



De bijzondere zorgplicht van banken jegens derden: “de bank naast financieel dienstverlener ook toezichthouder?”

MASTERSCRIPTIE

M.M. VERSCHUREN

ANR: 150057

Scriptiebegeleider: Mevr. Mr. M.I. Zeldenrust

Master Ondernemingsrecht

Afstudeerdatum: 27 januari 2016

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie ter afsluiting van mijn studie Ondernemingsrecht aan Tilburg University. Tijdens een inhouse-bezoek aan het hoofdkantoor van Rabobank te Utrecht, kwam op een gegeven moment de bijzondere zorgplicht van banken ter sprake, specifiek de zorgplicht van de bank jegens derden. In eerste instantie vond ik het lastig om een geschikt scriptieonderwerp te vinden, maar dit onderwerp sprak mij meteen aan. Vandaar dat ik uiteindelijk voor dit onderwerp heb gekozen.

De scriptie was letterlijk en figuurlijk mijn laatste obstakel om te kunnen afstuderen. Ik wil dan ook in het bijzonder mijn begeleider mevr. Mr. M.I. Zeldenrust bedanken voor haar uitstekende begeleiding. Tevens wil ik mijn vrienden en familie bedanken die mij hebben ondersteund tijdens het schrijven van de scriptie. Wanneer ik alle motivatie kwijt was, motiveerden zij mij om toch door te gaan.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Michelle Verschuren

Son, januari 2016.

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	4
1.1	De centrale vraagstelling.....	6
1.2	Plan van aanpak en onderzoeksmethoden	6
2	De bijzondere zorgplicht van banken	7
2.1	De ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht in de rechtspraak	8
2.1.1	Omvang bijzondere zorgplicht.....	11
2.1.1.1	Onderzoeksplicht	11
2.1.1.2	Informatieplicht	12
2.1.1.3	Waarschuwingsplicht	13
2.1.1.4	Weigeringsplicht	14
2.1.2	Eigen schuld belegger	15
2.2	Grondslagen civielrechtelijke zorgplicht	15
2.2.1	Zorg van een goed opdrachtnemer	16
2.2.2	Redelijkheid en billijkheid	16
2.2.3	Algemene Bankvoorwaarden	16
2.3	Tussenconclusie	17
3	De bijzondere zorgplicht van banken jegens derden.....	17
3.1	De arresten MeesPierson/Ten Bos en Safe Haven	18
3.1.1	Het arrest MeesPierson/Ten Bos.....	18
3.1.2	Het arrest Safe Haven	19
3.2	Recentere jurisprudentie betreffende de zorgplicht jegens derden	22
3.2.1	De Van der Berg-zaak	22
3.2.2	De Fibonacci/Binck Bank-zaak	26
3.3	Reikwijdte van het begrip “derden”	28
3.3.1	Economisch belang	28
3.3.2	Professionaliteit.....	29
3.3.3	Verbondenheid met de bank.....	30
3.4	Toezichthoudende rol van de bank	31
3.4.1	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme	32
3.4.2	Wet financieel toezicht.....	32

3.4.3	De bijzondere zorgplicht.....	33
3.5	Relativiteit	34
3.6	Tussenconclusie	34
4	De (bijzondere) zorgplicht van banken in de Verenigde Staten.....	36
4.1	Tort of negligence	37
4.1.1	Duty	37
4.1.2	Breach.....	38
4.1.3	Damages	38
4.1.4	Causation	38
4.2	Duty of care	39
4.3	Rechtsvergelijking Verenigde Staten/Nederland	42
4.4	Tussenconclusie	44
5	Conclusie	44
6	Literatuurlijst.....	47
6.1	Boeken	47
6.2	Tijdschriften.....	49
6.3	Jurisprudentie	50
6.4	Parlementaire stukken	52

1 Inleiding

De afgelopen jaren is er een tendens waarneembaar dat derden schade trachten te verhalen op een bank, met wie zij geen contractuele verhouding hebben. Aan de schade ligt dan veelal een onrechtmatige handelswijze van een cliënt c.q. rekeninghouder van de bank ten grondslag, zoals bijvoorbeeld het optreden als vermogensbeheerder zonder over de vereiste vergunning te beschikken. De bank wordt verweten onvoldoende acht te hebben geslagen op deze handelwijze, met als gevolg eventuele nadelige effecten en schade voor derden. Het onvoldoende acht slaan van de bank op die handelwijze van de cliënt kan onder omstandigheden worden aangemerkt als een zorgplichtschending jegens betrokken derden. Deze zorgplichtschending levert vervolgens civielrechtelijk een onrechtmatige daad ex art. 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) op.¹

Tijdens een inhouse-bezoek aan het hoofdkantoor van Rabobank te Utrecht, kwam op een gegeven moment de bijzondere zorgplicht van banken ter sprake, specifiek de zorgplicht van de bank jegens derden. Dit wordt ook wel de buitencontractuele zorgplicht genoemd. De jurist bij de Rabobank besprak het arrest 'Safe Haven'², waarin de bank aansprakelijk werd gesteld voor de verliezen van beleggers, die geen cliënten van de bank waren. De beleggers hadden geen directe (contractuele) relatie met de bank. Zij waren cliënten van Safe Haven, de partij die een betaalrekening aanhield bij de bank. De Hoge Raad oordeelde dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden, door geen nader onderzoek te verrichten op het moment dat zij een gegrond vermoeden had dat een van haar rekeninghouders beleggingsactiviteiten verrichtte, zonder de door de Wet toezicht effectenverkeer (Wte) benodigde vergunning te hebben. De bank had de activiteiten van van Safe Haven niet op zijn beloop mogen laten gaan zonder zich ervan te overtuigen dat overeenkomstig de Wte werd gehandeld.

Dit arrest deed veel stof opwaaien in de bancaire sector. Dat banken een zorgplicht jegens derden hebben, was al eerder in 1998 door de Hoge Raad vastgesteld in het MeesPierson/Ten Bos arrest³. In het Safe haven arrest is de bijzondere zorgplicht van de bank jegens derden

¹ Busch e.a. 2013, p. 595.

² HR 23 december 2005, *NJ* 2006 (*Safe Haven*). Dit arrest wordt later in de scriptie uitvoerig besproken.

³ HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 288.

verder uitgebreid. Of de bank een bijzondere zorgplicht heeft, hangt echter af van velerlei omstandigheden.

Recentelijk heeft het Gerechtshof Den Haag zich begin 2014 ook uitgelaten over de bijzondere zorgplicht jegens derden.⁴ Het Hof oordeelde dat, ook indien de bank zich het niet realiseerde, maar wel had behoren te realiseren dat haar rekeninghouder mogelijk in strijd met een wettelijke norm handelde, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zo nodig maatregelen had moeten nemen. De bijzondere zorgplicht jegens derden wordt hier door het Hof zelfs nóg verder opgerekt. Ondanks dat de bank geen kennis had van het feit dat haar rekeninghouder in strijd handelde met de wetgeving, wordt zij toch aansprakelijk gehouden voor de schade die de beleggers van haar rekeninghouder hebben geleden. In Safe Haven mocht eigen onderzoek door de bank worden verwacht, omdat zij een gegrond vermoeden had dat er onrechtmatige activiteiten plaatsvonden. Volgens Busch e.a. volgt hieruit a contrario, dat als de bank geen signalen heeft dat er sprake is van onrechtmatige activiteiten door haar cliënt, de bank onder die omstandigheden in beginsel niet tot nader onderzoek gehouden is. Zij hoeft dus niet pro-actief naar dergelijke signalen op zoek te gaan, als er geen grond is te veronderstellen dat dergelijke activiteiten zich daadwerkelijk voordoen.⁵

Uit voorgaande uitspraak van het Hof Den Haag blijkt echter dat, ook indien de bank zich het niet realiseerde, maar wel had behoren te realiseren dat haar rekeninghouder mogelijk in strijd met de Wte handelde, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zo nodig maatregelen had moeten nemen. Een gegrond vermoeden is volgens het Hof dientengevolge niet meer nodig. Echter, wanneer ‘behoort’ de bank zich te realiseren dat er onrechtmatige activiteiten plaatsvinden? Men zou kunnen beredeneren dat de bank als gevolg van deze uitspraak wél pro-actief op zoek moet gaan naar dergelijke signalen. Dit zou zeer onwenselijk zijn voor de bancaire sector, aangezien dit een tijdrovende en kostbare gelegenheid zou zijn. De bank zou vervolgens, naast haar taak als financieel dienstverlener, eveneens de rol van toezichthouder op zich moeten nemen

⁴ Hof Den Haag 18 maart 2014, *JOR* 2014/136.

