

Masterscriptie
Tilburg Law School

De ontwikkeling van de bancaire zorgplicht

Thomas Jefferson:

“I sincerely believe that banking establishments are more dangerous than standing armies.”

The Rothschild brothers of London writing to associates in New York, 1863.

“The few who understand the system will either be so interested in its profits or be so dependent upon its favours that there will be no opposition from that class, while on the other hand, the great body of people, mentally incapable of comprehending the tremendous advantage that capital derives from the system, will bear its burdens without complaint, and perhaps without even suspecting that the system is inimical to their interests.”

Henry Ford, founder of the Ford Motor Company.

“It is well enough that people of the nation do not understand our banking and money system, for if they did, I believe there would be a revolution before tomorrow morning.”

B.M.C. Stenden

Master Ondernemingsrecht

Studentnummer: 957759

Tilburg University

Departement Business Law

Begeleider: Dhr. mr. G.J.H. van der Sangen

Tweede lezer:

Afstudeerdatum: 27 augustus 2014

B.M.C. Stenden

Studentnummer 957759

B.M.C.Stenden@tilburguniversity.edu

www.tilburguniversity.edu

Tilburg, augustus 2014

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van mijn masteropleiding Ondernemingsrecht aan Tilburg University. In mijn scriptie staat de ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht van banken jegens particuliere beleggers centraal. In mijn scriptie zullen een aantal financiële producten worden besproken. Het onderzoek richt zich op de vraag of banken bij (het verstrekken van) deze financiële producten wel de geldende wet- en regelgeving in acht hebben genomen. Een kritische houding tegenover deze grote spelers heeft dan ook interessante bevindingen en resultaten naar boven gebracht.

Tot het onderwerp van mijn scriptie ben ik gekomen door behandeling van inhoudelijke dossiers inzake de willekeurige rente op het kantoor Silver Advocaten B.V. te Waalwijk. Bij Silver Advocaten kwam ik erachter dat banken veelvuldig in strijd met gedragsregels en rechtsregels uit jurisprudentie handelen en hun (bijzondere) zorgplichten schenden. Voor mij was het duidelijk dat de gang van zaken bij banken grondig onderzocht moest worden.

Mijn dank gaat uit naar mijn scriptiebegeleider, mr. dr. van der Sangen. De duwtjes in de juiste richting en de snelheid waarmee hij mijn vragen heeft beantwoord, hebben mij erg geholpen bij het schrijven van mijn scriptie. Daarnaast wil ik mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun gedurende mijn studie. Ten slotte wil ik meester Silvertand en meester Papeveld van Silver Advocaten hartelijk danken voor hun tijd en inspanningen om mij wegwijs te maken in de advocatuur. Komende drie jaren zal ik mijzelf als Advocaat-Stagiaire volledig en met veel plezier inzetten bij jullie op het kantoor.

Boy Stenden

Augustus 2014

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Afkortingenlijst	7
1. Inleiding	9
2. Publiekrechtelijke zorgplichten	12
2.1 Ontstaansgeschiedenis.....	12
2.2 Zorgplichten in de Wft.....	14
2.3 Cliëntendossier	14
2.3.1 Cliëntenclassificatie	14
2.3.2 Cliëntendossier	15
2.4 Informatieplicht.....	15
2.4.1 Voorafgaande informatieverstrekking	16
2.4.2 Informatie verstrekking ten tijde van dienst.....	17
2.5 Onderzoeksplicht.....	17
2.5.1 Ken-uw-cliënt-principe	17
2.5.2 Passendheidstoets.....	19
2.6 De generieke zorgplicht.....	20
2.7 Handhaving en toezicht.....	23
2.8 Gevolgen overtreding Wft.....	25
3. Privaatrechtelijke zorgplicht.....	27
3.1 Algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners.....	27
3.2 Bijzondere zorgplicht van banken	28
3.2.1 Ten aanzien van particuliere cliënten	29
3.2.2 Ten aanzien van derden	30
3.3 Eigen schuld.....	34
3.4 Wisselwerking publiekrecht en privaatrecht	36
4. Zelfregulering	39
4.1 Code Banken.....	39
4.1.1. Aanleiding.....	39
4.1.2. Werking	40
4.1.3. Naleving.....	41

4.2	De Code in het licht van de zorgplicht.....	43
4.4	Zelfregulering en overheidsregulering?	45
5.	De Whc en de Woh.....	47
5.1	Wet handhaving consumentenbescherming	47
5.1.1	Toezicht door de AFM onder de Whc.....	49
5.1.2	Handhaving.....	49
5.2	Wet oneerlijke handelspraktijken	50
6.	Aandelenlease-affaire	52
6.1	Aandelenleaseproducten	52
6.2	Oorzaak affaire	53
6.2.1	De omslag	54
6.3	Duisenberg-regeling	54
6.4	Aandelenlease jurisprudentie	55
6.4.1	Dwaling.....	57
6.4.2	Misleidende reclame	58
6.4.3	Schending van een bijzondere zorgplicht.....	58
6.4.4	Causaal verband en toerekenen van eigen schuld.....	60
6.5	Dwaling of schending bijzondere zorgplicht	61
7.	Woekerpolis	63
7.1	Het ontstaan van de woekerpolis-affaire.....	63
7.2	Woekerpolis-jurisprudentie	65
7.2.1	Lijfrentemaatwerkplan	66
7.2.2	Falconzaak	68
7.2.3	Niet waarschuwen risico wijziging fiscaal regime	69
7.2.4	Koersplan.....	70
7.2.5	Misleiding	70
7.2.6	Nationale Nederlanden	72
7.3	Nabespreking woekerpolis-jurisprudentie.....	73
8.	Willekeurige rente.....	75
8.1	Geschillencommissie	75
8.1.1	Feiten en omstandigheden.....	75
8.1.2	Beoordeling door Geschillencommissie Kifid	76

8.1.3	Voorbeeld berekening schade.....	77
8.2	Uitspraak commissie van beroep	78
8.3	Zorgplicht banken met betrekking tot het vaststellen van rente	78
9.	Conclusie	81
	Jurisprudentielijst	85
	Literatuurlijst	87

Afkortingenlijst

AA	Ars Aequi
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
Art.	Artikel
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen
BW	Burgerlijk Wetboek
C.F.T.C.	Commodity Futures Trading Commission
CPB	Centraal Plan Bureau
c.q.	Casu quo
DNB	De Nederlandse Bank
DOJ	Department Of Justice
e.a.	En andere
FCA	Financial Conduct Authority
FSAP	Financieel Service Action Plan
HR	Hoge Raad
JONDR	Jaarboek Ondernemingsrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NCGC	Nederlandse Corporate Governance Code
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handels Recht.
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
Rb.	Rechtbank
r.o.	Rechtsoverweging
O&F	Onderneming & Financiering
OM	Openbaar Ministerie
TBTF-Banken	Too-big-to-fail banken
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingsrecht Praktijk
TvT	Tijdschrift voor Toezicht
V&O	Vennootschap & Onderneming
VrA	Vermogensrechtelijke Annotaties
Weh	Wet effectenhandel
Wfe	Wet financieel effectenverkeer
Wft	Wet financieel toezicht
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
Woh	Wet oneerlijke handelspraktijken
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1. Inleiding

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 proporties te houden. Deze compensatie vindt plaats door publiekrechtelijke normen, privaatrechtelijke normen alsmede door zelfregulering.

Ondanks de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke wet- en regelgeving en zelfregulering komen banken, verzekeraars en beleggingsinstellingen regelmatig in een slecht daglicht te staan. De aandelenlease-, woekerpolis- en Libor-affaire hebben het imago van banken de afgelopen jaren geen goed gedaan. Ook aan de totstandkoming van de huidige kredietcrisis hebben banken een onmiskenbare bijdrage geleverd. Bovengenoemde affaires samen met de kredietcrisis hebben banken onder een vergrootglas gezet van kritische juristen en economen.

De bankensector is de meest gereguleerde sector van de economie, banken hebben namelijk een belangrijke maatschappelijke functie. Onze beleidsmakers hebben een aantal banken gekwalificeerd als 'too big to fail' (TBTF-Banken). Het is niet slechts het enorme bedrag, dat de overige banken dienen te betalen als consumenten in aanmerking komen voor het depositogarantiestelsel², maar belangrijker nog het vertrouwen in de financiële sector dat wordt geschaad en daarmee de gehele economie raakt als een van deze banken failliet gaat of van een faillissement moet worden gered door staatssteun³ of door nationalisering⁴.⁵ Indien het vertrouwen van beleggers en consumenten in de financiële sector wordt geschaad, heeft dit verstrekende economische gevolgen voor de gehele maatschappij.

De steeds weer strenger wordende wet- en regelgeving moet de kans op nieuwe financiële affaires en een nieuwe economische crisis in de toekomst minimaliseren. Zo is onder andere de bonuscultuur

¹ Pijls 2010, p. 167.

² Art. 11 lid 1 Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantiestelsel Wft. In beginsel betalen de gezamenlijke banken het depositogarantiestelsel. DNB voert de regeling uit.

³ Op 19 oktober 2008 maakt ING Groep gebruik van een kapitaalinjectie van 10 miljard euro.

⁴ Op 1 februari 2013 wordt SNS Reaal genationaliseerd.

⁵ Bijlsma & Mocking 2013, p. 2.

inmiddels aan banden gelegd⁶ en zal de wet- en regelgeving hieromtrent de komende jaren alleen maar strenger worden.⁷ Om toezicht te houden op de financiële sector en deze sector te reguleren zijn verschillende privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke normen in de loop der jaren ontwikkeld. De onderzoeksvraag die in mijn scriptie centraal staat, luidt:

‘Hoe heeft de bijzondere zorgplicht van banken jegens particuliere cliënten zich tot op heden ontwikkeld met inachtneming van rechtsregels die voortvloeien uit de doctrine en jurisprudentie en in het bijzonder de rechtsregels die voortvloeien uit rechtszaken als gevolg van financiële affaires?’

In hoofdstuk 2 zal de publiekrechtelijke zorgplicht besproken worden. De publiekrechtelijke zorgplichten zijn gecodificeerd in de Wft en bestaan voor een groot deel uit implementaties van Europese richtlijnen.⁸ De recente opneming van de generieke zorgplicht in de Wft zal in dit hoofdstuk uitvoerig worden besproken. In hoofdstuk 3 zal de privaatrechtelijke zorgplicht centraal staan. Hoofdstuk 3 sluit ik af met een bespreking van de wisselwerking tussen privaatrechtelijke normen en de publiekrechtelijke voorschriften. Nadat in deze twee beschrijvende hoofdstukken de normstelsels duidelijk uiteen zijn gezet, zal in hoofdstuk 4 ingegaan worden op zelfregulering van banken. In hoofdstuk 5 zal kort de aanleiding en de functie van de Wet handhaving en consumentenbescherming en de Wet Oneerlijke Handelspraktijken besproken worden alsook de verhouding tussen de Wft en beide wetten. In de hoofdstukken 2,3,4 en 5 zal stapsgewijs de volgende deelvraag worden beantwoord;

‘Vormen voornoemde normenstelsels samen met zelfregulering door banken een goed functionerend systeem dat op de juiste manier in verhouding tot elkaar staat en elkaar op de juiste manier aanvult?’

Hierna zal het praktische onderzoek uiteen worden gezet. In hoofdstuk 6 zal de aandelenlease-affaire uitvoerig worden besproken. Vaststaat dat aanbieders van deze aandelenleaseproducten hun zorgplichten jegens particulieren veelvuldig hebben geschonden bij het aanbieden van deze

⁶ Principe 6.3 en 6.4 Code Banken 2009 en Besluit van 19 november 2010, houdende wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Besluit beheerst beloningsbeleid Wft)

⁷ Kamerbrief 26 november 2013.

⁸ Richtlijn 79/279 EEG van 5 maart 1979 (*PbEG* L 66), Richtlijn 80/390/EEG van 17 maart 1980 (*PbEG* L 100), Richtlijn 82/121/EEG van 15 maart 1982 (*PbEG* L 48), Richtlijn 2003/71EG van 4 november 2003 en Richtlijn 2003/6/EG van 28 januari 2003 en Richtlijn 2004/25 EG (*PbEU* L 142) en Richtlijn 2004/39/EG (*PbEU* L 145).

financiële producten. De meeste afnemers van deze aandelenleaseproducten zijn akkoord gegaan met de Duisenberg-regeling. De aandelenleasegeschillen tussen de aanbieders en de overige afnemers zijn inmiddels grotendeels afgewikkeld. De rechtspraak omtrent het aanbieden van deze aandelenleaseproducten is vrijwel volledig uitgekristalliseerd. In dit hoofdstuk zal uitvoerig stil worden gestaan bij de ontwikkeling van de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten die deze financiële affaire heeft bewerkstelligd. De deelvraag die in hoofdstuk 6 zal worden beantwoord, luidt als volgt:

‘Zijn tijdens of naar aanleiding van de aandelenlease-affaire nieuwe dan wel strengere privaatrechtelijke en/of publiekrechtelijke normen tot stand gekomen, waarmee de kans op toekomstige financiële affaires wordt verkleind?’

In hoofdstuk 7 zal de woekerpolis-affaire besproken worden. De woekerpolis-affaire is in tegenstelling tot de aandelenlease-affaire verre van afgewikkeld. Desalniettemin is duidelijk dat ook hier aanbieders stelselmatig zorgplichten hebben geschonden. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat, luidt als volgt:

‘Zijn de ontwikkelingen die de zorgplicht heeft ondervonden door de aandelenlease-affaire voldoende om ook de woekerpolis-affaire aan banden te leggen of dienen de zorgplichten wederom te worden uitgebreid?’

In hoofdstuk 8 zal een ontwikkeling besproken worden dat zich voordoet bij het aanbieden van kredieten aan consumenten. Het betreft hier de variabele rente die consumenten aan banken dienen te betalen voor het verkrijgen van krediet. Het lijkt erop dat banken de variabele rente eenzijdig wijzigen zonder enig referentievoet te hanteren. De volgende deelvraag zal in dit hoofdstuk worden beantwoord:

‘Mogen banken gelet op hun bijzondere zorgplicht de rente eenzijdig wijzigen zonder een externe referentievoet te hanteren c.q. dienen banken mede gelet op hun informatieplicht de cliënten hierover beter te informeren?’

Tot slot zal in hoofdstuk 9 een concluderende samenvatting worden gegeven over de ontwikkeling van de zorgplicht. Tevens zullen de deelvragen nogmaals kort worden beantwoord.

2. Publiekrechtelijke zorgplichten

Zoals reeds aangegeven bestaat er een privaatrechtelijke zorgplicht en een publiekrechtelijke zorgplicht. De publiekrechtelijke zorgplichten zijn terug te vinden in de Wft. In de Wft is een aantal toezichtrechtelijke wetten samengevoegd. De publiekrechtelijke zorgplichten zijn grotendeels afkomstig van Europese richtlijnen die zijn gecodificeerd in de Wft. In paragraaf 1 zal chronologisch de codificatie van deze regelgeving in de Wft worden besproken. In paragraaf 2 tot en met 5 zullen slechts kort en beschrijvend de publiekrechtelijke zorgplichten de revue passeren. In paragraaf 7 zal uitvoerig en analyserend ingegaan worden op de codificatie van de generieke zorgplicht in de Wft en de toegevoegde waarde hiervan. In paragraaf 7 staat de handhaving van de publiekrechtelijke zorgplichten centraal. Ten slotte zullen in paragraaf 8 de mogelijke civielrechtelijke gevolgen worden besproken indien de Wft wordt overtreden.

2.1 Ontstaansgeschiedenis

Het effectenrecht, bestaande voor een groot deel uit implementatie van Europese richtlijnen, heeft zich in korte tijd ontwikkeld tot een omvangrijk en gecompliceerd rechtsgebied.⁹ Het door de Europese Commissie in 1999 opgestelde Financial Service Action Plan (FSAP) heeft aan deze ontwikkeling alsook aan de harmonisatie van het publiekrecht bijgedragen.

De eerste publiekrechtelijke wet ontstond aan het begin van de Eerste Wereldoorlog. In de Beurswet 1914 kwamen effectenbeurzen onder toezicht te staan. Zo werd voortaan voor het oprichten van een effectenbeurs een vergunning van de minister van Financiën vereist. Na de Tweede Wereldoorlog trad ook de Beschikking Beursverkeer 1946 in werking. Halverwege de 20^{ste} eeuw ontstaat de heersende gedachte dat de beleggers beter beschermd dienen te worden. Deze gedachte samen met de totstandkoming van een Europese kapitaalmarkt leidde in 1979, 1980 en 1982 tot drie belangrijke Europese richtlijnen; 1) inzake de toelatingseisen van effecten tot een effectenbeurs, 2) inzake de eisen waaraan een beursprospectus moet voldoen en 3) inzake de periodieke informatieverschaffing door beursgenoteerde instellingen.¹⁰ In 1988 werd de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de voorloper van de AFM, opgericht.¹¹ In 1989 werd misbruik van handelen

⁹ Grundmann- van de Krol 2012, p.1.

¹⁰ Richtlijn 79/279 EEG van 5 maart 1979 (*PbEG* L 66), Richtlijn 80/390/EEG van 17 maart 1980 (*PbEG* L 100) en Richtlijn 82/121/EEG van 15 maart 1982 (*PbEG* L 48).

¹¹ Huizink & Schoenmakers 2009, p. 103.

met voorwetenschap in Nederland strafbaar gesteld door artikel 336a op te nemen in het Wetboek van Strafrecht.

Handel buiten de officiële effectenbeurzen waar particulieren bij waren betrokken, werd tot op dat moment niet geregeld. In 1985 kwam de eerste publiekrechtelijke effectenwet, de Wet effectenhandel (Weh) tot stand. De doelstelling van de wet was om beleggers te beschermen en het handhaven van vertrouwen in de Nederlandse kapitaalmarkt. Het aanbieden van effecten buiten de officiële effectenbeurs werd door de Weh ook aan regels onderworpen. In 1992 werd de Weh vervangen door de Wet toezicht effectenverkeer (Wte) en in 1995 door de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995). Vanaf dat moment gaat het hard met de richtlijnen en wetgeving die worden ondergebracht in de Wte 1995. Onder andere wordt de prospectusrichtlijn, de richtlijn marktmisbruik en de daarbij horende uitvoeringsrichtlijnen geïmplementeerd in de Wte 1995.¹²

Op 1 januari 2007 treedt de Wet op het financieel toezicht (Wft) in werking. Voorlopers van de Wft hadden een sectoraalgewijze toezichtstructuur. Hierbij hield De Nederlandse Bank (DNB) toezicht op de bancaire sector en de Pensioen- en Verzekeringskamer hield toezicht op de pensioen- en verzekeringssector. Nederland heeft met invoering van het *Twin peaks*-model een pioniersrol vervuld.¹³ In het *Twin peaks*-model houdt enerzijds DNB toezicht op de soliditeit van financiële instellingen (prudentieel toezicht) en anderzijds houdt de AFM toezicht op de wijze waarop partijen op de markten van sparen, beleggen en verzekeren met elkaar omgaan (gedragstoezicht). Na het in werking treden van de Wft gingen de publiekrechtelijke wijzingen in rap tempo door. Zo werden de Overnamerichtlijn en de Richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten (MIFID) geïmplementeerd.¹⁴ Daarnaast kreeg de AFM en DNB in 2008 de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te leggen.

De Wft is een kaderwet (eerste niveau van wetgeving). Dit wil zeggen dat een groot aantal bepalingen in de Wft voorzien is van een nadere uitwerking bij AMvB (tweede niveau van wetgeving). Zoals vermeld heeft de AFM en DNB de bevoegdheid om regels op te stellen, de zogenaamde 'toezichthouderregels' (derde niveau van wetgeving).¹⁵

¹² Richtlijn 2003/71/EG van 4 november 2003 en Richtlijn 2003/6/EG van 28 januari 2003.

¹³ Vletter-van Dort 2006, p. 2.

¹⁴ Richtlijn 2004/25/EG (*PbEU* L 142) en Richtlijn 2004/39/EG (*PbEU* L 145).

¹⁵ Busch & Grundmann-van de krol 2009, p. 18.

2.2 Zorgplichten in de Wft

Artikel 4:90 Wft geeft een open norm waarin de zorgplichten voor beleggingsondernemingen in algemene zin worden omschreven: a) Een beleggingsonderneming zet zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in voor de belangen van haar cliënten, b) alsook bij het verrichten van beleggingsactiviteiten, c) alsook het onthouden van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt.¹⁶ Deze algemene norm voor beleggingsondernemingen is in andere bepalingen in de Wft verder uitgewerkt alsook in het BGfo Wft.¹⁷ Belangrijke verplichtingen die terug te voeren zijn op deze algemene zorgvuldigheidsnorm zijn (1) het cliëntendossier en cliëntenovereenkomst,¹⁸ (2) de informatieverstrekkingsregels,¹⁹ (3) de onderzoeksplicht²⁰ en (4) de waarschuwingsplicht.

2.3 Cliëntendossier

2.3.1 Cliëntenclassificatie

Artikel 4:18a Wft verplicht een beleggingsonderneming haar cliënten in te delen in een van de drie in de wet genoemde categorieën: niet-professionele beleggers, professionele beleggers en 'in aanmerking komende tegenpartijen'.²¹ Deze zogenaamde cliëntenclassificatie is afkomstig uit de MiFID Richtlijn²²:

1. De eerste groep is de zogenoemde 'in aanmerking komende tegenpartij'. Deze eerste groep kent de minste beleggersbescherming. Zo is de hieronder te bespreken informatieplichten, onderzoeksplichten, het bijhouden van een cliëntendossier en waarschuwingsplichten niet van toepassing op deze groep beleggers.²³ Onder andere vallen onder deze groep beleggingsondernemingen, kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en pensioenfondsen.²⁴

¹⁶ Art. 4:90 Wft.

¹⁷ Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

¹⁸ Art. 4:89 Wft.

¹⁹ Art. 4:20 Wft en o.a. art. 49a BGfo, art. 51a BGfo, art. 58f BGfo, art. 69 BGfo en art. 70 BGfo.

²⁰ Art. 4:23 Wft en art. 4:24 Wft.

²¹ Bierens 2012, p. 132.

²² Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten, P.B.L.145, 30 april 2004, hierna MiFID.

²³ Art. 4:18 Wft.

²⁴ Art. 24 lid 2 MiFID.

2. Daarnaast kent de Wft de professionele beleggers. Ook deze term is geïntroduceerd door de MiFID.²⁵ Een limitatieve opsomming van de professionele beleggers is te vinden in de definitiebepalingen uit Artikel 1:1 Wft.
3. De categorie met de meeste bescherming zijn niet-professionele beleggers. Niet-professionele beleggers zijn de beleggers die niet onder de eerste twee groepen vallen.²⁶

2.3.2 Cliëntendossier

Een beleggingsonderneming moet voor iedere cliënt – met uit zondering van de ‘in aanmerking komende tegenpartij’²⁷ – een dossier aanleggen met documenten waarin de wederzijdse rechten en verplichtingen van de beleggingsonderneming en de cliënt zijn beschreven.²⁸ Daarnaast dient de beleggingsonderneming met iedere cliënt – met uit zondering van de ‘in aanmerking komende tegenpartij’²⁹ alsook professionele beleggers³⁰ – een cliëntenovereenkomst te sluiten. In artikel 168 BGfo Wft is aangegeven welke bepalingen de cliëntenovereenkomst minimaal moet bevatten.

2.4 Informatieplicht

Zoals in de inleiding vermeld bestaat er een informatieasymmetrie tussen de financiële consument en de financiële onderneming die de dienst verleent. Deze informatieasymmetrie wordt niet altijd wenselijk geacht en wordt getracht te worden verminderd door wet- en regelgeving. De informatieverstrekkingsregels uit de Wft zijn hier sprekende voorbeelden van. Op grond van de Wft dient de informatie correct, duidelijk en niet misleidend te zijn.³¹ Ook moet de financiële onderneming kenbaar maken dat hij de informatie verstrekt met een commercieel oogmerk.³² De financiële onderneming dient informatie te verstrekken dat begrijpelijk is voor de gemiddelde belegger, de zogenoemde ‘maatman-belegger’.³³ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat indien er sprake is van advisering of individueel vermogensbeheer de informatie in dat geval toegespitst moet zijn op de behoefte van de individuele belegger. Ook naarmate de financiële dienst risicovoller wordt, dient de informatie hierop toegesneden te worden.³⁴ Voordat deze informatiebepalingen

²⁵ Bijlage 2 MiFID

²⁶ Art. 1:1 Wft.

²⁷ Zie art. 4: 18 Wft en art. 4 MiFID.

²⁸ Art. 4:89 lid 1 Wft.

²⁹ Zie art. 4: 18 Wft.

³⁰ Art. 4:89 lid 4 Wft.

³¹ Art. 4:19 lid 2 Wft.

³² Art. 4:19 lid 2 Wft.

³³ HvJEG 19 september 2006, zaak C-356/04, NJ 2007, 18.

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 509.

waren opgenomen in de Wft, was een aantal van deze regels al van toepassing via de open privaatrechtelijke normen. Echter bleken deze normen niet altijd duidelijk te zijn en het gewenste effect met zich mee te brengen.³⁵ In hoofdstuk 6 zal blijken dat deze privaatrechtelijke open normen die zien op informatieverplichtingen veelvuldig zijn geschonden.

