

Een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners in de Wft, een goed idee?

*Mr. D.M. van der Houwen**

Inleiding

Op 20 september jl. heeft het ministerie van Financiën het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014 (hierna: het wetsvoorstel) ter consultatie aan het publiek voorgelegd. Dit wetsvoorstel maakt onderdeel uit van de wijzigingscyclus van nationale regelgeving op het terrein van de financiële markten.

Het wetsvoorstel bevat meerdere wijzigingen, zoals de introductie van toezicht op afwikkelondernemingen, het wijzigen van de regels voor financiële verslaggeving en vermogensscheiding van beleggingsinstellingen en instellingen voor collectieve beleggingen in effecten. Een opvallend onderdeel van dit voorstel is de introductie van een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners. Deze norm bestaat al in de rechtspraak, maar codificatie op de wijze zoals voorgesteld in het wetsvoorstel heeft toch een aantal opmerkelijke gevolgen.

Het wetsvoorstel

De wetgever acht het noodzakelijk om, gelet op de informatie-scheefheid tussen de klant en financiële dienstverlener en de toenemende mate van complexiteit van financiële producten, een algemene zorgplicht vast te leggen in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Hierdoor wordt de Autoriteit Financiële Markten (hierna: de AFM) in staat gesteld om tegen inbreuken op deze zorgplicht handhavend op te treden. Het wetsvoorstel richt zich op aanbieders, adviseurs en bemiddelaars van beleggingsobjecten, elektronisch geld, betaalrekeningen, kredieten, spaarrekeningen en verzekeringen. Beleggingsondernemingen vallen buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel.

Op dit moment bevat de Wft verschillende normen waarin invulling wordt gegeven aan de zorgplicht van financiële dienstverleners. Er ontbreekt echter een algemene norm tot zorgvuldig handelen voor financiële dienstverleners, die kan dienen als 'vangnetbepaling'.¹ De wetgever acht een dergelijke vangnetbepaling wenselijk, om zo de AFM in staat te stellen

handhavend op te treden bij 'onvoorziene en evidente misstanden op de markt' voordat de schade voor de consument zich daadwerkelijk heeft verzevenlijkt.² Concrete normstelling ter invulling van de algemene zorgplicht zal vervolgens plaatsvinden door de AFM.

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat de financiële dienstverlener te allen tijde op zorgvuldige wijze dient om te gaan met de belangen van de klant en in het geval van adviseren in het belang van de klant dient te handelen. Ook moet een financiële dienstverlener nagaan of zijn handelen of nalaten geen afbreuk doet aan de belangen van zijn klant. Gelet hierop wordt voorgesteld om in de Wft een nieuw artikel 4:24a op te nemen. Dit artikel zou als volgt luiden:

1. Een financiële dienstverlener neemt op een zorgvuldige wijze de belangen van de consument, cliënt of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument, cliënt of begunstigde.
3. In ieder geval onthoudt een financiële dienstverlener zich van handelen of nalaten dat kennelijk nadelige gevolgen voor de consument, cliënt of begunstigde veroorzaakt of kan veroorzaken.'

Bezwaren

De wetgever acht dat het 'wenselijk is dat financiële dienstverleners ook een zekere zorgplicht jegens hun klanten hebben'.³ Met dit wetsvoorstel tracht de wetgever de door hem gesignaleerde leemte op te vullen. De wetgever gaat echter voorbij aan het feit dat op financiële dienstverleners al zorgvuldigheidsnormen rusten. Artikel 4:24a Wft introduceert dan ook geen nieuwe norm, maar biedt de AFM wel een haakje om handhavend op te treden.

Ik signaleer drie belangrijke bezwaren tegen dit voorstel. Allereerst sluit het wetsvoorstel niet aan bij reeds ontwikkelde normen en gaat het voorbij aan de eigen verantwoordelijkheid van

* Mr. D.M. van der Houwen is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.
1. A.Ch.H. Franken, *Generieke zorgplicht in Wft wenselijk?*, in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Naar een (doorlopende) zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen (deel 10 ACIS-serie)*, Zutphen: Paris 2012, p. 112-115.

