

# Bemiddelen in een FinTech omgeving

## *De definitie van bemiddelen toegepast op dienstverleners in een FinTech-keten*

mr. T.W.G. de Wit<sup>1</sup>

FinTech levert een verschuiving op van offline naar online dienstverlening. Steeds vaker zal het voorkomen dat financiële producten - via een keten van verschillende partijen - toegankelijk zijn via een online of mobiele applicatie. Tussenliggende schakels in de keten die niet de aanbieder van financiële producten zijn, moeten beoordelen of zij bemiddelen ten aanzien van die financiële producten. Op basis van huidige interpretaties lijkt daar zeer snel sprake van te zijn. Het is echter de vraag of het noodzakelijk is en de markt erbij gebaat zou zijn als de verschillende partijen in een FinTech keten onder toezicht van de AFM komen te staan. De AFM zou zich deze vraag ook moeten stellen in de beoordeling van individuele gevallen en bij het formuleren van een nieuwe interpretatie en daarbij FinTech ondernemingen moeten beoordelen op de daadwerkelijke activiteiten die ze verrichten. Misschien kan dat voor de AFM ook aanleiding zijn om het strikte NAWTE-criterium wat te nuanceren.

### 1. Inleiding

FinTech laat zich conform huidige interpretaties samenvatten als technologisch gedreven innovatie van financiële dienstverlening. FinTech overstijgt één specifieke sector: het kan bijvoorbeeld gaan om betaaldienstverlening, de uitgifte van elektronisch geld, beleggingsdienstverlening en kredietverstrekking (zoals via *loan based crowdfunding*<sup>2</sup> of *P2P lending*)<sup>3</sup>. FinTech initiatieven worden meestal

online of mobiel aangeboden (in een *FinTech omgeving*). Het gebruik van applicaties voor de smartphone voor financiële diensten neemt sterk toe. Dergelijke apps kunnen worden aangeboden door nieuwe startups, maar evengoed door gevestigde partijen of technologie-reuzen als Google en Apple. Binnen FinTech is ook een trend waarneembaar waarbij verschillende dienstverleners samenwerkingsverbanden aangaan. Daardoor ontstaat een keten van partijen (onderling *partners*) die allemaal een steentje bijdragen aan de uiteindelijke dienstverlening aan de klant. Niet zelden gaan nieuwe spelers op de markt samenwerkingsverbanden aan met onder toezicht staande instellingen.

Per nieuw FinTech initiatief zal altijd bekeken moeten worden of, en zo ja, met welke financieel toezichtrechtelijke regelgeving de FinTech onderneming rekening moet houden. De primaire vraag is dan of ergens in de keten bepaalde diensten worden aangeboden die binnen het bereik van financiële toezichtwetgeving vallen. Als er zich ergens in een keten van dienstverleners een aanbieder van financiële producten (zoals een betaalrekening, elektronisch geld, verzekering of krediet) bevindt, zal ook bekeken moeten worden of andere dienstverleners in de keten kwalificeren als bemiddelaar in de zin van art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Voerman wierp deze vraag

1. Tim de Wit is advocaat bij Finnius te Amsterdam.
2. Dit is een vorm van kredietverstrekking waarbij kort gezegd door een (grote) groep geldgevers een lening wordt verstrekt aan een geldnemer en de partijen via een platform aan elkaar worden gekoppeld. Zie ook de website van de AFM: [www.afm.nl](http://www.afm.nl) - 'Professionals' - 'Onderwerpen' - 'Crowdfunding'.
3. Dit is een vorm van kredietverstrekking waarbij kort gezegd door een geldgever een lening wordt verstrekt aan een geldnemer en deze partijen direct aan elkaar gekoppeld worden via een platform.
4. Zie voor een globaal overzicht van de ontwikkelingen in de FinTech markt het onderzoeksrapport van het World Economic Forum, getiteld 'The Future of Financial Services'. Zie ook het door de Europese Commissie op 23 maart 2017 gepubliceerde consultatiedocument 'FinTech: A More Competitive and Innovative European Financial Sector', waarin de Europese Commissie de markt oproept input te leveren ten aanzien van de impact van nieuwe technologieën op financiële dienstverlening. De consultatie sluit op 15 juni 2017. Tot slot heeft de Europese Commissie op 20 juli 2016 een 'Call for tenders' gepubliceerd waarin ze partijen verzoekt zich in te schrijven voor een onderzoek

naar de Europese FinTech sector. Ongetwijfeld zullen de consultatie en de resultaten van dit onderzoek interessante inzichten geven in de Europese FinTech markt.

in dit tijdschrift eerder al terecht op ten aanzien van elektronisch geld in het kader van een *mobile wallet*.<sup>5</sup> Het is nog niet eenvoudig om in een FinTech omgeving antwoord te geven op de vraag of sprake is van bemiddelen. Althans, niet op basis van huidige interpretaties ten aanzien van de definitie bemiddelen, zoals in dit artikel zal blijken.

In dit artikel wordt eerst kort stilgestaan bij de relevantie van bemiddelen in de zin van de Wft binnen een FinTech omgeving. Vervolgens wordt in kaart gebracht wat de definitie is van bemiddelen en wat daar op grond van huidige interpretaties onder moet worden verstaan. Daarna wordt de huidige invulling toegepast op een FinTech omgeving. Tot slot wordt onderzocht of de invulling herziening behoeft.

## 2. Relevantie voor de FinTech markt

Nieuwe FinTech initiatieven zijn er vaak op gericht om de toegang tot financiële producten en financiële dienstverlening voor klanten eenvoudiger te maken. Een FinTech initiatief kan er voor kiezen om *zelfdeze* financiële producten of financiële diensten direct aan te bieden aan de klant. Voor dergelijke activiteiten zal in de regel een vergunning vereist zijn van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) voor het aanbieden van de desbetreffende financiële diensten (zoals betaaldiensten of beleggingsdiensten) of financiële producten (zoals krediet, elektronisch geld of een verzekering). Een FinTech initiatief kan er daarentegen ook voor kiezen om een samenwerkingsverband aan te gaan met een bestaande onder toezicht staande instelling, waarbij de financiële diensten en/of financiële producten worden aangeboden door deze partij. De FinTech onderneming kan dan bepaalde elementen toevoegen aan de dienstverlening aan de klant, bijvoorbeeld door de dienst of het product toegankelijker of gebruiksvriendelijker te maken.

Stelt u zich bijvoorbeeld de volgende, relatief eenvoudige, casus voor. Een FinTech onderneming ontwikkelt een applicatie voor de smartphone waarmee gebruikers een *mobile wallet* kunnen aanmaken. Hierin kan geld worden gespaard en – eventueel – kan met de *wallet* via daarvoor geschikte technologie<sup>6</sup> worden betaald bij fysieke

verkooppunten of webwinkels. Gebruikers kunnen geld inleggen door middel van iDEAL. De FinTech onderneming ontwikkelt de interface van de applicatie en verzorgt de administratie van door gebruikers ingelegde bedragen, waaronder weergave van het saldo van een gebruiker in de applicatie. Voor het gemak ga ik er even vanuit dat de gelden die in de *mobile wallet* worden aangehouden kwalificeren als elektronisch geld in de zin van de Wft.<sup>7</sup>

Voor de uitgifte van dat elektronisch geld gaat de FinTech onderneming een samenwerking aan met een vergunning houdende elektronisch geldinstelling (hierna: de EGI). Daartoe opent de EGI – na verificatie van de gegevens die via de applicatie aan de EGI zijn doorgestuurd – voor iedere gebruiker een eigen account (een *e-money account*) op haar server. Voor het verwerken van de iDEAL betalingen, uitkering van ingelegde gelden (alleen op het bij de EGI bekende IBAN-nummer) en betalingen bij derden, gaat de FinTech onderneming een samenwerking aan met een vergunning houdende of vrijgestelde betaaldienstverlener. De FinTech onderneming leidt informatie van de gebruikers door via de applicatie. De algemene voorwaarden van de EGI en betaaldienstverlener worden geaccepteerd in de mobiele applicatie, nadat de applicatie is gedownload op de smartphone. Hierdoor ontstaat een directe verbintenis tussen de gebruiker enerzijds en de EGI en de betaaldienstverlener anderzijds.

