

Enige aspecten van aansprakelijkheid van de financieel adviseur voor teleurstellende beleggingsresultaten

Mr. E. Nederlof-Wouters van den Oudenweijer en

*mr. F. van der Woude**

1 Inleiding

Banken en verzekeraars hebben in de loop der tijd een grote verscheidenheid aan beleggingsproducten ontwikkeld. Veel consumenten hebben die producten gekocht om vermogen op te bouwen of jaarlijks beleggingsopbrengsten te behalen.¹ De producten verschilden van tamelijk eenvoudige beleggingsrekeningen tot moeilijker te begrijpen beleggingsverzekeringen of effectenleaseproducten. Veelvuldig diende de vermogensopbouw voor het aflossen van een hypothecaire lening of als oude-dagvoorziening. De vermogenswaarde van de beleggingen is in korte tijd fors gedaald, waardoor veel consumenten hun beleggingsdoelen niet konden realiseren en velen van hen zelfs in grote financiële problemen zijn gekomen. Moeten deze consumenten de teleurstellende beleggingsresultaten voor lief nemen of kan zo'n consument zijn verlies bij wijze van schade afwentelen op een ander?

Getuige de stroom aan uitspraken houden consumenten hun bank, verzekeraar of bemiddelaar verantwoordelijk voor de gevolgen van de teleurstellende beleggingsresultaten. Dit is bijvoorbeeld het geval, omdat zij menen dat zij onvoldoende zijn geïnformeerd over (de gevolgen van) het risico van koersdalingen. Met name daar waar dat risico van grote invloed is op de primaire financiële behoeften van de het brede publiek, wordt een gebrek aan advies en waarschuwingen verweten. In de jurisprudentie komt de zorgplicht van verschillende financiële dienstverleners aan de orde.² Telkens rijst echter de vraag wat in het kader van de financiële dienstverlening van de consument

zelf mag worden verwacht. Wij gaan ter afbakening daarvan in de eerste plaats in op de positie van de financieel adviseur. Zodoende wordt, daar waar de grens aan diens zorgplicht in kaart is gebracht, de eigen verantwoordelijkheid van de consument helder. Met name richten wij ons daarbij op de veelvuldig voorkomende situatie dat het advies is verweven met de bemiddeling bij of het aanbieden van bijvoorbeeld een hypotheek of een verzekering.

2 De rechtsbetrekking tussen de consument en de financieel adviseur

De Wet op het financieel toezicht (Wft) verstaat onder 'adviseren' onder andere het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van één of meer specifieke financiële producten of verzekeringen, met uitzondering van financiële instrumenten, aan een bepaalde consument. De adviseur kan tevens aanbieder van een financieel product zijn, zoals een bank bij het afsluiten van een hypotheek. Vaak wendt de consument zich echter tot een onafhankelijk financieel adviseur. Die adviseur zal veelal tevens een bemiddelaar zijn en wordt in het spraakgebruik ook wel aangeduid als tussenpersoon, zoals de hypotheekbemiddelaar. In dit artikel zullen wij ons met name richten op de zorgplicht van de onafhankelijke financieel adviseur.

Normaal gesproken zal een consument een financieel adviseur benaderen met op het eerste gezicht eenvoudig lijkende vragen. Het kan de offerte voor een hypotheek betreffen, een verzoek om informatie over sparen of bijvoorbeeld een vraag over het pensioen. Dat zijn dan vaak mondelinge contacten.³ Op basis hiervan komt in het algemeen een overeenkomst van opdracht tot stand in de zin art. 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW).⁴

Voor het tot stand komen van een opdracht lijkt niet vereist, zoals art. 7:405 BW wel bepaalt, dat de financieel adviseur een

* Mr. E. Nederlof-Wouters van den Oudenweijer is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam. Mr. F. van der Woude is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1. Art. 1.1 Wet op het financieel toezicht (Wft) definieert de consument als een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent. Wij vermelden dat de Wft het begrip consument en de zakelijke afnemer van verzekeringen onder de definitie van cliënt heeft gebracht. Omdat ons artikel met name gaat over de particuliere persoon buiten beroep of bedrijf, hanteren wij het begrip consument.

2. Wij hanteren in het kader van dit artikel de definitie van art. 1:1 Wft, kort gezegd hij die een financieel product aanbiedt, daarover adviseert of daarbij bemiddelt.

3. Op grond van art. 149b Bgfo zal de bemiddelaar en adviseur met ingang van 1 juli 2009 een dienstverleningsdocument dienen te overhandigen aan de consument waarin de kern van de dienstverlening van de bemiddelaar en adviseur is beschreven.

4. Asser-Clausing-Wansink, p. 50.

vergoeding van de consument ontvangt. Wij verwijzen in dit verband naar het vonnis van de Rechtbank Arnhem:⁵

‘Het bepaalde in artikel 7:400 lid 2 BW brengt met zich dat, in afwijking van het bepaalde in artikel 7:405 lid 1 BW, uit de wet, inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht danwel uit de gewoonte kan voortvloeien dat de opdrachtgever geen vergoeding aan opdrachtnemer verschuldigd is. In de financiële sector is het de gewoonte dat de tussenpersoon die bemiddelt bij de totstandkoming van een overeenkomst, geen loon van zijn opdrachtgever ontvangt doch wel van de dienstverlener waarmee de overeenkomst tot stand komt.’

Het kan echter ook zo zijn dat het loon dat door de aanbieder krachtens gewoonte aan de bemiddelaar of adviseur wordt betaald, meebrengt dat die vergoeding moet worden beschouwd als loon in de zin van art. 7:400 lid 2 BW. Dit overwoog de Rechtbank Haarlem, waarbij tevens werd geoordeeld dat het uitnodigen van een verzekeringstussenpersoon om te praten over de financiering van een vakantiewoning al een overeenkomst van opdracht inhoudt.⁶ Veel tussenpersonen zullen zowel bemiddelen als adviseren. Omdat dit van belang is voor de publiekrechtelijke verplichtingen van de tussenpersoon, werken wij dit hierna uit.

3 De bemiddelingsovereenkomst

De bemiddelingsovereenkomst kwalificeert naar burgerlijk recht als een overeenkomst van opdracht, waarbij de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van één of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden.⁷ Publiekrechtelijk vallen onder bemiddelen – samen-gevat – alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake een financieel product, anders dan een financieel instrument, tussen de aanbieder en de consument.⁸ Ook het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een verzekering en de overeenkomst van krediet valt onder bemiddelen in de zin van de Wet op het financieel toezicht.