⁵ Busch e.a. 2013, p. 603.

Dientengevolge dus de vraag: tot hoe ver strekt deze zorgplicht tegenover derden en wanneer ontstaat er een onderzoeksplicht of zelfs een waarschuwingsplicht? Gaat door recente ontwikkelingen en jurisprudentie de bancaire zorgplicht een richting op die onwenselijk is voor banken, omdat zij naast financieel dienstverlener nu ook steeds meer gedwongen wordt de rol van toezichthouder op zich te nemen? Ontwikkelt de bancaire zorgplicht zich op een vergelijkbare wijze in andere landen? Deze vragen wil ik gaan beantwoorden aan de hand van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek en een rechtsvergelijking met de Verenigde Staten.

1.1 De centrale vraagstelling

De centrale vraagstelling luidt:

“Gaat de strekking van de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden in de richting van een toezichthoudende rol van de bank op haar cliënten en zijn de ontwikkelingen op dit gebied vergelijkbaar in de Verenigde Staten?”

Er worden steeds strengere eisen gesteld aan de bancaire sector. In de jurisprudentie betreffende de bancaire zorgplicht jegens derden wordt deze bijzondere zorgplicht steeds verder opgerekt. In eerste instantie moest er sprake zijn van een gegrond vermoeden dat de cliënt van de bank betrokken was bij onrechtmatige activiteiten en vervolgens zou de bank nader onderzoek moeten verrichten. Een gegrond vermoeden is echter sinds 2014 niet meer nodig, wat zou betekenen dat de bank pro-actief op zoek moet gaan naar dergelijke signalen. Mijns inziens is dit echter niet de taak van de bank, doch van de al bestaande financiële toezichthouders Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandsche Bank (DNB).

1.2 Plan van aanpak en onderzoeksmethoden

Het doel van deze scriptie is om een antwoord te kunnen geven op de vraagstelling. Evenals de buitencontractuele zorgplicht van banken jegens derden, heeft de contractuele zorgplicht jegens cliënten zich voornamelijk ontwikkeld in de rechtspraak, waarbij de rechter de beschikking heeft over publiekrechtelijke toezichtregelgeving die materiele normen bevat ter inkleuring van de (buiten)contractuele zorgplicht.⁶ Een jurisprudentieonderzoek is bij dit

⁶ Busch e.a. 2013, p. 596.

onderwerp dan ook cruciaal. Naast de jurisprudentie hebben tevens verschillende auteurs zich over dit onderwerp gebogen, ik zal dus ook een literatuuronderzoek uitvoeren. Als laatste onderzoeksmethode zal ik gebruik maken van een rechtsvergelijkend onderzoek met de Verenigde Staten, om te zien of de bijzondere zorgplicht zich daar op een vergelijkbare wijze ontwikkeld.

2 De bijzondere zorgplicht van banken

Tussen financiële dienstverleners en hun particuliere cliënten is er in een zekere mate sprake van informatie asymmetrie. Financiële dienstverleners verlenen diensten die betrekking hebben op financiële producten. Tot de financiële dienstverleners behoren bijvoorbeeld de verzekeraar, de vermogensbeheerder en de bank. In deze scriptie zal ik mij beperken tot de bank als financiële dienstverlener. De bank bezit vanzelfsprekend grotere financiële kennis dan haar cliënt. Om de cliënt te beschermen en deze informatie asymmetrie enigszins recht te trekken, heeft de bank een zorgplicht tegenover haar cliënt. Tjong Tjin Tai definieert het begrip zorgplicht als *‘een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van een of meer concrete belangen van een persoon of object’*.⁷ Niet alleen is de bank gehouden tot een algemene zorgplicht jegens haar cliënt, maar heeft zij ook een bijzondere zorgplicht. Deze bijzondere zorgplicht is een ongeschreven regel van het burgerlijk recht en wordt door de Hoge Raad voor het eerst vermeld in het arrest Rabobank/Everaars.⁸

De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners is in de rechtspraak voornamelijk tot ontwikkeling gekomen ten aanzien van de bank. Volgens vaste rechtspraak vloeit deze zorgplicht voort uit de bijzondere functie die de bank in het maatschappelijke verkeer vervult, waar zij als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener bij het publiek een bepaald vertrouwen geniet. Deze bijzondere zorgplicht heeft zowel betrekking op de zorg die de bank jegens haar particuliere cliënten (met wie zij een contractuele relatie onderhoud) in acht moet nemen, als op de zorg die zij onder omstandigheden jegens bepaalde

⁷ Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

⁸ HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (*Rabobank/Everaars*).

derden⁹ moet betrachten.¹⁰ De zorgplicht van de bank is tevens bijzonder, omdat zij de normale contractuele zorgvuldigheid van de bank jegens de cliënt overstijgt en nog meer aandacht voor het belang van de cliënt vergt.¹¹ Deze (bijzondere) zorgplicht is terug te vinden in zowel het privaatrecht als het publiekrecht.

Op 1 januari 2014 is het nieuwe wetsartikel art. 4:24a Wet op het financieel toezicht (Wft) in werking getreden, waarin een generieke zorgplicht voor financiële dienstverleners is opgenomen. Een algemene normstelling van zorgvuldigheid bestaat echter al langer, en is ook reeds in de Wft erkend. Deze normstelling ligt ten grondslag aan art. 4:25 Wft en wordt nadrukkelijk vermeld in de parlementaire geschiedenis van de Wft.¹² Hieruit volgt dat de financiële onderneming haar cliënten zorgvuldig dient te behandelen.¹³ Ik zal in deze scriptie echter niet verder ingaan op de generieke zorgplicht ex art. 4:24a Wft.

Ten eerste zal ik in dit hoofdstuk gaan bespreken hoe de bijzondere zorgplicht is ontstaan en de verschillende plichten die de bank heeft, gevolgd door de verschillende grondslagen voor de bijzondere zorgplicht in zowel het publiek- en het privaatrecht.

2.1 De ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht in de rechtspraak

Zoals hiervoor al aangegeven, is de bijzondere zorgplicht een ongeschreven regel van burgerlijk recht. De bijzondere zorgplicht is dan ook tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie en dan met name ten aanzien van de bank. De strekking van de bijzondere zorgplicht is het beschermen van financiële consumenten tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De bijzondere zorgplicht beschermt echter alleen particuliere, niet-professionele partijen¹⁴, oftewel natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijven en rechtspersonen die uitsluitend een verlengstuk van zulke personen zijn. Men moet

⁹ De bijzondere zorgplicht jegens derden zal in hoofdstuk 3 aan bod komen.

¹⁰ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 288 (*MeesPierson/Ten Bos c.s.*).

¹¹ Jansen, Munneke & van Ommeren 2011, p. 19.

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 515.

¹³ Broekhuizen & du Perron 2013, p. 152.

¹⁴ HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (*Rabobank/Everaars*), r.o. 3.3.

hierbij bijvoorbeeld denken aan vennootschappen die met particulieren te vereenzelvigen zijn, zoals éénmans- of familie-bv's.¹⁵

Primair is de bijzondere zorgplicht van de bank in het leven geroepen om de individuele belangen van van cliënten te beschermen. Het is echter ook belangrijk dat men vertrouwen heeft in de bank. Het vertrouwen is essentieel voor het adequaat functioneren van het financiële systeem en de samenleving als geheel. Door het vertrouwen van particulieren in banken te waarborgen, dient de bijzondere zorgplicht van banken derhalve indirect ook het publieke belang in goed werkende financiële markten.¹⁶

Banken zijn van oudsher de aanbieders van financiële producten en diensten. Herhaaldelijk heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de maatschappelijke rol van de bank een bijzondere zorgplicht met zich brengt. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad uitgesproken dat de bank zich de belangen van haar cliënten dient aan te trekken, welke zorg verder gaat dan de zorg die contractpartijen normaal tegenover elkaar in acht dienen te nemen. Deze zorg gaat soms zo ver, dat de bank onder bepaalde omstandigheden haar cliënt tegen zichzelf in bescherming moet nemen.¹⁷ Zo oordeelde de Hoge Raad herhaaldelijk samengevat in de arresten Rabobank/Everaars¹⁸, Van der Klundert/Rabobank¹⁹ en Kouwenberg/Rabobank²⁰:

“Wanneer een bij de handel in opties bemiddeling verlenende bank opdrachten van haar particuliere cliënten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt, is de bank als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. Deze zorgplicht vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen. De omvang van die

¹⁵ Hof Amsterdam 5 juli 2011, NJF 2011/333, JOR 2011/95, r.o. 4.9 en Rechtbank Haarlem 30 mei 2012, RF 2012/79 (Safe Haven II).