2. MvT bij het wetsvoorstel, p. 16 (<www.internetconsultatie.nl/wijzigingswftm2014>).
3. MvT bij het wetsvoorstel, p. 15 (<www.internetconsultatie.nl/wijzigingswftm2014>).

een klant. Daarnaast is het voor financieëldienstverleners onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar in welke gevallen de AFM handhavend zal optreden.

Verhouding met ontwikkelde normen

Het voorgestelde artikel 4:24a Wft houdt geen rekening met de reeds ontwikkelde zorgvuldigheidsnormen voor financieëldienstverleners. Het voorstel gaat eraan voorbij dat de zorgplicht geen algemene norm is, maar wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval. De mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de klant, de complexiteit en risico's van het financiële product en de regelgeving die van toepassing is op de financieëldienstverlener, met inbegrip van de op hem van toepassing zijnde (publiekrechtelijke) gedragsregels, spelen een rol bij de invulling van de zorgplicht in een concreet geval.⁴ Het wetsvoorstel houdt ten onrechte geen rekening met de ervaring of deskundigheid van de klant noch met de aard van het product.

Buiten dat in het algemeen een financiële onderneming de (gerechtvaardigde) belangen van haar klanten in acht dient te nemen, zijn er in de jurisprudentie meer specifieke zorgplichten voor financiële ondernemingen ontwikkeld in bijzondere situaties. Bij optiehandel en effectenlease rust bijvoorbeeld op financiële ondernemingen een bijzondere zorgplicht – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – om een klant te beschermen tegen zijn eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht door de klant te waarschuwen.⁵ In het uiterste geval kan op de financieëldienstverlener de zorgplicht rusten de klant te adviseren van de overeenkomst af te zien.⁶ Anders dan waar het wetsvoorstel van uit lijkt te gaan, reiken deze zorgplichten niet zo ver dat op de financieëldienstverlener de verplichting rust te weigeren een overeenkomst met of voor de klant aan te gaan.⁷

Opvallend is dat de wetgever ervan uitgaat dat een klant – zelfs wanneer de klant over adequate informatie beschikt – wegens zijn 'beperkte vermogen' om deze informatie te beoordelen niet op rationele wijze een voor hem passende beslissing neemt.⁸ Het wetsvoorstel wil daarom dat de financieëldienstverlener deze beslissing voor de klant neemt. In die gevallen dat het handelen of nalaten van een financieëldienstverlener nadelige gevolgen voor een klant kan hebben, moet de financieëldienstverlener de klant weigeren, ongeacht de deskundigheid en relevante ervaringen van de klant, de ingewikkeldheid van het financiële product en de daaraan verbonden risico's.

Dit gaat veel verder dan het waarschuwen van klanten of een klant adviseren van de overeenkomst af te zien.

Daar komt bij dat publiekrechtelijke gedragsregels een uitstralend effect hebben op open privaatrechtelijke normen.⁹ Als dit voorstel ongewijzigd in de Wft wordt ingevoerd, zal er sprake zijn van een veel verder gaande publiekrechtelijke norm, die zeker invloed gaat hebben op privaatrechtelijke verhoudingen tussen klant en financieëldienstverlener. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever.¹⁰

Ook is het op dit moment nog onduidelijk of er nadere wetgeving komt die door middel van concrete normen invulling geeft aan de in artikel 4:24a Wft vastgelegde algemene zorgplicht. Dit is gelet op de rechtszekerheid zeker wenselijk. De algemene zorgplicht die krachtens artikel 4:90 Wft voor beleggingsondernemingen geldt, staat namelijk ook niet op zich, maar wordt ingevuld door informatie- en waarschuwingsverplichtingen die onder meer zijn vastgelegd in de artikelen 4:20, 4:23, 4:24, 4:90a, 4:90b, 4:90c en 4:90d Wft.¹¹ Het is voor marktpartijen te laat als er pas bij een aanwijzing van de AFM concrete invulling wordt gegeven aan de zorgvuldigheidsnorm voor financieëldienstverleners.

