

De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht

Ilan de Vré

Op 19 november jl. heeft de Eerste Kamer de Wijzigingswet financiële markten 2014¹ aangenomen. Met die wet wordt een algemene zorgplicht voor 'financiële dienstverleners' geïntroduceerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Artikel 4:24a Wft is bedoeld als vangnetbepaling die de AFM de mogelijkheid geeft om op te treden als sprake is van evidente misstanden en specifieke bepalingen uit het financieel toezicht niet toereikend zijn. De wetgever heeft voor de invulling van de nieuwe zorgplicht aansluiting gezocht bij de bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners zoals ontwikkeld in de civielrechtelijke jurisprudentie van met name de Hoge Raad, zo blijkt uit de parlementaire stukken. De zorgplicht van artikel 4:24a Wft maakt onderdeel uit van het publiekrecht, maar heeft een bijzondere, enigszins hybride vorm met privaatrechtelijke trekjes. Ik geloof niet dat het de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht overbodig maakt, maar men kan zich afvragen of die zorgplicht zich had kunnen ontwikkelen tot het rijkgeschakeerde en succesvolle leerstuk dat het nu is, als artikel 4:24a Wft twintig jaar eerder was geïmplementeerd.

Inleiding

Er is al geruime tijd groeiende aandacht voor de controle op banken en andere financiële dienstverleners in hun relatie tot consumenten. De controle op financiële dienstverleners verloopt via verschillende kanalen. Consumenten kunnen terecht bij (vrij laagdrempelige en specialistische) geschillenbeslechting

¹ Het wetsvoorstel is behandeld als: *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632 en *Kamerstukken I 2013/14*, 33 632.

op grond van zelfregulering bij het Kifid,² er is steeds ingewikkelder en vaak gewijzigd publiekrechtelijk financieel toezicht, waarin allerlei specifieke verplichtingen en gedragsnormen zijn opgenomen die bedoeld zijn om consumenten te beschermen en de civiele rechter biedt bescherming en schade-loosstelling als consumenten menen dat zij benadeeld zijn. Daarbij speelt de bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners, die in belangrijke mate is ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad een zeer grote rol. Bierens³ noemt de huidige bancaire zorgplicht een ‘amalgam van verplichtingen uit (Europees) financieel publiekrecht, privaatrecht en de jurisprudentie’.

Toch is het beschikbare arsenaal volgens velen niet voldoende. De gedachte is dat banken met name sinds de jaren negentig in toenemende mate in een Angelsaksisch model van winstmaximalisatie terecht zijn gekomen, waardoor zij minder dan daarvoor de belangen van cliënten centraal stellen. Tel daarbij op dat producten steeds ingewikkelder (en vaker risicovol) zijn geworden en dat door verschillende crises is gebleken dat optimistische verwachtingen wat betreft de resultaten van financiële producten niet altijd realistisch waren, en het is duidelijk waarom de behoefte aan bescherming van consumenten is gegroeid. Er zijn nog altijd verschillende opvattingen over hoe ver die bescherming moet gaan, maar dat die bescherming geboden is, staat nauwelijks meer ter discussie.⁴

Toezichthouder AFM heeft in een wetgevingsbrief⁵ van 10 oktober 2011 gevraagd om een generieke zorgplicht voor financiële dienstverleners in de Wet op het financieel toezicht (Wft), in aanvulling op specifieke normen die al bestaan. De implementatie van specifieke voorschriften in de publiekrechtelijke regelgeving kan de ontwikkelingen in de praktijk niet bijhouden, aldus de AFM. De algemene zorgplicht moet de AFM handvatten geven om toch op te kunnen treden als dat geboden is. De toenmalige Minister van Financiën, De Jager, zegde toe⁶ onderzoek te doen naar een dergelijke zorgplicht. In het regeerakkoord van 29 oktober 2012 werd bovendien het voor-

2 Klachteninstituut Financiële dienstverlening, zie <http://www.kifid.nl>. Het is een initiatief van brancheorganisaties in de financiële dienstverlening en de Consumentenbond.

3 B. Bierens, ‘Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht’, *NTBR* 2013/3.

4 Zie bijvoorbeeld O.O. Cherednychenko, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht’, *NTBR* 2010/11.

5 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 3 (MvT), p. 25, met verwijzing naar een bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 55 (ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer).

6 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 55, p. 33 en *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 58, p. 25.

nemen opgenomen om de zorgplicht van banken wettelijk te verankeren.⁷ Inmiddels is de Wijzigingswet financiële markten 2014 aangenomen en op 1 januari 2014 (grotendeels) in werking getreden.⁸

Voordat ik op de wisselwerking tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplicht in ga, zal ik eerst deze twee normen afzonderlijk bespreken.

Civiele bijzondere zorgplicht

Bijna zeventien jaar geleden is de bijzondere zorgplicht van banken in de rechtspraak van de Hoge Raad bevestigd en sindsdien is deze niet meer weg te denken uit de civiele rechtspraak. De bijzondere zorgplicht wordt wel gezien als hoeksteen van de relatie tussen financiële instellingen en particuliere consumenten. Het is, zeker in vergelijking met het financiële publiekrecht, een verrassend helder baken waarop financiële instellingen en particuliere consumenten kunnen koersen, aldus Cortenraad.⁹ Ik zal hier een globaal overzicht geven van het leerstuk.

Gestage ontwikkeling

De bijzondere zorgplicht van de bank is in rechtspraak van de Hoge Raad voor het eerst te vinden in zaken over optiehandel. In het arrest *Rabobank/Everaars*¹⁰ van 23 mei 1997 speelde de volgende kwestie. Everaars had belegd in putopties en had daarbij aanzienlijk verlies geleden. Het risico op dergelijke verliezen is inherent aan handel in opties. Als degene die handelt niet beschikt over de onderliggende waarde, bestaat zelfs het risico op een restschuld. Daarom waren er beursregels die voorschreven dat er zekerheidsplichten, marges, moesten worden aangehouden. Everaars had gedurende meer dan een half jaar niet aan die margeverplichtingen voldaan. De bank had hem daar wel op

7 'Bruggen slaan', Regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012, p. 11.

