

University of Groningen

Een zorgvuldige invulling van de zorgplicht vraagt meer dan alleen een juridisch perspectief de Vries, Femke

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
de Vries, F. (2023). Een zorgvuldige invulling van de zorgplicht vraagt meer dan alleen een juridisch perspectief. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2023(4), 210-214. Artikel NTB 2023/130.

Copyright

Other than for strictly personal use, 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), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Een zorgvuldige invulling van de zorgplicht vraagt meer dan alleen een juridisch perspectief

NTB 2023/130

In zijn preadvies definieert Stijnen, in lijn met het rapport *Ruimte voor zorgplichten* van de interdepartementale werkgroep, de term zorgplicht als een gedragsnorm die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan en waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven. Een dergelijk ruim geformuleerde norm zal bij de gemiddelde jurist enige huiver oproepen. Hoe kan immers zeker worden gesteld dat aan een dergelijke ruime zorgplicht wordt voldaan?

Toch heeft het aantal zorgplichten in wet- en regelgeving en met name in het financieel toezichtrecht de afgelopen twee decennia een hoge vlucht genomen. Daarnaast zijn de maatschappelijke verwachtingen van ondernemingen toegenomen. Het is niet langer geaccepteerd om je achter de strikte formulering van de wettelijke normen te verschansen. De verwachting is steeds vaker dat ondernemingen verschillende belangen in hun afweging betrekken en zich daarbij bewust zijn van de rol die ze spelen in de maatschappij. Zorgplichten spelen daarbij een belangrijke rol. Daarmee staat de relevantie van het preadvies van Stijnen buiten kijf. Die brede zorgplichten roepen immers ook de nodige dilemma's op over de wijze waarop de norm wordt uitgelegd, alsmede over de verhouding met de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.

Stijnen behandelt in zijn preadvies een groot aantal onderwerpen die verband houden met het onderwerp zorgplicht. Van een bespreking van de zorgplichten in het financiële toezichtrecht, tot de zorgplicht in het civiele recht en het strafrecht. Daarnaast gaat hij bijvoorbeeld in op de vraag hoe de normstelling van de zorgplichten zich verhoudt tot functioneel ouderschap en feitelijk leidinggeven alsook mogelijke strafuitsluitingsgronden. Het zou te ver voeren in dit commentaar in te gaan op het hele spectrum van vraagstukken dat Stijnen in zijn preadvies bespreekt. Ik beperk me daarom tot het geven van een aanvullend perspectief op twee belangrijke onderwerpen, de reikwijdte van de zorgplicht in het financieel toezichtrecht en de gevolgen van de wettelijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van de financieel toezichthouders, voor de zorgplicht van de toezichthouder zelf.

Daarbij zal ik naast het vooral juridische perspectief van Stijnen een gedragswetenschappelijk en maatschappelijk

perspectief trachten toe te voegen. De invulling van de zorgplicht in het financieel toezichtrecht is namelijk bepaald niet statisch maar wordt beïnvloed door maatschappelijke verwachtingen. Uit de literatuur en de praktijk blijkt dat een puur juridische benadering van de zorgplicht niet langer aansluit bij maatschappelijke verwachtingen.² Dat schept verplichtingen voor de normadressaat en is, zoals Stijnen terecht opmerkt, van betekenis voor de rechtszekerheid. Het is voor de normadressaat niet altijd duidelijk of en hoe hij nu én in de toekomst aan zijn zorgplicht voldoet.