2.4.1 Voorafgaande informatieverstrekking

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.³⁶ De informatie moet in beginsel een geruime tijd voordat een consument moet beslissen of hij/zij gebonden wil worden aan een bepaalde overeenkomst worden verstrekt.³⁷ Of de informatie op tijd is verstrekt, hangt af van de complexiteit van het financieel product alsook de urgentie van de situatie.³⁸ Welke informatie voorafgaand aan het verlenen van de financiële dienst moet worden verstrekt, staat opgenomen in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen.³⁹ Belangrijke zaken die voorafgaand aan het verlenen van een beleggingsdienst of nevendienst dienen te worden verstrekt aan een professionele belegger zijn onder andere informatie over de wederzijdse rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst. Daaronder vallen bijvoorbeeld de kosten en bijbehorende lasten van het aangeboden product⁴⁰ en een algemene omschrijving van de risico's van het aangeboden product⁴¹. De rechten en plichten die uit deze artikelen voortvloeien, zijn niet limitatief.

't Hart en Du Perron merken gemotiveerd op dat alle bovenstaande informatie mogelijk niet effectief zal leiden tot gedragsbeïnvloeding.⁴² Zij hebben namelijk berekend dat de consument ongeveer dertien uur nodig heeft om alle informatie over het complex product 'beleggingshypotheek' door te lezen.⁴³

³⁵ Van Dijk en van der Woude 2009, p. 74-92.

³⁶ Art. 4:20 lid 1 Wft.

³⁷ Busch & Grundmann-van de krol 2009, p. 613.

³⁸ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 086, nr. 3, p. 120.

³⁹ Art. 58a e.v. BGfo.

⁴⁰ Art. 58a jo. 58e BGfo.

⁴¹ Art. 58a jo. 58c BGfo.

⁴² 't Hart & Du Perron 2006, p. 103.

⁴³ 't Hart & Du Perron 2006, p. 38.

2.4.2 Informatie verstrekking ten tijde van dienst

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.⁴⁴ Het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen bevat een aantal artikelen met daarin specifieke informatieverplichtingen, die aan de consument moeten worden verstrekt gedurende de looptijd van de overeenkomst.⁴⁵ Zo dient, indien het gaat om individueel vermogensbeheer, periodiek een overzicht te worden verstrekt.⁴⁶

2.5 Onderzoeksplicht

Naast de verplichting van financiële ondernemingen om informatie te verstrekken, heeft de financiële onderneming ook de verplichting om informatie bij zijn cliënten in te winnen. Slechts indien de financiële ondernemingen beschikken over voldoende en adequate informatie over hun cliënten, kunnen zij de juiste zorgvuldigheid in acht nemen. Het ken-uw-cliënt-principe is van toepassing indien de financiële onderneming een beleggingsdienst verricht dat bestaat uit een beleggingsadvies of uit individueel vermogensbeheer.⁴⁷ De passendheidstoets dient te worden uitgevoerd indien de werkzaamheden een andere beleggingsdienst inhoudt dan het bovenstaande. In het onderstaande zal ik ingaan op beide onderzoeksplichten.

2.5.1 Ken-uw-cliënt-principe

Zoals aangegeven is het ken-uw-cliënt-principe alleen van toepassing indien de financiële onderneming adviseert of individueel vermogensbeheer uitvoert.⁴⁸ Het ken-uw-cliënt-principe wordt gekenschetst als het hart van de precontractuele onderzoeksplicht van de financiële onderneming.⁴⁹ De financiële onderneming dient informatie in te winnen over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de cliënt, voor zover dit relevant is voor haar advies of voor het beheren van diens vermogen.⁵⁰ Het ken-uw-cliënt-principe is in 2007 in de Wft gecodificeerd als reactie op de effectenleaseprocedures, waar in hoofdstuk 6 uitvoerig wordt ingegaan.⁵¹ Betreffende de ervaring en kennis dient informatie ingewonnen te worden over a) de soort beleggingsdienst en

⁴⁴ Art. 4:20 lid 3 Wft.

⁴⁵ Art. 69 BGfo Wft en 70 BGfo Wft,

⁴⁶ Art. 70 lid 1 Wft.

⁴⁷ Art. 4:23 lid 1 Wft.

⁴⁸ Art. 4:23 lid 1 Wft.

⁴⁹ Raas 2009, p. 658.

⁵⁰ Bierens 2012, p. 134.

⁵¹ Cherednychenko 2010, p.70.

financiële instrumenten waar de cliënt mee vertrouwd is, b) de aard, het volume en frequentie van de transacties, c) de opleiding en het beroep van de cliënt.⁵² 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.⁵³ Met deze informatie dient de financiële onderneming vast te stellen dat de transactie waarop haar advies of beheer van individueel vermogen betrekking heeft, voldoet aan de beleggingsdoelstellingen van haar cliënt. 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.⁵⁴ De financiële onderneming dient haar advies of het beheer van het vermogen te baseren op de ingewonnen informatie. Daarnaast dient de financiële onderneming haar overwegingen inzake haar advies toe te lichten.⁵⁵ Indien de financiële onderneming haar cliënt niet adviseert, dient zij dit voor aanvang van de beleggingsdienst kenbaar te maken aan haar cliënt.⁵⁶

De Wft bevat geen voorschriften op welke wijze bovengenoemde informatie moet worden ingewonnen. In de meeste gevallen wordt de benodigde informatie ingewonnen door middel van gestandaardiseerde vragenlijsten.⁵⁷ Op basis van de antwoorden wordt het risicoprofiel van de cliënt vastgesteld. De benamingen van de risicoprofielen zijn niet uniform, maar komen in de meeste gevallen neer op zeer defensief, defensief, neutraal, offensief, zeer offensief en speculatief.⁵⁸ Op 30 november 2009 heeft de AFM een voorstel voor standaard risicoprofielen gepubliceerd.⁵⁹ Het doel van deze standaard risicoprofielen is de hoeveelheid verschillende profieltermen te beperken tot een beter vergelijkbare set. De AFM wijst er op dat de huidige profieltermen nauwelijks onderling zijn te vergelijken. De AFM heeft in november 2010 haar aanbevelingen gepubliceerd in een leidraad.⁶⁰

Onlangs heeft de rechter bepaald dat de banken bij het opstellen van een nieuw doelrisicoprofiel zich niet mag leiden door een reeds bestaande effectenportefeuille van haar klant.⁶¹ De bank had zich er voldoende van moeten vergewissen of het profiel nog steeds aansluit bij de financiële positie en

⁵² Art. 80c lid 1 BGfo.

⁵³ Grundmann-van de Krol 2012, p. 624.

⁵⁴ Art. 80a BGfo.

⁵⁵ Art. 4:23 lid 1 Wft.

⁵⁶ Art. 4:23 lid 2 Wft.

⁵⁷ Loonen 2008, p. 375.

⁵⁸ Bierens 2012, p. 135.

⁵⁹ AFM, 'Voorstel voor standaard risicoprofielen', november 2009

⁶⁰ AFM, 'Leidraad informatie over risicoprofielen; Aanbevelingen voor een betere aansluiting tussen beleggingen en risicoprofielen', november 2010.

⁶¹ Rechtbank Overijssel 6 juni 2014, JOR 2014/447.

beleggingsdoelstellingen en uitgangspunten van haar klant.⁶² Banken zullen bij het adviseren van consumenten die ze eerder hebben geadviseerd, dienen te onderzoeken of de informatie en beleggingsdoelstellingen nog actueel zijn.

2.5.2 Passendheidstoets

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.⁶³ Ook ten aanzien van de passendheidstoets dient informatie ingewonnen te worden inzake de ervaring en kennis over a) de soort beleggingsdienst en financiële instrumenten waar de cliënt mee vertrouwd is, b) de aard, het volume en frequente van de transacties, c) de opleiding en het beroep van de cliënt. De beleggingsonderneming beoordeelt aan de hand van deze 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.⁶⁴ De hoeveelheid informatie die door de financiële onderneming dient ingewonnen te worden, is evenredig aan de aard van het financieel product, de complexiteit daarvan en de daarmee samenhangende risico's.⁶⁵ Er dient in ieder geval informatie ingewonnen te worden over a) de financiële producten waarmee de cliënt al mee bekend is, b) het inzicht van de cliënt in de eigenschappen en risico's van het product of dienst, c) de mate waarin de cliënt inzicht heeft in zijn eigen financiële situatie, d) de behoefte van de cliënt aan advies betreffende het product.⁶⁶ De financiële onderneming dient de consument te waarschuwen indien op grond van de passendheidstoets blijkt dat het financiële product of niet passend is voor de cliënt of wanneer de financiële onderneming geen volledige passendheidstoets heeft kunnen uitvoeren omdat ze over te weinig informatie beschikt.⁶⁷ Indien de belegger ondanks de (gestandaardiseerde) waarschuwing⁶⁸ toch de transactie of dienst wilt voortzetten, is dit in beginsel zijn eigen verantwoordelijkheid.⁶⁹ De passendheidstoets hoeft in een aantal gevallen niet uitgevoerd te worden door de financiële

⁶² Idem.

⁶³ Art. 4:24 lid 1 Wft.

⁶⁴ Art. 80b lid 1 BGfo.

⁶⁵ Art. 80e lid 2 BGfo.

⁶⁶ Art. 80e lid 2 BGfo.

⁶⁷ Art. 4:24 lid 2 en 3 Wft.

⁶⁸ Art. 4:24 lid 6 Wft.

⁶⁹ *Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 514.*

onderneming.⁷⁰ Dit is onder andere het geval als de cliënt voorafgaand aan de dienstverlening duidelijk heeft gemaakt dat deze passendheidstoets niet hoeft worden uitgevoerd.⁷¹

2.6 De generieke zorgplicht

Sinds 1 januari 2014 is een generieke zorgplicht gecodificeerd in de Wft. Met de generieke zorgplicht wordt ook aangesloten bij de reeds bestaande algemene zorgvuldigheidsnorm ex artikel 4:90 Wft.⁷² Het voorschrift uit artikel 4:90 Wft geldt alleen voor beleggingsondernemingen. De generieke zorgplicht, die van toepassing is op alle⁷³ financiële dienstverleners, is te vinden in artikel 4:24a Wft en luidt:

- 1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.*
- 2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.*
- 3. De Autoriteit Financiële Markten geeft met betrekking tot het eerste en tweede lid slechts toepassing aan artikel 1:75 bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden.*
- 4. Onze Minister zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van dit artikel aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit artikel in de praktijk.*

Lid 1 van artikel 4:24a Wft ziet op de algemene zorgplicht. Dit lid brengt echter niet mee dat de financiële dienstverlener zijn winstoogmerk niet meer mag nastreven. Lid 2 van bovengenoemde artikel bepaalt dat indien er sprake is van een adviesrelatie de consument er wel vanuit mag gaan dat de financiële dienstverlener zijn winstoogmerk niet nastreeft en voor de consument zo gunstig mogelijk advies geeft.⁷⁴ Op grond van het derde lid kan de AFM een aanwijzing aan de financiële dienstverlener geven om onder andere een bepaald gedrag te staken of het aanbieden van een financieel product te verbieden. Indien de financiële dienstverlener de aanwijzing van de AFM niet opvolgt, dan kan een bestuurlijke boete of last onder dwangsom worden opgelegd.⁷⁵ Uit lid 3 en de memorie van toelichting blijkt dat de AFM terughoudend gebruik dient te maken van deze

⁷⁰ Zie voor uitzonderingen art. 4:24 lid 4 Wft en art. 80d BGfo.

⁷¹ Grundmann- van de Krol 2012, p. 626.

⁷² Kamerstukken II 2012/13, 3254,5 nr 10, p. 3.

⁷³ Behoudens de uitzonderingen uit art. 4:18 Wft.

⁷⁴ De Vré 2014, p. 289.

⁷⁵ Art. 1:75 Wft.

bevoegdheden.⁷⁶ Lid 4 bepaalt dat de Minister binnen 3 jaren verslag uit dient te brengen aan het parlement over de doeltreffendheid van artikel 4:24a Wft. Het is opvallend dat de wetgever een dergelijke opdracht aan de minister heeft vastgelegd in de materiële bepaling zelf. Op deze manier wekt de wetgever de indruk dat zij zelf vraagtekens heeft bij de doeltreffendheid van bovengenoemde bepaling.⁷⁷

De AFM heeft de opnemings van de generieke zorgplicht in de Wft toegejuicht. De AFM achtte de generieke zorgplicht een goede aanvulling op de regels voor zorgvuldige advisering en bij het productgoedkeuringsproces.⁷⁸ De AFM stelde dat het opnemen van een dergelijke generieke zorgplicht als vangnet-bepaling kan werken. Het invoeren van een generieke zorgplicht zou de impliciete doelstelling van de wet, namelijk het beschermen van de consument, expliciet maken, wat bijdraagt aan de normoverdracht. Ook wordt volgens de AFM op deze wijze nauwer aangesloten bij vergelijkbare normering in het BW.⁷⁹ Ook de minister is van mening dat deze generieke zorgplicht een toevoegende waarde heeft op het systeem van consumentenbescherming.⁸⁰

De Minister zegt over de toegevoegde waarde van het opnemen van de generieke zorgplicht het volgende;

‘Het kan dienen als vangnet voor schadelijk en onwenselijk marktgedrag van financiële dienstverleners waarvoor nog geen specifieke regelgeving bestaat. Hierdoor kan tijdig ingegrepen worden bij onvoorziene, maar evidente misstanden in de financiële sector en wordt voorkomen dat de toezichthouder langs de zijlijn moet toekijken omdat deze geen bevoegdheden heeft om in te grijpen.’

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. Door de generieke zorgplicht in de Wft op te nemen, kan men ook ingrijpen indien nieuwe regelgeving nog niet voor handen is.⁸¹ Door opnemings van de generieke zorgplicht in de Wft kan de AFM dus tijdig optreden bij evidente misstanden op

⁷⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33 632, nr. 3 (MvT), p. 30.

⁷⁷ De Vré 2014, p. 290.

⁷⁸ Brief AFM d.d. 10 oktober 2011, vindplaats: (<http://www.afm.nl/~media/Files/fd/wetgevingsbrief-afm-2011.ashx>)

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 10, p. 3.

⁸¹ Memorie van toelichting Wijzigingswet financiële markten 2014, p. 15.

de financiële markten indien deze specifieke regels ontbreken.⁸² Voorbeelden van evidente misstanden uit het verleden die met de op dit moment geldende regelgeving niet tijdig kunnen worden aangepakt, kan men in de parlementaire geschiedenis van artikel 4:24a Wft niet noemen;

“Zichtbare leemtes in de wetgeving die hebben geleid tot misstanden zijn tot op heden geadresseerd met specifieke regels, waardoor de regering op dit moment geen verdere concrete voorbeelden voorhanden heeft van evidente misstanden uit het verleden die met de op dit moment geldende regelgeving niet tijdig zouden kunnen worden aangepakt door de AFM. Het is echter niet voorzienbaar of met deze regels alle toekomstige ontwikkelingen die kunnen leiden tot misstanden op de financiële markten zijn ondervangen.”⁸³

Ook zou de codificatie van de generieke zorgplicht in de Wft kunnen bijdragen aan de cultuuromslag in de financiële sector.⁸⁴ In de Memorie van Toelichting wordt de generieke zorgplicht de algemene zorgplicht uit de Wft genoemd. Aangezien ook een algemene zorgplicht is neergelegd in artikel 7:401 BW, waarop ik in hoofdstuk 3 zal terugkomen, zal er een zekere overlap ontstaan in de consumentenbescherming. Echter, waar het civiele recht het primaat voor aanhangig maken van een geschil bij de partijen zelf ligt, wat in sommige gevallen een hoge drempel met zich meebrengt, maakt het publiekrecht handhaving door de AFM mogelijk. Handhaving door de AFM kan dus worden gezien als een aanvulling op de bescherming van de consument, indien de consument de financiële dienstverlener niet in rechte wil betrekken. De artikel 4:24a Wft introduceert geen nieuwe norm, maar het biedt de AFM wel een haakje om handhavend op te treden.⁸⁵ Op de handhavingsinstrumenten van de AFM kom ik in de volgende paragraaf op terug.

In de literatuur worden verschillende bezwaren geuit tegen de codificatie van de generieke zorgplicht in de Wft.⁸⁶ Eén van de bezwaren is dat het voor de financiële dienstverlener onduidelijk, onvoorzienbaar en onkenbaar is wanneer de AFM handhavend zal optreden. Dit is in strijd met het lex certa-beginsel.⁸⁷ Echter zouden in dat geval meerdere bepalingen uit de Wft in strijd zijn met het lex certa-beginsel⁸⁸, aangezien meerdere voorschriften uit de Wft de DNB en AFM beleidsruimte

⁸² Cherednychenko 2013, 1.

⁸³ *Kamerstukken II 2012/13*, 33632, nr. 6, p. 27.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Van der Houwen 2012, p. 219.

⁸⁶ Zie onder meer Van der Houwen 2012, Franken 2012 en Cortenraad 2012.

⁸⁷ Art. 7 lid 1 EVRM, art. 15 IVBPR, art. 16 Grondwet, art. 1 lid 1 Strafrecht en art. 5:4 Awb.

⁸⁸ Bröring & Van Vorselen 2013, p. 1.

geven.⁸⁹ Toegankelijke beleidsdocumenten waarin nadere beslissingskaders worden omschreven kunnen dit bezwaar (deels) wegnemen.⁹⁰

Daarnaast zou deze nieuwe norm voorbij gaan aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument. Het artikel zou namelijk onterecht als uitgangspunt nemen dat de consument per definitie wordt geconfronteerd met informatieasymmetrie en dat de financiële dienstverlener daarvoor de verantwoordelijkheid dient te dragen. Dit is in strijd met de heersende opvatting. Publiekrechtelijke gedragsregels hebben een uitstralend effect op de open normen uit het privaatrecht c.q. de publiekrechtelijke normen werken door op de privaatrechtelijke normen.⁹¹ Deze, volgens Van der Houwen, veel verder gaande publiekrechtelijke norm zal dus invloed hebben op de privaatrechtelijke verhoudingen tussen consument en financiële dienstverlener.⁹² Van der Houwen ziet dit onjuist. Het vangnetkarakter van de voorgestelde algemene zorgplicht van artikel 4:24a Wft houdt in dat deze norm geen derogerende werking heeft ten opzichte van bestaande specifieke voorschriften. Daarbij is terughoudendheid geboden bij haar toepassing.⁹³ De nieuwe in de Wft gecodificeerde algemene zorgplicht gaat dus niet voorbij aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument. De AFM zal slechts handhavend optreden op grond van artikel 4:24a BW indien sprake is van evidente misstanden die schadelijke gevolgen (kunnen) hebben voor de consument of begunstigde, die met de op dat moment geldende regelgeving niet tijdig kunnen worden aangepakt.⁹⁴

De publiekrechtelijke handhaving van de generieke zorgplicht behelst een juiste aanvulling op de privaatrechtelijke zorgplicht afkomstig van jurisprudentie van de Hoge Raad, omdat het primaat niet bij partijen in een concrete zaak ligt, maar bij de toezichthouder die vaak een voorsprong in kennis heeft op consumenten.⁹⁵ De handhaving van de AFM heeft in beginsel een preventievere werking dan de gerechtelijke procedures die consumenten kunnen voeren nadat zij het slachtoffer zijn geworden van onzorgvuldig of onrechtmatig handelen van de financiële dienstverleners.

2.7 Handhaving en toezicht

Zoals eerder aangegeven is het vertrouwen van beleggers in de financiële sector van groot belang. Zonder vertrouwen, minder beleggers en minder handel op de markt. Toezichthouders hebben in

⁸⁹ In beginsel heeft de AFM een plicht tot handhaving. In bepaalde situaties kan daar van worden afgeweken.

⁹⁰ Jeurissen 2012, p. 5

⁹¹ Cherednychenko 2010.

⁹² Van der Houwen 2012, p. 220.

⁹³ Cherednychenko 2013, p.2.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, nr. 6, p. 27.

⁹⁵ De Vré 2014, p. 291.

beginsel de plicht tot handhaven.⁹⁶ Deze plicht tot handhaven blijkt uit de jurisprudentie,⁹⁷ maar is niet wettelijk verankerd. Dit werd niet nodig geacht, omdat omstandigheden van het geval met zich mee kunnen brengen dat in een concrete situatie van optreden wordt afgezien. Daarnaast wordt een concreet uitzicht op legalisatie een rechtvaardiging geacht om niet op te treden in bepaalde gevallen.⁹⁸ DNB zorgt voor de handhaving van bepalingen die gericht zijn op de soliditeit van financiële ondernemingen en bij bepalingen die bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector (prudentieel toezicht).⁹⁹ De AFM daarentegen zorgt voor handhaving van bepalingen gericht op de ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten (gedragstoezicht).¹⁰⁰ De AFM en DNB beschikken over administratieve middelen om orde en nakoming van wet- en regelgeving te waarborgen en zo nodig zelfs af te dwingen. Het betreffen hier onder andere de volgende administratieve middelen:

- Aanwijzingsbevoegdheid (last *zonder* dwangsom);¹⁰¹
- Maatregel van curatele;¹⁰²
- Last onder dwangsom;¹⁰³
- Bestuurlijke boete;¹⁰⁴
- Publicatiebevoegdheid;¹⁰⁵
- Beperken, wijzigen of intrekken van vergunning;¹⁰⁶
- Activiteiten- en transactieverbod.¹⁰⁷¹⁰⁸

Daarnaast is een aantal verplichtingen uit de Wft strafrechtelijk gesanctioneerd.¹⁰⁹

⁹⁶ Van Dam 2006, p. 117.

⁹⁷ ABRvS 13 april 2005, AB 2005/211 m.nt. Michiels en Rechtbank Rotterdam 12 december 2002, AB 2003/398 m.nt. Janssen.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 708, nr. 9, p. 26.

⁹⁹ Art. 1:24 Wft.

¹⁰⁰ Art. 1:25 Wft.

¹⁰¹ O.a. art. 1:75 Wft en art. 5:25 Wft.

¹⁰² Art. 1:76 Wft.

¹⁰³ Art. 5:31d Awb.

¹⁰⁴ Art. 5:40 Awb.

¹⁰⁵ Art. 1:94 Wft.

¹⁰⁶ Art. 1:104 Wft.

¹⁰⁷ Art. 4:4 Wft.

¹⁰⁸ Bovenstaande opsomming is ontleend aan Grundmann- van de Krol 2012, p.725-776. Voor een nadere uitwerking van deze handhavingsbevoegdheden verwijs ik u naar deze pagina's.

¹⁰⁹ Art. 1 onder 2 en 3 Wed.

2.8 Gevolgen overtreding Wft

Indien een financiële dienstverlener voorschriften heeft overtreden uit de Wft, dan kan degene die schade heeft geleden in beginsel de schade verhalen op de financiële dienstverlener op grond van de onrechtmatige daad, dwaling of wanprestatie.¹¹⁰ De Wft verbindt geen civielrechtelijke gevolgen aan de niet-naleving van de voorschriften uit de toezichtwetgeving.¹¹¹ De wetgever heeft echter zich wel uitgesproken over civielrechtelijke gevolgen van rechtshandelingen die strijdig zijn met voorschriften uit de Wft.¹¹² Indien de Wft hier niets over zou bepalen dan zouden rechtshandelingen in strijd met voorschriften uit de Wft worden aangetast op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Op grond van dit lid is een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling nietig, maar indien de rechtshandeling uitsluitend strekt ter bescherming van één van der partijen dan is de rechtshandeling slechts vernietigbaar.¹¹³ Aangezien de doelstelling van de Wft tweeledig is, namelijk consumentenbescherming en bevordering van de marktwerving, ligt de nietigheid meer voor de hand.¹¹⁴ Nietigheid is echter bij rechtshandelingen in strijd met voorschriften uit de Wft niet gewenst. De nietigheid 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.¹¹⁵ De wetgever heeft op grond van bovengenoemde argumenten en naar aanleiding van een position paper¹¹⁶ artikel 1:23 Wft opgenomen. Rechtshandelingen verricht in strijd met voorschriften uit de Wft kunnen op grond van dit artikel niet worden aangetast, behalve voor zover in de Wft anders is bepaald.¹¹⁷

Echter werd het onwenselijk geacht om in strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden als nietigheidsgrond in de financiële markten geheel uit te sluiten.¹¹⁸ De toepasselijkheid van 3:40 lid 1 BW is dus niet uitgesloten. Deze bepaling fungeert dus als vangnet.

Zoals vermeld dient de consument die schade heeft geleden doordat de financiële aanbieder of adviseur voorschriften uit de Wft heeft overtreden, zijn schade te verhalen op grond van de

¹¹⁰ Art. 6:162 BW, art. 6:228 BW en art. 6:74 BW.

¹¹¹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 303.

¹¹² Rinkes 2007, p. 229 en *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 304.

¹¹³ Art. 3:40 lid 2 BW.

¹¹⁴ Scheltema & Scheltema 2009, p. 73; Van Boom 2006, p. 31-32 en Oostwouder 2005, p. 18.

¹¹⁵ Oostwouder 2005, p. 11; Scheltema & Scheltema 2009, p. 75.

¹¹⁶ W.H. van Boom & R.H.J. van Bijnen, *Nietigheid bij overtreding van financiële toezichtwetgeving* (Position Paper Tilburg Institute for Law and Economics), Tilburg: TILEC 2005.

¹¹⁷ Voor de uitzonderingen verwijs ik u naar Grundmann-van de Krol 2012, p. 807-813.

¹¹⁸ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 395.

onrechtmatige daad, wanprestatie of dwaling. Ook kan worden gedacht aan een collectieve actie.¹¹⁹ Het verhalen van een schadevergoeding op grond van de collectieve actie is niet mogelijk.¹²⁰ De collectieve actie is echter wel opmaat om schadevergoeding in een afzonderlijke procedure te vorderen.