¹⁶ Cherednychenko NTBR 2010, p. 5.

¹⁷ Van Baalen 2006, p. 74-75.

¹⁸ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Everaars).

¹⁹ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660. (Van der Klundert/Rabobank).

²⁰ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Kouwenberg/Rabobank).

zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.”²¹

Voorgaande arresten hebben allen betrekking op de bijzondere risico's waaraan (particuliere) beleggers kunnen worden blootgesteld bij het beleggen in de optiehandel. In deze arresten had de bank op uitdrukkelijk verzoek van de cliënten de opdracht tot het schrijven van risicovolle transacties in putopties uitgevoerd, terwijl zij niet aan de financiële verplichtingen uit de opties konden voldoen. Het is dan ook op dit terrein van de optiehandel waar de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht nader heeft uitgewerkt. De Hoge Raad heeft deze zorgplicht uit de optiehandel inmiddels ook toegepast op aandelen-leaseovereenkomsten.²² Tevens is de bijzondere zorgplicht door het Hof ook toegepast bij overkreditering en kredietopzegging inzake kredietverlening.²³ Deze toepassing wordt echter door sommige bekritiseerd, zij betogen dat het een onjuiste toepassing is van de standaardoverweging die voortvloeit uit de bijzondere zorgplicht. De bijzondere zorgplicht dient te worden toegepast bij complexe producten, en niet bij 'eenvoudige' producten zoals hypothecair en consumptief krediet.²⁴ Ik zal me in dit hoofdstuk echter verder beperken tot de bijzondere zorgplicht inzake de optiehandel.

De Hoge Raad oordeelde in Rabobank/Everaars²⁵, Van der Klundert/Rabobank²⁶ en Kouwenberg/Rabobank²⁷ derhalve dat de bank jegens particuliere beleggers gehouden is tot een bijzondere zorgplicht, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. De bijzondere zorgplicht strekt tot de bescherming van de particuliere

²¹ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660. (*Van de Klundert/Rabobank*).

²² HR 5 juni 2009, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

²³ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, JOR 2013/313, Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10276.

²⁴ Zie Bierens, *NTBR* 2013, p. 7 en Claassen & Snijders, *MvV* 2014, p. 191.

²⁵ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*).

²⁶ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660. (*Van de Klundert/Rabobank*).

²⁷ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

belegger tegen zijn eigen gebrek aan inzicht en lichtzinnigheid. Het is echter niet te bedoeling dat de belegger in het algemeen wordt beschermd tegen koersverlies of andere algemene risico's. Het is immers algemene bekendheid dat men winst, maar ook verlies kan maken in de optie/aandelenhandel. Dit zijn dan ook algemeen aanvaarde risico's verbonden aan deze handel. De bijzondere zorgplicht is bedoeld om beleggers te beschermen tegen risico's die de belegger niet kent of begrijpt, of tegen onverantwoord grote risico's, dat wil volgens Busch e.a. zeggen het risico van vermogensverliezen van een omvang die de belegger niet wil of kan dragen.²⁸

2.1.1 Omvang bijzondere zorgplicht

Uit voorgaande arresten komt uit de standaardoverweging van de Hoge Raad naar voren, dat de omstandigheden van het geval de reikwijdte van de zorgplicht bepalen. Relevante omstandigheden zijn bijvoorbeeld de deskundigheid van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie, de aard van de overeengekomen dienstverlening en de risico's die aan de verleende financiële dienst of het aangeboden product zijn verbonden. Omdat de zorgplicht altijd afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, is het moeilijk om een algemene norm aan te geven wanneer de bank aan haar zorgplicht heeft voldaan. Binnen het toetsingskader van de bijzondere zorgplicht kunnen vier onderdelen worden onderscheiden: een onderzoeksplicht, een informatieplicht, een waarschuwingsplicht en een weigeringsplicht.²⁹

2.1.1.1 Onderzoeksplicht

Op grond van art. 4:23 en 4:24 Wft dient de financiële onderneming zich te verdiepen in de persoonlijke omstandigheden van de cliënt. Deze onderzoeksplicht wordt ook wel het 'ken-uw-client'-beginsel genoemd. Dit beginsel is terug te vinden in art. 4:23 Wft. Het ken-uw-client-beginsel houdt in dat de financiële onderneming die een consument adviseert of een individueel vermogen beheert, zij in het belang van de consument informatie dient in te winnen over de financiële positie, de kennis, de ervaring, de doelstellingen en risicobereidheid van de consument, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het vermogensbeheer. De financiële onderneming dient er zorg voor te dragen dat haar advies of de wijze van beheer, voor zover

²⁸ Busch e.a. 2013, p. 386.

²⁹ Cortenraad, *Ondernemingsrecht* 2012, p. 7.

redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de ingewonnen informatie. Voorgaande wordt verder uitgewerkt in art. 80a lid 1 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft). De financiële onderneming hoeft echter niet te onderzoeken of de verstrekte informatie correct is, zij mag er namelijk op vertrouwen dat dit het geval is.³⁰

Eveneens moet de financiële onderneming bekijken of de desbetreffende financiële dienst of het financieel product ‘passend’ is voor de cliënt, ook wel de passendheidstoets genoemd. Is de financiële onderneming van mening dat dit niet het geval is, dan moet zij haar cliënt waarschuwen. Indien de cliënt geen of onvoldoende informatie verschaft over zijn kennis en ervaring, moet de financiële onderneming de cliënt mede waarschuwen dat zij als gevolg daarvan niet in staat is na te gaan of de financiële dienst voor hem passend is.³¹ Deze waarschuwingen mogen in gestandaardiseerde vorm geschieden.³² Voorgaande is niet van toepassing indien op initiatief van de belegger beleggingsdiensten worden verleend die bestaan uit het ontvangen en doorgeven van orders van de belegger of het voor rekening van de belegger uitvoeren van orders, en de financiële onderneming voorafgaand aan de dienstverlening het niet uitvoeren van de passendheidstoets kenbaar heeft gemaakt. Deze uitzondering is alleen van toepassing indien het gaat om beleggingsdiensten met betrekking tot bepaalde (niet-complexe) in de wet genoemde financiële instrumenten.³³

2.1.1.2 Informatieplicht

De wettelijke informatieplicht verplicht de financiële onderneming de cliënt informatie te verstrekken, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van de dienst of het product.³⁴ Zij draagt er zorg voor dat de verstrekte of beschikbaar gestelde informatie betreffende een financieel product, financiële dienst of nevendienst, waaronder reclame-uitingen, geen afbreuk doet aan de informatie die op grond van deel 4 Wft verstrekt moet worden. Tevens dient de informatie correct, duidelijk en niet misleidend te zijn en dient de financiële onderneming er zorg voor te dragen dat het commerciële oogmerk van de

³⁰ Art. 80c BGfo Wft.

³¹ Art. 4:24 lid 1, 2 en 3 Wft.

³² Art. 4:24 lid 6 Wft.

³³ Art. 4:24 lid 4 Wft en Pijls 2010, p. 13.

³⁴ Art. 4:20 lid 1 Wft.

verstrekke of beschikbaar gestelde informatie als zodanig herkenbaar is.³⁵ Bij het aanbieden van de informatie mag de financiële onderneming uitgaan van de gemiddelde, oftewel maatman consument. De informatie die op grond van art. 4:20 Wft moet worden verstrekt hangt af van het feit of de wederpartij een professionele dan wel een niet-professionele cliënt is. Voor professionele beleggers is voorgaande uitgewerkt in art. 58f BGfo Wft en voor niet-professionele beleggers is het uitgewerkt in art. 58a-58e en art. 59 BGfo Wft.

De bijzondere zorgplicht is echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en gaat dan ook niet uit van de 'maatman' belegger. Dit kan met zich meebrengen dat in sommige gevallen er vereist wordt dat de financiële onderneming meer informatie moet vertrekken, dan op grond van art. 4:20 Wft noodzakelijk is.

2.1.1.3 Waarschuwingsplicht

Zoals al aan bod gekomen bij de onderzoeksplicht, heeft de financiële onderneming mogelijkerwijs ook de plicht om te waarschuwen. Acht zij op grond van de verstrekte informatie de dienst of het product niet passend, dan moet zij haar cliënt waarschuwen. Eveneens moet zij de cliënt waarschuwen indien deze geen of onvoldoende informatie verschaft heeft over zijn kennis en ervaring, als gevolg dat zij niet in staat is na te gaan of de dienst of het product passend is.³⁶ Echter kan de bijzondere zorgplicht een nog verdergaande waarschuwingsplicht met zich meebrengen. Ten opzichte van particuliere cliënten kan blote informatieverstrekking, zoals in een gestandaardiseerde brochure, niet volstaan, maar zal de financiële onderneming, naar gelang van de omstandigheden van het geval, zich tevens moeten inspannen om de ter beschikking gestelde informatie bij de cliënt te doen 'overkomen', door hem actief te waarschuwen voor de concrete risico's die aan een transactie verbonden kunnen zijn.³⁷ Aldus werd in het Dexia-arrest door de Hoge Raad aangenomen dat de bijzondere zorgplicht voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met zich meebracht dat de bank: 'zich

³⁵ Art. 4:19 lid 1, 2 en 3 Wft.

