

hij een controller moet zijn, maar wel dat hij enig inzicht heeft in de gang van zaken. Hij moet een team vormen waarbinnen afspraken kunnen worden gemaakt en taken kunnen worden verdeeld, terwijl hij wel de eigenheid – en de daarbij behorende problemen – van de overige afdelingen moet respecteren.

Als topsporter zit je in een team met verschillende mensen die verschillend reageren op teleurstellingen en successen. Als aanvoerder moet je beschikken over mensenkennis. Één verkeerde beslissing kan ervoor zorgen dat het team instort. Hou rekening met essentiële gevoeligheden. Het doel moet je samen bereiken. Kortetermijnbeslissingen kunnen op de lange termijn tegen je werken. Als aanvoerder moet je respect hebben voor de teamspelers. Als ze niet goed genoeg bezig zijn moet je ze weer motiveren om terug in de basis te komen.

Aan de top blijven

Compliance wordt veelal gezien als een hinderlijke bijkomstigheid. Zeker vanuit commercieel oogpunt. Laten we de zaken eens omdraaien. Concurrentie heeft tegenwoordig weinig meer te maken met kwaliteit. De meeste ondernemingen kunnen binnen hun tak van sport zo ongeveer allemaal het zelfde soort product leveren. Concurrenieren doe je tegenwoordig op andere gronden dan prijs en kwaliteit. Alles is letterlijk en figuurlijk in honderden kleuren en smaken te verkrijgen. Zo zien we dat financiële instellingen

alle dezelfde producten leveren tegen ongeveer dezelfde condities. De concurrentie vindt plaats op 'gevoel'. Een Nederlandse verzekeraar adverteert momenteel met integriteit als essentieel onderdeel van haar DNA. Compliance biedt integriteit, zekerheid, continuïteit. Kortom; compliance biedt een veilig gevoel. Compliance is emotioneel gelieerd aan veiligheid en kan daardoor een uiterst overtuigend sales/marketinginstrument zijn. Compliance zorgt voor continuïteit en kan de organisatie in de top van de markt zetten en behouden.

Probeer aan de top te komen en aan die top te blijven. De concurrentie staat ook niet stil, dus voortdurend op de hoogte blijven van nieuwe ontwikkelingen die ervoor kunnen zorgen dat je je concurrentie een stap voor kunt blijven is noodzakelijk. De markt van de compliance officer is een dynamische markt. Als sporter word je altijd getest door je concurrenten. Aan de top komen van je discipline is minder moeilijk dan aan de top blijven. Om aan de top te blijven kun je als sporter denken aan technologische ontwikkelingen van de schoenen, verbeteringen in trainingsmethodes. Bijvoorbeeld apparatuur voor het testen van de fitheid van de sporter, en zodoende daar de training beter op af te stemmen. Wil de compliance officer aan de top blijven staan, dan zal hij steeds de meest efficiënte werkwijzen binnen zijn organisatie moeten toepassen met als leidraad het behoud van de hoogst mogelijke kwaliteit.

*drs. Tom Loonen en mr. drs. Edwin Weller**

De BEM-clausule: tussen theorie en praktijk

1. Inleiding

Degene die in het kader van 'estate planning' of anderszins gelden overdraagt aan (klein)kinderen dan wel uit anderen hoofde het vermogen van een minderjarige beheert krijgt te maken met artikel 1:350 BW.

In deze bijdrage zullen wij, aan de hand van de wetgeschiedenis van artikel 1:350 BW, analyseren waarom het kennelijk niet mogelijk is om met een BEM-rekening te beleggen in effecten (zonder de machtiging van de kantonrechter).

Ook zullen wij een alternatief aanreiken; een gewone beleggingsrekening met een passend risicoprofiel. Aan deze rekening hebben wij de vraag gekoppeld hoever de zorgplicht van een effectenbemiddelaar in dezen geldt. Een antwoord op deze vraag hebben wij getracht in het laatste hoofdstuk te formuleren. Tot slot bespreken we enkele praktische vraagstukken.

2. Het juridische kader van de 'BEM'-clausule

De theorie

Artikel 1:350 BW bepaalt:

1. De voogd draagt zorg voor een doelmatige belegging van het vermogen van een minderjarige.
2. Hij behoeft voor elke belegging van gelden van de minderjarige machtiging van de kantonrechter. Nochtans mag hij, voor zover de kantonrechter niet anders bepaalt, zonder diens machtiging gelden ten name van de minderjarige beleggen bij een ingevolge artikel 52 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 geregistreerde kredietinstelling

* Tom Loonen is senior bankier bij Insinger de Beaufort en verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, Edwin Weller is directeur Compliance bij Robeco. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan prof. mr. C.E. du Perron en mevr. mr. G. Voorhorst voor hun bijdrage aan dit artikel.

op rekeningen bestemd voor de belegging van gelden van minderjarigen, met het beding dat de gelden alleen worden terugbetaald met machtiging van de kantonrechter.'

