

---

**NOOT**

1. De hiervoor afgedrukte uitspraken gaan over het zogenoemde "ken uw cliënt"-beginsel. Op grond van art. 4:23, lid 1, Wft, dient een financiële onderneming die adviseert of een individueel vermogen beheert zich – onder meer – in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument of cliënt te verdiepen (sub a) en haar advies of de wijze van het beheer vervolgens af te stemmen op de verkregen informatie (sub b). In de hier te bespreken uitspraken van het CBb komt aan de orde hoe de financiële onderneming aan deze verplichtingen uitvoering dient te geven en op welke wijze dit in het dossier dient te worden vastgelegd.

2. De eerste uitspraak ziet op kredietadvisering bij de aankoop van lidmaatschapsrechten in een woonvereniging door bemiddelaar X BV. Na een onderzoek bij X BV constateerde de AFM dat in een aantal onderzochte klantdossiers onvoldoende of geen informatie zat over de financiële positie van de kopers van lidmaatschapsrechten,

studenten én hun ouders. Het betrof de te verwachten inkomensontwikkeling, eventuele grote risico's en verplichtingen die de studenten en de ouders in de voorzienbare toekomst verwachten aan te gaan, de persoonlijke levensstijl en het uitgavenpatroon van de student en of de student of de ouders overige bestaande leningen hadden of andere verplichtingen of lopende verzekeringen. In de dossiers was geen "klantprofiel" opgenomen. De tweede uitspraak ziet op kredietverlening bij de aanschaf van auto's via autodealers en op het afsluiten van verzekeringen die moeten zekerstellen dat de cliënt zijn verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst ook kan nakomen in geval van werkloosheid, arbeidsongeschiktheid of overlijden (zogenoemde betalingsbeschermers). Volgens de AFM was daarbij door de betrokken financiële onderneming, Concept BV, onvoldoende informatie ingewonnen over een hele reeks onderwerpen: (de resterende looptijd van) kredieten met betalingsbeschermers die moesten worden overgesloten, de risicobereidheid van de cliënt, de kennis en ervaring van de cliënt met de onderhavige producten, de financiële positie van de cliënt en/of de maatregelen die de cliënt reeds had getroffen om de gevolgen van bijvoorbeeld werkloosheid en arbeidsongeschiktheid op te vangen en de vermogenspositie van de cliënt. In beide gevallen werd een boete opgelegd voor zowel het onvoldoende inwinnen van informatie (art. 4:23, lid 1, sub a, Wft) als het niet voldoende afstemmen van het advies op de verkregen informatie (art. 4:23, lid 1, sub b, Wft).

3. De rechtbank overwoog in beide zaken dat "een redelijke bewijslastverdeling" met zich brengt dat "op AFM de bewijslast rust aan te tonen dat niet is voldaan aan de in art. 4:23, lid 1, aanhef en onder b, van de Wft neergelegde zorgplicht en dat op [de financiële dienstverlener] de bewijslast rust aan te tonen dat zij de nodige informatie heeft ingewonnen als bedoeld in onderdeel a van dat artikellid, met dien verstande dat indien [de financiële dienstverlener] aantoonbaar informatie heeft ingewonnen, het op de weg van AFM ligt om aannemelijk te maken dat de beschikbare informatie niet toereikend is om een zorgvuldig advies te geven." De rechtbank ging zo wel erg onzorgvuldig om met de bewijslastverdeling. Het CBb deed dat anders. De benadering van het CBb is in de uitspraak inzake Concept BV meer uitgewerkt dan in de