³⁶ Zie paragraaf 2.1.1.1.

³⁷ Busch e.a. 2013, p. 77.

*adequaat de belangen van de belegger moest aantrekken, door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld’.*³⁸

2.1.1.4 Weigeringsplicht

Tenslotte kan er ook nog sprake zijn van een weigeringsplicht op het gebied van de optiehandel, welke inhoudt dat de bank de opdracht moet weigeren in geval van schending van de margeverplichting.³⁹ Uit het Kouwenberg/Rabobank arrest volgt dat de bank zich in alle gevallen van het uitvoeren van optieopdrachten dient te onthouden, indien de cliënt niet voldoet aan de gebruikelijke margeverplichting.⁴⁰ Volgens vaste jurisprudentie strekt de weigeringsplicht als uitvloeisel van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, niet alleen tot de bescherming van het algemeen belang van een integere optiehandel, maar ook tot bescherming van de particuliere vermogensbelangen van beleggers.⁴¹

De bank als professionele en op het risicovolle terrein van optietransacties deskundige dienstverlener dient op grond van de bijzondere zorgplicht de particuliere cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. In beginsel handelt de bank in strijd met de bijzondere zorgplicht, als zij ondanks het niet voldoen aan de margeverplichting, alsnog voldoet aan de wens van de cliënt om de opdracht uit te voeren in de hoop dat de beurs wel weer zal aantrekken en zijn verlies beperkt zal blijven. De cliënt (nadrukkelijk) waarschuwen is onvoldoende om aansprakelijkheid op grond van de bijzondere zorgplicht te ontlopen.⁴²

De weigeringsplicht heeft tot veel discussie geleid, immers is er de vraag of de Hoge Raad de belegger op het gebied van de optiehandel niet te vergaand beschermd. Volgens Cherednychenko rechtvaardigt het publieke belang de paternalistische weigeringsplicht bij transacties in opties en andere derivaten in gevallen waarin de cliënt niet beschikt over financiële middelen om aan zijn eventuele verplichtingen te kunnen voldoen.⁴³ De gedachte is dat de particuliere beleggers van nature geneigd zijn tot riskant beleggingsgedrag en dat zij

³⁸ HR 5 juni 2009, JOR 2009/199 (*De Treck/Dexia*), r.o. 4.10.3.

³⁹ Art. 86 Bgfo en HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*), r.o. 3.6.4.

⁴⁰ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*), r.o. 3.5.2.

⁴¹ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660. (*Van de Klundert/Rabobank*), r.o. 3.6. Zie ook Busch e.a. 2013, p. 515.

⁴² HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*), r.o. 3.6.4.

⁴³ Cherednychenko *NTBR* 2010, p. 7.

derhalve het best kunnen worden beschermd door het aannemen van een weigeringsplicht.⁴⁴ Du Perron vindt het weigeren transacties uit te voeren echter een vergaande vorm van beleggersbescherming.⁴⁵ Nochtans zal ik in deze scriptie niet verder op deze discussie ingaan.

2.1.2 Eigen schuld belegger

Wanneer er sprake is van eigen schuld aan de zijde van de belegger, dan kan op grond van art. 6:101 BW de schade maar gedeeltelijk vergoed worden. Kennelijk ziet de Hoge Raad echter structureel minder ruimte voor het aannemen van eigen schuld. De Hoge Raad leidt uit de strekking van de bijzondere zorgplicht af dat bij de toepassing van art. 6:101 BW *'fouten van de cliënt die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien, in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten'*.⁴⁶ Bij schending van de bijzondere zorgplicht dient de financiële consument in beginsel minimaal de helft van zijn geleden schade vergoed te krijgen. Dit wordt ook wel de zogenaamde '50 procent-regel' genoemd.⁴⁷ Dienovereenkomstig heeft deze regel ook tot enige discussie geleid, echter zal ik ook deze discussie niet bespreken in deze scriptie.

2.2 Grondslagen civielrechtelijke zorgplicht

Een financiële instelling heeft niet alleen te maken met publiekrechtelijke regelgeving, maar ook met, voornamelijk op de zorgplicht gerichte, civielrechtelijke normen welke doorgaans op financiële instellingen rusten. Het privaatrecht bevat diverse zorgplichtbepalingen. Hierin zijn dan ook verschillende grondslagen voor de bijzondere zorgplicht te vinden, zoals art. 7:401 en art. 6:248 lid 1 BW. Deze geven de rechter een civielrechtelijke kapstok om een zorgplichtschending aan op te hangen. Voor het inkleuren van deze open normen bieden het financiële toezichtrecht en de rechtspraak handvatten.⁴⁸

⁴⁴ Jansen 2012, p. 516.

⁴⁵ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*), m.nt. du Perron.

⁴⁶ HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (*Rabobank/Everaars*) en later herhaald in HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

⁴⁷ Jansen 2012, p. 514 en HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (*Rabobank/Everaars*).

⁴⁸ Busch e.a. 2013, p. 605.

2.2.1 Zorg van een goed opdrachtnemer

De contractuele verhouding tussen bank en cliënt kan meestal gekwalificeerd worden als een overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 BW. Hierdoor is tevens art. 7:401 BW van toepassing, welke zegt: *“De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen”*.⁴⁹ De bijzondere zorgplicht is een uitwerking van de algemene zorgplicht van voorgaand wetsartikel. Voor de professionele dienstverlener houdt deze norm in dat de zorg die hij ten opzichte van zijn particuliere wederpartij moet betrachten, tenminste gelijk moet zijn aan de zorg die zijn redelijk handelend, redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde situatie in acht zou nemen. Voldoet het handelen van de dienstverlener niet aan deze norm, dan handelt hij onrechtmatig en is hij in beginsel aansprakelijk.⁵⁰

2.2.2 Redelijkheid en billijkheid

Dat de rechtsverhouding tussen partijen in de precontractuele fase door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst is aanvaard sinds het arrest Baris/Riezenkamp.⁵¹ Uit de verschillende arresten van de Hoge Raad kwam naar voren dat de bijzondere zorgplicht voortvloeit uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengt.⁵² De redelijkheid en billijkheid is vastgelegd in art. 6:248 lid 1 BW. Afwijkend van het arrest Baris/Riezenkamp, wat alleen de precontractuele fase betreft, gaat de bijzondere zorgplicht verder dan alleen voorafgaand de overeenkomst, aangezien de bijzondere zorgplicht ook de contractuele fase betreft. Dit komt ook naar voren uit de verschillende onderzoeks-, informatie-, waarschuwings- en zelfs weigeringsplichten.

2.2.3 Algemene Bankvoorwaarden

Als grondslag van de bijzondere zorgplicht kan naast eerdergenoemde redelijkheid en billijkheid en de zorg van een goed opdrachtnemer ook art. 2 lid 1 van de Algemene Bankvoorwaarden 2014 (ABV) worden genoemd.⁵³ Hierin staat vermeld: *‘Wij moeten bij onze dienstverlening*

⁴⁹ Straus 2015, p. 15.

⁵⁰ Pijls 2010, p. 2.

⁵¹ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

⁵² Zie paragraaf 2.1.

⁵³ Pijls 2010, p. 3.

zorgvuldig zijn. Hierbij moeten wij zo goed mogelijk rekening houden met uw belangen. Deze belangrijke regel geldt altijd. Andere regels in de ABV of in onze bijzondere voorwaarden kunnen dit niet veranderen.' De in de ABV opgenomen voorschriften worden door de civiele rechter in acht genomen bij het bepalen van de reikwijdte en inhoud van de bijzondere zorgplicht van de bank.⁵⁴

2.3 Tussenconclusie

Er bestaan geschreven en ongeschreven zorgplichten. Een voorbeeld van een privaatrechtelijke ongeschreven zorgplicht is de bijzondere zorgplicht van de bank om cliënten te beschermen tegen hun eigen lichtvaardig optreden in de effectenhandel.⁵⁵ Eveneens is de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden een ongeschreven zorgplicht. Deze zorgplicht is voornamelijk in de jurisprudentie van de civiele rechter ontwikkeld. De civiele rechter kan in bepaalde gevallen concluderen dat de bijzonder zorgplicht van de bank een verdergaande verplichting met zich brengt dan voortvloeit uit de financiële toezichtwetgeving.⁵⁶ De bank heeft meerdere verplichtingen waaraan zij moet voldoen. Het voldoen aan deze verplichtingen hoeft echter in het kader van de bijzondere zorgplicht geen uitsluiting van aansprakelijkheid te betekenen.