8 De wet is gepubliceerd in *Stb.* 2013/487, het Koninklijk Besluit over de inwerkingtreding in *Stb.* 2013/552. De wet is met uitzondering van enkele, hier niet relevante, bepalingen in werking getreden op 1 januari 2014.

9 W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012/128.

10 HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192 (*Rabobank/Everaars*), zie met name rov. 3.3. Kort daarvoor werd in HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256, NJ 1997/260, *RvdW* 1997/30 (*Dinkgreve/Internationale Nederlanden Bank*) de invulling van de bijzondere zorgplicht in cassatie getoetst, maar het bestaan ervan was in die zaak als zodanig niet aan de orde gesteld.

gewezen, maar hem niet aan de verplichtingen gehouden. Het hof oordeelde dat de bank niet de door haar in acht te nemen zorg in acht had genomen. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat in het oordeel van het hof besloten lag dat op de bank een bijzondere zorgplicht rust en dat die gedachte geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Deze gedachte is in latere jurisprudentie over optiehandel herhaald en uitgewerkt.¹¹ De standaardoverweging over deze bijzondere zorgplicht, zoals die in bovengenoemde zaak tot ontwikkeling is gekomen en vervolgens in latere arresten nader is uitgewerkt, luidt:

‘(E)en bank die van haar particuliere cliënten opdrachten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt (is) als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico’s die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. Deze zorgplicht – die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, zodat, indien dat gevaar zich verwezenlijkt, bij de toepassing van de in art. 6:101 BW opgenomen maatstaf fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortkomen in beginsel minder zwaar wegen dan fouten van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten (HR 23 mei 1997, nr. 16250, NJ 1998, 192) – vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen. De omvang van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd’ (onderstreping IV).¹²

Deze rechtspraak betreft de bijzondere zorgplicht van banken als tussenpersoon in de contractuele relatie met hun particuliere cliënten in verband

11 Zie met name HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660, RvdW 1998/138 (*Van de Klundert/Rabobank*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, JOR 2003/199, NJ 2005/103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

12 Zie voormeld arrest HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, JOR 2003/199, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*), rov. 3.6.3.

met de zeer risicovolle handel in opties.¹³ De Hoge Raad baseert die zorgplicht op de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW).

De bijzondere zorgplicht is in belangrijke mate verder ontwikkeld in de jurisprudentie over effectenleaseproducten. Effectenleaseproducten zijn producten waarbij cliënten geld lenen, dat vervolgens wordt belegd in effecten. Deze producten kwamen begin jaren negentig op en leunden sterk op optimistische verwachtingen over koersontwikkelingen. Toen dat uiteindelijk een illusie bleek, had dat tot gevolg dat cliënten met aanzienlijke restschulden konden blijven zitten. De Hoge Raad heeft op 5 juni 2009 drie belangrijke arresten gewezen over de bijzondere zorgplicht van de bank bij het aanbieden van effectenleaseproducten: *T./Dexia*, *Levob/B.* en *Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*.¹⁴ Ook hier betrof het dus producten met een aanzienlijk risico. De Hoge Raad verwijst naar de bijzondere zorgplicht in bewoordingen die vergelijkbaar zijn met het voorgaande citaat en noemt expliciet de functie van de bank in het maatschappelijk verkeer. De Hoge Raad breidt in deze arresten de bijzondere zorgplicht uit tot de precontractuele fase en lijkt de bijzondere zorgplicht af te leiden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) en de maatschappelijke betamelijkheid (artikel 6:162 BW),¹⁵ zodat schending van de zorgplicht kan leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als aan de overige vereisten daarvan is voldaan. Het is overigens opvallend dat de bijzondere zorgplicht bij deze effectenlease-arresten er niet toe leidt dat er een weigeringsplicht op de bank kan rusten, zoals bij de optiehandel-arresten wel het geval was.¹⁶ Als ik het goed zie, heeft de Hoge Raad in deze arresten duidelijk gemaakt dat de bijzondere zorgplicht niet beperkt is tot banken, maar ziet op de ‘*professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten*’.¹⁷ Deze verbreding is in de literatuur wat onderbelicht gebleven. Er wordt door veel auteurs vrij willekeurig gesproken over de bijzondere zorgplicht van banken en/of over de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners. Plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, die in een behoorlijk aantal van de hier spelende zaken heeft geconcludeerd, spreekt in

13 Cherednychenko (a.w. 2010).

14 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, *RvdW* 2009/683 (*T./Dexia*); ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, *RvdW* 2009/684 (*Levob/B.*); en ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *RvdW* 2009/685 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

15 Zie hierover W.H. van Boom, ‘De beslissing van de Hoge Raad in de effecten-leasezaken’, *RvC* 2009/6 en Cherednychenko (a.w. 2010), die opmerken dat de dogmatische grondslag van de bijzondere zorgplicht in deze zaken niet helemaal helder is.

16 Zie het *Levob/B.*-arrest, voornoemd, rov. 4.7.2. Zie hierover ook Cherednychenko (a.w. 2010).

17 Zie bijvoorbeeld het *Levob/B.*-arrest, voornoemd, rov. 4.5.4.

haar recente conclusies wel vrij consequent van de bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners.

In het arrest *Fortis/Bourgonje*¹⁸ van 24 december 2010 is de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht verder uitgebreid, met name wat betreft het soort diensten waarop die van toepassing is. De Hoge Raad heeft aangenomen dat op de bank ook een bijzondere zorgplicht rust als vermogensbeheerder. In de lagere rechtspraak was dit al eerder aangenomen,¹⁹ maar de Hoge Raad heeft zich hierbij voor het eerst in die zin uitgelaten. Bij vermogensbeheer kan de cliënt ook aanzienlijke verliezen leiden, maar de risico's zijn in de regel kleiner dan bij optiehandel en bij effectenleaseproducten. Met name speelt de kans op restschulden in beginsel niet bij vermogensbeheer. De zorgplicht was in deze zaak bovendien van belang met betrekking tot een aandelenportefeuille die nog buiten het beheer viel, maar waarbij wel duidelijk was dat het vermogen uit verkoop van die portefeuille tot het beheer zou gaan horen. De vraag is bij welke vormen van financiële dienstverlening de bijzondere zorgplicht nu precies geldt.