De FinTech onderneming kan nog andere elementen toevoegen aan de dienstverlening, bijvoorbeeld door gebruikers de mogelijkheid te bieden om samen met andere gebruikers een groep aan te maken waarmee zij sparen voor bepaalde groepsuitgaven (zoals een cadeau voor een vriend of een weekendje weg). In dat geval is in feite sprake van een *mobile group wallet*. Variaties op dit thema zijn natuurlijk ook denkbaar; denk bijvoorbeeld aan een applicatie waarmee een spaarrekening kan worden geopend bij een bank, of een verzekering bij een achterliggende verzekeraar. Een ander voorbeeld is een applicatie waarmee heel eenvoudig relevante documenten en gegevens in het offerteproses voor een krediet of verzekering kunnen worden verzameld, welke worden doorgestuurd aan de aanbieder,

5. J.A. Voerman, 'Toezicht op aanbieders mobile wallets? Mobiel betalen vanuit een financieelrechtelijk perspectief', *FR* 2014, nr. 5, p. 193.

6. Zie ten aanzien van de technische mogelijkheden van mobiel betalen in meer bredere zin en het toezichtrechtelijke speelveld daarbij het eerder in voetnoot 5 aangehaalde artikel van Voerman. Zo zal de FinTech onderneming zich moeten afvragen of, momenteel onder de Nederlandse implementatie van de richtlijn betaaldiensten (de *Payment Services Directive*, PSD) (*PbEU* 2007 L 319/1) of na implementatie van de herziene richtlijn betaaldiensten (PSD2) (*PbEU* 2015, L 337/35), betaaldiensten worden verleend door het aanbieden van een *mobile wallet*.

7. Elektronisch geld is gedefinieerd in art. 1:1 Wft als: geldswaarde die elektronisch of magnetisch is opgeslagen die een vordering op de uitgever vertegenwoordigt, die is uitgegeven in ruil voor ontvangen geld om betalingstransacties te verrichten en waarmee betalingen kunnen worden verricht aan een andere persoon dan de uitgever. Zie meer uitgebreid over elektronisch geld: R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer: Kluwer 2011, p. 29 e.v. Op het moment van schrijven van dit boek bestond de variant van een *mobile wallet* overigens nog niet. Van Esch gaat wel in op de online variant, zoals bijvoorbeeld PayPal, waarbij het tegoed wordt geadministreerd op een rekening op de server van de uitgever. Zie overigens voor een analyse van het toenemende belang van elektronisch geld voor FinTech ondernemingen het artikel van Voerman in ditzelfde nummer.

waarna aanbieder en klant met elkaar een overeenkomst sluiten nadat het klantacceptatieproces van de aanbieder is doorlopen.

De kern is hierbij steeds dat klanten via een mobiele of online applicatie relatief eenvoudig een financieel product kunnen afsluiten met een achterliggende aanbieder. De FinTech onderneming kan bepaalde elementen toevoegen aan de dienstverlening die het financieel product voor de klant gebruiksvriendelijker, beter of anders toepasbaar of toegankelijker maken. De activiteiten van de FinTech onderneming zullen vaak beperkt zijn tot dergelijke technisch ondersteunende, meer IT gerevonden activiteiten en de FinTech onderneming heeft niet het oogmerk om financiële diensten of financiële producten aan te bieden.<sup>8</sup> Bovendien kan ik mij voorstellen dat als de applicatie eenmaal 'live' is en de processen draaien, er relatief weinig medewerkers nodig zullen zijn om de applicatie in de lucht te houden.

In veel van de samenwerkingsverbanden tussen aanbieders van financiële producten en FinTech ondernemingen die door middel van online of mobiele applicaties de toegang tot die financiële producten eenvoudiger maken, zal de FinTech onderneming verder geen invloed hebben op de kenmerken van het financieel product. In bepaalde gevallen zal sprake zijn van een enkele doorverwijzing en in andere gevallen zal sprake zijn van een *white label* constructie. Hierbij wordt het product ontwikkeld door de aanbieder, voegt de FinTech onderneming bepaalde – niet aan het product gerelateerde – elementen toe aan de dienstverlening en 'beleeft' de klant het product in de omgeving van de FinTech onderneming (namelijk in diens applicatie). De FinTech onderneming is in dit soort constructies in feite een verlengstuk van de betreffende aanbieder. Als de EGI in de bovenstaande casus inderdaad over de juiste vergunning beschikt<sup>9</sup> of daarvoor is vrijge-

steld<sup>10</sup>, hoeft de FinTech onderneming hoogstwaarschijnlijk niet zelf ook over een vergunning van DNB te beschikken voor het aanbieden van elektronisch geld<sup>11</sup>. Datzelfde geldt voor de partij die de betalingen verwerkt: als deze entiteit een vergunning als betaaldienstverlener heeft<sup>12</sup> of voor die vergunningplicht is vrijgesteld<sup>13</sup> en de FinTech onderneming niet zelf ook betaaldiensten verleent<sup>14</sup>, hoeft de FinTech onderneming zich voor wat betreft dit deel van de dienstverlening niet te bekommeren om die regelgeving. De FinTech onderneming zal zich in die gevallen echter wel moeten afvragen of ze aan het bemiddelen is ten aanzien van het door de aanbieder aangeboden financieel product, in dit geval elektronisch geld.

Als van bemiddelen sprake is valt de FinTech onderneming in beginsel binnen het bereik van art. 2:80 Wft, dat bepaalt dat het in Nederland verboden is zonder door de AFM verleende vergunning te bemiddelen. Op grond van art. 2:83 lid 1 Wft verleent de AFM op verzoek een vergunning als aan verschillende vergunningvereisten wordt voldaan.<sup>15</sup> Daarnaast zal de FinTech onderneming na vergunningverlening aan doorlopende vereisten moeten voldoen.<sup>16</sup> De voorvraag voordat men toekomt aan de vergunningplicht is uiteraard of bemiddelingsactiviteiten worden verricht. Voor het antwoord op die vraag is de definitie van 'bemiddelen' in de zin van art. 1:1 Wft relevant.

- 
8. In het door de Europese Commissie gepubliceerde consultatiestuk 'FinTech: A More Competitive and Innovative European Financial Sector' (zie voetnoot 4) wordt dit type dienstverleners tevens besproken. De Europese Commissie constateert op pagina 15 en 16 dat bepaalde type FinTech ondernemingen helemaal niet als doel hebben financiële diensten te verlenen, maar dat zij tools ontwikkelen voor de aanbieders van deze diensten om hun dienstverlening te verbeteren. Daarbij kan volgens de Europese Commissie gedacht worden aan data analyses, digitale klachtenafhandeling, identificatie van klanten en diensten ten behoeve van de infrastructuur. De Europese Commissie merkt op dat deze partijen niet zelf onder toezicht staan en samenwerken met onder toezicht staande instellingen. Kennelijk gaat de Europese Commissie er dus vanuit dat het leveren van dit type diensten niet vergunningplichtig is.
9. Van DNB op grond van art. 2:10b lid 1 Wft of van een bevoegde toezichthouder van een andere lidstaat en het de financiële onderneming op grond van art. 2:10e lid 1 Wft op basis van een Europees paspoort is toegestaan grensoverschrijdend of via een bijkantoor haar diensten in Nederland te verlenen.

