



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Beleggingsadvies bij verzekeringsbemiddeling: een incidentele activiteit?**

Bracco Gartner, M.E.J.

### **Citation**

Bracco Gartner, M. E. J. (2018). Beleggingsadvies bij verzekeringsbemiddeling: een incidentele activiteit? *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2018(26), 331-333. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3279482>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3279482>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## Beleggingsadvies bij verzekeringsbemiddeling: een incidentele activiteit?

Mw. mr. M.E.J. Bracco Gartner, datum 06-12-2018

**Datum**

06-12-2018

**Auteur**

Mw. mr. M.E.J. Bracco Gartner<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS208912:1

**Vakgebied(en)**

Financieel recht / Bank- en effectenrecht

EU-recht / Rechtsbescherming

Verzekeringsrecht / Europees verzekeringsrecht

**Wetgeving**

Richtlijn 2002/92/EG; Richtlijn verzekeringsdistributie

### Inleiding

De richtlijn verzekeringsdistributie (hierna: IDD)<sup>[2]</sup> is per 1 oktober 2018 inwerking getreden.<sup>[3]</sup> De IDD bevat reeds bestaande regels van de richtlijn verzekeringsbemiddeling (hierna: IMD)<sup>[4]</sup> en nieuwe regels voor de verzekeringssector die mede naar aanleiding van de financiële crisis zijn aangenomen. Zowel verzekeraars als bemiddelaars in verzekeringen moeten per 1 oktober 2018 aan de regels van de IDD voldoen. Eén van de onderwerpen die in de IDD expliciet aan de orde komt is de zorgplicht bij het verkopen van een beleggingsverzekering en dan met name als de distributeur advies geeft aan de klant over de onderliggende belegging. Een beleggingsverzekering is een levensverzekering waarbij de hoogte van de uitkering wordt bepaald door de waarde van een belegging in financiële instrumenten.<sup>[5]</sup> Beleggingsverzekeringen worden voornamelijk verkocht via het verzekeringsbemiddelingskanaal.

Sinds de woekerpolis affaire, die voornamelijk betrekking had op beleggingsverzekeringen, is gebleken dat de kwaliteit van het distributieproces van beleggingsverzekeringen te wensen overliet. Dat was niet alleen in Nederland het geval, ook in Zweden wil weleens wat misgaan, zo blijkt onder andere uit de recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie in een Zweedse zaak over beleggingsverzekeringen.<sup>[6]</sup> Dat is niet zo verwonderlijk: bij financiële producten en beleggingen is vaak sprake van belangenconflicten en gevoeligheid voor fraude. Financiële toezichtregelgeving heeft daarom als doel beleggers en consumenten te beschermen tegen uitwassen.

Financiële toezichtregelgeving is van oudsher per sector ingericht, omdat de economische risico's verbonden aan de producten en wijze van distributie per sector verschillend zijn. Waar een verzekering meestal financiële risico's afdekt ten aanzien van een bepaalde onzekere gebeurtenis, zoekt een belegger in financiële instrumenten juist beleggingsrisico op. De wettelijke zorgplichtregels voor de verzekeringssector waren daarom tot de IDD<sup>[7]</sup> toegespitst op verzekeringen en hadden geen aandacht voor eventuele beleggingsrisico's die een verzekerde loopt met een beleggingsverzekering. De zorgplichtregels voor de beleggingssector als neergelegd in MiFID<sup>[8]</sup> zien juist wél op beleggingsrisico's. Een strikte afbakening van zorgplichtregels, die toegesneden zijn op de traditionele risico's van een bepaalde sector, knelt daarom vooral bij financiële producten met een hybride karakter, zoals een beleggingsverzekering.

Tegen deze achtergrond is de hieronder te bespreken uitspraak van het Hof van Justitie van belang, omdat de uitspraak antwoord geeft op de vraag van de hoogste Zweedse rechter of op beleggingsadvies in het kader van een beleggingsverzekering de zorgplichteisen van de IMD van toepassing zijn, dan wel de zorgplichteisen voor beleggingsadvies van MiFID, dan wel allebei. Het arrest van het Hof van Justitie behandelt twee verschillende zaken die door de hoogste Zweedse rechter zijn voorgelegd en die allebei betrekking hebben op de IMD. Beide zaken betreffen de reikwijdte van de IMD. Het Hof loopt niet vooruit op de IDD, maar aan het verband tussen deze uitspraak en de IDD wijd ik aan het slot van dit artikel nog enkele woorden.

