

# De zorgplicht van de accountant bij pensioenadvies

Onlangs publiceerde de Autoriteit Financiële Markten (AFM) haar interpretatie van pensioenadvies door accountantskantoren.<sup>1</sup> Aanleiding was haar constatering dat accountants regelmatig adviseren over en bemiddelen bij pensioenverzekeringen, zonder te beschikken over de daarvoor benodigde vergunning op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Per 1 januari 2012 treedt de nieuwe Wft-module pensioenverzekeringen in werking. Daarmee zijn de deskundigheidseisen voor pensioenadvies aangescherpt. De AFM spoort accountantskantoren aan de Wft-vergunning voor het verlenen van financiële diensten in pensioenverzekeringen aan te vragen. Kantoren die pensioen adviseren zonder vergunning riskeren niet alleen een bestuurlijke boete, maar verhogen ook hun aansprakelijkheid richting de cliënt. Door de strenge vergunningseisen en hoge kosten zullen waarschijnlijk veel kantoren geen vergunning aanvragen, maar zich beroepen op de Vrijstellingsregeling Wft.

De accountant is sinds jaar en dag de financiële steun en toeverlaat van zijn cliënt. Als deskundige is hij vaak als eerste betrokken bij financiële vraagstukken van zijn cliënt. Dat geldt ook voor pensioen. Regelmatig komt het voor dat de accountant door zijn cliënt wordt benaderd voor het geven van pensioenadvies. Dit blijft vaak niet beperkt tot het adviseren welke pensioenregeling het beste past bij de cliënt. In veel gevallen wordt hij ook betrokken bij het beoordelen van de pensioenofferte, of als deskundige ingeschakeld voor een second opinion. Zonder het te beseffen is hij aan het *adviseren* of *bemiddelen* overeenkomstig de definitie in de Wet op het financieel toezicht.

In haar nieuwsbrief van november 2011 liet de AFM weten dat veel accountants adviseren over pensioenverzekeringen zonder te beschikken over de benodigde Wft-

vergunning. Een overweging van de accountant om geen vergunning aan te vragen, kan zijn dat hij slechts marginaal over financiële producten adviseert en zodoende onder de Vrijstellingsregeling Wft valt. Een andere overweging kan zijn dat het beschikken over een Wft-vergunning zijn rol als onafhankelijk adviseur in twijfel trekt. Wat ook de reden mag zijn, tot halverwege 2011 was er slechts één accountantskantoor met een Wft-vergunning.

Maar dit verandert. Inmiddels heeft een aantal accountantskantoren Wft-vergunningen aangevraagd via een daarvoor apart opgerichte besloten vennootschap. Voorbeelden zijn HLB-schippers accountants<sup>2</sup> en JAN© Accountants en belastingadviseurs<sup>3</sup>. Dit heeft wellicht te maken met de interpretatie van de AFM over pensioenadvies door accountants en de vergunningplicht enerzijds en met het provisieverbod van 2013 anderzijds. Door dit provisieverbod wordt elke vorm van financiële verbondenheid met een (pensioen)aanbieder voorkomen. Advies van pensioenverzekeringen zal dan geschieden op feebasis. Een vorm van belonen waar de accountant veel ervaring mee heeft.

**Niet ieder accountantskantoor dat adviseert in pensioenen, zal besluiten om een Wft-vergunning aan te vragen**



**Corey Dekkers (l) en Robbert van Woerden**

C. Dekkers MSc MFP FFP en drs. R. van Woerden zijn senior pensioenspecialist op de afdeling fiscale en juridische zaken bij Pensioennavigator BV

- 1 Nieuwsbericht AFM 4 november 2011, Interpretatie over pensioenadvies en -bemiddeling door accountantskantoren en actuariële adviesbureaus.
- 2 HLB Schippers Advies & Financiële planning BV; heeft een vergunning voor adviseren sinds 25 juli 2011.
- 3 JAN© Pensioenadviseurs BV; heeft een vergunning voor bemiddelen sinds 14 september 2010.

Toch zal niet ieder accountantskantoor dat adviseert in pensioenen, besluiten om een Wft-vergunning aan te vragen. Dit kan voortvloeien uit een kosten-batenanalyse waaruit blijkt dat de inkomsten uit pensioenadvisering niet opwegen tegen de kosten van de Wft-vergunning. Maar het kan ook uit onwetendheid zijn. De Wft-module pensioenverzekeringen en het provisieverbod per 2013 dwingen de accountant een duidelijke keuze te maken of hij wel of geen vergunning aanvraagt.