Lid 1 geeft de voogd een heldere opdracht, te weten: 'een doelmatige belegging van het vermogen van een minderjarige'. Bij het uitvoeren van deze opdracht heeft hij voor elke belegging de machtiging van de kantonrechter nodig. Daarop is een uitzondering, namelijk ingeval belegd wordt op de in lid 2 bedoelde rekening, waaraan het beding is gekoppeld dat de gelden alleen worden terugbetaald met machtiging van de kantonrechter. In de praktijk wordt deze rekening met 'BEM-rekening' aangeduid. Voor zover bekend bestaan er geen BEM-rekeningen die het mogelijk maken te beleggen in effecten. Dit impliceert dat voor elke belegging in effecten de machtiging van de kantonrechter is vereist.

Uit dit artikel 1:350 BW volgt dat de voogd voor elke belegging van gelden van de minderjarige de machtiging van de kantonrechter nodig heeft. In lid 2 is daarop één uitzondering geformuleerd. De voogd mag zonder de machtiging van de kantonrechter beleggen bij een (kortgezegd) geregistreerde bank, op een rekening die is bestemd voor de belegging van gelden van minderjarigen, met het beding dat de gelden alleen worden terugbetaald met de machtiging van de kantonrechter. In de praktijk wordt een dergelijke rekening aangeduid met de term: een BEM-rekening.

In de praktijk blijkt dat financiële instellingen de BEM-clausule op verschillende wijze uitleggen. Aan de afkorting 'BEM' worden namelijk diverse betekenissen toegekend. Enkele voorbeelden zijn: 'Belegging Effecten Minderjarigen', 'Bewind en Minderjarigen', 'Belegging Eigen vermogen Minderjarigen' en 'Belegging Erfenis en andere gelden Minderjarigen'.

Via artikel 1:253k BW is artikel 1:350 BW ook van toepassing op het bewind van de gezamenlijke ouders. De 'M' staat in ieder geval voor de afkorting van 'Minderjarig'. Anders gezegd: de BEM-clausule heeft werking tot het moment dat een kind meerderjarig wordt. Tot dat moment voeren de ouders gezamenlijk het bewind over het vermogen van het kind (art. 1:253i BW)¹.

Interessant is nu om de invulling van artikel 1:350 lid 2 BW nader te bezien. Met name wat bedoeld wordt met de in de tweede zin bedoelde 'uitzonderingen' op het beginsel dat de goedkeuring van de kantonrechter nodig is voor het beleggen van de gelden van de minderjarige. Beleggen via een bank op een rekening bestemd voor de belegging van gelden van minderjarigen duidt niet onmiddellijk op het openen van een junior(spaar)rekening².

Toch lijkt de beschikbare literatuur en de wetsgeschiedenis dat aan te geven. In Asser-de Boer (Kluwer 2002, p. 712) kan worden gelezen:

'De voogd behoeft voor elke belegging van gelden van de minderjarige de machtiging van de kantonrechter (art. 350 lid 2). Uitzonderd zijn, voorzover de kantonrechter niet anders bepaalt, de in de tweede zin van lid 2 aangewezen

beleggingen ... (curs. TL/EW)'. Met 'aangewezen beleggingen' wordt kennelijk bedoeld op 'rekeningen bestemd voor de belegging van gelden van minderjarigen'.

Een verdere beschrijving hebben wij in Asser-de Boer niet kunnen vinden.

Zoals uit de hierna volgende citaten zal blijken is het BW diverse malen aangepast. De ontwerpтекст luidde:

'Art.1.15.12.12.: Zonder machtiging van de boedelrechter mag de voogd de penningen van de minderjarige niet anders beleggen dan: in onroerende zaken; in schulden, verzekerd door eerste hypotheek op onroerende zaken of schepen, waarvan de waarde ten minste anderhalf maal zo groot is als de hoofdsom van de schuld; in waarden, genoemd in artikel 5 van de Beleggingswet; in beleggingen bij de Rijkspostspaarbank op boekjes bestemd voor de belegging van gelden van minderjarigen'.³

En in 1937 is door de toenmalige minister in de memorie van toelichting op de kindwetten ter zake gesteld:

'Opgemerkt zij nog, dat de in artikel 438, onder c, bedoelde waarden die zijn, waarin de Rijksfondsen en de gelden der Rijkspostspaarbank belegd mogen worden. De mogelijkheid van beleggingen in andere effecten is niet uitgesloten, maar het is wel gewenst, dat de voogd daartoe niet zonder machtiging overgaat'.

In de memorie van toelichting wet van 1964, wordt lid 1 als volgt toegelicht:

'In het eerste lid, bepalende dat de voogd verplicht is zorg te dragen voor een doelmatige belegging, ligt besloten dat hij niet in alle gevallen aansprakelijkheid kan ontlopen door belegging op een der in lid 2 zonder machtiging toegelaten manieren ... Onder omstandigheden dient hij te overwegen, of hij machtiging behoort te vragen tot belegging op andere, meer vruchtdragende wijze, en zo ja voor welke wijze van belegging. Voorts zal hij, de machtiging gevraagd en verkregen hebbende, bij het gebruik daarvan met de nodige zorg te werk moeten gaan. Dit is met name van belang als de machtiging min of meer algemeen is gesteld. Opmerking verdient nog dat de bepaling spreekt van doelmatige belegging van het vermogen, niet slechts van de penningen van de minderjarige, teneinde tot uitdrukking te brengen, dat de voogd niet onder alle omstandigheden kan volstaan met belegging van vrijgekomen gelden onder handhaving van eenmaal bestaande beleggingen'.⁴

1. Aan de vele varianten op het gebied van de verzorging en opvoeding van kinderen, de gezamenlijke bewindvoering en de daaraan verbonden bevoegdheidsvraagstukken zullen wij in dit artikel geen aandacht schenken.
2. Zie R.A. Dozy, 2003 (*T&C BW*) art. 1:350 BW, waarin zij spreekt van een 'junior (spaar)rekening'.
3. Onze gedachten gaan daarbij uit naar de bekende 'zilvervlootrekeningen'.
4. Zie *Personen- en familierecht* (losbl.), art. 1:350 BW.