Stijnen bespreekt in zijn preadvies uitgebreid de zorgplichten uit het financiële toezichtrecht. Deze zorgplichten uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) zien onder meer op de verplichting voor financiële instellingen om de klant van voldoende informatie te voorzien om een weloverwogen keuze te maken bij het kopen van een financieel product, daarbij moet de financiële instelling voldoende kennis hebben over de klant, de kennis van de klant over het product en zijn financiële positie. Een financiële instelling is ook verplicht om de klant te waarschuwen in het geval een product niet passend is. De in dit kader meest opvallende wettelijke bepaling is de zogeheten algemene zorgplicht. In artikel 4:24a van de Wft is sinds 2014 opgenomen dat een financieel dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. Daarnaast stelt het tweede lid van het artikel dat een financieel dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde. Maar wat zijn nu precies die gerechtvaardigde belangen van de consument? En hoe neemt een financieel dienstverlener die op een zorgvuldige wijze in acht? En wanneer handel je daadwerkelijk in het belang van de consument? Het moge duidelijk zijn dat die vraag op voorhand niet eenvoudig te beantwoorden is.

We hebben in het financieel toezichtrecht gezien dat de mening over de geschiktheid van een product na verloop van tijd volledig kan veranderen. Een veelzeggend voorbeeld in dit kader is de beleggingsverzekering. Een product dat in de jaren '90 van de vorige eeuw en in de jaren '00 van deze eeuw op grote schaal werd verkocht door verzekeraars. Klanten sloten een beleggingsverzekering af om aan toekomstige verplichtingen in het kader van hun hypotheek te kunnen voldoen of om pensioen op te bouwen. Uiteindelijk werden in Nederland ruim zeven miljoen polissen voor beleggingsverzekeringen verkocht. Doordat klanten veel kosten betaalden en maar een klein deel van de premie daadwerkelijk

¹ Prof. mr. dr. F. (Femke) de Vries is bijzonder hoogleraar toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

² Zie bijvoorbeeld voor een uitgebreide beschouwing over de betekenis van de zorgplicht in het financieel toezichtrecht en het klantbelang: K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht*, diss. Amsterdam, 2016.

werd belegd en doordat de beleggingsresultaten tegenvielen, bleek het product voor veel mensen uiteindelijk niet te doen wat was beloofd. De beleggingsverzekering bracht niet voldoende op om bijvoorbeeld de hypotheek af te lossen, de studie van de kinderen te betalen of het levensonderhoud na pensioendatum te financieren. De in de jaren '90 en '00 nog volledig geaccepteerde beleggingsverzekering werd omgedoopt tot woekerpolis en nog altijd worstelen consumenten en verzekeraars met de afwikkeling van de door het product ontstane (reputatie)schade. Zo zijn er legio voorbeelden van financiële producten waar door veranderende maatschappelijke verwachtingen een aantal jaar na de grootschalige verkoop ervan, geheel anders tegenaan wordt gekeken.³

De grootschalige verkoop van producten die niet bleken te doen wat was beloofd, was één van de redenen voor het invoeren van een algemene zorgplicht. De wetgever kan immers niet vooraf bedenken welke producten die worden ontwikkeld mogelijk niet aansluiten bij het belang van de klant. De verantwoordelijkheid voor het centraal stellen van het belang van de klant ligt bij financiële instellingen zelf. Zij kennen de kenmerken van het product en zij kunnen beoordelen of het product ook onder veranderende omstandigheden goed is voor de klant.

Bij de invoering van de algemene zorgplicht was veel discussie over de verhouding van de ruim geformuleerde bepaling tot bijvoorbeeld de rechtszekerheid. Om enig tegenwicht te bieden aan de zorg dat financiële instellingen zouden worden geconfronteerd met handhaving op basis van een onverwachte interpretatie van de zorgplicht door de toezichthouder, is in het derde lid van het artikel bepaald dat de AFM slechts een sanctie mag opleggen bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financieel dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden. De lat voor handhaving ligt dus hoog.

