

Wetsvoorstel tot invoering van een generieke zorgplicht

Mr. A.Ch.H. Franken *

1. Inleiding

De Wet Financieel Toezicht ('Wft') wordt opnieuw aangepast. Dit keer gaat het om de invoering van een zogenaamde 'generieke zorgplicht'. Die plicht beoogt op zich geen nieuwe norm te introduceren. Met invoering van deze zorgplicht wordt beoogd het handhavingsinstrumentarium van de AFM uit te breiden. Deze uitbreiding roept echter vragen op. Is het op deze manier verruimen van de handhavingsmogelijkheden door de AFM inderdaad wenselijk en noodzakelijk? De Raad van State is hierover zeer kritisch. In het navolgende wordt betoogd dat er een beter alternatief bestaat: handhaving via het privaatrecht.

2. Aanleiding Wetsvoorstel

Aanleiding voor dit wetsvoorstel vormde het faillissement van DSB in 2009 en de kritische evaluatie van dit faillissement door de commissie Scheltema in haar rapport van 23 juni 2010. Daarin werd onder andere geconstateerd dat de AFM in haar optreden was belemmerd door beperkingen in de regelgeving.¹⁾ Als reactie hierop uitte de AFM in haar wetgevingsbrief van 10 oktober 2011 de wens om een generieke zorgplicht in de Wft op te nemen.²⁾ De minister van Financiën heeft hierop aan de Tweede Kamer toegezegd de voor- en nadelen van een dergelijke zorgplicht te zullen onderzoeken.³⁾ Dit heeft geleid tot een wetsvoorstel dat op 20 september 2012 ter consultatie is aangeboden. Verschillende marktpartijen hebben hierop gereageerd.⁴⁾ Het onderhavige wetsvoorstel beoogt tevens het voeren van het regeerakkoord om de zorgplicht van banken wettelijk te verankeren, uit te voeren.⁵⁾

De toelichting bij het wetsvoorstel beschrijft waarom behoefte bestaat aan een generieke zorgplicht. De afgelopen jaren is op het punt van wet- en regelgeving op zich al het nodige gedaan om de transparantie van informatievoorziening over financiële producten en diensten te vergroten. Te denken valt aan het provisieverbod, de nieuwe vakbekwaamheidseisen, aankomende regels inzake productontwikkeling en regels ten aanzien van geschillenbeslechting. Echter, de producten en diensten waarover het gaat, zijn veelal complex en hebben vaak een lange looptijd, zodat pas na enkele jaren duidelijk wordt of het product aan de doelstelling en behoefte van de consument voldoet.⁶⁾ Bovendien blijkt dat consumenten niet per defini-

tie op rationele wijze hun beslissingen nemen en gaan de ontwikkelingen in de markt soms sneller dan de ontwikkeling van regelgeving. Dit rechtvaardigt – volgens de toelichting – een vangnetbepaling, die weliswaar geen verder reikende verantwoordelijkheid voor financiële dienstverleners beoogt te introduceren, maar de AFM zo nodig wel een middel biedt om handhavend op te treden.

3. Wetsvoorstel

Op 15 mei 2013 heeft het Ministerie van Financiën een voorstel Wijzigingswet financiële markten 2014 naar de Tweede Kamer gezonden. Het wetsvoorstel strekt tot wijziging van het financieel toezicht en enige andere wetten. Onderdeel van het wetsvoorstel vormt de invoering van een zogenaamde 'generieke zorgplicht' middels een nieuw in te voeren art. 4:24a Wft, dat luidt:

- '1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.'

Zoals de Memorie van Toelichting uitlegt, beoogt het eerste lid van art. 4:24a Wft op de financiële dienstverlener de plicht te leggen de belangen van de consument of begunstigde op zorgvuldige wijze in acht te nemen.⁷⁾ Deze plicht geldt gezien de definitie van het begrip financiële dienstverlener (art. 1:1 Wft) en de systematiek van afdeling 4.2.3 Wft in

* Advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam

1. Zie Rapport Commissie Scheltema, p. 250 e.v. Het gaat dan om overkreditering (pas met invoering van de Wet Financiële Dienstverlening per 1 januari 2006 kon de AFM hiertegen effectief optreden), en de verboden koppelverkoop van zgn. 'koop-somverzekeringen' (betalingsbeschermers) met kredieten (waarmee de AFM al in 2002 bekend was, maar onder de Wck niet veel anders kon dan daarover een 'normoverdragend gesprek' met DSB voeren).
2. Bijlage bij Kamerstukken II 2011-2012, 31 980, nr. 55.
3. Kamerstukken II 2011-2012, 31 980, nr. 55, p. 33 en Kamerstukken II 2011-2012, 31 980, nr. 58, p. 25.
4. De consultatieperiode liep van 20 september 2012 tot 18 oktober 2012. De reacties zijn te vinden op www.overheid.nl. Zie voor een overzicht: N.A. van Opbergen, *De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft*, Onderneming en Financiering, 2013, p. 27 e.v. Zie ook de verschillende bijdragen in de bundel: *Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen?*, ACIS, red. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes (2012).
5. 'Bruggen Slaan', Regeerakkoord VVD - PvdA, 29 oktober 2012.
6. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 26.

