

De zorgplicht van de financieel dienstverlener: **bijzonder of niet?**

Ton Hartlief

Amsterdam 22 september 2023

Agenda

- *bijzondere zorgplicht in rechtspraak van de Hoge Raad*
 - ‘hoofdrol’ voor banken
 - privaatrechtelijke ‘handhaving’ naast publiekrechtelijke
- *op beide fronten nodige gebeurd*
 - inmiddels massieve regulering
 - sector heeft ook ‘maatschappelijke taken’
 - bijzondere zorgplicht als inktvlek verspreid
- *zevenmijlslaarzen; krenten uit de pap*
- *enkele lijn en paar knel- of vraagpunten*
 - contractvrijheid onder druk; ‘tegenstrijdige’ verplichtingen
 - verhouding tot geschreven recht en van rechter tot wetgever
 - hoe bijzonder is de zorgplicht eigenlijk (nog)?

Kiem ligt in de jaren '90

- *particulieren in de optiehandel*
 - HR NJ 1998/192 *Rabobank/ Everaars*
 - HR NJ 1998/660 *Van de Klundert/ Rabobank*
 - bank tekortgeschoten in bewaking margeverplichting
- *bijzondere zorgplicht van de bemiddelende bank*
 - jegens particuliere cliënt
 - mogelijk zeer grote risico's voor cliënt-belegger
 - bij uitstek professioneel en deskundig op dit terrein
 - tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht
- *straf regime*
 - HR NJ 2005/103 *Kouwenberg/ Rabobank*
 - niet voldaan aan gebruikelijke margeverplichting
 - 'voortdurend geweest op risico's en gewaarschuwd dat gehele vermogen gevaar liep, maar moeilijk te overtuigen en eigengereid'
 - tegen moeten houden ondanks uitdrukkelijk verzoek dat niet te doen

Waar komt dit vandaan?

- *eisen van redelijkheid en billijkheid*
 - gelet op aard van contractuele verhouding tussen bank en haar particuliere cliënten
 - art. 6:248 lid 1 BW
- *omvang zorgplicht afhankelijk van omstandigheden geval*
 - eventuele deskundigheid cliënt
 - diens inkomens- en vermogenspositie
 - vraag of bank heeft toegezien op naleving margeverplichtingen en cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht
 - vraag of bank terstond na ontstaan margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd
 - ‘geschreven’ verplichtingen van de bank die onmiskenbaar mede strekken ter bescherming van belangen van de cliënten van de bank
- *‘optiehandel particulieren’ heeft duidelijk model gestaan*

Effectenlease

- *met geleend geld beleggen in effecten; restschuld risico*
 - HR NJ 2012/182 *De Treek/Dexia*
 - HR NJ 2017/9 B./*Dexia*
- *bijzondere zorgplicht professionele dienstverlener tegenover particuliere beleggers*
 - risicovolle aard van effectenleaseproducten
 - eisen van redelijkheid en billijkheid
 - in aanmerking genomen maatschappelijke functie en deskundigheid
- *tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht*
- *reikwijdte zorgplicht afhankelijk omstandigheden geval*
 - mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de wederpartij
 - ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's
 - de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden inclusief de voor haar geldende gedragsregels

Aanbieder tot nodige gehouden

- *particuliere belegger waarschuwen voor het restschuldrisico*
- *onderzoek doen naar diens inkomens- en vermogenspositie*
- *eventueel ontraden de leaseovereenkomst aan te gaan*
- *maar deze zorgplicht gaat niet zo ver dat aanbieder dient te weigeren de leaseovereenkomst te sluiten*
 - *zou geen recht doen aan beginsel contractsvrijheid*
- *‘maar dit staat nergens!’*
 - *‘privaatrechtelijke zorgplicht kan toch niet verder reiken dan gedragsregels in publiekrechtelijke regelgeving!?’*

