

# NORMERINGEN AAN DE BEROEPSUITOEFENING VAN DE FINANCIËEL PLANNER



John Bult (l) is zelfstandig gevestigd fiscalist en financieel planner. Tom Loonen (r) is directeur Wealth Management Services bij Insinger de Beaufort en hoogleraar 'Effectiviteit van regelgeving bij beleggingsondernemingen' aan de Vrije Universiteit.

In dit artikel gaan wij nader in op de juridische verplichtingen van de financieel planner (inclusief de fiscaal adviseur). Daarbij nemen we het perspectief vanuit zowel het civiel-, bestuurs- als het tuchtrecht. Relevant zijn daarbij begrippen als 'redelijk handelend en bekwaamheid' en 'goed opdrachtnemerschap' en staan we stil bij de wijze waarop deze open normen ingevuld worden. Daarnaast staan we stil bij de positie van de financieel planner in het bestuursrecht en meer in het bijzonder die van 'medepleger'.

Aan de hand van relevante jurisprudentie zullen wij de verplichtingen nader concretiseren. Tot slot bieden wij handvatten waarmee de financieel planner zijn handelen binnen juridisch acceptabele kaders kan houden.

## INLEIDING

De beroepsgroep 'financieel planner' kenmerkt zich door dualiteit. Enerzijds is er de financieel planner die opereert als assurantietussenpersoon of hypotheekbemiddelaar.<sup>1</sup> Zij verstrekken advies over de passendheid van een financieel product. Vaak is dit eenmalig en eindigt de relatie nadat over het financieel product is geadviseerd en er (eventueel) in bemiddeld is. Deze advies- en bemiddelingshandelingen zijn onderhevig aan publiekrechtelijke verplichtingen; de Wet op het financieel toezicht (Wft). De Autoriteit Financiële Markten (AFM) ziet toe op naleving van deze verplichtingen. Anderzijds is er een groep financieel planners die nauwelijks gereguleerd is. Dit zijn de financieel planners die op uur- of stuksbasis adviezen verstrekken en cliënten vaak ook na het opleveren van een plan begeleiden met de implementatie en monitoring ervan. Zij adviseren of bemiddelen niet in financiële producten in de zin van de Wft. Hun handelen wordt dan ook niet gereguleerd door het publiekrecht.

Deze laatste groep lijkt dus zo vrij als een vogel in de zin van regulering. Dit is een misvatting. Zowel vanuit het burgerlijk recht als tuchtrecht zijn er verplichtingen waaraan beide hierboven genoemde groepen financieel planners moeten voldoen.

## NORMERINGEN VANUIT HET CIVIEL RECHT

### Juridisch kader

Bij de civielrechtelijke beoordeling van een geschil tussen een opdrachtgever (de cliënt die een planning wenst) en de opdrachtnemer (de financieel planner) zal de rechter of geschillenbeslechter<sup>2</sup> de open normen 'redelijkheid en billijkheid' (art. 6:248 BW) en 'goed opdrachtnemerschap' (art. 7:401 BW) als maatstaf hanteren. Hoe werkt dit in de praktijk?

Artikel 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, in Nederland levende

rechtsovertuigingen en maatschappelijke en persoonlijke belangen. Morele regels en gedeelde opvattingen vallen ook onder deze benadering. Deze opvattingen kunnen binnen een bepaalde kring of bedrijfstak relevant zijn en zelfs invulling geven aan factoren zoals 'professionaliteit'. Zo ontstaat een normerend kader waaraan het handelen van een financieel planner getoetst kan worden. Deze normering is dus zeker niet (alleen) afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar kan hierdoor wel mede bepaald worden.

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Daarbij hanteert de Hoge Raad sinds de jaren negentig dat een 'goed opdrachtnemer' zich heeft te gedragen zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende beroeps- of vakgenoot verwacht mag worden. Claimt een persoon deskundig te zijn op het gebied van fiscale adviezen, dan zullen onjuiste fiscale adviezen bij deze persoon zwaarder aangerekend kunnen worden dan op een 'algemeen financieel planner'. Overigens zal een persoon die zich presenteert als financieel planner ook worden geacht de nodige diepgang te bezitten en zal hij dienovereenkomstig moeten handelen. Zo zal bijvoorbeeld van een financieel planner met een FFP-registratie verwacht mogen worden dat deze in staat is diens cliënt de consequenties van een bepaalde fiscale regeling toe te lichten.

### Concrete normering van redelijk handelend en bekwaam adviseur

Redelijkheid en billijkheid beschermt zwakke partijen en stelt hogere eisen aan sterke partijen. Verschillende kenmerken beïnvloeden de sterkte van een partij en daarmee de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zo wordt in de jurisprudentie verwezen naar de 'maatschappelijke positie' van een van de partijen (in dit geval de financieel planner). Professionaliteit kent daarbij geen absolute norm en is (mede) gebaseerd op een presumptie over de rol van de andere partij. De professionaliteit kan daarbij gerelateerd zijn aan de zwakte van de tegenpartij. Anders gesteld: de mate van toegedichte professionalisme van de financieel planner is mede afhankelijk van de (afhankelijke) positie waarin de cliënt zich begeeft. Immers, een (niet-professionele) cliënt heeft doorgaans minder invloed op de inhoud (en uitwerking) van de overeenkomst. De afhankelijke positie blijkt temeer op het moment dat een verkeerde uitwerking van het financieel plan een aantasting betekent van de belangen van de cliënt. Dit kan direct ingrijpen op zijn persoonlijke leven. Naast afhankelijkheid speelt vertrouwen een grote rol in de relatie tussen een financieel planner en zijn cliënt. Deze twee aspecten zijn zelfs correlerend en zelfversterkend (of verzwakkend).

