

Meer wetgeving biedt geen soelaas

Zorgplicht! Ingewikkeld? Best wel! Doeltreffend? De meningen daarover in de branche lopen uiteen. De redactie is te rade gegaan bij Tom Loonen, autoriteit op het gebied van zorgplicht, die vanuit verschillende invalshoeken zijn licht op het onderwerp laat schijnen. "Ik ben van mening dat meer informatie en transparantie ertoe kunnen leiden dat de klant een informed consent kan geven. Anders gesteld: hij geeft welgeïnformeerd toestemming. Daar ben ik een voorstander van, maar een overkill aan informatie leidt tot wantrouwen."

TEKST MICHIEL HUISMAN FOTOGRAFIE BERLY DAMMEN

"Zorgplicht is in de afgelopen decennia een containerbegrip geworden. Ik ben al een kleine twintig jaar met het onderwerp bezig. Het wordt te pas en te onpas van stal gehaald. In civielrechtelijke, maar in toenemende mate óók in publiekrechtelijke zin."

"De bakermat van de zorgplicht zoals we die nu kennen, is het *'kelderluik-arrest'* (HR 05 november 1965, NJ 1966/136, ECLI:NL:HR:1965:AB7079). De casus speelde zich af in Amsterdam aan het Spui en ging om de familie Duchateau. De familie Duchateau uit Maastricht gaat, samen met een bevriende relatie, Amsterdam bezoeken en gaan in café De Munt wat drinken. Op dat moment levert een medewerker van de Coca-Cola frisdrank af en laat een kelderluik onbeschermd open staan. Mathieu Duchateau, die naar de wc gaat, valt in het kelderluik en loopt ernstige verwondingen op. De vraag is natuurlijk: wie is aansprakelijk? De Hoge Raad legde uiteindelijk in een cassatieprocedure de aansprakelijkheid bij Coca-Cola. De betrokken medewerker had onzorgvuldig gehandeld door het kelderluik open te laten staan, terwijl hij rekening had moeten houden met niet-oplettende bezoekers. Hem werd daarom een onrechtmatige gedraging verweten. Duchateau moest echter 50% van de schade zelf dragen wegens eigen schuld. Hij had beter uit moeten kijken. Maar ..., er is sprake van een etablissement waar vrij verkeer plaatsvindt, mensen en goederen komen daar 'gewoon' binnen, en het was de verplichting van Coca-Cola om voldoende beschermende maatregelen te treffen om dit soort ongelukken trachten te voorkomen."

Kapstok

"Vanaf het moment dat de Hoge Raad deze uitspraak deed, komen er allerlei bepalingen die het principe van 'redelijkheid', 'billijkheid' en 'opdrachtnemerschap' als kapstok gebruiken om de zorgplicht aan op te hangen en te kaderen. Maar in essentie betekent zorgplicht eigenlijk niets anders dan: *Zorg ervoor dat de ander niet in allerlei onbesuisde toestanden stapt, bescherm hem of haar daartegen en tref voldoende maatregelen dat dat niet kan gebeuren.*"

"De reikwijdte van het 'kelder-arrest' heeft civielrechtelijk stand gehouden totdat de zorgplicht publiekrechtelijk een plek in de Wft (art. 4:24a) heeft gekregen. Naar mijn mening gaat het hier feitelijk om een dode letter, want: art. 4:24a zegt eigenlijk niets anders dan dat wat ook in art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden is opgenomen. Ik paraphraseer: Zorg voor een fatsoenlijke dienstverlening. Zorg ervoor dat de belangen van de klant worden gediend. En neem beschermende maatregelen om onbesuisde handelingen te voorkomen. Dat waar je als opdrachtnemer in civielrechtelijke zin al toe gehouden bent, is daarmee dus ook met de Wft in 2006 publiekrechtelijk vastgelegd. De facto betekent dat dat de toezichthouder (AFM en DNB) een kapstok

heeft om het toezicht aan op te hangen en eventueel boetebesluiten uit te vaardigen."

'Zorg ervoor dat de ander niet in allerlei onbesuisde toestanden stapt, bescherm hem of haar daartegen en tref voldoende maatregelen dat dat niet kan gebeuren.'