De vraag of een bemiddelingsovereenkomst tot stand is gekomen en welke werkzaamheden de financieel adviseur op grond hiervan moet verrichten, zal primair worden beantwoord aan de hand van het burgerlijke recht. Hierna zal echter blijken dat de publiekrechtelijke regels de inhoud en omvang van de bemiddelingsopdracht mede bepalen, vooral daar waar de regels uit de

Wet op het financieel toezicht dienen ter bescherming van de consument tegen bepaalde risico's.⁹

4 Een overeenkomst tot advies

Anders dan bij de bemiddelingsovereenkomst kent het Burgerlijk Wetboek geen benoemde ‘adviesovereenkomst’, zodat daarvoor de algemene regels van opdracht zullen gelden.¹⁰ De Wet op het financieel toezicht verstaat onder adviseren, zo zagen wij eerder, het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van één of meer specifieke financiële producten aan een bepaalde consument. Het adviseren van een productsoort, bijvoorbeeld een beleggingshypothek in algemene zin, valt daarmee buiten de definitie.¹¹ De vraag of er sprake is van advisering zal door de rechter worden beoordeeld op basis van de omstandigheden waarop aan de overeenkomst feitelijk uitvoering is gegeven. In dit verband wijzen wij op het arrest van het Hof Arnhem waarin op grond van de stellingen van de opdrachtnemer werd geoordeeld dat de opdrachtnemer jegens de consument als adviseur was opgetreden.¹² Een van de stellingen van de opdrachtnemer was – kort gezegd – dat hij de consument bij de advisering over een eerder product op de risico's had gewezen en dat de risico's van het tweede product niet wezenlijk daarvan verschilden. Voorts had de financieel adviseur aangevoerd uitgebreid met de consument te hebben gesproken over verschillende onderwerpen. Wij wijzen ook op het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 24 mei 2006, r.o. 4.2.¹³

‘Waar [eisers] zich beroepen op de rechtsgevolgen verbonden aan de advisering door Timmers, rust op [eisers] de bewijslast van hun stelling dat Timmers [eisers] heeft geadviseerd om een beleggingsovereenkomst met NWP aan te gaan. Gezien het feit dat Timmers aan [eisers] brochures heeft gegeven, hen op de website heeft geattendeerd, de inschrijfformulieren heeft gegeven en deze ook weer ingevuld terug heeft ontvangen, acht de rechtbank voorshands en behoudens tegenbewijs voldoende bewezen dat Timmers [eisers] dienaangaande heeft geadviseerd.’

In het algemeen zal al snel worden aangenomen dat, naast een bemiddelingsovereenkomst, sprake is van een adviesrelatie. Wij zullen hierna laten zien dat de Wet op het financieel toezicht daarbij mede de civielrechtelijke inhoud van die relatie zal

5. Rb. Arnhem 21 juli 2004, LJN AR2562.

6. Rb. Haarlem 27 april 2005, LJN AT7895.

7. Art. 7:425 BW en 7:426 BW.

8. Art. 1:1 Wft.

9. Zie in dit verband Asser-Clausing-Wansink, p. 70 over de Wet financiële dienstverlening, die in de Wft is opgegaan: ‘De Wfd beoogt de verantwoordelijkheden van financiële dienstverleners vast te leggen’ en het gaat om ‘gedrageregels die voorschrijven op welke wijze financiële instellingen met hun (potentiële) klanten dienen om te gaan.’

10. Art. 7:400 BW e.v.

11. Zie de parlementaire geschiedenis Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 67. Deze toelichting is onder de Wft nog steeds relevant.

12. Hof Arnhem 19 juni 2007, LJN BA7786.

13. Rb. Rotterdam 24 mei 2006, LJN AX6820.

bepalen.¹⁴ In het hiernavolgende zullen wij er dan ook van uitgaan dat naast bemiddeling ook steeds sprake is van advies.

5 De zorgvuldigheid en zorgverplichtingen die gelden voor de financieel adviseur

Op grond van art. 7:401 BW dient de financieel adviseur bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer te betrachten (art. 7:400 jo. 7:401 jo. 6:74 BW). Maar wat wordt dan concreet verstaan onder de zorg van een goed adviseur?

Voor verschillende beroepsgroepen zijn in de jurisprudentie zorgvuldigheidsnormen aangenomen. Het gaat dan om de norm dat de desbetreffende beroepsbeoefenaar ten opzichte van zijn cliënt de zorgvuldigheid in acht dient te nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mocht worden verwacht.¹⁵ Het maakt daarbij niet uit of de consument zijn vordering baseert op een tekortkoming in de nakoming van de opdracht of op onrechtmatige daad.¹⁶ Rechtspraak en rechtsleer zijn algemeen van mening dat een beroepsfout die een tekortkoming oplevert, meestal ook een onrechtmatige daad tegen de contractuele wederpartij zal inhouden.¹⁷

De algemene zorgvuldigheidsnorm van de financieel adviseur is in beginsel gelijk aan de hiervoor genoemde algemene norm voor andere beroepsbeoefenaren. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat bij het beoordelen van het handelen van een beleggingsadviseur moet worden nagegaan of zij 'bij de uitvoering van haar werkzaamheden heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur mag worden verwacht'.¹⁸ De Rechtbank Arnhem hanteerde dezelfde maatstaf voor een financieel adviseur, namelijk wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mocht worden verwacht.¹⁹

Onder omstandigheden dwingt de zorgvuldigheid echter tot meer dan een handelen dat op dat moment werd gezien als overeenkomstig een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot. Al in 1981 oordeelde de Hoge Raad dat een notaris ook onzorgvuldig handelt als hij de cliënt blootstelt aan vermijdbare risico's, zelfs als die notaris daarmee overeenkomstig de op dat moment geldende norm binnen de beroepsgroep handelt.²⁰

Uiteindelijk zal het handelen of nalaten van de financieel adviseur worden beoordeeld in het licht van de zorgvuldigheid die

in de gegeven omstandigheden van hem mag worden verwacht.²¹ Daarbij dient op grond van de omstandigheden van het geval te worden beoordeeld of daarbij een (bijzondere) zorgplicht heeft te gelden.²² Enkele van deze omstandigheden zullen in de volgende paragrafen aan de orde komen.

6 De aard en inhoud van de overeenkomst

De zorgplicht van de financieel adviseur bij een opdracht tot uitsluitend bemiddeling is over het algemeen minder omvangrijk dan bij een opdracht waarbij een financieel adviseur ook adviseert.²³ Bij advisering dient de financieel adviseur na te gaan of het product ook bij de consument past. Een advies impliceert immers dat dit gericht is op het belang van die consument. Hij zal dus actief bij de consument moeten navragen wat zijn behoefte en financiële positie is. En hij moet zich er voor inspannen dat het product bij het profiel van de consument aansluit, althans dat de consument bekend is met de risico's indien dat anders mocht zijn.²⁴ Onzes inziens kan deze zorgplicht zo ver gaan, dat een financieel adviseur niet altijd zal kunnen volstaan met de antwoorden op het (standaard) 'ken-uw-client-formulier'. Hij zal zich steeds moeten afvragen of hij in het desbetreffende geval niet meer informatie bij de consument zal moeten opvragen. Een financieel adviseur zal er daarbij goed aan doen ten behoeve van zijn dossier, bijvoorbeeld op het ken-uw-client-formulier, aan te tekenen of hij, gezien de antwoorden, aanleiding heeft gezien om door te vragen. En zo nee, waarom niet. Wij vermelden hierbij dat uit onderzoek van de Engelse toezichthouder, de *Financial Services Authority*, is gebleken dat de adviseur een belangrijke rol vervult – en wij menen dat dit ook voor Nederland geldt – bij de uiteindelijke besluitvorming van de consument:

'Consumers vary greatly in their attitude to finance and the extent of their financial product portfolio. Respondents' profiles were typically the result of three key variables: personality, circumstances and level of financial knowledge/experience.