Voor gehoudenheid tot schadevergoeding moet naast de vier vereisten van artikel 6:162 BW, te weten onrechtmatigheid, schuld, schade en causaal verband, ook worden voldaan aan het relativiteitsvereiste. Dit vereiste houdt in dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade die de benadeelde heeft geleden.¹²¹ De wetgever heeft echter in de parlementaire behandeling van de Wft opgemerkt dat wanneer de benadeelde schade lijdt door overtreding van een voorschrift uit de Wft, geacht wordt te zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste.¹²² In paragraaf 4.3 wordt de wisselwerking tussen de privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke zorgplichten behandeld. In die paragraaf zal tevens nader in worden gegaan op de civielrechtelijke gevolgen van overtredingen van de Wft.

¹¹⁹ 3:305a BW.

¹²⁰ Art. 3:305a lid 3 BW.

¹²¹ Grundmann- van de Krol 2012, p. 815.

¹²² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393-394.

3. 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.¹²³ Dat beide partijen dit moeten doen, bleek al uit het arrest Baris/Riezenkamp.¹²⁴ Deze zorgplicht neemt toe naarmate de ongelijkheid tussen partijen groter wordt.¹²⁵ De privaatrechtelijke zorgplicht zorgt er dan ook voor dat deze ongelijkheid tussen partijen (deels) wordt gelijkgetrokken. In paragraaf 1 zal de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners worden besproken. In paragraaf 2 staat de bijzondere zorgplicht van banken jegens particuliere cliënten centraal. Ook wordt in paragraaf 2 kort ingegaan op de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden.¹²⁶ In paragraaf 3 komt de 'eigen schuld' van de cliënt aan bod. Ten slotte wordt in paragraaf 4 de reflexwerking c.q. wisselwerking besproken tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplichten.

3.1 Algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners

Indien een professionele dienstverlener, zoals onder andere een bank, notaris, vermogensbeheerder of accountant, een dienst verleent aan een consument is de ongelijkheid groot. De privaatrechtelijke zorgplicht is hier dus duidelijk aanwezig als compensatiemechanisme, hetgeen ook aanvaard is in de rechtspraak en doctrine. Een ietwat andere benadering is die van T.F.E. Tjong Tjin Tai, die betoogt dat de zorgplicht primair terug te voeren is op de bijzondere positie die de institutionele beroepsbeoefenaren in het maatschappelijk verkeer innemen.¹²⁷ Naast deze benaderingen kan de zorgplicht ook worden gezien als een mechanisme dat er voor zorgt dat bij beide partijen een zo goed mogelijke wilsvorming kan ontstaan.¹²⁸ De privaatrechtelijke zorgplicht en dan met name de informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten die daar uit voortvloeien, zorgen er namelijk voor dat de gedragingen van de professionele dienstverlener goed aansluiten bij de wil van de consument.

¹²³ Pijls 2010, p. 1.

¹²⁴ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

¹²⁵ Timmerman 2008, p. 39.

¹²⁶ Voor een uitgebreide analyse de aansprakelijkheid van banken jegens derden verwijs ik u naar Grundmann-van de Krol 2012, p. 826-835.

¹²⁷ Tjong Tjin Tai 2007, p 171-200.

¹²⁸ Barendrecht & Van den Akker 1991, p. 14.

Indien sprake is van een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW, vloeit de algemene zorgplicht voort uit artikel 7:401 BW. Hierin staat namelijk opgenomen dat de opdrachtnemer (professionele dienstverlener) bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De professionele dienstverlener moet handelen met de zorg die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde situatie in acht zou nemen.¹²⁹ Indien de financiële dienstverlener dit nalaat dan handelt hij onrechtmatig en is in beginsel persoonlijk aansprakelijk.

Zoals vermeld vloeien uit de zorgplicht onder andere de informatie-, waarschuwings- en onderzoeksplicht voort. Hoever de zorgplicht c.q. de informatie-, waarschuwings- en onderzoeksplicht in een concrete situatie strekt, is niet eenduidig te zeggen. Het hangt dan ook van alle omstandigheden van het geval af of de financiële dienstverlener aan zijn zorgplichten heeft voldaan.

3.2 Bijzondere zorgplicht van banken

Op een bank rust een bijzondere zorgplicht vanwege haar belangrijke rol in het maatschappelijk verkeer, de benodigde deskundigheid en het vertrouwen dat het publiek daaraan kan ontlelen.¹³⁰ De bijzondere zorgplicht overstijgt de bescherming van de algemene zorgplicht ex artikel 7:401 BW.¹³¹ Door de ene rechtsgeleerde wordt dit paternalisme genoemd¹³² en door de andere rechtsgeleerde wordt dit een gerechtvaardigde bescherming van de zwakke consument genoemd.¹³³ In het Groninger notaris-arrest werd de bijzondere zorgplicht voor het eerst door de Hoge Raad aangehaald.¹³⁴ Deze bijzondere zorgplicht gaat in bepaalde gevallen verder dan de normaal in acht te nemen zorgvuldigheid. In het Rabobank/Everaars-arrest werd de bijzondere zorgplicht voor het eerst door de Hoge Raad aangehaald in een zaak waar een niet-professionele partij tegenover een bank stond.¹³⁵

De bijzondere zorgplicht van een bank ziet zowel op contractanten (cliënten) alsook op derden. De grondslag van deze zorgplicht ten aanzien van cliënten is, naast de redelijkheid en billijkheid¹³⁶ en de

¹²⁹ Deze norm is een nadere invulling van de algemene zorgplicht in art. 7:401BW. Dat blijkt onder andere uit de *Kamerstukken II*, 1991-1992, bij 17779, nr. 95b, zie ook Van Dam & Wessels, 1994, p. 12-19.

¹³⁰ Castermans & Den Hollander 2012, p.2 en Tjong Tjin Tai 2007, p. 195-196.

¹³¹ Cherednychenko 2010, p. 1

¹³² Nieuwenhuis 2009, p. 2254.

¹³³ Schonewille & Van Den Bergen 2006, p. 30

¹³⁴ HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (*Groninger notaris*).

¹³⁵ HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*).

¹³⁶ Art. 6:248 lid 1 BW.

zorg van een goed opdrachtgever¹³⁷, te vinden in artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV), hierna te noemen; 'Bankvoorwaarden'. Dit artikel luidt als volgt:

'De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt (...).'

Naast deze zorgplicht ten aanzien van contractanten heeft de financiële dienstverlener ook onder omstandigheden een bijzondere zorgplicht naar derden toe met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹³⁸ De grondslag hiervan is de onrechtmatige daad.¹³⁹

3.2.1 Ten aanzien van particuliere cliënten

Uit de arresten die bekend staan onder de naam 'optiehandelarresten'¹⁴⁰ en de 'effectenlease-arresten'¹⁴¹ blijkt de verstreckende bijzondere zorgplicht van banken tot het beschermen van haar eigen particuliere cliënten tegen de bijzondere risico's waaraan de particuliere cliënten worden blootgesteld wanneer ze beleggen via bijvoorbeeld de optiehandel.¹⁴² In het arrest Kouwenberg/Rabobank oordeelt de Hoge Raad dat de bank zijn zorgplichten geschonden heeft, hoewel de consument uitdrukkelijk 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.¹⁴³ Banken worden geacht hun cliënten te beschermen tegen hun eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht.¹⁴⁴ Een aantal rechtsgeleerden is van mening dat men met betrekking tot de bijzondere zorgplichten ten aanzien van optiehandel te ver door zijn geschoten.¹⁴⁵ Zo ook Pijls, die betoogt dat het immers niet alleen de optiehandel is waar particulieren nogal eens tekortschieten in voldoende zorg voor hun eigen (vermogens)belangen.¹⁴⁶ Op schending van de

¹³⁷ Art. 7:401 BW.

¹³⁸ Mok 2005, p. 10.

¹³⁹ Art. 6:162 lid 2 BW.

¹⁴⁰ 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*).

¹⁴¹ HR 8 februari 2013, LJN BX7846, HR 5 juni 2009, LJN BH2815 (*De Treck/Dexia*), HR 5 juni 2009, LJN BH2811 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, LJN 2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

¹⁴² HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*) en HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van de Klundert/Rabobank*).

¹⁴³ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

¹⁴⁴ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192, r.o. 3.1. (*Rabobank/Everaars*).

¹⁴⁵ Zie ook Hartlief 2003, p. 933, Van Boom 2003, p. 555-564 en Van Baalen 2004, p. 46-74.

¹⁴⁶ Pijls 2010, p. 4.

bijzondere zorgplicht door financiële dienstverleners jegens particuliere cliënten zal in hoofdstuk 6 uitvoerig worden ingegaan.

3.2.2 Ten aanzien van derden

De bijzondere functie in het maatschappelijk verkeer brengt mee dat een bank op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid in bepaalde gevallen ook een bijzondere zorgplicht heeft ten aanzien van derden waarmee de bank niet in een contractuele relatie staat. Drie arresten waarin deze bijzondere zorgplicht jegens derden naar voren komt, zullen hieronder besproken worden.¹⁴⁷

3.2.2.1 MeesPierson/Ten Bos-arrest

In het MeesPierson/Ten Bos-arrest¹⁴⁸ heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan inzake de bijzondere zorgplicht van banken ten aanzien van derden. In casu gaat het om een erflater die vermogensbestanddelen in bloot eigendom heeft gegeven aan zijn twee minderjarige dochters. De vrouw van de erflater, hierna te noemen; ‘mevrouw Ten Bos’, kreeg het vruchtgebruik met volledige beschikkingsbevoegdheid over de vermogensbestanddelen. Mevrouw Ten Bos, tevens voogdes van de dochters, stortte het geërfde vermogen op een beleggingsrekening bij MeesPierson. Ten Cate kreeg van mevrouw Ten Bos de volmacht om het vermogen te beheren. Ten Cate belegt (een gedeelte van) het vermogen op een sterk speculatieve wijze. Op deze beleggingen leidden de dochters als ook mevrouw Ten Bos binnen één jaar een aanmerkelijk verlies van meer dan fl. 516.000,-. De twee dochters stellen de bank aansprakelijk voor de schade die is geleden door het vermogen te beleggen. De dochters stelden zich daarbij op het standpunt dat de bank hen of hun moeder had moeten waarschuwen voor de risico’s die verbonden zijn aan deze wijze van beleggen. De Hoge Raad overweegt als volgt:

‘Het Hof heeft terecht geoordeeld dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contactuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

Het Hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door - voorshands uitgaande van de veronderstelling dat de Bank zich ervan bewust was, althans behoorde te zijn, dat de

¹⁴⁷ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos) m.nt. WMK, HR 9 januari 1998 JOR 1998, 116 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (Safe Haven).

¹⁴⁸ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos).

beleggingen betrekking hadden op vermogensbelangen van minderjarigen - te oordelen dat de Bank zich de belangen van Ten Bos c.s. [de minderjarige dochters; A-G] behoorde aan te trekken door tenminste hun wettelijk vertegenwoordigster te waarschuwen toen de Bank constateerde dat de door Ten Cate [de gevolmachtigde; A-G] gegeven opdrachten strijdig waren met het uitgangspunt dat het vermogen van minderjarigen op niet speculatieve wijze behoort te worden belegd.¹⁴⁹

3.2.2.2 Safe Haven Arrest

In het Safe Haven-arrest¹⁵⁰ heeft de Hoge Raad zich eveneens uitgelaten over de vraag of de bank ook een bijzondere zorgplicht heeft jegens derden. In de zaak ging het om 42 beleggers die geld hebben belegd bij Safe Haven. Safe Haven stort de inleg van alle 42 beleggers op een bankrekening bij Fortis bank. Safe Haven belegt vervolgens in opties en futures. Deze beleggingen resulteren in een verlies van ruim 16 miljoen gulden. De beleggers verenigen zich in een stichting en stellen Fortis bank aansprakelijk voor de door hen geleden schade. Ze verwijten de Fortis bank dat zij tot sluiting van de rekening van Safe Haven over had moeten gaan, op het moment dat Fortis erachter kwam dat Safe Haven niet beschikte over de wettelijke vergunning om als vermogensbeheerder werkzaam te mogen zijn. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

‘Het hof heeft terecht geoordeeld (...) dat de maatschappelijke functie van de Bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. (...) Het oordeel van het hof moet als volgt worden begrepen. Het onzorgvuldig handelen van de Bank jegens de beleggers is daarin gelegen, dat zij vanaf het moment waarop zij zich realiseerde dat mogelijk in strijd met de Wte werd gehandeld niets heeft gedaan om zich daaromtrent zekerheid te verschaffen, welke zekerheid zij zich door onderzoek had kunnen verschaffen. Daardoor heeft de Bank tot het moment waarop de rekening werd gesloten niet al datgene gedaan wat rechtens was vereist om te voorkomen dat de beleggers in die periode werden blootgesteld aan het gevaar dat Safe Haven beleggingsactiviteiten verrichtte waarvoor

¹⁴⁹ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285, r.o. 3.6.2. (MeesPierson/Ten Bos).

¹⁵⁰ HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (Safe Haven).

*een vergunning, hoewel vereist krachtens de Wte, ontbrak, welk gevaar zich (...) ook heeft verwezenlijkt (...).*¹⁵¹

Wat in het arrest MeesPierson/Ten Bos nog valt te bediscussiëren, namelijk dat de dochters en mevrouw Ten Bos geen derden waren aangezien ze ook cliënten waren bij de bank en op de bank dus een zorgplicht rustte op grond van de contractuele relatie, nu de rekening op hun naam stond, komt in het Safe Haven-arrest onmiskenbaar vast te staan dat inachtneming van de bijzondere zorgplicht in bepaalde gevallen ook geldt jegens derden.¹⁵² De beleggers kunnen duidelijk worden gezien als derden, nu Safe Haven als vermogensbeheerder een bedrijf uitoefende en de rekening dan ook op naam van Safe Haven stond. Enige contractuele relatie tussen de beleggers en de bank ontbreekt in Safe Haven. Met het Safe Haven-arrest komt onmiskenbaar vast te staan dat de bijzondere zorgplicht ook ziet op derden. Voor de bank is het echter moeilijk om een duidelijke lijn te trekken wie als derden worden gezien en ten aanzien van wie zij dus een bijzondere zorgplicht in acht dienen te nemen.

3.2.2.3 Hof Amsterdam¹⁵³

Erflater was bij leven vermogend. Zijn vermogen bestond uit onroerende goederen gelegen in Engeland. Om gelden vrij te maken uit zijn onroerende goederen besluiten de erflater en Bank Insinger de Beaufort N.V. een trust structuur op te zetten. Hierbij zal de heer X als trust optreden. De bank zal erflater een lening geven en vestigt als zekerheid een hypotheekrecht op het onroerend goed van erflater in Engeland. De lening wordt gestort op een Trusteerekening. Daarnaast wordt ook een beleggingsrekening geopend. In de periode 1992 tot 2005 hebben op de beleggingsrekening stortingen plaatsgevonden en betalingen aan kinderen van de heer X. Appellant stelt namens de erven van de erflater de bank aansprakelijk voor de schade die ontstaan is door de onttrokken gelden aan de beleggingsrekening. De vraag die het Hof Amsterdam dient te beantwoorden is de vraag of de bank zich ervan bewust was dan wel zich ervan bewust diende te zijn dat de beleggingsrekening diende tot het beheer van het vermogen van erflater en niet tot beheer van het vermogen van de heer X.

“4.9 Het hof heeft geconcludeerd dat de Bank zich ervan bewust was dan wel zich ervan bewust diende te zijn dat de beleggingsrekening diende tot het beheer van het vermogen

¹⁵¹ HR 23 december 2005, NJ 2006, 289, r.o. 6.3.4. (Safe Haven)

¹⁵² Pijls 2010, p. 6.

¹⁵³ Hof Amsterdam 4 juni 2013, LJN CA3896.

van de erflater. Daaruit volgt dat de Bank zich nadat het krediet was afgelost van het belang van de erflater bij de beleggingsrekening bewust was dan wel had behoren te zijn. Dat de Bank in het ongewisse verkeerde over de exacte rechtsverhouding tussen de erflater en [Y] en dat dat in zekere zin nog steeds het geval is, is een gevolg van het feit dat de Bank alle bescheiden omtrent de bewuste rekeningen en de achterliggende constructie daarvan is kwijtgeraakt. Daarom kan zij die onzekerheid niet aan [Appellant] tegenwerpen.

4.10 De erflater is wat betreft de Trusteerekening en de beleggingsrekening weliswaar niet de wederpartij van de Bank, maar is, gezien de inhoud van de gesprekken in 1982, de tenaamstelling van de rekeningen, de door de erflater aan de Bank betaalde fee van £ 50.000,-, wel een derde met wiens belangen de Bank op grond van de maatschappelijke betamelijkheid rekening behoorde te houden. In economisch opzicht kan de erflater als 'cliënt' van de Bank worden geduid. Daaruit volgt dat de zorgplicht van de Bank ook bestaat ten opzichte van de erflater. In haar hoedanigheid van vermogensbeheerder zullen haar de betalingen ten laste van de beleggingsrekening die geen verband hielden met het beheer van het vermogen en in die zin ongebruikelijk en duidelijk afwijkend waren, zijn opgevallen dan wel hadden deze haar behoren op te vallen. Door de door [Y] gegeven betalingsopdrachten ten laste van de beleggingsrekening uit te voeren, heeft de Bank haar zorgplicht jegens de erflater geschonden.”¹⁵⁴

Deze uitspraak van het Hof verschaft ons geen nieuwe inzichten. De uitspraak sluit aan bij de casus van MeesPierson/Ten Bos. Het Hof geeft aan dat de bijzondere zorgplicht ook heeft te gelden ten aanzien van derden. Dat de erflater in de uitspraak in economisch opzicht cliënt was van de bank, maakt dat deze uitspraak niet zoveel waarde heeft als het Safe Haven-arrest. Toch kan dankzij deze uitspraak worden gezegd dat de bijzondere zorgplicht die ook ten aanzien van derden in acht moet worden genomen, nog steeds de heersende gedachte is.

Eerder gaf ik aan dat het voor banken moeilijk is de reikwijdte te bepalen tot hoever de kring van derden strekt, waarbij banken de bijzondere zorgplicht in acht dienen te nemen. In de noot onder het MeesPierson/Ten Bos-arrest geeft Kortmann aan dat de reikwijdte erg ruim is en dat het wellicht beter zou zijn om dit te beperken tot degene die in economisch opzicht als partij van de bank kunnen

¹⁵⁴ Hof Amsterdam 4 juni 2013, *LJN* CA3896, r.o. 4.9 en 4.10.

worden aangeduid.^{155 156} De reikwijdte is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft inmiddels bepaald dat de reikwijdte van de zorgplicht van de bank ten opzichte van derden niet zover strekt dat hierdoor de rechtszekerheid in het geding komt.¹⁵⁷

3.3 Eigen schuld

De Latijnse spreuk; *“Ius civile vigilantibus scriptum”*, houdt in dat ieder mens tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid heeft om te voorkomen dat hij schade lijdt.¹⁵⁸ De privaatrechtelijke zorgplicht is een nuttig instrument om financieel adviseurs, beleggingsinstellingen, verzekeraars, banken, etcetera aansprakelijk te stellen voor bijvoorbeeld beleggingsschade. Indien de aansprakelijkheid vaststaat, maar de eigen verantwoordelijkheid van de consument meebrengt dat de financiële onderneming niet de volledige schade dient te vergoeden, dient er een eigenschuldcorrectie plaats te vinden op grond van artikel 6:101 BW.¹⁵⁹ Bij de vraag of (gedeeltelijk) eigen schuld moet worden aangenomen, hanteert de rechter de causale verdeling en de billijkheidscorrectie. Bij de causale verdeling wordt de schade verdeeld naar mate partijen hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de schade.¹⁶⁰ Er wordt dus gekeken in hoeverre de schade toerekenbaar is aan beide partijen. Daarna vindt de billijkheidscorrectie plaats. Hierbij kijkt de rechter naar alle omstandigheden van het geval waaronder de ernst van wederzijds gemaakte fouten alsook de risicoaanvaarding.¹⁶¹ De rechter kan door de billijkheidscorrectie dus bepalen dat ondanks de consument bijgedragen heeft aan het ontstaan van de schade, de schade toch volledig voor rekening van de bank komt omdat de fouten van de bank zwaarder wegen dan de bijdrage van de consument.¹⁶²

Deze eigen schuld heeft dus een functie bij het vaststellen en bij het toerekenen van de schade. De belegger maakt in beginsel zelf de keuze om zijn geld te beleggen. Het gevolg hiervan is dat de belegger in beginsel het risico dient te dragen en dat dit risico niet zomaar bij de bank of beleggingsinstelling kan worden gelegd indien blijkt dat de belegger een verkeerde keuze heeft gemaakt.

¹⁵⁵ Voor een uitgebreide analyse over de aansprakelijkheid van banken jegens derden verwijs ik u naar Grundmann- van de Krol 2012, p. 826-835.

¹⁵⁶ HR 9 januari 1998, *JOR* 1998, 166, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Ten Bos).

¹⁵⁷ HR 12 april 2013, *L/N* BY8651.

¹⁵⁸ Hartlief 2012, p. 285.

¹⁵⁹ Pijls 2010, p. 14.

¹⁶⁰ Hartlief 2012, p. 286.

¹⁶¹ Hartlief 2012, p. 289.

¹⁶² HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/192 (Rabobank/Everaars), r.o. 3.3.

Van deze gedachte heeft men vanaf jaren '90 bij het bank- en effectenrecht deels afstand gedaan. Door de bijzondere zorgplicht heeft de particuliere belegger een hoge mate van bescherming van de financiële dienstverlener.¹⁶³ Door de een wordt het paternalisme genoemd en door de ander een rechtvaardige bescherming van particuliere cliënten.¹⁶⁴ Rechtsgeleerden die van mening zijn dat men met de bijzondere zorgplichten te ver is doorgeschoten bij bijvoorbeeld de optiehandelarresten, vragen zich af in hoeverre de financiële consument beschermd moet worden tegen een bewuste keuze, waarbij de financiële consument bewust een risico heeft aanvaard.¹⁶⁵ Hartlief stelt echter dat de financiële consument beschermd moet worden tegen zichzelf in zijn jacht naar het grote geld. Daarnaast dient de consument ook beschermd te worden tegen het winstoogmerk van banken.¹⁶⁶ Banken hebben op grond van bedrijfseconomische redenen van nature geen incentive om de consument te behoeden voor de risico's. Het behalen van winst staat bij de bank in beginsel voorop. Ik sluit mij aan bij de groep die zich afzet tegen de gedachte dat de rechter is doorgeslagen in de toepassing van de bijzondere zorgplicht. Hierbij staat centraal dat de financiële producten vaak te complex zijn voor de consument en vaak ook voor de ondernemer¹⁶⁷ waardoor de werkelijke risico's niet te overzien zijn. Deze door de consument onvoorzienbare risico's, die kleven aan complexe financiële producten, zullen uitvoerig aan bod komen in hoofdstuk 6. Hiervan is de aandelenlease-affaire een duidelijk voorbeeld, waarover in hoofdstuk 6 meer.

Of men in de bescherming van de financiële consument is doorgeslagen, moet volgens mij niet beantwoord worden bij de vraag of de bijzondere zorgplichten te ver gaan, maar bij de vraag of er sprake is van een (gedeeltelijke) eigen schuld. Deze toerekenbaarheid van de schuld en de billijkheidscorrectie lijken mij de juiste plaats om in een specifieke casus te beoordelen of de bijzondere zorgplicht te ver doorschiet en of de schade niet (gedeeltelijk) voor rekening dient te komen voor de particuliere cliënt.

¹⁶³ Van Baalen 2006, p. 99.

¹⁶⁴ Schonewille & Van Den Bergen 2006, p. 30

¹⁶⁵ Jansen 2010, p. 623 en Schonewille & Van Den Bergen 2006, p. 30.

¹⁶⁶ Hartlief 2003, p. 933.

¹⁶⁷ De renteswap is een complex financieel product dat MKB-ondernemers veelvuldig hebben afgesloten bij het afnemen van krediet bij een bank. Thans blijkt dat een aantal van deze MKB-ondernemers de risico's van dit complex product niet (voldoende) hebben overzien. Zie voor de risico's van de renteswap voor MKB-ondernemers en de samenhangende bijzondere zorgplicht o.a. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, NJF 2014/250.

3.4 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.¹⁶⁸ Dit is ook gewenst, anders ontstaat het risico dat beide normstelsels onafhankelijk van elkaar ontwikkelen en daardoor elkaar mogelijk tegenspreken. De rechtszekerheid zou in dat geval in het geding komen. Om dit risico te minimaliseren werken beide normstelsels in elkaar door.¹⁶⁹ Het privaatrecht beïnvloedt de publiekrechtelijke regelgeving, doordat de wetgever privaatrechtelijke normen vertaalt en in publiekrechtelijke regelgeving verwerkt.¹⁷⁰ Zo is het ken-uw-klant-beginsel in Wft opgenomen,¹⁷¹ nadat deze verplichting op grond van de privaatrechtelijke zorgplicht was aangenomen in de effectenlease-zaken, waarover later meer.^{172 173} Ook is de weigeringsplicht uit de optiehandel-arresten inmiddels gecodificeerd.¹⁷⁴ De wetgever weegt bij het instellen van nieuwe publiekrechtelijke wetgeving mee of het privaatrechtelijk systeem volstaat bij het reguleren van bepaalde normen, wat het publiekelijk toezicht overbodig maakt.¹⁷⁵

De vraag over de wisselwerking tussen het privaatrecht en publiekrecht betreffende de nietig- en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, is inmiddels opgelost (zie paragraaf 3.7). Een in strijd met de Wft verrichte rechtshandeling is civielrechtelijk niet aantastbaar, tenzij dit anders is bepaald in de Wft.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷ In de effectenlease-arresten¹⁷⁸ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hoewel de voorschriften uit de toentertijd geldende toezichtwetgeving niet waren geschonden, de privaatrechtelijke zorgplichten wel waren geschonden:

¹⁶⁸ De Vré 2014, p. 292.

