

Bgfo 3: de wetgever kiest voor het klantbelang bij de ontwikkeling en de distributie van financiële producten

Mr. J.J. de Wit en mr. A.J. Vosmeijer¹

Inleiding

Het Bgfo is een Algemene maatregel van bestuur (Amvb) die is gebaseerd op de Wet op het Financieel Toezicht (Wft), deel 4 Gedragstoezicht Financiële Ondernemingen.

Per 1 januari 2013 is het Bgfo ingrijpend gewijzigd. De wijzigingen zijn beter bekend als 'Bgfo 3' en zijn onderdeel van een langer lopend en ingrijpend wetgevingstraject, zoals al uit de nummering blijkt. Het Bgfo 3 is een uitwerking van artikelen 4:19-4:25d Wft. Het Bgfo 3 heeft zeer grote impact voor de financiële sector. De meest ingrijpende wijziging is wel het provisieverbod voor de meeste financiële producten. Hiermee wordt de rol-ontvlechting tussen aanbieder (verzekeraar/bank) en de bemiddelaar/adviseur beoogd. De aanbieder gaat een contractuele relatie aan met de klant (het financiële product) en de bemiddelaar/adviseur treedt alleen nog maar op namens de klant. En daarbij past dat de klant de bemiddelaar/adviseur betaalt en deze niet meer wordt betaald door de aanbieder.

¹ Mr. J.J. (Jaap) de Wit en mr. A.J. (Albert-Jan) Vosmeijer zijn beiden werkzaam bij a.s.r. als compliance officer respectievelijk bedrijfsjurist. Zij schrijven dit artikel op persoonlijke titel.

Doel Bgfo

Het Bgfo geeft bepalingen die moeten waarborgen dat het belang van de klant centraal staat in zijn interactie met een Financiële Onderneming (FO) of in de praktijk meestal meer specifiek met een Financiële dienstverlener (FD) als het gaat om beslissingen van de klant inzake een Financieel Product (FP). De ratio achter die bepalingen is kort samengevat de volgende:

- Beslissingen over een FP hebben voor klanten vaak een (zeer) grote impact. Die impact is bovendien vaak pas jaren na aanschaf van de FP merkbaar en meetbaar. Het 'genietingsmoment' ligt vaak decennia na het 'aanschafmoment'.
- Klanten zijn vaak (sterk) afhankelijk van een FO, omdat de klant (te) vaak over onvoldoende financiële kennis beschikt om te kunnen beoordelen welke FP-en het beste bij zijn individuele situatie passen (passend FP).
- In de onderlinge relatie klant-FO kunnen de belangen van de FO en de klant op gespannen voet staan. Dit vergroot het risico dat de klant een niet-passend FP aanschaf ('misselling'), bijvoorbeeld door niet passende provisies (provisies die niet passen bij de inspanning en daardoor een incentive vormen FP's te verkopen en/of te adviseren. Hiervan zijn helaas voorbeelden te over...

In de voorgaande versies van de Bgfo ('Bgfo 1' en 'Bgfo 2') stonden al veel bepalingen die als doel hadden om het klantbelang centraal te stellen. De wetgever² heeft echter geoordeeld dat die vorige bepalingen nog onvoldoende effect hadden gesorteerd om de daarvoor noodzakelijke gedragsverandering bij de FO te bewerkstelligen en heeft daarom besloten tot invoering van de 'Bgfo 3'. Overigens is de wetgever daarbij op veel onderdelen (bijvoorbeeld het provisieverbod) gesteund door belangrijkere spelers in de branche als het Verbond van Verzekeraars.

Kenmerken Bgfo

Het Bgfo 3 heeft de volgende kenmerken:

- De bepalingen gaan steeds meer elementen van de bedrijfsvoering raken ('process-scope').
- Steeds meer FP-en vallen onder de reikwijdte van Bgfo 3. De 'zwaarte' van de regels is afgestemd op het type product ('product-scope').
- Als de klant de financiële wereld 'binnentreedt' maakt het voor zijn wettelijke bescherming niet uit welk distributiekanaal (direct of indirect) hij gebruikt en evenmin of dat het binnentreden digitaal of in persoonlijk contact gebeurt ('distributie-scope').

2 Zie onder andere de brieven van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer d.d. 26 oktober 2009 en 13 april 2011.

- De klant heeft voor alle FP-en de vrijheid om wel of juist geen advies ('execution only') in te winnen bij de FO ('diensten-scope'). Er zijn wel specifieke en gedetailleerde regels voor enerzijds advies en anderzijds execution only.
- De klant moet steeds tijdig, hoogwaardige, vergelijkbare en zo nodig uniforme informatie krijgen, zodat hij een juiste beslissing kan nemen. De informatie moet zijn afgestemd op de (mix van) product-scope, diensten-scope en distributie-scope.
- De onderlinge concurrentiepositie tussen de verschillende distributiekanaalen wordt zoveel mogelijk gelijk getrokken (level playing field). Er moet een duidelijk onderscheid komen tussen enerzijds de FP, anderzijds de dienst, zowel in informatievoorziening als kostentoe rekening.
- De bepalingen van de Bgfo 1 en 2 zijn deels herschikt. Er is een fijnmazig 'legal framework' van bepalingen ontstaan. Dit framework is (wetstechnisch) makkelijk en snel uit te breiden en te 'verdiepen' voor wat betreft product-scope, diensten-scope en distributie-scope, met name vanwege de delegatie-bepalingen naar de minister en de AFM.

