

ONTWIKKELING VAN (BIJZONDERE) ZORGPLICHT IN FINANCIËLE DIENSTVERLENING



Mr. B.M.C. Stenden is advocaat bij Financieel Recht advocaten en behartigt de belangen van afnemers van financiële producten.

In de huidige samenleving is men steeds meer aangewezen op financiële dienstverleners.¹ Bij deze financiële dienstverlening is vrijwel altijd sprake van ongelijkheid tussen de financiële dienstverlener en de consument en dan met name ongelijkheid in kennis, ervaring en kunde. Deze ongelijkheid wordt niet altijd wenselijk geacht. Getracht wordt deze ongelijkheid tussen voornoemde partijen bij wet- en regelgeving binnen aanvaardbare proporties te houden. Deze compensatie vindt plaats door publiekrechtelijke normen, privaatrechtelijke normen alsmede zelfregulering.

Ondanks deze privaatrechtelijke en publiekrechtelijke wet- en regelgeving en zelfregulering komen banken, verzekeraars en tussenpersonen regelmatig in een slecht daglicht te staan. De aandelenlease-, woekerpolis- en Libor-affaire hebben het imago van voornoemde financiële dienstverleners de afgelopen jaren geen goed gedaan. Indien het vertrouwen in de financiële sector wordt geschaad, heeft dit verstreckende economische gevolgen voor de gehele maatschappij. De steeds weer strenger wordende wet- en regelgeving moeten daarom de kans op nieuwe financiële affaires en een nieuwe economische crisis in de toekomst minimaliseren. De vraag die in mijn bijdrage centraal staat, luidt:

'Hoe heeft de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners jegens particuliere cliënten zich tot op heden ontwikkeld?'

PUBLIEKRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN

De publiekrechtelijke zorgplichten zijn grotendeels afkomstig van Europese richtlijnen die zijn gecodificeerd in de Wft. Artikel 4:90 Wft geeft een open norm waar de zorgplichten voor beleggingsondernemingen in algemene zin worden omschreven:

- Een beleggingsonderneming zet zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op eerlijke, billijke

en professionele wijze in voor de belangen van haar cliënten,

- alsook bij het verrichten van beleggingsactiviteiten,
- alsook het onthouden van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt.

Deze algemene norm voor beleggingsondernemingen is in andere bepalingen in de Wft verder uitgewerkt alsook in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: 'BGfo').

Belangrijke verplichtingen die terug te voeren zijn op deze algemene zorgvuldigheidsnorm zijn

1. het cliëntendossier en cliëntenovereenkomst,
2. de informatieverstrekkingsregels,
3. de onderzoeksplicht en
4. de waarschuwingsplicht.

Clïentendossier en cliëntenovereenkomst

Een beleggingsonderneming moet voor iedere cliënt – met uitzondering van de 'in aanmerking komende tegenpartij' – een dossier aanleggen met documenten waarin de wederzijdse rechten en verplichtingen van de beleggingsonderneming en de cliënt zijn beschreven (art. 4:89 lid 1 Wft). Daarnaast dient de beleggingsonderneming met iedere cliënt – met uitzondering van de 'in aanmerking komende tegenpartij' – ook professionele beleggers – een cliëntenovereenkomst te sluiten. In art. 168 BGfo is aangegeven welke bepalingen de cliëntenovereenkomst minimaal moet bevatten.

Informatieplicht

De informatieasymmetrie die in beginsel bestaat tussen de consument en de financiële dienstverlener wordt niet altijd wenselijk geacht en wordt getracht te worden verminderd door informatieverplichtingen van de financiële dienstverlener. De informatieplicht kan worden onderscheiden in de precontractuele informatieplicht en de informatieplicht ten tijde van het verrichten van de dienst. Voorafgaand aan het adviseren, het verlenen van een beleggingsdienst, het verlenen van een nevendienst of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product verstrekt een beleggingsonderneming de consument informatie zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van die dienst of dat product (art. 4:20 lid 1 Wft).