¹⁶⁹ Cherednychenko 2010, p. 74.

¹⁷⁰ Cherednychenko 2012, p. 224.

¹⁷¹ Artt. 4:23 en 4:24 Wft.

¹⁷² Cherednychenko 2010, p. 70.

¹⁷³ HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 (*Levob/Bolle*).

¹⁷⁴ Art. 86 lid 1 Bgfo Wft.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

¹⁷⁶ Art. 1:23 Wft.

¹⁷⁷ De Vré 2014, p. 293.

¹⁷⁸ HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811, r.o. 4.5.8 (*Levob/Bolle*), zie voor vergelijkbare rechtsoverwegingen HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, r.o. 4.10.3 (*De Treek/Dexia*) en HR 5 juni 2009, *LJN* 2822, r.o. 4.6.10 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

“De opvatting (...) dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, is onjuist.”¹⁷⁹

P-G De Vries Lentsch-Kostense gaat hier uitgebreider op in:

3.21 (...) Nederland (kent) een stelsel van dubbele zorgplichten (...), publiekrechtelijke zorgplichten en (vooral door de Hoge Raad ontwikkelde) privaatrechtelijke zorgplichten. Deze publiekrechtelijke toezichtregelgeving strekt ertoe om met betrekking tot de werkzaamheden van de effectenbemiddelaar (en/of kredietverlener) een zorgvuldige, deskundige en integere handelswijze te waarborgen en bevat met het oog daarop nadere regels aan de hand waarvan de toezichthouder de genoemde doelstellingen kan bevorderen. De eisen van de redelijkheid en billijkheid almede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, zijn toegesneden op het concrete geval en kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een vergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de dan nog geldende publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt.¹⁸⁰

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. De zaken worden in beginsel ex post bekeken.¹⁸¹ Daarnaast zijn de privaatrechtelijke zorgplichten toegesneden op het concrete geval. De publiekrechtelijke voorschriften zijn gericht om gedrag van spelers te reguleren op de markt.¹⁸² Hier ligt bij de toezichthouder het initiatief om op te treden.¹⁸³ De zaken worden waar mogelijk ex ante bekeken.

In hoofdstuk 2 is het nieuwe artikel 4:24a Wft besproken. Opvallend is dat dit artikel elementen bevat die normaal gesproken typisch privaatrechtelijk zijn. Artikel 4:24a Wft geeft de AFM de

¹⁷⁹ HR 5 juni 2009, L/JN BH2811, r.o. 4.5.8 (*Levob/Bolle*), zie voor vergelijkbare rechtsoverwegingen HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 4.10.3 (*De Treek/Dexia*) en HR 5 juni 2009, L/JN 2822, r.o. 4.6.10 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

¹⁸⁰ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846 en HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*) Conclusie P-G De Vries Lentsch-Kostense nr. 3.21.

¹⁸¹ De Vries 2014, p. 294.

¹⁸² De Vries 2014, p. 294.

¹⁸³ Rutten 2012, p. 316.

bevoegdheid ex post op te treden, zelfs tot het formuleren van normen over te gaan, door het geven van aanwijzingen, waarbij wordt aangehaakt bij individuele gevallen.¹⁸⁴

¹⁸⁴ De Vré 2014, p. 295.

4. Zelfregulering

Naast de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke wet- en regelgeving die enerzijds de bescherming van afnemers van financiële diensten beoogt en anderzijds een adequate werking van de financiële markten beoogt,¹⁸⁵ bestaat een derde vorm van regulering die bovenstaande doelen nastreeft, namelijk de zelfregulering. Zelfregulering is een vorm van 'soft law'. Zelfregulering houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van regels, indien nodig binnen een wettelijk kader.¹⁸⁶ De Code Banken is een vorm van zelfregulering die tot stand is gekomen op basis van het rapport van de Adviescommissie Toekomst Banken.¹⁸⁷ De Code Banken heeft per 1 juni 2010 in de vorm van een algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) een wettelijke verankering gekregen. In paragraaf 1 zal de Code Banken worden besproken. In paragraaf 2 zal worden gezien of de zorgplicht een plek heeft gekregen in bovengenoemde code. Ten slotte staat in paragraaf 4 de verhouding tussen de zelfregulering en de overheidsregulering centraal. Bij dit hoofdstuk dient de lezer in zijn achterhoofd te houden dat consumenten geen rechtstreekse bescherming kunnen ontleen aan deze in de Code Banken neergelegde zorgplichten, althans geen geslaagd beroep op deze voorschriften kunnen doen.

4.1 Code Banken

4.1.1. Aanleiding

Door financiële affaires en de kredietcrisis is het vertrouwen in de bancaire sector behoorlijk geschaad.¹⁸⁸ Om dit vertrouwen te herstellen heeft het Bestuur van de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: NVB) in november 2008 de Adviescommissie Toekomst Banken ingesteld. Het voornaamste doel van deze adviescommissie was om aanbevelingen te doen ter verbetering van het functioneren van de Nederlandse bancaire sector.¹⁸⁹ Deze aanbevelingen kwamen tot uiting in het op 7 april 2009 gepubliceerde rapport 'Naar herstel van Vertrouwen'.¹⁹⁰ Het rapport bestaat uit vier hoofdstukken. In hoofdstuk 1 worden aanbevelingen gedaan ten aanzien van het risicomanagement

¹⁸⁵ Pijls 2010, p. 9.

¹⁸⁶ Baarsma 2010, p. 8.

¹⁸⁷ Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, 'Naar herstel van vertrouwen', vindplaats: http://www.novatv.nl/data/media/db_download/17_3bd22c.pdf

¹⁸⁸ Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, 'Naar herstel van vertrouwen', p. 7.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Idem.

en de governance structuur binnen banken.¹⁹¹ In hoofdstuk 2 worden er aanbevelingen gedaan ten aanzien van het beloningsbeleid binnen banken. In dit hoofdstuk wordt benadrukt dat door de toenemende aandacht voor de winstontwikkeling op korte termijn, met het daarbij horende variabele deel van het inkomen, het belang van de klant op de achtergrond is geraakt. De adviescommissie doet in dit hoofdstuk concrete aanbevelingen om tot een gezondere beloningsstructuur te komen, waarbij de klant weer op de voorgrond komt te staan en de bankiers lange termijn doelstellingen gaan nastreven.¹⁹² In hoofdstuk drie worden aanbevelingen gedaan om het toezicht op banken te verbeteren¹⁹³ en in het laatste hoofdstuk staat de structuur van het Nederlandse bankwezen centraal voor de komende jaren.¹⁹⁴

Bovengenoemd rapport leidt tot de Code Banken die op 9 september 2009 is vastgesteld door het Bestuur van de NVB.¹⁹⁵ De aanbevelingen uit hoofdstuk 1 en hoofdstuk 2 van het rapport van de Adviescommissie Toekomst Banken zijn verwerkt in deze Code.¹⁹⁶ Op 1 juni 2010 is de Code (met terugwerkende kracht tot 1 januari 2010) bij AMvB aangewezen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW.¹⁹⁷

4.1.2. Werking

De Code Banken is van toepassing op alle banken die over een bankvergunning beschikken die hen is verleend op grond van de Wft.¹⁹⁸ De Code Banken bevat principes die in het verlengde liggen van de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: NCGC). De Code Banken staat niet op zichzelf maar dient te worden gezien in een geheel van nationale, Europese en internationale wet- en regelgeving, jurisprudentie en overige codes.¹⁹⁹ Evenals bij de NCGC bestaat de Code Banken uit best practice bepalingen en dient de bank jaarlijks in zijn jaarverslag kenbaar te maken op welke wijze hij

¹⁹¹ Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, *'Naar herstel van vertrouwen'*, p. 11-19.

¹⁹² Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, *'Naar herstel van vertrouwen'*, p. 21.

¹⁹³ Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, *'Naar herstel van vertrouwen'*, p. 29-39.

¹⁹⁴ Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, *'Naar herstel van vertrouwen'*, p. 39-41.

¹⁹⁵ Nederlandse Vereniging van Banken, *'Code Banken'*, 9 september 2009, vindplaats: www.commissiecodebanken.nl.

¹⁹⁶ Code Banken 2009, p. 2.

¹⁹⁷ Art. 2 Besluit van 1 juni 2010 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag van banken.

¹⁹⁸ Preambule Code Banken 2009.

¹⁹⁹ Idem.

de Code Banken heeft toegepast, dan wel gemotiveerd uiteen te zetten waarom een principe niet (volledig) is toegepast, het zogenaamde pas toe of leg uit-beginsel.²⁰⁰

4.1.3. Naleving

De Monitoring Commissie Code Banken (hierna: Commissie) is op 24 maart 2010 ingesteld. Deze Commissie heeft als taak het monitoren van de naleving van de Code Banken. De Commissie inventariseert de werking van de Code Banken en onderzoekt eventuele leemtes, onduidelijkheden en onevenwichtigheden en rapporteert dit aan de minister van Financiën en aan de Nederlandse Vereniging van Banken. In december 2010 bracht de Commissie haar eerste rapport uit.²⁰¹ In dit eerste rapport heeft de Commissie haar bevindingen uiteengezet die ze heeft opgedaan door onderzoek te doen naar de naleving en invoering van de Code Banken bij 43 banken.²⁰² De Commissie merkt op dat in de eerste helft van 2010 vooral een aantal grote banken voortvarend te werk is gegaan om de Code Banken te implementeren, gevolgd door een grotere groep waarbij de implementatie langzamer op gang kwam.²⁰³ De Commissie stelt in dit rapport vast dat in de tweede helft van 2010 het overgrote deel van de instellingen zich bezighoudt met de implementatie van de Code Banken. De belangrijkste conclusie die genomen wordt door de Commissie luidt na nog geen jaar na inwerkingtreding van de Code:

‘Dit is een bemoedigende start, maar de urgentie zal in de volle breedte van de sector nog hoger moeten worden. Op dit moment kunnen wij niet constateren dat de code volledig is omarmd en geïmplementeerd. Wat wij wel kunnen zien, is dat er een duidelijke start is gemaakt en dat er nog veel werk aan de winkel is om in de loop van 2011 tot een optimale toepassing van de code te komen.’

In december 2011 komt de Commissie met een nieuw rapport.²⁰⁴ De belangrijkste bevindingen van de Commissie zijn dat banken niet kunnen aantonen hoe ze het onderdeel ‘klant centraal’ uit de Code Banken aantoonbaar in hun organisatie kunnen implementeren, maar dat er op dit onderdeel toch vooruitgang is geboekt.²⁰⁵ Daarnaast hebben banken hun productportfolio verkleind en een flink

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Monitoring Commissie Banken, ‘Voorrapportage Implementatie Code Banken’, 2010.

²⁰² Monitoring Commissie Banken, ‘Voorrapportage Implementatie Code Banken’, 2010, p. 4.

²⁰³ Monitoring Commissie Banken, ‘Voorrapportage Implementatie Code Banken’, 2010, p. 10.

²⁰⁴ Monitoring Commissie Banken, ‘Rapportage Implementatie Code Banken’, 2011.

²⁰⁵ Monitoring Commissie Banken, ‘Rapportage Implementatie Code Banken’, 2011, p. 5.

aantal producten eenvoudiger en transparanter gemaakt.²⁰⁶ De Commissie constateert dat ook een goede vooruitgang is geboekt ten aanzien van het risicomanagement. Zo bemoeit de raad van commissarissen zich veel intensiever met het risicomanagement dan voorheen en is een tendens ontstaan naar een holistische aanpak van het risicomanagement.²⁰⁷ Ten aanzien van de governance merkt de Commissie op dat de permanente educatie meer is geformaliseerd en dat bij vrijwel alle banken de bestuurders een moreel-ethische verklaring hebben ondertekend.²⁰⁸ Deze verklaring is bij alle grote banken omgezet in een leidraad voor bankmedewerkers.²⁰⁹

Op 24 maart 2013 liep het driejarige mandaat van de Commissie af. De Commissie publiceert in maart 2013 haar laatste bevindingen en haar opvattingen over de toekomst van de Code Banken in een rapport.²¹⁰ De Commissie constateert in dit rapport alsook in eerdere rapporten²¹¹ dat de Code Banken in de afgelopen jaren een nuttig instrument is gebleken om bij banken veel zaken in beweging te zetten. Zo heeft de Code Banken mogelijk bijgedragen bij het verkleinen van hun productportfolio, het eenvoudiger en transparanter maken van producten en de ontwikkeling van een Product Goedkeuringsproces.^{212 213} De Commissie constateert wel het gat dat nog overbrugd moet worden tussen de goede naleving van de Code Banken enerzijds en het nog gebrekkige herstel van vertrouwen in de financiële sector anderzijds.²¹⁴ De Commissie voorspelt dat de Code Banken in de toekomstige jaren een belangrijke bijdrage kan blijven leveren aan de hervorming van de bancaire sector en aan het vertrouwensherstel indien de Code Banken aan onderstaande punten zal blijven voldoen;

1. *Ten eerste zal de Code de ambitie van banken moeten uitdrukken om hun positie als betrouwbare en stabiele partner in de samenleving te herwinnen en daarbij vooral vooruit te kijken en oog te hebben voor de wensen van klanten en de samenleving van morgen.*

²⁰⁶ Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, p. 13.

²⁰⁷ Lokin 2012, p. 131 en Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, p. 14.

²⁰⁸ Lokin 2012, p. 132; Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, p. 15.

²⁰⁹ Lokin 2012, p. 132; Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, p. 15.

²¹⁰ Monitoring Commissie Banken, 'Aanbevelingen toekomst Code Banken', 2013.

²¹¹ Monitoring Commissie Banken, 'Voorrapportage Implementatie Code Banken', 2010; Monitoring Commissie Banken, 'Tussenrapportage implementatie Beloningsprincipes Code Banken', 2011; Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011 en Monitoring Commissie banken, 'Rapportage Naleving Code Banken', 2012.

²¹² Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, p. 13.

²¹³ Principe 4.5 Code Banken 2009.

²¹⁴ Monitoring Commissie Banken, 'Aanbevelingen toekomst Code Banken', 2013, p. 3.

2. *Ten tweede moet de Code ook een middel zijn voor communicatie met de samenleving. Het is vooral met die dialoog dat vertrouwen kan worden herwonnen.*
3. *Ten derde is er, gelet op de toenemende hoeveelheid aan formele wet- en regelgeving, minder behoefte aan een code met descriptieve regels, maar juist meer aan een code met kernprincipes waarmee banken uitdrukking geven aan hun eigen verantwoordelijkheid. Op deze manier kan de code invulling geven aan zaken die lastig zijn neer te leggen in wet- en regelgeving.*²¹⁵

De Commissie geeft in dit laatste rapport een aantal aanbevelingen om de Code Banken op bepaalde punten aan te passen. Deze aanpassing van de Code dient in beginsel door de banken zelf te gebeuren. Op deze manier zal het draagvlak onder degene die de Code na moeten leven het grootst blijven. Dit is dan ook de kracht van zelfregulering ten opzichte van de wet- en regelgeving die de wetgever opstelt. Aan het eind van dit hoofdstuk zullen de voor- en nadelen van zelfregulering ten opzichte van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke wet- en regelgeving nader worden beschouwd.

4.2 De Code in het licht van de zorgplicht

De zorgvuldigheidsnorm komt in beperkte mate terug in de Code Banken. Uit principe 3.2.1 t/m 3.2.3 is een zorgvuldigheidsnorm af te leiden:

“De raad van bestuur van de bank draagt bij zijn handelen zorg voor een evenwichtige afweging van alle belangen van de bij de bank betrokken partijen zoals haar klanten, aandeelhouders en medewerkers. Hierbij wordt rekening gehouden met de continuïteit van de bank, de maatschappelijke omgeving waarin de bank functioneert en wet- en regelgeving en codes die op de bank van toepassing zijn.

Het centraal stellen van de klant is een noodzakelijke voorwaarde voor de continuïteit van de bank. Onverlet principe 3.2.1 draagt de raad van bestuur er zorg voor dat de bank haar klanten te allen tijde zorgvuldig behandelt. De raad van bestuur draagt er zorg voor dat de zorgplicht jegens de klant wordt verankerd in de cultuur van de bank.

De leden van de raad van bestuur oefenen hun functie op een zorgvuldige, deskundige en integere manier uit met inachtneming van de van toepassing zijnde wet- en regelgeving, codes

²¹⁵ Monitoring Commissie Banken, ‘Aanbevelingen toekomst Code Banken’, 2013, p. 3.

*en reglementen. Ieder lid van de raad van bestuur tekent een moreel-ethische verklaring. In de toelichting op deze Code is een model-verklaring opgenomen. Dit model kan iedere bank naar eigen inzicht aanvullen*²¹⁶

De Commissie heeft geconstateerd dat banken sinds de totstandkoming van de Code hun productportfolio hebben verkleind en een flink aantal producten eenvoudiger en transparanter hebben gemaakt.²¹⁷ Of deze constatering een reactie is op de principes 3.2.1 t/m 3.2.3 Code Banken of op rechtsregels uit de jurisprudentie is niet te zeggen.

Een tweede zorgvuldigheidsnorm is gecodificeerd in principe 4.5 van de Code Banken en luidt als volgt:

*Iedere bank heeft een Product Goedkeuringsproces. De raad van bestuur draagt zorg voor de inrichting van het Product Goedkeuringsproces en is verantwoordelijk voor het adequaat functioneren daarvan. Producten die het Product Goedkeuringsproces binnen de bank doorlopen worden niet op de markt gebracht of gedistribueerd zonder een zorgvuldige afweging van de risico's door de risicomanagementfunctie binnen de bank en zorgvuldige toetsing van andere relevante aspecten, waaronder de zorgplicht jegens de klant. (...)*²¹⁸

De AFM achtte principe 4.5 van de Code Banken onvoldoende en achtte wetgeving betreffende het productontwikkelingsproces noodzakelijk. Op 1 januari 2013 trad artikel 32 BGfo in werking.²¹⁹ De AFM kan op basis van deze wettelijke bevoegdheid toezicht houden op het productontwikkelingsproces van financiële ondernemingen en indien nodig eisen stellen aan dit proces.²²⁰ Artikel 32 BGfo betreft een open norm. De AFM heeft, binnen de ruimte die de open norm uit artikel 32 BGfo laat, toetskaders voor producten en processen ontwikkeld.²²¹

Ook ten aanzien van het beloningsbeleid werken de principes uit de Code Banken door in de zorgplichten die banken jegens particuliere consumenten in acht dienen te nemen. De Commissie

²¹⁶ Code Banken 2009, p. 9.

²¹⁷ Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, p. 13.

²¹⁸ Principe 4.5 Code Banken 2009.

²¹⁹ Besluit van 21 december 2012 tot wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, het Besluit marktmisbruik Wft, het Besluit prudentiële regels Wft, alsmede enige andere besluiten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingsbesluit financiële markten 2013), p. 8.

²²⁰ Kamerstukken II, 2013-2014, 33 632, nr. C p. 6.

²²¹ www.afm.nl (zoek op toetskaders voor producten)

heeft geconstateerd dat de variabele beloningen in de meeste gevallen onder de 100% regel blijven.²²² Hierdoor neemt de incentive af voor bankmedewerkers om targets te halen ten koste van belangen van klanten van de bank.

4.4 Zelfregulering en overheidsregulering?

In deze paragraaf zal ik de verhoudingen schetsen tussen de Code Banken en publiekrechtelijke wetgeving. Zelfregulering houdt in dat maatschappelijke partijen een bepaalde verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van regels. De wettelijke tegenhanger van zelfregulering is overheidsregulering of wetgeving.²²³ Wetgeving en zelfregulering sluiten elkaar niet uit. Een sprekend voorbeeld hiervan is de Code Banken die een aanvulling vormt op de wetgeving van de overheid gecodificeerd in de Wft. Voordelen van zelfregulering is de snelheid waarmee de Codes kunnen worden aangepast bij gewijzigde inzichten of gewijzigde marktomstandigheden.²²⁴ Aan wetswijzigingen door de overheid gaat daarentegen in bepaalde gevallen langdurige beraadslaging aan vooraf.²²⁵ Daarbij dient opgemerkt te worden dat wetswijzigingen in de Wft onderdeel zijn van een jaarlijkse wijzigingscyclus van nationale regelgeving op het terrein van financiële markten, waardoor de Wft normaliter vlot wordt aangepast aan gewijzigde inzichten of gewijzigde marktomstandigheden. Begin 2009 is er gestart met voornoemde wijzigingscyclus financiële markten. Uitgangspunt van deze cyclus is om jaarlijks te komen tot één wet waarin alle nationale wijzigingen op het terrein van de financiële markten worden opgenomen.²²⁶

Naast de snelheid waarmee de Code Banken kan inspelen op gewijzigde inzichten en/of gewijzigde marktomstandigheden zijn de kosten van handhaving lager bij zelfregulering dan bij overheidsregulering. Dit komt mede omdat bedrijven (lees banken) eerder bereid zijn om zich aan hun 'eigen' spelregels te houden, dan door de overheid opgelegde spelregels.²²⁷ Daarnaast zijn de kosten van handhaving lager omdat de instellingen bij zelfregulering zelf een efficiënte afweging maken tussen de gevolgen van niet-handhaven en de handhaving. De overheid zal daarentegen

²²² Monitoring Commissie Banken, *Tussenrapportage implementatie Beloningsprincipes Code Banken*, 2011, p. 4.

²²³ Baarsma 2010, p. 9.

²²⁴ Peters 1994, p. 139.

²²⁵ Zo werd opnemng van een generieke zorgplicht in de Wft al in 2011 geadviseerd door de AFM en trad de wet pas op 1 januari 2014 in werking. Zie brief AFM d.d. 10 oktober 2011 aan ministerie van Financiën met kenmerk SBI-SHMe-1 1071672.

²²⁶ *Kamerstukken II* 2011, 32 036 nr. C, p. 1.

²²⁷ Baarsma 2010, p. 13.

sneller handhaven, omdat anders de geloofwaardigheid van de overheid in het geding komt.²²⁸ Dit is waarom men de leg uit of pas toe-beginsel terug ziet komen in Codes opgesteld door zelfregulerende instanties, terwijl dit beginsel niet terug te vinden is in wetgeving van de overheid. De andere kant van de medaille is dat de afdwingbaarheid van zelfregulering beperkter is dan de afdwingbaarheid van overheidsregulering. Cliënten van de bank kunnen geen rechtstreekse bescherming ontleen aan de normen uit de Code Banken. De Code Banken is bij AMvB aangewezen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW. Artikel 2:391 lid 1 BW geeft aan dat in een AMvB nadere voorschriften kunnen worden gesteld met betrekking tot de naleving van de door de AMvB aangewezen gedragscode. Besluit van 1 juni 2010 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag van banken, bepaalt in art 3 lid 1:

“Een bank als bedoeld in de eerste zin van artikel 1 doet in het jaarverslag in een specifiek onderdeel betreffende corporate governance, mededeling over de naleving van de principes van de in artikel 2 aangewezen gedragscode [de Code Banken; toevoeging schrijver]. Indien de desbetreffende bank die principes niet heeft nageleefd of niet voornemens is deze in het lopende en daaropvolgende boekjaar na te leven, doet zij daarvan in het jaarverslag gemotiveerd opgave.”

Uit dit artikel kan zelf geen binding aan de code zelf worden herleid. Inhoudelijk heeft de code slechts op één punt directe binding, namelijk op het gebied van het pas-toe-of-leg uit-principe. Op andere vlakken heeft de Code Banken geen dwingend karakter.²²⁹

Een combinatie van zelfregulering en overheidsregulering is nodig om een optimaal effect te bereiken. Dit omdat financiële instellingen sneller de bedrijfscultuur zullen aanpassen aan regels waar ze zelf invloed op hebben gehad, dan bij overheidsregulering. Overheidsregulering blijft echter noodzakelijk wanneer het pas toe of leg uit-beginsel niet voldoende soelaas en bescherming biedt.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Raaijmakers schrijft met betrekking tot een gelijke constructie bij de NCGC, dat aanwijzing bij AMvB slechts tot opname van de vereiste gegevens in het jaarverslag verplicht. Raaijmakers 2004, p. 74.

5. De Whc en de Woh

De AFM heeft met de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) sinds eind 2008 mogelijkheden om toezicht te houden op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen die eerder niet onder het toezicht van de AFM vielen.²³⁰ De Wft kent namelijk een aantal vrijstellingsbepalingen. Zo is de prospectusplicht niet van toepassing indien effecten worden aangeboden tegen een waarde van ten minste € 100.000,- per belegger.²³¹ Liggen de waarde van de effecten hierboven dan kon de AFM voorheen geen toezicht houden. Door de inwerkingtreding van de Whc en de Wet oneerlijke handelspraktijken (Woh) zal voortaan ook een aantal ondernemingen onder toezicht van de AFM vallen die voorheen vrijgesteld was van toezicht onder de Wft.²³² Zo is de AFM vanaf 2009 een aantal onderzoeken gestart in de vastgoedsector, een sector die voorheen grotendeels buiten de toezicht van de AFM viel.²³³ In achtereenvolgende paragrafen zal de Wet handhaving consumentenbescherming worden besproken. Vervolgens zal de Woh worden besproken die van toepassing is indien het gaat om financiële diensten of activiteiten. Ten slotte zullen in paragraaf 4 de privaatrechtelijke middelen centraal staan die de Woh en Whc met zich mee brengen.

5.1 Wet handhaving consumentenbescherming

De Whc is een Nederlandse uitwerking van een Europese verordening.²³⁴ De wetgever greep de gelegenheid aan om niet alleen de intracommunautaire handhaving beter vorm te geven, maar ook de nationale handhaving van de zogenaamde consumentenacquis.²³⁵ Het doel van deze Verordening is om voorwaarden vast te leggen waaronder de bevoegde autoriteiten binnen lidstaten bevoegd en belast zijn met handhaving van een groot aantal Europese richtlijnen ter bescherming van de belangen van de consument.^{236 237} De werkingssfeer van de Verordening is beperkt tot

²³⁰ Jaarverslag AFM 2009, p. 60.

