



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De verankering van een Generieke Zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht

van Hattum, B.

Publication date

2012

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen?

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Hattum, B. (2012). De verankering van een Generieke Zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht. In M. L. Hendrikse, & J. G. J. Rinkes (Eds.), *Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen?* (pp. 19-36). (ACIS-serie; No. 10). Paris.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

De verankering van een Generieke Zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht

Definitieve versie d.d. 6 augustus 2012

mr. B. van Hattum¹

Voorbeschouwing

De generieke zorgplicht ter bescherming van consumenten kan omschreven worden als een altijd al aanwezig geweeste, boven het positieve recht staande plicht,² waaraan financiële ondernemingen zich te allen tijde hebben moeten houden en in de toekomst duidelijk moeten blijven committeren. Een wettelijke verankering in het bestuursrecht³ is noodzakelijk om duidelijkheid naar de financiële markten te creëren dat deze zorgplicht de kern dient te vormen van hun opereren. De Autoriteit Financiële Markten (“AFM”) heeft te kennen gegeven dat zij graag deze plicht via een bestuursrechtelijke verankering zou willen waarborgen in het Nederlandse financiële systeem zodat zij mogelijk in ‘evidente gevallen’ kan optreden om haar taak nog beter te kunnen vervullen.⁴ Ook de minister van Financiën heeft in het voorjaar van 2012 aangegeven dat hij hiervan de voors- en tegens zal gaan onderzoeken.⁵ Met het optreden in ‘evidente gevallen’ wordt grof geschetst bedoeld gevallen die evident in strijd zijn met de zorgvuldigheid respectievelijk de zorgplicht.⁶ Dit zijn gedragingen die zo fundamenteel zijn, dat ze te allen tijde bij

1 Bonne van Hattum is als PHD-fellow verbonden aan de afdeling Privaatrecht A van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam in het kader van een promotieonderzoek met betrekking tot de optimalisering van het systeem voor de afwikkeling van financiële massaschades. Een onderzoek naar de impact van financiële massaschades op de werking van de financiële markten. Tevens is zij als gastdocente verbonden aan het recent opgerichte Hazelhoff Centre for Financial Law van de Universiteit Leiden. Daarnaast is zij als strategisch beleidsadviseur en jurist werkzaam bij de afdeling Strategie Beleid en Internationale Zaken van de AFM. Dit artikel schrijft zij op persoonlijke titel vanuit haar wetenschappelijke status, maar buiten haar proefschriftonderwerp om De inhoud van dit artikel vertegenwoordigt de mening van de auteur en niet noodzakelijkerwijs de mening van de AFM.

2 Met het positieve recht wordt het geheel van regels dat op een bepaald tijdstip binnen een bepaalde gemeenschap van mensen geldt bedoeld. Zie hiervoor o.a. P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II. Positief recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6-7 jo p. 16 (hierna: Cliteur & Ellian 2011).

3 Het bestuursrecht omvat de regels betreffende overheidsbemoedienis met het maatschappelijk leven. Zie Cliteur & Ellian, p. 15.

4 Zie o.a.: <<http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/feb/reactie-afm-zembla.aspx>> joWetgevingsbrief AFM 2011, punt 2 in de bijlage, Brief van de minister van Financiën, d.d. 10 oktober 2011, kenmerk: SBI-SHMe-11071672. (Hierna: Wetgevingsbrief AFM 2011). Zie voor de aan de AFM opgedragen taak verder: art. 1:25 Wft jo. www.afm.nl.

5 *Kamerstukken II 2011/12*, 31 980, nr. 58, p. 25.

6 Zie K.W.H. Broekhuizen & C.E. Du Perron, ‘De fundamentele uitgangspunten van een generieke zorgplicht’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012-5, p. 168. (Hierna: Broekhuizen & Du Perron 2012). Uitgaande van een mogelijke splitsing van een generieke zorgplicht voor aanbieders en adviseurs & bemiddelaars. Zie hierover meer in par. 3.2.1 principal-agentproblematiek.

financiële ondernemingen redelijkerwijs bekend (hadden moeten) zijn.⁷ Concreet kan worden gedacht aan gedragingen die het normaal functioneren van de samenleving schade kunnen berokkenen en/of het vertrouwen in het functioneren van de financiële markten kunnen ondermijnen. De generieke zorgplicht kan via een duidelijke wettelijke verankering een essentiële bijdrage vormen aan een duurzame financiële sector: een sector die in balans is met de verwachtingen en behoeften vanuit de samenleving.

1. Inleiding

Zowel vanuit het civiele- als vanuit het bestuursrecht rusten er sinds begin jaren '90 vele specifieke zorgplichten op financiële ondernemingen die opereren in de retailmarkt als banken, verzekeraars, bemiddelaars en adviseurs.⁸ Deze zorgplichten hebben tot doel de consument te beschermen tegen financiële risico's die hij kan lopen in het landschap van de financiële markten.⁹ Een afgeleid doel (of daar nog bovenstaand doel) is het beschermen van de samenleving als geheel tegen instabiliteit veroorzaakt door wantrouwen van de consument en/of investeerders in deze financiële markten, waardoor de samenleving als geheel schade lijdt.¹⁰ De bescherming van consumenten met betrekking tot financiële producten en dienstverlening vindt via het bestuursrecht vooraf en doorlopend plaats.¹¹ Daarnaast kan een consument zijn opgelopen schade via de rechter en/of geschilbeslechter proberen te verhalen op de vermeende schadeveroorzaker. Hierdoor vindt er in sommige gevallen achteraf ook bescherming plaatst via een disciplinerende werking van het recht.¹²

Hiermee rijst de vraag of de huidige in de wet verankerde en in de jurisprudentie ontwikkelde zorgplichten voldoende effect creëren om het beoogde doel met betrekking tot de bescherming van de consument en het beschermen van de samenleving tegen instabiliteit veroorzaakt door wantrouwen op de financiële markten te behalen?

Betoogd kan worden dat op dit moment het beoogde doel nog onvoldoende kan worden behaald.¹³ Om dit doel beter te kunnen bereiken kan wellicht een duidelijk wettelijke verankering van de generieke

7 Zie voor een mogelijk nadere inkleuring van de generieke zorgplicht C.W. Maris & F.C.L.M. Jacobs, *Rechtsvinding en de Grondslagen van het Recht*, Assen: Van Gorcum 2011, p. 4. (Hierna: Maris & Jacobs 2011). Tevens is een belangrijke aantekening bij de reikwijdte van een bestuursrechtelijke generieke zorgplicht in de Wft het feit (tot op heden) dat deze niet met terugwerkende kracht zal worden ingevoerd.

8 S.B. Van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 99. (Hierna: Van Baalen 2006).

9 Zie hierover in brede zin bijv. Van Baalen 2006, p. 99 e.v. Met het begrip financiële markten wordt bedoeld de markten van alle financiële producten en diensten in de ruimste zin van het woord. Zie D. Busch e.a., *Onderneming en Financieel Toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 6. (Hierna: Busch e.a. 2010).

10 Zie hiervoor o.a. de taakstelling van de AFM en De Nederlandsche Bank ("DNB") in art. 1:25 Wft resp. art. 1:24 Wft.

11 Zie voor een nadere uitleg van zorgplichten in het recht meer in par. 2.2 en 2.3 van dit artikel.

12 Ik benadruk hier met name 'in sommige gevallen' omdat vanwege een hoge drempel voor de toegang tot het recht in Nederland een disciplinerende werking vanuit het privaatrecht erg laag is. Waaruit deze hoge drempel voor de toegang tot het recht precies bestaat en wanneer en in hoeverre er sprake is van een disciplinerende werking vanuit het privaatrecht zal nader worden toegelicht in B. van Hattum, *De optimalisering van het afwikkelingssysteem voor financiële massaschades* (diss. Amsterdam UvA in wording). (Hierna: Van Hattum diss. in wording). jo. par. 3.2.3.

13 Zie hiervoor o.a.: <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/feb/reactie-afm-zembla.aspx> jo. Wetgevingsbrief AFM 2011.

zorgplicht in het bestuursrecht een effectieve bijdrage vormen.¹⁴ Hierdoor kan de AFM, mocht dat nodig zijn, optreden tegen financiële ondernemingen¹⁵ die zich niet aan deze zorgplicht houden.