### Reikwijdte verzekeringsbemiddeling

## Zaak Strobel e.a. tegen Länsförsäkringar

In deze zaak ging het om de vraag of bij fraude door een medewerker van een vergunning-houdende verzekeringsbemiddelaar sprake is van verzekeringsbemiddeling. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de inmiddels failliete verzekeringsbemiddelaar in kwestie verzette zich tegen het vergoeden van het verduisterde geld aan de klanten van de bemiddelaar omdat het om fictieve producten ging. Volgens de verzekeraar had de bewuste medewerker van de verzekeringsbemiddelaar geen intentie om een verzekeringsovereenkomst te sluiten maar om te frauderen en daarom zou geen sprake zijn van verzekeringsbemiddeling in de zin van de IMD. Bij deze lezing wordt fraude niet gedekt door de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de bemiddelaar.

Het Hof van Justitie maakt korte metten met deze redenering door analyse van de definitie van verzekeringsbemiddeling in de IMD.<sup>[9]</sup> Deze definitie bestaat uit een opsomming van diverse handelingen die kunnen worden verricht om een verzekeringsovereenkomst af te sluiten, waaronder 'het verrichten van voorbereidende werkzaamheden tot het sluiten van een verzekeringsovereenkomst.' Het Hof van Justitie oordeelt dat de enkele handeling van 'het verrichten van voorbereidende werkzaamheden' voldoende is om onder de reikwijdte van de IMD te vallen. Dit is een objectief begrip en laat geen ruimte voor de intentie van de tussenpersoon of subjectieve perceptie van de klanten, aldus het Hof.<sup>[10]</sup>

Het Hof van Justitie wijst in zijn arrest ook op de intentie van de Europese wetgever om de consument te beschermen. Deze intentie betekent dat de economische realiteit van de feitelijke handelingen moeten prevaleren boven een strikt taalkundige uitleg van de IMD. Indien de subjectieve intentie van de verzekeringstussenpersoon zou prevaleren bij de vraag of sprake is van verzekeringsbemiddeling, dan zou de verzekeringstussenpersoon zich kunnen onttrekken aan aansprakelijkheid voor zijn bedrieglijke handelingen. Dat is niet in overeenstemming met het doel van de richtlijn om consumenten te beschermen bij het bemiddelen in verzekeringen en druist in tegen het rechtszekerheidsbeginsel aldus het Hof.<sup>[11]</sup> Ik leid uit deze uitspraak van het Hof af dat voor de reikwijdte van financiële toezichtregelgeving de economische realiteit doorslaggevend is in plaats van de intentie van partijen, die een belangrijke factor is voor het bepalen van de inhoud van de (te sluiten) overeenkomst.

## Valt beleggingsadvies in het kader van verzekeringsbemiddeling onder de IMD of MiFID?

### Zaak Länsförsäkringar tegen Dödsboet efter Ingvar Mattson

Ook in deze tweede zaak wilde de aansprakelijkheidsverzekeraar geen schade vergoeden aan een cliënt van een verzekeringsbemiddelaar omdat geen sprake zou zijn van verzekeringsbemiddeling. In dit geval had de verzekeringsbemiddelaar geld van de cliënt belegd in een beleggingscertificaat, een gestructureerd financieel instrument. Het beleggingscertificaat was vervolgens compleet waardeloos geworden. De verzekeraar vond dat sprake was beleggingsadvies in de zin van MiFID in plaats van verzekeringsbemiddeling. Het ging immers om een advies over een financieel instrument.

Het Hof van Justitie bekijkt deze kwestie in de bredere context waarbinnen de bemiddelaar advies heeft gegeven. Het Hof leidt uit het feitencomplex af dat het gaat om een belegging in het kader van een kapitaalsverzekeringsovereenkomst doordat 'sprake was van verzekeringspremies in de vorm van kapitaalstortingen, die belegd werden in een beleggingscertificaat'.<sup>[12]</sup> Zoals Lieveerse opmerkt in haar noot bij het arrest, is dit een vrij onduidelijke omschrijving van het product maar gaat het blijkbaar om een variant op de unit-linked beleggingsverzekering.<sup>[13]</sup> Het Hof van Justitie oordeelt dat de belegging een integraal onderdeel is van de verzekering, zodat het advies over de belegging onderdeel is van het voorbereidend werk tot het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Het advies valt daarom onder de IMD, waardoor de zorgplichteisen uit art. 12, leden 2 en 3 van de IMD van toepassing zijn op het advies over de belegging.