²³¹ Art. 5:3 Wft.

²³² Bekende bedrijven die voorheen buiten de reikwijdte van de Wft vielen waren bijvoorbeeld Palm Invest, Golden Sun Resorts en Easy Life Investments.

²³³ Jaarverslag AFM 2009, p. 135.

²³⁴ Verordening (EG) nr. 2006/2004 (*PbEG* 2004, L364/1) (hierna: Verordening.).

²³⁵ Loos & Van Boom 2010, p. 133.

²³⁶ Art. 1 Verordening.

²³⁷ Art. 3 sub a Verordening en de bijlage Verordening.

intracommunautaire inbreuken.²³⁸ De Verordening omschrijft deze intracommunautaire inbreuken als volgt:

*“elke handeling of omissie die in strijd is met de wetgeving ter bescherming van de belangen van de consument, zoals omschreven onder a), en die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten die woonachtig zijn in een andere lidstaat of in andere lidstaten dan de lidstaat waar de handeling of omissie haar oorsprong vond of plaats had, waar de verantwoordelijke verkoper of dienstverlener gevestigd is, of waar bewijsmateriaal of vermogensbestanddelen met betrekking tot de handeling of omissie gevonden kunnen worden.”*²³⁹

Kortheidshalve moet er volgens deze verordening dus sprake zijn van a) een inbreuk op wetgeving ter bescherming van belangen van consumenten, b) schade aan collectieve belangen, en c) de inbreuk moet een grensoverschrijdend karakter hebben.²⁴⁰ Er is sprake van een collectief indien het gaat om belangen van een aantal consumenten die door een inbreuk zijn of kunnen worden geschaad.²⁴¹ Aangezien dit een redelijk begrip is uit de Verordening en de wetgevers er welbewust voor hebben gekozen de Europese vage norm niet te concretiseren, geeft de Memorie van Toelichting bij de Whc een gedeeltelijke afbakening van dit begrip.²⁴² Zo hoeven er niet meerdere consumenten zijn geschaad door de inbreuk. Voldoende is dat de bevoegde autoriteit aannemelijk maakt dat een groep consumenten zou kunnen worden geschaad door de inbreuk.²⁴³ Daarnaast dient de inbreuk niet incidenteel van aard te zijn. De inbreuk dient structureel te zijn of zal vaker voorkomen waardoor er een collectief belang mee is gemoeid.²⁴⁴

Het grensoverschrijdende element verdient ook een nadere uitwerking. Duidelijk is dat een inbreuk die zich geheel in één lidstaat afspeelt niet onder de reikwijdte van de Verordening valt. De Nederlandse wetgever heeft echter de grensoverschrijdende consumentenbescherming doorgetrokken naar nationaal niveau. De Nederlandse wetgever heeft meer geregeld dan verplicht

²³⁸ Art. 2 lid 1 Verordening.

²³⁹ Art. 1.1 sub g Whc en 3 sub b Verordening.

²⁴⁰ Lieverse & Rinkes 2010, p. 8.

²⁴¹ Art. 3 sub k Verordening.

²⁴² *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 411, nr. 3 p. 15-16.

²⁴³ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 411, C, p. 3-5.

²⁴⁴ Idem.

was op basis van de Verordening.²⁴⁵ De Whc ziet dus ook op nationale inbreuken op regels van consumentenrecht. Volgens de wetgever is de bescherming van consumenten slechts gewaarborgd, wanneer niet enkel aan de consument wordt overgelaten om zijn recht te halen, maar ook toezicht- en handhavingsbevoegdheden bij bepaalde instanties zijn neergelegd.²⁴⁶ Hieronder zal ik ingaan op de toezicht en handhaving door de AFM onder de Whc. Zoals vermeld, kan de consument, naast toezicht en handhaving door de bevoegde autoriteiten, bescherming ontleen aan de Nederlandse implementaties van de Europese richtlijnen.

5.1.1 Toezicht door de AFM onder de Whc

De AFM is belast met het toezicht of bepalingen uit de Whc worden nageleefd.²⁴⁷ Deze toezichtstaak ziet op alle voorschriften waarop de AFM onder de Whc de taak heeft gekregen om toezicht te houden ongeacht of deze voorschriften privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk gehandhaafd dient te worden.²⁴⁸ De bevoegdheden die de AFM heeft om toezicht te houden staan neergelegd in afdeling 5.2 Awb. Zo is de AFM bevoegd om plaatsen te betreden,²⁴⁹ inlichtingen te vorderen,²⁵⁰ inzage te vorderen van het identiteitsbewijs,²⁵¹ inzage te vorderen van zakelijke gegevens²⁵² en zaken te onderzoeken en aan opnemings te onderwerpen²⁵³.

5.1.2 Handhaving

5.1.2.1 Privaatrechtelijke handhaving

De AFM kan op dit moment alleen voorschriften privaatrechtelijk handhaven die staan opgenomen in onderdeel a van de bijlage bij de Whc.²⁵⁴ De AFM kan een verzoekschrift zoals bedoeld in artikel 3:305d BW indienen, wanneer naar haar oordeel sprake is van een overtreding van de wettelijke bepaling uit onderdeel a van de bijlage bij de Whc en de overtreding betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit.²⁵⁵ De AFM dient alvorens zij overgaat tot indiening van een

²⁴⁵ Lieverse & Rinkes 2010, p. 11.

²⁴⁶ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 2-3.

²⁴⁷ Art. 3.2. Whc.

²⁴⁸ Zie hierna de handhavingsbevoegdheden.

²⁴⁹ Art. 5:15 Awb.

²⁵⁰ Art. 5:16 Awb.

²⁵¹ Art. 5:16a Awb.

²⁵² Art. 5:17 Awb.

²⁵³ Art. 5:18 Awb.

²⁵⁴ Art. 3.3 Whc.

²⁵⁵ Art. 3.3 Whc.

verzoekschrift, de overtreder een redelijk termijn te stellen om de overtreding te staken en om de gegevens waarop het verzoekschrift berust in te laten zien.²⁵⁶

5.1.2.2 Bestuursrechtelijke handhaving

De AFM is onder de Whc aangewezen om bestuursrechtelijk te handhaven van voorschriften uit onderdeel c en onderdeel d van de bijlage bijbehorende bij de Whc. De AFM heeft als handhavingsbevoegdheden bij overtredingen de bevoegdheid om een bestuurlijke boete en/of een last onder dwangsom op te leggen alsmede tot openbaarmaking over te gaan. Bij het opleggen van een last onder dwangsom dient de toezichthouder de afdeling 5.3.2 Awb in acht te nemen. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete moet afdeling 5.4 Awb in acht worden genomen. Indien sprake is van overtredingen van voorschriften van onderdeel c.1 van de bijlage bij de Whc, dan gelden de maxima voor de bestuurlijke boete op basis van Wft. Voor overige overtredingen gelden de maxima van de bestuurlijke boete op basis van de Whc.

5.2 Wet oneerlijke handelspraktijken

De Wet oneerlijke handelspraktijken (Woh) is een implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.²⁵⁷ De richtlijn is niet toegeschreven om uitsluitend oneerlijke handelspraktijken op de financiële sector tegen te gaan. De richtlijn verbiedt in algemene zin het plegen van oneerlijke handelspraktijken. Voor regels die betrekking hebben op financiële diensten schrijft de richtlijn geen maximum harmonisatie voor. De Commissie geeft de volgende voorbeelden waarbij mogelijke oneerlijke handelspraktijken van de financiële sector in het geding zijn;²⁵⁸

- *gebrek aan transparantie bij kosten door banken;*
- *Aanbieden van onvoldoende of niet begrijpelijke informatie;*
- *En mogelijke obstakels om te switchten van bank.*²⁵⁹

De richtlijn ziet alleen op oneerlijke handelspraktijken tussen een consument en een handelaar en niet op Business-to-Business.²⁶⁰

De Woh is inwerking getreden op 15 oktober 2008. De richtlijn is uitgewerkt in afdeling 6.3.3A BW. De algemene norm is dat een handelspraktijk oneerlijk is, indien de handelaar handelt in strijd met

²⁵⁶ Art. 2.5 lid 2 Whc.

²⁵⁷ Richtlijn 2005/29/EG, pBEU 2005, L. 149/22

²⁵⁸ Commission Staff Working Document, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Brussel, 3 december 2009, SEC(2009), 1666, p. 11.

²⁵⁹ Lieveise & Rinkes 2010, p.52.

²⁶⁰ De vrey 2011, p. 422.

zijn professionele toewijding en het vermogen van een gemiddeld consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de consument een besluit neemt die hij anders niet had genomen.²⁶¹ Daarnaast is bepaald dat een handelspraktijk bijzonder oneerlijk is wanneer die misleidend of agressief is.²⁶² In artt. 6:196c t/m 6:196i staat een nadere uitwerking hiervan. Zo is onder andere bepaald dat er van een misleidende omissie sprake is als essentiële informatie weggelaten is.²⁶³ Onder essentiële informatie valt onder andere de voornaamste kenmerken van het product en de prijs.²⁶⁴

De Woh kent zelf geen handhabingsbepalingen. De Woh kwalificeert slechts een oneerlijke handelspraktijk als onrechtmatig met een omkering van de bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid.²⁶⁵ De consument kan dus op grond van de onrechtmatige daad actie ex artikel 6:162 BW een schadevergoeding vorderen, indien gehandeld is in strijd met artikelen uit de Woh. Daarnaast behoort ook de collectieve handhaving door consumentenorganisaties tot de mogelijkheden.²⁶⁶ Op grond van artikel 3:305a BW kunnen consumenten een verklaring voor recht bewerkstelligen dat jegens hen onrechtmatig gehandeld is of wanprestatie is gepleegd. Een vordering tot schadevergoeding behoort in dat geval echter niet tot de mogelijkheden.²⁶⁷ Aangezien de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt genoemd in lijst d van de bijlage bij de Whc kan de AFM bestuursrechtelijk handhavend optreden indien de Woh wordt overtreden.

²⁶¹ Art. 6:193b lid 2 BW.

²⁶² Art. 6:193b lid 3 BW.

²⁶³ Art. 6:193d BW.

²⁶⁴ Art. 6:196e BW.

²⁶⁵ Art. 6:196j BW.

²⁶⁶ Lieverse & Rinkes 2010, p.72.

²⁶⁷ Art. 3:305a lid 3 BW.

6. Aandelenlease-affaire

De totstandkoming van de privaatrechtelijke zorgplicht vanaf het Groninger notaris-arrest (1989) is besproken in hoofdstuk 3. 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 zorgplicht. De aandelenlease-affaire speelde zich af 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.²⁶⁸ In paragraaf 1 zal de werking van aandelenleaseproducten uiteen worden gezet. In paragraaf twee zal worden ingaan op de totstandkoming van de aandelenlease-affaire. In paragraaf 3 zal volledigheidshalve kort de Duisenberg-regeling en de opt-out mogelijkheid besproken worden. In paragraaf 4 zullen de belangrijkste aandelenlease-arresten centraal staan. In deze paragraaf zullen de rechtsregels die de Hoge Raad destijds heeft ontwikkeld met betrekking tot de privaatrechtelijke zorgplicht aan bod komen. Ten slotte zal in paragraaf 5 nader ingegaan worden op de overweging die de Hoge Raad hoogstwaarschijnlijk heeft gemaakt om bovenstaande affaire te af te wikkelen c.q. te beslechten.

6.1 Aandelenleaseproducten

Aandelenlease is een overeenkomst tussen een financiële instelling en zijn cliënt, waarbij de financiële instelling aan zijn cliënt een lening verstrekt en met deze lening vervolgens aandelen financiert.²⁶⁹ De cliënt dient vervolgens aan de financiële instelling rente te betalen voor de lening. In totaal hebben aanbieders ongeveer 300 verschillende typen producten met veelbelovende benamingen als 'Koersexta', 'Hefboomeffect', 'Sprintplan', 'Korting Kado' en 'WinstVerdriedubbelaar' op de markt gebracht.²⁷⁰ Deze verschillende producten waren onder te verdelen in het restschuldproduct en het aflossingsproduct.²⁷¹ Bij het restschuldproduct wordt slechts de rente van de lening maandelijks aan de bank betaald. Aan het einde van de looptijd wordt uit de opbrengt van de verkoop van de aandelen de lening afgelost. Indien de opbrengst hoger is dan de lening, dan wordt de rest uitgekeerd aan de cliënt. Bij een aflossingsproduct wordt naast de maandelijkse rente ook de lening afgelost. Aan het einde van de looptijd worden de aandelen verkocht en wordt de opbrengst aan de cliënt uitgekeerd.

²⁶⁸ MiFID is op 1 november 2007 in werking getreden.

²⁶⁹ Huls 2005, p. 1386.

²⁷⁰ Van Boom & Lindenberg 2010, p. 188.

²⁷¹ Idem.

Dit aandelenlease concept is begin jaren 90 van de vorige eeuw bedacht door Piet Bloemink, de toenmalige oprichter van Legio Lease BV. Het idee hierachter was dat de belegger met geleend geld aandelen kon kopen. Deze aankoop van de aandelen zou deels door de overheid worden bekostigd, aangezien op deze leningen de consumptieve renteaftrek van toepassing was. Tot 1997 was deze rente volledig aftrekbaar van het inkomen. Sinds 1997 is de aftrekbaarheid stapsgewijs beperkt en vanaf 1 januari 2001 is de aftrek in zijn geheel geschrapt. Vóór de totstandkoming van aandelenleaseproducten was beleggen alleen voor vermogende mensen weggelegd. Hier brachten de aandelenleaseproducten verandering in. Beleggen werd zo ook mogelijk voor minder vermogenden.

Vanwege het grote succes dat Legio Lease in het begin met deze aandelenleaseproducten had, besloot Bank Labouchere, destijds de financier van Legio Lease BV en dochteronderneming van Aegon, ook aandelenleaseproducten aan te bieden via tussenpersonen. In 1998 wordt Bank Labouchere NV honderd procent eigenaar van Legio Lease.²⁷² Ook andere financiële ondernemingen gaan de aandelenleaseproducten aanbieden.

6.2 Oorzaak affaire

Afnemers van de aandelenleaseproducten werden op een tamelijk agressieve wijze geworven door de aanbieders en tussenpersonen.²⁷³ Door de rap stijgende beurskoers werden er 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. Consumenten werden over deze risico's niet, althans niet voldoende geïnformeerd.

Eind jaren 90 van de vorige eeuw was de waarde van de dochter van Aegon dusdanig toegenomen dat ze interessant werd voor een overname. Aegon verkoopt zowel Labouchere als Legio Lease aan Dexia Bank Nederland in 2000. De naam van de bank Labouchere wordt gewijzigd in Dexia Bank Nederland NV.

²⁷² Huls 2005, p. 1386.

²⁷³ Zie bijvoorbeeld het interview 'Leaseverkoper getraind in verzwijgen risico', *Financieel Dagblad* 15 juni 2005.

6.2.1 De omslag

In 2001, toen de markt zijn hoogtepunt bereikte, stonden er 700.000 contracten uit met een contractwaarde van € 6,5 miljard.²⁷⁴ Vanaf 1992 tot en met 2000 was het beleggingsklimaat ook zeer gunstig. Door middel van het hefboomeffect konden aanzienlijke winsten worden behaald. In het voorjaar van 2000 spat de internetzeepbel uit elkaar met het gevolg dat de beurskoers instort. Ook de aanslag van 11 september 2001 draagt bij aan de val van de beurskoers.



Zo snel als de aandelenkoersen vanaf 1993 waren gestegen, zo snel daalden de koersen in anderhalf jaar tijd. Tussen augustus 2000 en medio 2002 daalde de beurskoers met ruim 50%.

Mede door de hefboomwerking kwamen klanten met dergelijke aandelenleaseproducten in grote financiële problemen. Alle aandelenleaseproducten waren gebaseerd op een steeds maar stijgende beurskoers. Naar aanleiding van de uitzending van Tros Radar d.d. 25 maart 2002 hebben gedupeerde beleggers zich massaal beklagd bij de aanbieders. Stichtingen worden opgericht om belangen van gedupeerde te behartigen.²⁷⁵ Dexia verkoopt gezonde onderdelen van het bedrijf.²⁷⁶ Dexia Nederland NV doet afstand van de overige bankzaken. Ze richt zich vanaf dat moment slechts op het afwikkelen van de massaclaims en het voeren van individuele en collectieve procedures. Dexia richt hiervoor een nieuw bedrijfsonderdeel in, namelijk *Legal*.

6.3 Duisenberg-regeling

Op 28 april 2005 stelde W.F. Duisenberg een regeling voor met het doel om de omvangrijke aandelenlease-affaire af te wikkelen.²⁷⁷ In de regeling werd onder andere voorgesteld dat de

²⁷⁴ Rapport AFM, *'Aandelenlease; niet rendement alleen'*, oktober 2002 p. 2.

²⁷⁵ Stichting Leaseverlies wordt opgericht op 19 april 2002 en de Stichting Eegalease is opgericht op 13 december 2002.

²⁷⁶ Zo verkoopt Dexia op 1 maart 2003 online Broker Alex aan de Rabobank.

²⁷⁷ Huls 2005, p. 1387.

beleggers de restschuld voor 'slechts' twee derde terug moesten betalen aan de aanbieders van de aandelenleaseproducten. Daarnaast krijgen beleggers, die de overeenkomst hebben vernietigd omdat hun partner niet heeft meegetekend,²⁷⁸ hun volledige restschuld kwijt gescholden. Er wordt op 23 juni 2005 een akkoord bereikt met Dexia, De Stichting Leaseverlies, De Stichting Eegalease, de Consumentenbond en de Vereniging van Effectenbezitters (VEB).²⁷⁹ Het Hof Amsterdam heeft deze regeling algemeen verbindend verklaard conform artikel 7:907 BW.²⁸⁰ Beleggers konden er echter voor kiezen of ze zich wilden onttrekken aan de bindende werking door middel van een opt-outverklaring.²⁸¹ Beleggers dienden voor 31 juli 2007 aan te geven of ze zich wilden onttrekken. In totaal hebben ongeveer 24.700 beleggers gebruik gemaakt van deze opt-out mogelijkheid.²⁸² Verschillende advocaten, al dan niet werkend voor organisaties als Payback Platform Aandelenlease en Leaseproces, betoogden dat de Duisenberg-regeling erg mager was. Zo ook mr. Papeveld en mr. Silvertand. Ze gaven onder meer aan dat in een uitspraak van de klachtencommissie Hoger Beroep DSI²⁸³ de commissie in 2005 had beoordeeld dat de belegger een groter gedeelte van de schade kon verhalen op Dexia. Daarnaast oordeelde de Rechtbank Amsterdam in haar zogenaamde categorie-uitspraken²⁸⁴ dat de belegger op meer recht had dan Dexia diende te betalen op grond van de Duisenberg-regeling. Bovendien hadden op het moment dat de Duisenberg-regeling algemeen verbindend werd verklaard zeventien van de negentien rechtbanken en één gerechtshof²⁸⁵ zelf al geoordeeld dat gehuwden van wie een van de twee huwelijkspartners geen schriftelijke toestemming had gegeven voor het aangaan van de overeenkomst, deze kon vernietigen.²⁸⁶

6.4 Aandelenlease jurisprudentie

De meeste Dexiazaken hebben meerdere jaren geduurd. Dit komt omdat Dexia meermaals alle rechtbanken en gerechtshoven heeft verzocht alle lopende rechtszaken aan te houden. Eerst in afwachting of de Duisenberg-regeling algemeen verbindend zou worden verklaard en later in 2008 om belangrijke uitspraken van de Hoge Raad af te wachten. In de zogenaamde drie 5-juni-arresten daterend van 5 juni 2009, is een aantal essentiële rechtsvragen inzake de aandelenlease-affaire door

²⁷⁸ Art. 1:88 BW.

²⁷⁹ Persbericht d.d. 25 mei 2005 op www.dexialease.nl.

²⁸⁰ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007/427.

²⁸¹ Art. 7:908 lid 2 BW.

²⁸² Persbericht Dexia Bank Nederland N.V. 2 augustus 2007, www.dexialease.nl.

²⁸³ KCHB-DSI 27 januari 2005, *JOR* 2005, 67.

²⁸⁴ Rechtbank Amsterdam 27 april 2007, *LJN* BA3914, 3916 en 3920.

²⁸⁵ Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2005, *LJN* AS4449.

²⁸⁶ Papeveld & Silvertand 2009, p. 956.

de Hoge Raad beantwoord.²⁸⁷ Na deze drie uitspraken wordt op 12 augustus 2009 de stilgelegen Dexia-zaken weer op de rol geplaatst. 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. Hieronder zal ik de kernoverwegingen bespreken van deze drie arresten.

De drie hieronder te bespreken arresten van de Hoge Raad betroffen proefprocedures. De Hoge Raad zegt hier het volgende over:

*“De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en is door partijen in cassatie als een proefprocedure is opgezet. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop dit is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product. Niettemin zal de Hoge Raad, met inachtneming van dat voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschuldproducten, hierna in een algemene beschouwing ingaan op het verband tussen de zorgplicht en de schadevergoeding ingeval aan die zorgplicht niet is voldaan. Daarmee wordt niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan.”*²⁸⁸

Aangezien bovengenoemde drie arresten²⁸⁹ grotendeels overeenkomen, zal ik, om herhaling te voorkomen, de arresten als één geheel bespreken. Primair stelden de gedupeerde beleggers dat er sprake was van dwaling en dat ze op grond hiervan de overeenkomst vernietigden.²⁹⁰ Secundair

²⁸⁷ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846, HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, L/JN 2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

²⁸⁸ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846 en HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 4.1 (*De Treek/Dexia*).

²⁸⁹ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846, HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, L/JN 2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

²⁹⁰ HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*).

beriepen de gedupeerde beleggers zich op schadevergoeding op grond van misleidende reclame en schending precontractuele zorgplicht.²⁹¹

6.4.1 Dwaling

In de arresten Dexia²⁹² en Levob²⁹³ hadden de gedupeerde een beroep gedaan op vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling.

“Aldus heeft het hof geoordeeld dat op grond van het verschaft materiaal voor degene die zich redelijke inspanningen getroost voldoende duidelijk was dat sprake was van een lening, dat over het geleende bedrag rente was verschuldigd, dat met de leensom voor risico van de belegger werd belegd in effecten en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten bij het einde van de looptijd. Vervolgens heeft het hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat Dexia in de gegeven omstandigheden jegens [De T.], van wie redelijke inspanningen mochten worden geleverd de verstrekte informatie te begrijpen, niet is tekortgeschoten in de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 BW, zodat [De T.] zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen.”²⁹⁴

De Hoge Raad maakt in de arresten onderscheid tussen schending van de mededelingsplicht in de zin van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b BW en schending van de waarschuwingsplicht. 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 Dexia en Levob 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.²⁹⁵ De gedupeerde beleggers hadden op basis van de verstrekte gegevens voldoende beeld kunnen vormen van de eigenschappen van het financieel product.²⁹⁶ In rechtsoverweging 4.4.5 van het Dexia-arrest geeft de Hoge Raad wel aan dat

²⁹¹ Art. 6:228 BW.

²⁹² HR 8 februari 2013, L/JN BX7846 en HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*).

²⁹³ HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*).

²⁹⁴ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846, HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*) en HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*).

²⁹⁵ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846, HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*) r.o. 4.4.5. en HR 5 juni 2009, L/JN BH2811 (*Levob/Bolle*), r.o. 4.4.8.

²⁹⁶ Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 189.

de aanbieders hun waarschuwingsplichten hebben geschonden.²⁹⁷ Deze schending leidt echter niet tot een geslaagd beroep op dwaling, maar komt in een ander verband later aan de orde.

6.4.2 Misleidende reclame

In de arresten tegen Dexia²⁹⁸ en Aegon²⁹⁹ hadden de gedupeerde beleggers zich beroepen op de onrechtmatige daad op grond van misleidende reclame-uitingen. De Hoge Raad oordeelt dat er geen sprake is van misleidende reclame. Er dient uitgegaan te worden van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument. De gedupeerde beleggers voerden echter aan dat een andere maatstaf diende te worden gehanteerd, namelijk een minder dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, aangezien de brochures zicht richtten tot een breed segment particulieren. De Hoge Raad ging hier niet in mee:

Het hof heeft terecht de toepassing van de vereiste maatstaf niet beperkt tot een reclame-uiting "ten behoeve van alledaagse en niet risicovolle producten die door iedere consument kunnen worden gekocht". Daarbij heeft het hof, evenzeer terecht, in aanmerking genomen dat van een gemiddeld geïnformeerde gewone consument in ieder geval verwacht mag worden dat hij weet dat effecten niet alleen in waarde kunnen stijgen, maar ook in waarde kunnen dalen, en dat van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich vooraf redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden, en dat hij de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuitingen en voorbeelden met prudentie beschouwt."

De Hoge Raad oordeelt dus dat er geen sprake is van misleidende reclame.

6.4.3 Schending van een bijzondere zorgplicht

Zoals vermeld acht de Hoge Raad op grond van de verstrekte informatie een beroep op dwaling niet gegrond. Daarnaast acht de Hoge Raad de door de aanbieders verstrekte informatie niet misleidend. Wel acht de Hoge Raad dat de aanbieders in strijd hebben gehandeld met de bijzondere zorgplicht die de aanbieders van financiële instrumenten in acht dienden te nemen.

"Op Levob rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens [B] als particuliere persoon met wie zij een

²⁹⁷ HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*) r.o. 4.4.5.

²⁹⁸ HR 8 februari 2013, L/JN BX7846 en HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 (*De Treek/Dexia*).