There was high reliance on financial advisers amongst both 'trustees' and 'partners', as many of them lacked the interest or capability to evaluate products or access other sources effectively. The financial adviser offered the respondent several benefits:

- They listened to needs and recommended solutions, reassuring them that they had made the right decision.

14. Ook af te leiden uit HR 23 december 2005, NJ 2006, 289: 'De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoort (...) dat de bepalingen van de Wte, blijkens de wetsgeschiedenis, mede strekken ter bescherming van de belangen van beleggers.'

15. Ten aanzien van de arts: HR 9 november 1990, NJ 1991, 26; de advocaat: HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302; de assurantiëtussenpersoon: HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375; de notaris: HR 20 december 2002, NJ 2003, 325.

16. S.D. Lindenbergh, 2007 (T&C BW), art. 6:162 BW, aant. e.

17. A-G Mok in zijn conclusie vóór HR 12 juni 1987, NJ 1988, 58.

18. Rb. Amsterdam 28 januari 2009, LJN BH5765.

19. Rb. Arnhem 21 juli 2007, LJN AR2562.

20. HR 30 januari 1981, LJN AG4140 (Baarns beslag) en bijv. HR 2 april 1982, LJN AG4355 (Smael/Mr Moszkowicz).

21. Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 323.

22. Zie ook: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 114. Naast genoemde omstandigheden, noemt Tjong Tjin Tai ook: (1) of de opdrachtnemer zichzelf heeft aangeboden; (2) de omstandigheden waaronder de opdracht moet worden vervuld; (3) eventuele aanwijzingen van de consument, en (4) wat gebruikelijk is bij een bepaald soort opdracht.

23. In de parlementaire geschiedenis Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 3 valt te lezen dat op de financiële dienstverlener die de consument een bepaald product aanbeveelt een sterkere zorgplicht rust dan wanneer hij zijn consument informeert. Een zorgplicht gaat evenwel niet over wat een financiële dienstverlener feitelijk doet, maar waartoe hij gehouden is.

24. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 87.

- They tailored discussion to suit knowledge, simplifying the complexity of the market and the literature.
- They did the work for them, saving them time, effort and worry.
- They knew the market, giving them access to expertise and best advice.

These respondents typically placed a high level of trust in their adviser and rarely challenged the information provided. Few respondents had the knowledge to be comfortable without a trusted adviser and consequently advisers were in a position of great power.

For these respondents, discussion and clarification of the issue of risk was dependent upon the financial adviser. However, if respondents failed to understand the mechanics of their product, their comprehension of risk was likely to be limited or non-existent. Reliance on their adviser's suggestions could have affected the degree of consideration given to alternative product options. Many respondents trusted their advisers, whether tied or independent, to make a suitable choice for them.²⁵

Uit art. 4:23 Wft vloeit voort dat de financieel adviseur geen adviesplicht heeft, maar dan dient hij de consument wel expliciet te melden dat hij niet adviseert (art. 4:23 lid 2 Wft).²⁶ Buiten het strikte kader van een opdracht tot advies kan in beginsel overigens een waarschuwingplicht van de financieel adviseur worden aangenomen als de ernst van het gevaar (beroepshalve) tot het bewustzijn van de financieel adviseur is gedrongen.²⁷

7 De persoon van de adviseur en de mate van diens deskundigheid

De financieel adviseur is een professional die op grond van de Wft aan de nodige deskundigheidsvereisten moet voldoen en als zodanig zal hij zich ook aan de consument presenteren. Dit brengt onzes inziens enerzijds mee dat de financieel adviseur een grotere zorgplicht zal hebben dan de niet-professionaal die bij wijze van vriendendienst de consument adviseert. Met name gaat het daarbij om een adequate informatieverstrekking, zodat de consument de consequenties van het geadviseerde begrijpt en zich van de risico's bewust is. Bij (beroepshalve) voorzienbare en vermijdbare risico's zal de adviseur zeer mogelijk een waarschuwingplicht hebben en onder omstandigheden zijn opdracht moeten weigeren.

Wij zijn echter van mening dat op financieel adviseurs geen bijzondere zorgplicht rust, zoals die is aangenomen voor bijvoorbeeld geïnstitutionaliseerde dienstverleners als notarissen, advo-

caten, accountants en banken. Een dergelijke zorgplicht wordt voor die dienstverleners gebaseerd op de bijzondere maatschappelijke functie die zij vervullen. Zo hebben zij op zekere terreinen een publieke taak toebedeeld gekregen, zijn ze wettelijk of feitelijk op een bepaald onderdeel monopolist en beschikken zij over een hoge mate van deskundigheid.²⁸ Een dergelijke maatschappelijke functie heeft de financieel adviseur niet.

Dat kan anders zijn als de financieel adviseur zich als aanbieder van het financiële product presenteert. Dit kan bijvoorbeeld voorkomen als hij zogeheten gelabelde producten in de markt zet. Dit kan gevolgen hebben voor de omvang van de zorgplicht. Wij wijzen in dit verband op het vonnis van Rechtbank Utrecht van 20 februari 2008,²⁹ waarin het ging om een aanbieder die stelde dat hij bij de aandelenleaseovereenkomst slechts optrad als kredietverstrekker.

8 De persoon van de consument

Hoe meer deskundig de consument zelf is, hoe meer hij daarin de positie van de adviseur nadert. De kennis en ervaring zijn ook van invloed op de wijze waarop diensten of producten mogen worden aangeboden (vergelijk art. 4:23 lid 1 en 4:24 lid 2 en 3 Wft). In dit verband verwijzen wij mede naar het eerder genoemde arrest van het Hof Den Bosch van 10 maart 2009:

'De omvang van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de complexiteit van het aangeboden product, de daaraan verbonden specifieke risico's, de eventuele deskundigheid van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie.'³⁰

Dit valt ook af te leiden uit de hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis waarin de kennisachterstand als belangrijk argument voor bescherming van de consument naar voren komt.

Daarnaast geldt wel als uitgangspunt dat de consument in beginsel zelf verantwoordelijk is voor zijn financiële beslissingen. Wij zijn het met Van Balen eens dat ook van de consument de benodigde actie verwacht mag worden als deze vragen heeft of zaken onduidelijk zijn gebleven.³¹ Ook dient de consument aan diens adviseur juiste en volledige informatie te verstrekken over diens situatie. Indien de consument is gewaarschuwd, blijven de gevolgen van onvolledige informatieverstrekking aan de adviseur,

25. Te raadplegen via <www.fsa.gov.uk/pubs/consumer-research/CRPR33.pdf>.

26. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 89.