In hoofdstuk 3 zal ik de bijzondere zorgplicht jegens derden uiteenzetten.

3 De bijzondere zorgplicht van banken jegens derden

De bijzondere zorgplicht, zoals besproken in hoofdstuk 2, betreft de contractuele zorgplicht tussen de bank en haar cliënten. Er kleeft echter nog een heel ander aspect aan de bijzondere zorgplicht, namelijk de buitencontractuele zorgplicht jegens derden. De (buitencontractuele) bijzondere zorgplicht jegens derden is wezenlijk anders dan de eerder besproken (contractuele) bijzondere zorgplicht. De strekking van de contractuele zorgplicht is namelijk dat de bank haar cliënten moet beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Uit de buitencontractuele zorgplicht jegens derden volgt dat de bank rekening moet houden

⁵⁴ Cherednychenko, *NTBR* 2010, p. 8.

⁵⁵ Jansen, Munneke & van Ommeren 2011, p. 14.

⁵⁶ Jansen, Munneke & van Ommeren 2011, p. 20.

met de belangen van derden, met wie zij derhalve geen contractuele relatie heeft. De bijzondere zorgplicht jegens derden kwam voor het eerst ter sprake in het arrest MeesPierson/Ten Bos.⁵⁷ In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

‘Dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.’⁵⁸

Allereerst ga ik de rechtspraak bespreken waaruit de bijzondere zorgplicht jegens derden voortvloeit, gevolgd door recentere rechtspraak waarin deze zorgplicht steeds verder opgerekt lijkt te worden. Aansluitend ga ik bezien wat de reikwijdte van het begrip derden is en bespreek ik de de toezichthoudende rol van de bank en de invloed van de bijzondere zorgplicht jegens derden op deze rol.

3.1 De arresten MeesPierson/Ten Bos en Safe Haven

De bijzondere zorgplicht jegens derden kwam voor het eerst ter sprake in het MeesPierson/Ten Bos arrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad een standaardoverweging betreffende de bijzondere zorgplicht jegens derden geformuleerd, welke zij later in het Safe Haven Arrest heeft herhaald. In de recentere jurisprudentie inzake de bijzondere zorgplicht jegens derden, wordt dan ook vrijwel altijd terugverwezen naar deze twee arresten. Ik behandel ze achtereenvolgens.

3.1.1 Het arrest MeesPierson/Ten Bos

Krachtens erfstelling had de moeder van twee minderjarige dochters het recht van vruchtgebruik op een vermogen verkregen, wat zij van hun vader hadden geërfd. De dochters waren bloot eigenaar. De moeder had Ten Cate gevolmachtigd om haar rechten als vruchtgebruikster uit te oefenen en de belangen van de minderjarige dochters te behartigen. Een gedeelte van het vermogen werd overgeboekt op een rekening bij de bank MeesPierson,

⁵⁷ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 288 (MeesPierson/Ten Bos c.s.).

⁵⁸ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 288 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2.

en werd op sterk speculatieve wijze door Ten Cate belegd. Dit resulteerde in een aanzienlijk verlies, waarna de dochters de bank aansprakelijk stelden voor het verlies geleden door de speculaties. Zij stelden dat de bank hen of hun moeder had moeten waarschuwen voor de risico's verbonden aan speculatieve wijze van beleggen van Ten Cate.

Het Hof oordeelde dat de bank zich ervan bewust was, althans behoorde te zijn, dat de beleggingen betrekking hadden op de vermogensbelangen van minderjarigen. Zij had zich de belangen van de minderjarige dochters behoren aan te trekken door tenminste hun moeder te waarschuwen, toen de bank constateerde dat de door Ten Cate gegeven opdrachten strijdig waren met het uitgangspunt dat het vermogen van minderjarigen niet op speculatieve wijze behoort te worden belegd. Vanwege het feit dat de bank niet heeft gewaarschuwd, schond de bank haar bijzondere zorgplicht en was zij in beginsel aansprakelijk voor de schade die de dochters hebben geleden.

De Hoge Raad ging hierin mee en stelde dat het Hof terecht heeft geoordeeld dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht met zich mee brengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt.

3.1.2 Het arrest Safe Haven

In het arrest Safe Haven⁵⁹ wordt deze (inmiddels standaard) overweging door de Hoge Raad herhaald. In deze zaak hadden beleggers aanzienlijke bedragen gestort op een rekening die Safe Haven in maart 1996 had geopend bij de bank Fortis. De bedrijfsomschrijving van Safe Haven was volgens het handelsregister van de Kamer van Koophandel het geven van adviezen voor beleggingen. Beleggers hadden deze bedragen op de rekening van Safe Haven gestort ter belegging door Van Hoorn, met wie zij een adviseringsovereenkomst hadden gesloten. Van Hoorn werd bijgestaan Molenaar, wie beleggers adviseerde om gelden op de rekening van Safe Haven te storten. Geen van hen had een vergunning voor het verrichten van vermogensbeheeractiviteiten. De ontvangen bedragen werden door Safe Haven belegd bij

⁵⁹ HR 23 december 2005, NJ 2006 (*Safe Haven*).

banken en financiële instellingen, welke uiteindelijk resulteerde in een verlies van ruim 16 miljoen gulden. De bank sloot de betaalrekening van Safe Haven in augustus 1998. De rol van de bank was dus beperkt tot het faciliteren van een betaalrekening.

De gedupeerde beleggers verenigen zich in de Stichting Volendam, welke vervolgens een verklaring voor recht vordert dat de bank toerekenbaar tekort is geschoten dan wel onrechtmatig jegens de beleggers heeft gehandeld. De Stichting stelt dat de bank wist of behoorde te weten dat Safe Haven niet beschikte over de vereiste wettelijke vergunning als bedoelt in de Wte om als vermogensbeheerder werkzaam te zijn, terwijl Safe Haven feitelijk wel als vermogensbeheerder optrad. De bank had bij het openen van de rekening moeten nagaan of Safe Haven in strijd met de wet handelde of zou gaan handelen. De bank heeft volgens de stichting onrechtmatig gehandeld door niet tot sluiting van de rekening over te gaan, toen zij wist of behoorde te weten dat Safe Haven in strijd handelde met de Wte. Tevens zou de bank haar waarschuwplicht jegens de beleggers hebben geschonden, welke bestaat op grond van art. 2 van de ABV en haar publieke functie. Op grond hiervan had zij de beleggers moeten inlichten dat Safe Haven niet over de vereiste vergunningen bezat.

Het Hof Amsterdam oordeelt dat de bank in de gegeven omstandigheden, met name gelet op de omvang van de gestorte bedragen en de mate van bekendheid met het doel van die stortingen, aanleiding had moeten vinden om zelfstandig te onderzoeken of bij die beleggingsactiviteiten wel in overeenstemming met de Wte werd gehandeld. De bank had de activiteiten van Safe Haven niet op zijn beloop mogen laten zonder zich ervan te overtuigen dat overeenkomstig de Wte werd gehandeld. Door op korte termijn van Safe Haven geen concreet antwoord te verlangen op de vraag of een vergunning in de zin van de Wte was vereist, heeft de bank de beleggers blootgesteld aan risico's die de Wte nu juist beoogt uit te sluiten en daardoor in beginsel onrechtmatig gehandeld jegens de beleggers. Eveneens is de Hoge Raad het in dit arrest met het Hof eens:

“6.3.2. Het Hof heeft terecht geoordeeld (...) dat de maatschappelijke functie van de Bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens

ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoort, naar het Hof evenzeer terecht heeft geoordeeld, dat de bepalingen van de Wte, blijkens de wetsgeschiedenis, mede strekken ter bescherming van de belangen van de beleggers (...).”

De Hoge Raad legt het oordeel van het Hof nog verder uit:

“6.3.4 Het oordeel van het Hof moet als volgt worden begrepen. Het onzorgvuldig handelen van de bank jegens de beleggers is daarin gelegen, dat zij vanaf het moment waarop zij zich realiseerde dat mogelijk in strijd met de Wte werd gehandeld niets heeft gedaan om zich daaromtrent zekerheid te verschaffen, welke zekerheid zij zich door onderzoek had kunnen verschaffen. Daardoor heeft de bank tot het moment waarop de rekening werd gesloten niet al datgene gedaan wat rechtens was vereist om te voorkomen dat de beleggers in die periode werden blootgesteld aan het gevaar dat Safe Haven beleggingsactiviteiten verrichtte waarvoor een vergunning, hoewel vereist krachtens de Wte, ontbrak, welk gevaar zich (...) ook heeft verwezenlijkt.”