Dat neemt niet weg dat met artikel 4:24a een ruim geformuleerde zorgplicht in het leven is geroepen. Stijnen stelt aan het begin van zijn preadvies terecht dat een belangrijke vraag is hoe zorgplichten zich verhouden tot rechtszekerheid. Stijnen stelt hiermee een belangrijk thema aan de orde. Hij doet dat in zijn preadvies met name vanuit het juridisch perspectief. Zo bespreekt hij een aantal gerechtelijke uitspraken waaruit blijkt onder welke omstandigheden er handhavend kan worden opgetreden in het geval een zorgplicht is overtreden. Deze uitspraken geven enige richting voor de invulling van de open normen door financiële ondernemingen maar de praktijk leert dat de verwachtingen van de maatschappij en de toezichthouder in beweging zijn. Broekhuizen stelt in dat kader dat hoewel de

begrippen klantbelang, belangenconflict en zorgplicht een centrale plaats innemen in het financieel toezichtrecht, er geen (volledige) duidelijkheid lijkt te bestaan over hun juridische betekenis.⁴

Stijnen kwalificeert de algemene zorgplicht als een inspanningsverplichting. Een belangrijke vraag daarbij is echter wat nodig is om aan die inspanningsverplichting te voldoen. Stijnen geeft in zijn preadvies geen antwoord op die vraag. Toch is juist deze vraag relevant nu de maatschappelijke verwachtingen over de zorgplicht voortdurend in beweging zijn. Wanneer we inzoomen op de zorgplichten in het financieel toezichtrecht, wordt duidelijk dat het nakomen van die zorgplichten niet een puur juridische exercitie is. Broekhuizen stelt dat het voor hem geen twijfel laat dat zorgvuldig handelen impliceert dat geen gebruik wordt gemaakt van de beperkte rationaliteit van de klant voor zover zulks ten nadele van de klant strekt. Broekhuizen breekt daarmee nadrukkelijk een lans voor het betrekken van gedragswetenschappelijke inzichten in de invulling van de zorgplicht door financiële ondernemingen. De inspanningsverplichting die Stijnen noemt, houdt dus in dat je verder kijkt dan je juridische neus lang is en je ook verdient in de wijze waarop consumenten beslissingen nemen.

Sinds de publicatie van het Nobelprijswinnende werk van psycholoog en econoom Daniel Kahneman en zijn collega Tversky is breed bekend dat menselijk gedrag niet altijd rationeel is.⁵ De werkelijkheid is zo complex geworden dat ons brein afslagen neemt om de wereld overzichtelijk te maken. Die afslagen nemen we met behulp van biases of denkvoorkeuren. Daar maken bedrijven, overigens zeker niet alleen in de financiële sector, dankbaar gebruik van door het gedrag van consumenten te beïnvloeden. Wie bijvoorbeeld online een zorgverzekering afsluit zal ze herkennen. Consumenten zijn bijvoorbeeld geneigd de middelste optie van drie keuzes te kiezen. Zeker als daarbij de tekst 'meest gekozen' prominent in beeld is. De vakantiesite Booking.com maakt het nog bonter om de consument aan te zetten zo snel mogelijk te boeken met teksten als '*nog 10 anderen kijken op dit moment naar dit hotel*' en '*er is nog maar een kamer over voor deze prijs*'. Zo zijn er legio voorbeelden van zogeheten 'nudges' waarmee we als consument ongemerkt in een bepaalde richting worden geduwd.⁶

Toezichthouder AFM onderkende al in een vroeg stadium dat de vraag of daadwerkelijk in het belang van de klant wordt gehandeld en of daarmee aan de wettelijke zorgplicht wordt voldaan, mede afhankelijk is van de vraag of geen misbruik wordt gemaakt van de 'beperkte rationaliteit' van de klant. Overigens koos de AFM ervoor om uitgebreide 'guidance' te geven over wat zij van de financiële sector verwacht waar

3 Andere voorbeelden zijn de verkoop van betalingsbeschermers: producten die de eigenaar claimden te beschermen tegen het niet langer kunnen betalen van de hypotheek bij werkloosheid of ziekte maar in de praktijk vooral lucratief waren voor verzekeraars en tussenpersonen. Een tweede voorbeeld in dit rijtje zijn de rentederivaten die op grote schaal werden verkocht aan MKB-ers. Zie voor een korte beschouwing verderop in deze bijdrage.