Doel van dit artikel

De Bgfo 3 bevat een groot aantal thema's die alle beogen het klantbelang te waarborgen. Wij beperken ons echter tot de hieronder beschreven thema's, omdat die in de praktijk de meeste impact hebben en in de belangstelling staan.

Wij hebben steeds per thema aangegeven wat de inhoud van regels is en in sommige gevallen het thema ook in de historische context (van Bgfo 1 en Bgfo 2) geplaatst.

Productontwikkeling

In principe moet iedere FO bij de ontwikkeling van een FP over (geïntegreerde) procedures en maatregelen beschikken. De regels over dit thema gelden in principe voor alle financiële producten en kennen dus een ruimere product-scope dan uitsluitend de productsoorten die hieronder worden beschreven der 'product-soorten'. (complexe producten, hypothecaire kredieten, overlijdensrisicoverzekeringen, uitvaartverzekeringen en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen).

In de praktijk noemt men dit een Product Approval en Review Process (PARP) De FO-en die in ieder geval een PARP moeten hebben, zijn beheerders van beleggingsinstellingen die rechten van deelneming in een beleggingsinstelling (met uitzondering van instellingen voor collectieve belegging in effecten) aanbieden aan niet-professionele beleggers, premie-pensioeninstellingen en FD-ers (waaronder aanbieders, adviseurs, bemiddelaars en gevolmachtigde agenten).

Ook FO-en die financiële producten samenstellen en in de markt verkrijgbaar stellen, moeten een PARP hebben. Meestal gaat het om aanbieders of bemiddelaars die een nieuw product samenstellen uit bestaande producten, bijvoorbeeld een hypothecair krediet gecombineerd met een aflossingsproduct (levensverzekering of banksparen) en die dit als een samenhangend FP in de markt zetten.

De FO moet bij het PARP op evenwichtige wijze rekening houden met de belangen van de klant naast uiteraard de belangen van andere stakeholders. De klant kan zowel de contractspartij zijn van de FO als degene die uiteindelijk van het product gebruik gaat maken ('genieten'). Vaak is dat dezelfde persoon maar dat kunnen ook verschillende personen zijn, zoals bij een pensioenproduct waarbij de werkgever de contractspartij is en de werknemer uiteindelijk het product gaat 'genieten'.

De PARP moet aantoonbaar voorzien in het ontwikkelen van producten die in het belang zijn van de klant. De FO moet zelf de uitkomsten van de PARP wegen en beoordelen of het product en de manier waarop het wordt aangeboden beantwoordt aan de (primaire) doelstelling van de klant. Voorbeelden van dergelijke primaire doelstellingen zijn vermogensopbouw, woningfinanciering of het afdekken (verzekeren) van een risico. Zie in dit verband ook de 'dienstvragen' bij het Dienstverleningsdocument, waarbij ook de vraag/doelstelling van de klant en niet het FP (zelf) het uitgangspunt is.

De FO moeten borgen dat alle relevante onderdelen van de onderneming een daadwerkelijke bijdrage leveren aan de ontwikkeling van een financieel product. Meer specifiek moet de FO bij het PARP in ieder geval waarborgen (citaat uit het artikel over PARP³) dat:

- a. de doelgroep van het financieel product is afgebakend, waarbij is geanalyseerd en omschreven wat de beoogde doelstelling van de doelgroep is;
- b. analyses worden uitgevoerd waarin de werking van het financieel product als geheel en de afzonderlijke onderdelen daarvan in verschillende scenario's wordt vastgesteld en waaruit blijkt dat het financieel product, gelet op de aard van het product, geen afbreuk doet aan de doelstelling, bedoeld in onderdeel a;
- c. de productinformatie en, voor zover redelijkerwijs mag worden verwacht, de distributie van het financieel product is afgestemd op de doelgroep, bedoeld in onderdeel a; en
- d. regelmatig een controle en indien nodig een gepaste bijstelling van de procedures en maatregelen, bedoeld in het eerste lid, plaatsvindt.

De FO moet zelf bepalen HOE het PARP wordt ingericht. Als vuistregel geldt dat de 'zwaarte' van het PARP in verhouding moet staan met de 'zwaarte' (impact en complexiteit) van het FP. Als de zwaarte toeneemt moet met name de afbakening en beschrijving van de kenmerken van de doelgroep (voor wie is het FP geschikt en vooral

3 Artikel 32 Bgfo.

voor wie is het ongeschikt?) scherper worden aangezet en moet er in uitgebreide(re) en uiteenlopende scenario-analyses worden voorzien. Voor een eenvoudige ('lichte') spaarrekening moet wel het PARP worden doorlopen maar hoeft een FO geen scenario-analyse uit te voeren.