De bank had onder de gegeven omstandigheden dus een onderzoeksplicht, en zij had in deze omstandigheden moeten ingrijpen om de belangen van de beleggers te beschermen. De bijzondere zorgplicht reikt echter niet zo ver dat de bank de beleggers diende te waarschuwen dat Safe Haven mogelijk zonder vergunning, en dus in strijd met de Wte handelde.

Alhoewel de overweging van de Hoge Raad uit het arrest MeesPierson/Ten Bos hier wordt herhaald, is de positie van de benadeelde derden in relatie tot de bank niet gelijk. In MeesPierson/Ten Bos waren de minderjarige dochters geen contractuele wederpartij in juridische zin, maar konden zij wel in economisch opzicht als cliënt van de bank worden gezien, omdat het immers ging om hun vermogen.⁶⁰ In Safe Haven gaat het om derden die in geen

⁶⁰ Aldus Kortmann in zijn noot bij HR 9 januari 1998, NJ 1999, 288 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), zie ook Busch e.a. 2013, p. 599 en Pijls 2010, p. 7.

enkele relatie tot de bank staan. De reikwijdte van het begrip derden zal in paragraaf 3.3 verder worden besproken.

3.2 Recentere jurisprudentie betreffende de zorgplicht jegens derden

Na Safe Haven werden banken in toenemende mate aansprakelijk gesteld op grond van de bijzondere zorgplicht jegens derden, echter met wisselend succes. Een (tussen)arrest waar beleggers een geslaagd beroep doen op de bijzondere zorgplicht, is een uitspraak van het Hof Den Haag in 2014.⁶¹ Ik zal dan ook met deze uitspraak van start gaan.

3.2.1 De Van der Berg-zaak

Diverse beleggers hebben gelden gestort op twee bankrekeningen die Van den Berg aanhield bij Fortis Bank. Deze gelden waren bedoeld om door Van den Berg belegd te worden, waarbij hij zeer hoge rendementen voorspiegelde of zelfs garandeerde. Op een gegeven moment, maar in ieder geval vanaf 2002, werden deze gelden echter niet meer belegd door Van den Berg, maar gebruikte hij deze gelden om andere beleggers de beloofde rendementen uit te betalen. Deze manier van handelen wordt ook wel een Ponzi-zwandel genoemd. Van den Berg gaf in die periode opdracht tot een zeer groot aantal overboekingsopdrachten door middel van handgeschreven overboekingsformulieren. Hierover heeft hij meerdere malen telefonisch contact gehad met de bank en heeft hij ook meerdere malen het bankkantoor bezocht. Op 10 november 2004 heeft de bank bericht ontvangen van de AFM dat deze een onderzoek was gestart in verband met mogelijk handelen van Van den Berg in strijd met de Wte. Op verzoek van de AFM heeft zij hangende dit onderzoek geen actie ondernomen. Op 24 januari 2005 heeft de bank alsnog met Van den Berg gesproken. Op dezelfde datum heeft zij de rekeningen van Van den Berg opgeheven. Ook hier is de rol van de bank dus beperkt tot het faciliteren van een betaalrekening.

De gedupeerde beleggers verenigen zich in de Stichting Belangenbehartiging Gedupeerde Beleggers Van den Berg. De Stichting stelt dat Fortis Bank haar bijzondere zorgplicht jegens beleggers heeft geschonden doordat zij wist, althans had behoren te weten, dat Van den Berg in strijd met de Wte en de Wet toezicht kredietwezen (Wtk) handelde en voorts heeft

⁶¹ Hof Den Haag 18 maart 2014, *JOR* 2014/136.

nagelaten een onderzoek te doen naar het betalingsverkeer op de rekeningen van Van den Berg. De Stichting stelt voorts dat Fortis Bank dit onderzoek in ieder geval begin 2002 had moeten starten.

De bank stelt dat er pas een bijzondere zorgplicht op haar rust en pas onderzoek had hoeven doen, vanaf het moment dat zij zich realiseert dat de activiteiten die via de rekening plaatsvinden mogelijk in strijd zijn met de Wte. Volgens haar was er in Safe Haven dan ook sprake van een subjectief kenbaarheidsvereiste. De bank betoogt dat ze zich dan ook niet bewust was van het feit dat Van den Berg in strijd handelde met de Wte. Het Hof oordeelt echter:

“43. Naar het oordeel van het Hof brengt de bijzondere zorgplicht van de Bank mee dat ook indien de Bank zich (niet realiseerde, maar wel) had behoren te realiseren dat Van den Berg mogelijk in strijd met de Wte handelde door zonder vergunning beleggingsactiviteiten te verrichten, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zonodig, afhankelijk van de uitkomst van dat onderzoek, maatregelen had moeten nemen. (...)

44. (...) Het gaat in die zin dus om geobjectiveerde wetenschap van de Bank. Bij de beoordeling of de Bank op de hoogte was van het ongebruikelijke betalingsverkeer op de rekeningen en wist dat Van den Berg met gebruikmaking van de rekeningen beleggingsactiviteiten ontplooi, zal daaronder worden verstaan of de Bank een en ander wel moet hebben geweten. Uit de door de Hoge Raad in de zaak Safe Haven gesanctioneerde overweging van het Hof dat de bank op een gegeven moment na opening van de rekening bekend moet zijn geraakt met de beleggingsactiviteiten, kan worden afgeleid dat ook het Amsterdamse Hof bij zijn beoordeling of de bank wetenschap had, is uitgegaan van geobjectiveerde wetenschap als criterium. Het gaat er dus om of de Bank moet hebben geweten dat op de rekeningen ongebruikelijk betalingsverkeer plaatsvond en dat met gebruikmaking van die rekeningen beleggingsactiviteiten plaatsvonden.”

Het Hof oordeelde dat, ook indien de bank zich het niet realiseerde, maar wel had behoren te realiseren dat haar rekeninghouder mogelijk in strijd met een wettelijke norm handelde, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zo nodig maatregelen had moeten nemen. Het Hof betoogt dat de medewerkers van het bankkantoor die veelvuldig contact met Van den Berg hadden, wetenschap (moeten) hebben gehad van het ongebruikelijke betalingsverkeer, en dat de bank over een systeem beschikt (of had moeten beschikken) dat ongebruikelijke bijschrijvingen kon signaleren. Rechtbank Amsterdam⁶² oordeelde in 2009 soortgelijk, namelijk dat in de betreffende zaak de bank op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) over signaleringssystemen moest beschikken om ongebruikelijke transacties te moeten signaleren en melden. De bank wist of had dus moeten weten van de ongebruikelijke transacties. De rechtbank achtte hier voor het vaststellen van aansprakelijkheid ook van belang dat de bank op grond van haar toezichtrechtelijke plichten systemen moet aanhouden ter signalering van ongebruikelijke transacties.

De bijzondere zorgplicht jegens derden wordt hier door het Rechtbank Amsterdam en het Hof Den Haag zelfs nóg verder opgerekt. Ondanks dat de bank geen daadwerkelijke kennis had van het feit dat haar rekeninghouder in strijd handelde met de wetgeving, wordt zij toch aansprakelijk gehouden voor de schade die de beleggers van haar rekeninghouder hebben geleden. In Safe Haven mocht eigen onderzoek door de bank worden verwacht, omdat zij een gegrond vermoeden had dat er onrechtmatige activiteiten plaatsvonden. Volgens Busch e.a. volgt hieruit a contrario, dat als de bank geen signalen heeft dat er sprake is van onrechtmatige activiteiten door haar cliënt, de bank onder die omstandigheden in beginsel niet tot nader onderzoek gehouden is. Zij hoeft dus niet proactief naar dergelijke signalen op zoek te gaan, als er geen grond is te veronderstellen dat dergelijke activiteiten zich daadwerkelijk voordoen.⁶³

Uit voorgaande uitspraak van het Hof Den Haag blijkt echter dat, ook indien de bank zich het niet realiseerde, maar wel had behoren te realiseren dat haar rekeninghouder mogelijk in strijd met de wet handelde, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zo nodig maatregelen had moeten nemen. Een gegrond vermoeden is volgens het Hof dientengevolge niet meer

⁶² Rechtbank Amsterdam 22 april 2009 ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4260.