4 Broekhuizen, diss 2016, p. PM.

5 D. Kahneman & A. Tversky, *Thinking fast and slow*, (2013).

6 Booking.com paste overigens zijn website aan onder druk van de Europese toezichthouders, waaronder de Nederlandse ACM. Booking past website aan na optreden van de Europese consumententoezichthouders | ACM.nl.

het gaat om het betrekken van de gedragsinzichten bij de ontwikkeling en de verkoop van financiële producten.

Dat perspectief komt ook terug in de in 2020 uitgevoerde evaluatie van het Kifid. De onderzoekers stellen dat waar het gaat om de beoordeling van klachten het Kifid zijn toets aan het juridisch kader breed zou moeten opvatten. Daarbij zou overwogen kunnen worden dat het Kifid stevast na gaat of de klagende consument zorgvuldig door de financiële dienstverlener is behandeld. Anders gezegd: of de financiële dienstverlener aan de op hem rustende zorgplicht jegens de consument heeft voldaan, ook als de consument die vraag niet expliciet aan zijn klacht ten grondslag heeft gelegd.⁷ In de evaluatie wordt gepleit voor het door het Kifid in haar beoordeling betrekken van gedragswetenschappelijke inzichten ten aanzien van consumenten. De onderzoekers wijzen erop dat in de context van financiële dienstverlening van die gedragsinzichten zowel ten gunste als ten nadele van consumenten gebruik kan worden gemaakt. Zo is in het verleden door aanbieders van consumptief krediet regelmatig gebruikgemaakt van zogeheten 'nudges' om consumenten te verleiden om een hoger bedrag te lenen. Op websites voor het aanvragen van een lening werd bijvoorbeeld gebruikgemaakt van vooringevulde bedragen. Vanuit de gedragswetenschap is bekend dat deze 'anchoring' ervoor zorgt dat mensen dichtbij het al genoemde bedrag blijven. Hiermee werd misbruik gemaakt van wat psychologen de 'beperkte rationaliteit' van de consument noemen, in het voordeel van de consumptief kredietverstrekker.⁸ Broekhuizen stelt terecht dat *'zorgvuldig handelen impliceert dat geen gebruik wordt gemaakt van de beperkte rationaliteit van de klant voor zover zulks ten nadele van de klant strekt'*.⁹ De evaluatoren van het Kifid komen daarom tot de conclusie dat de beoordeling van klachten van consumenten meer vraagt dan alleen juridische expertise en bevelen aan om het Kifid te versterken met aanvullende expertise met betrekking tot consumentengedrag.¹⁰

Broekhuizen gaat overigens in zijn proefschrift nog een stap verder. De kennis over menselijk gedrag biedt ook kansen om consumenten te helpen de juiste keuze te maken. Hij wijst erop dat het op dit moment niet zo is dat de algemene zorgplichten in de Wft betekenen *'dat financiële ondernemingen hun klanten met inachtneming van beschikbare inzichten uit de gedragswetenschappen steeds 'de goede kant' moeten opsturen (nudgen), of dat anderszins van hen verwacht zou kunnen worden dat zij allerlei gedragswetenschappelijke inzichten gaan toepassen'*.¹¹ Hier ligt volgens hem een taak voor regelgevers (daaronder begrepen (Europese) toezichthouders). Zij zullen in dit verband de richting moeten

aangeven. Ik vermoed dat deze verdere uitbreiding van de zorgplicht bij Stijnen niet direct op instemmend geknik kan rekenen. Daarbij kan inderdaad wel de vraag worden gesteld of altijd voldoende kan worden bepaald wat de 'juiste' keuze voor de klant is en daarmee of financiële ondernemingen voldoende in staat zouden zijn om aan een dergelijke uitgebreide zorgplicht invulling te geven.

Dat bij het uitleggen van de reikwijdte van zorgplichten rekening moet worden gehouden met wat bekend is over het gedrag van consumenten staat mijns inziens buiten kijf. Uit de praktijk van de AFM kan nog een tweede interessante aanvulling op de meer juridische interpretatie van zorgplichten van Stijnen worden afgeleid.

