aan het IDD regime behandel ik in de paragrafen 5 en 6. De IDD kent een inducement regime dat deels wordt verholp bij de implementatie, niet alleen door het in Nederland geldende provisieverbod maar ook door de wijze waarop de wetgever de IDD beloningsbeginselen implementeert in de Wft en het Bgfo. Dit bespreek ik in paragraaf 4. Paragraaf 3 bevat een synopsis van het Wft-beloningsregime tot aan de implementatie van de IDD.

Eerst sta ik in paragraaf 2 stil bij de civielrechtelijke beloningstransparantieplichtingen voor tussenpersonen als opdrachtnemer en, in dit verband, het gebruik in de schadeverzekeringmarkt dat tussenpersonen door verzekeraars worden beloond voor hun bemiddelingswerkzaamheden.

2. Gewoontes

In discussies over beloningstransparantie blijft de privaatrechtelijke positie van de tussenpersoon vaak onderbelicht. Dit terwijl de beloningsbelangen (en volgens toezichtsreggeving overigens ook andere belangen zoals eigendomsverhoudingen met de verzekeraar)⁶ waarover door de tussenpersoon transparantie betracht zou moeten worden nauw samenhangen met deze positie. De tussenpersoon met direct cliëntcontact handelt immers vaak als opdrachtnemer van zijn cliënt en werkt in ketenrelaties tegelijk ook samen

1 Mr. drs. J.Ph. (Jan) Broekhuizen, advocaat te Amsterdam, lid Groningen Centre for European Financial Services Law. Citeerwijze: J.Ph. Broekhuizen, 'Provisie in de keten: Beloning en transparantie onder het regime van de IDD', AV&S 2018/13, afl. 3.

2 Krachtens art. 13 lid 2 van de WABB dat per 1 april 2002 is vervallen (*Stb.* 2002, 27), had de tussenpersoon jegens de verzekeraar aanspraak op provisie over alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. De tussenpersoon werd derhalve niet door zijn opdrachtgever maar door de verzekeraar beloond.

3 *Stb.* 2006, 520.

4 Richtlijn (EU) 2016/97 van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (herschikking).

5 Ik baseer mij in dit artikel op de consultatieversie van het Besluit implementatie richtlijn verzekeringsdistributie.

6 Zie bijv. art. 86i lid 1(f) Bgfo.

met andere tussenpersonen en verzekeraars. Er zijn in de keten tussen cliënt en verzekeraar soms meerdere tussenpersonen geschakeld. Deze verrichten werkzaamheden gericht op het tot stand brengen van een verzekeringsovereenkomst die de verzekeraar aanbiedt aan de cliënt en zij assisteren bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst.

Een tussenpersoon met rechtstreeks klantcontact adviseert soms de cliënt over de te sluiten verzekering en kan hem assisteren bij schademeldingen tijdens de looptijd van de verzekering. Het kan dan duidelijk zijn dat de tussenpersoon handelt in opdracht van de cliënt. Het komt ook voor in een keten dat tussenpersonen de verzekeraar assisteren, zoals bij de nakoming van diens verplichtingen uit sanctieregelgeving, door het incasseren en doorbetalen van premies of door het doorgeven aan de verzekeraar, andere tussenpersonen of de cliënt van product- of cliëntinformatie. Het kan daarmee voorkomen dat een tussenpersoon, een “bemiddelaar” en soms ook “adviseur” in Wft-termen, zowel een privaatrechtelijke opdrachtrelatie met de cliënt onderhoudt (art. 7:400 BW) als een samenwerkingsrelatie met de verzekeraar. Beide relaties kunnen kwalificeren als een “bemiddelingsovereenkomst” in de zin van art. 7:425 BW, een gekwalificeerde vorm van opdracht.

Wanneer de verzekeraar de tussenpersoon door middel van provisie beloond, zal (ook) de cliënt als opdrachtgever van de tussenpersoon met deze wijze van belonen akkoord moet gaan.⁷ Er wordt dan immers afgeweken van art. 7:405 lid 1 BW, waarin is bepaald dat de opdrachtgever (de cliënt) de opdrachtnemer (tussenpersoon) loon verschuldigd is. Daarnaast dient de tussenpersoon zijn directe of indirecte belangen bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst op grond van art. 7:418 lid 1 BW transparant te maken. Onder dergelijke belangen vallen ook eventuele rechten op beloning door de verzekeraar.⁸

Er wordt in privaatrechtelijk verband wel gewezen op de praktijk of de “gewoonte” in de schadeverzekeringmarkt dat tussenpersonen door verzekeraars worden beloond. Uit deze gewoonte zou, onder verwijzing naar art. 7:400 lid 2 BW, kunnen voortvloeien dat in een concreet geval kan worden afgeweken van de regel dat de cliënt de tussenpersoon loon verschuldigd is.⁹ Bij dergelijke gewoontes gaat het om praktijkgebruiken die in de huidige tijd problematischer voorkomen voor de financiële sector dan in een verder verleden. Het betreft immers praktijken die intransparantie voor de betrokken cliënt met zich brengen:

een cliënt is zich (mogelijk) niet bewust van deze gewoonte noch van het feit dat in zijn verzekeringspremie een provisiebedrag verwerkt zit waarmee zijn tussenpersoon door de verzekeraar wordt beloond – en al zou de cliënt zich bewust daarvan zijn, dan blijft de hoogte van de provisie voor hem (vaak) intransparant als hij er niet bij de tussenpersoon naar vraagt.

Deze intransparantie wordt in de praktijk onderschreven door het sturen (door de verzekeraar of tussenpersoon) van een (“bruto”-)premienota aan de cliënt waarin niet inzichtelijk gemaakt wordt dat een gedeelte van het daarin genoemde premiebedrag bedoeld is als provisie voor de tussenpersoon. In geval van premie-incasso door de tussenpersoon kan deze de provisie ook inhouden op een “netto”-premiebedrag dat hij aan de verzekeraar doorbetaalt. Dit verrekenen van premie en provisie door de tussenpersoon kan eventueel geschieden onder vigeur van een delcredere beding waaronder een tussenpersoon zich bij de verzekeringsovereenkomst tegenover de verzekeraar tot betaling van premie en kosten als eigen schuld verbonden heeft (art. 7:936 BW): een gebruik dat door betrokken verzekeraar en tussenpersoon kan worden begrepen als de incasso van provisie en premie bij de cliënt.¹⁰

Deze gebruiken bestaan naar mijn waarneming in de markt voor schadeverzekeringproducten. Uit de sturing die volgt uit regulering onder het regime van de IDD en de Wft – zoals uit het provisieverbod van art. 86c Bgfo dat in feite een absoluut transparantiegebod betekent over de hoogte van de beloning die de cliënt anders als onderdeel van de (bruto) premie voor de in dit artikel bedoelde complexe producten zou betalen – hoeft wellicht niet reeds geconcludeerd te worden dat dergelijke gebruiken in de schadeverzekeringmarkt niet langer een gewoonte zouden (kunnen) zijn waar men zich in privaatrechtelijke verband op kan beroepen.¹¹ Wel komen bestaande gewoontes steeds meer in de greep van toezichtregelgeving en de nadruk die regulering legt op transparantieplichtingen, zoals de verplichting voor de tussenpersoon tot actieve transparantie over de wijze van beloning bij (eenvoudige) schadeverzekeringproducten (art. 86i lid 1(d) Bgfo, zie paragraaf 5). In de markt voor complexe producten is het provisieverbod beloning van de tussenpersoon door de verzekeraar feitelijk in de weg gaan staan en onderschrijft ook het voor deze producten vereiste dienstverleningsdocument beloningshoogtetransparantie (art. 86f lid 2 Bgfo). Bestaande gewoontes kunnen ook steeds lastiger ontkennen dat de tussenpersoon in ketenrelaties zijn directe of indirecte belangen zoals eventuele rechten op beloning

7 Zie ook HR 10 januari 2003, NJ 2003/375, m.nt. M.M. Mendel.

8 Men zou de beloningstransparantieregels zoals deze voor de tussenpersoon gelden onder de Wft (zie de paragrafen 4 en 5 van dit artikel) kunnen begrijpen als een verduidelijking van een op grond van art. 7:418 lid 1 BW (reeds) van de tussenpersoon verlangde transparantie.