Eigen verantwoordelijkheid klant

Het wetsvoorstel verliest uit het oog dat een klant een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de aankoop van een financieel product. Het voorstel neemt als uitgangspunt dat de consument per definitie wordt geconfronteerd met informatie-scheefheid en dat de verantwoordelijkheid daarvoor bij de financieëldienstverlener dient te liggen. Dit uitgangspunt wijkt echter af van de heersende opvattingen. In beginsel is namelijk sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid tussen de financieëldienstverlener en de consument. Enerzijds moet de financieëldienstverlener de consument in staat stellen zich een weloverwogen oordeel te vormen over een bepaald product en een bepaalde vorm van dienstverlening door correcte, duidelijke en niet-misleidende informatie te verstrekken.¹² Anderzijds rust op de consument de verantwoordelijkheid om zich in de informatie te verdiepen en na te gaan wat de kenmerken en risico's van een financieel product zijn om te achterhalen of het product voor hem geschikt is.¹³ Het gaat te ver om een financieëldienstverlener verantwoordelijk te houden voor het gedrag van consumenten die een product aanschaffen

4. HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (GeSp/Aegon).

5. Zie HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabo Schaijk-Reek). Zie ook HR 5 juni 2009, JA 2009, 116 m.nt. W.H. van Boom (Levob/Bolle), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 m.nt. J.B.M. Vrancken (GeSp/Aegon) en HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 m.nt. J.B.M. Vrancken (De Treek/Dexia).

6. HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 m.nt. J.B.M. Vrancken (De Treek/Dexia).

7. HR 5 juni 2009, JA 2009, 116 m.nt. W.H. van Boom (Levob/Bolle).

8. MvT bij het wetsvoorstel, p. 15 (<www.internetconsultatie.nl/wijzigingswvfm2014>).

9. Zie o.a. O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen publiek- en privaatrecht, NTBR 2010, nr. 11.

10. Minister van Financiën tijdens symposium over zorgplicht en financieel toezicht bij de Rechtbank Rotterdam (zie K.W.H. Broekhuizen & C.E. du Perron, De fundamentele uitgangspunten van een generieke zorgplicht, Tijdschrift voor Financieel recht, nr. 5); zie ook Wetgevingsbrief AFM 2011, 10 oktober 2011 (<www.afm.nl/~media/Files/fd/wetgevingsbrief-afm-2011.ashx>).

11. Kamerstukken II 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 133.

12. Zie bijv. art. 4:19 en 4:20 Wft: deze artikelen hebben als doel de informatie-asymmetrie tegen te gaan; zie ook Kamerstukken II 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 120.

13. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 322; zie ook Kamerstukken II 2005/06, 29 507, nr. 3, p. 3.

waarvan zij, ondanks adequate informatievoorziening, de implicaties niet kunnen doorzien.¹⁴

Lex certa en handhaving door de AFM

Lid 3 van het voorgestelde artikel 4:24a Wft strekt ertoe om aan de AFM een verregaande bevoegdheid te geven om in te grijpen bij handelen of nalaten van een financiële dienstverlener. Als een financiële dienstverlener zich niet onthoudt van handelen of nalaten dat kennelijk nadelige gevolgen voor een klant veroorzaakt of kan veroorzaken, is de AFM bevoegd onder andere een last onder dwangsom of een boete op te leggen. Aan deze voorgestelde regeling kleefde een aantal bezwaren.