De AFM wijst er al enige jaren op dat de vraag of gehandeld wordt in het belang van de klant niet alleen kan worden beantwoord op basis van de omstandigheden op het moment van de verkoop van het product. In het verleden zijn verschillende soorten producten verkocht waarvan achteraf bleek dat ze door veranderende economische omstandigheden niet geschikt waren voor de klant. Een voorbeeld daarvan is de verkoop van rentederivaten die ook door Stijnen wordt genoemd. In de jaren 2007 en 2008 werden door banken op grote schaal complexe financiële producten, de zogenaamde rentederivaten verkocht aan het midden- en kleinbedrijf. Deze producten waren bedoeld om de klant te beschermen tegen een stijgende rente. Zo sloten boeren die een nieuwe stal wilden bouwen een lening af met een variabele rente en daaraan gekoppeld een rentederivaat dat beschermd tegen het stijgen van de rente. De economische wind waaide echter in de jaren daarna uit een heel andere hoek. De rente steeg niet maar daalde. Door de kenmerken van het product moesten klanten met een rentederivaat plotseling onderpand storten bij de bank of werden ze geconfronteerd met een schuld doordat het derivaat in waarde daalde. Deze situatie leidde ertoe dat veel kleine ondernemers in financiële problemen kwamen en een aantal van hen zelfs in bijzonder beheer. Het is duidelijk dat het zorgvuldig behandelen van de klant niet alleen een beoordeling van de geschiktheid van het product vraagt op het moment van verkoop maar ook vraagt dat de financiële instelling zich verdiept in de vraag of het product onder andere omstandigheden in de toekomst nog geschikt is. Die omstandigheden kunnen zowel de economische ontwikkelingen als de persoonlijke ontwikkelingen van de klant betreffen. De financiële instelling moet dus een vooruitblikkende houding hebben waar het gaat om de invulling van de zorgplicht.

In de zogenoemde KNVB-criteria gaat de AFM uitgebreid in op de eisen die volgens haar in het kader van zo'n vooruitblikkende houding aan de beoordeling van het klantbelang door financiële instellingen en daarmee aan de zorgplicht moeten worden gesteld.¹² De AFM onderscheidt vier criteria om te beoordelen in welke mate een product het belang van de klant centraal stelt: kostenefficiëntie, nut, veiligheid

7 N. Verheuvél, W. Rougoor, F. de Vries & K. Broekhuizen, *Evaluatie van het Kifid*, 27 oktober 2020, Evaluatie Kifid - SEO Economisch Onderzoek.

8 Zie voor voorbeelden ook AFM, *Leengedrag onder de loep. Een analyse van keuzegegedrag en denkrichtingen voor interventies op de consumptief kredietmarkt*, Januari 2018 en AFM & consumentengedrag. Een verkenning, Oktober 2016.

9 Broekhuizen, diss. 2016, p. 206.

10 Evaluatie van het Kifid, p. viii.

11 Broekhuizen, diss. 2016 p. 234.

12 KNVB-criteria voor bedieningsconcepten. www.afm.nl.

en begrijpelijkheid. Voor elk van deze eisen, heeft de AFM een hulpvraag geformuleerd. Bij *kostenefficiëntie* gaat het om de vraag of het product waar biedt voor zijn geld. Bij het criterium *nut* is het de vraag of het product daadwerkelijk aansluit bij de behoefte van de klant. Kortom worden de klant geen producten verkocht die geen toegevoegde waarde voor hem hebben. Het criterium *veilig* houdt in dat het product moet doen wat het belooft onder verschillende omstandigheden. Daarmee wordt bedoeld dat het product niet alleen moet 'presteren' volgens de belofte bij economische meewind, maar ook als het economische tij tegenzit. Het criterium *begrijpelijk* tot slot heeft vanzelfsprekend te maken met de vraag of de klant de kwaliteit en passendheid van het product goed kan beoordelen. Dat is met de complexiteit van veel financiële producten geen uitgemaakte zaak. Met de KNVB-criteria geeft de AFM richting aan de wijze waarop financiële ondernemingen naar hun zorgplicht zouden moeten kijken. Een belangrijke les uit deze criteria is dat de geschiktheid van het product niet alleen moet worden beoordeeld op het moment van de verkoop maar dat daarbij ook naar de toekomst moet worden gekeken. Juist bij financiële dienstverlening is het immers voor de klant niet altijd goed te overzien of het product nog aansluit bij zijn persoonlijke situatie als de omstandigheden veranderen. Een goede invulling van de zorgplicht vraagt dus niet alleen een gedragsperspectief maar ook nog een vooruitziende blik.