De PARP-procedure moet ook worden gevolgd als een eenmaal ontwikkeld FP (substantieel) wordt aangepast. Tot slot moet de FO periodiek beoordelen of (werking van) de FP-en die nog worden aangeboden, nog steeds voldoen in het belang van de klant zijn (productreview). Als dat niet het geval is moet het FP worden aangepast of uit de markt worden genomen. De wetgever heeft bewust geen bepaling opgenomen die de FO verplicht om in zo'n geval de reeds verkochte producten te repareren. Hier heeft het prudentiële belang het gewonnen van het klantbelang van de betreffende klanten. Anderzijds: de financiële stabiliteit van een FO is uiteraard ook direct in het belang van alle klanten van de betreffende FO! Een andere bewuste keuze is dat de wetgever niet gekozen heeft voor een 'goedkeuring vooraf' of 'verklaring van geen bezwaar' van de AFM, voordat een FP op de markt gebracht kan worden. Wel heeft de AFM een team opgericht om producten die echt schadelijk zijn aan te pakken.

Advies en execution only

Voor wat betreft de 'dienstenscope' is er een primair en principieel onderscheid tussen 'advies' en 'execution only' (geen advies). Alle FP-en mogen 'execution only' worden aangeboden of bemiddeld. De wetgever wil vooralsnog geen wettelijke *adviesplicht* voor specifieke FP-en. Klanten mogen bij alle FP-en dus zelf beslissen of ze al dan niet advies vragen, voordat ze tot aanschaf van een FP overgaan. Onder andere de Consumentenbond heeft echter gepleit voor een wettelijke adviesplicht voor complexe producten vanwege de impact en risico's van die FP-en. Wellicht een nobele gedachte, maar op zeer gespannen voet met de contractsvrijheid van de consument.

Voor (de dienst) 'advies' bestonden in de Wft en Bgfo altijd al specifieke regels. In het Bgfo 3 zijn die aangescherpt: per 1 januari 2014 moet iedere persoon die adviseert (in de zin van de Wft) beschikken over een relevant diploma dat afhankelijk is van de aard van het FP waarover wordt geadviseerd. Bovendien moet de kennis blijvend op peil worden gehouden.

Het Bgfo 3 geeft nieuwe regels⁴ voor de gevallen waarin sprake is van 'execution only' bij complexe producten, hypothecaire kredieten en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

4 Artikel 80e Bgfo.

Een FD (aanbieders, bemiddelaars en gevolmachtigde agenten) die niet adviseert maar wel financiële diensten verleent, moet toetsen of de klant over voldoende kennis en ervaring beschikt om te begrijpen welke risico's zijn verbonden aan zowel het FP (product) als aan execution only (dienst). Deze toets die in de praktijk bekend is als KET (kennis- en ervaringstoets) is in feite dus een 'dubbeltoets' van product en dienst.

Bij execution only is het per definitie *niet* de bedoeling dat een FD de klant adviseert over een passend FP. Als de klant toch advies wil hebben moet hij zich wenden tot en adviseur, die voor de advisering is gebonden aan de specifieke adviesregels.

De KET moet plaatsvinden voorafgaand aan de dienstverlening, in de praktijk na verstrekking van het DVD. Als er meerdere FD-en zijn betrokken moet degene die het eerste contact heeft met de klant de KET afnemen.

De informatie die bij een KET moet worden ingewonnen moet evenredig zijn aan de (parameters) aard, complexiteit en inherente risico's van het FP. Dit betekent dat er niet per product-soort sprake kan zijn van een uniforme KET. Binnen bijvoorbeeld de product-soort 'complexe producten' zijn er per FP verschillende gradaties te onderscheiden van complexiteit en risico's.

Als deze parameters 'groter' of 'zwaarder' zijn is de kans ook groter dat de klant een waarschuwing moet ontvangen en de FD hem expliciet moet aanraden om advies te vragen. De FD is niet verplicht om in een dergelijke situatie te weigeren om met die klant een contract te sluiten.

Men dient in dit kader publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplicht scherp te onderscheiden. De FD heeft weliswaar de publiekrechtelijke vrijheid om in dergelijke gevallen toch een FP te verkopen, maar is niet verschoond van de privaatrechtelijke risico's als de FD daadwerkelijk van die vrijheid gebruik gaat maken. Klantbelang is immers ook het in bepaalde gevallen niet aanbieden van een FP!

Het Bgfo geeft gedetailleerde bepalingen⁵ aan welke informatie de FD bij de klant moet inwinnen:

- Met welke FP-en is de klant bekend?
- Welk inzicht heeft de klant in de eigenschappen en risico's van deze FP-en EN de financiële dienst (*dubbeltoets* van dienst en FP!)?
- Welk inzicht heeft de klant in zijn eigen financiële situatie?
- Welke behoefte heeft de klant aan advies over deze FP-en?

⁵ Artikel 80e Bgfo.

Doel van het inwinnen van die informatie is⁶;

- de klant bewust te maken van de risico's van FP-en EN (dienst) execution only; EN,
- te bepalen OF de klant die risico's kan "vertalen" naar zijn eigen (financiële) situatie; EN,
- te bepalen OF de klant begrijpt dat hij zelf zal moeten nagaan of de FP voor hem een passend FP is en daarbij dus geen advies/hulp krijgt van de FD.