Bijzondere zorgplicht

"Tot zover de zorgplicht. Daarop aansluitend heb je nog een 'verzwaarde' of 'bijzondere zorgplicht' die automatisch op banken rust. Voor de goede

orde: de Hoge Raad spreekt niet over financiële instellingen, maar over banken. Eigenlijk kun je stellen dat er sprake is van 'bijzondere zorgplicht' in die gevallen waarin zich asymmetrie voordoet in kennis en ervaring tussen banken en haar klanten. Een bank is dan dus extra op haar hoede. Althans, dat dient ze te zijn."

Chilling

"Je kunt dus stellen dat de zorgplicht zich ertoe strekt dat in bepaalde omstandigheden de ene partij de andere dient te beschermen. Ook in de situatie waarin je redelijkerwijs kunt vermoeden dat de asymmetrie in kennis en ervaring bij de klant ten opzichte van de professional bij een bank helemaal niet zo groot is, zal de



Prof. dr. Tom Loonen is Directeur Wealth Management Services van Insinger de Beaufort (KBL) en hoogleraar 'Effectiviteit van regelgeving bij beleggingsondernemingen' aan de VU. Daarnaast is Loonen Gerechtelijk Deskundige voor diverse rechtbanken en gerechtshoven. Tevens is hij lid van de Tucht-recht Banken. Het hierbij afgedrukte interview is afgenomen vanuit zijn hoedanigheid van hoogleraar.



rechterlijke macht snel geneigd zijn de verzwaarde of bijzondere zorgplicht van toepassing te verklaren. Het gevolg hiervan is dat er een mate van 'chilling', oftewel verstarring, bij financiële instellingen, optreedt. De letter van de wet wordt nauwgezet nageleefd en klanten moeten voor alles en niets tekenen, krijgen standaard waarschuwingsbrieven, enzovoorts. Met name onder MiFID II (de Europese beleggingsrichtlijn die in 2018 wordt geëffectueerd) zal dat waarschuwen aan de orde van de dag zijn en naar mijn stellige overtuiging niet het gewenste effect sorteren." (Daarover verderop meer - redactie *Pensioen Advies*).

Causaliteit

"Alle mensen die klantcontact hebben, krijgen de facto te maken met een mate van zorgplicht, ongeacht of die nu uit de Wft voortkomt, uit de Wet op de Accountantsorganisaties of anderszins geregeld is. Daarnaast is op de overeenkomst tussen instelling en de klant het civielrecht van toepassing. Deze twee, publiekrecht en civielrecht, kunnen met elkaar in botsing lijken te komen. Het kan zo zijn dat je in publiekrechtelijke zin aansprakelijk te houden bent en in civielrechtelijke zin helemaal niet. En andersom. Een voorbeeld maakt dat duidelijk. In de Wft staat (art. 4:23 Wft) dat je geacht bent relevante informatie over je klant in te winnen. Met als gevolg dat een beleggingsonderneming, een financieel adviseur, een pensioenadviseur of wie ook maar die onder de werking van de Wft valt, allerlei vragen moeten stellen aan de klant over diens kennis en ervaring ten aanzien van het onderwerp, diens risicobereidheid, enzovoorts. Voor beleggingsondernemingen gelden ook nog verzwaarde bepalingen vanuit MiFID I. Zo is het aantal transacties, gevolgde opleiding en uitgeoefend beroep van belang. Als je dat niet doet, heb je publiekrechtelijk een probleem. Controle daarop doet de AFM. Civielrechtelijk kan een rechter in specifieke omstandigheden constateren dat er weliswaar geen klantprofiel is opgesteld, maar dat dit niet-opstel-

len niet hoeft te betekenen dat er een causaal verband is met de eventuele schade. Anders gesteld: het niet-opstellen hoeft civielrechtelijk niet per definitie tot aansprakelijkheidsstelling te leiden. Als de rechter dus een zaak heeft waarin hij moet vaststellen of er schade is, wat de oorzaak is van die schade en of die schade verwijtbaar én toewijsbaar is, dan kan hij tot de conclusie komen dat er geen aansprakelijkheid is, ook als er geen klantprofiel is opgesteld. Los van de vraag of dit publiekrechtelijk wel had gemoeten."