Onder anderen Van der Woude vraagt zich naar aanleiding van het *Fortis/Bourgonje*-arrest af of de bijzondere zorgplicht nu voor alle financiële dienstverleners geldt.²⁰ Zoals gezegd, meen ik dat die stap al in de effectenlease-arresten was gezet. De ontwikkeling is best begrijpelijk. Het landschap van financiële dienstverlening is in de loop van de tijd gegroeid en er is sprake van convergentie en overlap tussen de aangeboden diensten van verschillende partijen. Banken, verzekeraars en tussenpersonen bieden een steeds ruimer palet van producten die in toenemende mate overlappen. Ik kan me goed voorstellen dat de vraag niet zozeer moet zijn of een dienstverlener primair bekend staat als bank, maar of sprake is van een professionele partij op het gebied van financiële dienstverlening. Tjong Tjin Tai²¹ merkt in zijn noot bij het *Fortis/Bourgonje*-arrest op dat de Hoge Raad de nadruk op de maatschappelijke functie van banken heeft verschoven naar de bijzondere deskundigheid. Die lijn

18 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, *JOR* 2011/54, *ONDR* 2011/33 (*Fortis/Bourgonje*).

19 Vgl. onder meer Rb. Amsterdam 21 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AV1512, *JOR* 2006/72, *NJF* 2006/226; Rb. Rotterdam 10 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL4890, *NJF* 2010/153; Hof Amsterdam 4 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA3384, *JOR* 2007/90; Hof Leeuwarden 6 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN0830, *JOR* 2010/308.

20 F. van der Woude, 'Een nieuwe bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer?', *WPNR* 2011/6886.

21 Zie Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot onder het arrest, par. 1.

lijkt zich door te zetten. De Hoge Raad heeft in het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest²² van 8 februari 2013, dat overigens met name de klachtplicht van artikel 6:89 BW betref, overwogen dat op de bank ‘als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener’ een bijzondere zorgplicht rust bij beleggingsadviesrelaties met particuliere beleggers.

De Hoge Raad heeft het leerstuk van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners in de loop van de tijd aanzienlijk uitgebreid, zowel wat betreft de vraag op wie deze plicht rust als wat betreft de vraag in welke fase/bij welke soort dienstverlening deze plicht betekenis heeft. Daarmee is overigens niet gezegd dat de bescherming op grond van deze zorgplicht onbegrensd is. De Hoge Raad heeft ook regelmatig aangenomen dat er geen schending van de zorgplicht was of geoordeeld dat het hof te snel tot de slotsom was gekomen dat er wel sprake was van een schending.²³ Uit de ontwikkeling over de afgelopen zeventien jaar kan denk ik wel worden afgeleid dat de Hoge Raad de beschermingsgedachte die eruit spreekt stevig neer wil zetten. Ik meen dat die gedachte ook te herkennen is in het vrij recente *Koersplan*-arrest²⁴ van 14 juni 2013 over een zogenaamde ‘woekerpolis’. Daarin is overigens niet de bijzondere zorgplicht aan de orde. Het betreft de aanvulling van een leemte in een overeenkomst tussen Aegon (als rechtsopvolgster van Spaarbeleg) en een cliënt. De Hoge Raad kiest hier ook duidelijk voor bescherming van de klant ten opzichte van de financiële dienstverlener.

De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners heeft ondertussen ook in de lagere rechtspraak een enorme vlucht genomen en wordt veelvuldig toegepast. Het leerstuk voorziet duidelijk in een grote behoefte.

Containerbegrip

De bijzondere zorgplicht is geen eenduidige regel. Het is eerder een containerbegrip waarmee op basis van zeer gevarieerde afwegingen tot een oordeel gekomen kan worden. Het leerstuk is, ondanks de enorme vlucht die het heeft genomen, nog altijd in ontwikkeling. De jurisprudentie van de Hoge Raad

22 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *JOR* 2013/106, *RvdW* 2013/253 (*Van de Steeg/Rabobank*), rov. 4.3.1.

23 Zie voormeld *Fortis/Bourgonje*-arrest. In zijn noot, par. 2, verwijst Tjong Tjin Tai naar HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9439, *RvdW* 2006/657; HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX3202, *RvdW* 2006/745; HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, *JOR* 2010/19 (*Staalbankiers*).

24 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749 (*Spaarbeleg*).

samenvattend, meen ik dat de bijzondere zorgplicht met name kan worden gekenschetst aan de hand van de volgende kenmerken:

- *De strekking van de bijzondere zorgplicht* – Bescherming van consumenten tegen informatiescheefheid, tegen grote risico's, maar ook tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, staat centraal.
- *De positie van banken (c.q. financiële dienstverleners)* – De positie van deze dienstverleners in de maatschappij brengt mee dat zij een vergaande verantwoordelijkheid dragen. Daarbij wordt enerzijds de nadruk gelegd op de maatschappelijke rol van banken in het economisch verkeer, anderzijds (en steeds nadrukkelijker) op de rol als professionele en bij uitstek deskundige partij op het terrein van financiële diensten.
- *Toepassing op uiteenlopende relaties* – De bijzondere zorgplicht kan een rol spelen bij contractuele, maar ook bij pre- en buitencontractuele relaties.
- *Verschillende wettelijke grondslagen* – De wettelijke grondslag waar de bijzondere zorgplicht op terug te voeren is, verschilt al naar gelang de relatie die zich voordoet. Met name gaat het om de eisen van redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:248 lid 1 BW (waar de bijzondere zorgplicht in contractuele relaties verder gaat dan de gewone zorgplicht van opdrachtnemers op grond van artikel 7:401 BW) en de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatig handelen op grond van artikel 6:162 BW aan de orde is.
- *Correctiemechanismen* – Het civiele recht biedt voorts correctiemechanismen, afhankelijk van de grondslag die speelt, zoals de vraag in hoeverre de schade vanwege eigen schuld op grond van artikel 6:101 BW voor eigen risico moet komen en toetsing aan het relativiteitsvereiste uit artikel 6:163 BW als sprake is van schending van een publiekrechtelijke norm.
- *Wisselwerking met publiekrecht* – Publiekrechtelijke regels kunnen een rol spelen bij de vraag of een financiële dienstverlener civielrechtelijk aansprakelijk is, maar zijn daarvoor niet doorslaggevend. Daar zal ik hierna nog nader op ingaan.
- *Verschillende verplichtingen* – Al naar gelang het type dienstverlening en de omstandigheden van het geval, spelen verschillende verplichtingen, met name om goed onderzoek te doen naar de cliënt, goed informatie te verschaffen, niet de eigen belangen maar die van de cliënt centraal te stellen, in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor risico's, te adviseren niet een bepaalde transactie aan te gaan en onder omstandigheden zelfs te weigeren aan een overeenkomst mee te werken.