ng van t in de Wft

alle gevallen waarin financiële dienstverleners aanbieden, adviseren of bemiddelen, of als gevolmachtigd agent of ondergevolmachtigd agent optreden. De plicht geldt niet alleen jegens consumenten (art. 1:1 Wft), maar ook jegens begunstigden (bijvoorbeeld bij levensverzekeringen). In zoverre is deze plicht weliswaar tamelijk generiek, maar niet onbeperkt. De plicht geldt niet voor zover geen sprake is van consumenten of begunstigden (dus: meer professionele partijen). Deze plicht geldt ook niet ingeval sprake is van het aanbieden of adviseren inzake een financieel instrument, zoals beleggingsdiensten.⁸⁾ In geval van beleggingsdiensten is art. 4:90 Wft van toepassing dat al een vergelijkbare bepaling bevat. De toelichting verduidelijkt dat het zorgvuldig in acht nemen van de belangen van de consument of begunstigde niet betekent dat daarbij niet met het eigen belang rekening mag worden gehouden.⁹⁾ Als ondernemer zal de financiële dienstverlener in de regel ook andere (commerciële) belangen dan alleen het belang van de klant moeten meewegen.

Dit onderscheidt de zorgplicht in het tweede lid van de zorgplicht in het eerste lid. Volgens het tweede lid dient de adviseur in het belang van de consument of begunstigde te handelen. De toelichting verklaart dat het (ook) daarbij wel om de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde moet gaan, waarvan de behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener verwacht kan worden.¹⁰⁾ Maar de bedoeling van de wetstekst lijkt te zijn dat met 'in het belang handelen' van de klant iets anders is bedoeld dan met diens 'belangen in acht nemen'. De toelichting verwijst althans naar de bijzondere positie die een adviseur heeft die door de klant wordt ingehuurd om zijn belangen te behartigen en de informatie-scheefheid die in dergelijke relaties vaak groot is, reden waarom de adviseur om advies pleegt te worden gevraagd. Bovendien knoopt de toelichting aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake 'bijzondere zorgplichten' zoals die met betrekking tot financiële instellingen is ontwikkeld.¹¹⁾

Uitgangspunt blijft dat de AFM optreedt op grond van de bestaande specifieke voorschriften voor financiële dienstverleners. De AFM zal dus terughoudend en slechts in geëigende gevallen van handhaving via de generieke zorgplicht gebruik mogen maken.¹²⁾ Zo is de generieke zorgplicht niet bedoeld om verzuimen uit het verleden te herstellen.¹³⁾ Maar in situaties waarin sprake is van evidente mistanden die schadelijke gevolgen (kunnen) hebben voor de consument of de begunstigde,

stelt de generieke zorgplicht de AFM in staat middels een aanwijzing handhavend op te treden voordat de schade voor de consument of de begunstigde zich daadwerkelijk verwezenlijkt.¹⁴⁾

4. Kritisch advies Raad van State

Met name het advies van de Raad van State van 8 april 2013 heeft veel publiciteit gekregen.¹⁵⁾ Het advies heeft tot enige aanpassingen geleid van het wetsvoorstel. Zo werd in het eerste lid 'op een zorgvuldige wijze' gewijzigd in 'op zorgvuldige wijze' en 'de belangen' in 'de gerechtvaardigde belangen'.¹⁶⁾ In lid 2 werd 'cliënt' geschrapt. Het derde lid dat aanvankelijk in het wetsvoorstel was opgenomen, werd geheel geschrapt. Dit luidde:

'3. In ieder geval onthoudt een financiële dienstverlener zich van handelen of nalaten dat kennelijk nadelige gevolgen voor de consument, cliënt of begunstigde veroorzaakt of kan veroorzaken.'