Mij is als onderzoeker gevraagd om in de onderhavige bundel een bijdrage te leveren die dient te bestaan uit het wetenschappelijk onderbouwen van de redenen en mogelijkheden voor een verankering van een generieke zorgplicht ter bescherming van consumenten in de Wet op het financieel toezicht (“Wft”). In dit artikel zal ik daarom de volgende vragen beantwoorden:

- a. Wat houdt een generieke zorgplicht precies in (par. 2)?
- b. Waarom dient er een verankering van een generieke zorgplicht in de Wft plaats te vinden (par. 3)?
- c. Welke mogelijke risico’s kleven er aan een verankering van een generieke zorgplicht in de Wft en hoe kunnen deze risico’s worden ondervangen (par. 4)?

Bij het lezen van dit artikel dient de lezer in acht te nemen dat tijdens het schrijven hiervan het Ministerie van Financiën (“MinFin”) bezig is om in samenspraak met de AFM, wetenschappers en marktpartijen een wettelijke verankering van de generieke zorgplicht in het bestuursrecht te onderzoeken.¹⁶ Dat er een verankering van deze generieke zorgplicht in de wet zal plaatsvinden, staat daarom ook nog niet vast.¹⁷ Verder betreft dit artikel een eerste ruwe uiteenzetting met betrekking tot de redenen en mogelijkheden voor de verankering van een generieke zorgplicht in de Wft. Ook beperkt de generieke zorgplichtdiscussie in dit artikel zich tot consumentenbescherming. In een later stadium zal dit artikel wellicht nader worden uitgewerkt en in een (juridisch) wetenschappelijk tijdschrift worden gepubliceerd.

2. Uitleg begrip generieke zorgplicht

2.1 Natuurrecht

Vanwege het evidente, uit het verstand voortvloeiende en generieke karakter, kan het begrip ‘generieke zorgplicht’ worden gezien als een (ongeschreven) plicht afkomstig uit het natuurrecht.¹⁸ Het natuurrecht is grof geschetst de tegenhanger van het positieve recht en in nog sterker verband de tegenhanger van het wetspositivisme of legisme.¹⁹ Bij het natuurrecht staat het recht in vergelijking met het positieve recht niet los van de moraal. Sinds de jaren ’50 is het natuurrecht in Europa daadwerkelijk grootschalig erkend en actief gebruikt in ons rechtssysteem waarmee het beginsel van rechtvaardigheid in sommige gevallen

¹⁴ Uiteraard kan ook betoogd worden dat de huidige wet- en regelgeving al toereikend genoeg is om wantrouwen en instabiliteit te reduceren op financiële markten door middel van het creatiever uitleggen en/of toepassen van al aanwezig wet- en regelgeving. In dit artikel laat ik o.a. zien dat deze mogelijkheden (zeer) beperkt zijn en dat een generieke zorgplicht deze mogelijkheden (mochten ze er al zijn) niet teniet zal doen, maar juist zal versterken en/of aanvullen.

¹⁵ Net als een passende generieke zorgplichtdefinitie wordt ook nog een passende reikwijdte afbakening onderzocht. Gemakshalve spreek ik in dit artikel over alle financiële ondernemingen.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 58, p. 25.

¹⁷ Ook kunnen er geen rechten ontleend worden aan de inhoud van dit artikel met betrekking tot de koppeling van de inhoud van dit artikel aan een mogelijke mening van de AFM.

¹⁸ Zie Cliteur & Ellian 2011, p. 16.

¹⁹ Voor een uitgebreidere toelichting op het verschil tussen natuurrechtelijk denken en het rechtspositivisme verwijs ik naar: Maris & Jacobs 2011, p. 3-4.

boven het beginsel van rechtszekerheid kan komen te staan.²⁰ Hoewel in Nederland nog altijd een vrij rechtspositivistisch ingestelde rechtspraak bestaat, is er toch sprake van natuurrechtelijke invloeden of gedachtegoed vanwege de invulling van open normen door rechters op basis van natuurrechtelijke principes²¹ en de invloeden van het EU-recht.²² Kortom: er is in de civiele rechtspraak al gedurende lange tijd sprake van de aanwezigheid van een generieke zorgplicht en zorgplichten die daarvan zijn afgeleid inclusief een in sommige gevallen ondergeschikte rol van rechtszekerheid. Daarbij kan op basis van de omschrijving van de generieke zorgplicht ook worden bepleit dat er altijd al sprake is geweest van de aanwezigheid van deze zorgplicht (in ongeschreven vorm) vanwege zijn fundamenteel aanwezige karakter volgens natuurrechtaanhangers.²³

2.2 Het privaatrecht

Voortbouwend op de vorige paragraaf kent Nederland al sinds lange tijden een civiele generieke zorgplicht die van toepassing is op financiële ondernemingen. In het privaatrecht komt de generieke zorgplicht het beste naar voren in art. 7:401 BW (zorgplicht van een goed opdrachtnemer) en in boek 6 van het BW geplaatste zorgplichten als art. 6:248 BW jo. art. 6:2 BW (toepassing van de redelijkheid en billijkheid). De genoemde artikelen tezamen zorgen ervoor dat de rechter²⁴ een bijzondere zorgplicht op financiële ondernemingen ter bescherming van consumenten van toepassing kan verklaren. Deze bijzondere zorgplicht of generieke zorgplicht verlangt meer van financiële ondernemingen dan ‘normale zorg’.²⁵ De betreffende zorgplicht wordt ingekleurd op basis van alle omstandigheden van het geval en hetgeen partijen de rechter aandragen.²⁶ Soms vult de rechter daarbij ook ambthalf rechtsgronden aan,²⁷ en/of kan de rechter ambtshalve een getuigenverhoor of deskundigenbericht gelasten.²⁸ Bij de inkleuring wordt verder gebruik gemaakt van een topische rechtsvindingsmethode. In deze methode wordt gebruik gemaakt van gevalstypen die voortvloeien uit de aanwezige jurisprudentie met betrekking tot klachten over een zelfde soort financieel product of dienstverlening en relevante overige jurisprudentie die hierop

20 Maris & Jacobs 2011, p. 5-6.

21 Een rechter treedt rechtsvormend op. Zo geeft hij nader inhoud aan open, moreel getinte maatstaven als ‘redelijkheid en billijkheid’ en de beginselen van behoorlijk bestuur, waarmee hij een zelfstandige rechtmatigheidsstoets invoert. Zie Maris & Jacobs 2011, p. 4.

22 Voorbeeld: EVRM. Maar ook in nog in ontwikkeling zijnde Europese richtlijnen komen open normen voor. Zoals: art. 24 jo art. 30 lid 1 eerste volzin MiFID II.

23 Een beroep op een generieke plicht of het natuurrecht kwam zelfs al naar voren in het verhaal van Antigone beschreven door Sophocles ten tijde van de Griekse Oudheid. Zie hiervoor Cliteur & Ellian, p. 6-7.

24 Met de term rechter doel ik op zowel rechters die recht spreken onder de vlag van de rechterlijke organisatie in Nederland als rechters of andere professionals die recht spreken onder de vlag van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (“KiFiD”).

25 Zie hiervoor o.a. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 507 (Hierna: Jansen 2012), Van Dam 2000, nr. 1513; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006 p. 171; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2009), nr. 194; A.C.W. Pijls, ‘De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener’, in: F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh, *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Den Haag: BJU 2010, p. 171.

26 Zie voor de mogelijkheden en grenzen van partij-autonomie: A.L.H. Ernes, *Burgerlijk procesrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 8.

27 Ex art. 25 Rv.

28 Ex art. 166 lid 1 laatste zin jo. art. 194 lid 1 Rv.

anticiperend kan werken.²⁹ Daarnaast worden civielrechtelijke zorgplichten ook ingekleurd door gebruikmaking van de vaak concretere bestuursrechtelijke normen,³⁰ waarbij de rechter niet per se kijkt naar welke normen in het verleden al geldend recht vormden. Ten slotte dient ook te worden opgemerkt dat civielrechtelijke zorgplichten verder kunnen gaan dan wettelijke gedragsnormen en dat gebruikmaking van gestandaardiseerde formulieren of documentatie, zoals veelal geschiedt, niet altijd volstaat.³¹ Hieronder zal ik kort een schets weergeven van de invulling van de generieke zorgplicht in het civiele recht door enkele recente en een minder recente voorbeelden uit de jurisprudentie aan te dragen waarin deze concreet op hiervoor genoemde wijze wordt uitgelegd.