Een dergelijk sterke vertrouwensrelatie, waarbij 'leunen op het advies van de financieel planner' van groot belang is, leidt tot een strengere beroepsnorm van de financieel planner. Schaadt de financieel planner deze norm dan kan dit, zeker in het geval er sprake was van een sterke vertrouwensrelatie, beschouwd worden als strijdigheid met de eisen van maatschappelijke betamelijkheid (zie kopje *De bestuursrechtelijke positie van de adviseur als (mede)pleger in het fiscale recht*

met enkele voorbeelden hiervan).<sup>3</sup> Overigens is dit wederkerig. Schaadt de cliënt het vertrouwen, dan zal dit (terecht) kunnen leiden tot het beëindigen van de zakelijke relatie.

Ten aanzien van professionaliteit en deskundigheid zijn er directe indicatoren die bijdragen aan een redelijk vermoeden van professionaliteit en deskundigheid. Als het ware kan professionaliteit geobjectiveerd worden. Zo zal bijvoorbeeld het in het bezit zijn van een FFP-registratie een concrete indicatie moeten zijn voor een zekere mate van deskundigheid en vaardigheid. Ook het succesvol afronden van een opleiding geeft een duidelijke indicatie. Van iemand met een afgeronde opleiding fiscaal recht mag een ruime fiscale kennis worden verwacht.

De mate van professionaliteit beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zo is de mate van deskundigheid van beide partijen bepalend voor de mate van zorgplicht die van toepassing is op de relatie. Vooropgesteld zij hier dat de zich als professional presenterende partij als de meest deskundige geldt. De mate van deskundigheid is eveneens bepalend voor de omvang van de mededelings- en onderzoeksplicht.<sup>4</sup> Over het algemeen is het zo dat hoe groter de mate van het verschil in deskundigheid, hoe groter de mate van zorgplicht is. Een passend voorbeeld hiervan is te lezen in een arrest<sup>5</sup> van de Hoge Raad uit 2003. In deze zaak komt het er in het kort gezegd op neer dat een assurantietussenpersoon op de hoogte was van feiten die negatieve gevolgen zouden kunnen hebben voor de dekking van de verzekeringsmaatschappij. Het behoort volgens de Hoge Raad tot de taak van de assurantietussenpersoon om de verzekeringsnemer tijdig te informeren over de (mogelijk) negatieve gevolgen. Daarbij gaat het om feiten en omstandigheden die de assurantietussenpersoon bekend zijn of die hem redelijkerwijs bekend behoorden te zijn. Passiviteit is dus niet passend.

Daarnaast zijn er in een professie of sector ook gewoontes of gebruiken die bijdrage leveren aan een zekere gedragslijn. Deze gedragslijn dient dan overigens te bestaan uit gedeelde opvattingen en consistent gevolgde wijze van handelen in bepaalde omstandigheden.

#### *Een voorbeeld:*

*Het is in de financiële dienstverlening sinds enkele decennia gebruikelijk om gespreksverslagen van gesprekken met cliënten bij te houden. Dit is lang niet altijd zo geweest. In de jaren '80 werd de weergave van een gesprek lang niet altijd schriftelijk vastgelegd. Tegenwoordig is het dusdanig usance dat het niet voldoen aan deze gedragslijn (en waardoor er schade kan ontstaan, danwel bepaalde feitencomplexen niet meer te reconstrueren te zijn) aan de financiële dienstverlener verweten kan worden.<sup>6</sup>*

Veel informatie dient door de financiële dienstverlener op schrift beschikbaar te worden gesteld. Denk aan documen-

ten als het dienstverleningsdocument. Dat een financieel plan op schrift gesteld wordt is dan ook gebruikelijk in de financiële sector. Dit in het kader van gemak voor de cliënt (hij kan het nog eens nalezen), maar ook in het kader van reconstrueerbaarheid en bewijslast is dit gangbaar.

Het opstellen van een financieel plan kan gericht zijn op het doen van voorstellen ter verbetering van bepaalde (financiële) omstandigheden op korte termijn. Toch mag daarbij de lange termijn niet uit het oog verloren worden. Anders gesteld: financieel planning richt zich niet alleen op korte termijn adviezen. Zo blijkt ook uit een uitspraak<sup>7</sup> van de Rechtbank Rotterdam: *"Mede gelet op de lange looptijd van de financiële planning komt het de rechtbank voor dat een professioneel financieel planner (ook) voorzienbare fiscale risico's op de lange termijn bij de advisering behoort te betrekken"*.