Wat opvalt, is dat Stijnen in zijn preadvies overwegend bezorgd lijkt over de verhouding tussen open normen en de rechtszekerheid voor de financiële onderneming. Het is echter in het kader van dit commentaar van belang ook de positieve aspecten van het gebruik van open normen zoals die van de zorgplichten te belichten. In een snel veranderende samenleving heeft een open norm voordelen voor beide partijen. Een open norm geeft de onder toezicht gestelde ruimte om daaraan op zijn eigen manier invulling te geven. Voor de wetgever geldt dat hij per definitie achterloopt op bijvoorbeeld technologische veranderingen. Het is daarom voor wetgever en normadressaat in principe efficiënt en effectief om te werken met open normen. Bovendien draagt een open norm bij aan de bescherming van de consument. Zo voorkom je bijvoorbeeld dat bij nieuwe technologische ontwikkelingen het gebruik van algoritmes om te adviseren over financiële producten, een vacuum ontstaat in de geldende wet- en regelgeving. Een open norm zoals een zorgplicht maakt volstrekt duidelijk dat onder alle (technologische) omstandigheden de instelling ervoor moet zorgen dat in het belang van de klant wordt gehandeld. Wat in de discussie over open normen nog wel eens wordt vergeten is dat een open norm ook voordelen heeft voor de onder toezicht gestelde. Zo kan een financiële instelling zelf invulling geven aan de norm op een manier die past bij zijn eigen bedrijfsvoering. Een kleine onderneming zal niet per definitie aan dezelfde eisen moeten voldoen als een grote onderneming. Het belangrijkste is dat het eindresultaat hetzelfde is:

het zorgvuldig omgaan met de belangen van de klant.¹³ Dat neemt niet weg dat het belangrijk is dat over de invulling van de norm voortdurend van gedachten wordt gewisseld tussen de toezichthouder en de onder toezichtstaande sector. Daarmee geeft de toezichthouder richting en is voor de onder toezicht gestelden duidelijk binnen welke kaders zij geacht worden invulling te geven aan de norm. Daarbij moet de toezichthouder er overigens wel voor waken dat hij de open norm niet volledig 'dichtregelt' door zijn interpretatie ervan op te leggen. Daarmee zou immers de sector geen enkele beleidsvrijheid meer hebben om de norm op zijn eigen manier in te vullen. Hiermee raken we overigens wel aan één van de paradoxen rond het gebruik van open normen die Julia Black noemt in haar lezenswaardige artikel 'Forms and paradoxes of principle based regulation'.¹⁴ Black beschrijft de zogeheten enforcement paradox. Een norm zal worden nageleefd indien de sector voelt dat de toezichthouder zo nodig bereid is om de norm te handhaven. Een te strikte handhaving zal er echter toe leiden dat de sector de norm niet op zijn eigen manier durft te interpreteren. Zoals de voormalige directeur van de Nederlandse Vereniging van Banken ooit zei over open normen: "*de toezichthouder zegt 'doe het zoals je wilt' maar de sector hoort 'doe het zoals je wilt, als je durft'.*"¹⁵ Kortom: een open norm zoals de zorgplichten in het financieel toezichtrecht vraagt enerzijds helderheid van de toezichthouder over de wijze waarop hij de norm interpreteert maar ook vrijheid van de financiële instelling om op zijn eigen wijze aan de norm te voldoen.