1. Rabobank/Kouwenberg (HR 11 juli 2003, JOR 2003, 1999)

Een beleggingsonderneming handelt in strijd met de zorgplicht zelfs wanneer zij op expliciet verzoek van de belegger afwijkt van een mede ter bescherming van de belegger gestelde regel.

2. De Treek/Dexia (HR 5 juni 2009, LJN BH2815 jo. 29 april 2011, LJN: BP4003) en de uitleg van precontractuele zorgplichten in combinatie met art. 6:248 BW (redelijkheid & billijkheid).

Op aanbieders van effectenlease-producten rust, gelet op hun maatschappelijke functie en deskundigheid, in verhouding met particuliere beleggers een bijzondere zorgplicht, voortvloeiend uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid (r.o. 4.8.3).³² Dexia diende inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van aandelenleaseklanten teneinde na te gaan of deze naar redelijke verwachting de financiële verplichtingen, waaronder een mogelijke rechtsschuld, zou kunnen dragen.

3. Achmea/x (Hof Leeuwarden 11 mei 2010, LJN: BM4257) en de uitleg van art. 7:401 BW

Het 'ken-uw-klant' beginsel is in het begin van de jaren '90 als een van de belangrijkste onderdelen van de algemene zorgplicht voor effecteninstellingen aanvaard, niet alleen in Nederland, maar ook in de meeste andere Europese landen. Achmea heeft in casu het gelijk aan haar zijde dat de formele uitwerking van dit beginsel in de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 voor haar als levensverzekeraar gold, doch dit houdt geenszins in dat zij dit ken-uw-klant-beginsel geheel aan haar laars mocht lappen en uitsluitend haar eigen gewin voorop mocht stellen. (r.o. 19.1). Verder legt dit arrest art. 7:401 BW als volgt verder uit: "De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen". Deze zorgplicht geldt omdat de levensverzekeraar als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten een bijzondere zorgplicht heeft om de particuliere wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Dit volgt uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in aanmerking genomen de maatschappelijke functie en de deskundigheid van een verzekeraar. In casu werd de zorgplicht met name ingekleurd door de Riav 1998. (r.o. 9, 10 en 11).

²⁹ Het gebruik van gevalstypen voor rechtsvinding (topische rechtsvindingsmethode) en de bepaling van de reikwijdte van zorgplichten wordt nader uitgelegd in Van Baalen 2006, p. 124-128. Het oorspronkelijke gebruik van gevalstypen voor rechtsvinding komt voort uit het Saladin-HBU-arrest HR 19 mei 1967, NJ 1967.

³⁰ Voorbeelden van concrete bestuursrechtelijke normen voor bijv. beleggingsondernemingen zijn: de toepassing van profieltoetsen, waarschuwingplichten, passendheidstoets en geschiktheidstoets ex art. 4:23, 4:24 jo 80a t/m 80d Bgfo.

³¹ Hoge Raad (civiele kamer) 3 februari 2012, nr. 10/04578 m.nt. A.A. Ettena, *Ondernemingsrecht* 2012-8, p. 342.

³² Jansen 2012, p. 517.

4. **Van der Meulen/ASR (Falcon) (Rechtbank Haarlem, 17 juni 2009 jo. 26 januari 2011, LJN: BI7834) en de uitleg van art. 6:228 BW (dwaling) jo. 6:248 BW (redelijkheid & billijkheid) jo. 6:162 BW (wanprestatie/onrechtmatige daad).**

Inzake Falcon slaagt het beroep op dwaling bij een beleggingsverzekering omdat de rechtbank stelt dat in zijn algemeenheid het hefboomeffect zodanig ingrijpende consequenties kan hebben op het te behalen resultaat dat de rechtbank Van der Meulen volgt in zijn standpunt dat hij het Levensplan niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden, zou hebben afgesloten indien Falcon Van der Meulen ten tijde van het afsluiten van de verzekering zou hebben geïnformeerd over het hefboomeffect en de mogelijke consequenties hiervan.

2.3 Bestuursrecht

Ten slotte is een generieke zorgplicht die van toepassing is op financiële ondernemingen ook sinds medio 2005 bij de totstandkoming van de Wft in het bestuursrecht erkend. Maar door een gemis aan concreet zichtbare opnemings wordt deze nog altijd betwist. De generieke normstelling of plicht ligt ten grondslag aan art. 4:25 Wft en wordt nadrukkelijk vermeld in de parlementaire geschiedenis van de Wft: een financiële onderneming dient klanten zorgvuldig te behandelen.³³ Wel is deze generieke zorgplicht concreet in de Wft verankerd voor beleggingsondernemingen ex art. 4:90 Wft op basis van Markets in Financial Instruments Directive (“MiFID I”). Daarin dient een beleggingsonderneming zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op een eerlijke, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van haar cliënten, handelt zij ook bij het verrichten van beleggingsactiviteiten eerlijk, billijk en professioneel en onthoudt zij zich van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt. Ten slotte zijn bovenstaande zorgplichten onder andere nader uitgewerkt in het Besluit Gedragstoezicht financiële markten (“Bgf”) ex art. 80a-d jo. art. 81-86d jo. par. 14.1 van het Bgfo.

3. Redenen voor verankering in de Wft

3.1 Uitgangspunt: de generieke zorgplicht bestaat al

Een samenvatting van paragraaf 2 geeft weer dat vanuit de geschiedenis, de grondslagen van ons recht, het huidige privaatrecht, ons bestuursrecht en de huidige jurisprudentie geconcludeerd kan worden dat, er altijd al een generieke zorgplicht heeft bestaan die van toepassing is op financiële ondernemingen. Deze generieke zorgplicht is in eerste instantie in het privaatrecht wettelijk en daarmee zichtbaar verankerd. In het bestuursrecht is er nog sprake van een ongeschreven generieke plicht, in ieder geval sinds de ontwikkeling van de Wft, maar bestaan er sinds het begin van de jaren '90 enkele specifieke in de wet verankerde zorgplichten.³⁴ Door de nog altijd aanwezige ‘onzichtbaarheid’ is de generieke zorgplicht niet voldoende geschikt geacht om, anders dan via informele beïnvloeding, door de AFM te worden ingezet met betrekking tot handhaving voor alle financiële ondernemingen.³⁵ Gezien de roep vanuit de samenleving om het marktfalen met betrekking tot de achtergestelde positie van de consument te herstellen en gezien de wereldlijke (met focus op de in de Europese Unie en Nederland prangende)

³³ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 515. Zie ook verder: Broekhuizen & Du Perron 2012, p. 169.

³⁴ Zie hiervoor Van Baalen 2006, p. 99.

³⁵ Uiteraard is handhaving voor beleggingsondernemingen ex art. 4:90 Wft wel concreet (niet alleen formeel) mogelijk.

behoefte aan een duurzaam financieel stelsel, bestaat er een gerechtvaardigd belang een voor iedereen duidelijk zichtbare generieke zorgplicht in de Wft te verankeren.