In de Parlementaire Geschiedenis (p. 686) kan nog worden gelezen dat het zinvol werd geacht dat voor iedere belegging van betekenis het advies van de boedelrechter nodig is.

Tussenconclusie

De conclusie tot zover lijkt dat een historische uitleg van lid 2 van artikel 350 BW de huidige praktijk van banken rechtvaardigt. Immers de wetgever heeft kennelijk de bedoeling gehad dat voor iedere belegging van betekenis het advies van de rechter nodig is en is het mitsdien niet mogelijk via een BEM-rekening te beleggen in effecten zonder machtiging van de kantonrechter.

Wat ons betreft kan deze conclusie de toets van de huidige praktijk niet doorstaan. Er kan niet meer worden gesteld dat het storten van gelden op een spaarrekening voldoet aan de praktische beleving van het begrip 'doelmatig beleggen', zoals geformuleerd in lid 1 van artikel 1:350 BW. Het verdient derhalve de aanbeveling deze bepaling te herzien dan wel door te halen. Wat ons betreft kan worden volstaan met lid 1. Ook zonder lid 2 zijn de vertegenwoordigers aansprakelijk voor een niet-doelmatige belegging.⁵

3. Beleggen voor minderjarigen

De praktijk

Zoals volwassenen door de rechter in voorkomende gevallen verminderd handelingsbekwaam worden *verklaard*, zo zijn minderjarige kinderen *van rechtswege* handelingsonbekwaam en worden zij (in beginsel) wettelijk vertegenwoordigd door beide ouders. Het gezag heeft onder andere betrekking op het bewind over het vermogen van een minderjarige.⁶ Onder dit vermogen valt zowel hetgeen de minderjarige van ouders, grootouders etc. heeft gekregen alsmede hetgeen de minderjarige zelf (uit bijvoorbeeld arbeid) heeft verdiend. De ouders moeten daarbij het bewind over het vermogen van hun kind als goede bewindvoerders voeren.⁷ Net als bij bewindvoering voor meerderjarigen moet het uitgangspunt zijn dat de wettelijk vertegenwoordigers het vermogen van een minderjarige 'doelmatig' beleggen.⁸ De letterlijke betekenis van het woord 'doelmatig' betekent 'geschikt voor het doel'. Deze betekenis verklaart ook waarom de BEM-rekening⁹ niet meer populair is. Hiertoe zijn vier redenen aan te voeren:

1. de wet voorziet niet in de wens van ouders om gelden voor hun kinderen te beleggen in financiële instrumenten;
2. het beleggen in zakelijke waarden kan een economische functie hebben in het bereiken van een geformuleerd doel;
3. het niet volgen van de wet heeft doorgaans weinig consequenties; en
4. een zuivere onderbewindstelling eindigt niet van rechtswege op het moment dat een kind meerderjarig wordt en kan worden gecontinueerd tot een te bepalen leeftijd.¹⁰

Formeel moet voor elke belegging van gelden in effecten van de minderjarige een machtiging van de kantonrechter

worden verkregen.¹¹ In de praktijk blijkt dat de volmacht van de kantonrechter veelal niet is verkregen en wordt op naam van een minderjarige een 'reguliere' beleggingsrekening geopend. Alhoewel dit juridisch niet correct is, blijken de beleggingshandelingen rechtsgeldig te zijn.¹² Deze zienswijze wordt bevestigd door de Klachtencommissie DSI (KCD)¹³. Zij stelt in haar uitspraak 01-61: 'verweerder kan niet worden verweten, dat hij heeft meegewerkt aan een belegging, waarvoor klager geen toestemming van de kantonrechter – aangenomen dat deze in het onderhavige geval vereist zou zijn geweest – had verkregen'.

Uit deze uitspraak volgt tevens dat bij een belegging voor een minderjarige weliswaar geen grote risico's mochten worden genomen, maar dat dit standpunt niet hoeft in te houden dat de belegging die voor de lange termijn bedoeld was, tussentijds niet in waarde zou mogen fluctueren. In deze specifieke zaak was de cliënt op het koersrisico gewezen en bleek dat de desbetreffende adviseur verschillende beleggingsalternatieven had aangeboden. De KCD oordeelt: 'In het algemeen wordt aangenomen dat een gespreide belegging in aandelen van gerenommeerde ondernemingen op lange termijn voordelen heeft boven een belegging in vastrentende waarden en niet minder veilig is. Daarom kan niet worden gesteld dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur dit advies niet had mogen geven'. Recente uitspraken van de KCD met betrekking tot het beleggen voor minderjarigen – anders dan in het kader van aandelenlease – zijn niet voorhanden. Deze uitspraak lijkt ons ook in lijn met de arresten van de Hoge Raad over de invulling van de zorgplicht van banken jegens cliënten, welke in paragraaf 4 aan de orde zal komen.