uitspraak inzake X BV, maar komt ten principale op hetzelfde neer. Het CBb stelt voorop dat de bewijslast ten aanzien van het beweerdelijk beoetbare feit, gelet op het vermoeden van onschuld, op de AFM rust. Teneinde te bezien of de AFM aan die bewijslast heeft voldaan, legt het CBb de strekking en reikwijdte van de verplichtingen in art. 4:23, lid 1, Wft uit. Op grond van art. 4:23, lid 1, sub a, Wft dient de financiële onderneming zich te verdiepen in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument of cliënt. De mate waarin informatie wordt ingewonnen hangt af van de complexiteit van het product of de dienst waarover advies wordt gegeven. Alleen informatie die redelijkerwijs relevant is voor het product of de dienst moet worden ingewonnen. Op grond van art. 32 BGfo Wft bewaart een adviseur de ontvangen informatie gedurende een jaar na de advisering. Omdat deze verplichting er volgens de toelichting bij het BGfo Wft toe strekt de financiële onderneming in staat te stellen aan te tonen dat zij heeft voldaan aan de verplichting uit hoofde van art. 4:23, lid 1, sub a, Wft, mag de AFM er, behoudens tegenbewijs, in beginsel van uitgaan dat de onderneming haar advies niet heeft gebaseerd op andere dan de in het dossier beschikbare informatie, aldus het CBb.

4. Tegen deze redenering van het CBb kan op het eerste gezicht worden ingebracht dat een eventuele overtreding van de bewaarplicht van art. 32 BGfo niet automatisch tot de conclusie leidt dat ook de verplichting tot het verzamelen van informatie op grond van art. 4:23, lid 1, sub a, Wft is geschonden. Het is heel goed mogelijk dat gegevens wel zijn verzameld en aan het dossier zijn toegevoegd, maar dat de gegevens verloren zijn gegaan. Is hier geen sprake van een omkering van de bewijslast? Dat zou, gelet op de in art. 6 EVRM neergelegde onschuldpresumptie, niet zijn toegestaan (zie bijvoorbeeld HR 14 april 2011, «JB» 2011/129, m.nt. Albers). Ik denk dat van een omkering geen sprake is. Binnen de bewijslast moet onderscheid worden gemaakt tussen de bewijssleveringslast/bewijsvoeringslast en het bewijsrisico. Het bewijsrisico ziet op de vraag welke partij rechtens het bewijs dient te leveren en welke partij de gevolgen dient te dragen indien het bewijs niet wordt geleverd (zie uitvoering Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldig-*

*heid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2005). Vaste rechtspraak is dat het aan het bestuursorgaan is om te bewijzen dat sprake is van een beoetbaar feit. Of eigenlijk: het bestuursorgaan dient de (rechts)feiten die de overtreding constitueren te bewijzen (ABRVS 15 april 1999, «JB» 1999/150, m.nt. Albers). De bewijsvoeringslast ziet op de vraag welke partij de bewijsmiddelen dient te achterhalen. Vaak zullen bewijsrisico en bewijsvoeringslast bij dezelfde partij liggen, maar dat is niet altijd het geval. Soms legt de wetgever bijvoorbeeld een inlichtingen- of administratieplicht bij de belanghebbende. Daarmee wordt bij hem een bewijsvoeringslast gelegd. Het bewijsrisico gaat in dat geval niet automatisch mee over. In boetesaken zal dat zelfs nooit het geval kunnen zijn. Nadrukkelijk overweegt het CBb dan ook dat tegenbewijs mogelijk is. Tegenbewijs wordt geleverd door de partij op wie het bewijsrisico niet rust. Er is in de benadering van het CBb dan ook geen sprake van een omkering van de bewijslast, maar van een bewijsvermoeden gekoppeld aan het niet (kunnen) voldoen aan de bewijsvoeringslast. De financiële onderneming kan tegenbewijs leveren, in welk kader voldoende is "de feiten en omstandigheden te betwisten die aan het bewijsvermoeden ten grondslag zijn gelegd [of] andere feiten te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken waardoor redelijke twijfel wordt gewekt aan de redengevende kracht van dat bewijsvermoeden, zodat dit vermoeden wordt ontzenuwd" (HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:63).