Volgens de toelichting kon de AFM op basis van deze bepaling nadere regels stellen via beleidslijnen of andere instrumenten. Volgens de Raad van State was dit strijdig met de gedachte van een zorgplicht als vangnetbepaling, om deze dan weer bij lagere regelgeving nader in te vullen. Daarmee wordt immers afbreuk gedaan aan het vangnetkarakter van de zorgplicht. Bovendien zou het een onbegrensde grondslag voor nadere regelgeving bieden, nu de generieke zorgplicht in beginsel ook onbegrensd is; en dat achtte de Raad onwenselijk.¹⁷⁾ Daarnaast maakt de toelichting duidelijk dat met het schrappen van het derde lid de AFM niet direct een boete kan opleggen krachtens de generieke zorgplicht, wel een last onder dwangsom.¹⁸⁾

Het advies van de Raad van State heeft echter met name om andere redenen de nodige aandacht getrokken. Kort gezegd stelde de Raad van State vraagtekens bij de noodzaak tot invoering van een generieke zorgplicht¹⁹⁾ en de reikwijdte daarvan: de Raad is van oordeel dat de voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht een wel zeer ruim bereik heeft en daarmee geen juiste verdeling geeft van verantwoordelijkheid tussen de financiële dienstverlener en de consument. De laatste zou te weinig eigen verantwoordelijkheid dragen.²⁰⁾

5. Nieuw handhavinginstrument AFM

In deze bijdrage wil ik met name bij het eerste punt van de Raad van State stilstaan: is invoering van een generieke zorgplicht wel noodzakelijk? Kern van het invoeren van een generieke zorgplicht in de Wft vormt immers niet zozeer de normatieve kant daarvan, als wel de handhavingmogelijkheid die dit wetsartikel de AFM biedt om in individuele gevallen op te treden. Het gaat dan om gevallen die misschien niet onder een specifieke regeling vallen, maar waarbij het belang van de consument (of

7. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 78.
8. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 29.
9. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 78.
10. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 79.
11. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 26.
12. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 28.
13. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 29.
14. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 29.
15. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 4.
16. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 25.
17. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 4, p. 5.
18. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 25. Wel kan de AFM een boete opleggen indien de aanwijzing niet wordt opgevolgd. Zie over boete als handhavingvorm voorts: C.W.M. Lieverse, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, p. 105 en 109, waarin zij met verwijzing naar andere kamerstukken toelicht dat het handhaven van een vage norm die vatbaar is voor verschillende uitleg volgens de wetgever in strijd is met art. 7 EVRM.
19. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 4, p. 6.
20. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 4, p. 7.

de begunstigde) wel in het geding is. De Memorie van Toelichting maakt duidelijk dat met de generieke zorgplicht niet wordt beoogd een nieuwe norm te introduceren, maar wel wordt beoogd de bestuursrechtelijke handhavingmogelijkheden van de AFM te verruimen in toekomstige, specifieke gevallen waarin sprake is van 'evident (voor consumenten) schadelijk' handelen.²¹⁾ Wie kan daar nu op tegen zijn?

Het antwoord op die vraag wordt niet alleen bepaald door de noodzaak, maar ook de wenselijkheid van die extra handhavingbevoegdheid van de AFM. Daarbij kunnen serieuze vraagtekens worden geplaatst.

6. Nieuw handhavingsinstrument wenselijk?

Eerst de wenselijkheid. De wens van de AFM tot uitbreiding van haar handhavingbevoegdheid is niet nieuw. Al bij invoering van de Wet Financiële Dienstverlening ('Wfd') (voorloper van dit deel van de Wft) in 2005 kwam de gedachte van een generieke zorgplicht op, luidende dat financiële ondernemingen zich 'zorgvuldig' moesten gedragen: het (thans) concept art. 4:25 Wft. De Raad van State heeft zich daar toen ook al zeer kritisch over uitgelaten.²²⁾ De kritiek van de Raad van State kwam in essentie neer op de vergaande centralisatie van de macht: de AFM als regelgevende, uitvoerende en sanctionerende instantie. In feite het oude beginsel van scheiding der machten en rechtszekerheid. Dit heeft er toen toe geleid dat artikel 4:25 Wft is aangepast en thans vermeldt dat de zorgplicht geldt volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen nadere regels, neergelegd in het Bgfo (art. 4:25 lid 1 Wft). Daarmee verloor art. 4:25 Wft zijn functie als vangnetbepaling. Het is jammer dat de Memorie van Toelichting noch het advies van de Raad van State naar deze recente, identieke wetgevingsdiscussie verwijst. Maar in feite herhaalt de Raad van State deze kritiek nu weer, daar waar hij in zijn advies stelt dat de bestaande bevoegdheden (Bgfo, aangevuld met de nieuwe regelgeving inzake productontwikkeling) de AFM in het algemeen voldoende mogelijkheden bieden om in te grijpen als financiële dienstverleners bij het aanbieden van producten (dreigen te) handelen in strijd met hun zorgplicht; en de Afdeling dus niet overtuigd is van de noodzaak van uitbreiding van de handhavingbevoegdheden van de AFM.²³⁾ In het nader rapport wordt – in reactie hierop – verwezen naar de gebrekkige handhaving via het civiele recht en de informatievoorsprong die de AFM als toezichthouder ten opzichte van consumenten heeft, zodat handhaving door de AFM langs bestuursrechtelijke weg schade kan voorkomen.²⁴⁾ Ik kom hier later nog op terug, in het kader van de noodzaak tot invoering van een generieke zorgplicht. Eerst sta ik nog wat langer stil bij het meer principiële punt zoals de Raad van State dat in 2005 zo helder omschreef: komt met invoering van zo'n generieke zorgplicht de rechtszekerheid niet in het geding?