Van ruilen komt huilen

- *rentederivaat ter bescherming tegen stijging variabele rente*
 - mkb; (semi)publieke instellingen; niet zonder risico's
 - HR NJ 2020/257 *X c.s./ABN AMRO*
- *waarschuwingsplicht professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten*
 - wederpartij die geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben
 - tegen gevaren eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht
 - bijzondere zorgplicht; maatschappelijke functie en deskundigheid
 - reikwijdte afhankelijk van omstandigheden geval
 - mate deskundigheid en relevante ervaringen wederpartij
 - ingewikkeldheid product en de daaraan verbonden risico's
- *staaltje ondernemersbescherming*

Overkreditering

- *overwaarde woningen benut; geleend geld belegd door W&P*
 - hypothecaire leningen verstrekt door SNS
 - ‘SNS had ter voorkoming overkreditering een inkomens- en vermogenstoets moeten uitvoeren!’
 - HR NJ 2017/363 SNS / Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P
- *leningen verstrekt in periode 1999-2003*
 - nog geen specifieke regelgeving ter voorkoming van overkreditering van de consument bij hypothecair krediet
- *waren hypothecair kredietverleners naar ongeschreven recht destijds toch al gehouden te waken tegen overkreditering van consumenten?*
 - (het latere) art. 4:34 Wft destijds al in ontwikkeling
 - verstrekking hypothecair krediet destijds voorwerp zelfregulering
 - maatschappelijke functie bank brengt bijzondere zorgplicht mee
 - reikwijdte afhankelijk van omstandigheden van geval
 - civielrechtelijke zorgplicht kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd

Wat mocht men verwachten?

- *ook destijds duidelijk dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige problemen konden komen*
- *kredietverlenende bank als ter zake kundige in regel beter dan kredietvragende consument in staat gevolgen te overzien*
- *bijzondere zorgplicht bank jegens consument m.b.t. sluiten overeenkomst met hypothecair krediet ook in periode 1999-2003*
 - *vooraf onderzoek naar inkomens- en vermogenspositie om overkreditering te voorkomen*
 - *pas nadien in regelgeving vastgelegd?*
 - *norm al voordien tot ontwikkeling gekomen*
 - *vastlegging in geschreven recht veeleer bevestiging daarvan*
 - *informereren over resultaten van het onderzoek*
 - *waarschuwen bij mogelijk niet verantwoorde kredietverstrekking*
 - *adequaat gewaarschuwd mens die toch wil doorzetten weigeren?*

Een niet-bank is niet een bank

- *Van Lanschot draagt kredietvorderingen over aan Promontoria*
 - leningnemers geconfronteerd met niet-bank
 - hoe zit het dan met bancaire zorgplicht(en)?
 - art. 2 ABV en (bijzondere) zorgplicht in rechtspraak HR
 - prejudiciële vragen rechtbank Amsterdam
 - is kredietvordering bank eigenlijk wel overdraagbaar aan niet-bank?
 - zo ja, rust op niet-bank dan zorgplicht en zo ja welke?
 - invloed (bijzondere) zorgplicht overdragende bank op inhoud van op niet-bank rustende zorgplicht?
 - HR NJ 2021/35 *Immobiele/Promontoria*
- *art. 3:83; bij uitzondering niet-overdraagbaar?*
 - op niet-bank als crediteur rusten (zorg)verplichtingen
 - verschillen niet zodanig van die van bank dat vorderingsrecht slechts door bank zou kunnen worden uitgeoefend