## ■ DE WET OP HET FINANCIËEL TOEZICHT

In de Wet op het financieel toezicht (Wft) zijn regels en voorschriften te vinden voor de financiële markten en het toezicht daarop. Doel van de Wft is de wetgeving voor de financiële markten doelgericht, marktgericht en inzichtelijk te maken. De wet is van toepassing op adviseurs die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de consument of cliënt een financieel product adviseren of bemiddelen.<sup>4</sup>

Volgens de Wft is sprake van adviseren als een adviseur in de uitoefening van een beroep of bedrijf een of meer specifieke financiële producten aanbeveelt aan de consument of, als het om verzekeringen gaat, aan de cliënt.<sup>5</sup> Voorbeelden van dergelijke producten zijn lijfrenteverzekeringen – waaronder ook de bancaire variant – individuele of collectieve pensioenverzekeringen en/of arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Belangrijk is dat het advies niet daadwerkelijk hoeft te leiden tot de aanschaf van een financieel product.

### Voorbeeld

Een accountant adviseert in opdracht van zijn cliënt een collectieve pensioenregeling. Zijn advies leidt tot een beschikbarepremierregeling met specifieke productkenmerken. De cliënt vraagt bij een aantal pensioenverzekeraars een offerte op. Deze legt hij voor aan zijn accountant. Die komt tot de conclusie dat de door hem ontworpen pensioenregeling het beste aansluit bij de productkenmerken van verzekeraar X. Door deze conclusie kenbaar te maken, kwalificeren zijn werkzaamheden als advisering in de zin van de wet.

Ook de accountant die zijn cliënt bijstaat in het beoordelen van verschillende pensioenoffertes, zal al snel voldoen aan de definitie van advisering. Hier van kan ook sprake zijn als de accountant een dga van wie het pensioen wordt opgebouwd in eigen beheer, adviseert een overlidensrisicoverzekering te sluiten voor het overeengekomen nabestaandenpensioen bij verzekeraar Y.

De kern van adviseren is dat het advies moet leiden tot een aanbeveling van een concreet financieel product van een specifieke aanbieder.

### Wanneer is sprake van bemiddelen?

Bemiddelen in verzekeringen wordt in de Wft als

volgt gedefinieerd: alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering tussen cliënt en verzekeraar. Onder bemiddelen wordt ook het beheer van een verzekering verstaan. Wanneer iemand bemiddelt conform deze definitie, adviseert hij eveneens.

### Voorbeeld

Een cliënt wil zijn pensioenverplichting die is opgebouwd in eigen beheer, afstorten bij een verzekeraar. Hij vraagt hulp van zijn accountant. Die vraagt een offerte aan bij een direct writer. Vervolgens wordt de offerte voor akkoord door de cliënt getekend. In deze casus is de accountant aan het bemiddelen en heeft hij een vergunning nodig.

Volgens de AFM is er zelfs sprake van bemiddelen als de adviseur meer dan alleen contactgegevens van de cliënt doorgeeft aan een aanbieder of bemiddelaar.

### Voorbeeld

Een cliënt wenst een pensioenverzekering voor zijn werknemers. Zijn accountant geeft de cliëntgegevens door aan een pensioenadviseur die hij kent. Om het proces te bespoedigen geeft hij niet alleen naam en adres van de cliënt door, maar ook de jaarrekeningen van de laatste drie jaar en verdere informatie over de voorkeur van de gewenste pensioenregeling van de cliënt. Deze accountant bemiddelt.

In de uitleg over het begrip bemiddelen heeft de AFM nog iets anders aangegeven. Wanneer een accountant een overeenkomst aangaat met een aanbieder of bemiddelaar om ervoor te zorgen dat cliënten in contact komen met die aanbieder of bemiddelaar, bemiddelt de accountant in de zin van de Wft.<sup>6</sup>

- 4 De definitie van consument is te vinden in art. 1:1 Wft: een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijk persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent. Hoewel cliënt niet wordt gedefinieerd, is af te leiden dat het daarbij gaat om zowel ondernemers als consumenten (art. 1:15a Wft). In deze bijdrage staat cliënt voor ondernemer.
- 5 Onder financiële producten worden onder meer verstaan: verzekeringen, spaarrekeningen, financieel instrument (beleggingen), krediet en betaalrekeningen.
- 6 'Inwinnen van meer dan contactgegevens: een vorm van bemiddelen?', Nieuwsbrief AFM, 3 maart 2009.