3.2 Hulp bij reduceren van markt- en overheidsfalen

3.2.1 Markt- en overheidsfalen met betrekking tot de zwakkere positie van de consument

In het actorenveld³⁶ van de financiële markten is door verschillende omstandigheden de consument vaak niet krachtig genoeg om zijn belang evenwichtig ten opzichte van de andere actoren te vertegenwoordigen.³⁷ Hierdoor ontstaat er in het systeem van de werking van financiële markten op vele fronten marktfalen. Het is o.a. een taak van de AFM om deze vormen van marktfalen te helpen reduceren door de positie van de consument te versterken.³⁸ Uiteraard kan ook op andere wijzen de positie van de consument worden versterkt, maar tot op heden hebben deze andere wijzen³⁹ het marktfalen niet voldoende doen verdwijnen en zijn er nog onvoldoende signalen om aan te nemen dat in de nabije toekomst voldoende partijen zich aandienen om deze andere wijzen tot wasdom te laten komen. De AFM dient ervoor te zorgen dat er geen of zo min mogelijk marktfalen plaatsvindt door middel van het waarborgen van een balans (marktevenwicht) tussen de macht van alle actoren in het speelveld van de financiële markten. Dit is logisch vanwege de dynamiek van de financiële markten die overheidsbemoedienis in de vorm van toezicht noodzakelijk maakt.⁴⁰ De belangrijkste reden voor toezicht door de overheid betreft het corrigeren van marktfalen. De krachten van de markten zelf en de werking van het burgerlijk recht blijken namelijk niet in staat het gewenste evenwicht tussen aanwezig hebzucht op de financiële markten en bescherming daartegen aan te brengen. Hoewel niet ontkend kan worden dat financieel toezicht nadelen met zich meebrengt, lijken deze niet op te wegen tegen de voordelen, mits het toezicht goed is vormgegeven.⁴¹

Hieronder volgt kort een overzicht van enkele factoren die de zwakkere positie van de consument in het systeem van de financiële markten weerspiegelen en daarmee wantrouwen en instabiliteit teweeg kunnen brengen. Hierbij beperk ik mij onder het kopje marktfalen tot enkele meest in het oog springende en bekendste vormen van marktfalen op dit moment die een raakvlak kennen met zorgplichten binnen de

36 Met het actorenveld doel ik op alle actoren die tezamen op de financiële markten in bepaalde vorm actief zijn en de werking hiervan kunnen beïnvloeden zoals: financiële ondernemingen, consumenten, professionals, investeerders, toezichhouders (AFM, DNB en NMa), de rechter c.q. geschilbeslechter, de media en de wetgever.

37 Zie hiervoor o.a. A.J. de Jong, *Marktfalen bij tussenpersonen* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Paris 2010. (Hierna: De Jong 2010).

38 Zie voor een taakomschrijving van de AFM art. 1:25 Wft jo. <http://www.afm.nl/nl/consumenten/afm.aspx>.

39 Met “andere wijzen” doel ik o.a. op het zelfreddend vermogen van de consument met betrekking tot het op rationele manieren keuzes kunnen maken in de complexe wereld van de financiële markten. Of zichzelf daadwerkelijk op eenzelfde wijze kunnen meten met een financiële onderneming via informatieverstrekking en transparantievereisten. Ten slotte is het ook de vraag of de consument mocht hij achteraf een foute aankoop hebben gedaan zichzelf nog kan wapenen door zijn via het verhalen van schade op de betreffende financiële onderneming.

40 Zie hiervoor o.a. Busch e.a. 2010, p. 7-15.

41 Zie hiervoor o.a. Busch e.a. 2010, p. 14.

financiële markten.⁴² Ten slotte zal kort aandacht worden besteed aan een extra element van overheidsfalen. Dit betreft het steeds verder specificeren van wet- en regelgeving waardoor onvoldoende adequaat kan worden ingegrepen op innovatieve en schadelijke nieuwe financiële producten- en dienstverlening.

3.2.2 Marktfalen

Algemeen

De in deze paragraaf beschreven vormen van marktfalen worden zowel door aanbieders, adviseurs als consumenten veroorzaakt. De consument kent een zwakkere positie die door de andere twee actoren, het civiele recht en door middel van toezicht kan worden versterkt zodat een juiste balans kan worden gevonden en het systeem van de financiële markten beter kan werken. Belangrijk daarbij is om te erkennen dat zorgplichten steeds vaker primair de aanbieder worden toegerekend, hoewel het intermediair bij het veroorzaken van mogelijke zorgplichtschendingen ook een rol speelt.⁴³ Door bovengenoemde factoren en ontwikkelingen is het aanbevelenswaardig dat het intermediair en de aanbieders duidelijke afspraken maken en kennis delen op het gebied van transparantie over productinhoud/kwaliteit en de wijze van advisering inclusief benodigde nazorg gedurende de gehele looptijd van het product. Een generieke zorgplicht kan helpen deze afspraken te bespoedigen en op een passende wijze vorm te laten krijgen.

Informatieasymmetrie

Informatieasymmetrie ligt aan de basis van de affaires zoals de Dexia-affaire, de DSB-affaire en de Woekerpolisaffaire waarbij niet passende of zelfs defecte producten⁴⁴ zijn verkocht aan met name consumenten.⁴⁵ Door informatieasymmetrie kan een consument of klant geen geïnformeerde beslissingen nemen en daardoor moeilijk aanbieders disciplineren. Niet alleen de complexiteit maar ook de lange looptijd van veel financiële producten zorgt ervoor dat vaak pas na jaren duidelijk wordt of het product voldoet aan de verwachte en door de consument gevraagde doelstelling. Normale marktwerking gaat hier

42 Uiteraard bestaan er nog veel meer vormen van marktfalen binnen het opereren van de financiële markten zoals o.a. beschreven in De Jong 2010. Te denken valt aan: marktmacht, transactiekosten, beperkende werking van eigendomsrechten, ongunstige selectie, moreel risico en externe effecten. Al deze vormen van marktfalen zijn in dit artikel niet duidelijk genoemd maar zijn in meer of mindere mate wel in argumentatie en overwegingen meegenomen.

43 Zie o.a. De Jong 2010, p. 93-94 en p. 119 jo. recente beleggingsverzekeringsjurisprudentie als Gerechtshof Leeuwarden, 11 mei 2010, LJN BM4257 jo. Gerechtshof Leeuwarden, 13 december 2011, LJN: BU8150. Zie ook: Commissie van Beroep 14 oktober 2010, GCHB 390-L70021.

44 Met niet passende producten worden producten bedoeld die niet conform precontractuele zorgplichten in de Wft zijn geadviseerd. Met defecte producten worden producten bedoeld waarvan de inhoud zo is vormgegeven (bijv. een mix van kenmerken als een korte looptijd, defensief beleggingsprofiel en hoge kosteninhouding) dat hierdoor, los van externe omstandigheden als volatiliteit op financiële markten, het beoogde einddoel op het overeengekomen tijdstip met een hoge mate van waarschijnlijkheid niet kan worden behaald.

45 Niet te vergeten is het mogelijke feit dat niet passende en/of defecte producten ook zijn verkocht aan (semi)-professionele partijen zoals Vestia, ziekenhuizen, waterschappen, MBO's etc. Zie hiervoor o.a. R. Harmsen, 'Renteswap-lead ook veelvuldig in het mkb. Onwetendheid mkb-ondernemers over derivaten roept vragen op over de zorgplicht van banken', *Het Financiële Dagblad* 25 juli 2012. In dit artikel zal niet op zorgplichten die hierop mogelijk betrekking hebben worden ingegaan.

dus niet op; het betreft geen pak hagelslag waarbij je als het niet bevalt de volgende keer van merk wisselt. De vergelijking met een auto of ijskast gaat nog meer op: echter een consument besteedt eerder goed onderzoek voorafgaande aan de aanschaf van deze producten dan een veel risicovoller en veel ingrijpender product op zijn financiële situatie als een hypotheek- of pensioenvoorziening.⁴⁶ De reden hiervoor betreft ook de complexiteit van het product vooraf, maar ook de onvoorzienbaarheid van de werking van het product gedurende de looptijd.⁴⁷

Principal-agentproblematiek

Het marktfalen dat volgt uit informatieasymmetrie wordt vaak geschaard onder de ‘principal-agent problematiek’. Een principal-agent relatie doet zich voor wanneer een ‘principal’ een ‘agent’ inhuurt om specifiek zijn of haar belangen te behartigen. In deze relatie is de principal door informatieasymmetrie niet afdoende in staat om de activiteiten van de agent te monitoren en bestaat er een conflict tussen de belangen van de principal en de agent door bijvoorbeeld perverse prikkels voor de agent. Een bekend voorbeeld is een patiënt- arts relatie. Binnen de financiële markten zijn typische principal-agent relaties die tussen een vermogensbeheerder of een beheerder van een beleggingsinstelling en de beleggers namens wie deze middelen beheert. Het is dan ook redelijk dat de wetgever oplegt dat beleggingsondernemingen en beheerders handelen in het belang van de belegger.⁴⁸ Ook de relatie tussen klant en adviseur is een typische principal-agent relatie waarbij de adviseur is ingehuurd om zich volledig in te zetten voor de belangen van de klant. Ook hierbij is het redelijk dat de wetgever oplegt dat de adviseur in het belang van de klant informatie inwint en dat haar advies is gebaseerd op deze informatie.⁴⁹