Over het gebruik van vangnetbepalingen in het publiekrecht valt veel meer te zeggen.²⁵⁾ Dergelijke bepalingen zijn in ieder geval niet onomstreden. En dat klemt temeer in een situatie waarin een toezichthouder als beleidsmotto heeft dat zij ook 'niet illegaal, wel schadelijk' gedrag moet kunnen aanpakken; en moet kunnen interveniëren in gevallen die voorbij de gegeven wet- en regelgeving reiken.²⁶⁾ Het moet dan weliswaar – volgens de toelichting – om 'evident schadelijk' gedrag gaan. Maar dit staat niet in de wettekst. En, belangrijker nog: wat is 'evident schadelijk'?

In de wetgevingsbrief noemde de AFM als voorbeelden van gevallen waarin de generieke zorgplicht een goede aanvulling zou zijn op de al bestaande regels: het uitkeringsgedrag bij schadeverzekeringen en uitvaartverzekeringen of de afwikkeling van financiële schadeclaims bij woekerpolissen.²⁷⁾ Maar zijn dit ook 'evidente gevallen'? Het laatste voorbeeld valt sowieso niet (meer) onder de in te voeren generieke zorgplicht, nu de toelichting stelt dat de generieke zorgplicht niet bedoeld is om verzuimen uit het verleden te herstellen.²⁸⁾ En in het parlementaire debat is het uitkeringsgedrag bij schadeverzekeringen en uitvaartverzekeringen niet meer als voorbeeld aangehaald. In de nota van 1 augustus 2013 noemt de minister – daarover doorgevraagd²⁹⁾ – eigenlijk (nog) maar één voorbeeld: de DSB casus, waarin met name sprake was van overkreditering en koppelverkoop van koopsommen.³⁰⁾ Maar van deze voorbeelden kan worden afgevraagd of de wet hierover nu zo onduidelijk was. Voor overkreditering was in de Wet op het consumentenkrediet ('Wck') al een open norm opgenomen (art. 28), en koppelverkoop was onder de Wck ook verboden (art. 33 Wck). In de DSB casus lag voor de AFM het probleem niet zozeer in een onduidelijke, wettelijke normstelling, als wel in het feit dat de AFM pas vanaf 1 januari 2006 effectief kon handhaven met invoering van de Wfd in 2005.³¹⁾ En het handhavingsinstrumentarium is sindsdien niet minder geworden.³²⁾

Belangrijk voor de rechtszekerheid is dat publieke wetgeving als de onderhavige natuurlijk niet wordt geschreven voor gevallen waarover een ieder het wel eens is. Het gaat om de grensgevallen. Situaties waarin niet zwart of wit, maar grijs is wat 'evident schadelijk' is. Die grensgevallen zijn bepaald niet denkbeeldig. Het feit dat het tijdens de parlementaire behandeling van de generieke zorgplicht al moeilijk blijkt goede voorbeelden te geven, vormt een veeg teken. En als het duiden van niet-gereguleerde 'evidente gevallen' voor het verleden al lastig is, geldt dit vermoedelijk nog meer voor de toekomst. Wat niet behoefte te verbazen, want de schadelijkheid van bepaalde handelingen of bepaald nalaten blijkt vaak pas onder invloed van verandering van omstandigheden. In het Kamer debat is bijvoorbeeld gerefereerd aan het standpunt van de AFM bij de interpretatie van de hypotheekregels, in december 2011. De AFM zou toen een te strenge norm voor tweeverdieners hebben voorgestaan.³³⁾ Wat vooraf 'evident schadelijk' is vergt eigenlijk een waardering van de redelijkerwijs te verwachten gevolgen en belangen. Zoals ook de toelichting bij het wetsvoorstel erkent: de

21. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 26/27.
22. Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 4.
23. Zoals hierna zal worden toegelicht, heeft de AFM daarnaast nog de mogelijkheid handhaving op te treden via o.a. de Wet oneerlijke handelspraktijken, de Wet handhaving consumentenbescherming en – meer algemeen – via het privaatrecht (art. 3:305a jo art. 6:162 BW).
24. Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 4, p. 6.
25. Zie onder andere: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren & J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
26. Zie bijvoorbeeld de inleiding door R. Gerritse voor het VIDE Jaarcongres 14 juni 2012, waarin hij opmerkt: 'Niet illegaal, wel schadelijk. Het zijn voorbeelden van interventies die voorbij de gegeven wet- en regelgeving reiken. We hebben niet altijd de wettelijke middelen om deze producten en deze praktijken te weren (...), maar we menen dat we hier niettemin een proactieve, overredende en ook waarschuwendende taak hebben. Uit de schaduw van het recht, in het licht van de publiciteit. Om het volgende *LegioLease*, de volgende woekerpolissen en de volgende hypotheekellende maar voor te zijn.' Zie overigens ook de zeer kritische reactie van de Commissie Scheltema op een soortgelijk appel door de toenmalig voorzitter Hoogervorst van de AFM: Rapport commissie Scheltema, 23 juni 2010, p. 255.
27. Bijlage bij Kamerstukken II 2011-2012, 31 980, nr. 55.
28. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 29.
29. Zie Verslag van de vaste Kamercommissie voor Financiën, Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 5.
30. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 6, p. 30.
31. Zie Rapport commissie Scheltema, 23 juni 2010, p. 250 e.v.
32. Te denken valt bijvoorbeeld aan Wet oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW), die de AFM bestuursrechtelijk kan handhaven (zie hierover nader: C.W.M. Lieverse, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, p. 85 e.v.) en de Wet handhaving consumentenbescherming, die de AFM zowel bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk kan handhaven (art. 3:305d BW). Maar daarnaast kan ook gedacht worden aan de bevoegdheden die DNB heeft op grond van art. 3:10 en 3:17 Wft (inzake een beheerste en integere bedrijfsvoering). Juist het Rapport van de commissie Scheltema leert dat DNB in haar prudentieel toezicht meer oog had moeten hebben voor het verdienmodel van DSB en de wijze van bedrijfsvoering (Rapport commissie Scheltema, 23 juni 2010, p. 242 e.v.).

zorgplicht blijft een belangenafweging. En wat in die afweging 'evident schadelijk' is, kan snel tot discussie leiden. Daar doet het begrip 'evident' niet aan af.

Het komt dus aan op de rechtsbescherming. En die biedt zo nodig de bestuursrechter. Maar daarvoor gelden in dit geval wel twee belangrijke beperkingen die zien op toegang en inhoud. Maakt de AFM gebruik van haar handhavingsbevoegdheid via de generieke zorgplicht, dan staat het de aangesprokene vrij hiertegen in beroep te gaan bij de bestuursrechter. In de praktijk zal een aangesprokene hiervan evenwel niet heel snel gebruik maken. Wie gaat nu procederen tegen een toezicht-houder waarmee hij nog jaren door een deur moet? Dan bedenk je je wel twee maal. Temeer nu juist in geval van open normen als de onderhavige, een bestuursrechter in beginsel het bestuurlijk handelen beperkt toetst.³⁴⁾ Dit betekent in de praktijk dat bij 'grijze gevallen' de AFM veelal het laatste woord zal hebben. En de vraag is of dat wenselijk is, of dat dit leidt tot een situatie van 'onschadelijk, maar illegaal' gedrag. Iets wat evident in niemands belang is, ook niet van de AFM. In dit verband is opmerkelijk dat ook een land als Frankrijk, met een lange en uitgebreide traditie van publiekrechtelijke handhaving, geen vergelijkbaar generiek handhavingsinstrument kent. Dit doet de vraag rijzen of we met dit wetsvoorstel wel op de goede weg zitten; en of hetgeen de AFM wenst (meer handhavingsmogelijkheden in individuele gevallen) niet beter langs andere weg kan worden gerealiseerd.

