

Rondom het nieuws

Robo advice

mr. F.M.A. 't Hart

Het Ministerie van Financiën heeft in maart 2017 het verslag gepubliceerd van de consultatie ten aanzien van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2017. In het ter consultatie voorgelegde Wijzigingsbesluit werden (aanvullende) eisen gesteld aan het verstrekken van geautomatiseerde adviezen ten aanzien van financiële producten. De reacties op dit consultatiedocument hebben er echter toe geleid dat door het Ministerie van Financiën besloten is om op dit moment nog géén nadere eisen te stellen ten aanzien van geautomatiseerd advies. De AFM dringt er in haar recente wetgevingsbrief aan het Ministerie daarentegen op aan dat de vakbekwaamheidseisen wettelijk worden geborgd bij geautomatiseerd advies.

1. Het consultatiedocument

Het op 18 augustus 2016 gepubliceerde consultatiedocument Wijzigingsbesluit financiële markten 2017 heeft betrekking op verschillende onderwerpen, waaronder het verstrekken van geautomatiseerd advies. Dit consultatiedocument bevatte het voorstel om additionele eisen te stellen aan geautomatiseerd advies.

De belangrijkste norm waaraan (bepaalde) financiële ondernemingen die geautomatiseerd advies verstrekken, zouden moeten voldoen is het beschikken over procedures en maatregelen die waarborgen dat het geautomatiseerd advies voldoet aan het 'ken-uw-cliënt'-beginsel, zoals neergelegd in het eerste en derde lid van art. 4:23 Wft. De reikwijdte van dit voorstel kent twee belangrijke beperkingen.

De eerste beperking is dat de verplichting om de hiervoor bedoelde maatregelen en procedures te treffen, alleen geldt voor financiële ondernemingen als bedoeld in art. 4:14 Wft en art. 4:15 Wft. Financiële ondernemingen als bedoeld in art. 4:14 Wft zijn onder andere: beheerders van beleggingsinstellingen en icbe's, beleggingsinstellingen en icbe's zelf, beleggingsondernemingen, bewaarders van beleggingsinstellingen en icbe's en ten slotte pensioenbewaarders. Art. 4:15 Wft refereert aan financiële dienstverleners die niet het bedrijf van – onder andere – bank of verzekeraar uitoefenen. Deze eerste beperking zou dus betekenen dat weliswaar een groot aantal verschillende financiële ondernemingen aan de voorgestelde norm onderworpen zou zijn, maar met als belangrijke uitzondering banken (voor zover banken geen beleggingsdiensten verlenen) en verzekeraars.

Overigens is aan de hand van de tekst van de consultatieversie niet vast te stellen wat de beweegredenen voor het Ministerie van Financiën waren om banken en verzekeraars die (eventueel) geautomatiseerd advies zouden verstrekken, niet onder de reikwijdte te brengen van de voorgenomen regelgeving.

De tweede beperking van de voorgestelde regeling is dat de desbetreffende maatregelen en procedures géén betrekking hebben op het tweede lid van art. 4:23 Wft. Het eerste lid van dit artikel verplicht financiële ondernemingen die adviseren om klant-informatie in te winnen (informatie over de financiële positie, doelstelling, risicobereidheid, kennis en ervaring van de klant), het tweede lid van dit artikel verplicht om het te verstrekken advies mede te baseren op deze ingewonnen klant-informatie en ten slotte verplicht het derde lid van dit artikel om het advies toe te lichten, voor zover dat nodig is voor een goed begrip door de klant. Uit de toelichting die in dit consultatiedocument is opgenomen, blijkt niet waarom de te treffen maatregelen en procedures geen betrekking zouden moeten hebben op het tweede lid van art. 4:23 Wft. Eveneens ontbreekt een toelichting waarom banken en verzekeraars die geautomatiseerd advies zouden verstrekken, niet de desbetreffende maatregelen en procedures hoeven te treffen. Dat is een gemis, zeker gelet op het feit dat de aard van een consultatiedocument met zich brengt dat de wetgever de afwegingen die aan een bepaald voorstel ten grondslag liggen, kenbaar wil maken teneinde daarop respons te vernemen.