Spanning tussen publiek- en civielrecht

"Natuurlijk moet ik daar volledigheidshalve wél bij zeggen dat het ontbreken van die causaliteit geen sterktepunt is. Als een bank géén klantprofiel heeft en er is verkeerd belegd voor de klant, zal een advocaat alles in het werk stellen om aan te voeren dat zo'n profiel absoluut nodig was om geschikte beleggingen aan te gaan. Let wel, de advocaat moet dan aannemelijk maken dat het niet-opstellen van een klantprofiel aantoonbaar heeft geleid of mede heeft bijgedragen aan de veronderstelde schade. Civiel- en publiekrecht willen dus nog wel eens op gespannen voet met elkaar leven. Publiekrecht ziet erg op de vorm, terwijl civielrecht veel meer op de feitelijke omstandigheden ziet. Daarna bestaat het publiekrecht uit harde normen, terwijl civielrecht altijd afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Publiekrecht is gewoon Wft, bescherming van de consument. Civielrecht ziet toe op de verhouding tussen mensen onderling of instellingen en mensen onderling. Dat onderscheid werkt overigens in het rechtsverkeer goed."

Vermeend pensioenadvies

Het publiekrecht heeft echter tot dusver niet verhinderd dat veel dga's zich door accountants, terecht of onterecht, op het verkeerde been gezet voelen omdat er door de accountant fiscaal een pensioenreserve is opgevoerd, maar er vervolgens geen 'dekking' tegenover staat in de vorm van een pensioenverzekering of ander vermogen. Daarnaast blijkt ook vaak het nabestaandenpensioen, dat in de pensioenbrief wel is toegezegd, helemaal niet verzekerd is. Komt de dga

Veel dga's of hun nabestaande(n) zullen aanvoeren dat de accountant hen wel degelijk een pensioenadvies heeft gegeven.

voor zijn pensioenleeftijd te overlijden, dan kan er een aanzienlijk tekort in het nabestaandenpensioen zijn. Dat is zuur. Hoe zit dat? Veel dga's of hun nabestaande(n) zullen aanvoeren dat de accountant hen wel degelijk een pensioenadvies heeft gegeven. "Daar zal de accountant dan weer tegenin brengen dat het geven van pensioenadvies niet in de opdrachtbevestiging staat. Bovendien,

aldus ter verdediging van de accountant, is het waarde- en aanpassen van de pensioenregeling in eigen beheer en ook de bespreking van de verantwoording van de pensioenreserve in de jaarrekening niet aan te merken als pensioenadvies in de zin van de Wft."

Gedeelde aansprakelijkheid

"Daarmee is nog niet alles gezegd. In de praktijk speelt er ook nog wat anders. Vanuit een civielrechtelijk standpunt heeft de consument – in casu een dga – ook een eigen verantwoordelijk-

heid. Hij heeft onder andere een mededelingsplicht en aan die plicht komt groot gewicht toe, zeker als de betrokken consument over veel kennis en ervaring beschikt. In het Burgerlijk Wetboek (art 6: 101) is het zo geregeld dat aansprakelijkheid wordt gedeeld als de consument een verwijt valt te maken.

Daarvan is (bijvoorbeeld) sprake als de consument zijn onderzoeksplicht heeft verzaakt door aangeboden informatie niet te bestuderen.”

Overcorrectie

“In dat kader valt het te verklaren dat Wft-plichtige financieel adviseurs en aanbieders van complexe financiële producten, hun klanten opzadelen met een overload aan informatie als een soort hypercorrectie om niet het verwijt te krijgen de informatieplicht te schenden.”

“Diezelfde vorm van voorzichtigheid valt op te merken in die situaties waarin een offensief beleggingsadvies met dito beleggingsinstrumenten en diensten op voorhand door adviseur of aanbieder als onverenigbaar wordt geacht met het doel, bijvoorbeeld pensioenopbouw. Omdat het een pensioen in eigen beheer betreft, is het PW al niet van toepassing. Maar ook andere wettelijke vereisten impliceren niet automatisch dat defensief belegd moet worden in geval de beleggingen de bestemming ‘pensioen’ hebben. Uit jurisprudentie blijkt dat een volledige belegging in aandelen niet zonder meer onverenigbaar hoeft te zijn met het beleggingsdoel en/of een (relatief) korte beleggingshorizon.”