²⁹⁹ HR 5 juni 2009, L/JN 2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

*overeenkomst inzake Het Levob Hefboomeffect zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake Het Levob Hefboomeffect te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's, en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels.*³⁰⁰

In het Levob-arrest oordeelde de Hoge Raad dat Levob 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 Levob na dienen te gaan of de belegger ook bij een slechte verkoopopbrengst van de effecten redelijkerwijze aan zijn betalingsverplichtingen kon voldoen. Levob had informatie in moeten winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de particuliere belegger. Op deze wijze kunnen de aanbieders beoordelen of de belegger naar redelijke verwachtingen uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, inclusief de mogelijke restschuld, kunnen dragen. Mocht dit niet het geval zijn, dan moet de aanbieder de belegger adviseren om van de overeenkomst af te zien (waarbij overigens in beginsel niet geldt dat de aanbieder moet weigeren de transactie aan te gaan).³⁰¹

In de 5-juni-arresten voerden de aanbieders aan dat de publiekrechtelijke wetgeving toentertijd niet voornoemde gedragsregels voorschreef, zodat ze hier niet aan gehouden konden worden. De Hoge Raad bepaalt als volgt:

³⁰⁰ HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 r.o. 4.5.4. (*Levob/Bolle*).

³⁰¹ Ettema 2011.

“De opvatting (...) dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, is onjuist.”³⁰²

De privaatrechtelijke zorgplicht die in onderhavige gevallen verder reikt dan de publiekrechtelijke regelgeving vloeit voort uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

6.4.4 Causaal verband en toerekenen van eigen schuld

De Hoge Raad bepaalt dat schending van de zorgplicht in beginsel zal meebrengen dat de aanbieder van het effectenlease-product gehouden is de daarmee verband houdende schade te vergoeden.³⁰³

De gedupeerde beleggers zullen het conditio sine qua non-verband aan dienen te tonen tussen de schending van de zorgplicht en de schade.³⁰⁴ Op grond van de causale verdeling en de billijkheidscorrectie kan een deel van de schade voor rekening blijven van de afnemer.³⁰⁵

“Indien het (...) oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade kan worden aangenomen, zal op de voet van artikel 6:101 BW dienen te worden beoordeeld in hoeverre deze schade als door de afnemer veroorzaakt voor zijn rekening moet blijven.”³⁰⁶

De Hoge Raad wijst hierbij erop dat de schade van de belegger mede het gevolg is van aan de belegger toe te rekenen omstandigheden, daarin bestaande dat uit de effecten-leaseovereenkomst voldoende duidelijk en kenbaar was dat belegd werd met geleend geld, dat rente moest worden betaald over het geleend bedrag en dat het geleend bedrag terugbetaald moest worden, ongeacht de waarde van effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. Daarbij mag ook worden verwacht van de belegger dat hij zich redelijk inspant om de overeenkomst te begrijpen.³⁰⁷ In het Dexia-arrest wijst de Hoge Raad er wel op dat de fout van de belegger minder gewicht in de schaal legt dan de fout van de aanbieder.³⁰⁸ Dit is ook in overeenstemming met hetgeen eerder in de optiehandelarrresten is

³⁰² HR 5 juni 2009, L/JN BH2811, r.o. 4.5.8 (*Levob/Bolle*), zie voor vergelijkbare rechtsoverwegingen HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 4.10.3 (*De Treek/Dexia*) en HR 5 juni 2009, L/JN 2822, r.o. 4.6.10 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

³⁰³ HR 5 juni 2009, L/JN BH2811, r.o. 4.7.4 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 5.3 (*De Treek/Dexia*).

³⁰⁴ HR 5 juni 2009, L/JN BH2811, r.o. 4.7.6 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 5.4.2 (*De Treek/Dexia*).

³⁰⁵ Art. 6:101 BW.

³⁰⁶ HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 5.6.1 (*De Treek/Dexia*).

³⁰⁷ HR 5 juni 2009, L/JN BH2815 r.o. 5.6.2 (*De Treek/Dexia*).

³⁰⁸ HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, r.o. 4.16.2 (*De Treek/Dexia*).

bepaald.³⁰⁹ In het Levob-arrest had het hof bepaald dat 40% van de reeds betaalde rente en 40% van de restschuld voor rekening van de belegger komen. De Hoge Raad oordeelt dat bij soortgelijke geschillen een zodanige verdeling als uitgangspunt dient worden te genomen.³¹⁰

Een verdere bespreking van het hofmodel dat is ontwikkeld door het gerechtshof Amsterdam³¹¹ en bevestigd door de Hoge Raad³¹², draagt niet bij aan het doel van deze scriptie, de ontwikkeling van de zorgplicht. Het hofmodel geeft slechts concrete aanwijzingen om de schade te verdelen tussen de aanbieder en de belegger.

6.5 Dwaling of schending bijzondere zorgplicht

De Hoge Raad heeft bepaald dat er in de 5-juni-arresten geen sprake was van dwaling. De Hoge Raad maakt daarbij een onderscheid tussen precontractuele mededelingsplichten en waarschuwingsplichten. Zoals vermeld oordeelt de Hoge Raad dat de mededelingsplichten niet zijn geschonden omdat de gedupeerde beleggers op basis van de verstrekte gegevens voldoende beeld hadden kunnen vormen van de eigenschappen van het financieel product.³¹³ De Hoge Raad oordeelt wel dat de aanbieders hun waarschuwingsverplichtingen hebben geschonden, aangezien de aanbieders de beleggers niet voldoende hebben geïnformeerd over de risico's met betrekking tot de restschuld en voor de gevaren voor de individuele financiële posities van de afnemers.³¹⁴ Het onderscheid tussen deze mededelingsplichten en waarschuwingsplichten is boterzacht.³¹⁵ In beide gevallen dienen de aanbieders informatie te verstrekken ter bescherming van de afnemers.³¹⁶ De vraag is waarom de Hoge Raad oordeelde dat de mededelingsplichten niet waren geschonden maar de waarschuwingsplichten wel. Het antwoord hierop is hoogstwaarschijnlijk dat de Hoge Raad genuanceerd wilde beslissen.³¹⁷ 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.³¹⁸ Of de dwaling komt voor rekening van de aanbieder³¹⁹ of de dwaling komt

³⁰⁹ HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*) en HR 23 mei 1997, *NJ* 1998,192, r.o. 3.1. (*Rabobank/Everaars*).

³¹⁰ HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, r.o. 5.7 (*De Treek/Dexia*).

³¹¹ Hof Amsterdam 1 december 2009, *LJN*: BK4978, BK4981, BK4982 en BK4983.

³¹² HR 29 april 2011 *NJ* 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken.

³¹³ Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 189.

³¹⁴ Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 194.

³¹⁵ Valk 2009, p. 237.

³¹⁶ Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 194.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Met uitzondering van art. 6:230 BW, waarbij een beroep op dwaling in bepaalde gevallen geen alles of niets werking heeft.

voor rekening van de gedwaalde³²⁰. In geval van dwaling is voor de verdeling van de pijn in beginsel niet direct een grondslag aan te wijzen.³²¹ De Hoge Raad heeft willen kiezen voor de weg van een verdeling van de schuld. Dit is in lijn met de andere rechtspraak van de Hoge Raad.³²² Eén van de doelen van het nieuwe BW dat de alles-of-niets werking van nietigheden zou worden tegengegaan.³²³ De Hoge Raad oordeelt dat de precontractuele verplichting tot waarschuwingen, welke voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid, is geschonden. De Hoge Raad oordeelt dus dat de aanbieders tekort zijn geschoten in nakoming van de op hun rustende zorgplichten, hetgeen leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad³²⁴ waarbij wordt geoordeeld dat er plaats is voor toepassing van artikel 6:101 BW, in welk kader eerst een causale afweging moet plaatsvinden en vervolgens eventueel een billijkheidscorrectie.³²⁵ De schade werd verdeeld tussen de aanbieder en afnemer wegens eigen schuld.

Ik en samen met mij menig rechtsgeleerde 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.³²⁶ De open norm van de privaatrechtelijke zorgplicht geeft de Hoge Raad de mogelijkheid om het gewenste resultaat te bereiken.

³¹⁹ Art. 6:288 lid 1 BW.

³²⁰ Art. 6:288 lid 2 BW.

³²¹ Van Boom & Lindenergh 2010, p. 194.

³²² HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378, m.nt. Mendel (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures).

³²³ T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 350. Voor verdere gegevens zij verwezen naar Van Boom e.a. (red.) en Keirse 2005, p. 3.

³²⁴ De schendingen van bovengenoemde zorgplichten levert geen wanprestatie op omdat de vastgestelde schendingen van de zorgplicht hebben zich voorgedaan in de precontractuele fase nog voordat de lease-overeenkomsten waren gesloten. Van een wanprestatie kan derhalve geen sprake zijn, zodat de gestelde schendingen moeten worden beoordeeld op grond van de vereisten voor onrechtmatige daad, aldus Pijls 2010, p. 10.

³²⁵ Van Boom & Lindenergh 2010, p. 192.

³²⁶ Van Boom & Lindenergh 2010, p. 193; zie ook Valk 2009, p. 237.

7. Woekerpolis

Sinds eind jaren negentig werd herhaaldelijk kritiek gegeven op het niet-transparante karakter met betrekking tot de kosten die aanbieders van beleggingsverzekeringen bij de consument in rekening brengen.³²⁷ Na de uitzending van Tros Radar in november 2003 komt deze zogenaamde ‘woekerpolis-affaire’ in een stroomversnelling. In paragraaf 1 zal het ontstaan van deze financiële affaire chronologisch worden uiteengezet. De woekerpolis-affaire is in tegenstelling tot de hiervoor besproken aandelenlease-affaire verre van uitgekristalliseerd. Het is wachten op de arresten van de Hoge Raad en het Europees Hof van Justitie waarin essentiële rechtsvragen worden beantwoord. In paragraaf 2 zal op basis van uitspraken van de rechter die thans voorhanden zijn, een beeld worden geschetst van de door de aanbieders van woekerpolicen geschonden normen. Waar mogelijk zal ingegaan worden op de geschonden zorgplichten.

7.1 Het ontstaan van de woekerpolis-affaire

In april 2003 publiceert de AFM het rapport ‘Beleggingshypotheek en Risico’. Beleggingshypotheeken zijn sinds de tweede helft van de jaren negentig populair geworden. Bij deze beleggingshypotheeken wordt lenen gecombineerd met beleggen. Voordelen van deze beleggingshypotheeken boven de oorspronkelijke lineaire of annuïteitenhypotheek zijn de maximalisatie van de renteaftrek en een beheersbaar renterisico.³²⁸ Ook sinds de val van de beurskoers als gevolg van de uit elkaar gespatte internetzeepbel in het voorjaar van 2000 blijven de hypotheekbeleggingen populair. Dit komt omdat consumenten op dat moment kunnen instappen tegen lage koersen. In Nederland werden tussen 1995 en 2005 6.100.000 beleggingspolissen verkocht met een gemiddelde van 2300 per werkdag.³²⁹ AFM concludeert in bovengenoemd rapport dat de risico’s van de beleggingshypotheeken vaak onbelicht blijven.³³⁰ De kans dat consumenten bij tegenvallende beleggingsresultaten blijven zitten met een restschuld is groot. Uit dit rapport blijkt namelijk dat een doorsnee huishouden 55% kans heeft om met een restschuld te blijven zitten.³³¹ Ook het risico van tussentijds beëindigen wordt vaak onbelicht gelaten. Daarnaast wijst de AFM erop dat de consument geen transparante rekening krijgt

³²⁷ Boot 1995.

³²⁸ Rapport AFM, ‘*beleggingshypotheek en risico*’, april 2003 p. 4.

³²⁹ Kooman 2010, p. 57.

³³⁰ Rapport AFM, ‘*beleggingshypotheek en risico*’, april 2003 p. 20.

³³¹ Rapport AFM, ‘*beleggingshypotheek en risico*’, april 2003 p. 14.

van de kosten die zij moet betalen. Door de hoge kosten die aanbieders van woekerpolissen in rekening brengen, wordt er niet volledig belegd met door de consument gestorte bedragen.³³²

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.³³³ 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.³³⁴ Naar aanleiding van dit rapport heeft de verzekeringssector Commissie De Ruiter ingesteld. Deze commissie heeft eind 2006 aanbevelingen gedaan om de transparantie te verbeteren rond beleggingsverzekeringen.³³⁵ Eén van de belangrijkste aanbevelingen is de invoering van standaardmodellen. In deze modellen wordt op een uniforme wijze inzicht gegeven in de kosten en premies van beleggingsverzekeringen. Voordat de Commissie de aanbevelingen uitbracht, vond de uitzending van Tros Radar in november 2006 plaats. De redactie van Tros Radar kent als eerste de naam 'Woekerpolissen' toe aan financiële producten die niet transparant zijn en hoge kosten voor de consument met zich meebrengen. De uitzending van Tros Radar brengt de woekerpolis-affaire in een stroomversnelling.

De transparantie is bij beleggingsverzekeringen sinds 1 oktober 2006 verbeterd door invoering van de 'vernieuwde' financiële bijsluiters.³³⁶ De AFM constateert dat vanaf 2007 minder beleggingsverzekeringen worden afgesloten. Dit komt volgens de AFM mede door de voorgenoemde toegenomen transparantie, de sterke fiscale inperking en de publiekelijke ophef rondom beleggingsverzekeringen.³³⁷ Ten slotte komt deze afname volgens de AFM doordat een nieuw alternatief op de markt is gekomen. Namelijk het 'banksparen' of 'bankbeleggen'. Sinds 1 januari 2008 gelden de fiscale voordelen van beleggingsverzekeringen ook voor deze financiële producten. Daarnaast is er in tegenstelling tot de beleggingsverzekering geen verplichte overlijdensrisico in het

³³² Rapport AFM, *'beleggingshypotheek en risico'*, april 2003 p. 7.

³³³ Brief minister d.d. 16 oktober 2006, over het onderzoek van de AFM naar het product beleggingsverzekeringen - Regels voor de financiële dienstverlening.

³³⁴ Brief minister d.d. 16 oktober 2006, over het onderzoek van de AFM naar het product beleggingsverzekeringen - Regels voor de financiële dienstverlening.

³³⁵ Commissie transparantie beleggingsverzekeringen *"Advies aan het Verbond van Verzekeraars"*, 20 december 2006.

³³⁶ Art. 30 t/m 34 Wfd.

³³⁷ Rapport AFM, *'Beleggingsverzekeringen'*, juli 2008, p. 5.

product verwerkt.³³⁸ Hierdoor zijn de kosten van banksparen en bankbeleggen lager dan de kosten van een beleggingsverzekering.

Op 4 maart 2008 publiceert de Ombudsman Financiële dienstverlening zijn aanbevelingen inzake de beleggingsverzekeringen.³³⁹ De Ombudsman Financiële Dienstverlening acht een kostenlading van de lopende polissen van beleggingsverzekeringen tot een maximum van 2,5% redelijk.³⁴⁰ De ombudsman acht ook de tussenpersonen, de overheid en de consumenten schuldig aan de totstandkoming van deze affaire.³⁴¹ Gezien de gedeeltelijke schuld adviseert de Ombudsman om alle kosten die 3,5% van het belegde vermogen overstijgen met terugwerkende kracht aan de consument terug te betalen.³⁴² De schade voor de verzekeraars wordt geschat op 2 miljard euro.³⁴³

Gedupeerde afnemers hebben zich sinds de uitzending van Tros Radar massaal aangesloten bij De Stichting Verliespolis en De Stichting Woekerpolis Claim. Beide stichtingen behartigen de belangen van de gedupeerde afnemers van woekerpolicies. Beide stichtingen vinden de voorgestelde compensatie van de Ombudsman te mager.³⁴⁴

Ook de Vaste Kamercommissie heeft een onafhankelijk onderzoek gedaan naar beleggingsverzekeringen. Dit onderzoek is op 9 oktober 2008 gepubliceerd.³⁴⁵ Uit dit onderzoek blijkt dat in 73% van de beleggingsverzekeringen meer dan 2% kosten bij de consument in rekening wordt gebracht. Naar aanleiding van dit rapport wenst een aantal grote verzekeraars een schikking te treffen met bovengenoemde stichtingen.

7.2 Woekerpolicy-jurisprudentie

Zoals vermeld is de woekerpolicy-affaire verre van uitgekristalliseerd. De zogenaamde '5-juni-arresten' om een aantal essentiële rechtsvragen voor de woekerpolicy-affaire te beantwoorden, ontbreken op dit moment nog. De vraag is echter in hoeverre deze eenduidige uitspraken van de Hoge Raad mogelijk zijn, gelet op de grote verschillen tussen de verschillende producten en de verschillende

³³⁸ Rapport AFM, 'Beleggingsverzekeringen', juli 2008, p. 5.

³³⁹ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening 4 maart 2008.

³⁴⁰ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening 4 maart 2008, p. 9.

³⁴¹ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening 4 maart 2008, p. 7-8.

³⁴² Persbericht: 'Aanbeveling ombudsman: Kosten beleggingsverzekeringen maximeren, deels consument compenseren' Klachteninstituut Financiële Dienstverlening, 4 maart 2008.

³⁴³ V. van den Boon, 'Verzekeraars euro 2 mrd kwijt aan compensatie woekerpolicyklanten', *Het Financieel Dagblad*, 4 maart 2008.

³⁴⁴ Persbericht: 'Aanbeveling ombudsman geen oplossing', Stichting Verliespolis 4 maart 2008

en Persbericht: 'Lange, hete zomer voor beleggingsverzekeringen', Stichting Woekerpolicy Claim 4 maart 2008

³⁴⁵ Rapport AFM, 'Feitenonderzoek beleggingsverzekeringen', 9 oktober 2008.

manieren waarop deze producten in het verleden zijn aangeboden. Er is inmiddels wel een aantal uitspraken voorhanden, die gedupeerde kunnen gebruiken in een individuele procedure. Er is echter vooralsnog geen eenduidige lijn te herkennen in de uitspraken van de rechter.³⁴⁶ In deze paragraaf zal ik kort de belangrijkste jurisprudentie bespreken die op dit moment voorhanden is inzake de woekerpolis-affaire.

7.2.1 Lijfrentemaatwerkplan

Een tandarts sluit het financieel product 'lijfrentemaatwerkplan' af bij Achmea Pensioen en Levensverzekeringen NV. Het lijfrentemaatwerkplan bestond uit een beleggingsverzekering op de lange termijn waarbij volledig in aandelen werd belegd. De tandarts stort in totaal f. 626.854,-. Na drie jaar is de helft van de waarde van de beleggingen verdampt. De tandarts stelt Achmea aansprakelijk voor schending van haar zorgplicht. Het hof bepaalt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat er sprake was van een hybride product dat zowel als levensverzekering als beleggingsproduct kan worden gekwalificeerd. Hierdoor viel Achmea onder de definitie van effecteninstelling als bedoeld in artikel 1 van de inmiddels vervallen Wfd.³⁴⁷ Het hof oordeelt met betrekking tot de bijzondere zorgplicht als volgt:

“Het hof overweegt dat voor Royal, als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten, jegens appellant, als particuliere persoon met wie zij een overeenkomst inzake een belegging in aandelen in het kader van een uit te keren lijfrente zal aangaan, een bijzondere zorgplicht geldt die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake het lijfrentemaatwerkplan te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan.”³⁴⁸

De tandarts stelt Achmea aansprakelijk voor 1) schending van haar informatieverplichtingen over het door haar aangeboden product, 2) schending van het ken-uw-klant-beginsel en 3) schending van waarschuwingsverplichtingen.

³⁴⁶ Gerdes, p. 57-60.

³⁴⁷ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 6.4.

³⁴⁸ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 9.

De schending van de informatieverplichtingen van Achmea wordt mede ingekleurd door de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringsnemers (Riav 1998).³⁴⁹ Het hof oordeelt dat Achmea haar informatieverplichtingen heeft geschonden. Achmea heeft de tandarts onvoldoende geïnformeerd over een mogelijk negatief groeipercentage van de waarde van de beleggingen. Daarnaast geeft Achmea onvoldoende inzicht in de portefeuille waarin wordt belegd.³⁵⁰ Het hof oordeelt daarnaast dat Achmea niet duidelijk is geweest over de in rekening gebrachte kosten.³⁵¹

Ten aanzien van de schending van het ken-uw-klant-beginsel betoogt Achmea dat zij als levensverzekeraar was vrijgesteld om informatie in te winnen over de vermogenspositie van de tandarts en zijn beleggingsdoelstellingen.

Het hof oordeelt dat:

“ken-uw-klant-beginsel’ als een van de belangrijkste onderdelen van de algemene zorgplicht voor effecteninstellingen in het begin van de jaren '90 algemeen aanvaard is, niet alleen in Nederland, maar ook in de meeste andere Europese landen. Achmea heeft in zoverre het gelijk aan haar zijde dat de formele uitwerking van dit beginsel in de NR1999 voor haar als levensverzekeraar niet 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. De achtergrond van de uitzonderingspositie van levensverzekeraars bij de Wte is niet geweest dat de wetgever verzekeraars heeft willen bevoordelen, maar dat de wetgever er — ten onrechte — van uitging dat verzekeraars geen beleggingsdiensten of beleggingsactiviteiten verrichten voor rekening en risico van de verzekeringnemer.”³⁵²

Het hof oordeelt dus dat de normen zoals die voor effecteninstellingen in 1999-2000 golden materieel ook op de levensverzekeraar Achmea van toepassing zijn in deze casus. Of daarmee alle publiekrechtelijke effectenrechtelijke gedragsregels met terugwerkende kracht van toepassing zijn op alle beleggingsverzekeringen via de bijzondere zorgplicht is niet helemaal duidelijk, maar het is wel een opvallende uitspraak van het hof.³⁵³ Het hof oordeelt dat ‘slechts’ 25% van de schade voor rekening van de tandarts komt, omdat hij eerder navraag had kunnen doen naar de resultaten.

³⁴⁹ Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers van 1998 (Riav 1998).

³⁵⁰ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 15.2.

³⁵¹ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 16.1.

³⁵² Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 19.1.

³⁵³ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257 (wenk).

7.2.2 Falconzaak

Op 26 januari 2011 heeft rechtbank Haarlem een voor de afnemers van woekerpolissen gunstige uitspraak gedaan.³⁵⁴ In deze zaak gaat het om de heer Van der Meulen die bij ASR (voorheen Falcon) het financieel product LevensPlan af heeft genomen. De heer Van der Meulen is hoogleraar Recht en Bestuur aan de Universiteit van Wageningen. De rechter oordeelde al in het tussenvonnis d.d. 17 juni 2009 dat een beroep op dwaling slaagt ten aanzien van het hefboomeffect en het prognoserendement.

7.2.2.1 Hefboomeffect

Het hefboomeffect houdt in dat Falcon premie ingehouden heeft voor de overlijdensrisicoverzekering. Door deze inhouding heeft Falcon een kleiner percentage van het ingelegde geld kunnen beleggen. Over de jaren 1998 – 2004 is het ingehouden overlijdensrisicopremie opgelopen tot 46% van het totaal ingelegde bedrag. De rechtbank verwierpt het standpunt van de heer Van der Meulen dat deze overlijdensrisicopremie niet is overeengekomen. De rechtbank is met Falcon eens dat de heer Van der Meulen moet hebben begrepen dat voor de door hem gekozen vorm van overlijdensrisicoverzekering premie verschuldigd was. Ook de hoogte van de premie volgt uit het bijbehorende Appendix.³⁵⁵

Kenmerkend voor de overlijdensrisicopremie is dat het afhankelijk is van het doelvermogen en het al opgebouwde vermogen. Hoe kleiner het verschil tussen het doelvermogen en het opgebouwde vermogen hoe lager de premie. Aangezien bovengenoemde hefboomeffect kenmerkend is voor het type verzekering dat de heer Van der Meulen heeft afgesloten, had het op de weg van Falcon gelegen om de gedupeerde hierover te informeren.³⁵⁶ Op 26 januari 2011 oordeelt rechtbank Haarlem dat de LevensPlan-overeenkomst niet wordt vernietigd, maar dat partijen overeen komen dat de overeenkomst op een dusdanige wijze wordt gewijzigd dat het door dwaling veroorzaakte nadeel wordt opgeheven. Rechtbank Haarlem is van oordeel dat gedupeerde het aannemelijk heeft gemaakt dat, indien Falcon gedupeerde juist had geïnformeerd over het hefboomeffect, de verzekering niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben afgesloten.³⁵⁷

³⁵⁴ Rechtbank Haarlem 26 januari 2011, nr. 140342 / HA ZA 07-1327, r.o. 2.6.

³⁵⁵ Rechtbank Haarlem 17 juni 2009, *PJ* 2009, 157, m.nt. W.M.A. Kalkman, r.o. 4.7.

³⁵⁶ Rechtbank Haarlem 17 juni 2009, *PJ* 2009, 157, m.nt. W.M.A. Kalkman, r.o. 4.10.

³⁵⁷ Rechtbank Haarlem 17 juni 2009, *PJ* 2009, 157, m.nt. W.M.A. Kalkman, r.o. 4.10.

7.2.2.2 *Onjuiste prognose*

In het aanvraagformulier voor het financieel product stond opgenomen dat bij een prognoserendement van 9% het doelkapitaal van €300.000,- kon worden bereikt. Echter bleek 1,5% van het behaalde rendement op te gaan als beheerskosten. Het prognoserendement van 9% was dus een nettorendement dat behaald moest worden. Het brutorendement moest dus minimaal 10,5% zijn om het doelvermogen te behalen.³⁵⁸ De rechtbank bepaalt dat op Falcon de plicht rustte om voor het aangaan van de overeenkomst de gedupeerde te informeren dat 10,5% aan brutorendement moest worden behaald. De rechter oordeelt dat een beroep op dwaling slaagt.