27. Vgl. HR 2 februari 2001, NJ 2002, 379, r.o. 3.4 en A-G Bakels in r.o. 2.10 van zijn conclusie bij dit arrest, onder verwijzing naar Barendrecht en Van den Akker.

28. Zie voor de bank: HR 5 juni 2009 LJN BH2882/BH2811/BH2815 (Effektenlease) om te waken voor lichtvaardigheid van de consument; voor de notaris HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groninger notaris) inzake de verplichting van de notaris tot het onder omstandigheden geven van verdergaande informatie en het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's; voor de accountant: HR 13 oktober 2006, JOL 2006, 295 (Deloitte/Vie d'Or) ten aanzien van de betrouwbaarheid van de controle van de jaarrekening; voor de advocaat HR 14 mei 1993, NJ 1993, 457 (Smorenburg/Van der Gronde) inzake de toegankelijkheid tot rechtsbedeling.

29. Rb. Utrecht 20 februari 2008, LJN BC4542.

30. Hof Den Bosch 10 maart 2009, LJN BH5907.

31. S.B van Baalen, Aansprakelijkheid als gevolg van schending van financiële regels, in Onderneming en financieel toezicht, p. 673-674.

voor rekening van de consument.³² Dat laatste zal onder omstandigheden ook gelden voor informatie die de consument uit een externe informatiebron heeft verkregen, zoals van een website. Bovendien geldt onzes inziens, anders dan bij de aansprakelijkheid van de bank inzake de handel in opties, dat de financieel adviseur een minder vergaande zorgplicht zal hebben ten opzichte van de zakelijke cliënt.³³

9 Hoe wordt de zorgplicht van de financiële dienstverlener in concreto ingevuld?

Het concreet invullen van de zorgplicht van de financieel adviseur is gezien het voorgaande afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, die steeds verschillend zullen zijn. Wij zullen hierna aan de hand van de jurisprudentie en de wet- en regelgeving die zorgplicht verder afbakenen om enige handvaten te bieden.

De omvang van de zorgplicht is niet onbegrensd, althans voor zover het de schending van *ongeschreven* zorgvuldigheidsnormen betreft. Zo vindt de zorgplicht van een notaris haar grens daar waar hij goede grond had te vertrouwen dat de klant zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende inzicht had in wat de gevolgen van zijn aankoop waren.³⁴ Betekent dit nu dat als een financieel adviseur goede grond heeft te vertrouwen dat een consument voldoende inzicht heeft in wat de gevolgen zijn van een beleggingsproduct, zijn zorgplicht ophoudt? Voor zover er sprake is van ongeschreven zorgverplichtingen, is dat niet uitgesloten. De deskundigheid of ervaring van de consument zal hierbij een rol spelen. Te denken valt aan de consument die al meermalen een bepaalde beleggingshypotheek heeft afgesloten en uitdrukkelijk heeft verklaard de risico's van dat product te hebben begrepen, of aan de consument die als voormalig financieel adviseur de nodige deskundigheid heeft op het gebied van beleggingshypotheek. Wel menen wij dat voor een financieel adviseur zou kunnen gelden dat hij de consument verdergaand dient te waarschuwen voor eigen lichtvaardigheid ten aanzien van de aan het advies verbonden risico's.³⁵ Die zorgplicht zal dan, anders dan voor de bank, niet voortvloeien uit de maatschappelijke functie, maar uit de zorgvuldigheid die van een financieel adviseur mag worden verwacht. Die zorgplicht hoeft niet zo ver te gaan dat de opdrachtnemer de consument behoort te vrijwaren tegen alle risico's, bijvoorbeeld niet wanneer die ook bij een hoge mate van zorgvuldigheid niet waren te vermijden.³⁶

Hiervoor hebben wij enkele kanttekeningen bij de maximale omvang van de zorgplicht geplaatst. De minimale omvang van de zorgplicht is wellicht eenvoudiger aan te geven. Met name als de gedragsregels die de Wet op het financieel toezicht voorschrijft als uitgangspunt worden genomen. Wij haasten ons om

daarbij te zeggen dat naleving van de publiekrechtelijke regels geen absolute ondergrens geeft voor invulling van de zorgplicht, maar wij menen dat de regels die de Wft stelt wel een belangrijk richtsnoer bieden voor de zorgplicht van de financieel adviseur.³⁷ Op een paar belangrijke Wft-regelingen wordt hierna dan ook ingegaan.

Op grond van art. 4:19 Wft moet de financieel adviseur ervoor zorgen dat alle informatie die hij op welke manier dan ook verstrekt, strookt met de informatie die hij op grond van de Wet op het financieel toezicht dient te verstrekken.³⁸ De informatie die hij op grond van de Wet op het financieel toezicht dient te verstrekken, moet feitelijk juist, begrijpelijk en niet misleidend zijn. Deze eisen spreken civielrechtelijk eigenlijk voor zich. Een financieel adviseur die onjuiste, onbegrijpelijke of misleidende informatie verstrekt, zal onzorgvuldig handelen, tenzij hij bewijst dat dit niet aan hem kan worden toegerekend. Onzes inziens doet een financieel adviseur er daarom goed aan de informatie die hij in verband met art. 4:21 Wft over een product van een aanbieder ontvangt, aan een eigen beoordeling te onderwerpen. Zo kan hij zich ervan te vergewissen dat die informatie juist, begrijpelijk en niet-misleidend is, voordat hij deze informatie doorgeeft aan de consument, ook al blijft die informatie uitsluitend behoren tot verantwoordelijkheid van degene die de informatie heeft opgesteld.

Uit de wetsgeschiedenis vloeit voort dat, naarmate een product complexer en/of risicovoller is, van de consument minder kennis en inzicht kan worden verwacht en de informatie daarop moet worden afgestemd.³⁹ De financieel adviseur mag bij het verschaffen van 'standaard' informatie uitgaan van de gemiddelde consument. Als de financieel adviseur zijn informatie afstemt op een bepaalde groep, dan kan van hem worden verlangd dat hij die informatie afstemt op het kennisniveau van de doelgroep. Dit kan meebrengen dat als de financieel adviseur de informatie die hij van de aanbieder ontvangt, wil gebruiken voor klanten die de Nederlandse taal niet machtig zijn, hij daarmee rekening zal moeten houden.

Op grond van art. 4:20 Wft dient de financieel adviseur voortgaand aan zijn advies de consument informatie te geven voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van het product. Dit zijn bijvoorbeeld de gegevens over de door de financieel adviseur te verlenen dienst en de kenmerken van het desbetreffende financiële product. Civielrechtelijk lijkt ons ook dit wel voor de hand te liggen. De consument moet weten

32. Art. 4:24 lid 3 Wft.

33. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie: S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 428.

34. HR 27 maart 1992, LJN ZC0557.

35. HR 1 juli 2003, RvdW 2003, 123.

36. HR maart 1990, NJ 1990, 428, herhaald in HR 20 december 2002, NJ 2003, 325, r.o. 3.5.1.

37. Dit is nog eens bevestigd in de effectenlease-arresten van HR van 5 juni 2009. Zie noot 33.

38. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 85.