Uit het in het consultatiedocument opgenomen voorstel blijkt verder dat de maatregelen en procedures er in ieder geval in moeten voorzien dat één of meer natuurlijke personen in de organisatie worden aangewezen, die verantwoordelijk zijn voor de geautomatiseerde adviezen 'met dien verstande dat per financieel product waarover advies wordt gegeven één persoon is aangewezen'. Ook moeten de procedures en maatregelen erin voorzien dat er periodiek controles worden uitgevoerd ten aanzien van de geautomatiseerde adviezen. Waarop deze controles betrekking zouden moeten hebben, blijkt overigens niet uit het voorstel. Het ligt echter voor de hand dat deze controles in ieder geval betrekking dienen te hebben op de kwaliteit van de verstrekte geautomatiseerde adviezen, meer in het bijzonder of aan het wettelijke 'ken-uw-cliënt'-beginsel wordt

voldaan. Dit laatste is af te leiden uit het feit dat het in het consultatiedocument opgenomen voorstel tevens voorschrijft dat, indien uit de controles blijkt dat de geautomatiseerde adviezen niet voldoen aan het wettelijke 'ken-uw-cliënt'-beginsel, de financiële onderneming het verstrekken van geautomatiseerde adviezen dient te staken totdat 'de oorzaak is verholpen'. Verder blijkt uit het voorstel dat de aangewezen personen die verantwoordelijk zijn voor de verstrekte adviezen dienen te beschikken over de benodigde vakbekwaamheid, om het geautomatiseerde advies ook rechtstreeks aan klanten te kunnen geven.

Interessant is uiteraard de vraag wat de wetgever heeft bewogen om ter consultatie voor te leggen dat (bepaalde) financiële ondernemingen additionele waarborgen dienen te treffen ten aanzien van het verstrekken van geautomatiseerd advies. In de nota van toelichting, behorend bij het consultatiedocument, wordt aangegeven dat het van belang is dat een klant die een geautomatiseerd advies ontvangt, dezelfde bescherming geniet als wanneer deze klant geadviseerd zou zijn door een natuurlijk persoon:

'Daarom dient de financiële onderneming die geautomatiseerd advies aanbiedt te beschikken over procedures en maatregelen die waarborgen dat geautomatiseerde adviezen voldoen aan dezelfde wettelijke regels als die gelden voor een advies gegeven door een natuurlijk persoon.'

Het woord 'Daarom' is zonder een nadere toelichting echter niet goed te begrijpen. De huidige (wettelijke) regeling van het 'ken-uw-cliënt'-beginsel maakt geen onderscheid tussen een geautomatiseerd advies of een advies verstrekt door een natuurlijk persoon. In beide gevallen dient het advies te voldoen aan dit beginsel en wordt de klant beschermd door de bij dit beginsel behorende zorgplicht.

Het ter consultatie voorgelegde voorstel lijkt enig wantrouwen uit te spreken ten aanzien van de vraag of financiële ondernemingen er in de praktijk wel zorg voor kunnen dragen dat in geval van geautomatiseerd advies voldaan wordt aan het wettelijke 'ken-uw-cliënt'-beginsel. Dit – al dan niet terecht – wantrouwen, had eveneens toegelicht dienen te worden.

2. Consultatieverslag

In het op 7 maart 2017 gepubliceerde consultatieverslag wordt door het Ministerie van Financiën aangegeven dat (i) de ontvangen consultatiereacties alsmede (ii) de reeds bestaande regels aanleiding zijn geweest om te besluiten om op dit moment nog geen nadere eisen te stellen aan geautomatiseerd advies. Daarbij wordt aangegeven dat ontwikkelingen ten aanzien van dit onderwerp aanleiding kunnen geven om op een later moment te bezien of alsnog (wijziging van) regelgeving nodig is. Terecht

wordt daarbij verwezen naar het rapport dat door de (gezamenlijke) Europese toezichthouders op 16 december 2016 is gepubliceerd. Uit dit rapport blijkt dat de Europese toezichthouders vooralsnog de ontwikkelingen wensen te volgen en dat (wettelijk) ingrijpen (nog) niet opportuun is.