- *Omstandigheden van het geval* – Het zwaartepunt van de toets ligt bij een afweging van de omstandigheden van het geval. Cortenraad²⁵ noemt het, in verband met die omstandigheden van het geval, een ietwat grauwe maatstaf, maar meent ook dat het juist de kracht en de reden van het succes van de civiele maatstaf is. De omstandigheden die met name een rol spelen zijn de aard van de dienstverlening, het kennisniveau en de ervaring van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de ingewikkeldheid van de rechten en verplichtingen die een bepaalde overeenkomst voor de cliënt meebrengt, de risico's waaraan deze blootstaat of komt bloot te staan en de mogelijke gevolgen daarvan voor hem, alsmede de doelstellingen van de cliënt en diens risicobereidheid.

Het financieel toezicht

De publiekrechtelijke regelgeving voor financieel toezicht heeft de afgelopen decennia een enorme vlucht genomen, mede onder invloed van Europese regelgeving. Regelingen hebben elkaar snel opgevolgd, de hoeveelheid regelingen nam erg toe, pogingen deze te stroomlijnen zijn deels geslaagd, maar hebben er niet toe geleid dat het rechtsgebied bijzonder toegankelijk is geworden. Sommigen spreken van een eruptie aan regelgeving.²⁶ Er is in deze publicatie geen ruimte om dit landschap ook maar globaal neer te zetten. De Wft speelt binnen de Nederlandse rechtsorde een centrale rol.

Artikel 1:1 Wft definieert een aantal categorieën organisaties. Een belangrijke groep zijn de financiële dienstverleners (aan elkaar geschreven). De definitie luidt:

‘degene die een ander financieel product dan een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringsbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent’

Het is een vrij technische definitie, maar vrij veel (diensten van) banken, verzekeraars en financiële tussenpersonen zijn daaronder te scharen. Financiële dienstverleners moeten worden onderscheiden van beleggingsonderne-

25 Cortenraad (a.w. 2012).

26 Zie P. Frentrop, ‘Over de regulering van de financiële sector’, *ONDR* 2011/63, en Cortenraad (a.w., 2012) die daar naar verwijst.

mingen, die beleggingsdiensten en beleggingsactiviteiten verrichten. Diverse specifieke regels over zorgvuldige dienstverlening zijn vastgelegd in afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) van de Wft, zoals verplichtingen tot informatieverstrekking, het provisieverbod en het ‘ken-uw-cliënt’-beginsel. Die regels zijn weer nader uitgewerkt in het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) Wft en in de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (Nrgfo) Wft. De regelgeving op het gebied van financieel toezicht bevatte tot voor kort geen algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners ten opzichte van hun cliënten. Zo’n bepaling was er al wel voor beleggingsondernemingen in artikel 4:90 Wft:

1. Een beleggingsonderneming zet zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in voor de belangen van haar cliënten, handelt ook bij het verrichten van beleggingsactiviteiten eerlijk, billijk en professioneel en onthoudt zich van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt.
2. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de verwerking van orders en het verschaffen of ontvangen van een provisie bij het verlenen van een beleggingsdiensten of nevendiensten.’

De nieuwe algemene zorgplicht

De aangenomen Wijzigingswet Financiële Markten 2014 omvat verschillende onderwerpen, zoals het toezicht op afwikkelondernemingen, versterking van de financiële stabiliteit als onderdeel van het prudentieel toezicht, financiële verslaggeving en de vermogensscheiding van beleggingsinstellingen en icbe’s. De algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners is één van de hoofdonderwerpen. Artikel 4:24a Wft, zoals dat uiteindelijk is aangenomen, luidt:

‘Artikel 4:24a

1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.
3. De Autoriteit Financiële Markten geeft met betrekking tot het eerste en tweede lid slechts toepassing aan artikel 1:75 bij evidente mis-

standen die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden.

4. Onze Minister zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van dit artikel aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit artikel in de praktijk.'

De algemene zorgplicht is te vinden in het eerste lid. Het tweede lid bepaalt dat bij advisering, meer nog dan bij andere vormen van dienstverlening, de belangen van de cliënt centraal moeten staan. Een financiële dienstverlener die een consument een product aanbiedt, mag in zekere mate het eigen (commercieel) belang laten meewegen en hoeft niet in alle gevallen de consument naar het voor hem gunstigste product te leiden. Als de dienst bestaat uit advisering, dan moet de consument er op kunnen vertrouwen dat diens belang wel centraal staat. Het derde lid ziet op de handhavingsbevoegdheid van de AFM. Als de AFM constateert dat een financiële dienstverlener in strijd handelt met de zorgplicht uit dit artikel, dan kan zij een aanwijzing geven, bijvoorbeeld een opdracht om een bepaalde handelwijze te staken of een product niet langer aan te bieden. Als de financiële dienstverlener geen gehoor geeft aan de aanwijzing, kan de AFM een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen. Het derde lid van artikel 4:24a Wft maakt duidelijk dat de AFM slechts terughoudend gebruik mag maken van die handhavingsbevoegdheid. Het uitgangspunt blijft dat de AFM zal optreden op basis van bestaande specifieke voorschriften. Het artikel is slechts bedoeld als vangnetbepaling als sprake is van evidente misstanden en optreden op grond van de specifieke voorschriften niet mogelijk is.²⁷ Het laatste lid verplicht de minister om binnen 3 jaar aan het parlement verslag uit te brengen over de doeltreffendheid en effecten van de bepaling.