39. In PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 86 wordt gesproken over de 'gemiddelde' consument. Wij komen daar in par. 13 van dit artikel op terug.

wat hij koopt.⁴⁰ En over een complex product als een beleggingsverzekering zal in de regel meer informatie moeten worden verschaft dan over een eenvoudige betaalrekening.

Als de financieel adviseur adviseert, moet hij op grond van de ingewonnen informatie zijn informatie precies afstemmen op de individuele kenmerken van die consument. Hij kan dan dus niet altijd volstaan met het een-op-een doorgeven van de informatie van de aanbieder aan de consument. Hij doet er verstandig aan dit met de consument door te nemen. De financieel adviseur moet ook gedurende de looptijd van de overeenkomst de consument tijdig informeren. Bijvoorbeeld bij wezenlijke wijzigingen in de hiervoor bedoelde informatie. Hieruit kan worden afgeleid dat een adviesrelatie niet behoeft op te houden direct na het advies. De financieel adviseur zal gedurende de looptijd van het product de plicht kunnen hebben om te waken voor de belangen van de consument.

Een financieel adviseur dient voorafgaand aan zijn advies op grond van art. 4:23 Wft het 'ken-uw-cliëntbeginsel' toe te passen. Dit houdt in dat de financieel adviseur voordat hij adviseert, informatie inwint over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het advies. De wetsgeschiedenis zegt dat sprake kan zijn van zowel een actief als passief inwinnen van informatie. Genoemd worden: het openen van een website waar een consument zijn gegevens kan invoeren, het '*passief inwinnen van informatie*' en het verstrekken van een stroomschemaformulier waarop de consument de benodigde gegevens invult, genoemd '*het actief inwinnen van informatie*'. Onzes inziens vormt de aldus ingewonnen informatie slechts het begin. Een financieel adviseur weet namelijk op voorhand nooit of die gegevens voldoende zijn of aanleiding geven om op een bepaald gebied door te vragen.

De financieel adviseur draagt er zorg voor dat zijn advies, voor zover redelijkerwijs mogelijk, rekening houdt met de ingewonnen informatie. Hij dient de overwegingen die ten grondslag liggen aan zijn advies voor zover dit nodig is voor een goed begrip van zijn advies, toe te lichten.

Op grond van art. 4:24 Wft dient de financiële dienstverlener, ook als hij niet adviseert, bij de consument informatie in te winnen over de kennis en ervaring van de consument, opdat deze kan beoordelen of de dienst geschikt is voor de consument. Indien de financieel dienstverlener op basis van deze informatie van mening is dat de financiële dienst niet geschikt is voor de consument, waarschuwt hij de consument. En als de consument aan de adviseur onvoldoende informatie verschaft over zijn kennis en ervaring, waarschuwt de financieel adviseur de consument

dat hij als gevolg daarvan niet in staat is na te gaan of de financiële dienst voor hem geschikt is. Onder omstandigheden is voorstelbaar dat de financieel adviseur de opdracht dan moet weigeren.

Het voorgaande wil uiteraard niet zeggen dat de financieel adviseur bij schending van de Wft-regels hoe dan ook aansprakelijk is. Zo zal nader moeten worden gekeken naar het relativiteitsvereiste en het vereiste van causaal verband en de schade.

10 Is voldaan aan het relativiteitsvereiste?

Wanneer in strijd met de Wet op het financieel toezicht wordt gehandeld, is dat in beginsel onrechtmatig, omdat dit in strijd is met een wettelijke, publiekrechtelijke opgelegde plicht.⁴¹ Wij zijn het met Van Balen eens dat daar waar het gedrag van een beroepsgroep publiekrechtelijk wordt genormeerd, zoals bij accountants, advocaten, notarissen, die normeringen doorwerken in de contractuele verhouding met de consument en daardoor van groot belang zijn in aansprakelijkheidszaken.⁴² Hoewel het relativiteitsvereiste is opgenomen in art. 6:163 BW en hierdoor alleen van toepassing lijkt als er wordt geageerd op grond van onrechtmatige daad, lijkt het echter ook in contractuele verhoudingen van belang. Bij de beantwoording van de vraag of de financieel adviseur als een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur heeft gehandeld, zullen de bepalingen van de Wet op het financieel toezicht namelijk slechts van belang kunnen zijn, indien en voor zover de desbetreffende bepalingen (ook) strekken ter bescherming van het geschonden belang van de consument.

Er bestaat een aantal redenen waarom in de Wet op het financieel toezicht de consument wordt beschermd. De eerste is dat aan de aanschaf van financiële producten risico's zijn verbonden die voor de consument doorgaans moeilijker te beoordelen zijn dan voor een financieel adviseur. Dit heeft ook te maken met de complexiteit van en verscheidenheid aan financiële producten. Daarbij komt dat de consument niet veelvuldig financiële producten zal aanschaffen, zodat de consument hiermee weinig ervaring zal hebben opgedaan. Bovendien zijn veel financiële producten 'ervaringsgoederen', waarvan de kwaliteit pas zichtbaar wordt door verloop van tijd. Een andere reden is dat door goede informatieverstrekking de consument gewaarschuwd wordt voor de risico's die aan een product verbonden zijn. Aldus kan de consument voor zichzelf de vraag beantwoorden of het product in zijn behoeften voorziet.⁴³

Voor zover de bepalingen uit de Wft zijn geschreven ter bescherming van de belangen van de consument lijkt de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste bevestigend te kunnen worden beantwoord. Maar er blijven vragen bestaan. Zo signaleert Grundmann-van der Krol dat er publiekrechtelijke gedragsre-

40. In art. 4:20 lid 2 Wft is een uitzondering opgenomen op de regel dat informatie vooraf moet worden verstrekt. Een voorbeeld daarvan zijn de polisvoorwaarden van een verzekering. Onzes inziens doet dit niet af aan de 'civielrechtelijke verplichting' voor de verzekeraar om de polisvoorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand te stellen willen deze voorwaarden de consument binden, als bedoeld in art. 6:233 onder b BW.

41. C.M. Grundmann-van der Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 538 e.v.

42. S.B van Baalen, Aansprakelijkheid als gevolg van schending van financiële regels uit: 'Onderneming en financieel toezicht', p. 662, waar Van Balen spreekt van een 'doorslaggevend belang in aansprakelijkheidszaken'.

43. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 2-3.

gels kunnen zijn die te ver verwijderd zijn van een zeker geschonden belang van de consument, waardoor een onvoldoende rechtstreeks verband bestaat tussen die gedragsregels met de contractuele zorgverplichtingen van de dienstverlener.⁴⁴ Ook kan de vraag spelen of de geschonden normen beogen de zeer deskundige consument te beschermen. Bijvoorbeeld tegen – in strijd met de Wet op het financieel toezicht – onvoldoende verstrekte informatie, waarbij vaststaat dat de consument ook zonder die informatie voldoende van de risico's op de hoogte was. Wij menen dat in dergelijke duidelijke situaties een schending van dergelijke regels uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet tot civiele aansprakelijkheid zou moeten leiden. In ieder geval zou de aansprakelijkheid (ook) moeten stranden vanwege het ontbreken van het causaal verband tussen de verweten gedraging en de situatie waarin die consument zonder de verweten gedraging zich zou hebben bevonden (zie hierna inzake het causaal verband).