Nu de IMD van toepassing is, rest de vraag of MiFID óók van toepassing zou kunnen zijn omdat het financiële advies binnen de materiële werkingssfeer van MiFID valt. Het Hof van Justitie vindt van niet op grond van twee verschillende overwegingen. Allereerst oordeelt het Hof dat de uitzondering in art. 2, onder c MiFID van toepassing is. Deze uitzondering ziet op personen die een beleggingsdienst als incidentele activiteit verrichten in het kader van een beroepswerkzaamheid en onderworpen zijn aan bestuursrechtelijke regels of een beroepscode. Het Hof vindt dat verzekeringsbemiddelaars onder deze uitzondering vallen, omdat verzekeringsbemiddeling een beroepswerkzaamheid is die onder de bestuursrechtelijke regels van de IMD valt.

Daarbij gaat het Hof mijns inziens vrij eenvoudig voorbij aan het vereiste dat sprake moet zijn van incidentele activiteiten. De Zweedse regering had in haar schriftelijke opmerkingen bij deze zaak geschreven dat verzekeringstussenpersonen regelmatig of veelvuldig advies verstrekken, waardoor de uitzondering niet van toepassing is. Het Hof is het daar niet mee eens:

“Voor zover tot de verzekeringsproducten die worden aangeboden door een dergelijke verzekeringstussenpersoon, een product behoort zoals de kapitaalsverzekering die in het hoofdgeding aan de orde is, moet advies dat wordt verstrekt in verband met de belegging van het kapitaal waarop dat product betrekking heeft, worden beschouwd als een incidentele

activiteit, aangezien het wordt verstrekt in het kader van bemiddeling bij de sluiting van een verzekeringsovereenkomst, een werkzaamheid die onderworpen is aan wettelijke bepalingen van het Unierecht, te weten die van richtlijn 2001/92.”<sup>[14]</sup>

Bij het beoordelen of sprake is van een incidentele activiteit lijkt het Hof te kijken naar het hele scala aan activiteiten dat onder de IMD valt en oordeelt dat het verstrekken van beleggingsadvies daarvan slechts één is. Het Hof trekt daaruit de conclusie dat binnen al die activiteiten die de bemiddelaar in het kader van verzekeringsbemiddeling verricht, het verlenen van beleggingsadvies slechts incidenteel moet worden beschouwd. Het Hof vindt steun voor zijn opvatting in het feit dat deze uitzondering in lijn is met andere uitzonderingen van de werkingssfeer van MiFID, zoals de uitzondering voor ‘gratis’ beleggingsadvies in het kader van beroepsactiviteiten en financiële producten die onder andere EU-richtlijnen vallen.<sup>[15]</sup> Ten tweede ziet het Hof van Justitie steun in het feit dat MiFID II wijzigingen aanbrengt in de IMD door aanvullende eisen te stellen aan verzekeringen met een beleggingscomponent. Het Hof leest in deze wijzigingen dat dit soort verzekeringen onder de IMD vallen. De definitie van verzekeringsbemiddeling in de IMD wordt namelijk niet gewijzigd, maar alleen verduidelijkt door toe te voegen dat de waarde van een verzekering ook afhankelijk kan zijn van marktfluctuaties. Adviezen met betrekking tot de beleggingscomponent in verzekeringen vallen dan ook onder de bepalingen van de verzekeringsbemiddelingsrichtlijn, aldus het Hof.<sup>[16]</sup>