Verschillende partijen die op het consultatiedocument hebben gereageerd, waaronder de brancheorganisaties NVB, Verbond van Verzekeraars, Dufas en ook Adfiz, hebben onder andere aangegeven dat het – kort gezegd – te prematuur is om te besluiten of (aanvullende) regelgeving nodig is. Een belangrijk argument is dat de huidige regels reeds de nodige waarborgen bieden, zowel ten aanzien van adviezen verstrekt door natuurlijke personen als ten aanzien van de geautomatiseerde adviezen.

Een ander belangrijk argument is dat financiële ondernemingen dienen te voldoen aan de wettelijke verplichting om hun bedrijfsvoering zodanig in te richten, dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf waarborgt (zie art. 4:15 Wft). Verder geldt dat financiële ondernemingen (althans een groot deel daarvan) reeds onderworpen zijn aan regels ten aanzien van productontwikkeling (zie art. 32 BGfo). Tot slot wordt gewezen op de algemene zorgplicht die op financiële ondernemingen rust (zie art. 4:24a Wft).

3. ESAs Joint Committee rapport

In de consultatiereacties van de brancheorganisaties wordt verder verwezen naar verschillende rapporten van diverse Europese toezichthouders. Van belang is met name het op 16 december 2016 door het Joint Committee van de drie Europese toezichthouders (ESMA, EBA en EIOPA) gepubliceerde rapport over geautomatiseerde adviezen ('Report on automation in financial advice'). De Europese toezichthouders komen hierin tot zeven bevindingen die hierna kort worden weergegeven.

De eerste bevinding is dat eerder gesignaleerde voordelen van geautomatiseerd advies, in sommige gevallen genuanceerd dienen te worden. Eerder gesignaleerde voordelen zijn (i) de reductie van kosten voor zowel klanten als financiële ondernemingen, (ii) de betere toegankelijkheid tot producten en diensten voor klanten en (iii) een betere kwaliteit van de dienstverlening.

De tweede bevinding is dat de vastgestelde risico's verbonden aan geautomatiseerd advies, onder omstandigheden sterk kunnen verschillen. Belangrijke gesignaleerde risico's zijn dat (i) klanten beperkte toegang hebben tot informatie en ook beperkt zijn in hun mogelijkheid om de informatie te absorberen, (ii) de kwetsbaarheid van geautomatiseerde tools, (iii) juridische conflicten ten aanzien van het toepasselijk aansprakelijkheidsregime en (iv) een wijd verspreid gebruik van geautomatiseerde tools. De derde bevinding is dat diverse – zowel Europese als nationale – regelgeving van toepassing is op geautomatiseerde adviezen en dat deze regelgeving de vastgestelde risico's ook (kunnen) adresseren. De vierde bevinding is dat het 'fenomeen' van geau-

tomatiseerd advies weliswaar van toepassing kan zijn op banken en verzekeraars, maar dat het toch het meest voorkomt in de effectenbranche. Binnen de Europese Unie bestaan er grote verschillen ten aanzien van de mate waarin dat laatste het geval is. De vijfde bevinding is dat de gezamenlijke toezichthouders de evolutie van de markt van geautomatiseerd advies zullen blijven monitoren, gelet op de potentiële groei die deze markt kan doormaken. De zesde bevinding is dat gezamenlijke toezichthouders ook hybride geautomatiseerde adviestools zullen blijven monitoren. Op het begrip 'hybride geautomatiseerd advies' kom ik overigens hierna terug. De zevende en laatste bevinding is dat de gezamenlijke toezichthouders ook de verschillende barrières die aan de ontwikkeling van geautomatiseerd advies in de weg kunnen staan, zullen blijven monitoren.