### Eigen verantwoordelijkheid van de cliënt

Zijn de hiervoor genoemde normen altijd in alle gevallen van toepassing? Is er geen sprake van eigen verantwoordelijkheid van de cliënt? De rechtspraak geeft hierover duiding. Zo leert het arrest<sup>8</sup> uit 1998 van de Hoge Raad dat de zorgplicht voortvloeit uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, met zich meebrengt. De omvang van de zorgplicht hangt echter af van de omstandigheden van het geval, waaronder de deskundigheid en de inkomens- en vermogenspositie van de cliënt. Zo laat bijvoorbeeld het arrest<sup>9</sup> van de Hoge Raad uit 2009 zien dat de omvang van de zorgplicht van een financiële instelling mede afhankelijk is van de deskundigheid van de wederpartij. Anders gesteld: is een cliënt van een financieel planner zelf fiscaal-juridisch geschoold of werkzaam in een vergelijkbaar beroep, dan kan dit meewegen in de mate van aansprakelijkheid. In zijn algemeenheid dient hierbij wel opgemerkt te worden dat op een financieel dienstverlener een bijzondere zorgplicht rust. Daarbij dient meegewogen te worden dat kennis en ervaring niet te eenvoudig verondersteld mag worden.<sup>10</sup>

Aan de particulier toe te rekenen kennis en ervaring (bijvoorbeeld door opleiding of ervaring) is bepalend in de mate van toerekenbaarheid van schade. Met een verzwaarde of bijzondere zorgplicht aan de zijde van de financieel planner is nog niet gesteld dat de cliënt geen eigen verantwoordelijkheid kent. Immers, een cliënt kan ook deskundig zijn. Zo blijkt ook uit een arrest<sup>11</sup> uit 1982 van de Hoge Raad. In dit arrest verkocht een particulier een woning met gebreken. Hij stelde de gebreken niet te kennen en beriep zich op de exoneratieclausule. De Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof ten onrechte voorbij was gegaan aan de stelling dat de particuliere verkoper ingenieur en architect was en zodoende een ernstig verwijt trof.

*Voorts is een ieder verplicht om zijn eigen schade te beperken. Zo is bepaald in art. 6:101 BW: "Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid*

*die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (...)"*

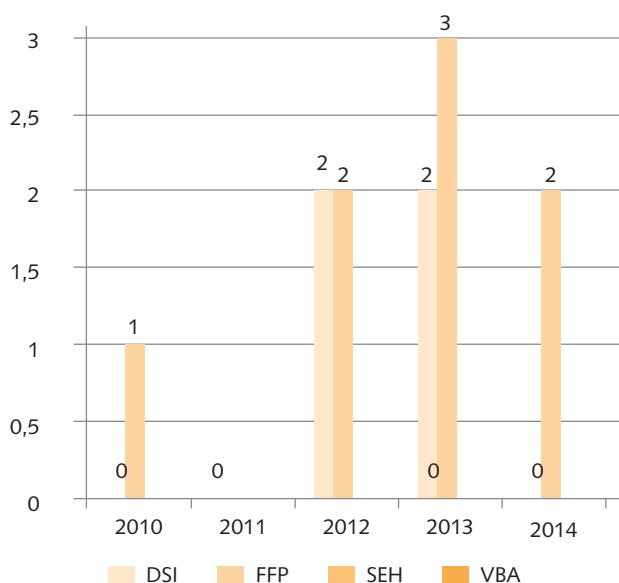
In de situatie bij financieel planning, waarbij blijkt dat de cliënt zich heeft gekwetend van diens onderzoekplicht, kan de aansprakelijkheid verdeeld worden indien blijkt dat aangeboden informatie niet bestudeerd wordt. Datzelfde is het geval indien de cliënt onjuiste gegevens heeft verstrekt als gevolg waarvan er onjuist is geadviseerd. De schade die daaruit voortvloeit kan tot de eigen verantwoordelijkheid worden gerekend.<sup>12</sup>

### VERPLICHTINGEN VANUIT HET FINANCIËEL TUCHTRECHT

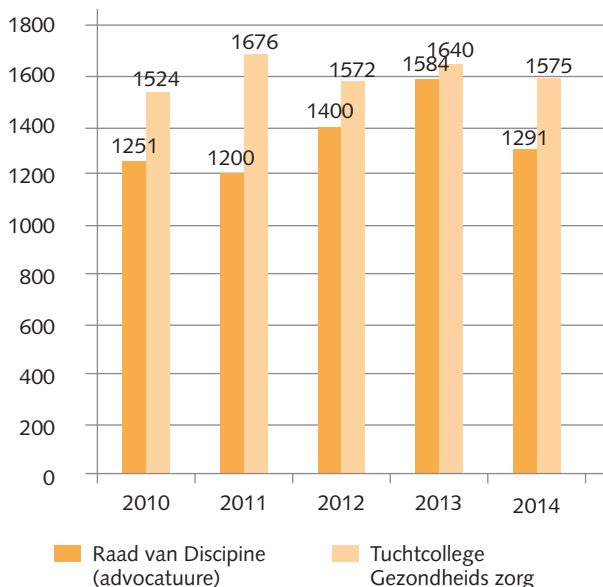
#### Algemeen beeld

Naast publiek- en civielrechtelijke verplichtingen kent de geregistreerde financieel planner ook tuchtrechtelijke verplichtingen. Dit kan vanuit diverse lidmaatschappen cq. registraties gebeuren. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om zowel bij het DSI als bij de FFP geregistreerd te zijn. Ofschoon de geest van de Gedragscodes gelijksoortig zal zijn, is het niet ondenkbaar dat deze (enigszins) conflicterend kunnen werken.