Een relatie tussen aanbieder en klant kenmerkt zich echter niet geheel als een principal-agent relatie. De aanbieder zet zich in voor de belangen van alle stakeholders van de onderneming en is niet puur en alleen ingehuurd (via bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht)⁵⁰ om de belangen van de klant te behartigen. Dat neemt niet weg dat een aanbieder de belangen van de klant niet door onzorgvuldige dienstverlening (aanbieden, adviseren, bemiddelen) mag schaden. Een eventuele generieke norm die (tevens) de zorgplicht van aanbieders dekt zal dan wellicht ook een bredere belangenafweging dienen te reflecteren, waarbij de aanbieder naast andere belangen op vergelijkbare of zorgvuldige wijze ook rekening houdt met de belangen van de klant en hier met zijn dienstverlening geen afbreuk aan doet. Het zich houden aan deze norm door een aanbieder is essentieel gelet op het feit dat bij grootschalig schaden van de belangen van de klant er een directe relatie bestaat met het veroorzaken van wantrouwen op financiële markten met instabiliteit voor de aanbieder, zijn sector en/of de gehele financiële markten tot mogelijk gevolg.⁵¹ Een voorstel voor een splitsing van een zorgplichtbenadering voor adviseurs en aanbieders is door

46 Zie: http://verzekeringen.leygraaf.net/hypotheken/nieuws_readon.php?content_id=1110&categoryid=406>. Verder De Jong 2010, p. 35

47 Zie hiervoor verder o.a. De Jong 2010, p. 35. Hij geeft aan dat een gemiddelde consument nog nauwelijks kennis van de inhoud van een financieel product heeft dat hij koopt en waar hij recht op heeft.

48 Zie hiervoor art. 4:90 Wft jo. 83 Bgfo.

49 Ex art. 4:23 Wft.

50 Ex art. 7:400 BW ev.

51 Zie hiervoor o.a. De Jong 2010, p. 93 jo. R. Mosch, H.M. Prast & W.F. Van Raaij, *Rapport inzake vertrouwen, cement van de samenleving en aanjager van de economie*, (onderzoek van DNB in samenwerking met de UvT), Amsterdam/Tilburg: 2005 inclusief Van Hattum diss. in wording.

Broekhuizen en Du Perron onlangs naar voren gebracht.⁵² Zij stellen voor om ten opzichte van het handelen in het belang van de klant voor financiële ondernemingen die op basis van een overeenkomst van opdracht een dienst verlenen aan een klant (adviseurs), een voor aanbieders andere uitleg van deze zorgplicht te hanteren. Deze uitleg zou in hun ogen neerkomen op het te allen tijde rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de klant.

Psychologische aspecten van marktfalen – Kahneman⁵³

Door de tijd heen is gebleken dat met alleen het vergroten van transparantie en informatieverschaffing de consument nog altijd onvoldoende mogelijkheden in handen heeft om tegenwicht te bieden aan de macht van aanbieders, bemiddelaars en adviseurs van financiële producten en dienstverlening. Hierdoor bestaat er nog altijd marktfalen in de werking van de financiële markten. Producten zijn dermate ingewikkeld dat ware transparantie, oftewel complete en tegelijkertijd begrijpelijke informatie, moeilijk is te realiseren. En ook al zou een consument alle informatie hebben en deze begrijpen dan blijkt uit de gedragseconomie dat daaruit niet kan worden geconcludeerd dat een consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt. Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze problematiek Daniel Kahneman: winnaar van de Nobelprijs voor onderzoek naar de principes van beslissingen nemen in 2002. Kahneman laat in zijn boek “Ons feilbare denken” zien dat de mens geen Homo Economicus is, maar een wezen dat vaak beslist op basis van niet volledig rationele overwegingen. Daarom zal er, zeker voor keuzes met betrekking tot het aanschaffen van financiële producten en het aangaan van financiële dienstverlening en de grote impact die deze keuzes teweeg brengen voor de financiële positie van consumenten, vaak extra bescherming door wet- en regelgeving nodig zijn, waaronder privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke zorgplichten. Deze zorgplichten dienen op een bepaalde wijze te worden ingekleurd en gehandhaafd opdat de (rechts)positie van niet-rationele beslissers (consumenten/klanten) wordt verbeterd. Gekeken dient bijvoorbeeld veel meer te worden naar hoe informatie zich tot de consument richt. Hierbij dienen de volgende vragen te worden beantwoord en meegenomen te worden bij de opstelling van de informatie: “Kan een consument de informatie wel begrijpen en wordt hij met deze informatie daadwerkelijk ondersteund c.q. begeleid om zijn doel te bereiken?”⁵⁴

3.2.3 Overheidsfalen

Hoge drempel voor toegang tot het recht

Naast marktfalen speelt ook overheidsfalen een rol bij de zwakke positie van de consument en de risico's van wantrouwen en instabiliteit op financiële markten. De belangrijkste factor is de hoge drempel voor de toegang tot het recht voor de consument wanneer problemen uit informatieasymmetrie, gedragspsychologie of principal-agentproblematiek opduiken. Er bestaan aanwijzingen dat in meer of mindere mate de hoge drempel voor de toegang tot het recht, met daarin meegenomen de elementen van

52 Zie Broekhuizen & Du Perron 2012, p. 168-169.

53 Kahneman, *Ons feilbare denken. Thinking, fast and slow*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2011. (Hierna: Kahneman 2011).

54 Zie voor meer uitleg over begrijpelijke informatieverstrekking: Wijnstekers, “Ik zie, ik zie wat jij niet ziet en het is ... ? Transparantie bij financiële producten en diensten”, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012-3, p. 71-79. (Hierna: Wijnstekers 2012).

marktfalen in het systeem voor de afwikkeling van financiële claims,⁵⁵ bestaat uit o.a. de volgende elementen: hoge griffiekosten, lange kostbare en met een onzekere uitkomst aanwezige procedures, informatieasymmetrie, principal-agentproblematiek, Kahneman-problematiek, non-transparantie en governance-problematiek in de juridische dienstverleningsmogelijkheden en geschilbeslechting, inclusief een gebrek aan en voor een goede marktwerking noodzakelijk aantal advocaten/overige adviseurs met goede en passende financieelrechtelijke kennis en ervaring.⁵⁶

Door de hoge drempel voor de toegang tot het recht, met daarin meegenomen de elementen van marktfalen in het systeem voor de afwikkeling van financiële claim, bestaat de mogelijkheid dat de consument te laat of geen actie onderneemt om zijn ontstane probleem op te lossen. Hierdoor bestaat er in Nederland geen afdoende of daadwerkelijk werkende disciplinerende werking vanuit de dreiging van claims op financiële ondernemingen. In ieder geval bestaat er op dit moment geen werking vanuit de dreiging van of de aanwezigheid van (massa)claims die wantrouwen en instabiliteit op financiële markten afdoende helpt te reduceren en/of helpt te voorkomen.⁵⁷ Een dergelijke werking zou wenselijk kunnen zijn zodat deze een goede aanvulling vormt op het toekomstige palet van toezicht bestaande uit precontractuele zorgplichten, vakbekwaamheidsvereisten, het productontwikkelingsproces en provisieregels.⁵⁸

Specificering van het recht

Naast de hiervoor en in dit artikel centraal staande zorgplichten voor financiële ondernemingen valt te denken aan specifieke regelgeving zoals verzwarende van vakbekwaamheidseisen, het provisieverbod en het toezicht op het productontwikkelingsproces. Dit laatste reflecteert de gedachte dat een product economische toegevoegde waarde moet hebben en dus moet zijn afgestemd op een ex-ante beoogde doelgroep.⁵⁹

Deze specifieke regelgeving is doorgevoerd in antwoord op misstanden in de markt. Concrete misstanden maakten het mogelijk om de regelgeving specifiek en gericht te formuleren. Hier schuilt meteen de keerzijde van specifieke regels, zijnde dat deze vaak achter de feiten aanlopen. Een ander probleem is dat

55 De vormen van marktfalen in het systeem voor de afwikkeling van financiële (massa)claims zijn redelijk vergelijkbaar met de genoemde problemen in de werking van de financiële markten als informatieasymmetrie, gedragspsychologie en principal-agenproblematiek. De mate waarin en de wijze waarop de vormen van marktfalen in het systeem voor de afwikkeling van financiële (massa)claims effect hebben op de werking van financiële markten betreft een onderwerp van Van Hattum diss. in wording.