9 S.Y.Th. Meijer, ‘Over provisie en de zorgplicht van de assurantietussenpersoon’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009-12, p. 304.

10 Hier doel ik op feitelijke en economische aspecten die een rol spelen in de relatie verzekeraar – tussenpersoon: juridisch is het recht op provisie een vordering van de tussenpersoon op de verzekeraar wil deze vordering onder het delcredere beding voor verrekening met de premie(doorbetalings-)vordering van de verzekeraar in aanmerking komen.

11 Zie in dit verband ook *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/67 en 135 e.v.

door de verzekeraar, reeds op grond van art. 7:418 lid 1 BW transparant moet maken.¹²

3. Synopsis van het Wft-beloningsregime

Het Wft beloningsregime¹³ kent een regulering van provisiebetalingen voor het bemiddelen in verzekeringen die het resultaat is van een jarenlange en nog steeds voortdurende worsteling met dit onderwerp door de wetgever, toezichthouder en de markt. Het willen voorkomen van beloningsgedreven advies of bemiddeling is daarbij voor de wetgever een drijfveer geweest.¹⁴

3.1 Tussenpersonen: provisieverboden

De regels komen er, kort gezegd, op neer dat een tussenpersoon (een "adviseur" of "bemiddelaar" in Wft-termen) voor het adviseren over of bemiddelen in de (meeste) schadeverzekeringen alleen "afsluitprovisie" en "doorlopende provisie" mag ontvangen of provisie die rechtstreeks door de cliënt wordt betaald (art. 86d lid 1(a) en (b) Bgfo). Voor complexe producten en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, overlijdensrisicoverzekering uitvaartverzekeringen geldt in principe een algeheel provisieverbod: hier mag geen andere provisie betaald worden dan provisie die rechtstreeks door de cliënt wordt betaald (art. 86c lid 2(a) Bgfo). Rechtstreekse beloning van cliënt aan de tussenpersoon betekent dat indirecte beloningen, bijvoorbeeld via verzekeraar als de aanbieder van het financieel product niet zijn toegestaan. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als de beloning van de tussenpersoon via de verzekeraar wordt door- of vooruitbetaald aan de tussenpersoon en de cliënt deze beloning via een opslag op de premie betaalt.¹⁵

Uitzondering op deze provisieverboden zijn relatiegeschenken mits op jaarbasis gezamenlijk niet meer dan € 100 (art. 86c lid 1(e) en art. 86d lid 1(d) Bgfo). Hierbij moet worden gedacht aan het op incidentele basis verschaffen van kleine promotieartikelen of het verschaffen van een fles

wijn als kerstgeschenk aan het einde van het jaar.¹⁶ Ook uitgezonderd zijn provisie die "noodzakelijk zijn" voor het verlenen van de financiële diensten of deze "mogelijk maken" (art. 86c lid 1(c) en art. 86d lid 1(c) Bgfo). Het betreft hier een uit het MiFID-beloningsregime afkomstige norm.¹⁷ Hier is te denken aan productvoorlichting door de aanbieder aan de bemiddelaar of adviseur. Offertesystemen kunnen eveneens in bepaalde gevallen noodzakelijk zijn voor het verlenen van de desbetreffende dienst of deze dienst mogelijk maken, bijvoorbeeld wanneer zonder het offerresysteem de bemiddelaar of adviseur niet kan bemiddelen respectievelijk adviseren ter zake van financiële producten van de aanbieder.¹⁸

3.2 Tussenpersonen: afsluit- en doorlopende provisie

Voor het adviseren over of bemiddelen in (de meeste, eenvoudige) schadeverzekeringen mag de tussenpersoon "afsluitprovisie" en "doorlopende provisie" van de verzekeraar ontvangen. Bij "afsluitprovisie" gaat het om een beloning die een aanbieder ter gelegenheid van de totstandkoming van een overeenkomst inzake een schadeverzekering tussen hem en een consument rechtstreeks of middellijk voor het bemiddelen of adviseren inzake die overeenkomst betaalt. "Doorlopende provisie" is beloning, niet zijnde afsluitprovisie, die een aanbieder van een schadeverzekering na de totstandkoming van een overeenkomst tussen hem en een consument voor het bemiddelen of adviseren inzake die overeenkomst rechtstreeks of middellijk betaalt. In beide gevallen betreft het daarmee beloning die ziet op bemiddeling voor een specifieke verzekering. Bonus- of winstprovisies zullen geen provisie zijn die wordt betaald ter gelegenheid van de totstandkoming van een individuele polis, en zullen dan ook niet kwalificeren als afsluit- of doorlopende provisie. Reeds om die reden zijn bonus- of winstprovisies niet toegestaan voor bemiddeling in schadeverzekeringen.¹⁹ Bemiddelaars zijn op verzoek van de cliënt verplicht onder meer duidelijk te maken wat de nominale hoogte is van de ontvangen provisie, dan wel de wijze van berekening (art. 86d lid 1(b) Bgfo). Dit impliceert in mijn ogen dat de verzekeraar ook vooraf de hoogte (dan wel wijze van berekening) van de provisie moet vaststellen en deze niet gedurende de looptijd kan wijzigen. Dit impliceert ook dat wijzigingen daarvan uitsluitend kunnen gelden voor nieuwe polissen.

3.3 Verzekeraars

Een verzekeraar die rechtstreeks cliëntcontact heeft (de "directe aanbieder" genoemd in art. 86h Bgfo) moet zijn advieskosten en distributiekosten gericht op het tot stand brengen van een overeenkomst met betrekking tot producten waar

12 Dergelijke gewoontes kunnen ook de wettelijke restricties die kleven aan het "dienen van twee heren" niet doorkruisen. Wanneer er in ketenrelaties naast de opdrachtrelatie met de cliënt ook tussen de tussenpersoon en de verzekeraar een bemiddelingsovereenkomst geldt, kan de tussenpersoon twee heren gaan dienen. Tweezijdige bemiddeling door de tussenpersoon is op grond van art. 7:417 BW slechts dan toegestaan "indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vast staat dat strijd tussen de belangen van beide lastgevers is uitgesloten". Indien en voor zover de tussenpersoon in opdracht van een cliënt een rechtshandeling verricht, is daarvoor de schriftelijke toestemming van de consument vereist (art. 7:417 lid 2 BW). Handelen in strijd met deze bepaling betekent dat de tussenpersoon zijn recht op beloning verliest (art. 7:417 lid 3 BW).

13 Zie voor de historie ook J.Ph. Broekhuizen & B. Vos, 'Voorstel voor nieuwe provisie-regelgeving, waaronder provisieverbod', Tijdschrift voor Vastgoedrecht, nr. 4, augustus 2011, p. 89-90, J.Ph. Broekhuizen & Ph.L. Reeser Cuperus, 'De Wet op het financieel toezicht en de nieuwe regels voor provisiebetalingen', Tijdschrift voor Vastgoedrecht 2006, nr. 5, p. 136-138 en E.A.J. Nederlof-Wouters van den Oudenweijer, *Provisie in de verzekeringsbranche, in Zicht op Toezicht in de Verzekeringsector* (Recht en Praktijk nr. VR6), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 135 e.v.

14 Lidstaten kunnen op grond van de IDD het aanbieden of aanvaarden van provisie ook in bepaalde gevallen verbieden of beperken. Zie bijv. art. 22 lid 3 IDD; art. 29 lid 3 IDD.

15 Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013, *Stb.* 2012, 695, p. 87.

16 Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013, *Stb.* 2012, 695, p. 89.

17 Deze norm is afgeleid van de inducement-norm uit art. 26 van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID (2006/73/EG). Zie Besluit van 9 december 2008, houdende wijziging van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft met het oog op harmonisatie van voor aanbieders en bemiddelaars geldende regels inzake provisie en het Besluit boetes Wft, *Stb.* 2008, 546, p. 22.

18 Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013, *Stb.* 2012, 695, p. 88.