Falcon is in beroep gegaan tegen de uitspraak van Rechtbank Haarlem. Opmerkelijk is dat ze het hoger beroep niet hebben doorgezet.

7.2.3 *Niet waarschuwen risico wijziging fiscaal regime*

Op 9 maart 2012 bepaalt de Hoge Raad dat de verzekeraar haar zorgplicht heeft geschonden door de verzekerde niet te waarschuwen voor het risico dat deze niet zou kunnen profiteren van het oude gunstige fiscale regime. De staatssecretaris van Financiën had namelijk op 15 oktober 1990 bekend gemaakt dat voor levensverzekeringen die vóór 16 oktober 1990 waren afgesloten de premies gedurende de gehele looptijd van de verzekering fiscaal aftrekbaar waren, maar voor levensverzekeringen afgesloten op of na 16 oktober 1990 slechts tot en met 31 december 1991.³⁵⁹ De afsluitingsdatum kon niet worden vastgesteld, aangezien ASR op dat moment geen registratie bijhield van ontvangst van de aanvragen. Het hof laat de exacte datum in het midden. Het hof is namelijk van oordeel dat zelfs in de veronderstelling dat de overeenkomst voor 16 oktober 1990 zou zijn afgesloten, op ASR een zorgplicht rustte om de verzekerde te waarschuwen voor het risico dat de premies in de toekomst wellicht niet aftrekbaar zouden kunnen zijn. De Hoge Raad oordeelt:

“In de gedachtegang van het hof ligt besloten dat AMEV Van der Stok had moeten wijzen op deze onzekerheid (zie de twee hierboven genoemde punten, M.) en eventueel zou hebben moeten instemmen met ontbinding van de overeenkomst, indien Van der Stok het risico van schade als gevolg van niet-aftrekbaarheid van de premies niet zou hebben willen aanvaarden”

De Hoge Raad bepaalt daarnaast dat de omstandigheid dat de verzekeraar werd overvallen met de mededeling van de Minister niet voldoende is om de waarschuwingsplicht opzij te zetten.

³⁵⁸ Rechtbank Haarlem 17 juni 2009, *PJ* 2009, 157, m.nt. W.M.A. Kalkman, r.o. 4.11.

³⁵⁹ HR 9 maart 2010, *NJ* 2012/435, m.nt. M.M. Mendel.

7.2.4 Koersplan

Op 14 juni 2013 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over de zogenaamde Koersplanovereenkomsten.³⁶⁰ De rechtszaak is aangespannen door de Stichting Koersplandewegkwijt en richt zich tegen Aegon. Het geschil had betrekking op Koersplanovereenkomsten die in de jaren 1989-1999 waren gesloten. Afnemers dienden periodiek inleg te betalen, waarmee werd belegd door Aegon. Op de afgesproken einddatum wordt het saldo van de stortingen, vermeerderd met rente en beleggingsresultaten en verminderd met kosten, verdeeld onder de deelnemers die op dat moment nog in leven zijn. In geval van overlijden van een deelnemer vóór de einddatum vindt er geen uitkering plaats uit de spaarkas, maar op basis van een overlijdensrisicoverzekering.³⁶¹ Het geschil gaat over de hoogte van de premie van de overlijdensrisicoverzekering. De hoogte van de premie is contractueel niet overeengekomen.

7.2.5 Misleiding

Eisers vorderen bij het hof een verklaring voor recht dat een verzekeraar onrechtmatig heeft gehandeld door afnemers te misleiden door Aegon. Het hof oordeelt als volgt:

*Artikel 6:194 BW, zoals dat luidde vóór 15 oktober 2008 (verder: art. 6:194 (oud) BW) bepaalt dat een aanbieder van goederen of diensten die door hem in de uitoefening van een bedrijf worden aangeboden onrechtmatig handelt wanneer hij een mededeling openbaar maakt en deze mededeling in één of meerdere opzichten misleidend is.*³⁶²

Het hof bepaalt dat bij de beoordeling of dit het geval is moet worden uitgegaan van de maatman-belegger. Een onjuiste of onvolledige mededeling kan pas als misleidend worden gekwalificeerd, indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de mededeling, gelezen in de context waarin deze is geplaatst, van materieel belang is voor de beleggingsbeslissing van de maatman-belegger.³⁶³

Eisers stellen dat sprake is van misleiding van de afnemers door 1) het niet informeren over de hoogte van het overlijdensrisicopremie, 2) het presenteren van gelijke eindkapitalen voor alle deelnemers, terwijl deze per persoon verschillend zijn en 3) het voorspiegelen van onjuiste eindkapitalen door een rekenfout.

³⁶⁰ HR 14 juni 2013, *JOR* 2013/213, m.nt. C.W.M. Lieveise (*Stichting Koersplandewegkwijt/Aegon*).

³⁶¹ HR 14 juni 2013, *JOR* 2013/213, m.nt. C.W.M. Lieveise (*Stichting Koersplandewegkwijt/Aegon*).

³⁶² Hof Amsterdam 26 juli 2011, *JOR* 2011/297, m.nt. C.W.M. Lieveise, r.o. 4.44.

³⁶³ Hof Amsterdam 26 juli 2011, *JOR* 2011/297, m.nt. C.W.M. Lieveise, r.o. 4.45.

Het hof is van oordeel dat de door Aegon gegeven informatie in de contractsdocumentatie in elk geval op de door de Stichting c.s. hiervoor genoemde drie punten onvolledig en onjuist was. Voorts is het hof van oordeel, op grond van de voorgaande overwegingen, dat deze informatie gelezen in de context van de brochure en de overige contractsdocumentatie van materieel belang was voor de beleggingsbeslissing van de door de Hoge Raad aangeduide maatman-belegger en dus van voldoende materieel belang om die maatman-belegger te kunnen misleiden.³⁶⁴

De Hoge Raad bepaalt dat slechts een redelijke premie betaald dient te worden, zoals eerder is bepaald door het hof Amsterdam.³⁶⁵ De juridische grondslag voor deze redelijke premie is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁶⁶ Het hof heeft daarbij aansluiting gezocht bij de eerder genoemde aanbeveling van de financiële ombudsman.³⁶⁷ Uit punt 7 van de aanbeveling volgt dat de premie niet hoger hoort te zijn dan de premie die voor een vergelijkbaar risico bij een zelfstandige overlijdensrisicodekking in rekening wordt gebracht. Het hof oordeelt dat de premie ten hoogste 1,66% van de gedekte uitkering zou moeten zijn, terwijl de aanbieder van KoersPlan een percentage van 11,19% heeft gehanteerd.³⁶⁸ De Hoge Raad verwerpt het beroep en laat het oordeel van het hof in stand.

Op 21 september 2013 heeft De Stichting Koersplandewegkwijt bekend gemaakt dat ze overeenstemming hebben bereikt over de uitvoering van het arrest van de Hoge Raad. Aegon berekent met terugwerkende kracht de waarde van Koersplan-polissen (gesloten in de periode 1989 tot en met 1998) van de 30.000 deelnemers van de stichting. Naar aanleiding van deze uitspraak van de Hoge Raad presenteerde Aegon op 18 juni 2014 een oplossing voor de overige 570.000 afnemers van de beleggingsverzekering Koersplan. De compensatie bedraagt slechts € 350,- per polis. Dat is een tiende van de werkelijke schade. De Stichting Koersplandewegkwijt acht de oplossing een redelijke invulling van de norm en de premie overlijdensrisicoverzekering die zowel het Hof Amsterdam, de Hoge Raad als de Ombudsman hanteerden. De vereniging Woekerpolis daarentegen vindt het een fopschikking en zal door blijven procederen.

³⁶⁴ Hof Amsterdam 26 juli 2011, *JOR* 2011/297, m.nt. C.W.M. Lieverse, r.o. 4.52.

³⁶⁵ Hof Amsterdam 26 juli 2011, *JOR* 2011/297, m.nt. C.W.M. Lieverse.

³⁶⁶ Art. 6:248 lid 1 BW.

³⁶⁷ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening 4 maart 2008, p. 9.

³⁶⁸ HR 14 juni 2013, *JOR* 2013/213 (*Stichting Koersplandewegkwijt/Aegon*), r.o. 3.6.4.

7.2.6 Nationale Nederlanden

Ook tegen de Nationale Nederlanden lopen diverse procedures inzake het geschil betreffende de informatieverstrekking over de kosten van de overlijdensrisicoverzekering. Inmiddels heeft de rechtbank Rotterdam prejudiciële vragen gesteld aan het Europees Hof van Justitie.³⁶⁹ De vragen die aan het Europees Hof van Justitie worden gesteld zijn 1) of het recht van de Europese Unie zich ertegen verzet dat levensverzekeraars op grond van open en/of ongeschreven regels van Nederlands recht, van de verzekering dan in 1999 werd voorgeschreven door de Nederlandse bepalingen waarmee de Derde Levensrichtlijn werd geïmplementeerd 2) of bij de beantwoording van vraag 1 ter zake doet wat, naar Nederlands recht, het gevolg is c.q. kan zijn van het niet verstrekken van die gegevens.³⁷⁰

Op 12 juni 2014 gaf de Advocaat-Generaal E. Sharpston een zwaarwegend advies aan het Europees Hof van Justitie omtrent een woekerpolisprocedure tegen de Nationale Nederlanden.³⁷¹ De A-G concludeert als volgt:

„Overeenkomstig artikel 31, lid 1, en rubriek a.10 juncto rubriek a.4 van bijlage II, punt A, bij richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG, had aan een aspirant-verzekeringnemer die voornemens was een levensverzekeringsproduct met een beleggingscomponent te kopen waarbij een deel van de premie zou worden belegd, vóór de sluiting van de levensverzekeringsovereenkomst informatie over de premie en de omschrijving van de verzekeringsdekking moeten worden verschaft, teneinde hem in staat te stellen inzicht te krijgen in het verband tussen de premie en de uitkering, de verschillende wijzen waarop de premie wordt gebruikt en de criteria die van invloed zijn op de hoogte van het voor beleggingen respectievelijk voor andere doeleinden gebruikte premiebedrag.

Artikel 31, lid 3, van richtlijn 92/96 verzette zich er niet tegen dat lidstaten door ,open' en/of ongeschreven regels invulling gaven aan de optie waarin die bepaling voorzag, mits aan de daarin vastgestelde voorwaarden werd voldaan. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de gevolgen die naar nationaal recht verbonden zijn aan de omstandigheid dat de vereiste

³⁶⁹ Rechtbank Rotterdam 28 november 2012, nr. 388977 / HA ZA 11-2010.

³⁷⁰ Rechtbank Rotterdam 28 november 2012, nr. 388977 / HA ZA 11-2010, r.o. 2.10.

³⁷¹ Conclusie van A-G E. Sharpston 12 juni 2014, zaak C-51/13.

inlichtingen niet vóór de sluiting van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer zijn verstrekt.”

In het merendeel van de zaken neemt het Hof van Justitie de conclusie over van de Advocaat-Generaal. Het is dus voor afnemers een gunstige conclusie. Zonder duidelijke en nauwkeurige informatie kon de klant geen geïnformeerde beslissing nemen over de vraag wat het beste bij zijn behoeften past. Daarnaast kon hij dan ook geen goede afweging maken over de premie, de kosten, het beleggingsrisico en de hoogte van de uitkering. Nationale open normen zoals de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de aanbieders meer informatie dienen te verstrekken dan staat opgenomen in de Riav.

7.3 Nabespreking woekerpolis-jurisprudentie

De meeste woekerpolissen zijn verstrekt vóór de inwerkingtreding van de Wft. De destijds nieuwe voorschriften over de financiële bijsluiter zijn niet van toepassing op woekerpolissen verstrekt vóór 1 oktober 2006.³⁷² 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 1998.³⁷³ Door de Hoge Raad ontwikkelde privaatrechtelijke zorgplichten uit de ‘optiehandelarresten’ en ‘aandelenlease-arresten’ hebben gedupeerden handvatten aangereikt om de aanbieders aansprakelijk te stellen. Uit de jurisprudentie die in dit hoofdstuk is besproken, leid ik af dat de rechter deze normen ook gebruikt om de onderhavige geschillen te beslechten. Zo heeft aanbieder Achmea de afnemer niet voldoende geïnformeerd over het mogelijke negatieve groeipercentage van de waarde van de beleggingen.³⁷⁴ Dit komt grotendeels overeen met de geschonden waarschuwingsplicht betreffende de mogelijke restschuld uit de 5-juni-arresten.³⁷⁵ Ook oordeelde de rechtbank 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.³⁷⁶ Ook hier wordt aansluiting gezocht met hetgeen eerder door de Hoge Raad is bepaald.³⁷⁷

³⁷² Art. 30 t/m 34 Wfd.

³⁷³ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 6.4.

³⁷⁴ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 15.2.

³⁷⁵ HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 (*Levob/Bolle*), r.o. 4.4.7.

³⁷⁶ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257, r.o. 9.

³⁷⁷ HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 (*Levob/Bolle*).

Opmerkelijk is het oordeel van de rechter in de Falconzaak. De rechter acht een beroep op dwaling geslaagd. De aanbieder had onvoldoende informatie verstrekt over het hefboomeffect en tevens niet geïnformeerd dat het om een brutorendement ging in plaats van een nettorendement. Uit de bewoordingen van de rechter leid ik af dat hier geen onderscheid is gemaakt tussen 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 gemotiveerd aangegeven dat het onderscheid tussen deze mededelingsplichten en waarschuwingsplichten boterzacht is.³⁷⁸ 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 en eerder zal oordelen dat de mogelijke schending van de zorgplicht leidt tot een onrechtmatige daad, waarbij de schuld kan worden verdeeld over zowel de aanbieder alsook de afnemer. De Hoge Raad zal, indien de aangedragen feiten en zijn beleidsruimte het toelaat, werken naar een resultaatgerichte oplossing, waar geen plaats is voor de alles-of-niets werking van dwaling.

³⁷⁸ Van Boom & Lindenberg 2010, p. 194 en Valk 2009, p. 237.

8. Willekeurige rente

Dit hoofdstuk vormt de aanleiding van mijn scriptie. Banken verstrekken veelvuldig kredieten met variabele rente. De bank is bevoegd om de rente eenzijdig te wijzigen. Banken wijzigen de rente dan ook voortdurend. De trend die banken afgelopen jaren hebben ingezet, is de rente op krediet stelselmatig te verhogen, zowel vóór de economische crisis als tijdens de economische crisis. Dit terwijl alle overige rente, denk aan uw spaarrente en de Euribor-rente, sinds de crisis juist enorm zijn gedaald. Banken wijzigen de rente willekeurig. Gelet op de vorige hoofdstukken acht ik het bepleitbaar dat banken een bijzondere zorgplicht hebben om bij deze rentewijzigingen de marktrente te volgen dan wel de consumenten voorafgaand bij de totstandkoming van de kredietovereenkomst de consumenten beter te informeren over het willekeurige rentewijzigingsbeleid en/of de risico's van deze bevoegdheid. In paragraaf 1 en paragraaf 2 zullen uitspraken besproken worden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep inzake deze kwestie. In paragraaf 3 zal ik onderbouwen waarom banken bij het aanbieden van het krediet met een variabele rente hun bijzondere zorgplichten overtreden.

8.1 Geschillencommissie

De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening heeft in 2013 geoordeeld dat Finata Bank de rente die zij aan klanten in rekening brengt, niet willekeurig mag verhogen.³⁷⁹ De Ombudsman van het Kifid heeft op 3 maart 2011 Finata Bank (gelieerd aan InterBank) ook op niet mis te verstane wijze terechtgewezen en verklaard dat zij geen willekeurige rente in rekening mag brengen aan haar klanten. Hieronder zal de casus en de beoordeling van het Kifid nader worden besproken.

8.1.1 Feiten en omstandigheden

In 2003 heeft de eiser (hierna: consument) tezamen met haar partner een doorlopende kredietovereenkomst met een kredietlimiet tot maximaal €51.000,- tegen een effectieve rente op jaarbasis van 9,9% afgesloten bij Finita BANK N.V. (hierna: Finita). Finita is een dochtermaatschappij van InterBank N.V., welke vennootschap op haar beurt weer een dochtermaatschappij is van Crédit Agricole Consumer Finance Nederland B.V.. In de algemene voorwaarden, die van toepassing is op de kredietovereenkomst, is het volgende opgenomen:

³⁷⁹ Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-146 d.d. 21 mei 2013.

“a. De kredietvergoeding wordt uitgedrukt in de effectieve rente op jaarbasis en omvat alle kosten van het krediet.

b. De kredietvergoeding wordt van dag tot dag berekend en kan door kredietgever, met inachtneming van de krachtens de wet gestelde maxima, worden gewijzigd. Kredietgever zal Cliënt van iedere wijziging schriftelijk in kennis stellen.”

Dit artikel uit de algemene voorwaarden komt er in feite op neer dat de kredietgever de rente eenzijdig kan wijzigen. Wanneer zich wijzigingen voordoen op de kapitaalmarkt, dan kan de bank de rente aanpassen. De klacht bij de Commissie komt in feite op neer dat het niet bepaalbaar is hoe het kredietvergoedingspercentage, de rente die de bank aan de klanten in rekening brengt, wordt vastgesteld. Nu het niet bepaalbaar is, kan het ook nooit zijn afgesproken, zo stelt de consument. Finata heeft het kredietvergoedingspercentage flink verhoogd, terwijl de marktrentes steeds maar omlaag zijn gegaan. Finata is niet bereid om uit te leggen en te laten zien waarom zij, terwijl de marktrente heel erg laag is, hoge rentes aan de eigen klanten in rekening brengt. Finata stelt in algemene zin dat dit aan de hoge kosten voor het verkrijgen van funding zou liggen.

8.1.2 Beoordeling door Geschillencommissie Kifid

De Commissie bepaalt dat de vraag wat de partijen zijn overeengekomen over de hoogte van de rente en de wijziging van de rente, en wat de consument in dat opzicht mocht verwachten, af hangt van de uitleg van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval (zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, beter bekend als de Haviltex-norm). Bij bedingen in consumentenovereenkomsten dient de contra proferentum-regel te worden gehanteerd, die vanaf 1999 is opgenomen in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek:

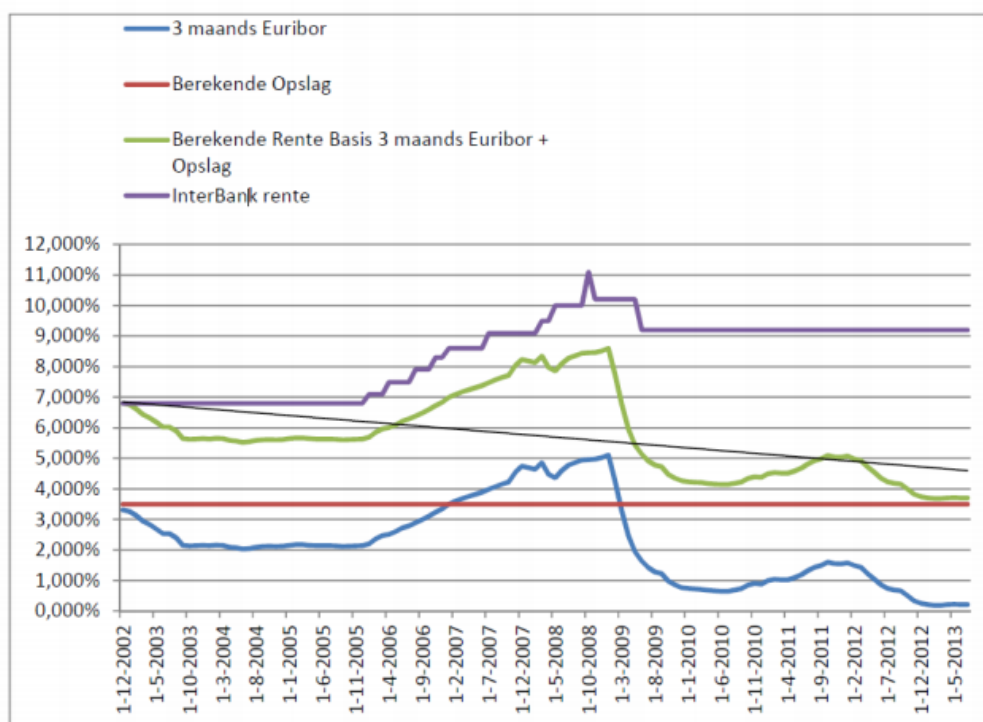
“2. Bij een overeenkomst als bedoeld in artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk worden opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.”

Het begrip “variabele rente” in de algemene voorwaarden wijst, in overeenstemming met het zojuist geciteerde rechtsbeginsel, naar een kenbare externe referentievoet. Dit kan de korte geldmarktrente zijn. Daarbij mag een consument in beginsel verwachten dat de rente de marktontwikkelingen volgt. Dat de bank de kredietvergoeding niet slechts laat afhangen van deze externe referentievoet volgt niet uit de voorwaarden en is dus nimmer met de cliënt afgesproken.

Er ontstaat een leemte in de overeenkomst. Deze leemte moet volgens de Commissie ingevuld worden naar redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek. De Commissie bepaalt naar redelijkheid dat de consument er op mocht vertrouwen dat de kredietvergoeding de trend van de marktrente zou volgen. Dat betekent dat Finata een variabele basisrente aan de consument in rekening mag brengen die de marktrente volgt, te vermeerderen met een vaste opslag.

8.1.3 Voorbeeld berekening schade

Een consument die € 89.000,- leent en daarvoor op 1 januari 2003 6,803% rente betaalt, betaalt op 1 januari 2003 een basisrente (EURIBOR 3-maands) van 3,26% en een opslag op de basisrente van 3,493% (samen 6,8% effectief). Vanaf 1 januari 2006 tot 1 januari 2009 stijgt de basisrente naar 5,1%. Finata verhoogt de rente naar 10,2%. De opslag bedraagt in 2009 5,1%. De basisrente daalt vanaf 1 januari 2009 tot 1 juli 2013 naar 0,21%. Finata houdt de rente op 9,2%. Dat is een opslag van 9%. Ten opzichte van 1 januari 2003 brengt Finata een opslag in rekening die ongeveer 5,5% hoger ligt. Procentueel lijkt dat niet hoog, maar het betekent dat Finata in 10 jaar tijd ongeveer € 13.000,- meer aan de consument in rekening heeft gebracht dan de consument op basis van het contract behoefde te verwachten.



8.2 Uitspraak commissie van beroep

Finatabank gaat tegen een soortelijke zaak in beroep bij de Commissie van Beroep.³⁸⁰ De Commissie van Beroep geeft op 31 januari 2014 een voor consumenten minder positief bindend advies.³⁸¹

De Commissie van Beroep oordeelt met betrekking tot de variabele rente dat partijen aan de bank de vrijheid hebben gegeven om de hoogte te bepalen.³⁸² De overeenkomst is duidelijk met betrekking tot deze bevoegdheid en vertoont geen leemte op dit punt, zodat de overeenkomst niet aangevuld dient te worden op grond van artikel 6:248 lid 2 BW.³⁸³ De vrijheid van de bank om de rente willekeurig vast te stellen, wordt begrensd doordat de rente niet op een wijze mag worden gewijzigd die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³⁸⁴ De Commissie van Beroep oordeelt dus dat de 3-maands Euribor niet als externe referentievoet dient te worden gehanteerd. De bank heeft volgens de Commissie van Beroep de vrijheid om ook ontwikkelingen in de fundingkosten, kosten voor haar bedrijfsvoering alsook concurrentieoverwegingen mee te nemen bij bepaling van de hoogte van de rente. In deze zaak blijkt verder niet dat de rente op enig moment onredelijk afwijkt van de gebruikelijk in de markt gehanteerde rente voor een vergelijkbaar krediet.³⁸⁵ De Commissie van Beroep bepaalt verder dat de bank voldoende informatie moet verschaffen om de consument in staat te stellen na te gaan of de vrijheid wordt gebruikt binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid.³⁸⁶

8.3 Zorgplicht banken met betrekking tot het vaststellen van rente

Onderhavige situatie dient voorgelegd te worden aan de burgerlijke rechter. De Hoge Raad heeft meermaals beslissingen genomen die op essentiële punten verschillend zijn met het oordeel van de Commissie van Beroep.³⁸⁷

Als men de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad in de effectenlease-zaken die zien op de schending van de bijzondere zorgplicht toe zou passen op bovengenoemde casus, dan zou de burgerlijke rechter wel eens tot een ander oordeel kunnen komen dan de Commissie van Beroep is

³⁸⁰ Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-146 d.d. 21 mei 2013.

³⁸¹ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-005 d.d. 31 januari 2014.

³⁸² Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-005 d.d. 31 januari 2014, r.o. 5.4.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2011-10 d.d. 10 november 2011 en uitspraak Commissie van Beroep nr. 2013-030 d.d. 15 oktober 2013.

³⁸⁵ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-005 d.d. 31 januari 2014, r.o. 5.5.

³⁸⁶ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-005 d.d. 31 januari 2014, r.o. 5.6.