Het aantal tuchtrechtsuitspraken in de financiële sector is, zeker in vergelijking tot andere beroepsgroepen, beperkt. Het aantal tuchtrechtsuitspraken binnen de financiële sector (DSI, VBA, FFP, SEH) steekt schril af bij de aantallen van de Raad van Discipline (advocatuur) en Tuchtcollege Gezondheidszorg (medische sector).<sup>13</sup>



Figuur 1: Aantal tuchtrechtsuitspraken gedaan door instanties/beroepsverenigingen in de financiële sectore (bronnen: jaarverslagen of telefonische navraag)



Figuur 2: Aantal tuchtrechtzaken die zijn aangebracht bij de Raad van Discipline en Tuchtcollege Gezondheidszorg (bron: jaarverslagen 2010-2014)

Wij hebben een analyse gemaakt van de uitspraken gedaan door de Commissie van Toezicht (CvT) van het FFP over de jaren 2004 tot en met 2015. Ofschoon het hier om 'slechts' twintig uitspraken gaat, zijn enkele voorzichtige conclusies te verbinden aan deze jurisprudentie over de tuchtrechtelijke verplichtingen voor een FFP-geregistreerde financieel planner.

### Tuchtrechtelijke jurisprudentie

In een enkel geval heeft een tuchtrechtelijke klacht duidelijk de connotatie van een arbeidsrechtelijk geschil. Er wordt dan gepoogd door een van de partijen om via de tuchtrechtelijke route meer juridische munitie te krijgen in het arbeidsrechtelijke conflict. Tevens is een enkel geschil erop gericht om compensatie van vermeende schade te krijgen. Het hoeft geen verder betoog dat een tuchtrechtelijke procedure zich hiervoor niet leent.<sup>14</sup> Weinig verrassend is de constatering dat veel uitspraken van de CvT betrekking hebben op communicatie. Risico's worden, naar mening van klagers, onvoldoende belicht. In twee gevallen is er moedwillig valsheid in geschrifte gepleegd door de betreffende FFP-er in kwestie. Opmerkelijk is dat de bemoeienis van de FFP-er bij echtscheidingszaken –relatief gezien– nog wel eens tot klachten leidt. In vier gevallen betrof de tuchtrechtzaak een situatie waarbij er sprake was van een echtscheiding.

Van het aantal gedane uitspraken is de klacht in elf gevallen afgewezen. In die gevallen waarbij de klager in het gelijk is gesteld, bestaat de sanctie uit een waarschuwing of berisping. In slechts twee gevallen is er een boete opgelegd.

#### *Onduidelijke of onvolledige precontractuele informatie*

In vier gevallen was de klager van mening dat hij onvolledig of onjuist schriftelijk was geïnformeerd over de aard van de werkzaamheden. Hiermee zou art. 4 van de Gedragscode FFP ('Juiste, volledige en niet-misleidende informatie ver-

strekken') zijn overtreden. Daaronder vielen ook situaties waarbij de kosten van dienstverlening pre-contractueel niet goed gemeld zouden zijn (opmerkelijk genoeg zijn er twee zaken waarbij de financieel planner niet had aangegeven dat er BTW zou worden geheven over diens werkzaamheden). Hiermee zou niet voldaan zijn aan art. 9 van de Gedragscode FFP ('Schriftelijke mededelingsplicht van de kosten').

#### *Niet-passende advisering*

In een aantal gevallen is een klager van mening dat het verstrekte financieel advies niet passend is. Zo is in een zaak<sup>15</sup> sprake van een hoge hypotheeksom ten opzichte van het bruto gezinsinkomen. Ook zou de FFP-er in kwestie niet pro-actief hebben gereageerd op verzoeken om aanvullende informatie van de bank. Hierdoor heeft het transport van de eigendoms- en hypotheekacte langer op zich laten wachten dan volgens klagers nodig was. Het CvT is van mening dat de hypotheeksom inderdaad hoog is, maar dat de klagers hiervan goed op de hoogte waren. Ten aanzien van het niet tijdig aanleveren van documenten hadden de klagers ook een eigen verantwoordelijkheid.

In een andere zaak<sup>16</sup> werd een consument geadviseerd een aanzienlijk aantal effectenleasecontracten af te sluiten in combinatie met een hypothecaire geldlening. De FFP-er heeft zich volgens CvT niet vergewist of de cliënten de risico's van de financiële producten konden dragen. Er is onvoldoende informatie verstrekt en gewaarschuwd voor de risico's. Hiermee is art. 5 ('Wijzen op risico's verbonden aan door hem verstrekte adviezen en verkochte of geadviseerde producten en diensten') overtreden.