Een interessant aspect van het preadvies van Stijnen is dat hij laat zien dat in het financieel toezichtrecht ook een aantal meer impliciete zorgplichten is opgenomen. Zo wijst Stijnen op de verplichting van financiële ondernemingen om een beheerste en integere bedrijfsvoering te voeren en de zorgplicht die financiële instellingen hebben om te voorkomen dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor witwassen en terrorismefinanciering. Uit de artikelen 3:10 en 4:11 van de Wft volgt onder meer dat een financiële onderneming een adequaat beleid voert dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Hieronder wordt verstaan dat wordt tegengegaan dat de financiële onderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. Daarmee is volgens Stijnen sprake van een civiele zorgplicht in een bestuursrechtelijk jas. In het verlengde van deze stelling van Stijnen is interessant dat Broekhuizen in zijn proefschrift ook schrijft dat de bescherming van het klantbelang is geborgd alle relevante bedrijfsprocessen van de desbetreffende financiële onderneming door de eisen die de wetgever stelt aan de beheerste en integere bedrijfsvoering van financiële instellingen. Hiermee wordt door zowel Stijnen

13 Zie voor een uitgebreide beschouwing van de voor- en nadelen van open normen: J. Black, 'Forms and paradoxes of principle based regulation', *LSE Legal Studies. Working Paper 13/2008*.

14 J. Black, 'Forms and paradoxes of principle based regulation', *LSE Legal Studies. Working Paper 13/2008*.

15 'AFM zoekt grenzen van haar bevoegdheid op', *FD*, 8 augustus 2012.

als Broekhuizen een interessant verband gelegd tussen de zorgplicht en de verplichting tot een beheerste en integere bedrijfsvoering.

Broekhuizen stelt daarbij overigens wel dat volgens hem aan die verplichting tot het voeren van een beheerste bedrijfsvoering door de toezichthouder niet steeds de gewenste inhoudelijke richting wordt gegeven. Broekhuizen beveelt daarom aan in de wetgeving op te nemen dat banken een cultuur dienen aan te hangen van zorgvuldigheid en prudentie.¹⁶ Daarmee zou de zorgplicht van financiële ondernemingen nog eens extra worden versterkt. Het zou interessant zijn deze gedachte nog bij de overwegingen van Stijnen te betrekken.

Aan het slot van dit commentaar wil ik nog kort ingaan op Stijns stelling over de vermeende verhouding tussen de uitsluiting van de wettelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders en de zorgplicht die diezelfde toezichthouder heeft om zorgvuldig te handelen richting onder toezicht gestelden. Artikel 1.25d Wft bepaalt dat de financieel toezichthouders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun handelen met uitzondering van situaties waarin sprake is van opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of grove schuld. Stijnen trekt in zijn preadvies fors van leer door te stellen dat de vele zorgplichten van financiële ondernemingen richting consumenten en cliënten bepaald niet lijken te corresponderen met enige zorgplicht van de toezichthouder om bij toezicht en handhaving zorgvuldig te werk te gaan. Dat is een opvallende stelling die suggereert dat de toezichthouders in de verleiding kunnen komen onzorgvuldig te handelen, doordat zij niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun handelen. Hier gaat Stijnen naar mijn mening te kort door de bocht. De toezichthouder is immer te allen tijde gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zijn besluiten zullen door de bestuursrechter worden getoetst en hij zal daarover verantwoording moeten afleggen. Daarnaast geldt dat verwacht mag worden dat de eigen professionele norm van toezichthouders aanzet tot zorgvuldig handelen van de toezichthouder.¹⁷ Ik ben het overigens geheel eens met Stijnen waar hij zegt dat waar zorgplichten gelden voor marktdeelnemers, ook van de handhavende overheid mag worden verwacht dat die zorgvuldig optreedt. Zijn stelling dat de vrijwel generieke uitsluiting van aansprakelijkheid van de AFM en DNB een te hoog risico oplevert voor financiële ondernemingen op wie zorgplichten rusten, is echter moeilijk te volgen. Het argument dat toezichthouders minder zorgvuldig te werk zouden gaan indien hun aansprakelijkheid wordt uitgesloten, is bij de totstandkoming van de wettelijke