Het feit dat de voornoemde handelingen rechtsgeldig zijn, doet echter niet af aan het feit dat de ouders bij slecht bewind voor de daaraan te wijten schade aansprakelijk

5. Zie ook *Personen- en familierecht* (losbl.), art. 1:350 lid 1 BW.

6. Art. 1:245 lid 4 BW.

7. Art. 1:253j BW. Zie ook HR 7 juni 1991, *NJ* 1992, 25: 'Ook al voert de toeziende voogd zelf geen beheer, het toezicht op het beheer van een ander – door de moeder is gesteld, dat haar familie vermogend is en het daarom niet is uitgesloten dat de kinderen in het bezit zullen komen van vermogen – vereist een zeker inzicht in financiële aangelegenheden, hetwelk het hof kennelijk bij de vader in onvoldoende mate aanwezig acht.'

8. Zie art. 1:253k jo. art. 350 lid 1 BW.

9. In de praktijk wordt het beding dat de gelden alleen worden terugbetaald met machtiging van de kantonrechter, veelal uitdrukkelijk op de handtekeningenkaart vermeld. Daarmee is het een rekening geworden met een BEM-clausule.

10. Zie art. 1:431 e.v. BW.

11. Zie art. 1:253k jo. art. 350 lid 2 BW.

12. Zie art. 1:253k jo. art. 352 BW.

13. Een bindend adviesorgaan waarbij eenieder die meent dat hij door het handelen of nalaten van een aan DSI-deelnemende instelling in het kader van effectendienstverlening direct in zijn belang is getroffen, een claim (eis tot schadevergoeding) kan indienen.

zijn.¹⁴ Dit impliceert dat indien verliezen op de beleggingen, als gevolg van slecht bewind, worden geleden, een minderjarige zijn ouders aansprakelijk kan stellen.

Een analogie

Over de invulling van het begrip 'doelmatig beleggen' ten behoeve van minderjarigen is niet veel geschreven. Mede daarom hebben wij bij de invulling van dit begrip aansluiting gezocht bij hetgeen hierover is geschreven voor het beleggen ten behoeve van onder bewind gestelden. Het juridische kader bij deze twee is namelijk gelijk. In haar brochure schrijft het Ministerie van Justitie over de rol van de bewindvoerder¹⁵: 'hij dient er te allen tijde voor te zorgen dat de onderbewindgestelde goederen in stand blijven en goed worden geëxploiteerd.' Het goed exploiteren kan vervolgens voor diverse uitleg vatbaar zijn. Van Dale noemt dit 'het winstgevend maken'. Met andere woorden: er zullen directe of indirecte inkomsten gegeneerd moeten worden die hoger zijn dan de gemaakte kosten. Het Landelijk Overleg Kantonsector voorzitters heeft in 2003 enige aanbevelingen gedaan voor het beleggen van gelden ten behoeve van onder bewind gestelde meerderjarigen. Met betrekking tot het beheer van gelden is het volgende opgemerkt: 'Voor beheershandelingen (het conserveren, normaal exploiteren en doelmatig beleggen van vermogen, waaronder ook valt: het binnen de grenzen van een door de kantonrechter goedgekeurd en hooguit gematigd defensief beleggingsplan wisselen van aandelen en obligaties) ten aanzien van de onder het bewind vallende goederen behoeft de bewindvoerder geen toestemming van de rechthebbende of machtiging van de kantonrechter'.

Een vergelijking van beleggen voor minderjarigen met vergoeden aan minderjarigen in verband met letselschade is mogelijk. Regelmatig blijkt in de praktijk dat het verkregen vermogen uit een letselschade directe inkomsten ter aanvulling op het inkomen moet opbrengen én op langere termijn in een pensioen(aanvulling) moet voorzien. In de praktijk betekent de doelstelling dat er een beleggingstechnische contradictie¹⁶ kan ontstaan. Indien het vermogen in stand moet blijven, dan zal dit redelijkerwijs betrekking hebben op de initiële investering gecorrigeerd voor inflatoire en fiscale druk. Om in beide behoeften zo veel mogelijk te voorzien, is het raadzaam in beginsel een profiel gericht op vermogensbehoud¹⁷ aan te houden.

Kan het vermogen van minderjarigen ook risicovoller worden belegd? Wij zijn van mening dat dit in bepaalde omstandigheden kan.¹⁸ Indien blijkt dat elders al voorzieningen zijn getroffen – waardoor in de verzorging van de minderjarige kan worden voorzien – en de horizon voldoende lang is, kan een offensiever profiel (als onderdeel van een groter geheel) worden aangegaan. Dit dient expliciet schriftelijk aan de cliënt – in casu de bewindvoerder of de wettelijk vertegenwoordiger – bevestigd te worden, bijvoorbeeld in het beleggingsvoorstel. Keerzijde van de medaille is dat wanneer de beleggingsdeskundige op de hoogte is van deze voorzieningen elders, ook periodiek moet worden nagegaan wat de ontwikkelingen ten aanzien van deze voorzieningen zijn en of op basis hiervan de

beleggingsportefeuille bij de bank moet worden aangepast. Dit legt een aanzienlijk (administratief) beslag op de beleggingsdeskundige en brengt een grote mate van verantwoordelijkheid met zich.