19 Zie ook Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013, *Stb.* 2012, 695, p. 89.

het provisieverbod van art. 86c Bgfo voor geldt, rechtstreeks in rekening brengen bij de cliënt. De verzekeraar mag geen andere kosten dan de advieskosten en distributiekosten in rekening bij de cliënt voor deze werkzaamheden en moet een kostprijsmodel hanteren voor de berekening van de advieskosten en distributiekosten (art. 86g en 86h Bgfo).

3.4 Gevolmachtigde agenten

In art. 86e Bgfo wordt tenslotte ook de commissiebetaling voor het optreden als gevolmachtigde agent aan banden gelegd. Dergelijke commissiebetalingen zijn niet toegestaan wanneer zij niet “noodzakelijk zijn voor het verlenen van de dienst of deze mogelijk maken” (zie hiervoor). Dit geldt wederom niet voor relatiegeschenken mits op jaarbasis gezamenlijk niet meer dan € 100 (art. 86e lid 2(b) Bgfo). Ook zijn commissies toegestaan “wanneer deze geen afbreuk doen aan de verplichting van de aanbieder of de gevolmachtigde agent om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt”. Wat volgens de wetgever in ieder geval niet langer is toegestaan zijn beloningen “die de aanbieder of de gevolmachtigde agent een prikkel geven om hun zorgplicht jegens de consument niet na te laten”.²⁰ Ook volgens een interpretatie van de AFM uit 2013 betekent deze norm dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de werkzaamheden van de gevolmachtigde agent en de beloning die aan die gevolmachtigde agent wordt verschaft.²¹ Het totaal van de beloning moet dus in directe relatie staan tot de verrichte werkzaamheden.

Het criterium dat het totaal van de beloning in directe relatie moet staan tot de verrichte werkzaamheden brengt mee dat omzet- en rendementsbeloningen van gevolmachtigde agenten niet mogelijk zijn. Een waarde-gerelateerd beloningsmodel (zoals commissie gebaseerd op een percentage van de premie) legt ook geen duidelijke en transparante relatie tussen de werkzaamheden en de beloning, zo heeft de AFM gesuggereerd.²² Dit betekent volgens de AFM dat er zware waarborgen nodig zijn om de passendheid van de beloning te garanderen. De AFM denkt dan bijvoorbeeld aan een nominaal plafond op polis niveau. Dit nominaal plafond dient zodanig strak te zijn ingesteld dat de passendheid van de beloning per individuele polis is gewaarborgd.²³ Een nominaal plafond op portefeuille niveau, waarbij wordt gekeken naar de gemiddelde beloning per polis, of een te ruim nominaal plafond op polis niveau, garandeert deze waarborg niet. Een verrichtingentarium (een inspanning gerelateerd beloningsmodel) sluit volgens de AFM daarentegen wel goed aan bij de kern van deze norm. De volmachtmarkt heeft moeite met het overnemen van deze suggesties. Zo werd enkele jaren geleden de invoering van een door een

“initiatiefgroep volmachtbeloning”²⁴ voorgestelde nominale beloning (vaste prijs per polis) voor consumentenverzekeringen en benchmark-toets om de passendheid van de beloningsafspraken te waarborgen, nog belemmerd door gebreken in de volledigheid en correctheid van de administratie van het volmachtbedrijf.

3.5 Beloningstransparantie door de keten

Het Bgfo-beloningsregime roept in de praktijk vragen op, niet in de laatste plaats vanwege de verschillende wijzigingen van deze regels in de loop der jaren die de inzichtelijkheid niet ten goede zijn gekomen. Met name waar het betreft de verplichtingen in geval van ketenrelaties, schieten de beloningsregels in duidelijkheid tekort. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de verplichting om op verzoek van de cliënt het bestaan, de aard en het bedrag van de provisie mee te delen (art. 86d lid 1(b) Bgfo) betekent dat de adviseur of bemiddelaar inzicht moet verschaffen in de totale provisie die door de desbetreffende aanbieder wordt betaald, ook ingeval de bemiddelaar of adviseur (met het rechtstreeks klantcontact) niet dit gehele bedrag zelf ontvangt maar een deel wordt ontvangen door tussenschakels in de keten zoals inkoopcombinaties of serviceproviders. Ik neem aan van wel uit het oogpunt van consistentie met art. 149a lid 2(b) Bgfo (oud). Relevant is dat deze verplichting voor 2013 was opgenomen in art. 149a lid 2(c) Bgfo. Ook al schiep de toelichting bij deze specifieke bepaling voor schadeproducten (ook) geen duidelijkheid,²⁵ er gold op grond van art. 58 lid 1 en 149a lid 2(b) Bgfo bij complexe producten toen wel een duidelijke verplichting om proactieve transparant te zijn over bestaan, aard en hoogte van de totale beloning, ook wanneer de bemiddelaar of adviseur maar een gedeelte van deze beloning zelf ontving.

4. Inducements

De wijze waarop financiële ondernemingen beloond worden, betekent voor hen een belang dat van invloed kan zijn op de vraag of, en op welke wijze, zij zich kunnen en willen inzetten voor de belangen van cliënten. Het is instructief in dit verband om kennis te nemen van de inducementregels voor beleggingsdiensten onder MiFID II. Voor verzekeringen met een beleggingscomponent sluit de IDD aan bij het MiFID II regime.

Voor beleggingsdiensten wordt de betaling of ontvangst van provisies in verband met beleggingsdienstverlening door MiFID II²⁶ verboden, tenzij het gaat om provisie die rechtstreeks door de cliënt wordt betaald of provisie die aan bepaalde voorwaarden voldoet. Wanneer beleggingsondernemingen desalniettemin provisies (van een ander dan de cliënt en die niet aan de voorwaarden voldoet) ontvangen, worden zij ge-

20 Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2012, *Stb.* 2011, 515, p. 16, 17.

21 Zie AFM, Interpretatie van de norm voor passende volmachtbeloning, januari 2013.

22 AFM, Interpretatie van de norm voor passende volmachtbeloning, januari 2013.

23 Het plafond moet volgens de AFM minimaal bepaald worden op basis van een vergelijking van de eigen interne kosten met de kosten van het volmachtbedrijf.

24 Deze initiatiefgroep is in januari 2016 opgeheven, www.vvponline.nl/content/news/initiatiefgroep-volmachtbeloning-heft-zichzelf-op-volmachtbeloningsmodel-niet-haalbaar.

25 Art. 86d is het oude art. 149a van het Bgfo, voor zover dat zag op schadeverzekeringen, zie Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013, *Stb.* 2012, 695, p. 89.

26 Richtlijn 2014/65/EU.

acht zich niet op “loyale, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van cliënten” (art. 24 lid 9 MiFID II). De voorwaarden waaronder provisie is toegestaan, introduceren een kwalitatief element dat ziet op de dienstverlening zelf gekoppeld aan een transparantievereiste. Zie de voorwaarden zoals geïmplementeerd in art. 168a lid 2(c) Bgfo voor provisie met betrekking tot het verlenen van een beleggingsdienst aan een niet-professionele belegger. Provisie door aanbieders van financiële instrumenten voor het overnemen of plaatsen van financiële instrumenten is toegestaan wanneer deze (onder meer) “de kwaliteit van de desbetreffende dienst ten goede komt”, niet leidt tot belangenconflicten en geen afbreuk doet aan de verplichting van de beleggingsonderneming om zich in te zetten voor de belangen van niet-professionele belegger. Daarnaast moet de cliënt voorafgaand op “uitvoerige, accurate en begrijpelijke wijze” geïnformeerd worden over het bestaan, de aard en het bedrag van de provisie.