Welke informatie voorafgaand aan het verlenen van de financiële dienst moet worden verstrekt, staat opgenomen in art. 58 e.v. BGfo. Daaronder vallen bijvoorbeeld de kosten en bijbehorende lasten van het aangeboden product en een algemene omschrijving van de risico's van het aangeboden product (artt. 58a jo. 58c BGfo). De rechten en plichten die uit deze artikelen voortvloeien, zijn niet limitatief. Gedurende de looptijd van een overeenkomst inzake een financieel product, financiële dienst of nevendienst verstrekt een beleggingsonderneming of financiële dienstverlener de consument tijdig informatie over wezenlijke wijzigingen, voor zover deze wijzigingen redelijkerwijs relevant zijn voor de consument (art. 4:20 lid 3 Wft). Het BGfo bevat een aantal artikelen met daarin specifieke informatieverplichtingen, die aan de consument moeten worden verstrekt gedurende de looptijd van de overeenkomst (art. 69 BGfo). Zo dient, indien het gaat om individueel vermogensbeheer, periodiek een overzicht te worden verstrekt (art. 70 BGfo).

Onderzoeksplicht

Naast de informatieverstrekkingsplicht heeft de financiële onderneming ook de verplichting om informatie bij haar cliënten in te winnen, het zogenaamde *ken-uw-cliënt-principe*. Dit principe is van toepassing indien de financiële onderneming adviseert of individueel vermogensbeheer uitvoert (art. 4:23 lid 1 Wft). De financiële onderneming dient informatie in te winnen over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de cliënt.

Betreffende de ervaring en kennis dient informatie ingewonnen te worden over

- de soort beleggingsdienst en financiële instrumenten waar de cliënt mee vertrouwd is,
- de aard, het volume en frequentie van de transacties,
- de opleiding en het beroep van de cliënt (art. 80c lid 1 BGfo).

Door deze toets c.q. informatie-inwinning wordt door de financiële onderneming gekeken of het advies of het individueel vermogensbeheer geschikt is voor de cliënt. Deze toets wordt ook wel de geschiktheidstoets genoemd. Ook dient de

financiële onderneming na te gaan of haar cliënt de transactie financieel kan dragen en of de cliënt de risico's verbonden aan de transactie begrijpt (art. 80a BGfo). De financiële onderneming dient haar advies of het beheer van het vermogen te baseren op de ingewonnen informatie.

De passendheidstoets houdt in dat de financiële onderneming, indien zij niet tevens adviseert of individueel vermogensbeheer uitvoert (execution only), informatie dient in te winnen over de kennis en ervaring van de cliënt, zodat zij kan beoordelen of het financiële product of dienst gepast is voor de cliënt (art. 4:24 lid 1 Wft). De beleggingsonderneming beoordeelt aan de hand van de ingewonnen informatie of de cliënt over de nodige ervaring en kennis beschikt om te begrijpen welke risico's aan het betrokken financiële instrument en de betrokken beleggingsdienst zijn verbonden (art. 80b BGfo). Indien de beleggingsonderneming van oordeel is dat de dienst niet passend is, dan moet zij de cliënt hiervoor waarschuwen. Het is de eigen verantwoordelijkheid van de cliënt(e) indien hij/zij de transactie toch door wil zetten. In een aantal gevallen hoeft de beleggingsonderneming de passendheidstoets niet eens uit te voeren bij execution only (art. 19 lid 6 MiFID).

De generieke zorgplicht

De ontwikkeling van nieuwe financiële producten gaat in een rap tempo. De financiële dienstverleners zijn creatief. De wetgeving heeft altijd een achterstand bij deze snelle ontwikkeling van nieuwe financiële producten. Sinds 1 januari 2014 is een generieke zorgplicht gecodificeerd in de Wft. De generieke zorgplicht, die van toepassing is op alle² financiële dienstverleners, is te vinden in art. 4:24a Wft. Door opneming van de generieke zorgplicht in de Wft kan de AFM dus tijdig optreden bij evidente misstanden op de financiële markten indien deze specifieke regels ontbreken. De art. 4:24a Wft introduceert geen nieuwe norm, maar het biedt de AFM wel een extra haakje om tijdig handhavend op te treden.

