

Zorgplicht van de accountant bij pensioenadvies

De accountant die zonder Wft-vergunning adviseert over pensioenen doet er verstandig aan de Wft-eisen qua zorgplicht op te volgen. Zo vermijdt hij onnodige aansprakelijkheidsrisico's. Dit artikel gaat dieper in op de consequenties voor de accountant bij pensioenadvisering zonder Wft-vergunning.

COREY DEKKERS



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

ADVISEREN ONDER DE WFT

Volgens de Wft is er sprake van het adviseren als een adviseur in de uitoefening van een beroep of bedrijf één of meer specifieke financiële producten¹ aanbeveelt aan de consument of, als het gaat om verzekeringen, de cliënt². Voorbeelden van dergelijke producten zijn bancaire lijfrenteproducten en/of individuele of collectieve pensioenverzekeringen. 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 middelloonregeling met specifieke productkenmerken. De cliënt vraagt bij een aantal pensioenverzekeraars een offerte op. Deze legt hij voor aan zijn accountant. De

accountant komt tot de conclusie dat de door hem ontworpen pensioenregeling het beste aansluit bij de productkenmerken van verzekeraar X. Door de conclusie kenbaar te maken dat de pensioenregeling het beste aansluit bij verzekeraar X kwalificeren zijn werkzaamheden als advisering in de zin van de wet.

Ook de accountant die de ondernemer alleen maar bijstaat in het beoordelen van verschillende pensioenoffertes zal al snel voldoen aan de definitie van adviseren van de wet. Van adviseren kan ook sprake zijn als de accountant een dga, waarvan het pensioen wordt opgebouwd in eigen beheer, adviseert een overlijdensrisicoverzekering 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.

BEMIDDELEN ONDER DE WFT

Bemiddelen in verzekeringen wordt in de Wft als volgt gedefinieerd: alle werkzaamheden in uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon³ 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.

WETTELIJK KADER, DE VERGUNNING- EN ZORGPLICHT

In Nederland is het verboden om zonder vergunning te adviseren over financiële producten.⁴ Voor pensioenadvies geldt dat de adviseur in bezit moet zijn van de Wft-vergunning leven⁵, die wordt verleend door de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Niet iedere pensioenadviseur komt hiervoor in aanmerking. Aan het verkrijgen van de desbetreffende vergunning worden onder meer deskundigheid- en betrouwbaarheidseisen⁶ gesteld. 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 de eisen voor het adviseren van een pensioenproduct.

De adviseur die zonder vergunning adviseert of bemiddelt, riskeert dat de AFM een boete oplegt. De hoogte van de boete kan oplopen tot € 4.000.000.

Een belangrijke bepaling in hoofdstuk 4 Wft is artikel 4:23 lid 1 sub a Wft, beter bekend als het 'ken uw klant principe'. 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 gedragtoezicht financiële ondernemingen (Bgfo) wordt verdere invulling gegeven aan het begrip 'zorgvuldige dienstverlening'. Zo wordt in artikel 57 Bgfo exact aangegeven welke informatie door de adviseur verstrekt moet worden voorafgaand aan de overeenkomst betreffende een financieel product.

De Wft gaat bij het adviseren van een complex product, uit van drie fases. Fase 1 is de inventarisatiefase, fase 2 de analysefase en fase 3 de adviesfase.

De AFM heeft de 'Leidraad tweede pijler pensioenadvies' gepubliceerd, een hulpmiddel voor de adviseur voor het opzetten van een goed pensioenadviesstrategie. De leidraad bestaat uit elf losse afleveringen. Per aflevering wordt ingegaan op een specifiek onderdeel waarmee de financieel adviseur rekening kan en moet houden bij het opstellen van een tweede-pijler pensioenadvies. Meer informatie is te vinden op www.afm.nl.

ACCOUNTANT BINNEN DE VRIJSTELLINGS-REGELING WFT

De adviseur die voldoet aan de definitie van adviseren uit de Wft zal zijn organisatie daarop moeten inrichten. Hij krijgt met allerlei publiekrechtelijke bepalingen te maken. Zo wordt er meer inhoud gegeven aan het begrip zorgplicht. Dit is een hele operatie. Denk maar aan de deskundigheidseisen, de informatieplicht en de verplichting om jaarlijks bij te scholen.

De Wft-verplichtingen zijn niet van toepassing op de adviseur als hij niet vergunning plichtig is. Zo schrijft artikel 2:76 lid 5 Wft voor dat bepaalde dienstverleners zijn vrijgesteld van de vergunningplicht. De voorwaarden zijn te vinden in artikel 5 lid 1 vrijstellingsregeling Wft. Het betreft alleen dienstverleners die een andere hoofdberoepswerkzaamheid hebben dan het verlenen van een financiële dienst en uit hoofde van die hoofdberoepswerkzaamheid inzicht hebben in de financiële situatie van hun klanten. Daarbij geldt dat het productadvies dat is gegeven in het verlengde ligt van de hoofdberoepswerkzaamheid. Ook mag de

dienstverlener geen provisie ontvangen van de verzekeraar waarvan hij het product aanbeveelt. De vrijstelling geldt alleen als de dienstverlener slechts incidenteel adviseert in de zin van de wet. Hiervan is sprake als de advieswerkzaamheden slechts een marginaal onderdeel uitmaken van de totale werkzaamheden van de dienstverlener. Hoeveel adviezen dit betreft, hangt af van de omstandigheden. Voorbeelden van dienstverleners die in aanmerking komen voor een vrijstelling zijn: accountants, actuarissen, belastingsadviseurs en fiscalisten.

