

Amsterdam University of Applied Sciences

Zorgen over de zorgplicht

Mein, A.G.

Published in:
Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving

DOI:
[10.5553/TBSenH/229567002018004002008](https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002018004002008)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Mein, A. G. (2018). Zorgen over de zorgplicht: Bespreking proefschrift t Hart over zorgplicht bij financiële dienstverlening. *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving*, 2018(2), 110-112.
<https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002018004002008>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the library: <http://www.hva.nl/bibliotheek/contact/contactformulier/contact.html>, or send a letter to: University Library (Library of the University of Amsterdam and Amsterdam University of Applied Sciences), Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Boekbespreking

Zorgen over de zorgplicht

Bespreking proefschrift 't Hart over zorgplicht bij financiële dienstverlening

Mr. dr. A.G. Mein*

Inleiding

110

Op 21 december 2017 verdedigde Frank 't Hart aan de Universiteit van Amsterdam (Faculteit Economie en Bedrijfskunde) zijn proefschrift over de zorgplicht bij financiële dienstverlening. Het proefschrift vormt de kroon op zijn omvangrijke werk als publicist en 'opinion-maker' op het gebied van het financieel recht. Zijn proefschrift is namelijk te beschouwen als een soort bloemlezing van boekhoofdstukken, artikelen en annotaties van zijn hand, met name over de zorgplicht voor financiële dienstverleners. Die publicaties schreef hij in zijn rol als advocaat gespecialiseerd op het gebied van financieel recht. Hij verdedigde zijn proefschrift ten overstaan van een gezelschap van economen, bedrijfskundigen en (praktijk)juristen. Een proefschrift op basis van hoofdstukken in boeken, artikelen in vakbladen en annotaties van jurisprudentie is voor juristen tamelijk uniek, maar wel gebruikelijk in andere vakgebieden, zoals de economie en bedrijfskunde. Van belang is dan wel dat die publicaties *peer reviewed* zijn, dat is nog geen gemeengoed binnen de juridische publicatiepraktijk. Mooi meegenomen is dat deze promotiepraktijk leidt tot een opwaardering van het typisch juridische ambacht van het becommentariëren van rechterlijke uitspraken.

* Mr. dr. A.G. Mein is lector Legal Management aan de Faculteit Maatschappij en Recht van de Hogeschool van Amsterdam.

De zorgplicht als moreel kompas voor financiële ondernemingen

't Hart begint zijn proefschrift met een informatief inleidend hoofdstuk over de zorgplicht bij financiële dienstverlening (p. 6-9). Hij omschrijft die als de zorg die financiële ondernemingen, gelet op hun maatschappelijke functie en expertise, in acht dienen te nemen jegens minder deskundige klanten. De kern van de zorgplicht is de klant tegen zichzelf in bescherming te nemen, onder meer door die passend te informeren, zo nodig te waarschuwen voor bijzondere risico's en zelfs te weigeren in geval van dreigende overkreditering.

De naleving van de zorgplicht omvat volgens 't Hart drie samenhangende fasen: productontwikkeling, distributie en klantcontact/nazorg. Die fasering is universeel, zij staat los van het type product en de onderneming. Daarnaast onderscheidt hij nog een vierde fase of liever gezegd factor: het toezicht op de naleving door de AFM. Die werpt volgens hem zijn schaduw vooruit bij de invulling van de zorgplicht in de eerdergenoemde fasen. Vooral dit laatste hoofdstuk is interessant voor de lezers dit tijdschrift. Ik kom daarop terug.

De zorgplicht kent een civielrechtelijke en een publiekrechtelijke component en is open geformuleerd. Het krijgt vorm en inhoud afhankelijk van de omstandigheden van het geval (dat wil zeggen de klant en zijn deskundigheid, het type financieel product en de bijbehorende dienstverlening). Dat maakt de zorgplicht veranderlijk en soms ongrijpbaar en daardoor in juridisch opzicht problematisch. Er bestaat immers een inherente

spanning tussen het verdienmodel van financiële ondernemingen en het klantbelang.