De vorm van de KET dient zodanig te zijn dat klanten die (toch) advies nodig hebben duidelijk gewaarschuwd worden dat het voor die klant niet verstandig is om zonder advies die FP aan te schaffen, omdat het risico van een niet-passend FP te groot is. Deze waarschuwing moet adequaat zijn maar mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt. Een FD mag vertrouwen op de informatie die de klant verstrekt, tenzij de FD weet of moet weten dat die informatie achterhaald, onjuist of onvolledig is. De AFM kan nadere regels stellen over de manier waarop de informatie wordt ingewonnen en over de inhoud van de bovenbedoelde waarschuwing.⁷

De KET is niet verplicht voor uitvaartverzekeringen en overlijdensrisicoverzekeringen, omdat dit producten zijn die relatief eenvoudig van aard zijn en waaraan bovendien weinig risico's zijn verbonden. Wellicht is juist het niet-sluiten van zo'n FP een groter risico, dan het wel sluiten. Als 'simple life'-producten hebben overlijdensrisico en uitvaartverzekeringen dezelfde 'functie' voor de klanten als de 'simple risk'-producten waarvoor de KET evenmin verplicht is.

Advies- en distributiekosten

Een belangrijke doelstelling van het Bgfo 3 is de versterking van het level playing field tussen praktisch gezien enerzijds bemiddelaars en indirecte aanbieders (indirecte kanaal) anderzijds de directe aanbieders (directe kanaal). In het Bgfo 2 gold een aantal verplichtingen immers niet voor het directe kanaal maar wel voor het indirecte kanaal (bijvoorbeeld het DVD en de actieve provisie transparantie). In het Bgfo 3 zijn die verplichtingen gelijk getrokken.

Een belangrijk element is het onderscheid tussen FP-en enerzijds en diensten anderzijds en dat zowel voor wat betreft de informatievoorziening als ook voor de kostentoekening. Reeds het Bgfo 1 bevatte al uitgebreide informatieplichten die zijn afgestemd op de kosten van verschillende FP-soorten. In het Bgfo 3 zijn die niet of nauwelijks gewijzigd, zodat wij dat onderwerp verder buiten beschouwing laten.

6 Nota van Toelichting pagina 84 bij artikel 80e.

7 Nota van Toelichting pagina 85 bij artikel 80e dat ook verwijst naar artikel 4:24 Wft.

Nieuw in het Bgfo 3 zijn echter de gedetailleerde regels over informatievoorziening en vooral kostentoerekening van de *diensten* 'advies' en 'bemiddeling' (AD-kosten⁸). De regels over AD-kosten zijn essentieel voor de realisatie van zowel een optimale informatievoorziening naar de klant als level playing field tussen het directe en het indirecte kanaal.

De klant moet immers in staat zijn om op basis van informatie vooraf over de AD-diensten en de AD-kosten te beslissen welke AD-diensten hij wil afnemen. Zie in dit verband ook hetgeen is beschreven onder advies en execution only. Daarvoor is het noodzakelijk dat de kosten worden gecompartmenteerd (uitgesplitst) en transparant gemaakt in het DVD (zie onder) EN de 'FP-documenten' (offerte etc.).

Het Bgfo 3 bepaalt dat een directe aanbieder naast de prijs van de FP (de 'kale' FP-prijs) geen andere kosten in rekening mag brengen dan AD-kosten. Feitelijk bestaan er voor de klant dus maximaal drie 'kosten/prijsposten':

1. Advies (A-kosten)
2. Distributie (D-kosten)
3. Kale FP-prijs (FP-prijs)

De AD-kosten moeten worden vermeld in het DVD. De AD-kosten hebben uitsluitend betrekking op de *eerste* fase: van het primaire contact met de klant tot aanschaf van de FP. De kosten van opmaak en het beheer van de FP (na sluiten van de FP) behoren dus expliciet niet tot de AD-kosten maar moeten worden verdisconteerd in de FP-prijs. Dit laat overigens wel ruimte voor verschillende service-concepten tijdens de beheerfase.

Voor de berekening van de AD-kosten moeten alle (directe en indirecte) kosten van die diensten worden meegenomen die zijn toe te rekenen aan enerzijds advies en anderzijds distributie. En deze kosten moeten ook daadwerkelijk in rekening worden gebracht (mede om te voorkomen dat de FO die producten direct aanbiedt deze in de kostprijs van het product (ver-)stopt.

Onder Advieskosten vallen in ieder geval:

1. inwinnen van informatie over de klant;
2. informeren van klant over de inhoud van de dienstverlening;
3. inventarisatie van behoeften en profiel van de klant;
4. advies zelf.

8 AD-kosten zijn kosten voor advies en distributie en die moeten worden onderscheiden van de zogeheten 'kale' productprijs gezien artikel 86h Bgfo.

Onder Distributiekosten vallen in ieder geval:

1. completeren van het dossier voor het uitbrengen van een offerte voor een FP;
2. ondersteunen van klant bij de aanvraag en sluiten van een FP;
3. reclame-uitingen voor distributie en voor advies.

In de toelichting op het Bgfo 3⁹ staan nog zeer gedetailleerde uitwerkingen van bovenstaande kosten waarvan hier een opsomming op hoofdlijnen:

1. personeelskosten (eigen personeel en externe inhuur), zoals salarissen, opleidingen, facilitaire kosten van die personen die betrokken zijn bij de betreffende dienst;
2. managementkosten;
3. reclamekosten voor de dienst, (dus niet voor het FP!)¹⁰;
4. automatiseringskosten;
5. kantoorkosten;
6. winstmarge.