- 
10. Dit geldt – op grond van art. 1d Vrijstellingsregeling Wft – voor 'kleine' EGI's, waarvan de gezamenlijke waarde van het uitgegeven elektronisch geld niet hoger is dan EUR 5 miljoen en die aan een aantal additionele voorwaarden voldoen.
11. In dit specifieke geval alleen al omdat de klanten geen directe vordering hebben op de FinTech onderneming, waardoor aan een van de elementen van de definitie van elektronisch geld niet is voldaan ten aanzien van de FinTech onderneming. Zie voetnoot 7.
12. Van DNB op grond van art. 2:3b lid 1 Wft of van een bevoegde toezichthouder van een andere lidstaat en het de financiële onderneming op grond van art. 2:3e Wft op basis van een Europees paspoort is toegestaan grensoverschrijdend of via een bijkantoor haar diensten in Nederland te verlenen.
13. Dit geldt – op grond van art. 1a Vrijstellingsregeling Wft – voor 'kleine' betaaldienstverleners, waarvan het gemiddelde van het totale bedrag van transacties over de voorgaande twaalf maanden niet hoger is dan EUR 3 miljoen.
14. Zie voetnoot 7.
15. Denk hierbij aan geschiktheids- en betrouwbaarheidsstoetsingen, vakbekwaamheidseisen, voorwaarden voor de zeggenschapsstructuur, het voeren van een beleid dat een integere uitoefening van zijn bedrijf waarborgt en eisen aan de inrichting van de bedrijfsvoering zodanig dat deze een beheerste en integere bedrijfsvoering waarborgt.
16. Denk hierbij aan regels over provisies, beloningsbeleid, uitbesteding, klachtenafhandeling, informatievereisten en verplichtingen in de relatie tussen bemiddelaar en aanbieder.

### 3. Huidige invulling van definitie 'bemiddelen'

#### 3.1. Definitie bemiddelen in de Wft

Bemiddelen is ruim gedefinieerd in art. 1:1 van de Wft. Bemiddelen omvat twee soorten activiteiten, te weten alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf<sup>17</sup> gericht op:

- het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake een *financieel product* tussen een aanbieder en een consument<sup>18</sup>; of
- het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een overeenkomst inzake *krediet, verzekeringen en premiepensioenvorderingen* tussen een aanbieder en een consument.

De activiteiten onder (i) zien op alle financiële producten<sup>19</sup> niet zijnde financiële instrumenten<sup>20</sup>, terwijl de activiteiten onder (ii) uitsluitend als bemiddeling kwalificeren als ze betrekking hebben op bepaalde type financiële producten, te weten krediet, verzekeringen en premiepensioenvorderingen. In het vervolg van dit artikel ga ik omwille van leesbaarheid en ruimte uitsluitend in op de activiteiten genoemd onder (i). Dat neemt niet weg dat het zeker ook interessant kan zijn om te onderzoeken of in een FinTech omgeving sprake kan zijn van bemiddeling als bedoeld onder (ii).

Hieronder bespreek ik de huidige relevante interpretaties ten aanzien van de definitie bemiddelen. Ik zal niet ieder afzonderlijk element van de definitie afpellen, maar alleen voor zover die relevant zijn gelet op de in paragraaf 2 besproken casus. De elementen 'in de uitoefening van beroep of bedrijf',

'consument' en 'financieel product' laat ik om deze reden verder buiten beschouwing. Het meest relevante element in dit opzicht is wat moet worden verstaan onder het zijn van 'tussenpersoon'.

#### 3.2. Parlementaire geschiedenis

Voor de vraag wat onder een tussenpersoon verstaan moet worden, moet allereerst gekeken worden naar de parlementaire geschiedenis. Hieruit volgt dat hiermee tot uitdrukking wordt gebracht dat de bemiddelaar – in tegenstelling tot de aanbieder – zelf geen partij wordt bij de overeenkomst inzake het betreffende financieel product.<sup>21</sup> Verder volgt uit de parlementaire geschiedenis dat het enkele doorverwijzen van de consument, waarna de consument vervolgens zelf contact opneemt met de aanbieder en de inhoud van de eventuele overeenkomst vervolgens uitsluitend wordt bepaald door de relatie aanbieder en consument, niet voldoende is om als bemiddeling gezien te worden. Er moet volgens de parlementaire geschiedenis sprake zijn van een zekere mate van inhoudelijke betrokkenheid.<sup>22</sup>

#### 3.3. Interpretaties AFM

Een tweede relevante bron om uit te putten zijn de interpretaties van de AFM. De meest recente interpretatie van de AFM is van september 2014.<sup>23</sup> Eerdere interpretaties van de AFM (namelijk die van 5 september 2006 en van 3 maart 2009) zijn daarin integraal opgenomen als bijlage.<sup>24</sup>

Allereerst volgt uit de interpretatie van de AFM dat het enkel doorsturen van contactgegevens van een klant aan een aanbieder, zonder andere relevante informatie van de klant, niet kwalificeert als bemiddelen, omdat dan geen sprake is van een inhoudelijke betrokkenheid. Onder contactgegevens verstaat de AFM informatie die maakt dat de klant herleidbaar is, zoals in ieder geval naam, adres, woonplaats, telefoonnummer en e-mailadres (hierna: NAWTE). Contactgegevens kunnen volgens de AFM ook bestaan uit een IP-adres.

Volgens de AFM is er *wel* sprake van bemiddelen als naast contactgegevens, ook andere relevante informatie van de klant wordt doorgegeven aan de aanbieder. Het moet dan gaan om informatie die relevant is voor het afsluiten van het product. De AFM ziet als relevante klantinformatie bijvoorbeeld in-

17. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat hiervan in ieder geval sprake is als de onderneming de financiële dienstverlening tot doel heeft. Andere aanknopingspunten kunnen zijn de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, de omstandigheid dat verlening van financiële diensten niet slechts incidenteel plaatsvindt of het feit dat degene die de financiële dienst verleent een beloning ontvangt voor zijn diensten. Zie *Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 356-357*.

18. Een consument in de zin van de Wft is een niet in de uitoefening van een beroep op bedrijf handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent. In geval een onderneming bemiddelt ten aanzien van een verzekering of premiepensioenvordering, gaat het om een cliënt. Dit is breder dan consument, omdat een cliënt ook een rechtspersoon omvat.

19. Als financieel product kwalificeren: (i) een beleggingsobject; (ii) een betaalrekening; (iii) elektronisch geld; (iv) krediet; (v) een spaarrekening; (vi) een verzekering; (vii) een premiepensioenvordering; en (viii) overige bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen producten.

20. Financiële instrumenten vallen ook onder de definitie van financieel product, maar het bemiddelen ten aanzien van een financieel instrument valt niet binnen het bereik van de definitie van bemiddelen. Ten aanzien van financiële instrumenten zijn de regels omtrent het verlenen van beleggingsdiensten relevant.

21. Zie *Kamerstukken II, 2005/06, 29 708, nr. 3, p. 363*.

22. Zie de toelichting bij deze definitie in de toenmalige Wet financiële dienstverlening (Wfd), de voorganger van de Wft op dit punt, *Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 9, p. 60*.

23. Publicatie bemiddelen, september 2014. De publicatie van de AFM is te raadplegen op de website van de AFM: [www.afm.nl](http://www.afm.nl) – 'Professionals' – 'Nieuwsberichten van de AFM' – '9 september 2014'.