## Voorbeeld

Een accountantskantoor werkt vaak samen met een pensioenadviseur waarover het zeer tevreden is. Het kantoor besluit geen Wft-vergunning aan te vragen, maar te gaan samenwerken met de pensioenadviseur. In de overeenkomst wordt vastgelegd dat cliënten, voor zover het gaat om pensioenverzekeringen, worden doorverwezen naar de pensioenadviseur. Volgens de AFM-berichtgeving over bemiddelen zou deze afspraak, hoezeer deze ook in het belang is van de cliënten, vallen onder het begrip bemiddelen. De accountant is met deze afspraak vergunningplichtig geworden.

## ■ DE VERGUNNINGPLICHT

In Nederland is het verboden om zonder vergunning te adviseren over of te bemiddelen in financiële producten.<sup>7</sup> Voor pensioenadviesering geldt dat de adviseur in bezit moet zijn van de Wft-vergunning pensioenverzekeringen, die wordt verleend door de AFM. Niet iedere pensioenadviseur komt hiervoor in aanmerking. Aan het verkrijgen van de desbetreffende vergunning worden onder meer deskundigheids- en betrouwbaarheidseisen gesteld.<sup>8</sup> Wanneer een vergunning is verkregen, dient de adviseur zich te houden aan de specifieke zorg- en informatieplicht uit hoofdstuk 4 Wft 'zorgvuldige dienstverlening'. De systematiek van de wet is zo opgebouwd dat de zorg- en informatieplichten toenemen naarmate het product complexer wordt. Zo zijn de eisen voor het adviseren in een particuliere schadeverzekering minder vergaand dan die voor het adviseren van een pensioenproduct. De adviseur die zonder vergunning adviseert of bemiddelt, riskeert een door de AFM op te leggen boete die kan oplopen tot € 4 miljoen.<sup>9</sup>

### Wft-module pensioenverzekeringen

De Wft-module pensioenverzekeringen geldt vanaf 1 januari 2012. Iedere (pensioen)adviseur die per die datum begint met adviseren over of bemiddelen in pensioenverzekeringen, dient in bezit te zijn van de Wft-vergunningen basis, levensverzekeringen en pensioenverzekeringen. Die krijgt hij alleen als hij over de bijbehorende diploma's beschikt. Voor het diploma Wft-pensioenverzekeringen zal nog een apart examen moeten worden behaald. De eindtermen staan beschreven in art. 7, bijlage B, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen. Een belangrijk kenmerk van het examen is dat dit naast het schriftelijk gedeelte ook bestaat uit een mondeling gedeelte. Er moeten immers ook vaardigheden en competenties worden getoetst. Tijdens het mondeling zal naar verwachting ook professioneel en integer gedrag van de adviseur worden getoetst.

Voor bestaande adviseurs gelden de nieuwe eisen overigens pas per 1 januari 2014. Dit geldt alleen voor adviseurs die op 31 december 2011 beschikken over een Wft-vergunning levensverzekeringen en bij de AFM, tussen 1 januari 2012 en 1 februari 2012, hebben doorgegeven dat ze de activiteiten in pensioenverzekeringen willen voortzetten.

### De vrijstellingsregeling Wft

De adviseur die een vergunning voor adviseren of bemiddelen aanvraagt, zal zijn organisatie daarop moeten inrichten. Hij krijgt met allerlei bepalingen uit de Wft te maken. De organisatie zal invulling moeten geven aan deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit. Zo moeten de beleidsbepalers van de organisatie deskundig zijn. Eventuele medewerkers moeten aantoonbaar vakbekwaam zijn. Jaarlijks geldt de verplichting om bij te scholen. Naast de deskundigheidseisen gelden specifieke voorschriften over de te verstrekken informatie richting de cliënt. Op deze wijze wordt er meer inhoud gegeven aan het publiekrechtelijke begrip zorgplicht.