56 I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, (diss. Tilburg), Tilburg 2007, p. 3. (Hierna: Tzankova 2007). Deze vormen van marktfalen vormen allen hoge transactiekosten die dienen te worden verminderd. De meting van effect van een type hervorming om deze kosten te verminderen kan geschat worden vanuit vier benaderingen uit de onderhandelingstheorie en rechtseconomie. Hier gaat hierbij om theorieën over beletselen voor geschiloplossing, over coördinatieproblemen bij buitengerechtelijke afhandeling van schade, over kosten van informatie-uitwisseling en over marktfalen. Deze laatste invalshoek vormt de basis van Van Hattum diss. in wording.

57 Zie hierover o.a. Van Hattum diss. in wording en voor en korte uitleg en achtergrondschets inclusief verwijzingen naar resultaten met betrekking tot eerdere onderzoeken in het buitenland naar een preventieve werking van claims: Tzankova 2007, p. 85-86.

58 Zie voor uitleg van het toekomstige palet van toezicht: <http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013/> m.b.t. het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013.

59 Zie Wijnstekers 2012, p. 71-79.

de regelgeving niet voor elke situatie als passend wordt ervaren. Binnen innovatieve financiële markten bestaat ten slotte het risico dat zich ongewenste situaties of vormen van marktfalen voordoen die van te voren niet zijn te voorspellen.⁶⁰ Aanvullende generieke normen bieden hier mogelijk een oplossing zoals een zichtbaar verankerde generieke zorgplicht in de Wft.

3.3 Hulp bij handhavingsdoeleinden

3.3.1 Normoverdracht

Op dit moment oefent de AFM informele beïnvloeding toe op financiële ondernemingen door hen via een aantal metingen op specifieke onderdelen bestaande uit vragenlijsten en informele gesprekken het belang van de klant centraal te laten stellen in hun bedrijfsvoering. Dit programma van de AFM staat ook wel bekend onder het thema “Klantbelang Centraal” (“KBC”). Gezien het feit dat er tot op heden geen zichtbaar concreet wettelijke basis voor de AFM in de wet bestaat is er in het verleden gekozen voor informele beïnvloeding om een gewenste cultuuromslag bij financiële ondernemingen te bewerkstelligen. Hoewel er tot op heden voordelen kleven aan informele beïnvloeding, kleven hieraan ook ten minste evenveel nadelen. Het grootste nadeel is het feit dat informele beïnvloeding een lange adem kent en op cruciale momenten en in ‘evidente gevallen’⁶¹ van normschending niet de zekerheid biedt of een passend middel blijkt om daadwerkelijk een gewenste gedragsverandering te bewerkstelligen.⁶² De mogelijke nadelen van een wettelijke verankering zullen in de volgende paragraaf onder het kopje ‘risico’s en het ondervangen daarvan’ uitgebreid besproken worden. Waarna in dezelfde paragraaf aandacht zal worden besteed aan mogelijkheden om de risico’s van de verankering van een bestuursrechtelijke generieke zorgplicht in de wet te ondervangen.

3.3.2 Voorkomen van zware specifieke regels door de aanwezigheid van een licht vangnet. Ook wel: minder regels – lagere kosten

Een generieke zorgplicht in de Wft draagt bij aan vermindering van kosten, omdat er minder specifieke regels voor financiële ondernemingen door hoeven te worden opgesteld. Tot op heden worden er namelijk telkens specifieke en soms voor financiële ondernemingen zware en daarmee belastende wettelijke regels opgesteld over zorgplichten. Voor regelgeving over zorgplichten op maat, die ervoor zorg draagt dat er geen disproportionele handhavingsmaatregelen door de AFM worden getroffen, biedt verankering van een generieke zorgplicht in de Wft een oplossing. Uiteindelijk verkrijgen financiële ondernemingen, mits zij in ‘evidente gevallen’ de zorgplicht niet schenden, hierdoor veel meer vrijheid van handelen. Uiteindelijk dient de generieke zorgplicht het opereren in de geest van de wet van financiële ondernemingen te stimuleren zodat een bij sommige financiële ondernemingen aanwezige ‘check-list’ mentaliteit geschiedenis wordt en uiteindelijk zelfs toezicht minder op de voorgrond hoeft te treden.

⁶⁰ Zie hiervoor o.a. de voorbeelden in paragraaf 3.3.4 jo. <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/rapporten/2012/methode-metingen-klant-belang-centraal.aspx>.

⁶¹ Zie voor een uitgebreidere beschrijving van het begrip ‘evidente gevallen’ de samenvatting aan het begin van dit artikel.

⁶² Een passend middel dat daadwerkelijk effect kan bewerkstelligen kan in sommige gevallen in plaats van informele beïnvloeding een in de wet verankerde bevoegdheid met betrekking tot handhaving door de AFM zijn.

3.3.3. Eerder kunnen ingrijpen om claimrisico's te kunnen voorkomen

Een generieke zorgplicht kan een handvat bieden voor de AFM om op tijd in te kunnen grijpen met betrekking tot gevallen die evident in strijd zijn met een generieke zorgplicht.⁶³ Deze gevallen bestaan uit gedragingen die zo fundamenteel zijn, dat ze te allen tijde bij financiële ondernemingen redelijkerwijs bekend (hadden moeten) zijn. Concreet zou dan kunnen worden gedacht aan gedragingen die het normaal functioneren van de samenleving schade kunnen berokkenen en/of het vertrouwen in het functioneren van de financiële markten kunnen ondermijnen. Ook zijn dit vaak gevallen die, vanwege hun innovatieve karakter, nog niet worden gedekt door specifieke bestuursrechtelijke wet- en regelgeving en waarvan het ontverantwoord is dat ze voortduren totdat specifieke regels zijn ingevoerd.

Te laat ingrijpen kan, voor een specifieke financiële onderneming of een gehele sector, claimrisico's veroorzaken. Denk hierbij aan de Dexia-affaire, de DSB-affaire en de Woekerpolisaffaire. Deze affaires dragen bij aan wantrouwen in en instabiliteit op een specifieke sector of zelfs de gehele financiële markten, met mogelijk schadelijke gevolgen voor onze economie ("claimrisico's"). Daarom is het van belang om tijdig in te kunnen grijpen als toezichthouder. Een in de wet verankerde generieke zorgplichtnorm kan bijdragen aan het reduceren van deze claimrisico's in de toekomst.⁶⁴

3.3.4 Voorbeelden van concrete gevallen waarin de generieke zorgplicht soelaas had kunnen bieden in het verleden en acties die daarop zijn ondernomen door de AFM

Sinds het bestaan van de AFM en de haar toegekende bevoegdheden om op te mogen treden met het doel om zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten te bevorderen en toe te zien op een eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten,⁶⁵ heeft zij verwezen naar momenten waarop zij graag, gezien de aan haar toegekende taak, had willen optreden maar niet de wettelijke mogelijkheid hiertoe voor handen had.⁶⁶ Hieronder volgt een korte opsomming met achtergronduitleg van enkele gevallen die deze momenten weerspiegelen. Een uitputtende lijst met gevallen die ook nog op dit moment gelden kan niet worden verschaft, aangezien het met name steeds om innovatieve en daarmee nog niet door de wet beschreven financiële producten en/of dienstverlening gaat.

1. Het ontbreken van nazorg door adviseurs in het geval een geadviseerd product evident niet passend meer blijkt te zijn voor de consument door relevante en kenbare veranderende omstandigheden bij de consument en/of de markt. Als het product evident niet meer passend is dan moet de adviseur dit signaleren en de consument benaderen. Voorbeelden van evidente omstandigheden zijn: dalende huizenprijzen, fiscale wijzigingen, het krijgen van kinderen en ontslag.⁶⁷

63 Zie Broekhuizen & Du Perron 2012, p. 168.

64 Zie voor meer informatie met betrekking tot het effect van claims op de financiële markten: Van Hattum diss. in wording.

65 <http://www.afm.nl/nl/professionals.aspx> jo. art. 1:25 Wft.