5. De rechtbank ging nog wat verder door te overwegen dat een overtreding van art. 4:23, lid 1, sub a, Wft automatisch zou leiden tot overtreding van art. 4:23, lid 1, sub b, Wft. Als een financiële onderneming onvoldoende informatie inwint, kan ook geen passend advies worden gegeven, zo was kennelijk de gedachte van de rechtbank. De bewijslast ten aanzien van beide verplichtingen van art. 4:23, lid 1, Wft zou zo op de financiële onderneming komen te rusten. Het CBb volgt de rechtbank (ook) hier niet. Van een overtreding van het bepaalde onder b is volgens het CBb uitsluitend sprake als wordt geadviseerd zonder dat met de wel beschikbare informatie voldoende rekening is gehouden. In de zaak X BV leidde dit ertoe dat de discussie zich uitsluitend toespitste op de vraag naar de schending van het bepaalde onder a. In de zaak Concept

BV gaat het CBb nog wel door op het onderscheid tussen de onderdelen a en b van art. 4:23, lid 1, Wft. Hoewel het CBb dus onderscheid maakt tussen de verplichting om informatie in te winnen en de verplichting om een advies op de beschikbare informatie te baseren, overweegt hij dat deze twee verplichtingen in de praktijk toch vaak door elkaar lopen, omdat nadere vragen over de voor advisering benodigde informatie in iedere fase van het adviseringsproces kunnen (en behoren) op te komen en dan tot aanvullende informatie-inwinning moeten leiden. Art. 4:23, lid 1, Wft identificeert volgens het CBb aldus elementen van een behoorlijke uitoefening van de adviestaak. Als niet aan al die elementen wordt voldaan, is de taak niet naar behoren uitgevoerd en kan daarvoor een boete worden opgelegd. In dat geval hoeft tussen de verschillende elementen volgens het CBb geen onderscheid te worden gemaakt.

6. De gedachtegang van het CBb is niet onbegrijpelijk. Echter, het CBb stapt aldus naar mijn oordeel te eenvoudig heen over het feit dat in het onderhavige geval sprake is van een punitieve sanctie. In dat licht is noodzakelijk dat de AFM bij boeteoplegging – en de rechter bij toetsing daarvan – nauwkeurig kijkt of alle bestanddelen van de delictsomschrijving aanwezig zijn, derhalve of het vervullen ervan is bewezen (HR 20 december 1989, *BNB* 1991, 102; deze benadering is ook herkenbaar in CBb 3 december 2014, «JOR» 2015/39, m.nt. Affourtit). Het gaat niet aan om van de delictsomschrijving te abstraheren en slechts te kijken naar het doel van de wettelijke bepaling – in dit geval “passende advisering” – om vervolgens te oordelen dat aan dat doel door de handelwijze van de betrokken financiële instelling niet is voldaan. Beoordeeld dient te worden of alle voorwaarden die de wetgever heeft geformuleerd voor de mogelijkheid tot boeteoplegging zijn vervuld.

7. X BV en Concept BV hebben zich beide op het standpunt gesteld dat ten tijde van het begaan van de overtreding geen duidelijke regels bestonden om te bepalen welke informatie op grond van art. 4:23, lid 1, Wft moest worden ingewonnen en hoe dit diende te gebeuren. Het CBb onderschrijft dit: er bestond nog enige onduidelijkheid over de vraag welke informatie redelijkerwijs relevant zou zijn voor welk financieel product. Weliswaar was in de periode waarin de overtredingen werden begaan informatie be-

schikbaar in de vorm van gepubliceerde rapporten en boetebesluiten van de AFM, maar de rechter had zich hierover nog niet uitgelaten. Alleen Concept BV baat dit beroep. Volgens het CBb had Concept BV het nodige gedaan om zo goed mogelijk te voldoen aan haar informatieverplichting. Hiervoor was ook een kwaliteitsorganisatie ingeschakeld, die ook werd aanbevolen door de Stichting Financiële Dienstverlening. Toch gaat Concept BV allerm minst vrijuit; de boete wordt in verband met een mindere mate van verwijtbaarheid verlaagd met 10%. Het be-toog van X BV wordt in het geheel niet gevolgd. De dossiers van X BV waren daarvoor te gebrekkig. Zelfs over vier van de vijf in art. 4:23, lid 1, sub a, Wft genoemde onderwerpen was in de dossiers geen enkele informatie beschikbaar. X BV kan dan ook niet met recht klagen over een gebrek aan duidelijkheid omtrent de precieze reikwijdte van de informatieverplichting.

V.H. Affourtit

advocaat financieel en economisch publiekrecht  
bij Houthoff Buruma te Amsterdam