## Conclusie

Het zojuist besproken arrest HvJ EU 31 mei 2018, C-542/16 is naar mijn mening vanuit juridisch-technisch oogpunt een juist oordeel, met name omdat het Hof van Justitie zich sterk laat leiden door de intentie van de Europese wetgever. Het is de uitdrukkelijke keus van de Europese wetgever geweest om de financiële toezichtregelgeving sectoraal in te richten. De vraag is alleen hoe toekomstbestendig deze keus is, nu financiële producten steeds meer een hybride karakter krijgen. Dit zal naar mijn mening eerder toenemen dan afnemen, omdat innovatie in de financiële sector in toenemende mate afkomstig is uit de technologiesector. Deze nieuwe toetreders lijken minder genegen binnen de lijntjes te blijven van de sectorale indeling. Dit is uiteraard geen zaak voor het Hof van Justitie, maar de Europese wetgever zelf. De Europese Commissie onderkent ook de noodzaak voor cross-sectorale regels voor hybride producten. De PRIIPS-verordening<sup>[17]</sup> stelt bijvoorbeeld reeds cross-sectorale eisen aan de informatie over hybride producten aan retail klanten. De zorgvragen voor de distributie en het ontwikkelen van hybride producten is echter overgelaten aan de sector richtlijnen IDD en MiFID. Dat is in mijn ogen een gemiste kans.

In dit licht doet de redenering van het Hof dat MiFID niet van toepassing is op beleggingsadvies in het kader van verzekeringsbemiddeling mij toch wat vreemd aan. Met name de redenering dat sprake is van incidentele activiteiten vind ik gekunsteld. Ook hier is de economische realiteit dat beleggingsadvies bij het afsluiten van een beleggingsverzekering veelvuldig voorkomt, zoals de Zweedse regering terecht naar voren bracht. Het gaat daarbij om dezelfde soort beleggingsrisico's die de verzekerde voor zijn rekening neemt als beleggingsrisico's in het kader van beleggingsdiensten. Bij dezelfde soort risico's horen ook dezelfde soort regels, ook als deze incidenteel worden verstrekt. Het ontgaat het Hof van Justitie daarbij kennelijk dat onder MiFID II de uitzonderingen voor incidentele dienstverlening in de lagere regelgeving is aangescherpt, waardoor de uitzondering minder snel van toepassing zal zijn. Dat zij het Hof echter vergeven, nu de IDD uitdrukkelijk beoogt om het speelveld van verzekeringsbemiddeling op hetzelfde niveau te trekken als het speelveld voor beleggingsdienstverlening. Zo komt het toch weer goed, zolang de Europese toezicht autoriteiten ESMA en EIOPA samen optrekken om de eenheid in regels en beschermingsniveau te bewaken.

Voetnoten

<sup>[1]</sup>

Peggy Bracco Gartner is verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht (afdeling Financieel recht) als docent.

<sup>[2]</sup>

Richtlijn (EU) 2016/97, Pb L 26/19 van 20 januari 2016.

<sup>[3]</sup>

Zie de website van de AFM voor de laatste stand van zaken in het wetgevingsproces: [www.afm.nl/nl-nl/professionals/onderwerpen/idd](http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/onderwerpen/idd), laatst bezocht 19 november 2018 16:43.

<sup>[4]</sup>

Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling Pb, L9/3 van 2003.

<sup>[5]</sup>

Zie ook website AFM [www.afm.nl/nl-nl/consumenten/veelgestelde-vragen/beleggingsverzekering/woekerpolis](http://www.afm.nl/nl-nl/consumenten/veelgestelde-vragen/beleggingsverzekering/woekerpolis), laatst bezocht op 19 november 2018 16:47.

<sup>[6]</sup>

[\[7\]](#)

Dit is grosso modo het geval, de zorgplicht eisen voor beleggingsverzekeringen zijn reeds via MiFID II opgenomen in de IMD. Per 3 januari 2018 gelden deze regels voor bemiddelaars; door de IDD moeten ook verzekeraars zich aan deze regels houden.

[\[8\]](#)

Richtlijn (EU) 2014/65/EU, *Pb* L 173/349 van 12 juni 2014.

[\[9\]](#)

Art. 2, punt 3, van richtlijn 2002/92.

[\[10\]](#)

R.O. 40, 43 en 44.

[\[11\]](#)

R.O. 42.

[\[12\]](#)

R.O. 54.

[\[13\]](#)

Zie noot prof. mr. C.W.M Lieveise in *JOR* 2018/180, onder 6.

[\[14\]](#)

R.O. 62.

[\[15\]](#)

Art. 19, lid 9 MiFID (oud).

[\[16\]](#)

R.O. 56, 57 en 58.

[\[17\]](#)

Verordening (EU) nr. 1286/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's), *Pb* L 352 van 9 december 2014.