De IDD sluit, waar het de distributie van verzekeringen met een beleggingscomponent betreft aan bij deze MiFID II formulering, zij het iets anders geformuleerd. Voor deze verzekeringen geldt dat beloning (anders dan rechtstreekse beloning door de cliënt) alleen ontvangen of betaald mag worden wanneer deze (i) geen afbreuk doet aan de kwaliteit van de aan de cliënt verleende dienst, en (ii) geen afbreuk doet aan de plicht van de verzekeringstussenpersoon of verzekeraar om zich op loyale, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van haar cliënten (art. 29 lid 2 IDD). In een Gedelegeerde Verordening wordt dit beloningsbeginsel verder uitgewerkt.²⁷ Naar deze Gedelegeerde Verordening, die als verordening rechtstreeks werkt, wordt ook verwezen in een nieuw art. 167 (c) lid 2 Bgfo.²⁸

Een inducement of inducementregeling wordt geacht een negatieve impact op de kwaliteit van de relevante dienst aan de klant te hebben indien deze van die aard en schaal is dat deze een prikkel vormt om verzekeringsdistributieactiviteiten uit te voeren op een manier die niet voldoet aan de verplichting om op eerlijke, billijke en professionele wijze te handelen in het belang van de klant (art. 8 lid 1 Gedelegeerde Verordening).²⁹ Hierbij kan worden aangetekend dat er per definitie beïnvloeding is door beloning en die kan ook

positief zijn.³⁰ Door het ontvangen van provisie zijn tussenpersonen immers in staat een ruimer product- of dienstassortiment in stand te houden voor hun cliënten. Meer keuze is een kwalitatief belang dat door beloning gediend kan worden. Het gaat dus om prikkels met negatieve effecten. Om te beoordelen of een inducement of inducementregeling een negatieve impact heeft op de kwaliteit van de relevante dienst aan de klant, geeft de Gedelegeerde Verordening nadere criteria.³¹

Deze IDD inducement criteria voor beleggingsverzekeringen sneeuwen in het Bgfo-regime grotendeels onder. Onder dit Nederlandse regime geldt voor het bemiddelen in en adviseren over beleggingsverzekeringen immers (reeds) een algeheel provisieverbod: hier mag de tussenpersoon in principe alleen rechtstreeks beloond worden door de cliënt. In implementatie van de IDD schrijft een nieuw art. 59h Bgfo voortaan wel voor dat financiële dienstverleners voorafgaand aan de totstandkoming van een beleggingsverzekering bepaalde informatie moeten verstrekken en op een bepaalde manier moeten presenteren, onder meer over de verzekering, de voorgestelde beleggingsstrategie en over alle kosten en bijbehorende lasten voor het adviseren en bemiddelen. De informatie over kosten en lasten in verband met de dienst en de beleggingsverzekering, die niet het gevolg zijn van de ontwikkeling van onderliggende marktrisico's, moet worden samengevoegd zodat de cliënt inzicht krijgt in de totale kosten en mede in het cumulatieve effect op het rendement. Als de cliënt hierom verzoekt, omvat deze informatie een puntsgewijze uitsplitsing. Hier onderstreept de IDD een bepaalde wijze van betrachting

27 Gedelegeerde Verordening 2017/2359/EU. Zie ook de uitwerking in het MiFID II regime van de vraag wanneer provisie de kwaliteit van de dienst ten goede komt, in art. 11 van de Gedelegeerde Richtlijn 2017/593/EU. Een provisie wordt niet aanvaardbaar geacht indien de verstrekking van de desbetreffende diensten aan de cliënt wordt vervalst of verstoord ten gevolge van deze provisie (art. 11 lid 2 Gedelegeerde Richtlijn).

28 Zie in dit verband ook het in de Implementatiewet voorgestelde art. 4:91q Wft (nieuw).

29 Volgens de wetgever in het kader van art. 86c lid 2(b) Bgfo kan “een beloning die afbreuk doet aan de kwaliteit van de dienstverlening en de verplichting van de bemiddelaar of adviseur om zich in te zetten voor de belangen van de consument” betekenen dat geen beloning mag worden ontvangen “waarvan een aansporende, motiverende of stimulerende werking uitgaat en daardoor de bemiddeling of het advies kunnen beïnvloeden. De door de aanbieder betaalde provisie aan een bemiddelaar of adviseur moet daarom in redelijke verhouding staan tot de aard en reikwijdte van zijn advies- en bemiddelingswerkzaamheden. Daarnaast mag de betaalde provisie door de aanbieder geen invloed hebben op de uitkomst van het gegeven advies.” Zie Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2015, *Stb.* 2014, 524, p. 48.

30 Zie art. 11 Gedelegeerde Richtlijn 2017/593/EU.

31 Om te beoordelen of een inducement of inducementregeling een negatieve impact heeft op de kwaliteit van de relevante dienst aan de klant voeren verzekeringstussenpersonen en verzekeraars een algemene analyse uit met inachtneming van alle relevante factoren die het risico van nadelige impact op de kwaliteit van de relevante dienst aan de klant kunnen verhogen of verlagen, en de organisatorische maatregelen die door de verzekeringstussenpersoon of verzekeraars die distributieactiviteiten uitvoert, zijn genomen om het risico van nadelige impact te voorkomen. Zij houden met name rekening met de volgende criteria (art. 8 lid 2 Gedelegeerde Verordening):

- (a) of de inducement of inducementregeling voor de verzekeringstussenpersoon of verzekeringsonderneming een prikkel zou kunnen vormen om een bepaald verzekeringsproduct of een bepaalde dienst aan de klant aan te bieden of aan te bevelen, ondanks het feit dat de verzekeringstussenpersoon of verzekeringsonderneming andere verzekeringsproducten of diensten zou kunnen aanbieden die beter voldoen aan de behoeften van de klant;
- (b) of de inducement of inducementregeling uitsluitend of voornamelijk is gebaseerd op kwantitatieve commerciële criteria dan wel of er rekening wordt gehouden met adequate kwalitatieve criteria die naleving van de geldende voorschriften, de kwaliteit van de dienstverlening aan klanten en de klanttevredenheid tot uitdrukking brengen;
- (c) de waarde van de betaalde of ontvangen inducement in verhouding tot de waarde van het product en de diensten die worden aangeboden;
- (d) of de inducement geheel of hoofdzakelijk betaald wordt op het moment van de sluiting van het verzekeringscontract dan wel zich over de gehele looptijd van dat contract uitstrekt;
- (e) het bestaan van een adequaat mechanisme om de inducement terug te vorderen indien het product in een vroeg stadium vervalst of wordt afgekocht of ingeval de belangen van de klant zijn geschaad;
- (f) het bestaan van een vorm van variabele of voorwaardelijke drempel of een ander soort waardeversneller die geactiveerd wordt door het bereiken van een doel op basis van volume of waarde van verkopen.

van transparantie voor deze producten en dienstverlening in verband met deze producten.

Het loont zich voor het goede begrip na te blijven denken over de relatie tussen de beloningsbeginselen, criteria en zorgplichten van de IDD en MiFID II en de Nederlandse beloningsregels in het licht van de cross sectorale consistentie die de Europese regelgever nastreeft. De hiervoor weergegeven Europese belonings(transparantie) normen zijn immers uitwerkingen van de generieke zorgplichten zoals deze gelden voor beleggingsondernemingen onder MiFID II (art. 24 MiFID II, zie voor de implementatie van deze norm art. 4:90 Wft) en inmiddels ook voor verzekeringsdistributeurs onder de IDD.³² In zijn algemeenheid geldt onder de IDD voor alle verzekeringsdistributeurs een generieke zorgplicht (art. 17 lid 1 IDD), waarvoor is aangesloten bij de formulering van MiFID II:

“De lidstaten zorgen ervoor dat wanneer verzekeringsdistributeurs aan verzekeringsdistributie doen, zij zich altijd op loyale, billijke en professionele wijze voor de belangen van hun cliënten inzetten.”

Daarnaast geldt onder de IDD het algemene beginsel dat beloningen van verzekeringsdistributeurs en werknemers voorkomen moeten worden die tot conflicten kunnen leiden met de plicht van de distributeur in het belang van zijn cliënten te handelen (art. 17 lid 3 IDD). Hier wordt een bredere norm geformuleerd dan art. 24 lid 10 MiFID II dat alleen ziet op werknemers en waar de IDD formulering op is gestoeld. Art. 17 lid 3 IDD bepaalt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat een verzekeringsdistributeur niet wordt beloond of de prestaties van zijn werknemers niet zodanig beloont of beoordeelt dat er conflicten ontstaan met zijn plicht in het belang van zijn klanten te handelen. Met name hanteert een verzekeringsdistributeur op beloningsgebied, op het gebied van verkoopdoelen of anderszins, geen regeling die hemzelf of zijn werknemers ertoe kan aanzetten een klant een bepaald verzekeringsproduct aan te bevelen, terwijl de verzekeringsdistributeur een ander verzekeringsproduct zou kunnen aanbieden dat beter aan de behoeften van de desbetreffende klant zou voldoen.”