## DE BESTUURSRECHTELIJKE POSITIE VAN DE ADVISEUR ALS (MEDE)PLEGER IN HET FISCALE RECHT

### Algemeen

In het civiele recht en het financieel tuchtrecht staat de relatie tussen de cliënt en diens adviseur centraal. De gang naar de tuchtrechter of civiele rechter kan gemaakt worden als de cliënt van mening is dat zijn belangen geschaad zijn. Het is moeilijk voorstelbaar dat deze weg wordt bewandeld als bijvoorbeeld de aanslag Inkomstenbelasting op een te laag bedrag wordt vastgesteld omdat de adviseur (namens zijn cliënt) een onjuiste aangifte heeft gedaan. De belastingplichtige (de cliënt) kan in beginsel een verbeterde aangifte indienen voor zover de onjuistheid hiervan hem natuurlijk bekend is.<sup>17</sup>

De belastingdienst is in de relatie tussen de adviseur en zijn cliënt geen (belanghebbende) partij totdat blijkt dat een aangifte niet juist is gedaan. Onder bepaalde omstandigheden komt de adviseur van de belastingplichtige heel nadrukkelijk in beeld en kan aan deze een bestuurlijke boete worden opgelegd. Een financieel planner kan betrokken zijn bij het feit dat een belastingaanslag van zijn cliënt op een onjuist bedrag is vastgesteld omdat de betreffende aangifte niet juist is. Gelet op de praktijk van veel financieel planners zal het veelal gaan om inkomstenbelasting, schenkbelasting of erfbelasting. Onder bepaalde voorwaarden kan aan de financieel planner

een bestuurlijke boete worden opgelegd, ondanks dat het niet gaat om zijn eigen aangifte maar de (onjuiste) aangifte van zijn cliënt.

In het belastingrecht is de bestuurlijke boete een vertrouwd fenomeen. Deze boete is gericht op het bestraffen van de overtreder. Het bestuursrecht staat niet op zichzelf en kent raakvlakken met andere wetten en verdragen zoals het strafrecht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het EVRM kwalificeert het opleggen van een bestuurlijke boete als een 'criminal charge'.<sup>18</sup> Deze term doet vermoeden dat het gaat om zware misdrijven die alleen voorkomen in de setting van een 'crime scene'. Niets is minder waar. Deze specifieke duiding impliceert bepaalde essentiële procesrechtelijke gevolgen zoals de onschuldpresumptie (je bent onschuldig totdat het tegendeel bewezen is) en het zwijgrecht.<sup>19</sup>

De gevolgen van onjuiste adviezen die hebben geleid tot een onjuiste aangifte worden in beginsel toegerekend aan de cliënt c.q. belastingplichtige. Vergelijk in dit verband het bericht van 6 februari 2016 van de Consumentenbond over de kwaliteit van de adviezen en informatie van de Belastingtelefoon. De belastingplichtige blijft, ongeacht de onjuistheid van informatie, verantwoordelijk voor de eigen aangifte. Een voorbeeld is dat de hoogte van de eigenwoningschuld onjuist is vastgesteld waardoor teveel rente in aftrek wordt genomen en de aanslag inkomstenbelasting op een te laag bedrag wordt vastgesteld. Een ander voorbeeld is dat bij leningen binnen familieverband tegen gunstige (rente)condities kinderen worden gefinancierd. Dit kan leiden tot schenkingsaspecten ten aanzien van de rente en/of (een deel van) van de hoofdsom. Er zal dientengevolge aangifte van schenkbelasting gedaan moeten worden. De schenker is daarbij overigens hoofdelijk aansprakelijk voor de door de begunstigde verschuldigde schenkbelasting!<sup>20</sup>

Soms ligt de situatie veel genuanceerder. Het is in het fiscale recht niet altijd zo dat hetgeen partijen civielrechtelijk overeenkomen ook fiscaal wordt gevolgd. De rekeningcourantschuld van de DGA bij diens BV kan bijvoorbeeld op enig moment als (verkapt) dividend kwalificeren. Als de aangifte en afdracht van dividendbelasting achterwege blijft, is de adviseur hiervoor dan (civielrechtelijk) aansprakelijk te houden? En als dat zo is, is deze dan ook (bestuursrechtelijk) beboetbaar?

Als de adviseur lichtzinnig te werk gaat en willens en wetens de kans aanvaardt dat bijvoorbeeld bepaalde berekeningen niet helemaal juist zijn, dan kan gesproken worden van voorwaardelijke opzet of grove schuld. In een zaak<sup>21</sup> had de fiscaal adviseur onjuiste aangiftes omzetbelasting gedaan. Deze waren gebaseerd op een gebrekkige informatievoorziening van de cliënt. De adviseur had beter moeten controleren. Hij werd schuldig bevonden aan het opzettelijk doen van onjuiste aangifte.

Als een adviseur slordig of onoplettend is, dan is in de regel sprake van (grove) schuld en niet van opzet. Aan een 'slordi-

ge' of zelfs een 'verwijtbare' adviseur kan geen bestuurlijke boete worden opgelegd als dat heeft geleid tot een onjuiste aangifte van zijn nietsvermoedende cliënt. De cliënt draagt hoe dan ook de gevolgen van het onjuiste advies en dat kan betekenen dat deze een bestuurlijke boete krijgt opgelegd omdat diens adviseur 'slordig' heeft gehandeld.<sup>22</sup> Dat wil natuurlijk niet zeggen dat de adviseur helemaal vrij uit gaat, maar bestuursrechtelijk blijft deze buiten schot. Voor de cliënt resteert in dit geval de gang naar de tuchtrechter en/of een civielrechtelijke aansprakelijkheidstelling van de adviseur.