Gevolgen overtreding Wft

De Wft verbindt geen civielrechtelijke gevolgen aan de niet-naleving van de voorschriften uit de toezichtwetgeving. De wetgever heeft zich echter wel uitgesproken over civielrechtelijke gevolgen van rechtshandelingen die strijdig zijn met voorschriften uit de Wft.³ Indien de Wft hier niets over zou bepalen dan zouden rechtshandelingen in strijd met voorschriften uit de Wft nietig of vernietigbaar zijn grond van art. 3:40 BW. Nietigheid of vernietigbaarheid is bij rechtshandelingen in strijd met voorschriften uit de Wft niet gewenst. Het zou leiden tot ongewenste onzekerheid op de financiële markten. Daarnaast zal het in veel gevallen praktisch onmogelijk zijn om rechtshandelingen met terugwerkende kracht ongedaan te maken, bijvoorbeeld indien er sprake is van een beleggingselement. De wetgever heeft op grond van bovengenoemde argumenten art. 1:23 Wft opgenomen. Rechtshandelingen verricht in strijd met voorschriften uit de Wft kunnen op grond van dit artikel niet worden aangepast, behalve voor zover in de Wft anders is bepaald.

De consument die schade heeft geleden doordat de financiële dienstverlener voorschriften uit de Wft heeft overtreden,

dient zijn schade te verhalen op grond van de onrechtmatige daad, wanprestatie of dwaling. Voor gehou- denheid tot schadevergoeding moet naast de vier vereisten van art. 6:162 BW, te weten onrechtmatigheid (waaronder een handeling in strijd met de Wft valt), schuld, schade en causaal verband, ook worden voldaan aan het relativiteitsvereiste. Dit vereiste houdt in dat de geschonden norm strekt tot bescher- ming tegen schade die de benadeelde heeft geleden (art. 6:163 BW). De wetgever heeft echter in de parlementaire behande- ling van de Wft opgemerkt dat wanneer de benadeelde scha- de lijdt door overtreding van een voorschrift uit de Wft, geacht wordt te zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste.⁴

PRIVAATRECHTELIJKE ZORGPLICHT

Het 'zorgplicht denken' is terug te voeren op het beginsel dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dat beide par- tijen dit moeten doen, bleek al uit het arrest Baris/Riezen- kamp (HR 15 november 1957, NJ 1958, 67). De in acht te nemen zorgplicht wordt groter naarmate de ongelijkheid tus- sen partijen groter wordt.

Algemene zorgplicht

Indien sprake is van een overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 BW, dan vloeit de algemene zorgplicht voort uit art. 7:401 BW. Hierin is bepaald dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De dienstverlener moet handelen met de zorg die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde situatie in acht zou nemen. Indien de financiële dienstverlener dit nalaat dan handelt hij onrechtmatig en is in beginsel persoonlijk aansprakelijk. Hoever de zorgplicht in een concrete situatie strekt, hangt af van alle omstandigheden van het geval.

Bijzondere zorgplicht

Op een bank, notaris, verzekeraar en tussenpersoon rust een bijzondere zorgplicht vanwege hun belangrijke rol in het maatschappelijk verkeer, de benodigde deskundigheid en het vertrouwen dat het publiek daaraan kan ontnemen. Deze bij- zondere zorgplicht gaat in bepaalde gevallen verder dan de normaal in acht te nemen zorgvuldigheid ex art. 7:401 BW. In het Groninger notaris-arrest werd de bijzondere zorgplicht voor het eerst door de Hoge Raad aangehaald (HR 20 janu- ari 1989, NJ 1989, 766). In het Rabobank/Everaars-arrest werd de bijzondere zorgplicht voor het eerst door de Hoge Raad aangehaald in een zaak waar een niet-professionele par- tij tegenover een bank stond (HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192). De bijzondere zorgplicht van een bank ziet zowel op de precontractuele fase op contractanten alsook op derden (Hoge Raad 23 december 2005, LJN: AU3713).

