

Ministerie van Financiën  
T.a.v. Directie Financiële Markten  
Postbus 20201  
2500 EE DEN HAAG

**Allen & Overy LLP**  
Apolloolaan 15  
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440  
1070 AK Amsterdam

Tel 020 674 1000  
Fax 020 674 1111

Amsterdam, 17 oktober 2012  
Onderwerp **Reactie op consultatieversie Wijzigingswet financiële markten 2014**  
Oms kenmerk 0010023-0014195 AMBA:3541944.2  
Van mr. B.W.G. van der Velden / mr. D.M. van der Houwen, advocaten  
Telefoon +31206741580  
Fax +31206741870  
E-mail brechje.vandervelden@allenoverly.com / daphne.vanderhouwen@allenoverly.com

L.S.,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de consultatieversie van de Wijzigingswet financiële markten 2014 (het **wetsvoorstel**). Middels deze brief willen wij hier graag op reageren. Wij beperken onze reactie tot het voorstel voor het opnemen van een algemene zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht (de **Wft**).

### **Wetsvoorstel en bezwaren**

Het wetsvoorstel strekt ertoe om een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners vast te leggen in een nieuw artikel 4:24a Wft. Blijkens de memorie van toelichting van het wetsvoorstel is niet beoogd een nieuwe norm te introduceren, maar wordt voortgeborduurd op de algemene zorgplicht zoals deze reeds in de jurisprudentie is ontwikkeld op basis van civielrechtelijke normen. Deze gedragsnorm is bovendien ook al in de Wft verankerd en vormt onder meer de grondslag van artikel 4:25 Wft.<sup>1</sup> Codificatie van deze algemene zorgplicht biedt de Autoriteit Financiële Markten (de **AFM**) een handvat voor publiekrechtelijke handhaving tegen "structurele en evidente" schending van deze zorgplicht.

Bij de formulering van deze zorgplicht is echter de nuance verloren gegaan, die in de civielrechtelijke ontwikkeling van deze norm juist voorop heeft gestaan. Onze bezwaren zijn daartegen gericht.

---

<sup>1</sup> *Kamerstukken II, 29708, nr. 19, p. 515.*

*Voorgesteld artikel 4:24a lid 1 en 2 Wft*

De eerste twee leden van het voorgestelde artikel 4:24a Wft sluiten in zekere zin aan bij de reeds ontwikkelde normen voor zorgplicht van financiëledienstverleners.<sup>2</sup>

Wij plaatsen echter vraagtekens bij het uitgangspunt dat in de memorie van toelichting wordt genomen dat de consument per definitie wordt geconfronteerd met informatiescheefheid. In beginsel is immers sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid tussen de financiëledienstverlener en de consument. Enerzijds moet de financiëledienstverlener 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.<sup>3</sup> Anderzijds rust op de consument de verantwoordelijkheid om zich in de informatie 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. Zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt gaat het te ver om een financiëledienstverlener verantwoordelijk te houden voor het gedrag van consumenten die een product aanschaffen waarvan zij, ondanks adequate informatievoorziening, de implicaties niet kunnen doorzien.<sup>4</sup>

Zorgplicht is om die reden geen algemene norm, maar wordt steeds per geval ingekleurd. In het verlengde daarvan wordt de civielrechtelijke zorgplicht ingevuld door de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het financiële product en de daaraan verbonden risico's en de regelgeving die van toepassing is op de financiëledienstverlener, met inbegrip van de op haar van toepassing zijnde (publieksrechtelijke) gedragsregels.<sup>5</sup> Voorkomen moet worden dat deze nuance door het formuleren van een zo algemene zorgplicht verloren gaat. In het bijzonder moet worden bedacht dat de belangen van de klant voor de financiëledienstverlener niet altijd (volledig) kenbaar zijn, en dat op de financiëledienstverlener in veel gevallen ook geen verplichting rust om deze belangen te identificeren. Om die reden bevelen wij aan om de belangen als bedoeld in lid 1 van artikel 4:24a in ieder geval te beperken tot de "gerechtvaardigde belangen".<sup>6</sup>

Het is op dit moment nog onduidelijk of er nadere wetgeving komt die door middel van concrete normen invulling geeft aan de in de eerste twee leden van artikel 4:24a Wft vastgelegde algemene zorgplicht. Wij achten dit gelet op de rechtszekerheid wenselijk. De algemene zorgplicht die krachtens artikel 4:90 Wft voor beleggingsondernemingen geldt, staat namelijk ook niet op zich, maar wordt ingevuld door onder meer de artikelen 4:20, 4:23, 4:24, 4:90a, 4:90b, 4:90c en 4:90d Wft.<sup>7</sup> Anders dan waarvan in de memorie van toelichting wordt uitgegaan, zal invulling of concretisering van de algemene zorgplicht slechts de rechtszekerheid kunnen bevorderen indien deze nadere normen van te voren kenbaar zijn. Het is voor marktpartijen te laat als er pas bij een aanwijzing van de AFM concrete invulling wordt gegeven aan deze norm.