Gelet op voorgaande doemen er dus twee vragen op. Interessant is de vraag in hoeverre de zorgplicht van een Wft-adviseur, of Wft-plichtige aanbieder van financiële producten, zijn zorgplicht verzaakt als hij met zijn ‘voorzichtige advisering’ nadrukkelijk zijn klanten de ‘kans op meer’ ontnemt. De andere vraag is van andere aard: leidt de zorgplicht in de praktijk tot gedrag dat meer met ‘indekken’ tegen aansprakelijkheid te maken heeft dan handelen uit klantbelang? Voor de antwoorden daarop duiken we staande het gesprek, meer in de praktijk en komt ook de nieuwe wet ‘Uitfasering pensioen in eigen beheer’ om de hoek kijken.

Publiekrechtelijke zorgplicht

Het kader van de publiekrechtelijke zorgplicht voor wat betreft de Wft ligt vast in de volgende artikelen:

- art. 4:24a: generieke zorgplicht;
- art. 4:15: beheerste bedrijfsvoering;
- art. 4:23: specifieke zorgplichten (tav informatieverstrekking en advisering);
- art. 4:15a: Bankierseed en gedragscode.

Dit kader staat onder de invloed van leidraden van de AFM (gedragstoezicht) en DNB, maar ook onder invloed van boetesluitingen en jurisprudentie.

En nu de praktijk

“Vanuit de zorgplicht enerzijds en het uitfaseren van pensioen in eigen beheer anderzijds, is een aantal praktische richtlijnen voor de adviespraktijk te geven. Met betrekking tot de dga en diens pensioenvoorziening wordt eens te meer duidelijk dat hij of zij twee soorten advies zal moeten inwinnen: fiscaal advies (inclusief de verantwoording in de jaarrekening) én pensioenadvies. Die adviezen dienen in hun samenhang beschouwd, maar afzonderlijk behandeld te worden. Daarbij zal de dga zich terdege rekenschap moeten geven van het feit dat de fiscale en boekhoudkundige advisering van zijn fiscalist en accountant géén – in ieder geval niet per definitie – pensioenadviezen zijn. Hij kan deze adviseurs daarop dus ook niet eenvoudig aanspreken. Het principe van de gescheiden advisering moet dan natuurlijk wél door de betrokken adviseurs goed uitgelegd worden.”

“Dat gezegd hebbende zullen adviseurs met het oog op de nieuwe Wet uitfasering pensioen in eigen beheer geconfronteerd worden met vier mogelijke scenario’s die de situatie voor de dga aanvankelijk best wel complex maken:

Een deel van de opgebouwde aanspraak (reserve eigen beheer) kan in de BV blijven. De toekomstige aanspraken worden opgebouwd in box 3;

De hele aanspraak inclusief de oudedagsverplichting blijft in de BV;

Indien de fiscale waarde van de pensioenaanspraak (nog) niet (in liquiditeiten) aanwezig is, moet bedacht worden hoe die waarde kan aangroeien;

Afkoop van pensioen tegen de wettelijke korting naar box 3.

‘Het pensioenvermogen naar box 3’ halen betekent weliswaar dat het niet langer gelabeld is als ‘pensioen’, maar wél die functie heeft. Met andere woorden: de adviseur zal de dga tot enige discipline moeten manen ten aanzien van het (te vroegtijdig) aanwenden van dat vermogen. Tenslotte: als het fiscale vermogen aanwezig is, dan moet de adviseur ‘terugrekenen’ welk bruto besteedbaar inkomen gewenst is op AOW- en/of pensioengerechtigde leeftijd.”

“Het ‘ontlabelen’ van (pensioen)vermogen lijkt voor de adviseur tot een zorgontlasting te leiden, maar niets is minder waar. Gelet op voornoemde scenario’s en hun consequenties, zou het wel eens zo kunnen zijn dat de zorgplicht een wolf in schaapskleren blijkt.”

Moreel gedrag

“De moraliteit van de adviseur is tenslotte interessanter dan de juridische fijnslijperij. In essentie draait het natuurlijk om de

Civilrechtelijke zorgplicht

Het kader van de civilrechtelijke zorgplicht ligt (uiteraard) vast in het Burgerlijk Wetboek, en wel in de artikelen:

- art. 6:248: het principe van redelijkheid en billijkheid;
- art. 7:401: de opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.