Uit de arresten die bekend staan onder de naam 'optie- handel-arresten'⁵ blijkt de verstrekkende bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners tot het beschermen van haar eigen particuliere cliënten tegen de bijzondere risico's waar- aan de particuliere cliënten worden blootgesteld wanneer ze beleggen via bijvoorbeeld de optiehandel. In het arrest Kou- wenberg/Rabobank oordeelt de Hoge Raad dat de bank zijn

zorgplicht geschonden heeft, hoewel de consument uitdruk- kelijk door de bank op de risico's was gewezen en zelfs door de bank was gewaarschuwd dat het gehele vermogen van de consument gevaar liep door het door blijven handelen met opties. In het arrest Coöperatieve Rabobank Vaart en Vecht/X oordeelt de Hoge Raad dat het feit dat belegger reeds in op- ties en futures had gehandeld, eerder zeer aanmerkelijk ver- lies had geleden en dus reeds van de bijzondere risico's van beleggen op de hoogte was, geen schending van de bijzon- dere zorgplicht in de weg stond (HR 3 februari 2012, LJN BU4914). Banken worden geacht hun cliënten te beschermen tegen hun eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht.

Eigen schuld

De Latijnse spreuk; '*luc civile vigilantibus scriptum*', houdt in dat ieder mens tot op zekere hoogte een eigen verantwoor- delijkheid heeft om te voorkomen dat hij schade lijdt.⁶ Het ge- volg hiervan is dat de belegger in beginsel het risico dient te dragen en dat dit risico niet zomaar bij de bank of beleggings- instelling kan worden gelegd indien blijkt dat de belegger een verkeerde keuze heeft gemaakt. Van deze gedachte heeft men vanaf jaren '90 in het bank- en effectenrecht deels afstand ge- daan. Door de een wordt deze cultuuromslag paternalisme ge- noemd en door de ander een rechtvaardige bescherming van particuliere cliënten.⁷ Rechtsgeleerden die van mening zijn dat men met de bijzondere zorgplichten te ver is doorgeschoten bij bijvoorbeeld de optiehandel-arresten, vragen zich af in hoe- verre de financiële consument beschermd moet worden tegen een bewuste keuze, waarbij de financiële consument bewust een risico heeft aanvaard. Hartlief stelt daarentegen dat de financiële consument beschermd moet worden tegen zichzelf in zijn jacht naar het grote geld en tegen het winsttoegmerk van financiële dienstverleners.⁸

Wisselwerking publiekrecht en privaatrecht

De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten zijn twee stelsels die elkaar aanvullen en die elkaar in de loop der tijd aanzienlijk hebben beïnvloed. Dit is ook gewenst, anders ontstaat het risico dat beide normstelsels zich onafhankelijk van elkaar ontwikkelen en daardoor elkaar mogelijk gaan tegen- spreken. De rechtszekerheid zou in dat geval in het geding ko- men. Om dit risico te minimaliseren werken beide normstelsels in elkaar door. Zo is de weigeringsplicht uit de optiehandel- arresten inmiddels gecodificeerd in art. 86 lid 1 BGfo. Als een pu- bliekrechtelijke 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 uit- pakken. In de effectenlease-arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hoewel de voorschriften uit de toentertijd gel- dende toezichtwetgeving niet waren geschonden, de privaatrechtelijke zorgplichten wel waren geschonden⁹:

'De opvatting (...) dat deze privaatrechtelijke zorg- plicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorg- plichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neer- gelegd, is onjuist.'

Er bestaan ook wezenlijke verschillen tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten. Civiele zorgplichten zijn reparatoir en zijn gericht op schadeloosstelling. Daarnaast zijn de aanbieders en afnemers in beginsel degene die het initiatief moeten nemen om een zaak aanhangig te maken. Daarnaast zijn de privaatrechtelijke zorgplichten toegesneden op het concrete geval. De publiekrechtelijke voorschriften zijn gericht om gedrag van spelers te reguleren op de markt. Hier ligt bij de toezichthouder het initiatief om op te treden.

AANDELENLEASE-AFFAIRE

De aandelenlease-affaire, ook wel bekend onder de benamingen; effectenlease-affaire, Legio Lease-affaire of Dexia-affaire, heeft een grote bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht. De aandelenlease-affaire ontstond ten tijde van de Wte. Een aantal Europese Richtlijnen en verordeningen waar financiële instellingen zich thans aan moeten houden, was op dat moment nog niet in werking getreden.