24. In bijlage 1 is de interpretatie van de AFM conform de nieuwsbrief van 5 september 2006 opgenomen. In bijlage 2 is de interpretatie van de AFM conform de nieuwsbrief van 3 maart 2009 opgenomen.

formatie ten behoeve van de overeenkomst, zoals de gewenste looptijd van het product, het gewenste verzekerd kapitaal of het inkomen. Bij bijvoorbeeld een autoverzekering is dit volgens de AFM onder meer het kenteken, de dagwaarde van de auto en het aantal schadevrije jaren. De AFM merkt zelfs op dat al sprake is van bemiddelen als bijvoorbeeld contactgegevens plus de geboortedatum van de klant wordt doorgegeven. In deze situatie is volgens de AFM sprake van werkzaamheden gericht op inhoudelijke betrokkenheid bij het tot stand brengen van een overeenkomst. Op de website van de AFM staat dat het niet uitmaakt of de onderneming voor haar diensten betaald wordt door de klant of aanbieder.<sup>25</sup>

Volgens de AFM is er daarnaast ook sprake van bemiddelen als de dienstverlener relevante informatie inwint bij een klant en die klant doorstuurt naar een aanbieder waarmee de dienstverlener een overeenkomst heeft die bedoeld is om potentiële klanten in contact te brengen met de aanbieder. Betaling door de aanbieder aan de dienstverlener wijst op het bestaan van een dergelijke overeenkomst. Volgens de AFM is het totaal aan deze werkzaamheden gericht op inhoudelijke betrokkenheid bij het tot stand brengen van de overeenkomst tussen klant en aanbieder.

In de publicatie van september 2014 gaat de AFM ook specifiek in op de vraag of vergelijkingssites kwalificeren als bemiddelaar in de zin van de Wft. Volgens de AFM kan sprake zijn van bemiddelen als een vergelijkingssite relevante klantinformatie inwint en mede op basis hiervan een vergelijking maakt tussen verschillende aanbieders. Van bemiddelen is dan sprake als de site een overeenkomst heeft met de aanbieder (of de klant) met het doel om aanbieder en klant met elkaar in contact te brengen. Deze weergave is naar mijn mening in lijn met de hierboven genoemde situaties.

Als we de lijn van de AFM volgen, is er dus kort gezegd sprake van bemiddelen in de volgende twee situaties:

- Een onderneming stuurt méér dan contactgegevens (NAWTE gegevens) van klanten door aan de aanbieder, ongeacht of de onderneming hiervoor betaald wordt.
- Een onderneming wint méér dan contactgegevens (NAWTE gegevens) in van klanten én heeft daarnaast een overeenkomst met een aanbieder of de klant met de bedoeling dat klanten in contact komen met de aanbieder. Hierbij is dus irrelevant of de onderneming de ingewonnen gegevens ook doorstuurt aan de aanbieder.

Activiteiten die in verband kunnen worden gebracht met het tot stand brengen van een overeenkomst tussen een aanbieder en een consument vallen volgens de AFM al snel onder ‘bemiddelen’. Over het algemeen verdient het natuurlijk aanbeveling om de lijn van de AFM te volgen. Een marktpartij

riskeert immers handhavend optreden van de AFM als de AFM meent dat sprake is van bemiddeling zonder dat de marktpartij daarvoor over een vergunning beschikt.

### 3.4. Rechtspraak

Een en ander neemt uiteraard niet weg dat ook rechtspraak relevant is in de uitleg wat onder bemiddelen moet worden verstaan. In de afgelopen jaren is er de nodige rechtspraak verschenen ten aanzien van de vraag of in specifieke situaties sprake was van bemiddelen in de zin van de Wft.<sup>26</sup> Rechters passen de definitie van bemiddelen toe op basis van de relevante feiten en omstandigheden, waardoor per geval een ander, casus-specifiek, beeld kan ontstaan. Opvallend genoeg lijkt er de afgelopen twee jaar overigens geen uitspraak meer gewezen te zijn ten aanzien van de vraag of sprake was van bemiddelen in de zin van art. 1:1 Wft.

De meeste uitspraken over het bemiddelingsverbod hadden betrekking op zogenoemde *lead generators*. Dit zijn partijen die – veelal tegen betaling – gegevens van (potentiële) klanten doorgeven aan een financiële onderneming die vervolgens een financieel product of financiële dienst levert aan de klant. De klantinformatie wordt dan ook wel een *lead* genoemd en partijen die (tegen betaling) deze *leads* doorsturen worden *lead generators* genoemd. Een *lead generator* is veelal online actief door via haar website verkregen klantgegevens – vaak door klanten ingevuld voor het opvragen van een offerte – door te sturen aan een financiële onderneming.<sup>27</sup> Opvallend genoeg is ten aanzien van deze *lead generators* in eerdere rechtspraak in bepaalde gevallen nog wel eens geoordeeld dat ze niet kwalificeerden als bemiddelaar. Zo oordeelde de voorzieningenrechter in Rotterdam in april 2008<sup>28</sup> dat geen sprake was van bemiddelen, in een geval waarbij een onderneming een website exploiteerde waarop financiële producten van verschillende aanbieders waren weergegeven die de klant kon vergelijken, waarna de klant vervolgens door bepaalde gegevens over zichzelf in te vullen een offerte kon opvragen. De voorzieningenrechter oordeelde dat de exploitant uitsluitend een platform beschikbaar stelde voor klanten waarop ze zelf de gegevens invulden, deze doorgaven aan de aanbieders en zo de offertes konden opvragen. Volgens de voorzieningenrechter verwees de exploitant klanten uitsluitend door waardoor geen sprake was van een

25. Zie op de website van de AFM: [www.afm.nl](http://www.afm.nl) – ‘Professionals’ – ‘Doelgroepen’ – ‘Adviseurs & Bemiddelaars’ – ‘Advies en bemiddeling’ – ‘Vergunningen en regel’.

26. Zie voor een overzicht van relevante uitspraken F.W.J. van der Eerden, L.J. Silverentand (red.) e.a., *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (derde druk), p. 301 en 302.

27. Zie eveneens voor de vraag wanneer *lead generators* binnen het bereik van de definitie bemiddelen vallen: R.P. Vrolijk, ‘Lead generators: opgepast!’, *VeO* 2012/09, p. 153 – 156 en F.W.J. van der Eerden, L.J. Silverentand (red.) e.a., *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (derde druk), p. 302.

28. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 7 april 2008, *JOR* 2008/132, m. nt. Grundmann-van de Krol.

inhoudelijke betrokkenheid. Dat de exploitant voor de doorverwijzingen bepaalde vergoedingen ontving maakte dit volgens de voorzieningenrechter niet anders.

De rechtbank Utrecht oordeelde in november 2008<sup>29</sup> eveneens dat geen sprake was van bemiddelen, in een geval waarbij een onderneming een website exploiteerde waarop klanten door middel van het invullen van een aanvraagformulier een offerte konden opvragen bij een aanbieder. De rechtbank achtte doorslaggevend dat de gegevens die klanten op de website van de exploitant invulden rechtstreeks in de database terecht kwamen van de betreffende aanbieders. Dat de 'look and feel' van de website volledig in de sfeer van de exploitant was, maakte dit volgens de rechtbank niet anders. Na ontvangst van de aanvraag, bracht de aanbieder direct de offerte uit en verzorgde de verdere afwikkeling daarvan indien de offerte tot een overeenkomst leidde. Ook hier oordeelde de rechtbank dat de exploitant uitsluitend een platform bood voor klanten om een offerteaanvraag bij een aanbieder in te dienen, waarna de bemoeienis van de exploitant ophield.