Ook hier is op te merken dat geen van beide IDD normen met zoveel woorden geïmplementeerd worden in de Wft of het Bgfo, terwijl de MiFID normen wel hun plek hebben gekregen in de Wft.³³ De wetgever kiest ervoor om de generieke zorgplicht van art. 17 lid 1 IDD besloten te achten in de generieke zorgplicht die reeds in art. 4:24a Wft is opgenomen. Ik heb deze keuze in een eerdere bijdrage in dit tijdschrift

reeds bekritiseerd.³⁴ Ook de beloningsnorm van art. 17 lid 3 IDD (eerste volzin) is in de Implementatiewet³⁵ en de toelichting daarop niet specifiek terug te vinden, anders dan in het algemene gedeelte (par. 4.4.1) van de memorie van toelichting. Het beloningsbeginsel van art. 17 lid 3 IDD (tweede volzin) moet blijkens de transponeringstabel in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet gelezen worden in art. 1:119 Wft (zie hierover paragraaf 7).

Deze keuzes van de Nederlandse wetgever betekenen een gedeeltelijke *verhulling* van het Europese normenstelsel. Het komt de inzichtelijkheid en het begrip van het Nederlandse beloningsregime, dat ook zelf een geharmoniseerd stelsel³⁶ voor het financiële intermediair nastreeft, mijns inziens niet ten goede. Zo is de vraag te stellen of de norm voor beloning van gevolmachtigde agenten (eveneens verzekeringsdistributeurs onder de IDD),³⁷ “geen afbreuk doet aan de verplichting om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt”, (art. 86e lid 2(a) Bgfo) geen uitdrukkelijke(r) inbedding in het IDD inducementregime verdient. Het valt op dat in de implementatiewetgeving geen aandacht wordt besteed aan deze norm voor volmachtsbeloning.

Daarbij kent het Bgfo-beloningsregime formuleringen die een specifieke Nederlandse dimensie toevoegen aan de regulering van inducements. Zo wordt het begrip “*kennelijk onredelijk*” gebruikt: voor provisie die rechtstreeks door de cliënt worden betaald geldt dat deze provisie niet “kennelijk onredelijk” mag zijn gelet op de aard en omvang van de dienstverlening (art. 86c lid 2(a) en 86d lid 1(a) Bgfo). Deze norm uit 2013 dateert nog van voor de introductie in 2014 van de eveneens specifiek Nederlandse generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft. Het doel van deze norm is te voorkomen dat adviseurs of bemiddelaars beloningen in rekening brengen voor hun werkzaamheden die gelet op de daarmee gemoeide inspanningen niet objectief kunnen worden gerechtvaardigd, aldus de wetgever. Deze norm geeft volgens de parlementaire toelichting bij deze bepaling de AFM de mogelijkheid om handhavend op te treden, “daar waar cliënten kennelijk onredelijke beloningen in rekening worden gebracht die evident afbreuk doen aan de belangen van de cliënt”.³⁸

32 Stb. 2008, 546, p. 22

33 Zie art. 4:90 Wft voor de Nederlandse implementatie van art. 24 MiFID II. De tekst van art. 24 lid 1 MiFID II bepaalt dat: “[...] een beleggingsonderneming zich bij het aan cliënten verlenen van beleggingsdiensten of, in voorkomend geval, nevendiensten, op eerlijke, billijke en professionele wijze inzet voor de belangen van haar cliënten [...]”

34 Zie hierover J.Ph. Broekhuizen, ‘Convergenties in de Keten: Zorgplichten, Product Governance en de IDD’, AV&S 2016/45 (p. 225-235).

35 Zie de Wet implementatie richtlijn verzekeringsdistributie, Stb. 2018, 89 en de Kamerstukken onder nr. 34770.

36 Zie over de streven naar harmonisatie bijvoorbeeld Besluit van 9 december 2008, houdende wijziging van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft met het oog op harmonisatie van voor aanbieders en bemiddelaars geldende regels inzake provisies en het Besluit boetes Wft, Stb. 2008, 546, p. 7, 19.

37 De activiteiten van gevolmachtigde agenten worden als vormen “verzekeringsdistributie” gereguleerd door de IDD.

38 Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, Stb. 2012, 695, p. 87, 88. De vraag of een provisie “kennelijk onredelijk” is, hangt af van de feiten en de omstandigheden van het geval en er kan daarbij ook worden gekeken naar wat in de branche in het algemeen gebruikelijk is om in rekening te brengen voor bepaalde diensten. De AFM dient daarbij bijvoorbeeld te toetsen aan de volgende vragen: (i) is het bedrag dat de adviseur of bemiddelaar bij de consument in rekening brengt redelijk gezien de verrichte werkzaamheden?; (ii) is het aantal uren dat aan het advies of de bemiddeling is besteed redelijk gezien de reikwijdte van het advies?; (iii) is de reikwijdte van het advies redelijk gezien de adviesvraag van de consument?

De AFM is niet bevoegd om direct in te grijpen in de civielrechtelijke verhouding tussen een cliënt en de adviseur of bemiddelaar.³⁹ Adviseurs of bemiddelaars zijn in beginsel vrij om met de cliënt hun beloning overeen te komen. Desalniettemin treedt regulering middels deze “niet kennelijk onredelijk” aanwijzing diep in de privaatrechtelijke verhoudingen tussen partijen, door de dienstverlener. Er spreekt niet alleen een wantrouwen uit van de helende effecten van rechtstreekse beloning op de klantgerichtheid van de advisering, maar ook een twijfel over de mogelijkheid van de cliënt om een redelijke beloning overeen te komen met zijn adviseur. Het is een regulatoire twijfel die de wel geopperde gedachte weersprekt dat inducementnormen bij rechtstreekse beloning door de cliënt onnodig zouden zijn.⁴⁰

Deze “kennelijk onredelijk”-norm wordt niet gebruikt waar het afsluit- en doorlopende provisies betreft die voor de meeste schadeverzekeringen nog gewoon door de verzekeraar aan de tussenpersoon betaald kunnen worden. Voor de beantwoording van de vraag of de betaling van deze provisies afbreuk doet aan de belangen van cliënten zal dan ook, waar het toezichtsregelgeving betreft, moeten worden teruggevallen op de generieke zorgplichten van art. 4:24a Wft, het daarin volgens de wetgever besloten liggende beginsel van art. 17 lid 1 IDD en de betekenis die “handelen in het belang van cliënten” in dit verband kan hebben.

5. Beloningstransparantie door bemiddelaars en adviseurs

De implementatie van de IDD brengt, naast het in paragraaf 4 besproken nieuwe art. 59h Bgfo voor beleggingsverzekeringen, enkele verduidelijkingen met zich mee van het in paragraaf 3 samengevatte Wft-belonings(transparantie) regime. Volgens de IDD zal de cliënt actief moeten worden geïnformeerd over de aard van de vergoeding die de verzekeringstussenpersoon met betrekking tot de verzekeringsovereenkomst ontvangt en daarnaast over de wijze waarop hij wordt beloond: of de tussenpersoon werkt op basis van, kort gezegd, een door de klant betaalde vergoeding, of “een in de verzekeringspremie verwerkte vergoeding” oftewel provisie door de verzekeraar, of een andere soort vergoeding inclusief economische voordelen van welke aard dan ook. (art. 19 lid 1 (d) en (e) IDD). Wat verstaan moet worden onder de “aard” van de vergoeding wordt niet verder toegelicht in de IDD, en ook niet in de Nederlandse implementatiewetgeving.⁴¹ Een verplichting *actief* te informeren over de wijze van beloning was voor schadeverzekeringen reeds neergelegd in art. 86i lid 1(d) Bgfo, alhoewel de wetgever hier geen toelichting gaf welke informatie specifiek ge-

ven moest worden.⁴² Voor de uitleg van deze bepaling kan voortaan geput worden uit hiervoor genoemde elementen van art. 19 lid 1(e) IDD.