66 Zie voor verwijzingen in het openbaar met betrekking tot de bedoelde concrete gevallen door de AFM: <<http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/feb/reactie-afm-zembla.aspx>>, <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/juli/execution-only.aspx> en <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/rapporten/2011/rapport-uitvaartverzekeringen.aspx>. Zie ten slotte ook de Wetgevingsbrief AFM 2011.

67 Zie voor een uiting van de AFM over dit concrete onderwerp: <<http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/feb/reactie-afm-zembla.aspx>>.

2. Het ontbreken van het anticiperen van aanbieders op relevante en kenbare veranderende omstandigheden op de financiële markten met betrekking tot de door hen vervaardigde en nog (verder) te ontwikkelen financiële producten. Hiervoor is bijvoorbeeld het productontwikkelingsproces ontwikkeld met de reviewverplichting;
3. Het wegschrijven van alle dekkingsvoorwaarden door schadeverzekeraars in kleine letters waardoor de consument teleurgesteld kan raken als hij schade heeft en er dan pas achter komt dat hij geen dekking kent of het voorval is uitgesloten;
4. Misstanden bij *execution only*⁶⁸ met betrekking tot de vraag of elke consument wel geschikt is om zelf via *execution only* af te sluiten;⁶⁹
5. Aanwezigheid van evident schadelijk gedrag voor de consument, financiële onderneming zelf, sector en/of financiële markten in het geheel op gebieden waar nog geen of onvoldoende toereikende wetgeving is ontwikkeld om te kunnen handhaven. Een concreet voorbeeld hiervan is de DSB-casus met betrekking tot de verkoop van koopsompolissen met (zeer) hoge provisies.

4. Risico's en het ondervangen daarvan

4.1 Algemeen

In deze paragraaf zal ik enkele belangrijke risico's uiteenzetten die mogelijk kleven aan een verankering van een generieke zorgplicht in de Wft. Daarnaast zal ik argumenten aangeven waarom sommige risico's niet groot of verwaarloosbaar zijn en/of oplossingen bieden om de risico's te kunnen ondervangen. Omwille van een beperkte tijd voor het schrijven van dit artikel, de toegekende ruimte in deze bundel en/of het feit dat anderen in deze bundel hierover waarschijnlijk uitvoerig zullen schrijven, besteed ik in deze paragraaf geen aandacht aan de volgende mogelijke risico's: (i) de risico's van *moral hazard*⁷⁰ onder consumenten in geval van extra bescherming door AFM toezicht, (ii) de strijd met in internationale wet- en regelgeving gekozen reikwijdtes en (iii) de (gedeeltelijke) strijd met het contractenrecht.

68 Ex art. 4:24 Wft.

69 Zie <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/juli/execution-only.aspx>.

70 Moral hazard (moreel wangedrag) verwijst naar het gedrag van marktpartijen als zij zelf niet direct het risico lopen voor hun daden. Moral hazard kan optreden als consumenten daadwerkelijk worden gevrijwaard van risico zoals bij het Deposito Garantie Stelsel (DGS), maar ook als gevolg van de perceptie van bescherming of de mogelijkheid om risico's af te wentelen. Denk hier aan consumenten die menen blind op een product te kunnen vertrouwen, omdat het niet op de markt zou zijn als het echt niet in orde was. In deze gevallen kan moral hazard leiden tot een vergroting van risico's in het financiële systeem. De toezichthouder dient haar ingrijpen zo te doseren dat zij geen onzorgvuldigheid aanspoort in de partijen die zij probeert te beschermen. De toezichthouder moet zich hiervan bewust zijn en bepalen of dit nadeel opweegt tegen het te beschermen belang. In veel gevallen loopt moral hazard parallel aan overheidsfalen.

4.2 Strijd met de trias-leer en het legaliteitsbeginsel

Een veel gehoord risico met betrekking tot de wettelijke verankering van een bestuursrechtelijke generieke zorgplicht betreft de onwenselijke vergroting hierdoor van de macht van de AFM. Deze macht zou erop neerkomen dat de AFM te pas en te onpas in kan grijpen wanneer zij dat noodzakelijk acht gezien haar te behalen doelstellingen (“Carte Blanche”). De AFM als uitvoerende macht zou in dit kader door haar toegekende bevoegdheden op het vlak van de generieke zorgplicht in het voetspoor kunnen treden van de rechterlijke macht. Deze vermenging van de rechterlijke en uitvoerende macht is in strijd met de trias-leer van Montesquieu.⁷¹ Ook zou een niet concrete wettelijke verankering van een generieke zorgplicht (zorgplicht via een generieke open norm) in strijd zijn met het *legaliteitsbeginsel*⁷² in de zin van het *lex certa principe* (nulla poena sine lege certa of te wel geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling).⁷³ Door het niet strikt genoeg hanteren van het legaliteitsbeginsel zou er tevens voor financiële ondernemingen rechtsonzekerheid ontstaan wat ook in strijd is met de trias-leer.

Ten eerste is van belang de vraag te beantwoorden of aan het *lex certa principe* of *legaliteitsbeginsel* dient te worden voldaan in het geval van een bestuursrechtelijke verankering van een generieke zorgplicht. Deze beantwoording betreft niet een eensluidend “ja”. Betoogd kan namelijk worden dat in het geval van de bestuursrechtelijke verankering van de generieke zorgplicht het *lex certa principe* of *legaliteitsbeginsel* net als in het civiele recht in veel mindere mate geldt. De ratio achter de plaatsing van een generieke zorgplicht in de Wft is namelijk hetzelfde als die in het civiele recht: voor het zo goed mogelijk kunnen functioneren van de financiële markten en effectief toezicht daarop is flexibel recht noodzakelijk. Een overdaad aan specifieke rechtspositivistische regels, die een generieke open norm juist voorkomt, zou een goede werking van de markt schade kunnen toebrengen. Kortom: het legaliteitsbeginsel, wat ook het beginsel van rechtszekerheid bewaakt, dient niet te allen tijde en in alle gevallen strikt te worden gehanteerd. Wanneer dit wel het geval zou zijn, zou deze methode namelijk soms de twee overige (naast het rechtszekerheidsbeginsel) belangrijke beginselen van het recht: rechtvaardigheid en doelmatigheid kunnen schaden.⁷⁴ Ten slotte eist de rechtsstaat de onderwerping van geïnstitutionaliseerde politieke macht aan het recht. Maar wat is recht? Ook hier kan men een minimalistische en een maximalistische strategie onderscheiden, evenals verschillende tussenposities die men kan innemen zoals in het geval van een wettelijke verankering van een bestuursrechtelijke zorgplicht in de Wft.⁷⁵

Wanneer uiteindelijk het antwoord op de hiervoor gestelde vraag toch met “ja” dient te worden beantwoord kan dit door middel van een reikwijdte afbakening. Deze reikwijdte afbakening betreft het slechts mogen optreden in ‘evidente gevallen’ zoals hiervoor o.a. in de samenvatting is toegelicht. Evident betekent ook een voor een financiële onderneming duidelijk concreet geval van schending van de zorgplicht waardoor hij met zijn eigen verstand goed van tevoren kan inschatten of de AFM hiertegen mogelijk zal optreden. Overigens bestaan er al veel meer open normen in het bestuursrecht waar hetzelfde

71 Cliteur & Ellian 2011 p. 21.

72 Ex art. 16 Grw.

73 Cliteur & Ellian 2011, p. 77.

74 Zie hiervoor Maris & Jacobs 2011, p. 5-6.

75 Cliteur & Ellian 2011, p. 77.

argument met betrekking tot schending van het legaliteitsbeginsel het heeft verloren van de passendheid van een open met betrekking tot het gewenste resultaat c.q. te behalen doel in plaats van een veel concreter en meer afgebakende norm in de wet.⁷⁶