Inmiddels lijkt een dergelijke lijn achterhaald. Uit meer recente rechtspraak kan worden opgemaakt dat een *lead generator* al snel zal kwalificeren als bemiddelaar. Dit is in ieder geval aan de orde als door de klant meer dan alleen contactgegevens worden achtergelaten op de website van de *lead generator* en deze gegevens (die relevant zijn voor het afsluiten van het betreffende financieel product) vervolgens worden doorgestuurd aan de aanbieder. Hiervan wordt geoordeeld dat in dit geval sprake is van inhoudelijke betrokkenheid. Vaak wordt daarbij ook relevant geacht dat er een overeenkomst is tussen *lead generator* en aanbieder, veelal op grond waarvan de *lead generator* recht heeft op betaling voor de *leads*.<sup>30</sup>

Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB)<sup>31</sup> dat in een situatie waarbij de juridisch eigenaar van een aantal websites waarop relevante klantgegevens konden worden achtergelaten, welke na ontduubeling als 'lead' werden doorgestuurd aan externe financiële dienstverleners, sprake was van inhoudelijke betrokkenheid. Het CbB achtte een verklaring van de juridisch eigenaar dat de website uitsluitend geregistreerd stond op zijn naam, maar in feite geëxploiteerd werd door een van de financiële dienstverleners en dat de juridisch eigenaar uitsluitend ondersteunende IT-werkzaamheden verrichtte, onvoldoende concreet onderbouwd. Evenmin achtte het CbB overtuigend verklaringen van de financiële dienstverleners dat zij zelf verantwoordelijk waren voor het gebruik van de websites, dat zij zelf de 'leads' genereerden en dat de gegevens direct op

de server van een van de financiële dienstverleners terecht kwamen. Ook hier speelde volgens het CbB mee dat de eigenaar van de website een vergoeding kreeg voor 'leads'.

### 3.5. Algemeen beeld

Voor een begrip in het financieel toezichtrecht is er al betrekkelijk veel geschreven en geprocedeerd over de definitie bemiddelen. Over het algemeen wordt de definitie van bemiddelen ruim uitgelegd. De huidige interpretaties zien nog veelal op *offline* situaties (de traditionele bemiddelaars zoals assurantietussenpersonen en hypotheekbemiddelaars) en daarnaast op *lead generators* en vergelijkingswebsites. Een (openbare) interpretatie of uitspraak ten aanzien van een FinTech omgeving is er (nog) niet.

## 4. Toegepast op een FinTech omgeving

Hierboven heb ik in kaart gebracht wat moet worden verstaan onder bemiddelen in de zin van de Wft op grond van de wet, de parlementaire geschiedenis, interpretaties van de AFM en de rechtspraak. Dan is natuurlijk de vervolgvraag hoe de huidige invulling van het begrip bemiddelen moet worden toegepast op een FinTech casus, zoals bijvoorbeeld de casus omschreven in paragraaf 2 van dit artikel. De relevante vraag die dan speelt is of de FinTech onderneming inhoudelijke betrokkenheid heeft bij de totstandkoming van de overeenkomst met betrekking tot het elektronisch geld tussen de gebruikers en de EGI, dat vervolgens wordt geadmistreerd in de applicatie van de FinTech onderneming (de *mobile wallet*).

### 4.1. Inhoudelijke betrokkenheid volgens AFM

De meest logische aanpak om te analyseren of sprake is van inhoudelijke betrokkenheid, is om de meest recente interpretaties van de AFM erbij te pakken. De AFM oordeelt dat in twee gevallen sprake zal zijn van inhoudelijke betrokkenheid.

#### 4.1.1. Doorsturen van relevante klantgegevens?

Allereerst is van inhoudelijke betrokkenheid sprake als de FinTech onderneming méér dan alleen contactgegevens zou doorsturen aan, in dit geval, de EGI. De AFM heeft aangegeven dat zij onder contactgegevens verstaat gegevens die de klant herleidbaar maken, waardoor een IP adres er bijvoorbeeld ook onder kan vallen. Van contactgegevens is niet langer sprake bij klantgegevens die relevant zijn voor het afsluiten van het product elektronisch geld.

Maar wat zijn relevante klantgegevens bij elektronisch geld (of bijvoorbeeld een betaal- of spaarrekening)? Er is – anders dan bij krediet of een verzekering – niet zoiets als de hoogte van een lening

29. Rechtbank Utrecht 5 november 2008, JOR 2009/17.

30. Zie voor de meest recente relevante uitspraak in dit verband: CbB 26 november 2014, JOR 2015/12, m. nt. Lieverse.

31. CbB 6 juni 2014, RF 2015/13.

of het gewenste verzekerde bedrag. De EGI zal uiteraard wel bepaalde gegevens nodig hebben om een account te kunnen openen voor de gebruiker. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het IBAN nummer van de gebruiker. Dit is relevant voor de EGI omdat deze uitsluitend bedragen zal uitkeren op een voor haar bekend IBAN nummer. Denk bijvoorbeeld ook aan een kopie paspoort dat via de applicatie kan worden geüpload en aan de hand waarvan de EGI zijn verplichtingen op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: de Wwft) kan nakomen.<sup>32</sup>

De vraag is dan of het IBAN en het kopie paspoort contactgegevens zijn die de klant herleidbaar maken, of gegevens relevant voor het afsluiten van het product. Ik zou er in eerste instantie voor willen pleiten om een ruim begrip toe te kennen aan 'contactgegevens' die de klanten herleidbaar maken. Wat het hier echter moeilijk maakt, is dat de voorwaarden van de EGI worden geaccepteerd in de applicatie. De overeenkomst tussen EGI en gebruiker komt dus tot stand *via* de applicatie. Als een verplicht onderdeel van die overeenkomst is dat het IBAN en een kopie paspoort bekend zijn bij de EGI, dan wordt het op basis van huidige interpretaties moeilijk om te bepleiten dat het hier inderdaad gaat om contactgegevens en niet om gegevens relevant voor het afsluiten van het product. Daarbij heeft de AFM opgemerkt dat al sprake is van bemiddelen als bijvoorbeeld contactgegevens plus de geboortedatum van de klant wordt doorgegeven.<sup>33</sup>

Stel nu – daarentegen – dat de overeenkomst tot stand komt nadat via de applicatie uitsluitend NAWTE gegevens zijn ingevoerd in de applicatie (en daarmee doorgegeven aan de EGI) en informatie als IBAN en kopie paspoort pas *nadat* de overeenkomst al is gesloten worden verstrekt aan de EGI, bijvoorbeeld bij de eerste overboeking. In dat geval worden uitsluitend contactgegevens doorgespeeld aan de EGI. Dit lijkt wat gekunsteld, maar zou de FinTech onderneming hier wel kunnen helpen om buiten het bereik van (toezichtrechtelijk relevant) bemiddelen te blijven.

Hoe dan ook lijkt in een FinTech omgeving dus al snel sprake te zijn van bemiddelen doordat meer dan contactgegevens worden doorgegeven aan een aanbieder.

#### 4.1.2. Inwinnen van meer dan contactgegevens en overeenkomst met aanbieder?

Volgens de AFM is ook sprake van inhoudelijke betrokkenheid als meer dan contactgegevens worden ingewonnen en de tussenpersoon daarnaast ook een overeenkomst heeft met de aanbieder die mede bedoeld is om (potentiële) klanten in contact te brengen met de aanbieder.

De FinTech onderneming zal in de eerste plaats waarschijnlijk meer dan contactgegevens inwinnen van de klant (zonder die noodzakelijkerwijs door te sturen aan de EGI). Denk hierbij weer aan het IBAN en een kopie paspoort en overige relevante klantinformatie. Als die informatie uitsluitend relevant is voor de overeenkomst tussen de EGI en de gebruiker, dan zal sprake zijn van 'inwinnen van meer dan contactgegevens'. Hierbij kan overigens naar mijn mening nog wel een vervolgvraag zijn of de FinTech onderneming die informatie inderdaad inwint ten behoeve van de overeenkomst tussen de EGI en de gebruiker, of (ook) ten behoeve van haar *eigen* werkzaamheden. Dat laatste kan bijvoorbeeld het geval zijn als de FinTech onderneming zelf bepaalde diensten aan de klant levert (zoals het faciliteren van de *group wallet*, zonder daarbij zelf een financieel product aan te bieden) en ter uitvoering van die werkzaamheden informatie inwint van de klant (zoals het IBAN ter identificatie van de klant in de onderlinge verhouding tot groepsgebruikers). Als we even aannemen dat de FinTech onderneming deze klantinformatie (die dus voor eigen doeleinden wordt ingewonnen) *niet* zou doorspelen aan de EGI, dan is er wat mij betreft geen sprake van inhoudelijke betrokkenheid met betrekking tot de overeenkomst tussen EGI en klant.