7. Nieuw handhavingsinstrument noodzakelijk?

Ik denk het wel. En dit brengt mij bij de noodzaak. Vraag is of het doel dat met invoering van de generieke zorgplicht wordt beoogd niet beter langs andere weg kan worden gerealiseerd: die van de privaatrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld door het vragen van een gebod of verbod op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad), zo nodig bij de Voorzieningenrechter. Op zich niet onbegrijpelijk stelt de toelichting dat de preventieve werking van het privaatrecht in zoverre minder efficiënt is dat het voor consumenten in de regel minder eenvoudig is naar de rechter te stappen om bepaald schadelijk gedrag te voorkomen (zie hiervoor).³⁵⁾ Maar wat voor de consument geldt, geldt niet noodzakelijkerwijs voor de AFM. De route loopt dan via art. 3:305a BW jo art. 1:25 Wft. Als stichting is de AFM via de wet en haar statuten belast met het toezicht houden op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. Aldus is het voor de AFM mogelijk via art. 3:305a BW de belangen van bijvoorbeeld bepaalde consumenten (of begunstigden) zo nodig langs privaatrechtelijke weg te behartigen.³⁶⁾ Sterker nog: in de door de AFM gegeven voorbeelden in haar wetgevingsbrief van 10 oktober 2011³⁷⁾ zou de AFM desgewenst nu al privaatrechtelijk preventief kunnen optreden. In zoverre is niet zuiver wat de AFM stelt: dat onderscheid bestaat tussen illegaal

en schadelijk (in de zin van: ongewenst) gedrag, alsof 'schadelijk, maar legaal' gedrag zou bestaan. Dat is niet het geval, indien ook het privaatrechtelijk instrumentarium daarbij wordt betrokken.³⁸⁾

Maar, zo stelt dan het nader rapport (zie hiervoor): het privaatrechtelijk instrumentarium zou niet voldoende mogelijkheid tot preventief optreden bieden.³⁹⁾ Dit valt niet goed in te zien. De privaatrechtelijke route is niet langer, bewerkelijker of minder direct dan de publiekrechtelijke route.⁴⁰⁾ Zo nodig kan via een Voorzieningenrechter minstens zo snel een 'aanwijzing' worden verkregen als met het geven van een publiekrechtelijke aanwijzing door de AFM zelf. Ter verkrijging van die rechterlijke 'aanwijzing' zal de AFM de noodzakelijkheid en redelijkheid daarvan moeten motiveren. Maar die plicht tot motiveren gaat niet verder dan zoals die ook geldt indien zij eigener beweging, krachtens het publiekrecht, een aanwijzing geeft.⁴¹⁾ Ook die aanwijzing moet gemotiveerd worden, juist als het om een open norm gaat zoals het geval is bij een generieke zorgplicht. De werking van de publiekrechtelijke aanwijzing is ook niet directer. Op verzoek van de aangewezen kan de werking daarvan immers door de bestuursrechter geschorst worden, daar waar de werking van de privaatrechtelijke 'aanwijzing' pas ingaat nadat die door de privaatrechter (Voorzieningenrechter) is beoordeeld.

Eigenlijk past het privaatrecht ook veel beter bij de gevallen waarin de AFM handhaving via toepassing van de generieke zorgplicht op het oog heeft: individuele gevallen waarin weliswaar sprake lijkt van een evidente schending, maar waarvoor (nog) geen afweging van belangen via een wettelijke regeling heeft plaatsgevonden. Juist in die gevallen is gepast dat die weging en rechtsvorming geschiedt door de rechter in een debat op voet van gelijkwaardigheid. Juist in die gevallen zou zelfs gewenst moeten zijn (ook door de AFM) dat niet zozeer het door de AFM gewenste publiekrecht, maar het door de rechter geformuleerde privaatrecht zijn loop krijgt, omdat bij uitstek het privaatrecht erop toegesneden is optimaal met de individuele omstandigheden van het geval rekening te houden. Eenvoudig gezegd: de kans is groot dat de AFM via het privaatrecht een veel meer specifieke (en mogelijk zelfs strengere) norm geformuleerd krijgt, dan via het bestuursrecht.⁴²⁾ Niet zonder reden vermeldt de toelichting bij het wetsvoorstel herhaaldelijk dat de AFM bij handhaving via de generieke zorgplicht natuurlijk oog zal hebben voor de in het privaatrecht ontwikkelde en nog te ontwikkelen normen. Bovendien bevrijdt handhaving via het privaatrecht de AFM van het via het bestuursrecht altijd weer opkomende risico van de schijn- tegen dat zij zich misschien te activistisch, te eenzijdig heeft opgesteld. In landen als Engeland en de Verenigde Staten maken toezichthouders dan ook gebruik van zo'n duaal stelsel.⁴³⁾ Open normen worden gehandhaafd via het privaatrecht; gesloten normen via het publiekrecht. Privaatrechtelijke handhaving past ook bij de roep om een beter gebruik daarvan binnen het privaatrecht zelf.⁴⁴⁾ En ten slotte geldt dat juist ook voor de overheid de civiele rechter een restrechter vormt, nu de