Een klant die kiest voor execution only betaalt uiteraard geen A-kosten. Maar de aanbieder maakt wel D-kosten (bijvoorbeeld een 'call center' of een website).

De uitsplitsing van de kosten geschiedt volgens het zogeheten kostprijsmodel dat tot doel heeft te waarborgen dat alle kosten vergelijkbaar, juist en controleerbaar zijn. Aanbieders moeten hun kostprijsmodel laten valideren door een accountant op inhoudelijke juistheid en juiste toerekening aan de verschillende FP-en. De aanbieder moet de accountant daartoe integraal inzicht geven in alle relevante kostenposten.

Aanbieders mogen de AD-kosten niet in de FP-prijs verwerken, maar mogen die wel op eenzelfde factuur opnemen, mits het onderscheid tussen dienst en product voor de klant duidelijk blijkt. Er hoeven dus niet per se afzonderlijke facturen te worden gebruikt.

De AD-kosten zijn vaak eenmalig en kunnen ineens of gespreid over een bepaalde periode worden afgerekend. De FP-prijs is meestal echter over de hele looptijd van de FP verschuldigd. Als de A-kosten gespreid worden betaald is in beginsel de Wet op het Consumentenkrediet (WCK) van toepassing. Voor de gevallen waarin de A-kosten echter worden gespreid over een periode van maximaal twee jaar en er geen rente- of kostenopslag op de A-kosten is de WCK niet van toepassing.

9 Nota van Toelichting pagina 92 bij artikel 86f Bgfo.

10 Hieruit blijkt temeer dat de kosten van advies en distributie scherp moeten worden onderscheiden en gescheiden van de productprijs.

Als er sprake is van execution only mogen de D-kosten over de gehele looptijd van de FP worden geïncasseerd vanwege de geringe omvang van die kosten. In feite moeten hier alleen de D-kosten inzichtelijk worden gemaakt voor de klant in het (DVD), offerte en factuur.

Dienstverleningsdocument

In het Bgfo 2 moesten adviseurs en bemiddelaars voldoen aan regels inzake het Dienstverleningsdocument (DVD). Het DVD moest een omschrijving van de dienstverlening, de hoogte van de beloning en de wijze van beloning (direct door de klant of indirect door de aanbieder) bevatten.

De DVD-bepalingen golden echter niet voor het directe kanaal. Het directe kanaal hoefde uitsluitend voorafgaand aan het sluiten van een FP (meestal in de offerte) aan de klant te melden DAT er AD-kosten waren, de zogeheten 'kwalitatieve kostenverklaring'. Het directe kanaal hoefde die AD-kosten echter niet te specificeren en te kwantificeren.

De DVD-bepalingen gelden nu in de 'volle breedte' van de 'distributie-scope' (het directe EN het indirecte kanaal) EN de 'diensten-scope' (voor advies EN execution only)! In het kader van versterking van het level playing field gelden de DVD-bepalingen nu dus ook voor directe aanbieders. Indirecte aanbieders die alleen met bemiddelaars werken hoeven geen DVD beschikbaar te hebben. De DVD-plicht voor adviseurs en bemiddelaars was er al en blijft uiteraard bestaan.

Het DVD moet beschikbaar zijn op de website van de FD en bovendien moet de FD de klant het DVD aantoonbaar digitaal of fysiek verstrekken voorafgaand aan de dienstverlening¹¹.

De DVD-bepalingen hebben als doel om de klant op verantwoorde wijze te laten beslissen welke dienstverlening hij wenst en bij wie hij die dienstverlening gaat afnemen voordat hij een afspraak maakt of contract sluit over die dienstverlening.

De bepalingen voor de *inhoud* van het DVD zijn aanzienlijk uitgebreider dan onder het Bgfo 2. Het DVD moet aansluiten bij het klantdoel van de dienstverlening (hypotheek, pensioen etc.) en er moet gebruikt worden gemaakt een wettelijk verplicht format dat de AFM ter beschikking stelt (DVD-generator). Naast de uitbreiding voor wat betreft de 'distributie-scope' geeft het Bgfo 3 verdergaande en gedetailleerde verplichtingen over de inhoud van het DVD:

¹¹ Artikel 86f Bgfo.

1. aard en reikwijdte van dienstverlening;
2. wijze van beloning;
3. kosten van dienstverlening;
4. belangen relevant voor dienstverlening;
5. bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen onderwerpen.

De FD moet inzicht geven in de dienstscope uiteenlopend van uitsluitend advies of bemiddeling (execution only). Bovendien moet de FD beschrijven wat zijn positionering en eventuele gebondenheid aan bepaalde aanbieders is: uiteenlopend van de FD die geen enkele binding heeft met een aanbieder en die adviseert volgens een objectieve analyse tot de FD die gebonden is aan een of meer bepaalde aanbieders. In dat laatste geval moet de FD op verzoek van klant de nodige informatie verschaffen. De binding aan bepaalde aanbieders kan zowel zijn gelegen in positionering, eigendomsverhoudingen en organisatorische en/of contractuele bindingen.