In de tweede plaats zal er een overeenkomst zijn tussen de EGI en de FinTech onderneming waarin de voorwaarden voor samenwerking zijn vastgelegd. Hoewel het wellicht niet expliciet in de overeenkomst is opgenomen, impliceert het feit *dat* er een overeenkomst is wellicht alleen al dat die overeenkomst ook mede bedoeld is om (potentiële) gebruikers in contact te brengen met de EGI.

Hier zou ik nog wel iets tegenin willen brengen. Voor de vraag of er een overeenkomst is tussen de EGI en de FinTech onderneming, acht de AFM veelal ook relevant dat degene die de klantgegevens doorstuurt betaald wordt voor die diensten door de *aanbieder* van het financieel product. Echter, op grond van de overeenkomst tussen de FinTech onderneming en de EGI heeft de FinTech onderneming niet noodzakelijkerwijs ook recht op een aanbrengvergoeding. De FinTech onderneming levert immers zelf (ook) diensten aan de klant en kan een vergoeding vragen voor het downloaden van de app. En zelfs dat hoeft niet, want wat natuurlijk ook erg waardevol kan zijn voor de FinTech onderneming zijn over de gegevens van de gebruikers te kunnen beschikken, zoals bij welke winkels het

32. Specifiek ten aanzien van elektronisch geld, geldt overigens op grond van art. 7 lid 1 onder c Wwft onder bepaalde voorwaarden een uitzondering op de verplichting om een cliëntonderzoek te doen. Mogelijk speelt deze verplichting dus niet in het genoemde voorbeeld. Dat neemt niet weg dat de EGI het wenselijk kan vinden om gebruikers te identificeren aan de hand van bepaalde gegevens, zoals een kopie paspoort.

33. Zie de Publicatie bemiddelen, september 2014 (voetnoot 22), p. 2.

tegoed wordt aangewend door gebruikers.<sup>34</sup> Wat ik hiermee wil aangeven is dat het bedrijfsmodel van de FinTech onderneming erop gericht kan zijn om zelf waarde toe te voegen voor de klant, waarvoor de FinTech onderneming dan ook zelf een (al dan niet geldelijke) vergoeding afspreekt met de klant. De overeenkomst met de EGI is dan een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan beide partij afzonderlijk een element van de dienstverlening leveren aan de klant. Dit is wezenlijk anders dan bij bijvoorbeeld *lead generators* of een vergelijkingswebsite, die er hun bedrijfsmodel van maken om tegen betaling *leads* of consumenten door te sturen aan aanbieders.

Als we naar de interpretaties van de AFM kijken op dit punt en deze toepassen ten aanzien van de FinTech onderneming, dan levert dat een lastige analyse op. Het is niet eenvoudig vast te stellen of de FinTech onderneming inhoudelijke betrokkenheid heeft. Gelet op uitspraken van de AFM dat snel sprake zal zijn van bemiddelen, lijkt het echter prudent om met de kwalificatie niet te lichtvoetig om te gaan.

#### 4.2. Inhoudelijke betrokkenheid gelet op rechtspraak

De vraag is dan nog of aan de rechtspraak nog argumenten ontleend kunnen worden om te kunnen betogen dat toch geen sprake van bemiddelen is. Zoals hierboven weergegeven, ziet veel van de rechtspraak op de vraag of zogenoemde *lead generators* binnen de reikwijdte van de definitie vallen. In meer recente rechtspraak wordt al zeer snel aangenomen dat dit het geval is. Daarbij is steeds doorlaggevend dat klanten op de website van de *lead generator* hun gegevens kunnen achterlaten die dan worden doorgestuurd aan de aanbieder. Als de *lead generator* en de aanbieder dan ook nog een overeenkomst hebben op grond waarvan de *lead generator* wordt betaald voor aangebracht *leads*, is sprake van bemiddelen. Als we deze lijn toepassen op de FinTech onderneming dan zal – net als hierboven – de relevante vraag zijn of (i) de gegevens die de FinTech onderneming doorstuurt kwalificeren als klantgegevens relevant voor het afsluiten van het product en (ii) de overeenkomst tussen de FinTech onderneming en de EGI mede bedoeld is om klanten in contact te brengen met de aanbieder en de FinTech onderneming daarvoor vergoed wordt. Ik zou hierbij dezelfde kanttekeningen willen plaatsen als hierboven weergegeven, waarbij ik dus opmerk dat – als we deze lijn volgen – snel sprake zal zijn van bemiddelen.

34. Overigens is privacy van klantgegevens natuurlijk op zichzelf een hot topic in de FinTech sector. Zo heeft de AFM eerder zorgen geuit over dat allerlei partijen als gevolg van implementatie van PSD2 over betaalgegevens kunnen komen te beschikken, waarbij misbruik op de loer ligt. Zie [www.nos.nl](http://www.nos.nl), 'AFM vreest misbruik als banken klantgegevens gaan delen', 30 november 2016.

Uit de wat oudere rechtspraak kan nog wel een aantal interessante elementen gedestilleerd worden. Zo werd tot tweemaal toe geoordeeld dat het exploiteren van een platform waarop klanten zelf hun gegevens konden invullen voor het opvragen van een offerte, waarna de website deze gegevens doorstuurde aan de aanbieder en deze vervolgens zelf contact opnam met de consument, niet kwalificeerde als bemiddelen. Daarbij maakte het geen verschil dat de 'look and feel' van de website volledig in de sfeer van de exploitant was. Als we deze elementen toepassen op de FinTech onderneming, zou betoogd kunnen worden dat de FinTech onderneming uitsluitend de applicatie exploiteert waarin gebruikers hun gegevens kunnen invullen, welke gegevens dan worden doorgeleid naar de EGI. De inhoud van de overeenkomst en de kenmerken van het elektronisch geld worden vervolgens bepaald door de EGI. De gebruikers accepteren uitsluitend de voorwaarden *via* de applicatie. In dit geval zou dan evenmin uitmaken dat de 'look and feel' van de applicatie volledig in de sfeer van de FinTech onderneming is. De vraag is of het nog zinvol is deze eerdere uitspraken af te wegen gelet op meer recente rechtspraak ten aanzien van vergelijkbare gevallen, waarin steeds werd geoordeeld dat wel sprake was van bemiddelen.

#### 4.3. Conclusie

Al met al zijn er argumenten voor en argumenten tegen de kwalificatie van bemiddelen door de FinTech onderneming. Vanwege de strenge uitleg door de toezichthouder en vergelijkbare risico's als een casus zich bij de rechter zou voordoen, zou ik echter altijd terughoudend zijn in de kwalificatie buiten toepassing achten. Met name het NAWTE-criterium zal in erg veel van de gevallen leiden tot de kwalificatie van bemiddelen.

#### 4.4. Andere opties

Overigens zouden FinTech ondernemingen die binnen de reikwijdte van de definitie van bemiddelen vallen mogelijk nog gebruik kunnen maken van een vrijstelling<sup>35</sup> of uitzondering op de vergunningplicht, bijvoorbeeld door zich aan te sluiten als verbonden bemiddelaar<sup>36</sup> of aangesloten instelling<sup>37</sup> bij een onder toezicht staande onderneming met toereikende vergunning. Ik ga daar in dit artikel niet nader op in. Daarbij merk ik overigens wel op dat hoewel de FinTech onderneming dan wellicht is vrijgesteld of uitgezonderd van de vergunningplicht, deze onderneming nog wel zal moeten nagaan of nog doorlopende vereisten van toepassing zijn en zo ja, welke.