Het concept

Het aandelenleaseconcept is begin jaren '90 van de vorige eeuw bedacht door Piet Bloemink, de toenmalige oprichter van Legio Lease. Het idee hierachter was dat de belegger met geleend geld aandelen kon kopen. Vóór de totstandkoming van aandelenleaseproducten was beleggen met name voor vermogende mensen weggelegd. Vóór de totstandkoming van aandelenleaseproducten was beleggen met name voor vermogende mensen weggelegd. Hier brachten de aandelenleaseproducten - vanwege het leencomponent - verandering in. Beleggen werd ook mogelijk voor minder vermogenden. Door de rap stijgende beurskoers werden er tot medio 2000 aanzienlijke winsten behaald op de aandelenleaseproducten. Het grote succes van deze producten vermeerderd met het succes van nieuw opkomende bedrijven en de automatisering was de aanleiding dat steeds meer aanbieders steeds risicovollere varianten op de markt brachten. In 2001, toen de markt zijn hoogtepunt bereikte, stonden er 700.000 contracten uit met een contractwaarde van € 6,5 miljard.¹⁰

De omslag

In het voorjaar van 2000 spatte de internetzeepbel uit elkaar met het gevolg dat de beurskoersen instorten. Ook de aanslag van 11 september 2001 droeg bij aan de val van de beurskoers. Zo snel als de aandelenkoersen vanaf 1995 waren gestegen, zo snel daalden de koersen in anderhalf jaar tijd. Tussen augustus 2000 en medio 2002 daalde de beurskoersen met ruim 50%. Mede door de hefboomwerking kwamen klanten met aandelenleaseproducten in grote financiële problemen. Aandelenleaseproducten waren enkel profijtelijk bij bovengemiddeld stijgende beurskoersen. Terwijl bij dalingen aanzienlijke restschulden ontstonden. Naar aanleiding van de uitzending van Tros Radar d.d. 25 maart 2002 hebben gedupeerde beleggers zich massaal beklaagd bij de aanbieders. Ze stellen zich op het standpunt dat zij door de aanbieders zijn misleid, onvoldoende geïnformeerd en niet zijn gewaarschuwd voor de risico's. Stichtingen worden

opgericht om belangen van gedupeerde te behartigen. Talloze gerechtelijke procedures volgen.

Aandelenlease jurisprudentie

In de zogenaamde drie 5-juni-arresten daterend van 5 juni 2009, is een aantal essentiële rechtsvragen inzake de aandelenlease-affaire door de Hoge Raad beantwoord.

In de 5-juni-arresten van de Hoge Raad worden onder andere de rechtsvragen beantwoord

- 1) of aanbieders hun zorgplichten hebben geschonden jegens hun klanten,*
- 2) of de klanten hierdoor schade hebben geleden en*
- 3) hoe de schade moest worden verdeeld.*

In deze bijdrage beperk ik mij tot bespreking van de eerste vraag.

Dwaling

In de arresten Dexia¹¹ en Levob¹² hadden de gedupeerden een beroep gedaan op vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling. De Hoge Raad oordeelt in de arresten Dexia en Levob (aanbieders) dat een geslaagd beroep van eiseressen op dwaling niet slaagt, omdat de aanbieders hun mededelingsplicht niet hebben geschonden. De Hoge Raad oordeelt dat de aanbieders tijdig inlichtingen hebben verschaft omtrent de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst om een eventueel onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, redelijkerwijze te voorkomen. De gedupeerde beleggers hadden op basis van de verstrekte gegevens voldoende beeld kunnen vormen van de eigenschappen van het financieel product.