Lesje (bijzondere) zorgplichten

- *bank*
 - art. 2 ABV; verplichtingen uit art. 6:248 lid 1 en eventueel art. 7:401
 - maatschappelijke functie; bijzondere zorgplicht
 - o.m. onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten
 - inhoud en reikwijdte afhankelijk van omstandigheden geval zoals mate van deskundigheid en relevante ervaringen wederpartij, ingewikkeldheid product en daaraan verbonden risico's
 - in geval als onderhavige zijn inhoud en reikwijdte beperkt nu geldlening *niet een ingewikkeld product* is en de cliënt *niet een consument*
- *zorgplichten bank niet als zodanig op niet-bank na cessie*
- *niet-bank en leningnemer na cessie in art. 6:2-rechtsbetrekking*
 - bij vaststelling van hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen van niet-bank: alle omstandigheden van geval
 - ook omstandigheid vordering van bank afkomstig die uit hoofde van die hoedanigheid bepaalde (bijzondere) zorgplichten heeft
 - niet-bank: gedrag mede laten bepalen door gerechtvaardigde belangen leningnemer

Relativering is troef

- *op niet-bank rust eventueel eigen zorgplicht die kan inhouden dat zij zich jegens leningnemer op dezelfde wijze moet gedragen als van redelijk handelende bank kan worden gevergd*
- *inhoud en reikwijdte bijzondere zorgplicht bank beperkt*
 - *geen ingewikkeld product en niet-consument*
- *geen (bijzondere) zorgplicht overgegaan*
 - *toch vergelijkbaar resultaat te behalen onder noemer art. 6:2*
- *ook Tjong Tjin Tai sust de boel in NJ-noot*
 - *sommige aspecten bijzondere zorgplicht niet zo bijzonder*
 - *in essentie verbijzondering redelijkheid en billijkheid die eist dat partijen zich ook belangen wederpartij aantrekken*
 - *bij bijzondere zorgplicht leggen deze belangen nog iets meer gewicht in de schaal*

ING vast in de Freikörperkultur

- HR NJ 2021/352 *Saunaclub Yin Yang*
 - betaalrekening en faciliteit verpakt storten contant geld
 - politiedoorzoeking; onderzoek; bank zegt relaties op
 - opzegging ‘houdt stand’; bank weigert nieuwe relatie
- *hof: contractvrijheid ook voor banken maar niet onbegrensd*
 - daarbij o.m. van belang bijzondere zorgplicht jegens derden
 - feit algemene bekendheid vrijwel onmogelijk zonder betaalrekening deel te nemen aan maatschappelijk verkeer laat staan om een bedrijf te exploiteren
 - voor natuurlijk personen maar ook voor rechtspersonen
 - art. 4:71f Wft betreft alleen consumenten maar dat betekent niet dat contractvrijheid van banken jegens rechtspersonen niet kan worden ingeperkt
 - onder bijzondere omstandigheden kan bank worden verplicht contractuele relatie aan te gaan met rechtspersoon

Hoge Raad laat het gebeuren

- *terecht tot uitgangspunt genomen dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook t.a.v. niet-consumenten de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden*
 - vgl. art. 4:71f Wft voor consumenten
- *terecht laten meewegen dat het zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is deel te nemen aan maatschappelijk verkeer en om een bedrijf te exploiteren*
- *niet miskend dat banken evt. gerechtvaardigd belang hebben om cliënten te weigeren vanwege toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico's en dat dit belang in de weg kan staan een bank te verplichten een betaalrekening aan te bieden*
- *belang onderzocht en afgewogen tegen dat van Yin Yang*
 - wel verplichting tot aanbieden betaalrekening

Contracteerplicht

- *Hoge Raad spreekt zelf over ‘maatschappelijke positie’*
 - term ‘bijzondere zorgplicht’ en ‘zorgplicht’ gemeden?
- *nieuwe toepassingsmodaliteit bijzondere zorgplicht*
 - Busch *Ars Aequi* 2022/2 en Haentjens *RM Themis* 2023/4
 - bijzondere zorgplicht niet tot consumenten beperkt
- *bijzondere zorgplicht!?*
 - Van der Beek & Kolstee *MvV* 2022/6
 - startschot voor verder uitbreiden: waar houdt het op?
 - wettelijke bepaling voor verkrijgen zakelijke betaalrekening