35. Art. 6, 6a en 7 Vrijstellingsregeling Wft.

36. Art. 2:81 lid 2 Wft.

37. Art. 2:105 Wft.

## 5. Noodzaak tot herziening van huidige interpretaties?

Zoals hiervoor bleek is het niet altijd eenvoudig vast te stellen of in een FinTech omgeving sprake is van bemiddelen in de zin van de Wft. De digitale wereld brengt een totaal nieuwe manier van het bedienen van klanten met zich en huidige interpretaties ten aanzien van de definitie van bemiddelen sluiten daar niet naadloos op aan, althans houden daar nog niet specifiek rekening mee. De activiteiten van dergelijke FinTech ondernemingen lijken bepaald niet op de activiteiten van traditionele bemiddelaars zoals assurantietussenpersonen en hypotheekbemiddelaars. Dat roept de vraag op of ten aanzien van deze nieuwe online en mobiele FinTech initiatieven herziening van de huidige interpretaties ten aanzien van de definitie van bemiddelen wenselijk is.

Toezichthouders zullen hier wellicht niet happig op zijn. FinTech toepassingen kunnen zeer breed en divers zijn, waardoor een algemene interpretatie lastig te formuleren zal zijn. Soms zal van bemiddelen evident wel sprake zijn<sup>38</sup> en in andere gevallen is het juist lastig te identificeren. Anderzijds was eerder *juist* de digitalisering van de dienstverlening aanleiding voor de AFM om haar interpretatie van het begrip bemiddelen aan te scherpen en te verduidelijken, zo volgt uit het nieuwsbericht waarmee ze haar meest recente publicatie ten aanzien van bemiddelen verspreide.<sup>39</sup> Ongetwijfeld zal de AFM – zeker ook in het kader van de InnovationHub en de Regulatory Sandbox - ervaringen opdoen ten aanzien van dit soort structuren en samenwerkingsverbanden. Daar waar bepaalde patronen ontstaan, zou het voor de markt in ieder geval wenselijk zijn als de AFM de in dat kader opgedane ervaring en de door haar daaraan gegeven interpretatie zou publiceren.

Zowel in de beoordeling van individuele gevallen als bij het formuleren van een nieuwe interpretatie, zou ik de AFM willen oproepen om - binnen de ruimte die de wet biedt - FinTech initiatieven te beoordelen op de daadwerkelijke *activiteiten* die ze verrichten. Concreet zou ik de AFM willen op-

roepen om zichzelf de vraag te stellen of het in de praktijk toegepaste NAWTE-criterium wel leidend zou moeten zijn voor de vraag of in een FinTech omgeving sprake is van inhoudelijke betrokkenheid. Daarbij merk ik het volgende op.

In een FinTech omgeving zoekt de FinTech onderneming vaak de samenwerking op met aanbieders van bestaande financiële producten, waarbij de FinTech onderneming de toegang tot financiële producten eenvoudiger en/of gebruiksvriendelijker maakt. Vaak zal de FinTech onderneming meer dan NAWTE gegevens 'doorsturen' via een door haar te ontwikkelen applicatie. Dat is juist een van de kenmerkende elementen die de FinTech onderneming toevoegt aan de dienstverlening: snellere en makkelijker toegang. In veel van die samenwerkingsverbanden tussen aanbieders en FinTech ondernemingen, die door middel van online of mobiele applicaties de toegang tot die financiële producten eenvoudiger maken, zal de FinTech onderneming echter verder geen invloed hebben op de kenmerken van het financiële product en heeft zij niet het oogmerk om financiële diensten of financiële producten aan te bieden. De vraag is dan of het enkele doorsturen van meer dan NAWTE gegevens via de applicatie inderdaad ertoe leidt dat de FinTech onderneming *inhoudelijk betrokken* is.

Veel van de huidige kwalificaties van bemiddelen zijn juist gestoeld op de constatering dat een onderneming meer dan contactgegevens (NAWTE gegevens) van de klant doorstuurt aan de aanbieder, waarmee volgens huidige AFM interpretaties en (lagere) rechtspraak is vast komen te staan dat sprake is van inhoudelijke betrokkenheid en dus van de kwalificatie van *tussenpersoon*. Dit NAWTE-criterium is gebaseerd op de volgende passage uit een nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Wet financiële dienstverlening, waarin de toenmalige minister van Financiën reageert op Kamervragen:

*'Het enkele doorverwijzen van een consument naar een bepaalde aanbieder of bemiddelaar is geen werkzaamheid gericht op een inhoudelijke betrokkenheid bij het tot stand brengen van overeenkomst inzake een financieel product tussen een consument en een aanbieder. In die zin kan de enkele doorverwijzing van een consument, waarna hij vervolgens zelf contact moet leggen met de aanbieder of de bemiddelaar en de inhoud van de eventuele overeenkomst vervolgens uitsluitend wordt bepaald door de relatie aanbieder / bemiddelaar en consument, niet worden aangemerkt als bemiddeling.'*<sup>40</sup>

Hier wordt niet letterlijk genoemd dat wanneer een onderneming méér dan NAWTE gegevens doorstuurt, sprake is van inhoudelijke betrokkenheid. Het NAWTE-criterium is echter vervolgens op basis van deze passage een eigen leven gaan leiden.

38. In gevallen waarin evident wel sprake is van bemiddelen moet vanzelfsprekend wel een vergunningplicht gelden. Er moet immers wel een *level playing field* worden gewaarborgd, ook wanneer het gaat om een FinTech omgeving. Deze lijn sluit ook aan bij de lijn die de Europese Commissie kiest in haar consultatiestuk 'FinTech: A More Competitive and Innovative European Financial Sector' (zie voetnoot 4). Daarin identificeert de Europese Commissie op pagina 4 en 5 drie basisprincipes in haar benadering van de FinTech markt: (i) *technological neutrality*, (ii) *proportionality* en (iii) *market integrity*. *Technological neutrality* houdt in dat dezelfde diensten dezelfde toezichtrechtelijke behandeling moeten genieten, ongeacht of deze offline of online worden aangeboden.

39. Zie voetnoot 19 voor de wijze waarop het nieuwsbericht (en de daarbij gepubliceerde interpretatie) kan worden geraadpleegd.

40. Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 9, p. 60.

De vraag is of in een FinTech omgeving met dit NAWTE-criterium inderdaad de inhoudelijke betrokkenheid wordt aangetoond. In dit verband is wellicht het tweede deel van de passage veel interessanter: 'waarna de consument vervolgens zelf contact opneemt met de aanbieder en de inhoud van de eventuele overeenkomst vervolgens *uitsluitend wordt bepaald door de relatie aanbieder en consument*'. Volgens mij raakt deze passage meer de kern van het hebben van inhoudelijke betrokkenheid dan de vraag of al dan niet meer dan NAWTE-gegevens worden doorgestuurd.

In het geval van veel FinTech initiatieven, zal de inhoud van de overeenkomst uitsluitend worden bepaald door de aanbieder van het financieel product. De FinTech onderneming brengt de aanbieder en consument met elkaar in contact. Strikt genomen neemt de consument wellicht niet zelf contact op met de aanbieder (dit gebeurt immers *via* de applicatie), maar in veel gevallen zal de FinTech onderneming geen enkele invloed hebben op de te accepteren voorwaarden van de aanbieder of de te sluiten overeenkomst tussen aanbieder en klant. Het is dan niet zo dat de FinTech onderneming door (al dan niet samen met de klant) aan bepaalde knoppen te draaien de kenmerken van het door de aanbieder te verstrekken financieel product kan wijzigen of beïnvloeden. De kenmerken van dat product staan vast en de FinTech onderneming levert naast dat financieel product nog additionele diensten aan de klant of voegt bepaalde elementen toe. De FinTech onderneming is in dit soort constructies voor wat betreft het financieel product toch veel meer een verlengstuk van de betreffende aanbieder. Dit zou naar mijn mening als zodanig moeten meewegen in het antwoord op de vraag of een FinTech onderneming inhoudelijke betrokkenheid heeft en daarmee bemiddelingsactiviteiten verricht.