Het bovenstaande illustreert dat Europese toezichthouders nog geen stellig standpunt hebben ingenomen. Hieruit volgt dan ook het voornemen om de ontwikkelingen te blijven volgen, mede vanwege het feit dat geen sprake is van een eenduidig beeld van de desbetreffende markt (die bovendien nog volop in ontwikkeling is).

Gelet op de bovenstaande bevindingen van de gezamenlijke Europese toezichthouders, zou het dan ook niet voor de hand liggen dat onze nationale wetgever wél overgaat tot het voorschrijven van additionele eisen aan geautomatiseerd advies, mede gelet op het belang van een Europees level playing field van de verschillende op de markt opererende financiële ondernemingen. De AFM denkt daar ten aanzien van een specifiek punt anders over.

4. AFM

De AFM heeft het Ministerie van Financiën in haar wetgevingsbrief van 6 maart 2017 laten weten dat de borging van 'vakbekwaamheid bij geautomatiseerd advies' wel degelijk wettelijk gereguleerd dient te worden. De AFM geeft aan – in reactie op het besluit van het Ministerie van Financiën om vooralsnog geen aanvullende (wettelijke) eisen te stellen aan geautomatiseerd advies – dat de gedragsregels die van toepassing zijn op (geautomatiseerd) advies, alleen achteraf door de AFM kunnen worden getoetst. De AFM geeft verder aan dat, indien bij het verstrekken van geautomatiseerd advies géén vakbekwaamheidseisen gelden, er ook geen waarborg is dat de desbetreffende onderneming vooraf – bij de ontwikkeling van de software – alle eisen goed in beeld heeft. Hierdoor kunnen consumenten – aldus de AFM – slecht geadviseerd worden en dit mag niet het gevolg zijn van financiële innovatie. Daaraan voegt de AFM toe dat de kans dat veel consumenten gedupeerd worden groter is dan bij advies met klantcontact, omdat geautomatiseerd advies vaak online wordt verstrekt.

Het standpunt van de AFM is in zoverre begrijpelijk dat ook bij geautomatiseerd advies, het geautomatiseerde advies op een zorgvuldige wijze tot stand dient te komen. Of dit bereikt kan of dient te worden

middels het stellen van vakbekwaamheidseisen aan (eventuele) medewerkers, is echter nog maar de vraag. Is eenmaal het aan een geautomatiseerd advies ten grondslag liggende algoritme dan wel de zogenaamde beslisboom tot stand gekomen, dan is de toegevoegde waarde van medewerkers die moeten voldoen aan vakbekwaamheidseisen relatief gering, tenzij die medewerkers nog een functie zouden kunnen vervullen nadat het advies is verstrekt. Bijvoorbeeld door (online) aan klanten adviezen toe te lichten en om eventuele verdere vragen van klanten over verstrekte adviezen te beantwoorden.

Bedacht dient echter te worden dat een financiële onderneming dient te voldoen aan de hiervoor genoemde verplichting om zorg te dragen voor een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf en dat die verplichting mede met zich brengt dat zorg moet worden gedragen dat automatische adviezen die aan klanten worden verstrekt, aan de wettelijke vereisten voldoen. Daartoe behoren dus ook de publiekrechtelijke gedragsregels.

Het is dus geenszins zo dat toetsing uitsluitend achteraf kan geschieden. Dat geldt natuurlijk wel voor individueel verstrekte adviezen, maar dat is bij advisering met klantcontact niet anders.

De minister van Financiën heeft naar aanleiding van de reacties op het consultatiedocument alsmede de wetgevingsbrief van de AFM laten weten vooralsnog geen nadere eisen te zullen stellen aan geautomatiseerd advies. De minister van Financiën voegt daaraan toe dat er meer tijd nodig is om te bepalen of en zo ja, welke nadere regels nodig zijn om geautomatiseerd advies verder te reguleren. Daartoe zal – in samenwerking met de AFM – een nadere analyse worden uitgevoerd.