4. Is er een 'bijzondere zorgplicht' van toepassing?

In welke omstandigheden rust er een 'bijzondere zorgplicht'¹⁹ op de bank? In het hiernavolgende zullen wij uiteenzetten dat er geen algemene waarschuwingsverplichting is, maar er wel een specifieke waarschuwingsplicht is in het geval van het beleggen van gelden in effecten ten behoeve van minderjarigen. Die verplichting ontstaat in het geval er sprake is van een beleggingsbeleid met een sterk speculatief karakter.

Uitgangspunt hiertoe is artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) die van toepassing zijn op Nederlandse bankinstellingen. Dit artikel leert: 'De bank dient bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Zij zal daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houden, met dien verstande dat zij niet gehouden is gebruik te maken van bekende niet openbare informatie, waaronder koersgevoelige informatie'.

Een middel teneinde aan artikel 2 van de ABV te kunnen voldoen is beschreven in artikel 28 van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002. Dit artikel be-

14. Zie art. 1:253j BW.

15. Zie: 'Curatele, bewindvoering en mentorschap' van 30 oktober 2003.

16. Wanneer het gaat om een kapitaal dat is uitbetaald met een bepaald doel, bijvoorbeeld in geval van schadevergoeding, doet de beleggingsdeskundige er goed aan om zich daarvan te vergewissen. Het is immers van groot belang te weten of het kapitaal in stand moet blijven of dat het juist de gedachte is geweest dat na het verstrijken van de looptijd waarover schade wordt vergoed, het kapitaal is opgebruikt ter periodieke bestrijding van kosten. Dit zal waarschijnlijk van invloed zijn op de verplichtingen die in het kader van het beleggen worden aangegaan. Vergoeding van materiële schade, bijvoorbeeld verzorgingskosten, betekent dat de betrokkene die kosten feitelijk uit het kapitaal moet kunnen bestrijden. Vergoeding van immateriële schade (betaling van smartengeld) zou moeten betekenen dat de betrokkene daarmee het leven kan veraangename. Dit soort kapitalen zijn niet voor de erfgenamen bestemd.

17. Met 'vermogensbehoud' doelen wij op een portefeuille die voor een aanzienlijk percentage in vastrentende waarden en alternatieven (bijvoorbeeld vastgoed, defensieve hedgefonds) is belegd. In een dergelijke portefeuille stellen wij het aandelenbelang op maximaal 30%.

18. Vergelijk in dit verband de problematiek van het beleggen van pensioenvermogen. Voor een uitgebreide uiteenzetting verwijzen wij naar het artikel van J. Koelewijn, 'Beleggen en pensioenopbouw: werkt de zorgplicht contra-productief?', in vakblad *Financiële Planning* 2004-5 en T. Loonen, 'Beleggen van vermogen in een pensioen-BV', in: *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2004-9.

19. Zie voor uiteenzetting over bijzondere zorgplicht: K. Frielink, 'De zorgplicht en bijzondere zorgplicht van effecteninstellingen, Bank- en Effectenrecht', *JORplus* 2002, E.J. Weller, 'De Zorgplicht van een effectenadviseur, de maatschappelijke functie van een effecteninstelling', *TvCo* 2002, p. 69-75; C.E. du Perron, *Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht, Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 185-198, en E.J. Weller, 'Paternalisme in het effectenrecht', *TvCo* 2003, p. 69.

paalt: 'Een effecteninstelling wint in het belang van haar cliënten informatie in betreffende hun financiële positie, hun ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en hun beleggingsdoelstellingen, voorzover dit redelijkerwijs relevant is bij de uitvoering van de door de effecteninstelling te verrichten diensten. De effecteninstelling legt deze informatie schriftelijk dan wel elektronisch vast'. Los van de discussie die kan worden gevoerd over de redactie van artikel 28 lid 1, zal een juiste toepassing er in ieder geval toe behoren te leiden dat de bank zich ervan heeft vergewist of de cliënt minderjarig is. De bespreking van dit onderwerp zullen wij splitsen in de fase voorafgaand aan het uitvoeren van de effectenorders en het uitvoeren van de opgegeven effectenorders.

Fase vóór uitvoering effectenorders

W.M. Schonewille heeft in dit verband verdedigd²⁰ dat de zorgplicht van de bank zo ver behoort te gaan dat het de bank niet is toegestaan effectenorders uit te voeren, zolang de bank niet in het bezit is van de (schriftelijke) machtiging van de kantonrechter. Wij kunnen ons met deze stelling niet verenigen. Als bij uitstek gespecialiseerd en deskundig op het gebied van effecten behoort de bank de vertegenwoordiger(s) van de minderjarige cliënt te wijzen op de bepaling van artikel 1:350 BW. Ook artikel 352 BW sterkt ons: 'Ondanks het ontbreken der vereiste machtiging zijn handelingen, door de voogd verricht in strijd met artikel 350 of artikel 351, geldig'. Daarmee stopt het wat ons betreft. Het is aan de vertegenwoordigers zelf om te bepalen of zij wel of niet de goedkeuring van de kantonrechter willen volgen.