In het DVD moet de gemiddelde beloning voor de dienst worden opgenomen die gebaseerd moet zijn op het kostenmodel. Bij een uurtarief moet de FD een schatting maken van het aantal uren dat hij aan de dienst zal besteden, dat tezamen leidt tot een gemiddeld nominaal bedrag. Voor beloning in de vorm van vaste tarieven per dienst (ongeacht bestede tijd) of periodieke abonnementen moet de FD die ook duidelijk vermelden.

Het DVD is niet een contract tussen klant en FD over dienstverlening maar wel het uitgangspunt voor een dergelijk contract en bron voor de invulling van de wederzijdse rechten en plichten als er sprake is van daadwerkelijke dienstverlening. De definitieve kosten voor de dienstverlening kunnen afwijken van de kosten die zijn vermeld in het DVD.

De FD die als eerste in de keten door de klant is benaderd (de 'Eerste' FD) is degene die de klant het DVD moet verstrekken. Zie in dit verband ook de KET waarbij ook de Eerste FD moet zorgen dat de KET wordt afgenomen bij execution only. 'Opvolgende' FD-en in de keten (bijvoorbeeld onderbemiddelaars en serviceproviders) hoeven dus in dit geval geen DVD te verstrekken.

Hypotheken

De Bgfo 3 geeft voor de product-soort 'hypothecaire kredieten' (hypotheeken) enkele verplichtingen die deels in lijn zijn met bovenstaande plichten, deels uitsluitend en specifiek zijn gericht op hypotheeken.

a. Tarieven variabele rente

Aanbieders moeten gedurende de looptijd klanten die een hypotheek hebben gesloten met een variabele debetrentevoet informeren over elke wijziging van de variabele debetrentevoet, het gewijzigde jaarlijkse kostenpercentage en de component(en) waardoor de debetrentevoet is gewijzigd.

Deze informatieverplichting geldt ook voor wijzigingen van bestaande hypotheeken.

b. AD-kosten

Ook bij hypotheeken mogen de AD-kosten niet in de FP-prijs worden opgenomen.

c. Componenten variabele rente

Bij hypotheeken met een variabele debetrentevoet moet de aanbieder voor het sluiten van de hypotheek duidelijk aangeven welke component(en) variabel is-zijn en (per component) de elementen waarmee die component is opgebouwd.

De variabele debetrentevoet is meestal opgebouwd uit een basistarief (Euribor, Libor etc.), een algemene opslag (op het basistarief) voor alle klanten en een individuele opslag voor die betreffende klant (bijvoorbeeld 'Loan to Value'). De componenten moeten corresponderen met hun bedrijfseconomische oorsprong. Zie in dit verband ook 'kostenmodel' waarbij ook een bedrijfseconomische relevantie aanwezig moet zijn.

Een aanbieder kan tijdens de looptijd uitsluitend de componenten gebruiken die zijn vermeld bij het sluiten van de hypotheek.

d. Waarschuwing variabele rente

De aanbieder moet de klant waarschuwen voor de risico's die zijn verbonden aan variabele rente en dan gaat het met name over fluctuaties in de maandlasten bij een stijging van de variabele debetrentevoet (productscope). Zie in dit verband ook 'execution only' waarbij een waarschuwingsplicht geldt voor die dienstenscope.

e. Eensporige rente

Aanbieders mogen geen onderscheid maken voor wat betreft debetrentevoeten (inclusief kortingen) tussen nieuwe en bestaande klanten als er sprake is van vergelijkbaar risico-profiel en identieke rentevaste periode.

Het risicoprofiel is afhankelijk van de waarde van de woning of het inkomen van de klant in verhouding tot de omvang van de schuld ('loan-to-value' en 'loan-to income'). Tarief-differentiatie gebaseerd op woongebied en kortingsregelingen zijn weliswaar toegestaan maar dienen het uitgangspunt (geen verschil tussen nieuwe en bestaande klanten) niet te ondergraven. Dit is uiteraard een positieve maatregel voor de bestaande klanten, immers het oversluiten van een hypothecaire geldlening naar een andere hypotheekverstrekker is nogal een kostbaar traject (gang naar de notaris).

Provisieverbod

De bepalingen met de meeste impact en de meeste exposure hebben we bewaard voor het eind! In het Bgfo 3 zijn met name de provisieregels ingrijpend gewijzigd en is er voor veel FP-en zelfs sprake van een verbod op het betalen of ontvangen van provisie.

De wettelijke definitie van provisie ziet zowel op directe beloning (van klant aan FD) als indirecte beloning (van aanbieder aan FD of FD-en onderling). Het provisieverbod ziet op de indirecte beloning (de 'klassieke' provisie) en niet op de directe beloning (hierna: Fee).

De productsoorten waarvoor het provisieverbod geldt zijn complexe producten, hypothecaire kredieten, uitvaartverzekeringen, individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en overlijdensrisicoverzekeringen. Er is aanvankelijk getwijfeld of het provisieverbod zou moeten gelden voor uitvaartverzekeringen. De wetgever heeft daartoe echter toch besloten met name naar aanleiding van een rapport van de AFM¹². Voor de meeste van de overige productsoorten geldt weliswaar geen provisieverbod maar zijn de provisieregels per 1 januari 2012 wel aangescherpt.