Schending van een bijzondere zorgplicht

Wel acht de Hoge Raad dat de aanbieders in strijd hebben gehandeld met de bijzondere zorgplicht die zij in acht dienden te nemen. In het Levob-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de aanbieder tekortgeschoten was in haar verplichtingen om de belegger te waarschuwen voor het risico dat aan het einde van de looptijd van de overeenkomst een restschuld kon ontstaan. Daarnaast had de aanbieder na dienen te gaan of de belegger ook bij een slechte verkoopopbrengst van de effecten redelijkerwijze aan zijn betalingsverplichtingen kon voldoen. De aanbieder had informatie in moeten winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de particuliere belegger. Op deze wijze hadden de aanbieders kunnen beoordelen of de belegger naar redelijke verwachtingen uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, inclusief de mogelijke restschuld, konden dragen. Mocht dit niet het geval zijn geweest, dan had de aanbieder de belegger moeten adviseren om van de overeenkomst af te zien, aldus de Hoge Raad.

Nabespreking

De Hoge Raad maakt dus een onderscheid tussen precontractuele mededelingsplichten en waarschuwplichten. Het onderscheid tussen deze mededelingsplichten en waarschu-

wingsplichten is boterzacht.¹³ In beide gevallen dienen de aanbieders informatie te verstrekken ter bescherming van de afnemers. De vraag is waarom de Hoge Raad oordeelde dat de mededelingsplichten niet waren geschonden maar de waarschuwingsplichten wel. Het antwoord hierop is waarschijnlijk dat de Hoge Raad genuanceerd wilde beslissen. Ook de beleggers kan een verwijt worden gemaakt. Zij zijn destijds ook uitgegaan van de euforie van de beurskoers. Dwaling brengt in beginsel een alles-of-niets kwestie met zich mee. Of de dwaling komt voor rekening van de aanbieder of de dwaling komt voor rekening van de gedwaalde. In geval van dwaling is voor de verdeling van de pijn in beginsel niet direct een grondslag aan te wijzen.¹⁴ De Hoge Raad heeft willen kiezen voor de weg van een verdeling van de schuld. De schade werd verdeeld tussen de aanbieder en afnemer wegens eigen schuld.

Ik¹⁵ ben van mening dat de Hoge Raad heeft geoordeeld op een dusdanige wijze om een gewenst resultaat te bereiken. Ook de afnemers hadden boter op hun hoofd en dienden deels de schade te dragen. De open norm van de privaatrechtelijke zorgplicht geeft de Hoge Raad de mogelijkheid om het gewenste resultaat te bereiken.

WOEKERPOLIS

Het product

Beleggingsverzekeringen zijn sinds de tweede helft van de jaren negentig populair geworden. Bij deze beleggingsverzekeringen wordt lenen gecombineerd met beleggen en verzekeren. Voordelen van bijvoorbeeld beleggingshypotheek boven de oorspronkelijke lineaire of annuïteitenhypotheek zijn de maximalisatie van de renteaftrek en een beheersbaar renterisico. In Nederland werden tussen 1995 en 2005 6.100.000 beleggingspolissen verkocht met een gemiddelde van 2300 per werkdag.¹⁶

Begin 2005 start de AFM een analyserend onderzoek naar beleggingsverzekeringen. In oktober 2006 brengt de minister van Financiën een openbare brief uit met de belangrijkste bevindingen van de AFM.¹⁷ Eén van de bevindingen is dat de informatieverstrekking onvolledig, ontoereikend en niet in alle gevallen juist is. Ook blijkt dat een belangrijk deel van de inleg niet belegd wordt, maar opgaat in kosten en premies. In november 2006 vindt een uitzending van Tros Radar plaats over deze 'woekerpolissen'. De uitzending van Tros Radar brengt de woekerpolis-affaire in een stroomversnelling.

Woekerpolis-jurisprudentie

De woekerpolisaffaire is verre van uitgekristalliseerd. Er is inmiddels wel een aantal uitspraken voorhanden, die gedupeerde kunnen gebruiken in individuele procedures. Daarnaast zal het Europees Hof van Justitie zich op korte termijn – 29 april 2015 – uitlaten over een aantal rechtsvragen inzake deze woekerpolissen.¹⁸