## De meeste accountants hebben geen vergunning aangevraagd, op grond van de vrijstellingsregeling Wft

De Wft-verplichtingen zijn niet van toepassing op de adviseur als hij niet vergunningplichtig is. Zo schrijft art. 2:76, lid 5 Wft voor dat bepaalde dienstverleners zijn vrijgesteld van de vergunningplicht. De voorwaarden zijn gesteld in art. 5, lid 1 Vrijstellingsregeling Wft. Het betreft alleen dienstverleners die andere hoofdberoepswerkzaamheden hebben dan het verlenen van een financiële dienst en uit hoofde daarvan inzicht hebben in de financiële situatie van hun klanten. Daarbij geldt dat het verstrekte productadvies in het verlengde van de hoofdberoepswerkzaamheid moet liggen. Ook mag de dienstverlener geen provisie ontvangen van de verzekeraar van wie hij het product aanbeveelt. Bovendien geldt de vrijstelling alleen als de dienstverlener slechts incidenteel adviseert in de zin van de wet. Hiervan is sprake als de advieswerkzaamheden slechts een marginaal onderdeel vormen van de totale werkzaamheden van de dienstverlener. Hoeveel adviezen dit betreft, hangt af van de omstandigheden van het geval. Voorbeelden van dienstverleners die in aanmerking komen voor een vrijstelling zijn: accountants, actuarissen en belastingadviseurs.<sup>10</sup> Voor de meeste accountants geldt dat ze geen vergunning hebben aangevraagd, op grond van de vrijstellingsregeling Wft. Daarmee is voor de accountant de publiekrechtelijke zorgplicht uit de Wft niet van toepassing. Het is echter niet gezegd dat hij de zware voorschriften uit de Wft en lagere regelgeving kan ontlopen. Attentie: voor bemiddelen geldt geen vrijstellingsregeling. Als de accountant betrokken is bij de tot-

7 Art. 2:75, lid 1 Wft en art. 2:80, lid 1 Wft.

8 Art. 4:9 Wft geeft het deskundigheidsvereiste aan en art. 4:10 Wft het betrouwbaarheidsvereiste. Nadere invullingen van deskundigheid en betrouwbaarheid zijn te vinden in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen.

9 Art. 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector en art. 1:81 Wft.

10 Vrijstellingsregeling Wft, 15 november 2006, nr. FM 2006-02672M, Directie Financiële Markten, blz. 20-21.

standkoming van een pensioenverzekering, zal hij altijd over een vergunning *Bemiddelen* moeten beschikken.

## ■ DE ZORGPLICHT UIT DE WFT

Deel 4 'Gedragstoezicht financiële ondernemingen' van de Wft is geheel gewijd aan het gedragstoezicht op financiële ondernemingen. In dit deel zijn de gedragsnormen van financiële ondernemingen opgenomen. De normen hebben betrekking op deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit en op structurering en inrichting, maar daarnaast ook op zorgvuldige dienstverlening. Een belangrijk bepaling over zorgvuldige dienstverlening is uitgewerkt in art. 4:23, lid 1, sub a Wft, beter bekend als het 'ken-uw-klantprincipe'. Het artikel vermeldt dat de adviseur die de cliënt adviseert over een complex product, informatie moet inwinnen over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Al deze informatie wordt vastgelegd in een klantprofiel. In hoofdstuk 8 van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) wordt verdere invulling gegeven aan het begrip zorgvuldige dienstverlening. Zo wordt in art. 57 Bgfo exact aangegeven welke informatie de adviseur voorafgaand aan de overeenkomst inzake een financieel product moet verstrekken.

Als het gaat om het adviseren van een complex product, onderscheidt de Wft een drietal fases. Fase 1 is de inventarisatiefase, fase 2 de analysefase en fase 3 de adviesfase. De AFM heeft voorts de 'leidraad tweede pijler pensioenadvies' gepubliceerd. Deze leidraad is een hulpmiddel voor de adviseur om een goed pensioenadviestraject op te zetten. De leidraad bestaat uit elf losse afleveringen. Per aflevering wordt ingegaan op een specifiek onderdeel waarmee de adviseur rekening kan en moet houden bij het opstellen van een tweede pijler pensioenadvies. Meer informatie is te vinden op [www.afm.nl](http://www.afm.nl).