Fase van het uitvoeren van effectenorders

Als vertrekpunt nemen wij de reeds eerder genoemde uitspraak van de KCD onder nummer 01-61. Deze uitspraak leidt ons naar de zorgplicht van de bank bij het uitvoeren van de effectenorders. Het is niet de bedoeling een uitgebreid exposé te geven over de omvang van de zorgplicht. Waar het ons in dit artikel om gaat is de grens van die zorgplicht te verkennen in het geval de vertegenwoordigers van de minderjarige cliënt op eigen initiatief een effectenorder doorgeven. Dit betekent derhalve alle situaties met uitzondering van het vermogensbeheer.²¹

De uitspraak van de Klachtencommissie DSI lijkt ons namelijk ook in lijn met de arresten van de Hoge Raad over de invulling van de zorgplicht van banken jegens cliënten en meer in het bijzonder de arresten in de zaken *ING/Dinkgreve* (NJ 1997, 260) en *MeesPierson/Erven ten Bos* (NJ 1999, 285). In de zaak *ING/Dinkgreve* is de casus – kort gezegd – als volgt: Een cliënt heeft via de bank deelgenomen aan de handel in effecten en daarbij onder andere ongedekt opties geschreven. De shortposities werden door de cliënt ingenomen zonder dat hij daarbij heeft voldaan aan de marginverplichtingen. De bank had de cliënt wel geïnformeerd over de hoogte van de marginverplichting, maar hem niet verzocht zekerheid te verstrekken. Het Gerechtshof Amsterdam overweegt in r.o. 3.2: 'Gelet op de zeer hoge risico's, die de cliënt bij de handel in opties kan lopen is de bank als bij uitstek professioneel en deskundig op dit terrein vooral jegens particuliere, niet

professionele cliënten tot een bijzondere zorgplicht gehouden'. Het gerechtshof komt vervolgens tot de conclusie dat de bank haar zorgplicht niet is nagekomen. De desbetreffende transactie had zij bij gebreke van voldoende 'margin' niet mogen uitvoeren en bovendien is de bank ten aanzien van deze cliënt, die slechts beschikte over een beperkte deskundigheid en bescheiden financiële positie, tekortgeschoten in haar waarschuwingsplicht.

In cassatie wordt verdedigd dat niet valt in te zien waarom deze zorgplicht er niet toe zou strekken, dat de bank er tevens op zou moeten toezien, dat de cliënt zijn vermogen niet lichtvaardig verspeelt en alleen een rol speelt ingeval de (particuliere) cliënt zodanige verplichtingen aangaat, dat moet worden gevreesd dat hij deze niet (meer) kan nakomen. Het cassatiemiddel gaat dan verder: 'Met andere woorden: de zorgplicht van de bank gaat ook zover, dat zij de (particuliere) cliënt behoort te waarschuwen, indien deze – ook met zijn aanwezige middelen, respectievelijk door middel van gedekt krediet – zodanig riskante transacties entameert, dat zijn vermogen – althans een aanmerkelijk deel daarvan – op het spel zet'.

De A-G Mok concludeert tot verwerping van het beroep op een algemene waarschuwingsplicht:

'Ik zou menen dat de door het hof geformuleerde zorgplicht zulk een waarschuwingsplicht niet als algemeen geldende regel meebrengt, al zou ik niet willen uitsluiten dat in een bepaald geval wel een waarschuwingsplicht bestaat. Te bedenken is dat een waarschuwing als hier bedoeld een vorm van bevoogding is: de bank waarschuwt een cliënt dat deze onvoorzichtig met diens eigen geld omgaat'.

De Hoge Raad verwerpt het beroep op een dergelijke algemene waarschuwingsplicht eveneens:

'4.2.1 Onderdeel 2.1 strekt ten betoge dat de door het Hof aangenomen zorgplicht van de bank niet alleen de vraag betreft of de cliënt een eventueel verlies kan dragen, maar ook ertoe strekt dat de bank een (particuliere) cliënt behoort te waarschuwen, indien zo riskante transactie aangaat dat zijn vermogen, althans een aanmerkelijk deel daarvan, op het spel wordt gezet. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld. Door niet uit te gaan van een in alle gevallen bestaande waarschuwingsplicht, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting'.

In de zaak *MeesPierson/Erven ten Bos* komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de bank in dat specifieke geval wel een waarschuwingsplicht heeft. In deze casus gaat het om

20. Zie art. van 30-04-2002 op <www.IEX.nl>.

21. Bij vermogensbeheer handelt de vermogensbeheerder immers op grond van een volmacht namens de cliënt. Hij draagt daarmee de verantwoordelijkheid voor de transactie. Anders is het bij *execution-only* en beleggingsadvies. Daar ligt de verantwoordelijkheid in beginsel bij de cliënt en is het de vraag wat de omvang van de zorgplicht van de bank is.

belangen van minderjarige kinderen. Krachtens testament verkreeg de moeder het vruchtgebruik van het vermogen van haar overleden echtgenoot, terwijl de minderjarige kinderen ieder voor de helft blooteigenaar van het vermogen werden. Moeder verleende vervolgens aan een derde een algemene volmacht ter uitoefening van haar rechten en ter waarneming van haar belangen. Deze derde heeft het vermogen, geadmistreerd bij MeesPierson, belegd in onder meer Amerikaanse aandelen. Er werd op eigen initiatief gehandeld. De aankoopprijs van de aandelen werd van MeesPierson geleend in Amerikaanse dollars. Tegenover deze debetstand in Amerikaanse dollars stonden een oorspronkelijke hoger tegoed in guldens en aandelen. Ten gevolge van een stijging van de Amerikaans dollars en de daling van de waarde van de aandelen in 1981 bood het tegoed in guldens onvoldoende dekking voor de lening. Uiteindelijk zijn de aandelen met verlies verkocht. De schade is begroot f 513 728. Niet staat vast wie rekeninghouder was, moeder en/of kinderen. Vast staat wel dat er geen sprake was van een rekening in de zin van art. 1:350 BW.