## De adviseur als medepleger (Awb 5:1)

Vanaf 1 juli 2009 is het ook mogelijk aan de adviseur een boete op te leggen als deze kwalificeert als medepleger. Het bestuursrechtelijke begrip 'medeplegen' is ontleend aan het strafrecht en kent een ruime uitleg. De strafrechtelijke jurisprudentie is leidend als het gaat om de uitleg van het begrip 'medeplegen', zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis en parlementaire behandeling van de vierde tranche Awb.<sup>23</sup> De medepleger is iemand die nauw betrokken is geweest met de plegger bij een handeling of een nalaten daarvan welke heeft geleid tot een misdrijf of overtreding. Een belangrijke constatering is dat het begrip in de Awb niet specifiek toeziet op een situatie tussen een beroepsbeoefenaar en een cliënt, maar ook betrekking kan hebben op de betrokkenheid van bijvoorbeeld familieleden of werknemers. De personele werksfeer van de Awb is derhalve veel ruimer dan bijvoorbeeld het tuchtrecht van een bepaalde beroepsvereniging.

## Het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid

Het onderscheid tussen een medepleger en een medeplichtige is weliswaar niet altijd even duidelijk, maar in dit verband wel van belang. Medeplichtigheid is alleen strafbaar als sprake is van een misdrijf, terwijl het medeplegen ook strafbaar is bij overtredingen. Daarnaast kent medeplichtigheid een lager strafmaximum in vergelijking tot medeplegen.<sup>24</sup> Het kenmerkende onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid is kort samengevat dat bij medeplegen het verwijt zich concentreert op het gewicht van de 'intellectuele' of 'materiële' bijdrage aan het delict van de verdachte. Bij medeplichtigheid wordt het door een ander begane misdrijf bevorderd of vergemakkelijkt.<sup>25</sup> Voor het kwalificeren als medepleger is het dan ook vereist dat er sprake is van een bewuste en nauwe samenwerking met de plegger. In de kern gaat het erom dat een wezenlijke bijdrage is geleverd aan het delict en niet primair om een gezamenlijke uitvoering daarvan. Het is niet vereist dat vooraf uitdrukkelijke afspraken zijn gemaakt. Er kan ook sprake zijn van een stilziggende samenwerking.

Van de vereiste bewuste en nauwe samenwerking is niet snel sprake. Het Gerechtshof Den Bosch oordeelde dat geen sprake was van medeplegen in een zaak<sup>26</sup> waarin de verdachte adviseur als intermediair optrad tussen zijn cliënten en een aantal buitenlandse banken. De adviseur meende een manier te kennen om spaargelden buiten het zicht van de fiscus te houden. Door zijn tussenkomst werd een 'witte' rekening en een 'zwarte' rekening geopend. De saldi op de 'zwarte' rekening die afkomstig waren van de 'witte' rekening bleven

buiten het zicht van de fiscus. Met de aangiften die door zijn cliënten gedaan zijn heeft de adviseur geen enkele bemoeienis gehad. De adviseur had opzettelijk gelegenheid verschaft tot en was behulpzaam geweest bij het buiten het zicht houden van vermogen van zijn cliënten. De voor het medeplegerschap vereiste bewuste en nauwe samenwerking ontbraken. Volgens het gerechtshof was er wel sprake van medeplichtigheid van de adviseur.

## Afbakening

De Hoge Raad heeft in een recent arrest handvatten gegeven voor de afbakening tussen medeplegen en medeplichtigheid.<sup>27</sup> In dit arrest is tevens aangegeven welke elementen van belang zijn bij de bepaling of er sprake is van een bewuste en nauwe samenwerking. Deze elementen zijn:

- De intensiteit van de samenwerking;
- De onderlinge taakverdeling;
- De rol in de voorbereiding;
- De uitvoering of afhandeling van het delict en het belang van de wil van de verdachte;
- De aanwezigheid van de verdachte op belangrijke momenten;
- Het al dan niet terugtrekken op het geëigende tijd stip.

Niet duidelijk is of en welke weging dient plaats te vinden van deze elementen. Aan het 'zich distantiëren' komt geen grote zelfstandige betekenis toe. In voorgenoemd arrest heeft de Hoge Raad bevestigd dat 'het zich niet tijdig distantiëren van een persoon die een delict heeft gepleegd', nog niet betekent dat er sprake is van medeplegen. Eenvoudig gezegd: je hoeft een cliënt niet direct de rug toe te keren om te voorkomen dat je als medepleger wordt gezien.

Ook is niet duidelijk of en in welke mate rekening wordt gehouden met de 'dynamiek' die in een samenwerking kan optreden. Denkbaar is dat de onderlinge rollen tijdens de bewuste en nauwe samenwerking in de tijd een geheel ander karakter krijgen. Iemand kan in aanvang het brein achter een bepaalde verboden handeling zijn, maar uiteindelijk een rol hebben die zich bijvoorbeeld laat kenmerken als 'spijtoptant'.