Voor de meeste accountants geldt dat zij 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.

ZORGPLICHT BURGERLIJK WETBOEK

In het Burgerlijk Wetboek is de civielrechtelijke zorgplicht bij advies opgenomen. Artikel 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 uitspraken⁷ en arresten⁸ leert dat de opdrachtnemer de zorgvuldigheid in acht moet nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot in soortgelijke omstandigheden verwacht mag worden.

De cliënt die een adviseur aansprakelijk wil stellen voor het onzorgvuldig handelen in het kader van een productadvies zal dit middels een civiele procedure aanhangig moeten maken. Hij zal daarbij gebruik maken van artikel 6:162 BW dat gaat over onrechtmatige daad. De cliënt zal een aantal zaken aan moeten 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 dwingendrechtelijke bepaling⁹ zal de cliënt, indien hij de overeenkomst wenst te vernietigen, dit moeten doen op basis van het aantonen van een onrechtmatige daad. Artikel 1:23 Wft stelt namelijk artikel 3:40 BW buiten bereik. Artikel 3:40 BW bepaalt dat rechtshandelingen in strijd met dwingend rechtelijke 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, is het denkbaar dat deze zorgplichten ook gaan gelden voor adviseurs die niet vergunningplichtig zijn maar wel verzekeringsproducten aanbevelen. Een rechtbank zal, om tot de formulering van een maatstaf te komen of de adviseur in het kader van pensioenadvies zorgvuldig heeft gehandeld, het zorgplichtkader uit de Wft als norm kunnen hanteren. Daarmee wordt invulling gegeven aan artikel 7:401 BW.

RISICO'S

De accountants die voldoen aan de definitie van adviseren conform de Wft en geen vergunning hebben aangevraagd lopen de nodige risico's. Zo is de AFM bevoegd om te controleren of de accountant rechtmatig een beroep heeft gedaan op de vrijstellingsregeling. Blijkt dat de adviezen meer dan een marginaal onderdeel uitmaken van de totale werkzaamheden, dan zal de accountant conform artikel 2:75 Wft in overtreding zijn. Met alle gevolgen van dien.

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 bekwaam 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 met een schuin oog kijken naar wat er in de Wft staat. Als de account-

tant in een concreet geval niet conform de norm heeft gedragen, heeft hij onrechtmatig gehandeld.

Accountants zonder Wft-vergunning doen er goed aan samenwerkingsverbanden aan te gaan met pensioenadviseurs die een Wft-vergunning bezitten en op grond daarvan mogen adviseren en bemiddelen.

CONCLUSIE

De accountant die zich bezighoudt met pensioenadviesing zonder vergunning doet er goed aan de werkwijze aan te houden zoals de AFM die voorschrijft. Daarmee zal hij zich gedragen zoals van een redelijk handelende en redelijk bekwaam pensioenadviseur mag worden verwacht. Om niet onverhoeds aangemerkt te worden als adviseur die producten aanbeveelt, en daarmee vergunningplichtig wordt, is samenwerking met een deskundig pensioenadviseur met Wft-vergunning wenselijk. ■

Corey Dekkers MFP FFP is senior pensioen-specialist op de afdeling fiscale en juridische zaken bij Pensioennavigator BV.

NOTEN

¹ *Onder financiële producten wordt onder meer verstaan: verzekeringen, spaarrekeningen, financieel instrument (beleggingen), krediet en betaalrekeningen.*

² *In dit artikel wordt onder cliënt de ondernemer verstaan.*

³ *Tussenpersoon: De bemiddelaar die zelf geen partij is in de overeenkomst*

⁴ *Artikel 2:75 lid 1 Wft.*

⁵ *In 2013 zal voor de advisering in pensioen een aparte vergunning worden verleend, Wft-pensioenverzekeringen*

⁶ *Artikel 4:9 Wft geeft het deskundigheidsvereiste aan en Artikel 4:10 Wft het betrouwbaarheidsvereiste. Nadere invullingen van deskundigheid en betrouwbaarheid is te vinden in het Bgfo.*

⁷ *Uitspraak LJN: BD8700, Rechtbank Rotterdam, 258347/ HA ZA 06-919, 16 juli 2008. 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 bekwaam belastingadviseur in vergelijkbare omstandigheden mag worden verwacht. Daarmee heeft hij toereikbaar tekort geschoten in de nakoming van de verbintenissen.*

⁸ *Arrest van 10 januari 2003, LJN AF01222*

⁹ *Handelt in strijd met artikel 2:75 Wft*



In het VedaA-cursusaanbod vindt u onder meer **Adviseren met de pensioenwet** door de heer mr. J.W.S. van Dijk op 9 november in Nieuwegein en **Financiering van het dga-pensioen** door de heren mr. J.W.S. van Dijk en D. Masselink FFP op 13 december in Eindhoven of Meer informatie vindt u op www.vedaa.nl.