In cassatie is onder meer aan de orde de rechtsvraag in hoeverre op een bank een waarschuwingplicht rust ingeval – door middel van een bij een bank lopende (beleggings)rekening – een beleggingsbeleid wordt gevolgd met een sterk speculatief karakter.

De A-G De Vries Lentsch-Kostense formuleert de bijzondere zorgplicht als volgt:

‘15 Terecht is het Hof – gezien zijn verwijzing naar de maatschappelijke functie van banken – ervan uitgegaan dat op een bank een bijzondere zorgplicht rust die ten opzichte van haar cliënten zijn grondslag vindt in hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zie over die zorgplicht ten opzichte van cliënten ook de Algemene Bankvoorwaarden die zowel in de oude als de nieuwe versie voorschrijven dat de bank naar beste vermogen rekening zal houden met de belangen van haar cliënt. Wat die contractuele zorgplicht inhoudt moet worden beoordeeld naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid overeenkomstig de aard van de contractuele verhouding met de cliënten meebrengen; zie Uw arrest 23 mei 1997, *RvdW* 1997, 128C. Van een algemene waarschuwingplicht kan geen sprake zijn; zie ook Uw arrest van 24 januari 1997, *NJ* 1997, 260. Onder omstandigheden kan echter wel degelijk op de bank een waarschuwingplicht rusten die ten opzichte van particulieren verder zal gaan dan ten opzichte van professionele deskundigen’.

De Hoge Raad heeft deze conclusie overgenomen:

‘3.6.2 De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Het Hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door – voorschijns uitgaande van de veronderstelling dat de Bank zich ervan bewust was, althans behoorde te zijn. Dat de beleggingen betrekking hadden op de vermogensbelangen van minderjarigen – te oordelen dat de Bank zich de belangen

van Ten Bos c.s. behoorde aan te trekken door ten minste hun wettelijke vertegenwoordigster te waarschuwen toen de Bank constateerde dat de door Ten Cate gegeven opdrachten strijdig waren met het uitgangspunt dat het vermogen van minderjarigen op niet speculatieve wijze behoort te worden belegd. ...

3.6.3 Anders dan in onderdeel 4 wordt aangevoerd, is het geenszins onbegrijpelijk dat het Hof zich door de omstandigheid dat Ten Cate door Ten Bos-Mathyi was gemachtigd om het nagelaten vermogen te beheren en ook zelf gevollmachtigde was met betrekking tot de beleggingsrekening, niet heeft laten weerhouden van het oordeel dat de Bank – verondersteld dat zij wist of behoorde te weten dat de belangen van minderjarigen in het spel waren – Ten Bos-Mathyi als wettelijk vertegenwoordiger had behoren te waarschuwen toen viel te constateren dat het beleggingsbeleid van Ten Cate een sterk speculatief karakter had.

De Bank – verondersteld dat zij wist of behoorde te weten dat de belangen van minderjarigen in het spel waren – had Ten Bos-Mathyi als wettelijk vertegenwoordigster behoren te waarschuwen toen viel te constateren dat het beleggingsbeleid van Ten Cate een sterk speculatief karakter had’.

Ons inziens leidt deze overweging tot de conclusie dat de bevoogding van banken beperkt is tot die van een waarschuwing indien er sprake is van mogelijk zeer grote risico's. Bij minderjarigen is dat het geval indien er een beleggingsbeleid wordt gevolgd met een 'sterk speculatief karakter'.²² De wijze waarop die waarschuwing moet plaatshebben hangt mede af van de deskundigheid van de cliënt en de overige omstandigheden van het geval. Als er al geen algemene waarschuwingplicht is, kan er ons inziens ook geen sprake zijn van een verdere bevoogding en dus ook niet een verplichting om een cliënt niet toe te staan een bepaalde speculatieve transactie te (doen) verrichten. Ook in die gevallen dat een waarschuwing op zijn plaats is, volstaat een deugdelijke waarschuwing. In het geval men in weerwil van de waarschuwing de transactie wil doorzetten, is de bank niet verplicht de beoogde transactie te weigeren.

5. Tot slot

In de wet staat dat de ouders, voordat het vermogen van minderjarigen belegd kan worden in effecten, een machtiging van de kantonrechter nodig hebben. Vergeten de ouders de machtiging te vragen, dan blijven de gedane effectentransacties geldig. Maar als er problemen ontstaan en de minderjarige forse verliezen lijdt, zou hij zijn ouders wegens slecht bewind aansprakelijk kunnen stellen.

22. In dit verband is het verwarrend dat de HR in r.o. 3.6.2 de termen 'niet speculatieve wijze' gebruikt en in r.o. 3.6.3 de termen 'sterk speculatief karakter'. Voorts is het onduidelijk waarom de HR niets zegt over het feit of de belegging wel of niet doelmatig is. Dat is immers de opdracht van Ten Bos-Mathyi.