't Hart benadert de zorgplicht hoofdzakelijk vanuit het perspectief van de onderneming. Of die nu wil of niet, het onderkennen van de zorgplicht is van een niet te onderschatten belang voor een financiële onderneming. Het stelt grenzen aan het verdienmodel van die ondernemingen. Als de kredietcrisis ons iets geleerd heeft, is het volgens 't Hart wel dat de naleving van de zorgplicht meer is dan de klassieke gedachte van het hanteren van juridisch waterdichte algemene voorwaarden. Het vereist een continu bewustzijn van het belang van de klant, in relatie tot dat van de onderneming. Deze evenwichtigheidsgedachte werkt hij verder uit in zijn proefschrift.

Naar een evenwichtiger zorgplicht

Vervolgens wijdt 't Hart een hoofdstuk aan elke fase van de zorgplicht. Elk hoofdstuk wordt voorafgegaan door een korte inleidende paragraaf. Wat mij in deze hoofdstukken opvalt, is dat de auteur aan de hand van een bespreking van wetgeving en jurisprudentie en op basis van zijn praktijkinzicht voorstellen doet voor een effectievere werking van de zorgplicht. Ik stip er kort twee aan. Bijvoorbeeld het formuleren van aanvullende criteria ter beoordeling van een evenwichtige belangenafweging tussen klant en financiële onderneming bij de ontwikkeling van financiële producten (p. 55). In mijn woorden: voldoet het product aan de redelijke, algemene verwachtingen van de consument en kan die er relatief gemakkelijk van af? Deze aanvullingen op de al eerder door de wetgever ontwikkelde criteria dienen ter versterking van de bestaande informatieverplichtingen over financiële producten. Die bleken immers als zodanig minder effectief. Gedragswetenschappelijk onderzoek heeft geleerd dat de betreffende informatie consumenten lang niet altijd bereikt, niet of nauwelijks wordt gelezen en begrepen of tot gedragsaanpassing leidt. Een ander voorbeeld is zijn voorstel om de rol van de tussenpersoon in de distributiefase te verhelderen (p. 89). Die moet kleur bekennen: werkt hij voor de aanbieder of de consument? Dit zal de informatieverstrekende functie van de tussenpersoon ten goede komen.

Toezicht in de schaduw van de wet

Uitvoeriger sta ik stil bij het vierde hoofdstuk over het toezicht op de naleving van de zorgplicht. Dat wekt als toezichtonderzoeker mijn belangstelling en sluit ook beter aan bij het profiel van dit tijdschrift. In de inleidende paragraaf stelt 't Hart dat de wijze waarop de

AFM het toezicht uitoefent op de naleving van de zorgplicht een enorme invloed heeft op de wijze waarop de zorgplicht in de praktijk door financiële ondernemingen wordt ingevuld (p. 192-195). En dat bedoelt hij niet positief. Hij is namelijk van mening dat de toezichthouder hier zijn boekje te buiten gaat. Door eisen te stellen aan de naleving van de zorgplicht die niet zouden berusten op een kenbare, wettelijke norm, maar die zouden zijn ingegeven door wat ik noem beleidsmatige overwegingen. Hij schrijft dit toe aan de toezichtfilosofie van de AFM, die is geïnspireerd op het gedachtegoed van Sparrow. Die roept kort gezegd op om niet alleen verboden gedrag aan te pakken, maar ook schadelijk gedrag dat niet verboden is maar wel ingaat tegen de bedoeling van de wet. Strikt genomen is dit in strijd met het legaliteitsbeginsel. De ondertoezichtstaanden kunnen zich volgens 't Hart in juridisch opzicht onvoldoende verweren tegen deze toezichtpraktijk. Vooral omdat de AFM in dit verband gebruikmaakt van informele maatregelen om naleving af te dwingen en daarover ook in de openbaarheid treedt.

