

Tien jaar verzekeringsrecht in de Wet op het financieel toezicht

8

Op 1 januari 2007, dit jaar dus tien jaar geleden, trad in werking de Wet op het financieel toezicht (*Wft*), *Stb.* 2006, 475. Daarmee werd tevens het in die wet gecodificeerde (publieke) economisch ordeningsrecht voor de bedrijfsuitoefening door verzekeraars en assurantietussenpersonen van kracht. Een jaar tevoren, op 1 januari 2006, was het nieuwe verzekeringsovereenkomstenrecht van Titel 7:17 van het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende de regeling van de rechtsbetrekkingen tussen verzekeraars en verzekeringnemers in werking getreden (*Stb.* 2005, 700 en 2006, 1). Omdat men in het algemeen tevreden was met Titel 7:17, is het tweede lustrum feestelijk gevierd. Is dat ook het geval met het verzekeringsrecht in de *Wft*?

Het verzekeringsovereenkomstenrecht was tot 2006 als bijzonder privaatrecht sedert 1838 geregeld in het Wetboek van Koophandel (*WvK*). 'Van de zijde des verzekeraars (...) is deze overeenkomst van eenen commerciëlen aard, en werd dáárom (...) onder de daden van koophandel opgeteld' (*Voorduin IX*, 1841, p. 132-133). Met name W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931)¹ heeft herhaaldelijk in geschriften, in 1883, 1885, 1888 en 1917, aangedrongen op modernisering van onder meer dat deel van het private handelsrecht, maar pas in 1972 werd met het ontwerp-Dorhout Mees de eerste stap gezet naar hercodificatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht, een proces dat meer dan dertig jaar zou duren. Het was ook Molengraaff die aan de wieg stond van de codificatie van het verzekeringsbedrijfsrecht, als voorzitter van een Staatscommissie die in 1897 – voortbouwend op het werk van een in 1883 ingestelde Staatscommissie – rapporteerde over een eerste wettelijke regeling (als publiek handelsrecht buiten het *WvK*) ten aanzien van de inrichting en wijze van werken van het levensverzekeringbedrijf, met bijvoeging van een

ontwerp van wet. Het ontwerp bevatte onder meer enige dwingende voorschriften voor het bedrijf (houden van registers, afgifte polis, verplichting om bij wanbetaling der premie óf een premievrije polis af te geven ten bedrage van 80% der waarde óf dadelijk te betalen 75% dier waarde, inrichting van winst- en verliesrekening en balans naar vast te stellen modellen, publicatie van een verslag met gegevens genoemd in een bijlage bij het ontwerp volgens model door een in te stellen toezichthoudend orgaan vast te stellen, berekening der wiskundige reserve uiterlijk om de vijf jaren, en bijzondere voorschriften omtrent verzekering op het leven van kinderen beneden de vier jaren).

Ook deze codificatiearbeid duurde lang. Pas nadat enige levensverzekeringsmaatschappijen in moeilijkheden waren geraakt, is in 1921 met spoed een zogenaamde Noodwet tot stand gebracht (*Stb.* 695), met een 'noodregeling' die hierin verschilde van de surséance van betaling uit de Faillissementswet van 1893 (óók van Molengraaff), dat niet behoefde te worden aangetoond dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen betalen, maar juist dat redelijkerwijs te voorzien is dat de maatschappij in de toekomst niet aan al haar verplichtingen zal kunnen voldoen. Een ander verschil was, dat de met de maatschappij gesloten verzekeringsovereenkomsten door de rechter konden worden gewijzigd, al dan niet met gelijktijdige overdracht van die overeenkomsten aan een andere verzekeraar (*Sleutelaar*, 1927, p. 20), zulks op voordracht van de toezichthouder (Verzekeringkamer genaamd, tot 2001, daarna Pensioen & Verzekeringkamer (PVK) tot de fusie met De Nederlandsche Bank (DNB) in 2005). Een volledige vestigingsregeling is in 1922 vastgesteld: de Wet op het Levensverzekeringbedrijf, *Stb.* 716, die van kracht was tot 1987. Het schadeverzekeringbedrijf is pas in 1964 blijvend gereguleerd door de Wet op het schadeverzekeringbedrijf (*Stb.* 409). Deze wet is per 1 januari 1986 vervangen door de Wet toezicht schadeverzekeringbedrijf (*Stb.* 1985, 705). Bij Wet van 18 december 1986 (*Stb.* 637) vond met ingang van 1 juni 1987 samenvoeging van de Wet op het Levensverzekeringbedrijf met de Wet toezicht schadeverzekeringbedrijf plaats in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (*Stb.* 1986, 638). Die wet is met ingang van 1 juli 1994 vervangen door de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (*Stb.* 1994, 252), en uiteindelijk met ingang van 1 januari 2007 ingetrokken door de Invoerings- en aanpassingswet *Wft*, *Stb.* 2006, 605. Datzelfde lot onderging de Wet toezicht natura-uitvaart-