⁶³ Busch e.a. 2013, p. 603.

nodig. Echter, wanneer ‘behoort’ de bank zich te realiseren dat er onrechtmatige activiteiten plaatsvinden? Tot op heden is hier vrijwel nog geen eenduidige jurisprudentie over. Men zou kunnen beredeneren dat de bank als gevolg van deze uitspraak wél proactief op zoek moet gaan naar dergelijke signalen.

Voorgaande uitspraak betreft een tussenarrest, het laatste woord over deze kwestie is dus nog niet uitgesproken. De Hoge Raad heeft zich recentelijk tevens over voorgaande zaak gebogen.⁶⁴

De Hoge Raad gaat mee in het oordeel van het Hof, ook zij oordeelt dat de bank wist of behoorde te weten, gelet op haar functie in het maatschappelijk verkeer en haar specifieke deskundigheid op het gebied van financiële dienstverlening, van het ongebruikelijke betalingsverkeer. Aldus is voor het oordeel van het Hof alleen datgene bepalend geweest waarvan de bank zich bewust was, te weten de ongebruikelijke (beleggingen)activiteiten op de rekeningen van Van den Berg. Bewustheid van het daaraan verbonden ‘gevaar’ bij de bank is, gelet op haar specifieke positie en deskundigheid, door het Hof verondersteld⁶⁵ Dienovereenkomstig oordeelt de Hoge Raad dat de bank haar bijzondere zorgplicht jegens derde heeft geschonden. Aangezien het een cassatie op een tussenarrest betreft, gaat de zaak nu weer terug naar het Hof Den Haag.

Lieverse en Sinnighe Damsté vragen zich in de annotatie bij de uitspraak van het Hof Den Haag af of het onderscheid tussen subjectieve en geobjectiveerde wetenschap in Safe Haven wel zo scherp is gemaakt als het Hof afleidt uit deze uitspraak. Het lijkt hen juist dat in deze casus er in ieder geval een subjectieve trigger moet zijn (daadwerkelijke wetenschap bij de bank), mede wel gelet op het feit dat het betalingsverkeer in het algemeen volledig geautomatiseerd verloopt. Zij achten het bijzonder dat het Hof vervolgens de aanwezigheid van deze subjectieve wetenschap objectiveert in r.o. 44, namelijk door als trigger te hanteren of de bank moet hebben geweten van het ongebruikelijke betalingsverkeer. Van der Houwen leidt uit dit tussenarrest af dat het Hof van een bank een actieve houding verwacht ten aanzien van het betalingsverkeer dat over bij haar aangehouden rekeningen verloopt. In haar visie staat deze aanname van het Hof op gespannen voet met de praktijk dat het betalingsverkeer vrijwel volle-

⁶⁴ HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399.

⁶⁵ HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, r.o. 4.6.

dig geautomatiseerd verloopt. Het is volgens haar dan ook de vraag of het realistisch is om aan te nemen dat wat het Hof onder ‘ongebruikelijk betalingsverkeer’ verstaat, ook altijd als zodanig kan worden geïdentificeerd door de bank. Naar haar mening moet er dan ook sprake zijn van bijzondere omstandigheden, wil de bank het betalingsverkeer van een bepaalde klant actief monitoren.⁶⁶

Mijns inziens gaat geobjectiveerde wetenschap als criterium bij de bijzondere zorgplicht jegens derden te ver en was dat ook niet de intentie van de Hoge Raad in de standaardoverweging die voortvloeit uit Safe Haven. Naar mijn mening moet er feitelijke oftewel subjectieve wetenschap bestaan aan de zijde van de bank. Inderdaad daar het betalingsverkeer vrijwel volledig geautomatiseerd verloopt en bepaalde transacties die achteraf aangemerkt kunnen worden als ongebruikelijk betalingsverkeer, op het moment zelf niet als ongebruikelijk kunnen worden gekwalificeerd. (*hindsight bias*) Ook naar mijn mening moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden, wil de bank het betalingsverkeer van een bepaalde klant actief monitoren.

Echter in de Van den Berg-zaak is het moeilijk te geloven dat de bank geen enkele weet had van de ongebruikelijke transacties van Van den Berg, mede gelet op veelvuldig contact wat hij had met het bankkantoor. Ingevolge deze wetenschap zou de bank nader onderzoek hebben moeten doen. Daarom acht ik het oordeel van het Hof en de Hoge Raad in deze zaak dan ook niet onbegrijpelijk. De omstandigheden in deze zaak kwalificeren dan ook zeker wel als ‘bijzonder’, denk hierbij aan het veelvuldig contact met het bankkantoor en de grote hoeveelheid handgeschreven overschrijvingsformulieren die het kantoor moest verwerken, welke het actief monitoren van deze cliënt door de bank zou rechtvaardigen. Ik blijf echter bij mijn standpunt dat voor aansprakelijkheid op grond van de bijzondere zorgplicht, er daadwerkelijke wetenschap van het schenden van een wettelijke norm bij de bank vereist is.

3.2.2 De Fibonacci/Binck Bank-zaak

Uit de bijzondere zorgplicht van banken volgt dat wanneer de bank vermoedens heeft dat haar rekeninghouder in strijd handelt met een wettelijke norm, zij hier nader onderzoek naar moet

⁶⁶ Van der Houwen, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, p. 120.

doen en zo nodig maatregelen neemt. Kan de bank echter ook te ver doorslaan in deze zorgplicht? Deze situatie lijkt zich voor te doen in de Fibonacci/Binck Bank-zaak.⁶⁷

De beleggingsvereniging Fibonacci belegt voor haar leden in opties via een zelf-beleggen-rekening van Binck Bank sinds 2009. De rol van de bank beperkt zich tot het uitvoeren van orders, oftewel 'execution only'. De penningmeester van Fibonacci had in februari 2014 contact opgenomen met de AFM, met de vraag of Fibonacci voor haar activiteiten vergunningplichtig was. De AFM antwoordde dat er in de situatie van Fibonacci geen sprake is van een vergunningplicht ex art. 2:65 Wft, omdat de vereniging de rechten van deelneming aan minder dan 150 personen aanbiedt. Begin 2015 nodigt Binck Bank de penningmeester uit voor een gesprek, waarna Binck Bank de beleggingsrekening heeft geblokkeerd. Op 26 januari 2015 ontving Fibonacci een tekortenbericht van Binck Bank en heeft Binck Bank dezelfde dag de gehele beleggingsportefeuille in enkele uren geliquideerd. Binck Bank berichtte Fibonacci per brief van eveneens 26 januari 2015 dat zij de posities van Fibonacci zou gaan afbouwen, omdat het Binck Bank niet toegestaan was een klantrelatie te onderhouden met Fibonacci, nu de vereniging niet over een AFM vergunning of registratie beschikte, en de indruk bestond dat Fibonacci haar leden misleidde door rendementen op haar website te publiceren die aanzienlijke afwijken van de rendementen zoals deze zijn behaald via de beleggersrekening van de vereniging bij Binck Bank.

Ter reactie spant Fibonacci een kort geding aan. Zij vordert onder meer een gebod dat Binck Bank haar weer toegang diende te verlenen tot haar beleggingsrekening, de bancaire relatie met haar moest continueren, en over zou gaan tot herstel van de vermogenspositie van de vereniging. De rechter oordeelt dat Binck Bank niet zomaar de beleggingsportefeuille had mogen liquideren en dat zij de schade moet vergoeden die Fibonacci daardoor heeft geleden. Binck Bank stelde dat zij tot de liquidatie was overgegaan omdat Fibonacci in strijd met de Wft handelde en omdat zij vermoedde dat Fibonacci haar leden misleidde. De bank had volgens het

⁶⁷ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 6 maart 2015, ECLI: NL: RBAMS: 2015: 1246.

vonnis nader onderzoek moeten doen en had in geen geval zonder schriftelijke waarschuwing vooraf tot de liquidatie mogen overgaan.⁶⁸

De vermoedens die Binck Bank had betreffende het vergunningplichtig zijn van Fibonacci en het misleiden van beleggers, rechtvaardigen niet de drastische maatregelen die de bank heeft genomen. De bank had uitgebreider onderzoek moeten doen vooralsnog de gehele beleggingsportefeuille te liquideren. Volgens de voorzieningenrechter brengt de zorgplicht mee dat de bank vermoedens van handelen in strijd met de Wft met bekwame spoed onderzoekt en bij gegrondbevinding van die vermoedens, tracht de belangen van de beleggers te beschermen tegen de risico's die de Wft beoogt uit te sluiten.⁶⁹ De bank dient echter ook rekening te houden met de belangen van haar cliënt.⁷⁰ Het is niet wenselijk dat de bank uit angst voor claims van derden te overhaast drastische maatregelen neemt, zoals in deze zaak. Zij zal eerst haar vermoedens deugdelijk moeten onderzoeken, vooralsnog zij maatregelen gaat nemen.