Het provisieverbod betreft *alle* betaalstromen tussen FD-en. Het gaat dus niet alleen om de 'klassieke' provisie in de zin van een beloning van de aanbieder aan de FD voor contracten die zijn aangebracht of beheerd, maar ook om vergoedingen in verband met fouten bij de uitvoering, 'gratis' dienstverlening, voorfinanciering van fee en alle onzakelijke onderlinge verhoudingen.

Gevolg van het provisieverbod is dat in de praktijk klanten en FD-en dus afspraken gaan maken over dienstverlening en beloning van de FD. Zie in dit verband de in de inleiding genoemde rolontvlechting!

¹² AF-rapport 'Onderzoek naar de distributie van uitvaartverzekeringen' december 2011.

De wetgever heeft het provisieverbod gekoppeld aan de regels voor KET, DVD en kostenmodel. In feite is er een 'verplichtingenkwartet' voor complexe producten, hypothecaire kredieten, uitvaartverzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Zoals hierboven al is vermeld is hierop slechts een uitzondering: de regels voor KET gelden niet voor uitvaart- en overlijdensrisicoverzekeringen.

Eerbiedigende werking

Het provisieverbod is niet onbeperkt: het Bgfo 3 kent immers de zogeheten 'eerbiedigende werking'.

Contracten gesloten voor 1 januari 2013 vallen voor de gehele looptijd *niet* onder het provisieverbod. Voor die contracten blijven de specifieke provisieregels van kracht die golden bij het sluiten van dat contract. De wetgever verwacht dat deze contracten hetzij door natuurlijk verval (expiratie) hetzij door oversluiten naar nieuwere ('provisievrije') producten zullen eindigen en daarmee dus ook de provisie die in verband met die contracten wordt betaald. Als dergelijke contracten echter worden gewijzigd dan is het afhankelijk van de aard van de wijziging OF er daardoor sprake is van een nieuw contract (waarvoor het provisieverbod geldt) of een aanpassing van een bestaand contract (waarvoor de eerbiedigende werking geldt). En het wekt geen verbazing dat over deze grens (is het een nieuw contract of een aanpassing van een bestaand contract) al hele boeiende discussies zijn ontstaan. Het is hierbij niet uitgesloten dat een advies voor een aanpassing van een bestaande verzekering gepleurd kan worden door de vraag of door zo'n wijziging de eerbiedigende werking ten aanzien van de provisie vervalt.

Kort samengevat blijven voor contracten gesloten na de hieronder genoemde data maar voor 1 januari 2013 de hieronder vermelde verplichtingen bestaan voor de vermelde FP-soorten die al geruime tijd golden voor complexe producten, hypotheken, betalingsbeschermers en uitvaartverzekeringen

Inducementnorm

De hoogte van de provisie is gerelateerd aan de inspanning van de FD waardoor er in feite sprake is van een (zeker) nominaal maximum. De 'inducementnorm' is ingevoerd per 1 januari 2009 voor complexe producten, hypotheken en betalingsbeschermers

Provisiebalans

De totale provisiesom moet worden verdeeld in een maximaal deel afsluitprovisie en een minimaal deel doorlopende provisie. De omvang van de voornoemde delen is afhankelijk van het jaar waarin het contract is gesloten: aanvankelijk mocht maximaal 80% van de totale provisiesom bestaan uit afsluitprovisie. Dat percentage is gaandeweg verlaagd tot

50%. Deze verplichting geldt per 1 januari 2007 voor complexe producten maar niet voor (eenvoudige) hypotheeklen die niet als complex product zijn aan te merken.

Terugboekregeling

Als de klant een contract binnen vijf jaar na het sluiten weer beëindigt moet de FD een (in de tijd proportioneel aflopend) deel van de afsluitprovisie terugbetalen als er sprake is van het zogeheten 'onnatuurlijk verval'. Bij onnatuurlijk verval binnen een jaar moet de FD 80% van de afsluitprovisie terugbetalen. De afsluitprovisie hoeft niet te worden terugbetaald na afloop van de termijn van vijf jaar en ook niet als het contract eindigt ten gevolge van overlijden van de klant of verkoop van het huis waarvoor de hypotheek was gesloten. Deze verplichting geldt per 1 januari 2007 voor complexe producten en sinds 1 januari 2009 voor eenvoudige hypotheeklen.

Provisieregels voor simple risk

Voor productsoorten waarvoor het provisieverbod niet geldt waren de provisieregels per 1 januari 2012 al aangescherpt. Het gaat hier met name over schadeverzekeringen.

Bij deze productsoorten mag wel provisie worden betaald maar dan alleen in de vorm van afsluit- en/of doorlopende provisies. Bonusregelingen of omzetprovisies – provisies die verbonden zijn aan het behalen van een bepaalde omzet of productie – zijn niet langer toegestaan. Deze bepaling gold tot 1 januari 2013 al voor complexe producten, hypotheeklen en uitvaartverzekeringen, maar nog niet voor overlijdensrisicoverzekeringen en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

De hoogte van die provisiesoorten wordt (vooralsnog) niet wettelijk gereguleerd en wordt overgelaten aan marktwerking. Als die marktwerking onvoldoende effect sorteert dan kan strengere wetgeving het gevolg zijn. Het provisieverbod geldt niet voor collectieve inkomensverzekeringen.