De AFM kan op basis van artikel 4:24a Wft door middel van aanwijzingen duidelijk maken welk gedrag voor de toekomst onwenselijk is, maar de publiekrechtelijke handhaving zal niet leiden tot schadeloosstelling van de getroffen consument. Het voorstel laat de mogelijkheid van consumenten om zich te wenden tot de civiele rechter onverlet. Een consument zou een door de toezichthouder opgelegde sanctie kunnen gebruiken ter onderbouwing van zijn of haar vordering. En andersom kan de uitspraak van de civiele rechter aanleiding zijn voor de toezichthouder om handhavend op te treden, aldus de MvT.²⁸

²⁷ Zie onder meer *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 3 (MvT), p. 30.

²⁸ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 3 (MvT), p. 27.

Het optreden van de AFM kan overigens door de bestuursrechter worden getoetst.

De versie van artikel 4:24a Wft zoals dat aan de Tweede Kamer werd voorgelegd, bestond alleen uit de eerste twee leden. Het uiteindelijke derde en vierde lid zijn bij amendement²⁹ van A. de Vries en W. Koolmees toegevoegd. Het vangnetkarakter dat al in de toelichting stond, is daarmee in de bepaling zelf opgenomen en de minister heeft de opdracht gekregen binnen 3 jaar na inwerkingtreding verslag uit te brengen aan het parlement. Het is wel enigszins curieus om een dergelijke opdracht aan de minister in de materiële bepaling zelf op te nemen. Het wekt ook een beetje de indruk dat men in de Kamer bij voorbaat niet helemaal overtuigd is van het nut en/of de doeltreffendheid van de bepaling. De Wijzigingswet is op 19 september jl. door de Tweede Kamer aangenomen. De Eerste Kamer heeft het vervolgens op 19 november jl. als hamerstuk aangenomen.

Kritiek over noodzaak

De AFM en de Minister van Financiën zagen het ontbreken van een dergelijke algemene zorgplicht voor de (bredere) groep van financiële dienstverleners als belemmering bij de pogingen de financiële sector goed te laten functioneren. De Afdeling advisering van de Raad van Staat had in haar advies³⁰ van maandag 8 april 2013 over een eerder concept voor artikel 4:24a Wft aangegeven niet overtuigd te zijn van het nut en de noodzaak van de voorgestelde zorgplicht. Ze wees erop dat in het civiele recht al een bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen bestaat op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de toelichting op het wetsontwerp zoals dat was voorgelegd, werd die namelijk niet vermeld. Er werd slechts gewezen op de reguliere zorgplicht voor opdrachtnemers op grond van artikel 7:401 BW. Ook in de literatuur, waar de voorgestelde nieuwe zorgplicht op verschillende punten op vrij veel kritiek kon rekenen, zijn de nodige vraagtekens gezet bij de noodzaak voor de nieuwe norm en de versterking van de bevoegdheden van de AFM.³¹

29 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 14.

30 Advies Wo6.13.0026/III, 8 april 2013, ook opgenomen in *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 4 (Advies RvS en nader rapport).

31 Zie onder meer Cortenraad (a.w. 2012) en A.Ch.H. Franken, 'Generieke zorgplicht in Wft wenselijk?', in: *Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen?*, Zutphen: Paris, 2012.

In de toelichting³² bij het uiteindelijke wetsvoorstel is de noodzaak voor de voorgestelde nieuwe zorgplicht meer uitgewerkt. De noodzaak zou liggen in de wens informatiescheefheid tussen financiële dienstverleners en hun klanten te verkleinen en het feit dat de inmiddels ingevoerde specifieke verplichtingen voor financiële dienstverleners nog niet tot een goed functionerende markt hebben geleid. Verder, aldus de MvT, is gebleken dat ontwikkelingen in de financiële sector soms sneller gaan dan de ontwikkeling van regelgeving. Minister Dijsselbloem heeft in de Nota naar aanleiding van het Verslag³³ opgemerkt dat de toezichthouder doorgaans over meer deskundigheid zal beschikken dan de consument en daardoor effectiever marktgedrag zal kunnen signaleren en daartegen optreden. Als voorbeeld van een situatie waarin de op dat moment beschikbare regelgeving tekort zou zijn geschoten, noemt hij de DSB-casus met betrekking tot kredietverlening in combinatie met de verkoop van verzekeringen op koopsombasis. De Commissie Scheltema³⁴ concludeerde in haar rapport dat de AFM pas echt handhavend heeft kunnen optreden tegen de meest wezenlijke problemen bij DSB, nadat haar bevoegdheden met de invoering van de Wet financiële dienstverlening (Wfd) sterk waren uitgebreid, aldus de minister.

Publiekrechtelijke handhaving betekent een wezenlijke aanvulling op de zorgplicht die financiële dienstverleners op grond van de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad hebben, omdat het primaat niet bij partijen in een concrete zaak ligt, maar bij de toezichthouder die vaak een voorsprong in kennis heeft op consumenten.

De doelstelling van het voorstel is bescherming van de consument, maar uit het voorstel blijkt ook dat de Minister vindt dat de cultuur in de financiële sector nog niet op orde is. De nieuwe zorgplicht moet namelijk mede dienen ter versterking van het vertrouwen in de financiële markten en bijdragen aan een cultuuromslag in de financiële sector. Ook vanuit de samenleving klinkt, zeker sinds de crises van de afgelopen jaren, regelmatig de roep om versterkte grip op de financiële sector.