De meeste woekerpolissen zijn verstrekt vóór de inwerkingtreding van de Wft. De rechter dient bij beoordeling van de woekerpolisprocedures dus voornamelijk gebruik te maken van

de open normen uit het privaatrecht al dan niet ingekleurd door bepalingen uit de Riav 1998.¹⁹ Uit de woekerpolisjurisprudentie die thans voorhanden is, leid ik af dat de bijzondere zorgplicht zoals die is ontwikkeld door de Hoge Raad in de effectenleasezaken gebruikt wordt om de woekerpoliszaken te beslechten. Zo heeft aanbieder Achmea de afnemer van een beleggingsverzekering niet voldoende geïnformeerd over het mogelijke negatieve groepercentage van de waarde van de beleggingen.²⁰ Dit komt grotendeels overeen met de geschonden waarschuwingsplicht betreffende het risico op een restschuld uit de 5-juni-arresten. Ook oordeelde de rechter in deze uitspraak dat het *ken-uw-cliënt-principe* was geschonden. Hoewel deze verplichting op grond van de formele wetgeving niet verplicht was voor de levensverzekeraar, werd aangenomen dat de aanbieder het *ken-uw-cliënt-principe* wel had na moeten leven. Ook hier wordt aansluiting gezocht met hetgeen eerder door de Hoge Raad is bepaald.²¹

Opmerkelijk is het oordeel van de rechter in de Falconzaak.²² De rechter acht in die zaak een beroep op dwaling wel geslaagd. De aanbieder had onvoldoende informatie verstrekt over het hefboomeffect en tevens niet geïnformeerd dat het om een bruto rendement ging in plaats van een netto rendement. Uit de bewoordingen van de rechter leid ik af dat hier geen onderscheid is gemaakt tussen schending van de mededelingsplichten die nodig zijn voor een geslaagd beroep op dwaling en de waarschuwingsplichten die schending van de bijzondere zorgplicht met zich mee kunnen brengen. Eerder heb ik aangegeven dat het onderscheid tussen deze mededelingsplichten en waarschuwingsplichten boterzacht is. Op basis van de wijze waarop de Hoge Raad de aandelenlease-affaire heeft beslecht, is het aannemelijk dat de Hoge Raad ook in de woekerpolis-affaire het alles-of-niets karakter van dwaling een te ingrijpend middel vindt. De Hoge Raad zal mogelijk, indien de aangedragen feiten en zijn beleidsruimte het toelaat, werken naar een resultaatgerichte oplossing, waar (mogelijk) geen plaats is voor de alles-of-niets werking van dwaling.

RENTESWAPS

Naast voornoemde affaires is ook de renteswapaffaire in opmars. Een renteswap - ook wel rente swap, rentederivaat, rentecap of interest rate swap (IRS) genoemd - is een complex financieel product waarmee het opwaartse risico van een variabele rente op een lening kan worden weggenomen. De constructie is dus in haar oorsprong bedoeld om renterisico af te dekken. In de praktijk zijn deze swapconstructies ook als zodanig geadviseerd en verkocht. De renteswap is een losse overeenkomst gekoppeld aan een separate kredietovereenkomst. Het probleem is dat als gedurende de looptijd de renteswap overeenkomst beëindigd moet worden of wordt, de renteswap (rentecap, interest rate swap of rentederivaat) een negatieve marktwaarde kan hebben vanwege de lage rentestand. Dit betekent dat de bank een afkoopsom dan wel beëindigingsvergoeding in rekening kan brengen waarop door de afnemer doorgaans niet is gerekend. Dit is slechts één van de vele risico's die kleven aan de renteswap waarvoor de afnemer (de ondernemer) in een aantal bekende gevallen niet juist is geïnformeerd, dan wel niet voldoende is gewaarschuwd.

Ondernemers zijn echter niet zelden (te) afhankelijk van de aanbieder van voornoemde renteswap, zodat zij geen actie kunnen en/of durven te ondernemen tegen hun aanbieder. De rechtspraak hieromtrent is daarom momenteel beperkt. In de schaarse rechtspraak die thans voor handen is, gebruikt de rechter de ontwikkelde rechtsregels inzake de bijzondere zorgplicht om onderhavige renteswapzaken te beslechten (zie Rechtbank Oost-Brabant 26-03-2014 Zaaknummer C/01/264203 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15-04-2014, *JOR* 2014/168). De rechter en het gerechtshof oordelen onder andere in voornoemde renteswapzaken dat de bijzondere zorgplicht zich niet beperkt tot particulieren maar ook ziet op ondernemers, al is de omvang van die zorgplicht wegens omstandigheden van het geval vaak beperkter. In de renteswapzaak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch wordt (nogmaals) – onder verwijzing naar de effectenlease jurisprudentie – geoordeeld dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de (des tijds geldende) publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt.