33. Verslag van het wetgevingsoverleg van 18 september 2013, Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 15. PVV en VVD noemen tijdens dit debat nog het voorbeeld van een bank die een creditcard aan een bijstandsgerechtigde heeft gegeven. Volgens PVV en VVD betreft dit niet een evident geval dat zich leent voor handhaving door de AFM op basis van de generieke zorgplicht.
34. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Mak, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, 2011, p. 140 e.v.; Damen e.a., *Bestuursrecht* 2, 2012, p. 328 e.v.
35. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 29.
36. Zie ook C.W.M. Lieveerse, *Ooneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, p. 118, die haar preadvies besluit met de vraag of de AFM niet via art. 3:305b BW als belangenbehartiger van consumenten kan optreden. Dit kan niet via art. 3:305b BW, nu de AFM geen 'rechtspersoon is als bedoeld in artikel 1 van Boek 2', zoals lid 1 van art. 3:305b BW verlangt.
37. Het uitkeringsgedrag bij schadeverzekeringen en uitvaartverzekeringen of de afwikkeling van financiële schadeclaims bij woekerpolissen.
38. Nog afgezien van de mogelijkheden die de AFM privaatrechtelijk heeft via art. 3:305d BW (Wet handhaving consumentenbescherming). Langs deze route kan onderdeel a van de bijlage worden gehandhaafd, dat ziet op o.a. misleidende reclame (art. 6:194 t/m 196 BW), oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (art. 6:231 t/m 235, 237 t/m 247 BW), overeenkomsten op afstand en elektronische handel.
39. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 29.
40. Zie ook: C.W.M. Lieveerse, *Ooneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, p. 108.
41. De toelichting maakt duidelijk dat de AFM niet direct een boete kan opleggen krachtens de generieke zorgplicht. Wel een last onder dwangsom. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 3, p. 25. De AFM kan pas een boete opleggen indien de aanwijzing niet wordt opgevolgd.
42. Vgl. hierover T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorg, privaatrecht en bestuursrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug*, RdW 2010-3, p. 6 e.v.
43. D. Busch & D.A. DeMott (red.), *Liability of Asset Managers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 432 (VS) en p. 337 (UK).

44. Vgl. o.a. W.H. van Boom, *Effectuerend handhaven in het privaatrecht*, NIB 2007/16, p. 982 e.v.; alsmede E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahe & M.Y. Schaub, *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke verhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
45. G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Monografieën Nieuw BW deel A26a), Deventer, Kluwer 2011, p. 10 e.v.
46. Zie ook Lieverse, a.w., p. 28 e.v. Op grond van art. 3:305d lid 1 BW kan (ook) de AFM nu al onderdeel a van de bijlage van de Wet handhaving consumentenbescherming privaatrechtelijk handhaven. Dit betreft niet de Wet oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW). Voor zover mij bekend, heeft de AFM van deze privaatrechtelijke handhavingmogelijkheid (nog) geen gebruik gemaakt.
47. E.S. van Nimwegen, *Handhaving door de Consumentenautoriteit: een goed samenspel met het Burgerlijk Wetboek en Europese regelgeving?*, Contracteren 2010-2, p. 56.
48. Zie brief van 28 oktober 2011 van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, betreffende de evaluatie van de Wet handhaving consumentenbescherming. Zie inmiddels hiertoe ook het Wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn consumentenrechten: Kamerstukken II 2012-2013, 33 520.
49. Het gaat dan om het feit dat (i) onderscheid tussen open normen en concrete normen niet altijd heel duidelijk valt te maken; (ii) het duale stelsel tweeledige werkprocessen vergt, wat niet bijdraagt aan de doelmatigheid binnen de toezichtouder; (iii) het duale stelsel – volgens de evaluatie – soms tot onbegrip en weerstand leidt; (iv) het meer punitieve karakter van bestuurlijke handhaving steeds meer geaccepteerd is; en (v) er geen verschil in uitleg van normen zou zijn tussen privaatrechter en bestuursrechter. Vergelijkbare argumenten lagen ten grondslag aan het amendement Vos (Kamerstukken II 2007-2008, 30 298, nr. 14), waardoor de AFM de aanvankelijk door de wetgever bedoelde mogelijkheid werd ontnomen de Wet oneerlijke handelspraktijken, voor wat de open normen betreft, niet via het bestuursrecht maar via het privaatrecht te handhaven (vgl. Lieverse, a.w., p. 32 e.v.). Dit tegen de zin van de toenmalige minister, die ook met betrekking tot de Wet oneerlijke handelspraktijken (toen nog) dezelfde duale handhavingstructuur wilde volgen als onder de Wet handhaving consumentenbescherming geldt (Kamerstukken II 2007-2008, 30 298, Handelingen, nr. 14, 924-929 en 934-943).
50. Zie ook K.W.H. Broekhuizen & C.E. du Perron, *De fundamentele uitgangspunten van een generieke zorgplicht*, FR 2012-5. Zie voorts ook het op 28 juni 2013 verschenen verslag van de vaste Kamercommissie voor Financiën, waarin talrijke vragen zijn gesteld, ook met betrekking tot handhaving en de rol en positie van de AFM daarin (Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 5), de nota van de minister naar aanleiding van het verslag van 1 augustus 2013 (Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 6), alsmede het verslag van het wetgevingsoverleg van 18 september 2013 (Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 15).
51. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 14.
52. Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr. 17.