Recente kwesties, zoals de manipulatie van de Libor-rente, laten naar mijn mening zien dat het moreel klimaat in de financiële sector inderdaad nog niet op orde is. Ik denk dat er in ieder geval een duidelijke behoefte bestond en bestaat aan meer grip op de financiële sector. Ik leid dat ook af uit het feit

32 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 3 (MvT), p. 24-30 en 78-79, alsmede nr. 4 (Advies RvS en nader rapport), p. 5-7.

33 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 6 (NnavV), p. 30.

34 Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank, Den Haag, 23 juni 2010, p. 20.

dat de Hoge Raad in de effectenlease-arresten niet alleen heeft beslist over de voorliggende kwesties, maar ook gedragsregels heeft geformuleerd voor andere gevallen, met name wat betreft het verband tussen de zorgplicht en schadevergoeding bij schending daarvan. De Hoge Raad merkt daarbij wel meteen op dat in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval.³⁵ Nu het wetsvoorstel is aangenomen, is de vraag of er een noodzaak voor bestond wat mij betreft minder interessant geworden. Het is nu vooral interessant om te zien hoe artikel 4:24a Wft in de praktijk gaat uitpakken en verder de evaluatie na 3 jaar te bezien.

Opvallend is overigens dat in de parlementaire stukken, naar aanleiding van de kritiek van de Raad van State, wel wordt verwezen naar de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht en dat er meteen is gekozen de normen zo veel mogelijk gelijk te schakelen. In het Nader Rapport wordt opgemerkt dat het ‘wezenlijk dezelfde norm’ zou betreffen.³⁶ Ik zal later in dit stuk ingaan op de onderlinge relatie tussen beide normen, maar de Minister heeft deze opmerking tijdens de verdere behandeling wel wat afgezwakt. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt enerzijds opgemerkt dat het niet de bedoeling is een nieuwe norm te introduceren, anderzijds wordt de koppeling met de civiele norm iets lossier gemaakt. Er kan enige divergentie ontstaan, aldus de Minister.³⁷

Wisselwerking publiek- en privaatrechtelijke regels

De civielrechtelijke bijzondere zorgplicht en publiekrechtelijke voorschriften hebben elkaar in de loop van de tijd aanzienlijk beïnvloed. Ik meen dat daarbij een ontwikkeling te zien is waarbij het primaat verschuift van het privaatrecht naar de publiekrechtelijke normen, al zullen het elkaar aanvullende stelsels blijven.

Het privaatrecht heeft duidelijke invloed gehad op de publiekrechtelijke regelgeving. De wetgever heeft de vraag of het privaatrecht volstaat om problemen in de financiële sector nader te reguleren soms mee laten wegen bij de vraag of nieuwe publiekrechtelijke regels gewenst zijn:

35 Zie bijvoorbeeld voormeld De T./Dexia-arrest, rov. 4.1 e.v., voor de bijzondere zorgplicht met name 4.8.1 e.v.

36 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 4 (Advies RvS en nader rapport), p. 5-6.

37 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 6 (NnavV), p. 33.

‘In principe kan het feit dat een bepaald gedrag ook reeds op grond van het civiele recht van een financiële onderneming wordt verlangd een reden zijn om het stellen van publiekrechtelijke regels achterwege te laten. Of dit wenselijk is hangt echter af van de vraag of het civiele recht het gedrag van financiële ondernemingen voldoende (duidelijk) normeert en of de effectiviteit daarvan publiek toezicht overbodig maakt. Het regelen van aspecten van de relatie tussen cliënt en financiële onderneming in publieke toezichtwetgeving biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen. Bovendien biedt het publieke toezicht mogelijkheid om financiële ondernemingen die bijvoorbeeld de informatie- en adviesverplichtingen ernstig overtreden te beboeten of zelfs de toegang tot de markt te ontzeggen. Financiële ondernemingen zullen dit waarschijnlijk ervaren als een sterke prikkel tot naleving van de wettelijke verplichtingen.’³⁸

Sommige normen uit de civielrechtelijke zorgplicht hebben hun weg gevonden naar specifieke voorschriften binnen het financieel toezicht, zoals de weigeringsplicht uit de optiehandel-arresten die in artikel 86 lid 1 Bgfo Wft te vinden is en het ken-uw-client-beginsel uit de effectenlease-arresten in artikelen 4:23 en 4:24 Wft.³⁹ In het verleden speelden nog diverse vragen over de wisselwerking, die inmiddels grotendeels zijn opgelost. Vraag was bijvoorbeeld of de rechtsgeldigheid van een in strijd met de Wft verrichte rechtshandeling civielrechtelijk aantastbaar is. Inmiddels is duidelijk dat dat niet (zonder meer) zo is, tenzij de Wft anders bepaalt.⁴⁰

In de concrete beoordeling in civielrechtelijke zaken spelen publiekrechtelijke normen, volgens mij in toenemende mate, ook een rol bij de invulling van de zorgplicht, al vallen beide normen ook dan niet samen. Als een publiekrechtelijke norm is geschonden, kan dat een rol spelen bij de vraag of de dienstverlener ook civielrechtelijk aansprakelijk is. De civiele toetsing kan echter zowel ruimer als beperkter uitpakken.⁴¹ De civiele toets kan bijvoorbeeld beperkter

³⁸ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 19, p. 317. Zie hierover ook A.C.W. Pijs, ‘De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener’, in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.), ‘Opgelegde bescherming’ in het bedrijfsrecht. *Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 167-193.

³⁹ Zie Cherednychenko (a.w. 2010).

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Bierens (a.w. 2013).