11 Causaal verband

Het is aan de consument om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij als gevolg van de zorgplichtschending door de adviseur, schade heeft geleden. De vraag is of de zogenoemde omkeringsregel op het aantonen van dit causaal verband van toepassing is.

De omkeringsregel is – kort gezegd – de bewijsregel die meebrengt dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causale verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. Aldus de Hoge Raad op 26 januari 1996, NJ 1996, 607 in *Dicky Trading II*, waarin een notaris werd verweten zijn cliënt niet te hebben gewaarschuwd voor de risico's verbonden aan een transactie.

De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 23 november 2002⁴⁵ deze ruime bewijsregel als volgt ingeperkt:

'(i) In de vorenvermelde rechtspraak wordt tot uitdrukking gebracht dat in de daarin bedoelde gevallen op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. (art. 177 oud) in die zin dat het bestaan van causaal verband (in de zin van: *conditio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

(ii) Voor het maken van de in (i) bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.

(iii) In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.'

Dit brengt mee dat als financiële dienstverleners worden aangesproken wegens schending van algemene informatieverplichtingen of waarschuwingplichten, de omkeringsregel niet van toepassing zal kunnen zijn. Dit is het geval, omdat die normen, evenals in de hiervoor genoemde arresten, er niet op zijn de cliënt te behoeden voor het gevaar op schade, maar de cliënt in staat beoogt te stellen een geïnformeerde beslissing te nemen.⁴⁶ Wij wijzen in dit verband ook op het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2007.⁴⁷ In die kwestie werd een advocaat aangesproken wegens schending van een informatieverplichting. De Hoge Raad oordeelde dat niet is voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade.

Dat ligt volgens ons anders ten aanzien van gedragsregels in de Wet op het financieel toezicht die tegen een specifiek gevaar beogen te beschermen. Als de consument dan de schending van de specifieke zorgplicht aannemelijk maakt, zal het causale verband tussen die normschending en de schade veelal een gegeven zijn en zal het aan de adviseur zijn om het ontbreken van het causaal verband voldoende aannemelijk maken.

12 Wanneer ontbreekt het causaal verband?

Causaal verband kan ontbreken als de geschonden Wft-norm op andere wijze wordt ingevuld dan wettelijk is voorgeschreven. Wij verwijzen in dit verband naar het vonnis van de Rechtbank Amsterdam waarin ABN Amro niet aansprakelijk werd geacht, ondanks dat zij op grond van de Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer 1999 een beleggingsprofiel had moeten opstellen.⁴⁸ Partijen hadden evenwel een financieel plan opgesteld waarin de uitgangspunten waren geformuleerd die van belang waren voor de door ABN Amro uit te voeren diensten. Het opstellen van een beleggingsprofiel strekt ertoe om duidelijkheid te scheppen omtrent de wensen, mogelijkheden en behoeften van de belegger. Het financieel advies was volgens de rechtbank weliswaar niet ingericht als een beleggingsprofiel, maar bood voldoende aanknopingspunten voor vaststelling van de destijds bij de klant bestaande bedoelingen.

46. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 3.

47. HR 2 februari 2007, LJN AZ4564.

48. Rb. Amsterdam 28 januari 2009, LJN BH5765.

44. Zie noot 41.

45. HR 23 november 2002, NJ 2004, 304 en 305.

Causaal verband kan ook ontbreken in het geval waarin een deskundige consument stelt dat zijn financieel adviseur hem had behoren te waarschuwen voor een bepaald risico. Voor zover de omstandigheid van deskundigheid van de consument al niet tot het oordeel zou leiden dat geen sprake is van onzorgvuldigheid van de adviseur, althans dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste, achten wij de stelling gerechtvaardigd dat niet aanneemelijk is dat de consument een andere keuze had gemaakt indien hij bijvoorbeeld de informatie wel zou hebben ontvangen. Daarmee zou het causaal verband ontbreken.

Ten aanzien van het verband tussen de schade en de normschending geldt dat de consument in de positie dient te worden geplaatst waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de verweten gedraging. Dit betekent dat als de fout erin bestaat dat de consument niet is gewezen op bepaalde risico's en de consument stelt dat hij zou hebben afgezien van de aanschaf van het financiële product indien hij zou zijn gewaarschuwd, hij in het algemeen in de vermogenspositie zonder die verweten gedraging dient te worden teruggeplaatst.⁴⁹

13 De eigen verantwoordelijkheid van de consument

De eigen verantwoordelijkheid van de consument zal tot uitdrukking komen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 BW. Op grond van deze bepaling zal, wanneer de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht worden verminderd door de schade over de benadeelde en de financieel adviseur te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de eenieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat er een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

Uitgangspunt is dus dat de schade over de benadeelde en de aansprakelijke wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Alleen de zogeheten billijkheidscorrectie kan daarin verandering brengen.

Hoe wordt de omvang van de eigen verantwoordelijkheid ingevuld? Aangezien de Wet op het financieel toezicht zich richt tot financiële dienstverleners, bevat deze geen specifieke normen waaraan de consument zich dient te houden. In de memorie van toelichting op de Wet Financiële Dienstverlening zijn wel aanknopingspunten te vinden voor de invulling van de eigen verantwoordelijkheid van de consument.⁵⁰ Die normen hebben echter primair betrekking op het verstrekken van 'standaard' informatie. Daarbij mag worden uitgegaan van een gemiddelde consument. Een gemiddelde consument is bereid zich in de aangeboden informatie te verdiepen om aldus na te gaan wat de

kenmerken en risico's van een financieel product zijn en om te achterhalen of het product voor hem geschikt is. Bij het opstellen van die informatie mag ervan worden uitgegaan dat de consument in staat is zijn eigen financiële positie in kaart te brengen. Is een consument dat niet, dan zal immers geen enkele vorm van informatieverstrekking toereikend zijn hem staat te stellen zich een adequaat oordeel te vormen over een bepaald financieel product.⁵¹ Een gemiddelde consument is niet de 'goedgelovige consument die zich niet verdiept in wat hij koopt'. Als dat tot uitgangspunt zou worden genomen, aldus de wetsgeschiedenis, zou dat leiden tot een systeem waarbij van degene die de standaardinformatie opstelt, wordt verlangd dat hij, en niet de consument, de afweging maakt of een bepaald product zou moeten worden aangeschaft. Daar zou dan voor alle financiële producten een adviesplicht ontstaan. Dit wordt door de wetgever niet wenselijk geacht.