Overigens wordt in artikel 4:24a Wft gesproken van "consument, cliënt of begunstigde", terwijl volstaat om te verwijzen naar "consument en begunstigde". Blijkens artikel 1:1 Wft vallen onder het begrip "consument" ook personen aan wie een financiële dienst met betrekking tot een verzekering wordt verleend. Daarnaast vinden wij het onduidelijk of met een "begunstigde" ook een professionele belegger kan worden bedoeld: "begunstigde" is immers geen in de Wft gedefinieerd begrip. Aangezien de memorie van toelichting steeds refereert aan "consumenten", bevelen wij aan na het woord "begunstigde" toe te voegen ", niet zijnde een professionele belegger".

<sup>2</sup> *Kamerstukken II*, 29708, nr. 19, p. 515; zie ook HR 5 juni 2009, *JA* 2009/116, HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/184 en HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 4:19 en 4:20 Wft: deze artikelen hebben als doel de informatieasymmetrie tegen te gaan; zie ook *Kamerstukken II*, 31086, nr. 3, p. 120.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II*, 29708, nr. 19, p. 322; zie ook *Kamerstukken II*, 29507, nr. 3, p. 3.

<sup>5</sup> HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/184.

<sup>6</sup> Zie ook K.W.H. Broekhuizen en C.E. du Perron, 'De fundamentele uitgangspunten van een generieke zorgplicht', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, nr. 5.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II*, 31086, nr. 3, p. 133.

*Voorgesteld artikel 4:24a lid 3 Wft*

Lid 3 van het voorgestelde artikel 4:24a Wft sluit in onze visie niet aan bij de reeds ontwikkelde normen. Deze bepaling 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,<sup>8</sup> is de AFM bevoegd onder andere een last onder dwangsom of een boete op te leggen. Aan deze voorgestelde regeling kleef een aantal bezwaren.

Allereerst is artikel 4:24a lid 3 Wft in strijd met het *lex certa* beginsel.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Een burger moet aan de hand van de wettelijke bepaling kunnen bepalen welk handelen en nalaten gesanctioneerd kan worden.<sup>11</sup> 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 ieder 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. Ten overvloede: voor ieder 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. Buiten dat deze toelichting niet uit artikel 4:24a lid 3 Wft valt af te leiden, rijst de vraag wanneer sprake is van dergelijke "evidente" situaties. Zeker nu artikel 4:24a Wft als een "vangnet" bepaling gepresenteerd wordt: de financiële dienstverlener handelt kennelijk in overeenstemming met de overige gedragsbepalingen in de Wft alvorens 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.<sup>12</sup> 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 open staan, doet daar niet aan af.

Ook kunnen wij het voorgestelde artikel 4:24a lid 3 Wft niet rijmen met het uitgangspunt dat een consument een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de aanschaf van financiële producten.<sup>13</sup> Tegenover de verplichting van de financiële dienstverlener om adequate informatie te verstrekken staat de verplichting van de consument om zich daarin te verdiepen. Hoewel de balans tussen beide verplichtingen mede afhankelijk is van de rol van de financiële dienstverlener en bijvoorbeeld bij het geven van advies meer nadruk zal liggen op de verantwoordelijkheid van de financiële dienstverlener, blijft de consument ook in dat geval zelf verantwoordelijk voor de beslissing die hij neemt op basis van dit advies.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Wij vragen ons overigens af of de formulering "gevolgen veroorzaken" taalkundig een gelukkige keuze is.

<sup>9</sup> Zie onder andere artikel 7 EVRM.

<sup>10</sup> Zie noot C.L.G.F.H.A. bij RvS 18 juni 2003, *JB* 2003/215.

<sup>11</sup> RvS 20 november 2002, *AB* 2003, 173.