Dit kader staat onder invloed van de publiekrechtelijke zorgplicht in de Wft maar ook civilrechtelijke jurisprudentie.

vraag: zit je er écht voor de klant? Of ben je binnen de vierkante centimeter van je eigen afgebakende beroepspraktijk alleen maar bezig je beroep uit te oefenen? Als zoon van een ondernemer zie ik en heb ik gezien, hoe het ook verkeerd kan gaan. Ik vind dat je geen knip voor je neus waard bent als je jezelf per definitie op de eerste plaats zet. Daar zou je als klant hard van weglopen.”

MiFID II

“Overigens zijn we er nog niet. De beleggingsrichtlijn MiFID II gaat in 2018 van kracht met nieuwe waarschuwingsverplichtingen. Voorbeeld: Beleggingsondernemingen die beleggingsportefeuilles beheren – ook als het pensioenportefeuilles zijn – moeten, als die portefeuilles meer dan 10% in waarde zijn gedaald, direct hun cliënten daarover op een duurzame drager informeren. Ik vind het weinig zinvol om achteraf een belegger hierover te informeren. Het leed is immers al geschied. Een hele rare situatie. De klant krijgt bericht van de waardedaling. En dan? Bel uw bankier, luidt de waarschuwing. Allerlei korte termijn onrust ontstaat, terwijl het geld vaak voor lange termijn belegd is. Maar er ontstaat ook weer wantrouwen. Want de consument zal denken: “Daar heb je die verdraaide bank weer met zijn waarschuwing. Wat schiet ik daarmee op?” Al dit soort publiekrechtelijke verplichtingen zorgen er niet voor dat er sprake is van een sterk en toenemend vertrouwen in de professional, terwijl dat nou juist is wat we zo hard nodig hebben.”

Zelfregulering

“Ik ben op zich voor zelfregulering, maar de sector heeft kansen daartoe laten liggen. Zo heeft de AFM op veel terreinen voor leidraden gezorgd, terwijl de sector dit zelf op had moeten pakken. Juridisch gesproken is een leidraad een ‘niemendalletje’; een goed

bedoeld advies. Er is geen enkele verplichting om dit advies op te moeten volgen. Bij de totstandkoming van deze leidraden zijn diverse stakeholders geconsulteerd, maar tegelijkertijd zie je dat er ook een zekere tegenwerking is vanuit deze stakeholders. Er zijn instellingen die eigenlijk liever geen leidraad over bepaalde onderwerpen zien. Dat alleen al is een signaal dat zelfregulering niet makkelijk van de grond komt. We leren binnen de financiële sector ..., (het is even stil) ..., nog steeds niet heel erg snel. De vraag die bij mij opkomt, is of het niet zeer wenselijk zou zijn geweest als de financiële sector eigenhandig duidelijke richtlijnen zou hebben vastgelegd en met duidelijke regels zou hebben bepaald hoe de sector zelf dat klantbelang écht voorop gaat stellen.”

Wantrouwen en overkill

Creëert de wetgever met een overkill aan wetten en de toezichthouder met dito aan regelgeving niet de situatie waarin een adviseur doodsbenauwd wordt om wat voor advies dan ook te geven en tegelijkertijd de klant alleen maar meer wantrouwen jegens zijn adviseur krijgt?

“Dat laatste wel. Dat eerste niet. Een overkill aan informatie leidt tot wantrouwen. Het heeft geen zin om een klant zoveel documentatie over – bijvoorbeeld – een hypotheek te geven dat hij alleen al om de informatie tot zich te nemen vele uren nodig heeft. Dat slaat door en dat leidt niet tot meer vertrouwen. Je ziet dan ook dat publiekrechtelijk meer wetgeving onvoldoende soelaas biedt. Ook de toezichthouder ziet dat eigenlijk wel. Daarentegen ben ik van mening dat betere en op de klant toegespitste informatie en de nodige transparantie er wel degelijk toe leidt dat deze met een hoge mate van informed consent ‘ja’ of ‘nee’ kan zeggen. En daar ben ik dan weer een groot voorstander van.” ■