Door de wijziging in de aard van de samenwerking kan in de tijd zowel sprake zijn geweest van medeplegen als medeplichtigheid. De vereiste bewustheid en nauwe verbondenheid vindt als zodanig niet geïsoleerd plaats. Er zijn als het ware twee delicten te onderkennen. Het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid is dun.<sup>28</sup> Het voert buiten het kader van deze bijdrage deze 'transformatie' en de gevolgen hiervan voor de bestuursrechtelijke sanctie nader aan de orde te stellen.

### Jurisprudentie

Jurisprudentie over medeplegerschap is spaarzaam. Een bekend voorbeeld is de adviseur die een belangrijke rol had bij de onjuiste aangifte inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting van zijn cliënt, zijnde een bekende voetbaltrainer.<sup>29</sup> De feitelijke woonplaats van de cliënt bleek Nederland te zijn, doch in de aangifte werd als woonplaats België aangemerkt.

De adviseur wist dat dit niet juist was. Daarnaast had de adviseur (volgens zijn eigen verklaring) nog geprobeerd de aandacht af te leiden van de issue over de woonplaats door bij de belastingdienst een discussie aan te gaan over de fiscale behandeling van inkomsten uit Zuid Korea.

In deze strafzaak speelde nog een ander feit. Er was door de cliënt privé een effectenportefeuille verpand aan de BV van de belastingplichtige als zekerheid voor de fors opgelopen rekeningcourantschuld bij deze BV. Door forse koersverliezen was deze zekerheidsstelling verwaarloosbaar geworden en dientengevolge dreigde fiscale herkwalificatie van de rekeningcourantschuld. Hierdoor werd faillissement een reëel denkbaar scenario. Door uitoefening van het pandrecht werden koersverliezen met terugwerkende kracht afgewenteld op de BV en boekhoudkundig teruggedraaid. De adviseur (niet zijnde de accountant) werd schuldig bevonden aan het medeplegen van het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte vennootschapsbelasting. Dat de adviseur de aangiftes niet zelf heeft opgesteld en ook niet had ingediend was van ondergeschikt belang.

Samenvattend kan het volgende gesteld worden: een bewust en opzettelijk gegeven advies wat leidt tot een onjuiste aangifte en waarbij geen beroep kan worden gedaan op een pleitbaar standpunt<sup>30</sup> en waarbij de adviseur een wezenlijke rol in de uitvoering heeft, zal naar alle waarschijnlijkheid leiden tot medeplegerschap.

## CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN EN AANBEVELINGEN

In deze bijdrage hebben wij getracht de civielrechtelijke, tuchtrechtelijke en bestuursrechtelijke kaders van de dienstverlening van de financieel planner (de adviseur) weer te geven, zonder hierbij volledigheid na te streven. Casuïstiek en jurisprudentie zijn hierbij leidend geweest. Het blijkt dat het zeker niet zo is dat het standpunt "Als het niet verboden is, is het toegestaan" opgaat. In tegendeel: in zijn relatie met de cliënt zal de financieel planner vaak ook intuïtief moeten handelen. Gezond verstand is daarbij een goede raadgever. Graag ondersteunen wij dit met enkele aanbevelingen.

### PRECONTRACTUEEL

- Wees beducht op situaties waarbij er onvoldoende informatie is verkregen van de cliënt. Van een deskundig veronderstelde financieel planner mag worden verwacht dat hij actief bronnen aanboort om nadere informatie te krijgen. Men zal ook actief op zoek moeten gaan naar passende informatie. Denk aan de situatie waarbij een cliënt aangeeft op de datum van pensioenering zowel AOW als pensioen te krijgen. Als de financieel planner weet of had kunnen weten dat de cliënt vele jaren in het buitenland heeft gewerkt, dan behoort het tot diens taak om door te vragen naar de opbouw van de AOW-rechten.
- Wees precontractueel duidelijk over de reikwijdte van uw dienstverlening. Sla daarbij acht op bijzonde-

re wensen of eisen van de zijde van de cliënt. Kunt u daaraan niet voldoen, meld dit vooraf schriftelijk.

- Wees duidelijk over eventuele bijzondere expertise(s) of juist het ontbreken hiervan. Dit voorkomt misverstanden en discussies achteraf. Blijf binnen de kaders van de eigen competenties.
- Hanteer Algemene Voorwaarden. Daarbij dient u de voorwaarden vóór of bij de contractsluiting aan de wederpartij ter hand te stellen. Het verwijzen naar een website waar de algemene voorwaarden zijn te raadplegen is onvoldoende.