1. Van de hand van Molengraaff is ook de fundamentele beschouwing 'De overeenkomst van verzekering', *RM* 1882, p. 14-35 en 393-479, herdrukt in M.W. ter Horst, B. Wachter en J. Wiarda (Red.), *Molengraaff Bundel*. Keuze uit de verspreide geschriften van mr. W.L.P.A. Molengraaff met levensbeschrijving en bibliografie, Zwolle 1978, p. 415-523. Zie ook T.J. Dorhout Mees, *Molengraaff en het verzekeringsrecht*, *RM* 1931, p. 368 e.v. Het mede door Molengraaff in 1882 opgerichte tijdschrift *RM* fuseerde in 1939 met *Themis*, opgericht in 1839, tot *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, *Tijdschrift voor publiek- en privaatrecht*

verzekeringsbedrijf (*Stb.* 1995, 368). De regulering van het assurantiebemiddelingsbedrijf kreeg in 1952 gestalte in de Wet Assurantiebemiddeling (*Stb.* 34), in 1991 vervangen door de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (*Stb.* 78). Laatstgenoemde wet is ingetrokken door de Wet financiële dienstverlening (*Stb.* 2005, 339). Die wet, die maar één jaar van kracht is geweest en is opgegaan in de Wft, was van toepassing zowel op (assurantie)tussenpersonen als op verzekeraars en andere aanbieders van financiële producten, en ging uit van 'distributieconsistentie en cross-sectorconsistentie voor een coherent beschermingsniveau van consumenten' en een zoveel mogelijk 'gelijk speelveld' op de markt voor financiële diensten. Waar het wettelijk verzekeringsovereenkomstenrecht tussen 1838 en 2006 vrijwel onveranderd is gebleven, is de wetgeving voor de bedrijfsuitoefening door verzekeraars en assurantiëttussenpersonen een opeenstapeling van voortdurend wijzigende, afzonderlijke regelingen, culminerend in de Wft-hercodificatie.

Die hercodificatie omvatte alle bestaande sectorale wetten voor bedrijfsuitoefening op financiële markten: niet alleen die voor verzekeraars en assurantiëttussenpersonen, maar ook voor banken, beleggingsinstellingen, geldtransactiekantoren, effecteninstellingen (in de Wft: beleggingsondernemingen) en andere categorieën financiële ondernemingen. De vormgeving van de Wft had als vertrekpunt niet de economische bedrijvigheid, maar het sinds 2002 bestaande 'functionele toezichtmodel', gebaseerd op twee pijlers: gedragstoezicht door de in dat jaar als rechtsopvolgster van de Stichting Toezicht Effectenverkeer opgerichte Autoriteit Financiële Markten (AFM) en prudentieel toezicht door DNB. De bepalingen met een meer algemeen karakter, zoals de in de Wft gebruikte definities, de bepalingen over de taken en inrichting van de toezichthouders, de samenwerking tussen toezichthouders op nationaal en internationaal niveau, en de uitoefening van het toezicht en de handhaving, zijn geharmoniseerd en verzameld in Deel 1. De regels over markttoegang zijn per categorie (dus sectoraal) geordend in Deel 2, met een onderscheid tussen de vestiging van het hoofdkantoor op de Nederlandse markt, of bedrijfsuitoefening via een nevenvestiging of rechtstreeks (via dienstenverkeer) vanuit een zetel in een andere EU-lidstaat of in een derde land. In de hoofdstukken is een functionele scheiding aangebracht tussen activiteiten (zoals verzekering) waarvoor DNB de vergunningverlenende instantie is, en die (zoals assurantiebemiddeling) waarvoor de AFM de vergunning verleent. Deel 3 bevat de bepalingen met betrekking tot prudentieel toezicht door DNB geordend per onderwerp, waarbij afdelingen bestaan uit cross-sectorale en sectorspecifieke normen, of soms ook overwegend sectorale normen bevatten, en de financiële ondernemingen als normadressaten worden opgesomd per artikel (met afzonderlijke bepalingen voor ondernemingen uit andere lidstaten en derde landen). Het gedragstoezicht door de AFM is verdeeld over Deel 4, waarin ten dele cross-sectoraal en ten dele sectoraal normen zijn opgenomen voor financiële dienstverleners (aanbieders van producten en

tussenpersonen), en Deel 5 (financiële markten, met name effectenmarkten). Bijzondere bepalingen betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel staan in Deel 6. Deel 7 kent dan nog enkele slotbepalingen.