Er geldt alleen een *passieve* verplichting tot belonings(hoogte)transparantie waar het afsluit- en doorlopende provisie voor schadeverzekeringen betreft: bemiddelaars zijn op verzoek van de cliënt verplicht onder meer duidelijk te maken wat de nominale hoogte is van de ontvangen provisie (dan wel de wijze van berekening) (art. 86d lid 1(b) Bgfo). De IDD verplicht niet tot een dergelijke actieve transparantie over het bedrag of de hoogte van beloningen, behoudens in geval van rechtstreekse beloning door de cliënt (art. 19 lid 2 IDD). Alleen wanneer provisie rechtstreeks door de cliënt wordt betaald, zal de verzekeringstussenpersoon actief de hoogte van het bedrag aan moet geven, of indien dat niet mogelijk is, de methode om het bedrag te berekenen. Deze verplichting wordt neergelegd in een nieuw onderdeel e van art. 86i Bgfo. Uiteraard zal bij rechtstreekse beloning door de cliënt, deze met de beloning moeten (kunnen) instemmen en uit dien hoofde zal er in de privaatrechtelijke verhouding tussen de tussenpersoon en de cliënt reeds transparantie over de beloning(shoogte) moeten worden betracht.

Het Bgfo (en de IDD) verduidelijken echter niet of de beloningstransparantieplicht van art. 86i Bgfo ook geldt voor tussenpersonen in de keten die niet zelf het rechtstreekse klantcontact onderhouden. Aannemelijk is dat deze transparantieplicht vooral betekenis zal hebben in relaties waar er rechtstreeks cliëntcontact is. Dit lijkt ook de uitleg in Engeland waar de toezichthouder, de Financial Conduct Authority, in het kader van de implementatie van de IDD naar mijn begrip verduidelijkt dat dit type verplichtingen alleen gelden voor de tussenpersoon met het rechtstreekse klantcontact.⁴³

Voor producten waar het provisieverbod voor geldt, bestaat er meer duidelijkheid. Voor deze producten zal bepaalde informatie over de (rechtstreekse) beloning door de cliënt als voorheen moeten worden opgenomen in het dienstverleningsdocument, zoals het nominale bedrag van de beloning die de tussenpersoon gemiddeld in rekening brengt of de nominale kosten die de verzekeraar gemiddeld bij de cliënt in rekening brengt voor advies en distributie van de verzekering (art. 86f lid 2 en lid 5 Bgfo). Er wordt in het Bgfo voor ketenrelaties verduidelijkt dat het dienstverleningsdocument wordt verschaft aan de cliënt door de financieledienstverlener (tussenpersoon of verzekeraar) met het rechtstreekse cliëntcontact (art. 86f lid 6 Bgfo).

De stap naar proactieve transparantie over de hoogte van beloningen van verzekeringsdistributeurs te betrachten in alle gevallen is een brug te ver gebleken voor de IDD, en ook voor de Nederlandse wetgever tot nu toe, waar het eenvoud-

39 Zie art. 1:75 lid 4 Wft.

40 Zie verband Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/67 en S.Y.Th. Meijer, ‘Over provisie en de zorgplicht van de assurantietussenpersoon’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009-12, p. 301-306.

41 Ik baseer mij op de ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikbare consultatieversie van het Besluit implementatie richtlijn verzekeringsdistributie.

42 Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013, *Stb.* 2012, 695, p. 95 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 546, 548.

43 Zie het FCA's Policy Statement PS 18/1, gepubliceerd in januari 2018, p. 179 onder punt 4.

dige schadeverzekeringsproducten betreft. De AFM heeft in haar reactie op de consultatie van het Besluit implementatie richtlijn verzekeringsdistributie wel gepleit voor actieve transparantie over de hoogte van de provisie bij schadeverzekeringen.⁴⁴ De AFM is er voorstander van dat dienstverleners hun cliënten altijd actief informeren over de hoogte van de provisie. Ook als deze door de cliënt niet rechtstreeks, maar via de verzekeringspremie wordt betaald. De AFM wil hiermee voorkomen dat alleen cliënten die zelf vragen naar de hoogte van de provisie hierover worden geïnformeerd.

Hierbij heeft AFM in het bijzonder oog voor de beperkingen van een online-omgeving. Aanbiedingen, advies of bemiddelingen via websites, bijvoorbeeld vergelijkingswebsites, zet de cliënt letterlijk wat op afstand van de tussenpersoon. Hij zal wellicht minder snel vragen naar de hoogte van diens beloning: *“Zeker in een online omgeving, waar er geen face-to-face-contact is tussen dienstverlener en consument, is het voor consumenten vaak niet of zeer lastig om te vragen naar de hoogte van de provisie. Door actieve transparantie van financiële dienstverleners is het voor klanten inzichtelijk wat de kosten zijn en welke dienstverlening daar tegenover staat”*, aldus de AFM. Dit argument, dat niet los gedacht kan worden van een breder willen-bevorderen door de IDD van de grensoverschrijdende werkzaamheden van online-dienstverleners zoals vergelijkingswebsites, zal mijns inziens minder opgeld doen voor tussenpersonen die hun cliënten persoonlijk spreken.

Het Verbond van Verzekeraars heeft het pleidooi van de AFM onderschreven om actieve transparantie bij schadeverzekeringen in te voeren. Het Verbond vindt dat de cliënt bij schadeverzekeringen actief moet worden geïnformeerd over de hoogte van de provisie in euro's. Dat zou voor zowel particuliere als zakelijke klanten moeten gelden: *“Anno 2017 is het niet houdbaar dat verzekeraars niet transparant zijn over de provisie die zij betalen aan adviseurs”*, zo schrijft het Verbond in haar reactie op de consultatie van het Bgfo.

Het is inderdaad de vraag of het houdbaar is dat een verzekeraar intransparantie onderschrijft door (“bruto”-)premiënota's toe te staan waarin de cliënt niet inzichtelijk wordt gemaakt dat een gedeelte van het daarin genoemde premiebedrag bedoeld is als provisie voor de tussenpersoon. Daarnaast blijft het echter de (separate) vraag wat er van tussenpersonen verwacht mag worden in de aanloop naar het verzekeringscontract: zie paragraaf 7 voor enkele argumenten van tegenstanders van actievere provisie(hoogte) transparantie.

Er is in het kader van de Implementatiewet geen politieke (kamer)meerderheid gebleken voor actieve transparantie voor de hoogte van schadeprovisie. Ook stemde de Kamer tegen een motie die vergelijkingsites moest verplichten

⁴⁴ De informatiebehoefte over de kosten is bij consumenten groot: 87% wil dat de financiële dienstverlener hen actief wijst op de advies- en afsluitkosten van een schadeverzekering. Dit blijkt uit de AFM Consumentenmonitor van oktober 2017 in samenwerking met onderzoeksbureau GfK.

eerlijk en open te zijn over de provisie die ze ontvangen. De minister kondigde wel aan de voor- en nadelen van actieve transparantie van provisie bij schadeverzekeringen verder in kaart te willen brengen.

6. **Transparantie over beloning werknemers door verzekeraar**

In een streven naar een *level playing field* tussen verzekeraars en tussenpersonen – beiden een “verzekeringsdistributeur” in de zin van de IDD – zal ook de verzekeraar een zekere transparantie moeten gaan betrachten over beloning. De verzekeraar zal de cliënt actief de aard van de vergoeding moeten meedelen die haar werknemers ontvangen met betrekking tot de verzekeringsovereenkomst (art. 19 lid 4 IDD). Bij “aard van de vergoeding” kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een vergoeding op basis van verkoopdoelstellingen.