## CONTRACTUEEL

- Handel concreet naar een bevinding en zeker niet contrair. Constateer je bijvoorbeeld weinig financiële kennis of ervaring bij de cliënt, denk dan niet te kunnen volstaan met een technische waarschuwing, maar pas de uiting op deze kennis en ervaring aan.
- Indien u als financieel planner van mening bent dat een advies of product niet-passend is, wijs daar de cliënt dan op en bemiddel niet hierin. Leg dit schriftelijk vast.
- Distantieer u luid en duidelijk van ongewenste praktijken. De jurisprudentie over 'medeplegerschap' is vooralsnog spaarzaam, maar binnen het palet van handhavinginstrumenten van de belastingdienst is het beslist geen papieren tijger. De verwachting is dat het instrument van de bestuurlijke boete vaker zal worden ingezet.
- Indien u feitelijke onjuistheden constateert in de financiële administratie van de cliënt of het sterke vermoeden heeft dat bepaalde zaken niet juist zijn in bijvoorbeeld de jaarrekening of aangifte, wijs de cliënt daar dan op. Dergelijke onjuistheden mogen niet (deels) een verdere basis vormen voor uw advies.
- Zodra een financieel planner te maken heeft met een cliënt waarbij hij in redelijkheid had kunnen weten of moeten weten dat er onvoldoende kennis en inzicht is in financiële producten, dan is het de taak van de financieel planner om extra prudent hiermee om te gaan. Concreet kan dit betekenen dat er bijvoorbeeld meer tijd zal moeten geïnvesteerd om toelichting te geven. Ook kan meer of eenvoudiger informatie soelaas bieden.

Natuurlijk is het ondoenlijk om alle handelingen (of gebrek hieraan) tussen de financieel planner en diens cliënt schriftelijk vast te leggen.

Niet alleen is het ondoenlijk, het wel of niet schriftelijk waarschuwen of schriftelijk distantiëren van een (fiscale) handeling vereist ook een zorgvuldige afweging tussen het behartigen van commerciële belangen en het inschatten van juridische risico's. Hierbij zijn het gebruik van gezond verstand en intuïtie twee belangrijke instrumenten. De professionele financieel planner zal het niet alleen kunnen laten bij goede intenties om zorgvuldig te handelen.

Zoals de beroemde antropoloog Peter Gollwitzer het in 1999 fraai verwoordde:

*"Good intentions have a bad reputation".*

Informatie: jbult@argues.nl

- 1 Dit kan overigens ook bij een bank of andere financiële instelling.
- 2 Dit zal in Nederland alleen het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) zijn en dan alleen in het geval de financieel planner aangesloten is bij het Kifid. De verplichting om aangesloten te zijn bij een alternatieve geschillenbeslechting (zie art. 4:17 Wft) is alleen van toepassing in die situatie wanneer de financieel planner vergunningsplichtige activiteiten verricht. De beoordeling zal dan ook alleen plaatsvinden op de vergunningsplichtige activiteit.
- 3 Zie P.J.T. Wolters (2013), 'Alle omstandigheden van het geval', Serie Onderneming en Recht, Kluwer, deel 77, p. 196-197.
- 4 Zie Barendrecht, J. M., & van den Akker, E. J. A. M. (1999). *Informatieplichten van dienstverleners*. (Schoordijk reeks). Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 54-58.
- 5 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122.
- 6 Zo blijkt uit uitspraak Commissie v. Beroep DSI 30 januari 2006 (171).
- 7 Rb Rotterdam, 16 juli 2008, ECLI:NL:RBDROT:2008:BD8479.
- 8 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660, r.o. 3.6.
- 9 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (De Treek/Dexia).
- 10 Zie onder andere uitspraak (KCD 9-8-2005) van de toenmalige Klachtencommissie DSI.
- 11 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 (Van Dijk/Bedaux).
- 12 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6677
- 13 Zie Loonen, A.J.C.C.M. (2015). 'De beleggingsonderneming als juridisch onneembaar fort', oratie Vrije Universiteit.
- 14 Alhoewel in uitspraak CvT van oktober 2004 (uitspraaknummer 04-03) wel degelijk een toewijziging van schade wordt gedaan aan de klager.
- 15 Zie uitspraak CvT 2001-02.
- 16 Zie uitspraak CvT 2003-06.
- 17 De mogelijkheden om een verbeterde aangifte te doen en de gevolgen hiervan zijn aan tal van (formele) regels gebonden. Het voert buiten het kader van dit artikel hierover nader uit te wijden.
- 18 Art. 6 lid 1 EVRM.
- 19 EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572.
- 20 Art. 46 Invorderingswet.
- 21 Rb Breda, 15 december 2005, ECLI:NL:RBBRE:2005:AU8140.
- 22 Hoge Raad 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7728.
- 23 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78-81, waarin wordt aangegeven dat wanneer iemand als medepleger kan worden aangemerkt, moet worden aangesloten bij het strafrecht.
- 24 Artikel 46 Wetboek van Strafrecht.
- 25 Hoge Raad 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2629.
- 26 Hof Den Bosch 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM9142.
- 27 Hoge Raad 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.
- 28 Beune, R.B.H. (2015), 'Hoge Raad geeft handvatten voor afgrenzing tussen medeplegen en medeplichtigheid', *NTRF* 2015/974.
- 29 Hof Den Bosch 4 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5081.
- 30 Van een pleitbaar standpunt is sprake indien de belastingplichtige een onjuist standpunt heeft ingenomen waarvoor voldoende sterke argumenten zijn aan te voeren. Het moet gaan om een in redelijkheid verdedigbaar (pleitbaar) standpunt.