⁴¹ Zie Cortenraad (a.w. 2012).

uitpakken in verband met het relativiteitsvereiste uit artikel 6:163 BW als het gaat om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Als de financiële dienstverlener wel een publiekrechtelijke norm heeft geschonden, maar die strekt niet tot bescherming van de in het geding opgevoerde, geschade belangen, dan zal de vordering niet worden toegewezen. Aan de andere kant kan, als geen publiekrechtelijke norm is geschonden, toch sprake zijn van schending van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht, bijvoorbeeld als in de specifieke omstandigheden van het geval meer zorgvuldigheid vereist was. De Hoge Raad heeft dit in de hiervoor besproken effectenlease-arresten ook bevestigd.⁴² Plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense gaat hier uitgebreider op in in haar conclusies bij die zaken. Zij benadrukt dat sprake is van een dubbel stelsel van zorgplichten:

‘3.21 (...) Nederland (kent) een stelsel van dubbele zorgplichten (...), publiekrechtelijke zorgplichten en (vooral door de Hoge Raad ontwikkelde) privaatrechtelijke zorgplichten. Deze publiekrechtelijke toezichtregelgeving strekt ertoe om met betrekking tot de werkzaamheden van de effectenbemiddelaar (en/of kredietverlener) een zorgvuldige, deskundige en integere handelwijze te waarborgen en bevat met het oog daarop nadere regels aan de hand waarvan de toezichthouder de genoemde doelstellingen kan bevorderen. De eisen van de redelijkheid en billijkheid alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, zijn toegesneden op het concrete geval en kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de dan nog geldende publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt.’⁴³

De civielrechtelijke zorgplicht en de voorschriften uit het financieel toezicht zijn natuurlijk op een aantal punten wezenlijk verschillend. De civielrechtelijke bijzondere zorgplicht is vooral reparatoir en gericht op schadeloosstelling in individuele geschillen, terwijl toezicht bedoeld is om gedrag van spelers op de markt meer algemeen te reguleren. Het initiatief ligt in civielrechtelijke geschillen in de regel bij één van de betrokken partijen, in het toezicht in de regel juist bij de toezichthouder. Waar de omstandigheden van het concrete geval centraal staan bij de civielrechtelijke toets, abstraheren publiek-

42 Voor genoemde arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009: *T./Dexia*, rov. 4.11.5; *Levob/B.* rov. 4.5.8; en *Stichting gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*, rov. 4.6.10.

43 Zie bijvoorbeeld nr. 3.21 van haar conclusie bij eerstgenoemde arrest.

rechtelijke voorschriften daar in de regel van met als doel algemene regels te stellen voor de markt.⁴⁴ De ruimte die het civiele recht biedt om een en ander met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid uit te leggen bestaat niet, althans niet in dezelfde mate, in het toezicht.⁴⁵ De toets in het civiele recht is voorts een beoordeling van gedragingen *ex post*, terwijl bij toezicht de norm zo veel mogelijk *ex ante* ingevuld moet worden. Ook van belang daarbij is dat het toezicht, waarbij niet zelden sancties om de hoek komen kijken, een zeker punitief karakter heeft. Daarom spelen de voorzienbaarheid en het *lex certa*-beginsel daar een prominentere rol. Sommige auteurs signaleren een spanningsveld,⁴⁶ al wordt er ook wel op gewezen dat er sprake is van convergentie van de normen.⁴⁷

Cherednychenko⁴⁸ wijst erop dat sprake is van een opmars van wat zij 'toezichtprivaatrecht' noemt. Dat zijn 'bestuursrechtelijke gedragsregels inzake zorgvuldige financiële dienstverlening aan (potentiële) cliënten die aan financiële ondernemingen worden opgelegd als bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden behorend tot het financiële toezichtrecht'. Hoewel het normen zijn die gelden tussen de onderneming en de toezichthouder en dus geen onderdeel zijn van het privaatrecht zelf, normeren ze de individuele (veelal contractuele) relatie tussen die onderneming en (potentiële) cliënten. De zorgplichten voor financiële dienstverleners zoals die zijn vastgelegd in specifieke voorschriften in de financiële regelgeving en in de nieuwe algemene zorgplicht vormen een aanzienlijke component van dat toezichtprivaatrecht. De opmars van het toezichtprivaatrecht langs deze weg is mijns inziens een teken dat in de ogen

44 Zie met name Tjong Tjin Tai en Van den Berg, 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009/4, p. 166. In vergelijkbare zin: L.T. Timmerman, 'Situatiele gelijkheid in het (privaat)recht', in: *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: KNAW Press 2008, p. 43; C.J. de Jong, 'Publiekrechtelijke zorgplichten voor verzekeringstussenpersonen', *NTHR* 2011/1, p. 30-31; Cherednychenko (a.w. 2010); Cortenraad (a.w. 2012); en K. Rutten, 'De bijzondere zorgplicht van banken bij het afsluiten van renteswaps met professionele beleggers', *TOP* 2012/8, p. 316. Anders: D. Busch, 'Het "civiel effect" van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders', *Ondernemingsrecht* 2012/12.

45 Uitgebreid over deze verschillen onder meer: O.O. Cherednychenko, 'Naar een generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen bij "verzekeringsbeleggingsproducten" in de Wft?', in: *Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen?*, Zutphen: Paris, 2012.

46 Cherednychenko (a.w. 2010).

47 Cortenraad (a.w. 2012).

48 Cherednychenko (a.w. 2010) en O.O. Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: Op weg naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', in: *WPNR* 2013/6998.

van de wetgever de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht een heel belangrijk normenstelsel heeft gecreëerd. De voornaamste wens is om die normen echter in een eerder stadium te doen gelden, namelijk voordat het leed is geschied voor de cliënten.

Hybride norm van artikel 4:24a Wft en toekomst van bijzondere zorgplicht

De nieuwe zorgplicht van artikel 4:24a Wft is wel enigszins bijzonder van karakter en wijkt qua opzet af van wat ik hiervoor heb geschetst bij de karakterisering van het financieel toezicht. De wijze waarop de norm in de wet is verankerd, heeft – meer nog dan bij andere voorbeelden van toezichtprivaatrecht – elementen die normaal gesproken typisch privaatrechtelijk zijn. Artikel 4:24a Wft geeft AFM de bevoegdheid ex post op te treden, zelfs tot het formuleren van normen over te gaan, door het geven van aanwijzingen, waarbij wordt aangehaakt bij individuele gevallen. De bepaling is er niet (zonder meer) op gericht om zo veel mogelijk door middel van een duidelijke, maar algemeen geldende norm duidelijkheid te geven voor een zo groot mogelijk deel van de financiële markt. Er is sprake van een open norm, die vrij onbepaald is. De parlementaire behandeling benadrukt dat bij de toepassing alle omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol spelen.⁴⁹