Ter voorkoming hiervan kunnen de beleggingsdeskundige en/of de compliance officer een constructieve bijdrage leveren door:

1. de ouders te attenderen op de in artikel 1:350 lid 2 BW opgenomen verplichting om een machtiging van de kantonrechter te vragen;
2. zorgvuldig opstellen van het cliëntenprofiel, als bedoeld in artikel 28 van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002; een dergelijk profiel hoeft niet altijd te leiden tot een zeer conservatief profiel, zulks hangt immers te zeer af van een financiële positie en de geformuleerde beleggingsdoelstellingen. Feit blijft dat het beleggen in aandelen voor de lange termijn, op historische gronden, meer rendement levert dan een belegging in obligaties;
3. rekening te houden met gewijzigde omstandigheden; reviseer met regelmaat de afgesproken invulling van het profiel;
4. in het geval de ouders een transactie opgeven die leidt of zal leiden tot een afwijking van het gekozen profiel, de ouders terzake tijdig te informeren. Indien de transactie kan worden gekwalificeerd als 'sterk speculatief'

(zie noot 22) dan volstaat een informatiebericht niet, maar zal de beleggingsdeskundige de ouders behoren te waarschuwen. De inhoud van deze waarschuwing hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval. Uit de recente uitspraak KCD 05-156 blijkt overigens dat het sowieso zinvol kan zijn betrokken partijen schriftelijk te waarschuwen²³. Wenst de ouder de transactie – in weerwil van de waarschuwing – door te zetten, dan is het aan de beleggingsdeskundige deze transactie uit te voeren. De transactie is, en blijft, tot de verantwoordelijkheid behoren van de ouders. Het voorenstaande wordt anders in het geval de aanwezige 'saldi' onvoldoende zijn om aan de verplichtingen te voldoen die voortvloeien uit de beoogde transacties. Artikel 28 lid 2 van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 laat immers een dergelijke uitvoering niet toe.

23. KCD 05-156 heeft betrekking op de waarschuwingsplicht van een bank met betrekking tot effectentransacties verricht in opdracht van een voormalig market maker.

A. de Jong*

Reacties van lezers

Sancties versus zorgplicht; is de oplossing erger dan de kwaal?

Met belangstelling las ik een reactie in het Tijdschrift voor Compliance (TvCo 2006-1) van de hand van mijn goede vriend en collega David Pijpe (ABN Amro) naar aanleiding van de column 'CDD en de Dolby ruisonderdrukker' van Mark van Driel (TvCo 2005-5). Zoals ik het lees gaat het in die column om de vraag of de aanwezigheid van 'ruis' (lees: het vermoeden van de bank dat de integriteit van hun relatie niet of niet langer buiten twijfel staat) zou moeten volstaan om in redelijkheid afscheid te mogen nemen van die relatie.

Het risico dat onderkend wordt is de uitsluiting van de diensten van de financiële instelling voor de persoon in kwestie op basis van niet bewezen vermoedens. Dit kan als discriminatie worden aangemerkt. Een en ander zou je dus kunnen vertalen naar de vraag of de zorgplicht van een financiële instelling (voor haar stakeholders) zover moet gaan, respectievelijk zo zwaar moet wegen dat de wens om afscheid te nemen van klanten waarvan de integriteit naar hun overtuiging niet (langer) buiten twijfel staat (KYC/CDD) ondergeschikt zou moeten zijn aan de problemen die dat voor die klant met zich mee zou brengen. Let wel, het gaat hierbij dus om 'verdachte personen' en niet om veroordeelde personen.

Opties

Naast een aantal goede opmerkingen over de te treffen maatregelen bij een continuering van de relatie door een bank noemt Pijpe het opzetten van een bank-of-last-resort

voor de (schijnbaar) minder integere relaties als mogelijke optie. Ik vond dat een interessante gedachte, maar met de nodige haken en ogen, vooral bezien vanuit de boodschap die dat zou uitstralen naar de markt zoals hij zelf ook al aangaf. Persoonlijk vraag ik me wel af hoe twijfelachtig je 'integriteit' moet zijn (want hoe en door wie wordt dat bepaald?) om afgevoerd te mogen/moeten worden naar deze bank-of-last-resort?

Daarnaast roept de gedachte aan specifieke wet- en regelgeving voor een dergelijke bank-of-last-resort bij mij de vraag op of de bestaande wet- en regelgeving niet al ruimschoots volstaat en of er dan eigenlijk niet wederom sprake is van een verschuiving van wat als acceptabel (integriteit) risico wordt gezien door de wet- en regelgevende autoriteiten. Brengt de verschuiving van deze grenzen dan ook met zich mee dat strengere eisen worden gesteld, respectievelijk meer bevoegdheden worden gegeven aan deze bank en haar bestuurders om de toegenomen risico's te kunnen mitigeren?

Oorzaak en gevolg (1)

Al deze gedachten en vragen riepen bij mij een associatie op naar een ander artikel dat ik tegenkwam in De Telegraaf van 20 april 2006 onder de kop; 'Pinverbod voor terrorist'.

* Albert de Jong is compliance consultant bij Northwave BV.