bestuursrechter wel door de burger, maar niet door de overheid kan worden geadieerd.⁴⁵⁾

Een vergelijkbaar handhavingsmodel bestaat ook in het kader van de Wet handhaving consumentenbescherming. Open normen worden door de ACM (voorheen: Consumentenautoriteit) gehandhaafd via het privaatrecht; specifieke normen via het publiekrecht.⁴⁶⁾ Privaatrechtelijke handhaving is daarbij niet minder effectief of minder efficiënt bevonden dan bestuursrechtelijke handhaving.⁴⁷⁾ Weliswaar heeft Economische Zaken inmiddels aangekondigd dit duale stelsel te willen wijzigen, in die zin dat de ACM alleen nog via het publiekrecht handhaaft.⁴⁸⁾ Maar de redenen hiervoor zijn tamelijk pragmatisch en bepaald niet dwingend.⁴⁹⁾

Handhaving via het privaatrecht roept nog wel interessante vragen op, zoals: mag de AFM met dat doel dan gebruik maken van haar toezichtsbevoegdheden inzake informatievergaring? Ik zou daar op zich geen problemen mee hebben. Die bevoegdheden reiken wel verder dan de normale, civielrechtelijke bevoegdheden. Maar dat wordt mijns inziens geëgitimeerd door de bijzondere positie die de AFM als toezichthouder heeft. Het ontzeggen aan de AFM van het gebruik van die informatie voor privaatrechtelijke handhaving, zou ook tot allerlei praktische problemen kunnen leiden. Vermoedelijk bestaan nog wel meer 'samenloopvragen'. Het zou de moeite waard zijn dit meer aandacht te geven.

8. Verdere parlementaire behandeling

Mede vanwege het advies van de Raad van State en de reacties in de pers, organiseerde de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer op 20 juni jl. een rondetafelgesprek met marktpartijen en genodigden. Vele bezwaren werden daarbij herhaald. Als compromis leek de AFM zich bij monde van Kockelkoren te kunnen vinden in de daarbij door Du Perron voorgestelde aanpassing dat de wet expliciet zou bepalen dat de AFM de generieke zorgplicht alleen mag handhaven indien sprake is van een 'evidente schending'.⁵⁰⁾ Inmiddels is deze gedachte door de VVD (De Vries) en D'66 (Koolmees) in een amendement overgenomen.⁵¹⁾ Volgens dit voorstel worden aan art. 4:24a twee leden toegevoegd:

3. *De Autoriteit Financiële Markten geeft met betrekking tot het eerste en tweede lid slechts toepassing aan artikel 1:75 bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden.*
4. *Onze Minister zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van dit artikel aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit artikel in de praktijk.'*

Volgens de toelichting beoogt dit amendement te verankeren dat ingrijpen door de AFM op basis van de generieke zorgplicht (art. 1:75 Wft biedt de AFM

de mogelijkheid een aanwijzing te geven) alleen kan in het geval van evidente misstanden. Uitgangspunt dient te zijn dat de invulling van de zorgvuldigheidnorm bij voorkeur plaatsvindt via algemeen verbindende voorschriften. Alleen als de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften niet kan worden afgewacht wegens het ernstig karakter van de schending en de spoedeisendheid van de handhaving, kan de AFM handhaven op basis van de generieke zorgplicht. Bij brief van 19 september 2013 heeft de minister zijn aanvankelijke reserve tegen dit voorstel laten varen en de verdere beoordeling aan de Tweede Kamer overgelaten.⁵²⁾

Maar dit voorstel lost het hierboven gesignaleerde risico niet op dat in de praktijk dan veelal de AFM het laatste woord heeft over wat een 'evidente misstand' is. Het valt te hopen dat in de verdere parlementaire behandeling meer aandacht wordt gegeven aan de privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden. Naar mijn mening wordt iedereen daar beter van, ook de AFM.