Met betrekking tot het op de stoel gaan zitten van de rechter door de AFM kan het volgende worden betoogd: Bij het maken van een keuze voor wel of niet optreden op basis van de generieke zorgplicht dient de AFM zelf te bepalen of er sprake is van een situatie waartoe zij bevoegd is om te handhaven. In het civiele recht maakt niet de AFM maar een onafhankelijke rechter een afweging of er sprake is van een evident geval. Dit doet een rechter op basis van met name alle omstandigheden van het geval en op basis van hetgeen partijen hem hebben aangeleverd (partijautonomie).⁷⁷ Maar bij een oordeel door de AFM is het de vraag of al deze omstandigheden van het geval wel worden meegenomen. Een financiële onderneming kan dit niet goed controleren omdat hier het principe van partijautonomie niet geldt. Hierdoor zou in theorie een financiële onderneming te weinig weerbaarheid kennen om zichzelf tegen mogelijk onrecht van de AFM te beschermen. Maar is dit ook zo in de werkelijkheid? Een financiële onderneming is namelijk te allen tijde in staat om zich tegen onrechtmatig optreden van de AFM te beschermen. Hiervoor staan hem, zoals dat al jaren in het toezicht gebruikelijk is, genoeg mogelijkheden via het bestuursrecht en zelfs uiteindelijk via het civiele recht ter beschikking. Ook wordt er door de AFM voldoende mogelijkheid geboden via onder andere gesprekken om in haar ogen onwenselijk en verboden gedrag zonder een lange juridische procedure te beslechten. Verder bestaat er al langere tijd een generieke zorgplicht voor beleggingsondernemingen in de Wft ex art. 4:90 Wft. De praktijk met betrekking tot handhaving op basis van dit artikel laat zien dat de AFM erg bedachtzaam is bij toepassing van de haar toegekende bevoegdheden. Gravend in de handhavingsgeschiedenis van de AFM blijkt de AFM dit artikel nergens in (openbare) documenten te hebben gebruikt. Redenen voor een zeer beperkte toepassing van deze bevoegdheid bestaan o.a. uit: een kosten-batenanalyse gekoppeld aan kosten-baten inzet en effectiviteit met betrekking tot het te bereiken doel.

4.3 Strijd met de gekozen scheiding tussen publiek- en privaatrecht

Een generieke zorgplicht in het bestuursrecht en daarmee het publiekrecht zou niet passend zijn omdat een dergelijke zorgplicht de in Nederland gekozen strikte scheiding tussen het publiek- en privaatrecht zou ondermijnen. Deze ondermijning is o.a. onwenselijk vanwege de doorkruising en daarmee aantasting van oude en gevestigde juridische systemen als het verbintenissenrecht.⁷⁸

Nu blijkt dat bij alle pogingen om het publiekrecht van het privaatrecht te onderscheiden er toch telkens moet worden onderkend dat in de werkelijkheid van het recht er vele mengvormen voorkomen: rechtsgebieden die men noch alleen tot het privaatrecht, noch alleen tot het publiekrecht kan rekenen.⁷⁹ Zo laat ook de huidige praktijk in de rechtspraak met betrekking tot financieel recht zien dat de scheiding tussen het private en het publieke recht niet strikt aanwezig is. Civiele rechtspleging op financieel rechtelijk gebied wordt namelijk vanuit praktisch en specialistisch oogpunt nader ingevuld of aangevuld met bestuursrechtelijke wet- en regelgeving zoals is vastgelegd in de Wft en het Besluit Gedragstoezicht

⁷⁶ Zie hiervoor o.a. art. 4:90 Wft of art. 5.1 lid 1 Wet milieubeheer of artikel 5 Wegenverkeerswet 1994.

⁷⁷ Zie A.L.H. Ernes, *Burgerlijk procesrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 7-9.

⁷⁸ Met name met betrekking tot informatieplichten. Zie Jansen 2012, p. 570.

⁷⁹ Cliteur & Ellian 2011, p. 8.

financiële ondernemingen Wft.⁸⁰ Ook is het gebruikelijk en voor rechtszekerheids- en rechtsgelijkheidsbeginselen belangrijk om bij het opstellen van nieuwe financieel rechtelijke wet- en regelgeving aansluiting te zoeken bij al lang ontwikkelde en vergelijkbare civiele wet- en regelgeving.

Slotbeschouwing

Met de inhoud van dit artikel hoop ik uit te hebben kunnen leggen waarom een wettelijke verankering van een generieke zorgplicht in de Wft niet alleen aanbevelenswaardig maar ook (juridisch) mogelijk is.

Kort resumerend is deze plicht aanbevelenswaardig vanwege ten eerste hulp bij het reduceren van markt- en overheidsfalen. Als marktfaalelementen zijn genoemd de informatieasymmetrie, de principal-agent relatie tussen met name de adviseur en een consument, het nog niet duidelijk aanwezige principe om de klant centraal te stellen bij vele financiële ondernemingen en de gedragseconomische problematiek. Aanwezig overheidsfalen kan worden samengevat als een te hoge drempel voor de toegang tot het recht met bijbehorende marktfaalelementen in de markt voor afwikkeling van financiële schades en de specificering van het recht. Ten tweede is een wettelijke verankering van een generieke zorgplicht in de Wft voor de retailmarkt aanbevelenswaardig ten behoeve van de handhavingsdoeleinden van de AFM. Zo kan een wettelijke verankering van een generieke zorgplicht bijdragen aan de effectivering van het thema KBC van de AFM waardoor een gewenste cultuuromslag bij financiële ondernemingen eerder en mogelijk effectiever kan worden bereikt. Verder voorkomt een generieke zorgplicht disproportionele handhavingsmaatregelen van de AFM doordat via het generieke karakter een ruimte wordt gecreëerd toezicht op maat te bieden. Ook kan door een generieke zorgplicht de AFM mogelijk eerder ingrijpen bij de ontwikkeling van schadelijke producten en/of dienstverlening. Hierdoor zouden wellicht claimrisico's die deze producten teweeg kunnen brengen, in de zin van aanhoudend wantrouwen en instabiliteit, kunnen worden voorkomen. Ten slotte kan een laatste nog niet eerder genoemd argument voor de invoering van een generieke zorgplicht in de Wft worden toegevoegd. Gezien de huidige al bestaande en in de wet zichtbare generieke zorgplicht voor beleggingsondernemingen afkomstig uit de MiFID I en voor alternatieve beleggingsfonds managers geplaatste zorgplichten in de Alternative Investment Fund Managers Directive ("AIFMD"), is het van belang om voor overige financiële beleggingsondernemingen een gelijk speelveld met betrekking tot zorgplichten te creëren.⁸¹

De juridische mogelijkheid van een verankering van een bestuursrechtelijke generieke zorgplicht in de Wft bestaat uit de volgende punten: Angst voor het uitdelen van een *Carte Blanche* met betrekking tot handhavingsmogelijkheden door de AFM via de invoering van een bestuursrechtelijke generieke zorgplicht voor alle financiële ondernemingen is ongefundeerd. De juridische mogelijkheden in een dergelijk geval tegen een besluit van de AFM om verweer te voeren zijn nog voldoende aanwezig, er zal een goede reikwijdteafbakening plaatsvinden⁸² en de huidige en in het verleden toegepaste praktijk laat ook zien dat de AFM niet te pas en te onpas op basis van de generieke zorgplicht zal gaan handhaven. In de tweede plaats kan de mogelijke schadelijkheid van de plaatsing van een generieke zorgplicht in de Wft en daarmee het publieke recht op basis van enkele gronden worden betwist. De eerste grond betreft het feit dat in de praktijk al veelvuldig gewerkt wordt met mengvormen zonder al te veel problemen. Voor een

⁸⁰ Zie par. 2.2.

⁸¹ Zie D. Busch, Leg generieke zorgplicht vast, *Het Financieele Dagblad* 31 mei 2012, p. 9.

⁸² Naast een afbakening op grond van evidente gevallen zal er ook gekeken worden naar andere afbakeningmogelijkheden zoals het soort financiële onderneming dat onder de generieke zorgplicht moet vallen.

efficiëntere en meer op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gebaseerde rechtspraak is vermenging in de vorm van afstemming tussen bestuursrechtelijke en civielrechtelijke rechters en daarmee ook door hen toe te passen recht (bijvoorbeeld zorgplichten) belangrijk.

Het civiele recht is ten slotte ontoereikend gebleken om de moraal in de financiële markten voldoende te waarborgen. Met het zichtbaar verankeren van de moraal door middel van een bestuursrechtelijke generieke zorgplicht zou deze wel voldoende kunnen worden gewaarborgd in het systeem van de financiële markten. Hierdoor kan de wens van de huidige nationale en internationale politiek inclusief de samenleving met betrekking tot moreel aanvaardbaar opererende financiële markten worden verwezenlijkt.