³⁸⁷ Zo bijvoorbeeld de beslissing in de zaak KCHB-DSI 27 januari 2005, *JOR* 2005, 67. De Hoge Raad oordeelt op 5 juni 2009 op een aantal essentiële punten verschillend dan de Commissie van Beroep.

gekomen. De schending van de bijzondere zorgplicht uit de effectenlease-affaire bestond onder andere uit het niet (voldoende) waarschuwen met betrekking tot de mogelijkheid dat een restschuld zou kunnen ontstaan indien de beurskoers sterk zou dalen. Ik acht het bepleitbaar dat aanbieders van deze kredieten consumenten hadden moeten waarschuwen voor het risico dat de rente niet de marktrente zou volgen, althans beter hadden dienen te informeren over de wijze waarop zij de rente zouden wijzigen. In lijn met beoordeling van de Hoge Raad in de 5-juni-arresten kan worden gezegd dat de bank zijn waarschuwingsplichten heeft geschonden. De bank moet in dit geval niet waarschuwen voor het risico dat de klant blijft zitten met een restschuld, maar wel voor het risico dat wanneer de beurskoers sterk daalt de rente op kredieten in totaliteit zal stijgen door de hogere fundingkosten en de interbancaire rente wisselende risico-/liquiditeitsopslagen. De bank had voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst de consument erop dienen te wijzen dat de rente in slechte economische tijden niet daalt, zoals dat het geval is met uw spaarrente en de marktrente, maar juist stijgt. De gemiddelde consument is geen econoom en is dus niet op de hoogte van het feit dat rente die de bank in rekening brengt bij koersdaling redelijkerwijs niet de marktrente volgt maar juist het tegenovergestelde doet, namelijk stijgen.

Daarnaast merkt de Commissie van Beroep in 2011 in een vergelijkbare zaak op dat van de bank niet kan worden gevergd dat zij aan de belanghebbende een specificatie zou verschaffen of verschaft, die inzicht zou geven of geeft in de wijze waarop de door de bank aan belanghebbende in rekening gebrachte rente was of is opgebouwd.³⁸⁸ Deze uitspraak is inmiddels achterhaald door de Commissie van Beroep. De Commissie van Beroep acht het inmiddels op de weg van de bank te liggen om voldoende informatie te verschaffen en daarmee de consument in staat te stellen na te gaan of de rentewijzigingen binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid vallen.³⁸⁹ Echter blijft de eerdere uitspraak³⁹⁰ van nota bene de Commissie van Beroep een absurd oordeel. De bank zou op grond van die uitspraak³⁹¹ de rente vrij naar eigen inzicht mogen wijzigen, zolang de rente naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. De consument wordt door deze inmiddels achterhaalde uitspraak niet in staat gesteld om te controleren of de rentewijzigingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zijn. Inmiddels heeft de Commissie van Beroep geoordeeld dat de bank inzicht moet geven aan de cliënt in de componenten waaruit de

³⁸⁸ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2011-010 d.d. 10 november 2011, r.o.5.3.2.

³⁸⁹ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-005 d.d. 31 januari 2014, r.o. 5.6.

³⁹⁰ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2011-010 d.d. 10 november 2011.

³⁹¹ Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2011-010 d.d. 10 november 2011.

variabele rente is opgebouwd en de factoren die haar rentebeleid bepalen.³⁹² De Finatabank verstrekt op dit moment de volgende informatie aan de consument :

“De rente van uw lening is variabel. Dit betekent dat wij de rente kunnen wijzigen. De rente is opgebouwd uit verschillende onderdelen:

- 1. de kosten die wij zelf moeten maken om geld in te kopen (fundingkosten)*
- 2. het risico dat klanten ons niet terugbetalen (kredietrisico)*
- 3. onze kosten*
- 4. een winstonslag”³⁹³*

In beginsel voldoet de bank aan de bovengenoemde eisen die de Commissie van Beroep heeft gesteld. Ze geven namelijk aan uit welke componenten de rente is opgebouwd en welke factoren het rentebeleid bepalen. Voor de consument is het op grond van de verstrekte informatie op dit moment niet mogelijk, althans zeer moeilijk om na te gaan of de hoge rente naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Indien de consument extra informatie opvraagt, zal de bank de gevraagde informatie veelal niet verstrekken omdat het concurrentiegevoelige informatie betreft. Het enige wat kredietverstrekkers ervan weerhoudt om de rente niet stelselmatig te blijven verhogen, is de onderlinge concurrentiepositie. Hierbij geldt dat wanneer alle banken de rente blijven verhogen de concurrentiepositie gelijk blijft en banken onverstoord door kunnen gaan met het stelselmatig verhogen van de rente. Met de huidige stand van zaken is het oncontroleerbaar of de rentestanden redelijk zijn. De rechter zou de consument hiertegen kunnen beschermen door te bepalen dat de rente op krediet vermeerderd met een vast opslagpercentage in beginsel de marktrente moet volgen. En alleen wanneer een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat de bank de rente kan wijzigen. In dat geval komt de bewijslast bij de bank zelf te liggen. Dit is ook het meest logische aangezien de bank over de benodigde gegevens beschikt.

³⁹² Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-007 d.d. 31 januari 2014 r.o. 4.6.

³⁹³ Vindplaats: <https://www.interbank.nl/geld-lenen/doorlopend-krediet/rente>.

9. Conclusie

In mijn masterscriptie heb ik de ontwikkeling van de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten die banken in acht moeten nemen jegens hun particuliere cliënten, onderzocht. De publiekrechtelijke zorgplichten zijn grotendeels afkomstig van Europese richtlijnen die zijn gecodificeerd in de Wft. In artikel 4:90 Wft is de algemene zorgvuldigheidsnorm neergelegd voor beleggingsondernemingen. 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. Sinds 1 januari 2014 is een generieke zorgplicht gecodificeerd in de Wft. Door opnemng van de generieke zorgplicht in de Wft kan de AFM tijdig optreden bij evidente misstanden op de financiële markten indien het ongewenste gedrag niet valt onder de voorschriften uit de Wft. Artikel 4:24a Wft introduceert geen nieuwe norm, maar het biedt de AFM wel een haakje om handhavend op te treden.

De open privaatrechtelijke zorgplichten zijn in de loop der jaren doorontwikkeld door de Hoge Raad. De privaatrechtelijke zorgplicht zorgt ervoor dat (deels) de ongewenste ongelijkheid tussen de financiële onderneming en de consument wordt gelijkgetrokken. Indien vaststaat dat de aanbieder zijn bijzondere zorgplicht heeft geschonden, kan de eigen verantwoordelijkheid van de consument meebrengen dat de financiële onderneming niet de volledige schade dient te vergoeden. De rechter maakt dan een eigenschuldcorrectie op grond van artikel 6:101 BW. De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten zijn twee normstelsels die elkaar aanvullen en die elkaar in de loop der jaren aanzienlijk hebben beïnvloed. Doorwerking c.q. beïnvloeding van beide normstelsels is van belang voor de rechtszekerheid. Indien dit niet het geval zou zijn, ontstaat het risico dat de twee stelsels zich onafhankelijk van elkaar ontwikkelen en op den duur elkaar tegen zullen spreken. 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.

Naast de privaatrechtelijke wet- en regelgeving en publiekrechtelijke wet- en regelgeving die enerzijds de bescherming van afnemers van financiële diensten beoogt en anderzijds een adequate werking van de financiële markten, bestaat een derde vorm van regulering die bovenstaande doelen nastreeft, namelijk de zelfregulering. Zelfregulering is een vorm van 'soft law'. Zelfregulering houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van regels, indien nodig binnen een wettelijk kader. Voordelen van

zelfregulering is de snelheid waarmee de Codes kunnen worden aangepast bij gewijzigde inzichten of gewijzigde marktomstandigheden. Daarnaast zijn de kosten van handhaving lager bij zelfregulering dan bij overheidsregulering. Dit komt mede omdat bedrijven (lees banken) eerder bereid zijn om aan hun 'eigen' spelregels te houden dan door de overheid opgelegde spelregels. Consumenten kunnen in beginsel geen directe bescherming ontlenen aan de zelfregulerende voorschriften. Desalniettemin acht ik zelfregulering een goede aanvulling op de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen.

Daarnaast is de totstandkoming van de Whc en de Woh een juiste aanvulling op de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplicht. De AFM heeft door de totstandkoming van de Whc en de Woh een ruimere bevoegdheid heeft gekregen om in te grijpen. De Woh kwalificeert een oneerlijke handelspraktijk als onrechtmatig met een omkering van de bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid en toekenbaarheid. Door inwerkingtreding van de Woh heeft de consument dus een bewijsvoordeel ten aanzien van de financiële instelling.

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 zorgplicht. De rechtspraak over de aandelenlease-affaire is vrijwel volledig uitgekristalliseerd. In de zogenaamde 5-juni-arresten daterend van 5 juni 2009, zijn een aantal essentiële rechtsvragen inzake de aandelenlease-affaire door de Hoge Raad beantwoord.

De Hoge Raad oordeelt dat de aanbieders tekortgeschoten zijn in hun verplichtingen om de gedupeerde belegger te waarschuwen voor het risico dat aan het einde van de looptijd van de overeenkomst een restschuld kon ontstaan. Daarnaast hadden ze na dienen te gaan of de belegger ook bij een slechte verkoopopbrengst van de effecten redelijkerwijze aan zijn betalingsverplichtingen kon voldoen. De aanbieder had inlichtingen in moeten winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de particuliere belegger.

De Hoge Raad heeft bepaald dat er in de 5-juni-arresten geen sprake was van dwaling. De Hoge Raad maakt daarbij een onderscheid tussen precontractuele mededelingsplichten en waarschuwingsplichten. Zoals vermeld oordeelt de Hoge Raad dat de mededelingsplichten niet zijn geschonden omdat de gedupeerde beleggers op basis van de verstrekte gegevens een voldoende beeld hadden kunnen vormen van de eigenschappen van het financieel product. De Hoge Raad oordeelt wel dat de aanbieders hun waarschuwingsverplichtingen hebben geschonden, aangezien de aanbieders de beleggers niet voldoende hebben geïnformeerd over die risico's met betrekking tot de

restschuld en de gevaren voor de individuele financiële posities van de afnemers. Het onderscheid tussen deze mededelingsplichten en waarschuwplichten is boterzacht.

De beweegredenen van de Hoge Raad om een dergelijk onderscheid te maken, zijn waarschijnlijk dat de Hoge Raad genuanceerd wilde beslissen. Ook de beleggers kon een verwijt worden gemaakt. Zij zijn destijds ook uitgegaan van het euforie van de beurskoers. Dwaling brengt in beginsel een alles-of-niets oordeel met zich mee. In geval van dwaling is voor de verdeling van de pijn in beginsel geen plaats. De Hoge Raad heeft willen kiezen voor de weg van een verdeling van de schuld. Dit is in lijn met de andere rechtspraak van de Hoge Raad, waarin werd benadrukt dat één van de doelen van het nieuwe BW dat de alles-of-niets werking van nietigheden zou worden tegengegaan.

De woekerpolis-affaire daarentegen is verre van uitgekristalliseerd. Het is wachten op de arresten van de Hoge Raad en het Europees Hof van Justitie waarin essentiële rechtsvragen worden beantwoord. In mijn scriptie heb ik een aantal uitspraken besproken over woekerpolissen. Uit mijn onderzoek is gebleken dat de rechter voldoende middelen voorhanden heeft om onderhavige affaire te beslechten. De bijzondere zorgplichten die zijn ontwikkeld in de effectenlease-affaire zijn bruikbaar om de woekerpolis-affaire te beslechten. Ik acht de kans aanwezig dat de Hoge Raad, indien de aangevoerde feiten en zijn beoordelingsruimte het toelaat, wederom naar het resultaat zal toewerken. De kans is groot dat de Hoge Raad waar mogelijk zal kiezen voor de schending van de bijzondere zorgplichten dat leidt tot een onrechtmatige daad, zodat de schade kan worden verdeeld tussen de consument en de aanbieder.

Banken verstrekken veelvuldig kredieten met variabele rente. De bank is dus bevoegd om de rente eenzijdig te wijzigen. Banken wijzigen de rente dan ook voortdurend. De trend die banken afgelopen jaren hebben ingezet, is deze rente op krediet stelselmatig te verhogen, zowel vóór de economische crisis als ten tijde van de economische crisis. Dit terwijl alle overige rente denk aan uw spaarrente en de Euribor-rente sinds de crisis juist enorm zijn gedaald. Banken wijzigen de rente willekeurig. Gelet op de vorige hoofdstukken acht ik het bepleitbaar dat banken een bijzondere zorgplicht hebben om bij deze rentewijzigingen de marktrente te volgen dan wel de consumenten voorafgaand bij de totstandkoming van de kredietovereenkomst de consumenten beter hadden dienen te informeren over dit willekeurige rentewijzigingsbeleid en/of de risico's van deze bevoegdheid. Het wordt de hoogste tijd dat de burgerlijke rechter zich hier over uitlaat. Ik meen, gelet op de bijzondere zorgplicht die banken jegens hun consumenten in acht dienen te nemen, dat het op de weg van de banken had gelegen om de consument te informeren c.q. waarschuwen dat de rente in tijden van

crisis niet daalt, zoals dat het geval is met uw spaarrente en de marktrente, maar juist stijgt. De gemiddelde consument is geen econoom en heeft dit bij de totstandkoming van de overeenkomst niet kunnen voorzien.

Kortom de zorgplicht heeft zich zowel in het privaatrecht alsook in het publiekrecht in de loop der jaren op een voortvarende manier ontwikkeld om consumenten te beschermen tegen onrechtmatig handelen van de financiële dienstverlener. Vooralsnog blijkt dat de privaatrechtelijke zorgplichten die vanaf het arrest Groninger Notaris tot en met de uitspraken van de Hoge Raad in de aandelenlease-affaire voldoende handvatten geeft aan de rechter om de meer recentere woekerpolis-affaire te beslechten. Ook is zelfregulering en de totstandkoming van de Wet handhaving consumentenbescherming en de Wet oneerlijke handelspraktijken een goede aanvulling om de consument te beschermen tegen onder andere financiële dienstverleners.

Jurisprudentielijst

HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (*Groninger notaris*).

HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 260 (*D/Internationale Nederlanden Bank*).

HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*).

HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (*MeesPierson/Ten Bos*).

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (*Van de Klundert/Rabobank*).

HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 (*Safe Haven*).

HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 333 (*ABN Amro/Van Velzen*).

HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 (*Levob/Bolle*).

HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (*De Treek/Dexia*).

HR 5 juni 2009, *LJN* 2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

HR 9 maart 2010, *NJ* 2012/435.

HR 29 april 2011, *NJ* 2013/40.

HR 8 februari 2013, *LJN* BX7846.

HR 12 april 2013, *LJN* BY8651.

HR 14 juni 2013, *JOR* 2013/213 (*Stichting Koersplandewegkwijt/Aegon*).

Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007/427.

Hof Amsterdam 1 december 2009, *LJN* BK4978, BK4981, BK4982 en BK4983.

Hof Amsterdam 26 juli 2011, *JOR* 2011/297.

Hof Amsterdam 4 juni 2013, *LJN* CA3896.

Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2005, *LJN* AS4449.

Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, *NJF* 2014/250.

Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4257.

Rechtbank Haarlem 17 juni 2009, *PJ* 2009, 157.

Rechtbank Haarlem 26 januari 2011, nr. 140342 / HA ZA 07-1327.

Rechtbank Amsterdam 27 april 2007, *LJN* BA3914, 3916 en 3920.

Rechtbank Rotterdam 12 december 2002, *AB* 2003/398, m.nt. Janssen.

Rechtbank Rotterdam 28 november 2012, nr. 388977 / HA ZA 11-2010.

Rechtbank Overijssel 6 juni 2014, *JOR* 2014/447.

ABRvS 13 april 2005, *AB* 2005/211.

KCHB-DSI 27 januari 2005, *JOR* 2005, 67.

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-146 d.d. 21 mei 2013.

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-080 d.d. 18 februari 2014.

Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-03 d.d. 17 september 2013.

Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2011-010 d.d. 10 november 2011.

Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2013-030 d.d. 15 oktober 2013.

Uitspraak Commissie van Beroep nr. 2014-005 d.d. 31 januari 2014.

Literatuurlijst

Baarsma 2010

B.E. Baarsma, 'Afwegingskader bij het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010 (1)3.

Barendrecht & Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Tjeenk Willink: Deventer, 1999.

Bierens 2012

B. Bierens, 'De overeenkomst tot het verlenen van beleggingsadvies', *MvV* 2012 nr. 5.

Bijlsma & Moching 2013

M.J. Bijlsma & R.J.M. Moching (2013), 'The private value of too-big-to-fail guarantees', *CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, Discussion Paper 240*, april 2013, www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/dp240-private-value-too-big-fail-guarantees.pdf

Boot 1995

A.W.A. Boot, "*Koopsommen en premiestortingen: de consument betaalt, de overheid kijkt toe en de verzekeraars zijn lachende derde*", onderzoek over Woekerpolissen, Economische Faculteit van de Universiteit van Amsterdam 1995.

Bröring & Van Vorselen 2013

H.E. Bröring & E.M. van Vorselen, '*Lex certa en het financieel bestuursrecht*', Jurisprudentie Bestuursrecht plus, 2013.

Busch & Grundmann-van de krol 2009

D. Busch, C. Grundmann-van de Krol; '*Handboek beleggingsondernemingen*', Deventer Kluwer; 2009.

Castermans & Den Hollander 2012

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privaot- en publiekrecht', *WPNR* 2012.

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010 (11), p. 66-77.

Cherednychenko 2013

O.O. Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: Op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', *WPNR* 2013, 6998.

Cortenraad 2012

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

De Vré 2014

I. de Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', gepubliceerd in T. Gerverdinck, J. van Heusden, I. Bij de Vaate en R. Kuiper, *'Wetenschappelijk Bijdragen; Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

De Vrey 2011

R.W. de Vrey, 'Handelspraktijken', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Du Perron 2003

E. du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: *M.W. Hesselink e.a. (red.), Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJU 2003.

Ettema 2011

A.A. Ettema, 'Nog meer duidelijkheid over afwikkeling aandelenlease', *Bb* 2011, 32.

Franken 2012

A.Ch.H. Franken, 'Generieke zorgplicht in Wft wenselijk?', in: *Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussen personen?*, Zutphen: Paris, 2012.

Gerdes 2012

D.M.A. Gerdes, 'Enkele knelpunten bij beleggingsverzekeringen', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht*, Deel 3 ACIS-serie, Zutphen: Paris 2012, p. 53-60.

Grundmann-van de Krol 2012

C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het Financieel Toezicht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *AA* 2003-12, p. 936-937.

Hartlief 2012

T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: *Hartlief et al., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.

Henderson e.a. 2009

Henderson, M. C., Oakes, M.G., Smith, M., (2009), "What Plato knew about Enron", *Journal of Business Ethics*, June 2009, Vol. 86, Issue 4, p 463-471.

Huizink & Schoenmakers 2009

J.B. Huizink en D. Schoenmakers, *Leerboek WFT*, Apeldoorn: Maklu Uitgevers BV 2009.

Huls 2005

N.J.H. Huls, 'Is de Duisenberg-regeling royaal genoeg voor alle legitieme Dexia claims?', *NJB* 2005, nr. 27.

Janssen 2010

K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 6853/623, p. 623-633.

Jeurissen e.a. 2012

R. Jeurissen, M. De Jong en B. Odijk, 'Inleiding stimuleringskader Integere Organisatie', *SIO* 2012.

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, Het 'alles of'-denken naar de geschiedenis verbannen, *AV&S* 2005.

Kooman 2010

K. Kooman, *'De Woekerpolisaffaire, Hoe miljoenen Nederlanders in de val zijn gelokt en hoe ze de schade kunnen beperken'*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2010.

Lieverse & Rinkes 2010

C.W.M. Lieverse & J.G.J. Rinkes, *'Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector'*, Deventer: Kluwer 2010.

Lokin 2012,

E.C.H.J. Lokin, 'Tussenrapportage en integrale rapportage Code Banken', *Ondernemingsrecht* 2012/25, p. 130-133;

Loos & Van Boom 2010

M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *'Handhaving van het consumentenrecht'*, Deventer: Kluwer 2010.

Loonen 2008

A.J.C.C.M. Loonen, Het 'Ken-Uw-Client'-beginsel binnen de effectendienstverlening. Een juridische versus een economische-psychologische benadering, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Michiels & Muller 2006.

F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *'Handhaving, bestuurlijk handhaven in Nederland'*, Deventer: Kluwer 2006.

Mok 2005

M.R. Mok, *'Door de bank genomen'*, Wassenaar, 2005.

Nieuwenhuis 2009

H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009 (35), p. 2254-2263.

Oosterwouder 2005

W.J. Oostwouder, '*Unforgiven? Over nietigheid en vernietigbaarheid in het bedrijfsfinancieel recht*' (oratie Utrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.

Papeveld & Silvertand 2009

J.C.Th. Papeveld & R.H.J.M. Silvertand, 'Civiele pseudowetgeving? Een praktische brug te ver', *NJB* 2009, 700.

Peters 1994

J.A.F. Peters, 'Zelfregulering en organisatievorming', in: Ph. Eijlander e.a., *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 137-152.

Pijls 2010

A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener.' Gepubliceerd in F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (Eds.), '*Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, pp. 167-193.

Raaijmakers 2004

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Zelfregulering' van corporate governance van beursondernemingen. Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse Corporate Governance Code, *WPNR* 04/6563.

Raas 2009

R.P. Raas, *Beleggingsondernemingen, ken uw cliënt!*, in: Busch & Grundmann-van de Krol 2009, p. 651-677.

Rinkes 2007

J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *NTHR* 2007-6, p. 223-235

Rutten 2012

K. Rutten, 'De bijzondere zorgplicht van banken bij het afsluiten van renteswaps met professionele beleggers', *TOP* 2012/8.

Scheltema & Scheltema 2009

A.H. Scheltema & M. Scheltema, '*Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatecht*', Deventer: Kluwer 2009.

Schonewille & Van Den Bergen 2006

W.M. Schonewille en A.J.E. van den Bergen, 'De zorgplicht van banken en effecteninstituten: Beleggingsbescherming of paternalisme?', *O&F* 2006 nr. 70.

't Hart & Du Perron 2006

F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, '*De geïnformeerde consument*' (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006

Timmerman 2008

L. Timmerman, 'Situationele gelijkheid in het (privaat)recht', in: *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: KNAW Press 2008.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, '*Zorgplichten en zorgethiek*' (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, 171-200.

Van Dam & Wessels,

C.C. van Dam en B. Wessels, '*Opdracht en dienstverlening*', Serie Praktijkhandleidingen, Zwolle 1994, p. 12-19.

Valk 2009

W.L. Valk, 'Dwaling, tekortkoming en effectenlease', *NTBR* 2009, 29.

Van Baalen 2004

S.B. van Baalen. 'Rien ne va plus. Over opties, zorg en aansprakelijkheid', *VrA* 2004-1, p. 46-79.

Van Boom e.a. 1997

In Boom, W.H. van, Jansen, C.E.C. & Linssen, J.G.A. (Ed.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel.* (pp. 1-14). Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Boom 2003

W.H. Van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003-10, p. 555-564.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten', *VrA* 2006-1, p. 5-36.

Van Boom & Lindenberg 2010

W.H. van Boom & S.D. Lindenberg, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010/3.

Van Dam 2006

C. van Dam, '*Aansprakelijkheid van toezichthouders: een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's van toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*', Deel 1, 2006, p.117-120 (www.wodc.nl)

Vletter-van Dort 2006

H.M. Vletter-van Dort, '*Wet op het financieel toezicht: wonder of waanzin*', Deventer: Kluwer 2006.

Van der Houwen 2012

D.M. van der Houwen, 'Een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners in de Wft, een goed idee?', *V&O* 2012 nr. 2.

Van Dijk en van der Woude 2009

C.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie- onderzoeks- en waarschuwingplichten en de wet op het financieel toezicht', *AV&S* nr.2-2009, p. 74-92

Van de Poel 2006

J. van de Poel, "*Schade & Schande, lessen uit de zaak Ahold*", Amsterdam, Business Contact 2006.

Van der Velden 2008

J.W.P.M. van der Velden, '*Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*', Deventer: Kluwer 2008.

Van Schilfgaarde 2001

P. van Schilfgaarde, '*Ius vigilantibus scriptum*', themanummer *WPNR* (2001) 6428, p. 21-27.

Verdam 2010

A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', *TvT* 2010 (18)2 p. 93-109.

Rapporten

AFM:

Rapport AFM, 'beleggingshypotheek en risico', april 2003, www.afm.nl (zoek op beleggingshypotheek en risico).

Rapport AFM, 'Feitenonderzoek beleggingsverzekeringen', 9 oktober 2008, www.afm.nl (zoek op feitenonderzoek beleggingsverzekeringen).

Rapport AFM, 'Aandelenlease; niet rendement alleen' oktober 2002, www.afm.nl (zoek op aandelenlease)

AFM, 'Voorstel voor standaard risicoprofielen', november 2009, www.afm.nl (zoek op standaard risicoprofielen).

AFM, 'Leidraad informatie over risicoprofielen; Aanbevelingen voor een betere aansluiting tussen beleggingen en risicoprofielen', november 2010, www.afm.nl (zoek op beleggingen en risicoprofielen).

Code Banken:

Monitoring Commissie Banken, 'Voorrapportage Implementatie Code Banken', 2010, www.commissiecodebanken.nl (zoek op voorrapportage implementatie).

Monitoring Commissie Banken, 'Tussenrapportage implementatie Beloningsprincipes Code Banken', september 2011, www.commissiecodebanken.nl (zoek op Beloningsprincipes Code Banken).

Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2011, www.commissiecodebanken.nl (zoek op implementatie Code Banken).

Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Implementatie Code Banken', 2012, www.commissiecodebanken.nl (zoek op implementatie Code Banken).

Monitoring Commissie Banken, 'Rapportage Naleving Code Banken', 2012, www.commissiecodebanken.nl (zoek op Naleving Code Banken).

Monitoring Commissie Banken, 'Aanbevelingen toekomst Code Banken', 2013, www.commissiecodebanken.nl (zoek op aanbevelingen toekomst).

Rapport Adviescommissie Toekomst Banken, 'Naar herstel van vertrouwen',
www.commissiecodebanken (zoek op Rapport Adviescommissie Toekomst Banken).

Commissie transparantie beleggingsverzekeringen "Advies aan het Verbond van Verzekeraars", 20
december 2006, www.verzekeraars.nl (zoek op commissie de Ruiter).