Het is aan de consument om zelfstandig te beoordelen welk type consument hij is. Als een consument niet in staat is zijn eigen financiële positie in kaart te brengen, mag van die consument worden verwacht dat hij beseft dat hij hiertoe niet in staat is. Zulke consumenten moeten competente hulp zoeken. De wetsgeschiedenis noemt hierbij tussenpersonen en adviseurs als voorbeeld.⁵²

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de volgende elementen een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de mate van eigen schuld: (1) Heeft de consument zich daadwerkelijk verdiept in de informatie die hij heeft ontvangen? (2) Heeft de consument de adviezen blindelings opgevolgd? Of heeft hij daar waar hij iets niet begrijpt, daadwerkelijk vragen gesteld⁵³ en – in het verlengde hiervan – (3) De omstandigheid of de consument een redelijke inspanning heeft geleverd om de betekenis van de overeenkomst te doorgronden en de voor hem uit de overeenkomst volgende verplichtingen en risico's te begrijpen.⁵⁴

Andere elementen die bij de vaststelling van de mate van eigen schuld een rol kunnen spelen zijn:

1. De *relevante* deskundigheid van de consument. Bijvoorbeeld ten aanzien van het beleggen in effecten. Deskundigheid kan zich zowel in kennis als ervaring voordoen. De deskundigheid moet in beginsel relevant zijn. Niet gezegd is immers dat een arts ook in staat is de risico's van een beleggingsproduct geheel te doorzien.
2. Het opleidingsniveau van de consument. In algemene zin kan dit onzes inziens relevant zijn, namelijk voor het antwoord op de vraag of hij de betekenis van de bewoordingen van de overeenkomst had kunnen begrijpen, ook als deze wat lastiger te doorgronden waren.

51. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 86.

52. Hieruit vloeit dus wederom voort dat een financieel adviseur in beginsel niet kan volstaan met het verstrekken van standaardinformatie, maar dat hij moet kijken of dit voor de desbetreffende consument voldoende is.

53. Zie ook Rb. Arnhem 21 juli 2004, LJN AR2562.

54. Zie ook Hof Den Bosch 10 maart 2009, LJN BH 5907.

49. Zie voor een nadere uitwerking op dit punt: S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer Kluwer 2006, p. 403 e.v.

50. PG Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 86.

Hoeveel eigen schuld wordt in de jurisprudentie vastgesteld? Er zijn enige uitspraken die over deze vraag handelen. Zo heeft het Hof Den Bosch in zijn arrest van 10 maart 2009⁵⁵ geoordeeld:

‘Deze zorgplicht heeft naar haar aard tot strekking de particuliere cliënt, gelet op de grote risico’s die aan een aandelenlease overeenkomst verbonden kunnen zijn, te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Indien dit gevaar zich verwezenlijkt en zulks (mede) aan de schending van de zorgplicht kan worden toegerekend, zullen bij de toepassing van de in artikel 6:101 BW opgenomen maatstaf fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortkomen in beginsel minder zwaar wegen dan fouten van de financieel adviseur die in deze zorgplicht is tekort geschoten.’

Betekent dit, dat in geval van een adviesrelatie in beginsel nooit sprake kan zijn van een eigen schuld van meer dan 50%? Gezien de jurisprudentie op het gebied van advisering lijkt in de praktijk inderdaad (bijna) nooit meer dan 50% eigen schuld te worden aangenomen.

In haar vonnis van 21 juli 2004⁵⁶ oordeelde de Rechtbank Arnhem dat sprake was van 25% eigen schuld. In die procedure was niet komen vaststaan dat de consument beschikte over relevante deskundigheid ten aanzien van het beleggen in effecten. Op het moment van het aangaan van een depot ter belegging beschikte de consument ook niet over enige ervaring. Ook het feit dat de consument een hogere opleiding had genoten, vormde voor de rechtbank geen omstandigheid die aanleiding gaf om een deel van de geleden schade voor hun eigen rekening te laten. Desondanks werd 25% eigen schuld aangenomen. Dit, omdat op de consument volgens de rechtbank een eigen verantwoordelijkheid rustte die onder meer inhield dat zij zich diende te verdiepen in de ter hand gestelde documentatie, alsmede in de door hem zelf ondertekende overeenkomsten. Eveneens diende de consument navraag te doen over het gelezene voor zover hem dit onduidelijk was.

In haar vonnis van 28 januari 2009⁵⁷ stelde de rechtbank te Amsterdam de eigen schuld op 50% vast. Dit, onder andere omdat sprake was geweest van een adviesrelatie zodat de consument in beginsel zelf verantwoordelijk was voor de gevolgen van zijn beslissing. De consument werd verweten dat, in plaats van de adviezen van de financieel adviseur nagenoeg blindelings op te volgen, kritische vragen hadden moeten stellen.

Ook het Hof Den Bosch verwijst in zijn arrest van 10 maart 2009⁵⁸ naar genoemde uitgangspunten en overweegt hierbij:

‘Ook X c.s. zelf kan een verwijt worden gemaakt van het ontstaan van die schade. Nu X c.s. met Devam/KWB een aandelenleaseovereenkomst heeft gesloten mocht van hem worden verwacht dat hij zich voor het aangaan van die overeenkomst redelijke inspanningen zou getroosten teneinde de betekenis van het in de overeenkomst bepaalde te doorgronden en de voor hem uit de overeenkomst volgende verplichtingen en risico’s te begrijpen. (...) dat aan belegging in aandelen een zeker risico is verbonden, in het bijzonder het risico van koersdalingen, is een feit van algemene bekendheid. X c.s. heeft ook beaamd dat hij zich ervan bewust is geweest dat hij het ingelegde bedrag zou kunnen verliezen en hij dus in zoverre koersrisico liep. In deze omstandigheden is het ontstaan van de door X geleden schade als gevolg van zijn eigen beslissing tot het aangaan van de betreffende overeenkomst mede aan hemzelf toe te rekenen. Er is daarom grond voor een vermindering van de vergoedingsplicht van Z op grond van artikel 6:101 BW.’

Het hof stelde de eigen schuld vast op 33%.

In haar vonnis van 24 september 2008⁵⁹ nam Rechtbank Den Bosch eigen schuld van 20% aan. De rechtbank hield daarbij rekening met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, naar de aard van de door de financieel adviseur voorgestelde constructie en de daaraan verbonden risico’s en met de persoonlijke omstandigheden van de consument, waaronder zijn gebrek aan ervaring met beleggen, zijn opleidingsniveau, zijn financiële toestand en zijn gezinsomstandigheden.

In haar vonnis van 20 augustus 2008⁶⁰ verwees Rechtbank Den Bosch wederom naar vernoemd uitgangspunt. Zij overwoog hierbij:

‘[Eisers] is geen financieel specialist, maar valt wel in de categorie van ontwikkelde klanten met een vrij hoog inkomen, waaraan de schending van zijn onderzoeksplicht zwaarder valt toe te rekenen dan aan laag opgeleide klanten met een minimumloon.’

Daar stonden echter twee extra verzwarende factoren aan de zijde van de financieel adviseur tegenover. De rechtbank stelde de mate van eigen schuld vervolgens op 10%.