Spektakel

- *breed spectrum aan gevallen*
 - van zeer grote risico's voor particulieren ... en later 'mkb'
 - naar waarborgen deelname maatschappelijk verkeer en exploiteren bedrijf niet-particulieren
- *scala aan verplichtingen*
 - onderzoeken (inkomens- en vermogenspositie), informeren
 - waarschuwen; vergewissen; ontraden
 - **onthouden/weigeren**
 - **contracteren!**
- *onthouden/weigeren?*
 - optiehandel (margin) vs effectenlease en overkreditering
- *zit Hoge Raad inmiddels op ander spoor?*
 - noot Tjong Tjin Tai bij HR NJ 2017/363 SNS/Stichting

Beginnselen onder druk

- *bescherming waartegen?*
 - zeer grote risico's/riskante producten?
 - gebrek aan inzicht/kunde en eigen lichtvaardigheid
 - bescherming tegen zichzelf!
- *'betutteling, 'paternalisme'*
 - behavioural economics; loss aversion
 - effectieve zorg; waarschuwingen helpen niet; tegenhouden!
- *'bevoogding op gespannen voet met contractsvrijheid!'*
 - bijzondere onderzoeks- en adviesplicht strekken ertoe particuliere wederpartijen te beschermen tegen gevaren eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht
 - vloeit voort uit eisen redelijkheid en billijkheid
- *en hoe dan nu weer te denken over contracteerplicht?*
 - bescherming waartegen?
 - hoe anders tot zelfontplooiing te komen?

Het knelt op meer punten

- *‘tegenstrijdige’ verplichtingen voor banken*
 - spilfunctie én poortwachtersfunctie
 - civiele rechter als olifant door de porseleinkast?
 - ‘laat dit – in het belang van de sector en de rechtszekerheid – ajb over aan de wetgever’
- *verhouding tot geschreven recht en tot wetgever*
 - privaatrechtelijke handhaving; aanvullend mechanisme
 - strijd met geschreven recht is civielrechtelijk al snel fout
 - vrijuit bij handelen conform geschreven recht?
- *ongeschreven recht kan verder gaan dan geschreven recht*
 - HR NJ 2012/182 *De Treek/Dexia*, rov. 4.11.5 (effectenlease)
 - HR NJ 2017/263 *SNS/Stichting*, rov. 4.2.5 (overkreditering)
 - HR NJ 2019/184 *Hypinvest*, rov. 3.4.2 (overkreditering)

Gelukkig maar

- *gezond uitgangspunt*
 - voorkomt verstarring/stilstand
 - aanpassing recht aan noden van de tijd
 - flexibeler dan geschreven recht
 - dwingt sector om scherp te blijven
- *ongeschreven recht kan de weg wijzen (ook aan wetgever)*
 - HR NJ 2021/352 *Yin Yang*
- *terugwerkende kracht verlenen aan geschreven recht?*
 - Busch RUN-bundel 2020
 - ‘Hoge Raad schuwt niet via band bijzondere zorgplicht aan toezichtsregels terugwerkende kracht te verlenen’
 - normen en inzichten/maatschappelijke opvattingen destijds

(N)iets bijzonders?

- *'generaties' bijzondere zorgplichtjurisprudentie*
 - van complexe producten met grote risico's voor consumenten (optiehandel)
 - via andersoortige complexe financiële overeenkomsten zoals effectenlease en rentederivaten
 - naar recht-toe-recht-aan-overeenkomsten als kredietverlening en naar overeenkomsten met rechtspersonen
- *in laatste gevallen bijzondere zorgplicht wel beperkt*
- *Tjong Tjin Tai in NJ-noot Immobile/Promontoria*
 - sommige aspecten bijzondere zorgplicht niet zo bijzonder
 - in essentie verbijzondering redelijkheid en billijkheid die eist dat partijen zich ook belangen wederpartij aantrekken
 - bij bijzondere zorgplicht leggen deze belangen nog iets meer gewicht in de schaal

Kleeft dit nu eenmaal aan bank?