<sup>12</sup> EHRM 25 mei 1993 (Kokkinakis/Greece), Application no. 14307/88; zie ook *Kamerstukken II*, 29702, nr. 3, p. 86.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II*, 29708, nr. 19, p. 321.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II*, 29708, nr. 19, p. 322; zie ook *Kamerstukken II*, 29507, nr. 3, p. 3.

Buiten dat in het algemeen een financiële onderneming de (gerechtvaardigde) belangen van zijn 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 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.<sup>15</sup> Deze zorgplichten gaan niet zo ver dat op de financiële dienstverlener de verplichting rust te weigeren een overeenkomst met of voor de klant aan te gaan.<sup>16</sup> In het uiterste geval kan op de financiële dienstverlener de zorgplicht rusten de klant te adviseren van de overeenkomst af te zien.<sup>17</sup>

In het wetsvoorstel wordt gebroken met deze heersende leer. De wetgever gaat er blijkens de memorie van toelichting vanuit 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. Het wetsvoorstel wil daarom dat de financiële dienstverlener deze beslissing voor de klant neemt. Het voorgestelde artikel 4:24a lid 3 Wft gaat er namelijk vanuit dat in die gevallen dat het handelen of nalaten van een financiële dienstverlener nadelige gevolgen voor een klant kan hebben, de financiële dienstverlener op de rem trapt. Hij moet de klant dan weigeren, ongeacht de deskundigheid en relevante ervaringen van de klant, de ingewikkeldheid van het financiële product en de daaraan verbonden risico's.

Deze voorgestelde regeling is voor financiële dienstverleners bijzonder bezwaarlijk en miskent de eigen verantwoordelijkheid van de klant. Aangezien publiekrechtelijke gedragsregels een uitstralend effect hebben op open privaatrechtelijke normen, is het van belang dat deze bij elkaar aansluiten.<sup>18</sup> Als artikel 4:24a lid 3 Wft 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 financiële dienstverlener. Het leek overigens ook de bedoeling van de wetgever dat aan zou worden gesloten bij privaatrechtelijke normen.<sup>19</sup> Daarvan is in dit wetsvoorstel echter geen sprake.

In de memorie van toelichting wordt verder aangegeven dat het niet nodig is om de voorgestelde algemene zorgplicht ook toe te passen op beleggingsondernemingen, nu voor hen reeds een soortgelijke algemene zorgplicht geldt. Artikel 4:90 Wft verschilt echter wezenlijk van artikel 4:24a Wft. Niet valt in te zien waarom de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners zwaarder zou moeten zijn, dan voor beleggingsondernemingen. "Zich onthouden van gedragingen die schadelijk kunnen zijn voor de integriteit van de markt" (artikel 4:90 Wft), gaat veel minder ver dan "zich in ieder geval onthouden van handelen en nalaten dat kennelijk nadelige gevolgen voor de klant kan veroorzaken" (voorgestelde artikel 4:24a lid 3 Wft).

## Aanbevelingen

Gezien onze bezwaren bevelen wij aan het voorgestelde artikel 4:24a Wft als volgt aan te passen, waarbij het voorgestelde lid 3 helemaal vervalt:

Lid 1: "Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde, niet zijnde een professionele belegger, in acht en onthoudt zich van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt."

Lid 2: "Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde, niet zijnde een professionele belegger."

<sup>15</sup> Zie HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103; zie ook HR 5 juni 2009, *JA* 2009/116, HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/184 en HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182.

<sup>16</sup> HR 5 juni 2009, *JA* 2009/116.

<sup>17</sup> HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182.

<sup>18</sup> Zie onder andere O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen publiek- en privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, NTBR 2010, 11.

<sup>19</sup> Minister van Financiën tijdens symposium over zorgplicht en financieel toezicht bij de Rechtbank Rotterdam (zie K.W.H. Broekhuizen en 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.

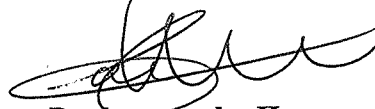
Aangezien het voor marktpartijen van te voren voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn in welke gevallen de AFM zal handhaven, willen wij de wetgever in het belang van de rechtszekerheid aansporen nadere invulling te geven aan de algemene zorgvuldigheidsnorm zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 4:24a Wft en daarbij aansluiting te zoeken bij de reeds ontwikkelde (civielrechtelijke) normen.

Tot verdere toelichting zijn wij uiteraard bereid. Tegen openbaarmaking van deze reactie hebben wij geen bezwaar.

Hoogachtend,



**Brechje van der Velden**  
Advocaat



**Daphne van der Houwen**  
Advocaat