## ■ ZORGPLICHT BURGERLIJK WETBOEK

In het Burgerlijk Wetboek is de civielrechtelijke zorgplicht bij advies opgenomen. Art. 7:401 BW omschrijft het volgende: 'De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.' In dit artikel zijn niet expliciet de regels van de zorgplichten van financiële dienstverleners te vinden. Het is een open norm. Een serie recente uitspraken en arresten leert dat de opdrachtnemer de zorgvuldigheid in acht moet nemen die van een redelijk bewaam en redelijk handelende beroepsgenoot in soortgelijke omstandigheden mag worden verwacht.<sup>11</sup> De cliënt die een adviseur aansprakelijk wil stellen voor het onzorgvuldig handelen in het kader van een productadvies, zal dit via een civiele procedure ahangig moeten maken. Hij dient dit te doen op basis van art. 6:74 BW (toerekenbare tekortkoming in de nakoming, beter bekend als wanprestatie) of op basis van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Daarvoor dient hij een aantal zaken aan te tonen, zoals toerekenbare schuld, relativiteit, causaal verband en de schade. Ook als de adviseur geen vergunning heeft en daarmee dus handelt in strijd met een dwingende wetsbepaling – hier art. 2:75 Wft – zal de cliënt, wanneer hij de overeenkomst wenst te vernietigen, dit moeten doen op ba-

sis van het aantonen van een onrechtmatige daad. Art. 1:23 Wft stelt namelijk art. 3:40 BW buiten bereik, en het is dat artikel dat zegt dat rechtshandelingen die in strijd zijn met dwingendrechtelijke wetsbepalingen (zoals uit de Wft) nietig of vernietigbaar zijn.

Hoewel de zorgplichten uit de Wft alleen van toepassing zijn op de adviseur die vergunningplichtig is, moet niet worden uitgesloten dat ze ook in het civiele recht als norm zullen gaan gelden als het gaat om de vraag of de adviseur in het kader van pensioenadvies zorgvuldig heeft gehandeld.

## ■ DE RISICO'S VOOR ADVISERENDE ACCOUNTANTS ZONDER VERGUNNING

De accountants die voldoen aan de definitie van adviseren conform de Wft en geen vergunning hebben aangevraagd, lopen de nodige risico's. Zo kan de AFM controleren of de accountant rechtmatig een beroep heeft gedaan op de vrijstellingsregeling. Blijken de adviezen meer dan een marginaal onderdeel van de totale werkzaamheden te vormen, dan zal de accountant conform art. 2:75 Wft in overtreding zijn.

Als de accountant geen vergunning heeft, wil dat nog niet zeggen dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld. Daarvan is pas sprake als hij niet de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die van een redelijk bewaam en redelijk handelende beroepsgenoot in soortgelijke omstandigheden mag worden verwacht. Het is aannemelijk dat hiervan sprake is als hij niet de zorgvuldigheidsnorm van de Wft heeft gehanteerd. Om te beoordelen of de accountant zorgvuldig heeft gehandeld, zal de rechter waarschijnlijk met een schuin oog kijken naar wat er in de Wft staat.

## ■ CONCLUSIE

Voor accountants die zich bezighouden met pensioenadvies is het raadzaam de Wft-vergunning pensioenverzekeringen aan te vragen. Accountants, ook zonder vergunning, doen er verstandig aan te beschikken over de nodige deskundigheid en bij pensioenadvies, ook als het niet om pensioenverzekeringen gaat, de werkwijze aan te houden zoals de AFM die beschrijft in de leidraden. Daarmee zal hij zich gedragen zoals van een redelijk handelende en redelijk bewaam pensioenadviseur mag worden verwacht. Om zijn cliënt toch te voorzien in een totaaladvies is het verstandig om hem door te verwijzen naar pensioenadviseurs die beschikken over de Wft-vergunning bemiddelen. Daarbij moet wel zorgvuldig worden nagegaan of niet toch wordt bemiddeld conform de uitleg van de AFM over dit begrip.

In het aprilnummer gaan we nader in op de mogelijke samenwerkingsvormen tussen de accountant zonder, en de pensioenadviseur met Wft-vergunning. ●

<sup>11</sup> Rechtbank Rotterdam 16 juli 2008, 258347/HA ZA 06-919, LJN: BD8700. De rechtbank stelt dat Ernst&Young in het kader van haar advies over de herstructurering van de onderneming niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bewaam belastingadviseur in vergelijkbare omstandigheden mag worden verwacht. Daarmee is ze toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de verbintenis. Ook: Hoge Raad 10 januari 2003, LJN AF01222.