- *is bijzondere zorgplicht er steeds?*
- *'banken hebben bijzondere zorgplicht jegens hun cliënten!'*
 - A-G Wuisman PHR:2011:BP6921: te ver gaand en onjuist uitgangspunt
 - geen bijzondere zorgplicht in het algemeen; verplichting *verhoogde zorg* in acht te nemen gekoppeld aan *bijzondere situaties*
 - A-G Van Peurseem voor NJ 2017/176 *BBV Legal/Orco Bank*
 - A-G Valk PHR:2018:1508
 - Wallinga *WPNR* 7116 (2016)
 - Van der Linden, *Voor risico van de ondernemer*, diss. RUN 2023
- *niet inherent aan enkele deelnemen door bank aan rechtsverkeer*
 - Asser/Sieburgh 6-IV/68
 - bijzondere zorgplicht ontleend aan typische omstandigheden van geval
 - 'bijzondere' duidt er volgens rechtsleer op dat in concreet geval aan te nemen zorgplicht verder reikt dan normale contractuele zorgvuldigheid

Wat is dat 'verder reiken' dan?

- *grondnorm HR NJ 1958/67 Baris/Riezenkamp*
 - hier nog wat meer rekening houden met belangen ander
 - verzwaarde verantwoordelijkheid/meer zorg dan normaal
 - Tjong Tjin Tai bij HR NJ 2021/35 *Immobile/Promontoria*
- *'het is eigenlijk eenvoudig'*
 - A-G Valk PHR:2018:1508
 - verdiscontering maatschappelijke functie leidt in bepaalde gevallen tot meer indringende toepassing van hetzij contractuele normen hetzij de zorgvuldigheidsnorm
 - hogere graad zorg gevegd dan van willekeurige ander
- *maar weten we zo echt veel meer?*

Relativering

- *uitbreiding ook naar 'normale' gevallen waarin betekenis bijzondere zorgplicht 'beperkt' is (Promontoria)*
- *vergelijkbare resultaten te boeken onder noemer van art. 6:2 (Promontoria)*
- *zo bijzonder is bijzondere zorgplicht dan ook niet (TTT)*
- *is het bijzondere (het spannende) er niet gewoon vanaf?*
- *getuigen van normalisering?*
- *het 'bijzondere' moet er vanaf!*
 - Van der Linden, *Voor risico van de ondernemer*, diss. RUN 2023
 - 'term niet helder'
 - 'bijzondere' heeft weinig onderscheidend vermogen
 - 'gewoon' spreken van 'zorgplicht'

‘We kunnen best zonder’

- A-G Wissink ECLI:NL:PHR:2017:1057 (renteswap)
- *‘bijzondere’ reserveren voor particulieren?*
 - gebruikelijk in rechtspraak Hoge Raad
 - niet bezwaarlijk om term voor particulieren te reserveren
- *waar het om gaat is de inhoud van de zorgplicht*
 - afhankelijk van omstandigheden van geval
 - omstandigheden die relevant zijn bij particulieren kunnen dat ook zijn bij niet-particulieren
- *onderscheid tussen ‘bijzondere’ en ‘gewone’ zorgplicht maar beperkt behulpzaam*
 - zorgplicht bank steeds bepaald door omstandigheden geval
- *‘geldt bijzondere zorgplicht ook jegens niet-particulieren?’*
 - tot welke zorg is bank in omstandigheden geval gehouden jegens desbetreffende niet-particulier?

Bijzonder of niet?

- *alles ook best onder noemer van gewone zorgplicht/ zorgvuldigheid te brengen*
- *zijn we zonder 'bijzondere' ook beter af?*
 - breekijzer
 - term waarmee eiser boel op scherp zet
 - begrip/figuur waarmee Hoge Raad nodige 'ontwikkelingsruimte' voor zichzelf heeft gecreëerd
- *normalisering dus?*
- *het blijft 'bijzonder'!*