uitsluiting van de aansprakelijkheid zorgvuldig gewogen en verworpen.¹⁸ Dit betekent overigens geenszins dat toezichthouders geen fouten maken of niet door de rechter in het ongelijk zouden moeten worden gesteld in individuele zaken. De stelling dat de vele zorgplichten van financiële ondernemingen bepaald niet lijken te corresponderen met enige zorgplicht van de toezichthouder om bij toezicht en handhaving zorgvuldig te werk te gaan, gaat echter te ver en doet de toezichthouders geen recht. Daarbij geldt bovendien dat een situatie waarin toezichthouders aansprakelijk kunnen worden gesteld ook nadelen heeft. Het voert te ver daarop in dit commentaar uitgebreid in te gaan maar één van de nadelen van aansprakelijkheid is dat toezichthouders door de kans dat ze aansprakelijk gesteld zullen worden, mogelijk terughoudend worden om in te grijpen in situaties waarin dat ingrijpen wel noodzakelijk is.¹⁹ Tegenover de parlementaire enquêtecommissie financieel stelsel die onder meer onderzoek deed naar het optreden van de financieel toezichthouders in de financiële crisis, verklaarde oud-president van DNB dat het risico op aansprakelijkstelling een rol had gespeeld bij de besluitvorming binnen de toezichthouder.²⁰

Daarbij sluit ik overigens niet uit dat de stelling van Stijnen dat de aansprakelijkheidsbeperking van de toezichthouders de eigen 'zorgplicht' inperkt, weerklank vindt onder advocaten en vertegenwoordigers van de financiële sector. De vraag bij sommige partijen of de toezichthouder gegeven die aansprakelijkheidsbeperking wel voldoende zorgvuldig te werk gaat, onderstreept mijns inziens nog eens het belang voor toezichthouders om transparant te zijn over de afwegingen die ze maken. Daarbij hoort ook het zo voorspelbaar mogelijk handelen waar het gaat om de uitleg van open normen.

Ik rond af. Stijnen heeft een lezenswaardig preadvies geschreven over de reikwijdte van een breed scala aan zorgplichten. In het financieel toezichtrecht spelen deze zorgplichten een essentiële rol waar het gaat om het handelen in het belang van de klant. Ik heb in mijn bijdrage aangegeven dat een goede invulling van die zorgplicht vraagt dat financiële instellingen oog hebben voor zowel de beperkte rationaliteit van de financiële consument als voor de vraag hoe een financieel product past bij de behoeften van de klant indien het economisch tij keert. Dat vraagt een vooruitblikkende benadering van zowel de financiële sector als van de toezichthouder. De wet geeft daarbij een belangrijk kader, maar een juridische blik alleen is niet voldoende om de zorgplicht daadwerkelijk tot zijn recht te laten komen.

¹⁶ Broekhuizen, diss 2016, p. PM.

¹⁷ Van Dam zegt hierover: "Uit het onderzoek bij een aantal toezichthouders [is] naar voren gekomen, dat zij zeggen zich sterk te laten leiden door hun eigen professionele moraal en hun streven naar kwalitatief goed beleid en een kwalitatief goede uitvoering daarvan. Het valt niet uit te sluiten dat dit de belangrijkste factor is die de kwaliteit van het werk van de toezichthouder bepaalt." Zie o.a. C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders*, British Institute of Comparative and International Law, 2006.

¹⁸ Kamerstukken II 2011-2012, 33058, nr. 3.

¹⁹ Zie de memorie van toelichting bij art. 1.25d Wft voor een uitgebreide beschouwing van de argumenten voor en tegen aansprakelijkstelling van financieel toezichthouders.

²⁰ Kamerstukken II 2009/2010, nr. 31980, nr. 4.