Per 1 januari 2012 is ook de zogeheten 'passieve provisietransparantie' geïntroduceerd: FD-en moeten klanten informeren over de nominale bedragen die aan provisie worden betaald, maar alleen als klanten daarom vragen.

Bij complexe producten, hypotheeklen, betalingsbeschermers en uitvaartverzekeringen gold voor 1 januari 2013 de plicht tot 'actieve provisietransparantie': deze informatie moest altijd worden gegeven dus ook als de klant daar niet zelf om had gevraagd. Per 1 januari 2013 is deze verplichting vanwege het provisieverbod overbodig en daarom vervallen.

Inducement bij volmachten ('commissie')

Per 1 januari 2012 is in het 'verlengde' van de inducementnorm die al per 1 januari 2009 gold, een vergelijkbare norm geïntroduceerd voor de beloning die aanbieders betalen aan gevolmachtigden (commissie).

Een commissie moet in verhouding staan tot de geleverde diensten. In feite is er een verbod op volumegerelateerde beloning en beloningen die zijn gekoppeld aan ontwikkelingen binnen een portefeuille. In het laatste geval gaat het met name over de zogeheten 'winstdelingscommissies'.

Woekerfee¹³

Er is ook een open norm voor directe beloning (klant betaalt tussenpersoon). Klanten en tussenpersonen zijn in principe vrij om afspraken te maken over beloning overeen te komen, zolang er maar geen sprake is van kennelijk onredelijke beloning. De beloning moet dus altijd gerechtvaardigd zijn. Deze bepaling geeft de AFM de mogelijkheid om handhavend op te treden bij kennelijk onredelijke beloningen. Als vuistregel gaat de AFM uit van vier situaties:

1. Is het bedrag dat de tussenpersoon bij de klant laat betalen onredelijk gezien het aantal uren dat aan het advies is besteed?
2. Is het aantal uren dat aan het advies is besteed onredelijk gezien de reikwijdte van het advies?
3. Is de reikwijdte van het advies onredelijk gezien de vraag of behoefte van de klant?
4. Is het uurtarief dat de tussenpersoon rekent onredelijk gelet op zijn specialisatiegraad?

Kennelijk onredelijke beloningen zijn ieder geval beloningen voor transacties die worden uitgevoerd alleen om extra beloning te genereren, terwijl de tussenpersoon daar niet of nauwelijks extra werk voor hoeft te doen. Dat is bijvoorbeeld het geval als hij een betalingsbeschermer (bijproduct) adviseert bij een consumptief krediet en hij een extra rekening indient voor werk dat geheel of grotendeels al is verricht bij het hoofdproduct.

In dat geval kan bovendien sprake zijn van strijd met de plicht om een passend advies op te stellen. Als er immers een (bij)product wordt geadviseerd uitsluitend om zoveel mogelijk bij de klant in rekening te brengen, is het de vraag of het advies passend is. Ook is van belang wat in de branche in het algemeen gebruikelijk is.

¹³ Artikel 86c Bgfo en de Nota van Toelichting op pagina 86-87.

Een ingrijpen van de AFM heeft overigens geen directe impact op de contractueel overeengekomen (en in de ogen van de AFM kennelijk onredelijke beloning) tussen de klant en de FD.

Conclusie

Het Bgfo 3 is niet uit de lucht komen vallen en heeft bovendien een breed politiek draagvlak. Het Bgfo 3 dwingt ook ontegenzeggelijk de rolontvlechting van adviseurs en aanbieders af en draagt daardoor bij aan vergroting van transparantie en herijking van diensten- en distributieconcepten. Nu de kosten van advies niet meer 'versleuteld' (of versluiert zo u wilt) in de productprijzen zitten, zal naar verwachting de prijs/kwaliteit verhouding van adviesdiensten verbeteren. Immers, de toegevoegde waarde van advies (en die is er zeker, in het bijzonder bij de meer complexe producten) moet aantoonbaar gemaakt worden. Daarnaast ontstaan allerlei concepten, ondersteund door moderne technologie, die advies goedkoper maken. Een nadeel van 'het provisieverbod' is dat advies voor de 'onderkant van de markt' onbetaalbaar dreigt te worden.

Hierboven hebben wij al aangegeven dat er een zeer fijnmazig legal framework is ontstaan: 'rule based' gaat in dit geval dus duidelijk boven 'principle-based'. Hoewel ten aanzien van bijvoorbeeld het provisieverbod een rule based benadering te prefereren valt (alleen een echt verbod voorkomt dat bepaalde marktpartijen toch weer de grenzen opzoeken) kan worden getwijfeld aan de effectiviteit, uitvoerbaar en handhaafbaarheid van de regels op andere terreinen van het Bgfo 3 (zoals bijvoorbeeld ten aanzien van het kostprijsmodel). En hoewel de sector behoefte heeft aan een adempauze, is verdere verfijning niet uit te sluiten. En die verfijning zal de sector over zich afroepen als toch weer de grenzen en mazen in deze regelgeving worden opgezocht.