CONCLUSIE

De open privaatrechtelijke zorgplichten zijn in de loop der jaren ontwikkeld door de Hoge Raad. De privaatrechtelijke zorgplicht zorgt ervoor dat (deels) de ongewenste ongelijkheid tussen de financiële onderneming en de consument wordt gelijkgetrokken. De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten zijn twee normstelsels die elkaar aanvullen en die elkaar aanzienlijk hebben beïnvloed. Doorwerking c.q. beïnvloeding van beide normstelsels is van belang voor de rechtszekerheid. 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.

De aandelenlease-affaire heeft een grote bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van de zorgplicht. De rechtspraak over de aandelenlease-affaire is (vrijwel) volledig uitgekristalliseerd. De woekerpolis-affaire daarentegen is verre van uitgekristal-

liseerd. Het is wachten op de arresten van de Hoge Raad en het Europees Hof van Justitie waarin essentiële rechtsvragen worden beantwoord. Dit geldt evenwel voor de renteswap-affaire die mijns inziens nog in zijn kinderschoenen staat. Mijn conclusie luidt vooralsnog dat de rechter (voorlopig) voldoende middelen voorhanden heeft om onderhavige affaires te beslechten. Uit de jurisprudentie die thans voor handen is in de woekerpolis – en renteswap-affaire volgt dat de normkaders zoals die in de 5-juni arresten zijn ontwikkeld door de Hoge Raad nog steeds gebruikt worden bij beslechting van die geschillen, waarbij (dus) plaats blijft voor verdeling van de schuld en schade tussen de afnemer aan de financiële dienstverlener en de ondernemer ook een beroep kan doen op de bijzondere zorgplichten.

Informatie: stenden@silveradvocaten.com

- 1 Het begrip 'financiële dienstverlener' heeft in deze bijdrage een ruimere betekenis dan het begrip 'financiële dienstverlener' uit artikel 1:1 Wft.
- 2 Behoudens de uitzonderingen uit art. 4:18 Wft.
- 3 *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 304.
- 4 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393-394.
- 5 HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 260 (D/Internationale Nederlanden Bank); HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (Rabobank/Everaars); HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank); HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (Kouwenberg/Rabobank) en HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 333 (ABN Amro/Van Velzen).
- 6 Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: Hartlief et al., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 285.
- 7 Schonewille en Van den Bergen, 'De zorgplicht van banken en effectenin- stellingen: Beleggingsbescherming of paternalisme?', *O&F* 2006 nr. 70, p. 30.
- 8 Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *AA* 2003-12, p. 936 - 937.
- 9 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811, r.o. 4.5.8.
- 10 Rapport AFM, 'Aandelenlease; niet rendement alleen', oktober 2002 p. 2.
- 11 HR 8 februari 2013, *LJN* BX7846 en HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815.
- 12 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811.
- 13 Valk, 'Dwaling, tekortkoming en effectenlease,' *NTBR* 2009, 29. 237.
- 14 Van Boom & Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010/3 p. 194.
- 15 en met mij Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 193 en Valk 2009, p. 237.
- 16 K. Kooman, 'De Woekerpolisaffaire, Hoe miljoenen Nederlanders in de val zijn gelokt en hoe ze de schade kunnen beperken', Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2010, p. 57.
- 17 Brief minister d.d. 16 oktober 2006, over het onderzoek van de AFM naar het product beleggingsverzekeringen - Regels voor de financiële dienstverlener.
- 18 Dit artikel is eind maart 2015 geschreven.
- 19 Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 6.4.
- 20 Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 15.2.
- 21 HR 5 juni 20a09, *LJN* BH2811 (Levob/Bolle).
- 22 Rechtbank Haarlem 26 januari 2011, nr. 140342 / HA ZA 07 -1327, r.o. 2.6.