Deze actieve transparantieplicht voor verzekeraars zal worden ingebed in art. 86f lid 2(k) en 86i lid 1(e) Bgfo. De IDD en ook het Bgfo verduidelijken niet of deze beloningstransparantieplicht voor verzekeraars ook geldt wanneer de verzekeraar samenwerkt met tussenpersonen in een keten en niet zelf het rechtstreekse klantcontact onderhoudt. Betoogbaar is dat deze transparantieplicht vooral betekenis zal hebben in relaties waar er rechtstreeks cliëntcontact is, nu zij de cliënt bewust maakt van belangen die zouden kunnen meespelen voor de klantmedewerker bij de verzekeraar. Voor complexere producten waar een dienstverleningsdocument voor moet worden opgesteld, volgt uit art. 86f Bgfo dat de verzekeraar alleen als de cliënt de verzekeraar rechtstreeks contacteert, de cliënt de aard van de vergoeding van haar werknemers moet meedelen, en wel door dit op te nemen in het dienstverleningsdocument. Voor eenvoudige schadeproducten geeft art. 86i Bgfo geen antwoord en moet zonder verduidelijking van de AFM er mijns inziens van worden uitgegaan dat verzekeraars aan deze transparantieplicht gebonden zijn ook in ketenrelaties waar zij zelf niet het rechtstreekse klantcontact hebben.

Steeds geldt daarbij het in paragraaf 4 al genoemde beginsel dat de verzekeraar geen beloningsregeling mag hanteren die werknemers ertoe kan aanzetten een klant een bepaald product aan te bevelen terwijl de verzekeraar ook een ander product zou kunnen aanbieden dat beter aan de behoefte van de betreffende klant zou voldoen. Dit beloningsbeginsel van art. 17 lid 3 IDD moet volgens de transponeringstabel in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet gelezen worden in art. 1:119 Wft.

Voor verzekeraars met hun zetel in Nederland geldt onder de Wft-regels over het beloningsbeleid dat zij een beloningsbeleid moeten hanteren dat, onder verwijzing naar de financiële diensten die door of in naam van de verzekeraar worden verricht, de beloningscomponenten en beloningsstructuren omschrijft die kunnen leiden tot het risico van onzorgvuldige behandeling van cliënten. Ook de procedures en maatregelen die dat risico voorkomen en beheersen

moeten worden beschreven. Dit beloningsbeleid is erop gericht “te voorkomen dat cliënten onzorgvuldig worden behandeld”, aldus art. 1:119 Wft. Hier kan worden bedacht dat dergelijke beleidsdoelstellingen zien op een streven naar een duurzame financiële sector. Het beschermen van de cliënt is instrumenteel: het staat hier ten dienste aan het “herstellen van de vertrouwensbreuk tussen de financiële sector en de maatschappij”.⁴⁵

7. Solidariteit en beloningstransparantie

De discussie over de wenselijkheid van beloningstransparantie bij schadeverzekeringsproducten vraagt aandacht voor de wijze waarop transparantie jegens de cliënt wordt betracht en de effecten van de wijze van belonings(hoogte) transparantie op het handelen van de cliënt. In deze discussie komen twee argumenten van tegenstanders voor.⁴⁶ Ten eerste het argument dat actieve transparantie cliënten zal afschrikken en daarmee ontmoedigen tot het willen inwinnen van advies over het product, en wellicht zelfs (verder) zal afschrikken tot de aankoop van het product, zeker waar het geen “haalproducten” betreft maar “brengproducten”.⁴⁷ Ten tweede het argument dat actieve transparantie zal leiden tot een “race to the bottom”: noodgedwongen concurrentie door tussenpersonen onderling op lagere provisie en daarmee ook uitholling van de dienstverlening, zelfs ondergraving van de mogelijkheid van onderlinge subsidiering of “solidariteit”: de mogelijkheid dat dienstverlening aan veelvragende klanten door de tussenpersoon (intern) wordt bekostigd uit provisie betaald door minder vragende cliënten. Beide argumenten lijken elkaar te versterken: de klant wordt afgeschrikt en tegelijk minder goed bediend.

Het kan helpen om deze argumenten te ontvlechten. Zo kan niet uitgesloten worden dat cliënten geleid zouden kunnen worden in hun handelen door actieve transparantie inzake (de hoogte van) kosten: zij zouden zich kunnen laten leiden door een neiging kosten (zonder directe baten) te vermijden en er voor kunnen kiezen geen advies in te winnen of geen producten aan te schaffen waar dat wel behulpzaam zou kunnen zijn. Nu “nudging” de laatste jaren in de belangstelling staat, ook van regelgevers en toezichthouders, moet onder ogen worden gezien dat beloningstransparantie – waaronder de wijze van transparantie en de hoogte van de beloning die transparant wordt gemaakt – een mogelijk sturende werking kan hebben op de keuzes van de cliënt die strijdig kan zijn met de belangen die toezichtregeling wil beschermen. Dit zou nader onderzocht kunnen worden en de relevantie van dit argument voor de (eenvoudige) schadeproducten en bijbehorende provisie waar het dan over gaat, nader geëvalueerd.

De tweede gedachte, die van de race to the bottom, verdient ook nadere analyse. Gaat het in dit argument om een vrees voor lagere vergoedingen voor de wettelijk verplichte zorg bij het bemiddelen in, en adviseren over, een verzekeringsovereenkomst, inclusief de verplichte nazorg gedurende de looptijd van de overeenkomst (art. 4:20 lid 3 Wft)? Komt de goede beroepsuitoefening door het intermediair in het geding? Of staat (ook of vooral) de niet-(wettelijk) verplichte nazorg onder druk? Hier kan worden aangetekend dat de vragen welke vergoedingen betaald mogen worden, door wie en wanneer voor wettelijke verplichte (na)zorg en eventueel “aanvullende nazorg”, vragen zijn die beantwoord moeten worden ook los van de discussie over beloningstransparantie.⁴⁸ Onduidelijkheid over deze vragen vertroebelt mijns inziens de discussie over beloningstransparantie. Hier ligt een taak voor het intermediair om de waarde, en de toegevoegde waarde voor cliënt en verzekeraar ook ten opzichte van andere distributiekanaalen, beter over het voetlicht te brengen.

Ook het beroep op solidariteit in deze argumentaties is problematisch, zelfs als men er vanuit gaat dat klanten alleen producten worden aangeboden en verkocht die zij ook willen en nodig hebben. Er is in ieder geval op dit moment geen sprake van solidariteit tussen individuele klanten: bij de huidige belonings-intransparantie zouden zij zich immers in het geheel niet bewust zijn van een dergelijk gebaar. In de financiële markten is het ook lastig te spreken van solidariteit tussen financiële dienstverleners en hun individuele klanten. Men zou kunnen zeggen dat een verzekeringstussenpersoon die meer dan een strikt (regulatoir of beroepshalve) noodzakelijke aandacht schenkt aan bepaalde cliënten zich in zekere zin solidair kan tonen met die cliënten, maar deze aandacht zal zijn praktische grenzen kennen in de kostendekkendheid van diens bedrijf voor de zorg die hij gemiddeld moet bieden.

Adfiz legt in een reactie op de consultatie van het Bgfo de nadruk op de “solidariteit” van het stelsel waarbinnen klanten worden bediend. Actieve beloningstransparantie zou dit stelsel bedreigen:

“Het is van evident belang dat we een solide en solidair stelsel hebben, waarin de klant en zijn belang bovenaan staan. Dit is in de schademarkt het geval, en we moeten dan ook geen risico nemen deze grote, goed functionerende adviesmarkt te verstoren. Met het huidige stelsel is voor ieder goed advies beschikbaar en voorzien.”

De solidariteit waar het hier om gaat, moet dan de betrokkenheid zijn van financiële dienstverleners bij het goede functioneren van de verzekeringsmarkt als geheel.

In juridische termen kan solidariteit de vorm aannemen van hoofdelijke aansprakelijkheid in privaatrechtelijke verhoudingen met anderen voor dezelfde schuld, of geza-

45 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 6, 7 en 33.