In tegenstelling tot het hercodificatieproces van het verzekeringsrecht in het BW, is het wetgevingsproces van de Wft snel en chaotisch te noemen. De aanbieding van het (gedeeltelijke) wetsvoorstel vond plaats op 3 augustus 2004, de invoering bij nota van wijziging van het Deel Prudentieel Toezicht in maart 2005, de aanvulling met bepalingen over toezicht op financiële conglomeraten bij nota van september 2005, gevolgd door de Vierde nota van wijziging in oktober 2005 waarbij van de reeds bij de Tweede Kamer bekende delen een geheel nieuwe, geactualiseerde versie is ingediend, invulling is gegeven aan nog openstaande onderdelen van het Algemeen deel, en zijn toegevoegd het Deel Markttoegang Financiële Ondernemingen (onder herschikking van bepalingen, waardoor de benaming van het Deel Prudentieel Toezicht wijzigde in Prudentieel Toezicht Financiële Ondernemingen), het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen, en het Deel Gedragstoezicht financiële markten. De toelichtingen op de artikelen zijn vaak uiterst summier, en soms een 'zoekplaatje' wanneer verwezen wordt naar de wetsgeschiedenis van voorgaande wetten. De Tweede Kamer nam het voorstel aan op 27 juni 2006, gevolgd door de aanvaarding door de Eerste Kamer op 26 september 2006. De wet is uitgegeven op 31 oktober 2006, en in werking getreden op 1 januari 2007. Een wetgevingsproces van drie jaar en vijf maanden voor de Wft, tegen dertig jaar voor Titel 7:17 BW. Geen wonder dat later de Reparatiewet Wft (*Stb.* 2008, 545) nodig bleek.

Door ontwikkelingen sinds 2007, verband houdende met de voltooiing van de Europese interne markt, de versterking van het toezichtstelsel wegens de financieel-economische crisis en regelgeving via verordeningen op Europees niveau, en op nationaal niveau met rapporten van de Commissie De Wit (onderzoek financieel stelsel), van de Commissie Scheltema (onderzoek DSB Bank) en van de Parlementaire Enquêtecommissie Financieel Stelsel, is de Wft in omvang meer dan verdubbeld. Er zijn meer dan zeventig wijzigingswetten geweest. Het aantal categorieën financiële ondernemingen waarop de Wft van toepassing is, steeg van negen naar negentien. Daardoor en door de cross-sectorale indeling van de wet, is het vaak moeilijk om de toepasselijke regels voor een bepaald soort onderneming te vinden. Soms zijn als gevolg van de functionele indeling bepaalde onderwerpen in de wet dubbel geregeld, zoals de regels ten aanzien van integere bedrijfsvoering en geschiktheid en betrouwbaarheid van (dagelijks) beleidsbepalers (in Deel 3 voor verzekeraars, en in Deel 4 voor tussenpersonen). Aan de onoverzichtelijkheid wordt bijgedragen door de gelaagdheid van de wet (behalve met de Wft moet rekening worden gehouden met een grote hoeveelheid lagere regelgeving in de vorm van algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en toezichthouderregelingen), door de invulling van open normen in de wet

door de toezichthouders met een veelheid van interpretaties, leidraden (best practices) en Q&A's (Questions and Answers: online beantwoording van veel gestelde vragen) ter verduidelijking van de toepassing van regels (dus 'pseudo-wetgeving' of 'soft law'), door talloze definities, lange en complexe artikelen, verwijzingen binnen artikelen naar andere artikelen en EU-regelgeving, door het al genoemde versnipperde karakter van de wetsgeschiedenis, en door de onduidelijkheid of en waar bepalingen hun origine hebben in het Europese recht en dus richtlijnconform moeten worden uitgelegd. Wat betreft EU-regelgeving moet verder rekening worden gehouden met rechtstreeks werkende gedelegeerde en uitvoeringsverordeningen (die anders dan richtlijnen niet in de Wft kunnen worden geïmplementeerd) en met tientallen richtsnoeren van de Europese toezichtautoriteiten (voor verzekering: de European Insurance and Occupational Pensions Authority -EIOPA- te Frankfurt aan de Main). Doordat op EU-niveau regelgeving meestal plaatsvindt per type onderneming, activiteit, dienst of product, kan de cross-sectorale benadering in de Wft leiden tot ongelijke concurrentievoorwaarden op het Europese (sectorale) level playing field met verzekeraars en tussenpersonen in andere lidstaten, indien daar uitsluitend de relevante richtlijn of verordening wordt gevolgd. Als bezwaar wordt ook gevoeld de onduidelijkheid over de wisselwerking tussen de Wft en het BW (zie onder meer mijn bijdrage in Het Verzekerings-Archief 2016, p. 67 e.v.).