In het vervolg van dit hoofdstuk formuleert hij dan ook een aantal zinnige zorgvuldigheidseisen waaraan informele maatregelen, waaronder het naar buiten brengen van marktonderzoeken, zouden moeten voldoen (p. 212 e.v.). Zo stelt hij onder meer dat de toezichthouder in die uitlatingen een duidelijk onderscheid dient te maken tussen schendingen van wettelijke normen en wat de toezichthouder overigens wenselijk acht omdat het maatschappelijk schadelijk is.

Afgezien van deze op zichzelf genomen zinnige suggesties, laat 't Hart hier zijn eerdere evenwichtige benadering los. Zo mis ik als empirisch-juridisch onderzoeker een overtuigende onderbouwing voor zijn stellingname. Ook de overige paragrafen in dit hoofdstuk vormen geen onderbouwing voor zijn stelling. Nu wil ik best geloven dat er zoiets bestaat als 'buitenwettelijk toezicht'; Kasdorp doet er onderzoek naar.¹ De vraag is veeleer hoe erg deze toezichtpraktijk is. Met zijn legalistische benadering gaat 't Hart mijns inziens voorbij aan de realiteit van het hedendaagse toezicht en de professionele dilemma's die daarbinnen spelen. Een moderne toezichthouder moet zich (ook) reflectief opstellen.² Dat wil zeggen dat hij zich niet beperkt tot zijn formeel-wettelijke taken, maar een ruimer perspectief hanteert gelet op de publieke belangen die met het toezicht zijn gemoeid en de maatschappelijke functie die het vervult. Een reflectieve toezichthouder signaleert, agendeert en adresseert. Niet alleen illegaal gedrag, maar ook schadelijk gedrag. Dat is zeker niet probleemloos, zo blijkt ook uit kritische

1. Zie onder meer A. Kasdorp, 'Tussen Scylla en Charybdis. Spanningsvelden en taakopvattingen in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2017/2, p. 29-48.

2. Althans volgens de WRR. WRR, *Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijks-toezicht*, Den Haag: Amsterdam University Press 2013.

reacties op dit advies van de WRR.³ Toezicht houden betekent dan ook een voortdurend balanceren tussen maatschappelijke effectiviteit, rechtmatigheid en zorgvuldigheid.⁴ Hoe goed toezicht te houden te midden van toenemende maatschappelijke complexiteit is niet voor niets een van de thema's van de recente wetenschapsagenda toezicht.⁵ Die maatschappelijke complexiteit vraagt om een nieuwe invulling van het rechtsstatelijk karakter van toezicht, zo staat in de onderzoeksagenda (p. 18-22).

Kortom, het houden van toezicht in de schaduw van de wet kan onder omstandigheden wenselijk zijn en misschien ook wel effectief. Dat toezicht zou zich mijns inziens wel moeten beperken tot informele maatregelen als overtuigen en overreden. Voor het nemen van ingrijpender maatregelen is een wettelijke grondslag onontbeerlijk, mede gelet op het legaliteitsvereiste. Gelet op de in deze fase beperktere rechtsbescherming, moet deze informele toezichtpraktijk wel transparant zijn en legt de toezichthouder over die praktijk verantwoording af. 't Harts eerder geformuleerde zorgvuldigheidseisen ten aanzien van informele maatregelen en het openbaar maken daarvan dragen hieraan zeker bij.

3. Zie bijvoorbeeld A. Ottow & M. de Cock Buning, 'Juridische ruggengraat toezicht mag niet ontbreken', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2013/4, p. 33-38.
4. Zie hierover Ottow & De Cock Buning en meer algemeen M. Aelen, *Beginselen van goed toezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op financiële markten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.
5. J. van Erp & M. van der Steen, *Wetenschapsagenda toezicht*, USBO Advies, Universiteit Utrecht 2018. Zie ook M. Bokhorst & J. van Erp, *Van transparantie naar responsiviteit. Ontwikkeling van de omgevingsgerichtheid van toezichthouders*, Universiteit Utrecht 2017.