Het Hof Leeuwarden stelde in zijn arrest van 7 juli 2009⁶¹ de eigen schuld vast op 30%. Het hof oordeelde hierbij dat de consument slechts in zeer beperkte mate een verwijt kon worden gemaakt van het feit dat hij het financieel plan niet had aangepast, gelet op de houding die financieel adviseur aanvankelijk innam nadat de consument hen met de desastreuze uitwerking van het gehele financiële plan confronteerde.

55. Hof Den Bosch 10 maart 2009, LJN BH5907. Vgl. HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192.

56. Rb. Arnhem 21 juli 2004, LJN AR2562.

57. Rb. Amsterdam 28 januari 2009, LJN BH5765.

58. Hof Den Bosch 10 maart 2009, LJN BH5907.

59. Rb. Den Bosch 24 september 2008, LJN BF3273.

60. Rb. Den Bosch 20 augustus 2008, LJN BE9028.

61. Hof Leeuwarden 7 juli 2009, LJN BJ2285.

Kan de vergoedingsplicht alsnog geheel vervallen? Hierover oordeelde de Rechtbank Utrecht in haar vonnis van 20 februari 2008⁶² in r.o. 4.41:

‘[Eiseres] had zich, gezien het hoge rendement uit de eerste overeenkomst, en mede gezien de korte looptijd daarvan, op het moment dat zij de tweede overeenkomst aanging redelijkerwijs kunnen en moeten realiseren dat het product ter zake waarvan zij een overeenkomst sloot bijzonder risicovol was. Naar het oordeel van de rechtbank is het immers een feit van algemene bekendheid dat het herhalen van hoge rendementen uit beleggingen inherent is aan het nemen van aanzienlijke risico’s. [Eiseres] had dus op het moment dat zij de tweede overeenkomst aanging onder ogen moeten zien dat aan het product dergelijke risico’s waren verbonden. Dit had [eiseres] ertoe moeten brengen nadere informatie in te winnen omtrent het product, of op zijn minst de eerste overeenkomst en bijbehorende algemene voorwaarden – waarvan de tekst nagenoeg gelijk was aan die van de tweede (zie r.o. 2.8) en die zij inmiddels een jaar in haar bezit had – grondig te bestuderen. Nu zij dit alles heeft nagelaten en desondanks de tweede overeenkomst is aangegaan, dienen de daaruit voortvloeiende gevolgen voor haar rekening te blijven.’

De rechtbank overwoog vervolgens dat hieruit volgde dat de billijkheid wegens de ernst van de gemaakte fouten en de overige omstandigheden van het geval, eiste dat de schadevergoedingsplicht aan de zijde van de aanbieder en de adviseur geheel kwam te vervallen:

‘Een andere uitkomst zou tot een uit het oogpunt van billijkheid onaanvaardbaar resultaat leiden aangezien dit zou betekenen dat deelnemers aan risicovolle beleggingsproducten als de onderhavige enerzijds wel een koerswinst zouden kunnen incasseren, maar anderzijds een verlies op de aanbieder zouden kunnen verhalen.’

In de eerste plaats lijkt het laten vervallen van enige vergoedingsplicht op grond van louter de redelijkheid en billijkheid op gespannen voet te staan met het uitgangspunt als geformuleerd door het Hof Den Bosch in voornoemd arrest van 10 maart 2009. Onzes inziens hadden de door de rechtbank genoemde omstandigheden moeten worden betrokken in een oordeel over de vaststelling van de omvang van de zorgplicht.

In dit verband wijzen wij op r.o. 4.25 en 4.27 van voornoemd vonnis. De rechtbank zegt daar dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur mag worden verwacht dat hij zijn cliënt informeert over alle feiten en omstandigheden die hem ten tijde van de advisering bekend zijn of kunnen zijn over de financiële producten die hij zijn cliënt adviseert, en die – in het licht van de doeleinden en de financiële omstandigheden van de cliënt – relevant zijn voor de door de cliënt te nemen

beslissing. De financieel adviseur moet de consument zodanige informatie verstrekken, dat de consument tot een afgewogen en juiste beslissing kan komen, aldus de rechtbank.

De rechtbank had hier kunnen concluderen dat de zorgplicht van de financieel adviseur niet zover ging dat deze ook behoorde te waarschuwen voor risico’s die eiseres al bekend waren of voor feiten van algemene bekendheid. Het komt ons minder juist voor dat, het vonnis lezende, de financieel adviseur van alles zou hebben fout gedaan en dat het causaal verband wordt aangenomen, maar dat dit vervolgens op grond van de billijkheid alsnog niet tot enige schadevergoeding leidt. Onzes inziens zou het systematisch juist zijn dat de bekendheid van de consument met de risico’s en het goedgeïnformeerd speculeren op koerswinsten worden meegewogen bij de vraag of een zorgplicht is geschonden.

19 Samenvatting

Normaal gesproken zal tussen de consument en de financieel adviseur een overeenkomst van opdracht tot stand komen in de zin van art. 7:400 BW op grond waarvan de financieel adviseur gehouden is tot advisering van de consument op het gebied van financiële producten. Op grond van art. 7:401 BW dient de financieel adviseur bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer te betrachten (art. 7:400 jo. 7:401 jo. 6:74 BW). Dat brengt mee dat hij bij de uitvoering van zijn werkzaamheden moet handelen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur mag worden verwacht. Het handelen van de financieel adviseur zal worden beoordeeld in het licht van de zorgvuldigheid die in de gegeven omstandigheden van hem mag worden verwacht. Enerzijds zal de financieel adviseur dienen na te gaan of het product bij de consument past. Een advies impliceert immers dat dit gericht is op het belang van die consument. Hij zal dus actief bij de consument moeten navragen wat zijn behoefte en financiële positie is. En hij moet zich ervoor inspannen dat het product bij het profiel van de consument aansluit, althans dat de consument bekend is met de risico’s indien dat anders mocht zijn. Wanneer in strijd met de Wet op het financieel toezicht wordt gehandeld, is dat in beginsel onrechtmatig, omdat dit in strijd is met een wettelijke, publiekrechtelijke opgelegde plicht. Dit zou evenwel niet altijd tot civielrechtelijke aansprakelijkheid behoeven te leiden, enerzijds omdat de geschonden norm te ver verwijderd is van het geschonden belang van de consument, anderzijds omdat het causaal verband kan ontbreken.

Van een consument mag worden verwacht dat hij zich daadwerkelijk verdiept in de informatie die hij heeft ontvangen en dat hij daar waar hij iets niet begrijpt, daadwerkelijk vragen stelt. In het verlengde hiervan dient de consument een redelijke inspanning te leveren om de betekenis van de overeenkomst te doorgronden en de voor hem uit de overeenkomst volgende verplichtingen en risico’s te begrijpen. Laat hij dit na, dan zal dat de mate van eigen schuld mede bepalen.

62. Rb. Utrecht 20 februari 2008, LJN BC4542.