Deze en andere bezwaren met betrekking tot de Wft-(her)codificatie, die voor een deel al zijn geuit voordat de wet in werking trad (zie onder meer de oratie EUR 2006 van Vletter-van Dort met de veelzeggende titel 'Wet op het financieel toezicht: wonder of waanzin?', en mijn oratie RUG, Groningen 2005, p. 44 e.v.), en die nadien in steeds toenemende mate zichtbaar worden in de literatuur (zie onder meer de preadviezen uit 2013 van Raas en Joosen voor de tot Vereniging voor Financieel Recht herdoopte Vereniging voor Effectenrecht, gebundeld in Vijf jaar Wet op het financieel toezicht), zijn verzameld in een consultatiedocument dat het Ministerie van Financiën op 22 november 2016 heeft gepubliceerd in het kader van een verkenning met als doel 'te onderzoeken hoe kan worden bewerkstelligd dat de Wft in de toekomst een adequaat wetgevingskader vormt waarin nationale en Europese regels zich goed laten inpassen' (www.minfin.nl). De centrale vraagstelling van de verkenning is 'of, en zo ja hoe, kan worden bereikt dat de Wft toegankelijker en toekomstbestendiger wordt' (Kamerstukken II 2015/16, 34 208, 13). Voor de herziening van de Wft is in het consultatiedocument een aantal opties ontwikkeld, gaande van de nuloptie (geen herziening) naar wetstechnische en redactionele verbeteringen (optie 2), verbeteringen binnen het huidige functionele model (optie 3), invoering van een sectoraal model (optie 4), tot invoering van afzonderlijke sectorale wetten (optie 5), met tussenvarianten. In ons poldermodel zal wel een tussenvariant gekozen worden die zo min mogelijk kosten met zich meebrengt. Wat de toegankelijkheid en overzichtelijkheid

van de Wft betreft, hebben commerciële uitgevers al wel hulp geboden: voor de verzekeringssector met Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht (waarin de voor verzekering relevante artikelen van de Wft en de lagere regelgeving zijn afgedrukt en van commentaar zijn voorzien). Voor wat betreft de open normen van de Wft komen de leidraden en Q&A's van de toezichthouders weliswaar tegemoet aan de behoefte aan informatie vanuit de sector, maar zij kunnen de ruimte beperken die een individuele onderneming heeft voor het voeren van eigen beleid (bijv. bij innovatie), indien die normen teveel of te gedetailleerd worden ingevuld. Het consultatiedocument signaleert een spanningsveld tussen behoefte aan (rechts) zekerheid en eigen beleidsvrijheid (p. 14). De consultatie sloot op 1 maart 2017. DNB heeft onder meer geadviseerd bij de eventuele vormgeving van de nieuwe wet ook aandacht te geven aan de voortgaande branchevervaging tussen verzekeraars en pensioeninstellingen. Het Verbond van verzekeraars heeft in zijn reactie herinnerd aan het advies van de Raad van State uit 2005 om een combinatie te overwegen van een algemene cross-sectorale wet en enkele bijzondere sectorale wetten die specifiek voorschriften bevatten voor (clusters van) financiële ondernemingen (Kamerstukken 29 708, 20, p. 5). Momenteel wordt gewerkt aan een contourennota waarover de sector andermaal zal worden geconsulteerd en de Raad van State om advies gevraagd zal worden, gevolgd door toezending aan de Tweede Kamer. Er is dus nog lang geen uitsluitsel over de vraag of en zo ja, hoe de Wft zal worden hervormd.