296

De praktijk zal moeten uitwijzen hoe dat uitpakt, want er zijn natuurlijk op belangrijke punten ook verschillen met de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht. De strekking van de bepaling is immers wel degelijk (mede) het bewerkstelligen van een cultuuromslag in de financiële markten en het waarborgen van het publieke vertrouwen in die markten. De bepaling kent bovendien niet de mogelijkheid voor cliënten c.q. consumenten om schadevergoeding of een andere vorm van reparatie te verkrijgen, maar alleen de bevoegdheid om een aanwijzing te geven, zo nodig gevolgd door een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete. Ook als de AFM naar aanleiding van een concrete situatie van een benadeelde cliënt optreedt tegen een financiële dienstverlener, zal die cliënt een afzonderlijke civielrechtelijke route moeten volgen om daadwerkelijk schadevergoeding (te proberen) af te dwingen.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 632, nr. 6 (NnavV), p. 35.

Ik verwacht ook dat het vangnetkarakter van de bepaling het verschil met de civielrechtelijke norm in sommige opzichten zal versterken. Het is immers de bedoeling dat de AFM alleen optreedt in gevallen van evidente misstanden. Dat biedt mijns inziens veel minder mogelijkheden om een genuanceerd normenstelsel te ontwikkelen, zoals in het civiele recht is gebeurd. Daar waar de beslissing in de nuance ligt, zou de AFM in het geheel niet in actie horen te komen.

Mede daarom denk ik dat de rol van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners allerm minst is uitgespeeld. Als de AFM handhaving van de nieuwe zorgplicht met de beoogde terughoudendheid toe zal passen, dan denk ik zelfs dat artikel 4:24a Wft in de dagelijkse praktijk van vrij geringe betekenis zal zijn. De bestaande specifieke voorschriften uit de financiële regelgeving blijven binnen het toezicht immers prevaleren in situaties waarop zij zijn toegesneden. De nieuwe zorgplicht komt als het goed is pas aan de orde in bijzondere omstandigheden, als een vooralsnog onvoorziene vorm van onzorgvuldig handelen aan het licht komt. Dat zal geen dagelijkse kost zijn, gezien het huidige arsenaal specifieke zorgplichten. Het zal met name spelen bij een nieuwe handelwijze of een nieuw type product.

Het toezichtprivaatrecht zal, zelfs in de vorm van artikel 4:24a Wft met individueel gerichte aanwijzingen n.a.v. concrete gevallen, uitzonderingen daargelaten, vooral doeltreffend zijn met betrekking tot handelwijzen waarvan categoriaal kan worden gezegd dat zij onzorgvuldig zijn. In de civiele jurisprudentie is echter te zien dat het probleem zich lang niet altijd afspeelt op dat niveau. Niet zelden is het probleem dat, in het licht van de concrete omstandigheden, de concrete handelwijze jegens de concrete cliënt onvoldoende zorgvuldig is geweest. Er zal dus, ook op dit vlak, sprake zijn van een dubbel normenstelsel. Hoe die normen zich precies tot elkaar gaan verhouden, zal de praktijk moeten uitwijzen.

In de hiervoor gegeven schets van de ontwikkeling van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht, valt denk ik één ding wel op. Belangrijke stappen waarmee de lijnen voor het leerstuk zijn uitgezet, zijn genomen in zaken waar specifieke, veelal risicovolle, producten aan de orde waren, waar de specifieke regelgeving op dat moment nog niet op was toegerust, zoals optiehandel en effectenleaseproducten. Als de nieuwe zorgplicht twintig jaar eerder zou zijn geïntroduceerd, dan zouden dat typisch producten en ontwikkelingen zijn geweest waarvoor de bepaling bedoeld was. Het is goed denkbaar dat de nieuwe zorgplicht dan veel gras voor de voeten van de civiele rechter zou

hebben weggemaaid. Enerzijds is dat positief. Dat zou immers betekenen dat de bepaling effectief zou kunnen zijn en dat veel reparatoire procedures zouden zijn voorkomen. Tegelijkertijd is het de vraag of het leerstuk van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht zich zo mooi had kunnen ontwikkelen tot een dergelijk succesvol, rijkgeschakeerd en genuanceerd leerstuk waar cliënten op kunnen terugvallen om hun schade vergoed te krijgen.

Het is goed denkbaar dat de civiele jurisprudentie in de toekomst de verdere nuancering van het leerstuk blijft bepalen, maar dat bij de grote stappen in de verdere ontwikkeling van de zorgplicht een grotere rol voor het toezicht weggelegd zal zijn. De rechtsontwikkeling zal dus misschien wat verschuiven. De AFM zal daarbij een meervoudige rol spelen als regelgever en handhaver. De controle op beslissingen van de AFM ligt bij de bestuursrechter. Ik ben benieuwd hoe de wisselwerking met de civiele rechter zal zijn. In hoeverre zal de AFM haar aanpak bijstellen als in civielrechtelijke procedures over schadevergoeding andere keuzes worden gemaakt dan de AFM heeft gedaan bij de publiekrechtelijke handhaving? De tijd zal het leren.

Conclusie

De civielrechtelijke bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners is een rijk geschakeerd leerstuk dat van grote betekenis is voor de praktijk. Met de nieuwe algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners in artikel 4:24a Wft wordt beoogd de grip op de financiële markten te verbeteren. De bepaling heeft een bijzonder, enigszins hybride karakter. Ik meen dat het in de praktijk slechts een beperkte rol zou moeten gaan spelen, mede gezien het vangnetkarakter waarbij het slechts bij evidente misstanden dient te worden toegepast als bovendien specifieke voorschriften in de financiële regelgeving geen aanknopingspunten bieden. De rol van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht is naar mijn verwachting allerm minst uitgespeeld in de praktijk, maar het is goed mogelijk dat haar rol in de rechtsontwikkeling wel minder groot wordt.