Eind april 2017 heeft de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer laten weten dat in mei 2017 een analyse van start zal gaan om de ontwikkelingen in kaart te brengen, te bezien of eventuele problemen in de toekomst te verwachten zijn of en zo ja of de bestaande regels in dat licht afdoende zijn.

5. Geautomatiseerd advies

Een belangrijk (juridisch) vraagstuk is wanneer sprake is van geautomatiseerd advies. Een eenduidige definitie van 'geautomatiseerd advies' is echter niet voorhanden. De in het consultatiedocument opgenomen definitie was relatief eenvoudig:

'Een vorm van adviseren waarbij het advies zonder tussenkomst van een natuurlijk persoon wordt gegeven.'

In de nota van toelichting wordt daaraan toegevoegd dat onder geautomatiseerd advies niet wordt verstaan 'het gebruikmaken van automatisering om informatie van de klant te vergaren en te analyseren om het adviestraject te versimpelen of te verkorten of een deel van het advies automatisch op te laten stellen'. Bij deze twee vormen van automatisering – aldus de nota van toelichting – kan niet worden gesproken van geautomatiseerd advies omdat

het definitief advies nog steeds wordt gegeven door een natuurlijk persoon en de systemen de adviseur ondersteunen. Deze toelichting lijkt in tegenspraak met de reikwijdte van het voorstel zelf, aangezien het eerste lid van art. 4:23 Wft nu juist betrekking heeft op het inwinnen van klantinformatie.

Het ESAs Joint Committee rapport uit december 2016 van de gezamenlijke Europese toezichthouders maakt onderscheid tussen 'fully automated tools' en 'hybrid advisory tools'. 'Fully automated tools' worden beschreven als '*completely automated tools, driven by an algorithm or decision trees, with no or very limited human interaction involved in advisory process*'. Bij 'hybrid advisory tools' zou het gaan om een combinatie van '*automated tool (algorithm or decision tree) with the ability to interact with a human advisor*'.

De in het consultatiedocument voorgestelde definitie van geautomatiseerd advies lijkt met name als onderscheidend criterium te hebben dat het advies niet wordt afgegeven door een natuurlijk persoon. Maar wat is 'afgeven'? Is het advies wel afgegeven door een natuurlijk persoon indien het desbetreffende adviesrapport automatisch wordt verzonden namens een met naam genoemde medewerker?

Of is sprake van een geautomatiseerd advies indien een medewerker van de desbetreffende instelling geen invloed kan uitoefenen omtrent de inhoud van het advies zonder aanpassing van het onderliggende algoritme of de zogenaamde 'decision tree'? Kortom, de definitiekwestie is van groot belang en roept de nodige vraagtekens op.

6. Slotbeschouwing

De observatie dat de reikwijdte van de (publiek-rechtelijke) zorgplicht niet beïnvloed wordt door de vraag of sprake is van geautomatiseerd advies dan wel een advies verstrekt door een natuurlijk persoon, is van groot belang. De wijze waarop relevante informatie over de klant wordt ingewonnen en de verplichting om het advies mede te baseren op de aldus ingewonnen informatie, speelt geen rol van betekenis bij een (overigens moeilijk in de praktijk te maken onderscheid tussen) geautomatiseerd advies en een advies afgegeven door een natuurlijk persoon. Wellicht zou bezien moeten worden op welke wijze bij geautomatiseerd advies kan worden zorggedragen dat de desbetreffende klant een nadere toelichting op het verstrekte advies kan verkrijgen dan wel specifieke vragen kan stellen.

Het woord lijkt thans aan de praktijk te zijn waarna wetgevers en toezichthouders zich zullen bezinnen of aanvullende regelgeving daadwerkelijk vereist is.