Wellicht kan de AFM daarbij nog inspiratie ontleenen aan een specifieke uitzondering op het verlenen van betaaldiensten als bedoeld in art. 1:5a lid 2 onder j Wft. Daarin is bepaald dat onder het verlenen van betaaldiensten *niet* wordt verstaan het verlenen van diensten door technische dienstverleners ter ondersteuning van het verlenen van betaaldiensten zonder dat de technische dienstverlener op enig moment in bezit komt van de over te maken geldmiddelen. In feite zijn de activiteiten van een FinTech onderneming vergelijkbaar met dit soort technische dienstverleners: hun diensten dienen ter ondersteuning van de aanbieder zonder dat de FinTech onderneming inhoudelijk betrokken is bij de totstandkoming van het financieel product. Ze bieden de klant bepaalde gemakken en zijn voor het overige ondersteunend aan de keten, maar verlenen zelf geen te onderscheiden financiële dienst. Een andere interessante vergelijking is die met art. 6:196c lid 1 van het Burgerlijk Wetboek. Dit artikel ziet op de aansprakelijkheid van dienstverleners van de informatiemaatschappij die als *tussenpersoon* optreden. De diensten van dergelijke tussenpersonen kunnen worden gebruikt om content te plaatsen op een website. De tussenpersoon biedt toegang tot het internet voor de gebruiker die de

content plaats. Deze content kan onwettig zijn (bijvoorbeeld vanwege schending van enig auteursrecht). Daarvoor kan de tussenpersoon aansprakelijk gehouden worden, tenzij aan de voorwaarden van lid 1 is voldaan. Daarvoor is cumulatief vereist dat de dienstverlener (i) niet zelf het initiatief neemt tot het doorgeven van de informatie, (ii) niet degene is die bepaalt aan wie de informatie wordt doorgegeven en (iii) de doorgegeven informatie niet heeft geselecteerd of gewijzigd. In dat geval fungeert de dienstverlener volgens de memorie van toelichting in feite slechts als doorgeefluik van de informatie en is daarmee *niet betrokken bij de inhoud* van de informatie.<sup>41</sup> Als we dit toepassen op een FinTech omgeving en daarbij aannemen dat het de consument is die het initiatief neemt om via de applicatie diens gegevens door te sturen aan de aanbieder van het financieel product en de consument ook zelf bepaalt welke informatie dat is zonder dat de FinTech onderneming die gegevens nog kan wijzigen, zou dat niet tot inhoudelijke betrokkenheid moeten leiden van de FinTech omgeving.

Tot slot zou ik willen noemen dat er binnen de keten toch ook altijd een zekere verantwoordelijkheid zal zijn voor de aanbieder van de financiële producten en er daardoor minder angst zou hoeven zijn dat de bescherming van de klant in het geding is. Aanbieders moeten in ieder geval op grond van art. 32 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: BGfo) bij het ontwikkelen of in de markt verkrijgbaar stellen van een financieel product een productontwikkelingsproces doorlopen. Daarbij zullen de aanbieders onder meer de beoogde doelgroep van het financieel product moeten afbakenen en moeten vaststellen wat de beoogde doelstelling van die doelgroep is (art. 31 lid 1 sub a BGfo). Daarnaast moeten aanbieders een distributiekanaal kiezen dat afgestemd is op de beoogde doelgroep (art. 31 lid 1 sub c BGfo). Hier gaat toch een zekere waarborg vanuit, doordat de aanbieder van het financieel product zich bij het aangaan van het samenwerkingsverband met de FinTech onderneming ervan moet vergewissen dat deze wijze van in de markt verkrijgbaar stellen aansluit bij de doelgroep. Daardoor is er toch altijd een vorm van toezicht op de FinTech keten. Ik realiseer me dat ook bij *offline* dienstverlener de verplichtingen uit hoofde van het productontwikkelingsproces gelden, maar deze verplichting in combinatie met alle hierboven genoemde omstandigheden rechtvaardigt om in een FinTech omgeving niet te kort door de bocht te gaan en met enkel het NAWTE-criterium in de hand rechtstreeks op de bemiddelingskwalificatie af te stevenen.

Zoals gezegd zal het waarschijnlijk niet mogelijk zijn om een algemene interpretatie ten aanzien van FinTech te formuleren, juist doordat toepassingen breed en zeer verschillend kunnen zijn. Soms zal

41. Zie voor een toelichting op de activiteiten van dergelijke tussenpersonen en de verwijzing naar inhoudelijke betrokkenheid: *Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 3, p. 25.*

evident sprake zijn van bemiddelen en soms juist niet. Wat in ieder geval zeer duidelijk is, is dat in een FinTech omgeving nooit sprake zal zijn van bemiddelingsactiviteiten in de traditionele zin van het woord. Naar mijn mening vraagt dat in ieder geval dat FinTech ondernemingen nauwkeurig worden beoordeeld op basis van de daadwerkelijke activiteiten die ze verrichten. Bepaalde huidige interpretaties zullen niet altijd recht doen aan die activiteiten. Daarbij denk ik dan met name aan het NAWTE-criterium; in een FinTech omgeving lijkt het NAWTE-criterium te generiek om onder alle omstandigheden vast te stellen of sprake is van inhoudelijke betrokkenheid en daarmee van bemiddelingsactiviteiten. Overige elementen uit de toelichting bij deze definitie zouden ook meegewogen moeten worden.

## 6. Slotwoord

FinTech levert een verschuiving van offline dienstverlening naar online en mobiele dienstverlening op. Het zal in zo'n omgeving steeds vaker voorkomen dat financiële producten aan consumenten worden aangeboden via een keten van verschillende partijen, waarbij de tussenliggende schakels niet de aanbieder zijn van het betreffende financieel product. Die tussenliggende partijen zullen moeten vaststellen of hun activiteiten binnen het bereik van financiële toezichtwetgeving vallen. Daar waar zij niet de *aanbieder* van financiële producten zijn, moeten zij beoordelen of zij mogelijk *bemiddelen* ten aanzien van die financiële producten.

Gelet op de definitie van bemiddelen en de huidige interpretaties ten aanzien daarvan, is in veel gevallen niet eenvoudig vast te stellen of sprake is van bemiddelen in een FinTech omgeving. De definitie van bemiddelen is (te) ruim geformuleerd. Op dit moment legt de AFM de definitie breed uit ten aanzien van *offline* dienstverlening, *lead generators* en vergelijkingswebsites. In de rechtspraak is eenzelfde trend waarneembaar. Ten aanzien van een FinTech omgeving ontbreekt een AFM interpretatie en rechtspraak.

Een algemene interpretatie ten aanzien van bemiddelen in een FinTech omgeving lijkt niet direct haalbaar, omdat toepassingen in de praktijk breed en zeer verschillend kunnen zijn. Niettemin zou het wenselijk zijn voor de markt als de AFM ten aanzien van FinTech toepassingen de in het kader van haar in de praktijk opgedane toezichtervaringen (waaronder in het kader van de InnovationHub en de Regulatory Sandbox) zoveel mogelijk zou delen met de markt. Misschien kan dat voor de AFM ook aanleiding zijn om het NAWTE-criterium wat te nuanceren. Hopelijk zal de AFM daarbij in ieder geval voorop stellen dat aanbieders van online of mobiele applicaties per definitie niet te scharen zijn onder de traditionele bemiddelaars. Overregulering van een FinTech keten lijkt mij niet wenselijk ter bevordering van innovatie in de financiële sector.