Intussen is op 31 maart 2017 het tweede verslag uitgebracht op grond van art. 39 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen over het functioneren van de toezichthouders in de periode 2010-2015 (www.tweedekamer.nl). Hierin wordt de uitvoerbaarheid van de Wft aan de kaak gesteld. In de terugkoppeling van de sector over de uitwerking van regels in de praktijk wordt kritiek geuit op de relatief hoge rapportagedruk en de snelle opeenvolging van nieuwe regels (waardoor systemen relatief vaak moeten worden aangepast). Ook de interpretatie door de toezichthouders van hun wettelijke taakomschrijving (art. 1:24 en 1:25 Wft) moet het ontgelden (Vijfjaarlijks verslag DNB 2017, p. 27): zij zouden de grenzen van hun wettelijke bevoegdheden opzoeken of zelfs overschrijden, en zich bezig houden met zaken die niet direct in hun takenpakket vallen maar veeleer het domein zijn van interne toezichthouders (zoals de sinds de crisis toegenomen aandacht voor de besturing van ondernemingen, gedrag en cultuur). Zo onderzoekt DNB momenteel de klimaatrisico's voor de verzekeringssector (DNB Newsservice 28 juni 2017). Een ander voorbeeld: door de AFM is (nog) niet formeel gehandhaafd op grond van enkel art. 4:24a Wft (generieke zorgplicht), maar voor het opheffen van de informatieasymmetrie tussen de consument en de financiële dienstverlener (verzekeraar of tussenpersoon) geeft zij aan dat de generieke zorgplicht informeel een 'effectieve en proportionele manier' is om de dienstverleners 'het belang van hun klanten in acht te laten nemen' (Vijfjaarlijks verslag AFM 2017, p. 29). M.i. bergt

deze ‘fluwelen handschoen’-methode het risico in zich dat de toezichthouder ‘ultra vires’ handelt, en dat de ondernemer uit vrees voor een langdurige procedure, hoge advieskosten, negatieve publiciteit en dus reputatieschade, zich bij de wetsinterpretatie van de toezichthouder neerlegt, ook al is die onrechtmatig, en afziet van rechtsbescherming door de rechter.² Een beter geformuleerde taakomschrijving in de Wft zou dit misschien kunnen voorkomen.

Een kras voorbeeld is de manier waarop de AFM verzekeraars en tussenpersonen heeft trachten te bewegen om proactief klanten met wie jaren eerder beleggingsverzekeringen waren gesloten, (gratis) te benaderen om de polissen al dan niet te continueren dan wel deze te doen wijzigen. Dat deze opreiking van de toezichtsbevoegdheid nadien gelegaliseerd zou zijn door de wetgever in het ter uitwerking van art. 4:25 Wft (zorgvuldige dienstverlening) gegeven art. 81b Besluit Gedragstoezicht (Stb. 2015, 295) kan in twijfel getrokken worden. De dienst (het – bemiddelen bij het – sluiten van de verzekeringsovereenkomst) is immers lang geleden – en naar men mag aannemen naar de toen geldende normen zorgvul-

dig – verricht. Art. 4:25 geeft geen vrijbrief voor het verlenen van terugwerkende kracht aan een posterieure norm, terwijl ook onzeker is of art. 81b als basis kan dienen voor een wettelijke verplichting voor een levensverzekeraar om ervoor zorg te dragen dat het niet opbouwende karakter van een lang geleden gesloten beleggingsverzekering wordt weggenomen (zoals art. 8:5 Nadere regeling gedragstoezicht, Stcrt. 2015, 20353, wil, in weerwil van het gegeven dat het eenzijdig aanpassen van een contract civielrechtelijk niet mogelijk is). Dat een ondernemer in het kader van klantenbinding zelf actie onderneemt, is zijn keuze. Het is de eigen verantwoordelijkheid van de consument om zich te (laten) informeren over aanpassing van de betreffende polissen waarvan algemeen bekend is dat zij niet de in het verleden behaalde rendementen op de onderliggende risicovolle beleggingen ook voor de toekomst garanderen.

De viering van het tweede lustrum van de Wft verloopt minder uitbundig dan dat van Titel 7:17 BW. Wel was er een symposium (bij de Nederlandse Vereniging van Banken), maar tot dusver was er geen bundel met bespiegelingen op tien jaar nieuw verzekeringsrecht en geen disco-feest. Er is kennelijk deze keer minder reden tot feestvreugde. De hiervoor gereleveerde bezwaren zouden daarvoor (mede) een verklaring kunnen vormen. Laten we hopen dat er een nieuwe Molengraaff opstaat, en dat de wetgever er in de volgende tien jaren in slaagt de geopperde bezwaren weg te nemen. Dan zal het in 2027 voor de Wft groot feest zijn. |

(RMThemis).

2. Dit verklaart wellicht dat in het tienjarig bestaan van de Wft relatief weinig jurisprudentie over de Wft is gegenereerd. Zie voor wat betreft de voor de toezichthouder kritische rechtspraak onder meer: ECLI:NL:CBB:2015:270, 2016:270, 2017:46 en 47, en 2017:112, resp. Het Verzekerings-Archief 2016,