Allereerst strijdt lid 3 van het voorgestelde artikel 4:24a Wft met het *lex certa*-beginsel. Uit dit beginsel vloeit de eis voort dat een voorschrift dat door middel van (bestuursrechtelijke) sancties wordt gehandhaafd voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn.¹⁵ Een burger moet aan de hand van de wettelijke bepaling kunnen bepalen welk handelen en nalaten gesanctioneerd kan worden.¹⁶ Het voorgestelde artikel 4:24a lid 3 Wft stelt sanctioneerbaar het onthouden van een handelen en nalaten dat nadelige gevolgen heeft of *kan* hebben. Op basis van deze bepaling moet een financiële dienstverlener bij elk doen en nalaten – dat verder lijkt te gaan dan het aanbieden van, adviseren over of bemiddelen met betrekking tot financiële producten – een afweging maken of zijn doen of nalaten in het algemeen nadelige gevolgen kan hebben voor zijn klanten. Los van het feit dat ‘nadelige gevolgen’ veel meer kan inhouden dan slechts ‘schade’ (waar de memorie van toelichting van lijkt uit te gaan), is het onduidelijk wanneer dit tot een sanctie van de AFM kan leiden. Is het al nadelig voor een klant van een financiële dienstverlener als hem een product is geadviseerd dat na vijf jaar 5% rendement heeft opgeleverd, terwijl een soortgelijk product, dat hij op advies niet heeft aangeschaft, 10% heeft gerendeerd? Het nadeel is evident, maar onduidelijk is of de AFM hier ook handhavend tegen zal optreden en of dat optreden wel in voldoende mate rekening houdt met de wetenschap die de financiële dienstverlener had op het moment van advisering.

Ten overvloede: voor elk financieel product geldt dat dit kennelijk nadelige gevolgen *kan* hebben. In die zin is de norm ook onvoldoende onderscheidend.

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de AFM slechts handhavend zal optreden wanneer gedrag of nalaten van financiële dienstverleners evident kan resulteren in schade voor consumenten of wanneer er sprake is van een ‘structurele en evidente’ schending van de algemene zorgplicht.¹⁷ Buiten dat deze toelichting niet in artikel 4:24a lid 3 Wft is terug te

lezen, rijst de vraag wanneer sprake is van dergelijke ‘evidente’ situaties. Zeker nu artikel 4:24a Wft als een ‘vangnetbepaling’ gepresenteerd wordt: de financiële dienstverlener handelt kennelijk in overeenstemming met de overige gedragbepalingen in de Wft, voordat de AFM zal handhaven op grond van artikel 4:24a Wft. Het zal voor marktpartijen daardoor onduidelijk zijn wanneer zij in strijd handelen met artikel 4:24a lid 3 Wft. Gelet hierop is het onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar in welke gevallen de AFM sancties kan opleggen op grond van het voorgestelde artikel 4:24a lid 3 Wft.¹⁸ Het is onvoldoende dat, zoals de memorie van toelichting aangeeft, de AFM pas bij schendingen van de algemene zorgplicht haar voorgenomen handhavingsbeleid kenbaar maakt (of dat pas op dat moment de wetgever specifieke voorschriften vaststelt). Het kalf is dan al verdronken. Dat een besluit tot handhaving van de AFM onderworpen is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat tegen dit besluit bezwaar en beroep openstaan, doet niet af aan de strijd met het *lex certa*-beginsel.

Conclusie

De wetgever heeft bij het wetsvoorstel geen aansluiting gezocht bij reeds ontwikkelde normen. Ook gaat hij voorbij aan de eigen verantwoordelijkheid van de klant. Tevens zal het voor financiële dienstverleners onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn in welke gevallen de AFM zal handhaven. Het is daarom noodzaak dat de wetgever – en niet de AFM – in het belang van de rechtszekerheid nadere invulling geeft aan de algemene zorgvuldigheidsnorm, zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 4:24a Wft, en daarbij – bij voorkeur – aansluiting zoekt bij de reeds ontwikkelde (civielrechtelijke) normen.

14. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 322; zie ook Kamerstukken II 2005/06, 29 507, nr. 3, p. 3.

15. Zie noot C.L.G.F.H.A. bij ABRvS 18 juni 2003, JB 2003, 215.

16. ABRvS 20 november 2002, AB 2003, 173.

17. MvT bij het wetsvoorstel, p. 15 en 16 (<www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2014>).

18. EHRM 25 mei 1993, Application no. 14307/88 (Kokkinakis/Greece); zie ook Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 3, p. 86.