46 Zie bijvoorbeeld www.adfiz.nl/nieuws/adfiz-berichten/verbond-en-afm-weten-ook-niet-voor-waaronder/.

47 Bij brengproducten moet de gemiddelde consument worden gewezen op de mogelijkheid en wenselijkheid om het betreffende product af te sluiten. De consument realiseert zich niet altijd zelf dat bepaalde risico's niet afgedekt zijn.

48 Zie bijvoorbeeld KiFid uitspraak nr. 2016-373.

menlijke verantwoordelijkheden van de partners in een personenvennootschap. Ook is te denken aan solidariteit in een huwelijksgemeenschap, waarin de lasten en lusten van gemeenschappelijk eigendom worden gedeeld. Financiële dienstverleners adviseren hun cliënten echter niet over specifieke producten en diensten uit solidariteit met deze specifieke cliënten, zoals ook is opgemerkt door Tjong Tjin Tai.⁴⁹ In het kader van hun advies hebben verzekeringsdistributeurs bepaalde zorgplichten tegenover hun cliënten, waarvan het niet naleven de cliënt zou schaden. De partij die (potentieel) de belangen van een andere partij schaadt, toont echter geen solidariteit met de andere partij door zich te onthouden van zijn schadelijke handelingen. Iemand kan solidair zijn met de cliënt door een deel van diens geleden schade te dragen. Dit soort solidariteit wordt echter gestructureerd en gecollectiviseerd door het afsluiten van verzekerings- en herverzekeringsovereenkomsten.

Het zich inzetten voor de belangen van de cliënt – de generieke zorgplicht van art. 17 lid 1 IDD en de beloningsbeginselen van art. 17 lid 3 IDD – waarvoor verzekeraars en tussenpersonen als ketenpartners in distributierelaties ieder een regulatoire verantwoordelijkheid dragen, kan begrepen worden als uiting van een solidariteitsgedachte maar alleen, fundamenteel, omdat en voor zover zij bijdraagt aan de stabiliteit en het goede functioneren van de financiële markten. De solidariteit die hier in het geding is, is dit gemeenschappelijke belang van financiële instellingen: het *level playing field* dat zij zoeken. De last die zij hiertoe delen, is de handelen in het belang van hun klanten. Hiertoe zijn zij aanspreekbaar ieder voor zich, maar betoogbaar ook voor elkaar, ten minste voor zover zij samenwerken in netwerken of ketens van financiële diensten en producten. Deze laatste vorm van solidariteit is de vorm waar de Adfiz op lijkt te doelen in haar reactie op de consultatie van het Bgfo. Echter, uit deze vorm van solidariteit volgt niet per se dat geen belonings(hoogte)transparantie hoeft te worden betracht.

Voor zover de cliënt deel gaat uitmaken van de distributieketen, als eindgebruiker van de gedistribueerde producten, kan overigens ook de cliënt zich solidair weten met zijn ketenpartners. De cliënt wordt dan begrepen als een gereguleerde actor vanuit het perspectief van toezichtsregulering: hij is iemand aan wie wel of niet producten worden aangeboden, jegens wie wel of geen transparantie wordt betracht. De effecten van die transparantie op zijn keuzes maken deel uit van een – nog verder te onderzoeken – wenselijkheid van actieve beloningstransparantie.

8. Tot slot: roltransparantie

De discussie over beloningstransparantie raakt een fundamentele onduidelijkheid en intransparantie die doorwerkt in de in paragraaf 2 bedoelde gewoonte: de ondui-

delijkheid voor wie de tussenpersoon zijn werkzaamheden nu eigenlijk verricht. In wiens opdracht handelt de tussenpersoon (de verzekeraar of de cliënt?) en wiens belangen dient hij in dit verband te behartigen. Welke overige belangen, zoals een recht op beloning, spelen voor hem mee? De beantwoording van deze vragen blijft, ook voor de betrokken tussenpersoon zelf, naar mijn waarneming soms in het midden. In de schademarkt nog voorkomende generieke beloningsmodellen, zoals het “waarde-gerelateerde model”, nodigen ook niet uit deze vragen in detail te beantwoorden. In een waarde-gerelateerd model wordt een bepaald vooraf vastgesteld percentage van de verzekeringspremie als provisie aan de bemiddelaar betaald.

Hier geeft de IDD een regulatoire aanwijzing die ook uit de privaatrechtelijke verhoudingen tussen partijen reeds moet kunnen volgen: de IDD schrijft voor dat de tussenpersoon transparantie moet betrachten over zijn rol. De verzekeringstussenpersoon dient de klant tijdig, voordat een verzekeringsovereenkomst gesloten wordt, mee te delen “of hij de klant vertegenwoordigt dan wel in naam en voor rekening van de verzekeringsonderneming optreedt” (art. 18(a)(v) IDD).

De Nederlandse wetgever besteedt aan deze, ook voor de beloningsdiscussie, relevante aanwijzing in de IDD geen aandacht bij de implementatie van de IDD. Volstaan wordt met een verwijzing bij art. 18 IDD naar art. 57 Bgfo (zie de implementatietabel in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet). Deze verwijzing zou mijns inziens verder kunnen worden ingekleurd. De gegevens bedoeld in art. 57b Bgfo gaan (weliswaar) over aard van de dienstverlening van de financiële onderneming en meer specifiek over de combinatie van aard van haar dienstverlening (bijvoorbeeld bemiddelen of adviseren) en het product of de producten (bijvoorbeeld verzekeringen) waarop haar dienstverlening betrekking heeft.⁵⁰ De combinatie van gegevens in de onderdelen a en b kan de consument of cliënt dan koppelen aan de registratie van de financiële onderneming in het register dat de AFM en DNB (onderdeel d). Deze informatie hoeft daarmee nog niet het accent te leggen op de vraag voor wie de tussenpersoon optreedt bij zijn werkzaamheden: de verzekeraar of de cliënt.

Het zou mijns inziens goed zijn een verplichting tot roltransparantie meer over het voetlicht te brengen, ook in discussies over beloningstransparantie. Nadenken over een redelijke verhouding tussen beloning en werkzaamheden in de keten vooronderstelt, ook in waarde-gerelateerde modellen, duidelijkheid tussen ketenpartijen over welke werkzaamheden er door de tussenpersoon worden verricht

49 Zie over verschijningsvormen van solidariteit, en haar onderscheiding van thema's als altruïsme en zorgplichten, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Solidariteit in het privaatrecht', *WPNR* 2012/6939, p. 539-546.

50 *Stb.* 2006, 520, p. 208. Zie ook art. 4:25b Wft dat ook transparantie over aard en reikwijdte van de dienstverlening voorschrijft: financiële dienstverleners worden verplicht om de consument te informeren over de aard en reikwijdte van de dienst, “zodat de consument weet wat hij van de financiële dienstverlener mag en kan verwachten”, aldus de wetgever. Zie *Wijzigingswet financiële markten 2013, Kamerstukken II 2011/12, 33236, 3, p. 13.*

en voor wie (verzekeraar of klant) de tussenpersoon deze werkzaamheden verricht. Deze duidelijkheid ontbreekt naar mijn waarneming soms in de praktijk. Uit aandacht voor de rolverdelingen in de keten kan ook een door betrokken tussenpersonen zelf begrepen noodzaak volgen tot meer transparantie jegens de cliënt over de bij deze rol betrokken belangen, waaronder een recht op beloning.

Daarbij kan meer duidelijkheid over rolverdelingen in de keten ook ruimte creëren voor betrokken financiële dienstverleners om betere accenten te leggen op de *kwaliteit* van de bemiddelingswerkzaamheden bij beloning. Er kan dan gedacht worden aan differentiatie door verzekeraars in de hoogte van de beloning van tussenpersonen op basis van het voldoen aan een vooraf vastgesteld kwaliteitstoetsingskader. In een dergelijk toetsingskader zouden dan kwalitatieve criteria kunnen worden opgenomen die zien op naleving van de geldende voorschriften, de kwaliteit van de dienstverlening aan cliënten en de klanttevredenheid. Een differentiering in beloningshoogte op basis van kwalitatieve criteria is mogelijk onder het regime van de IDD en zou passen in streven om tussenpersonen meer aan te spreken op hun toegevoegde waarde.