3.3 Reikwijdte van het begrip “derden”

Uit de besproken rechtspraak is duidelijk geworden dat de bank rekening moet houden met de belangen van derden die niet in een contractuele relatie met de bank staan. Of de bank haar bijzondere zorgplicht jegens derden schendt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoever gaat echter de reikwijdte van het begrip ‘derden’? Het zou niet wenselijk zijn dat de reikwijdte van dit begrip onbegrensd is, welke tevens de rechtszekerheid niet ten goede zou komen.

3.3.1 Economisch belang

Busch e.a. zijn van mening dat de kring van derden niet al te ruim zou moeten zijn wanneer het gaat om een bijzondere zorgplicht en dat deze zorgplicht ziet op derden die men in economisch opzicht als ‘cliënt’ van de bank zou kunnen duiden. Derden in deze zin zijn niet in juridische zin wederpartij van de bank en moeten dus een economisch belang hebben bij de verhouding

⁶⁸ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 6 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1246 met nt. S.J. Hoes-Weishut, H. de Rooij en A.E.E. Verspyck Mijnsen.

⁶⁹ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 6 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1246, r.o. 4.6.

⁷⁰ Art. 2 ABV.

tussen de bank en een cliënt. Dat economische belang moet zodanig zijn dat dit rechtvaardigt dat de bank zich dat belang aantrekt.⁷¹ Ook Kortmann heeft hiervoor gepleit in zijn noot onder het arrest MeesPierson/Ten Bos. De kring van derden jegens wie een bank een bijzondere zorgvuldigheidsplicht heeft, moet niet al te ruim worden getrokken. Het arrest MeesPierson/Ten Bos is dan ook een goed voorbeeld van een casus met derden die men in economisch opzicht als ‘cliënt’ van de bank kan duiden.

3.3.2 Professionaliteit

De omvang van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hieronder valt tevens de professionaliteit en deskundigheid van de partij. Niet elke derde met een, zoals hiervoor besproken economisch belang, kan zich beroepen op de bijzondere zorgplicht van de bank. Zoals al in hoofdstuk 2 naar voren kwam, heeft de bank in beginsel alleen een bijzondere zorgplicht tegenover particuliere, niet-professionele partijen, oftewel natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijven en rechtspersonen die uitsluitend een verlengstuk van zulke personen zijn. In *Safe Haven II*⁷² verweerde de bank zich door te betogen dat de bijzondere zorgplicht niet van toepassing was, omdat de beleggers beleggingsvennootschappen waren. De rechtbank verwierp het verweer, omdat de beleggingsvennootschappen hier geen professionele beleggers waren:

“2.18 (...) De rechtbank is van oordeel dat in de onderhavige zaak geen sprake is van professionele beleggers. De beleggingsvennootschappen waar de Bank in deze zaak het oog op heeft, betreffen met particulieren te vereenzelvigen vennootschappen als éénmans- of familie-bv’s. Van een professionele belegger is daarmee nog geen sprake. De enkele omstandigheid dat een vennootschap zich naar haar doelomschrijving (mede) bezig houdt met het doen van beleggingen, maakt dat niet anders, ook niet wanneer zij zich min of meer structureel bezig houdt met het doen van beleggingen, zoals een pensioen-bv.”

⁷¹ Busch e.a. 2013, p. 610.

⁷² Rechtbank Haarlem 30 mei 2012, *RF* 2012/79 (*Safe Haven II*).

De bijzondere zorgplicht jegens derden beperkt zich dus tot particuliere, niet-professionele partijen, oftewel natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijven en rechtspersonen die uitsluitend een verlengstuk van zulke personen zijn. Uit civielrechtelijke rechtspraak lijkt te volgen dat banken jegens professionele partijen een minder vergaande zorgplicht hebben dan jegens particulieren. Professionele partijen worden geacht deskundiger te zijn en over meer ervaring te beschikken dan particulieren, vandaar dat zij minder bescherming behoeven.

3.3.3 Verbondenheid met de bank

Tevens dient de derde wel enige verbondenheid moet hebben met de bank die volgens hem verwijtbaar heeft gehandeld. Een derde die weliswaar bij het feitencomplex is betrokken en daarvan nadeel heeft ondervonden, komt in beginsel geen beroep toe op de zorgplicht van de bank als hij met de bank zelf geen enkele band had. Dit volgt uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, welke tevens betrekking had op de Van den Berg zaak.⁷³ De stichting die de belangen van de gedupeerde beleggers behartigden, deed dit niet alleen voor de beleggers die gelden hadden gestort bij die bank die aansprakelijk werd gesteld, maar ook de belangen van beleggers die op andere wijze gelden hebben ingelegd, bijvoorbeeld door contante betalingen of overschrijvingen op bankrekeningen bij een andere bank. Met hun belangen hoefden de bank volgens de rechtbank geen rekening te houden.

In appel oordeelde het Hof dat de overweging van de rechtbank dat de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht beperkt is tot derden wie gelden hebben gestort op de betreffende bankrekeningen van de bank, in beginsel juist is. Zij vult dit echter aan met het volgende:

“32. Het voorgaande neemt niet weg dat op grond van de specifieke omstandigheden van het geval de bijzondere zorgplicht van de Bank zich ook kan uitstrekken tot derden die contant of via rekeningen die [X] bij andere banken aanhield gelden aan [X] ter beschikking hebben gesteld of uitgekeerd hebben gekregen. Daarvan zal onder omstandigheden bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien de Bank wist of behoorde te weten dat [X] zich schuldig

⁷³ Rechtbank Rotterdam 13 juli 2011, JOR 2011/335, r.o. 4.12.

maakte aan (Ponzi-) zwendel. Van belang is daarbij onder meer of de Bank wist of behoorde te weten dat er ook buiten haar rekeningen om mensen gedupeerd werden, de mogelijkheden die de Bank had om die zwendel buiten haar rekeningen om te stoppen en de bezwaarlijkheid daarvan voor de Bank. (...)

3.3 Het standpunt van de Bank dat zij geen rekening hoefde te houden met (de belangen van) onoplettende en onvoorzichtige beleggers en dat hun handelwijze buiten de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van de Bank valt, kan niet worden gevolgd, omdat de bijzondere zorgplicht mede strekt ter bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en het gebrek aan kunde en inzicht van het beleggend publiek. (...)”⁷⁴

In beginsel moet er dus enige verbondenheid zijn tussen de derden en de bank. Op grond van bepaalde specifieke omstandigheden dient de bank dus wél rekening te houden met derden die buiten deze reikwijdte vallen.

3.4 Toezichthoudende rol van de bank

De bank heeft op grond van financiële toezichtwetgeving de plicht om haar cliënten en hun gedrag met betrekking tot de aangehouden betaalrekening te monitoren. Tevens op grond van de bijzondere zorgplicht volgt de plicht van de bank om in de gaten te houden of haar cliënten niet in strijd handelen met de wetgeving. In Nederland zijn er twee toezichthouders op het gebied van de financiële markten, namelijk DNB en AFM. Er lijkt echter aan banken een steeds grotere rol te worden toebedeeld bij het tegengaan van ongeoorloofde activiteiten, waarbij er gebruik wordt gemaakt van een betaalrekening. In dit hoofdstuk kwam al naar voren dat de bank op grond van de bijzonder zorgplicht jegens derden, een onderzoeksplicht heeft om te onderzoeken of haar cliënt niet in strijd handelt met de wetgeving, om de belangen van bepaalde derden te beschermen. Deze plicht ontstaat wanneer de bank wist, of behoorde te weten dat haar cliënt mogelijk in strijd met een wettelijke norm handelde. Als gevolg moet de bank derhalve onderzoek doen en zo nodig maatregelen nemen.

⁷⁴ Hof Den Haag 18 maart 2014, JOR 2014/136.

Vanwege dit bewustzijns-element ligt deze onderzoeksplicht dus in het verlengde van de toezichtrechtelijke monitoringsplicht. Beide dienen echter verschillende doelen. De toezichtrechtelijke monitoringsplicht dient ter bewaking van de integriteit van de banken en de financiële sector en het tegen gaan van onbedoelde betrokkenheid bij illegale activiteiten. De onderzoeksplicht op grond van de bijzondere zorgplicht jegens derden strekt tot de bescherming van de belangen van derden die als gevolg van de dienstverlening door de bank ernstig geschaad kunnen worden. Ik zal hier een kort overzicht geven van de wetgeving waaruit de toezichtrechtelijke monitoringsplicht voortvloeit, en hoe deze samenhangt met de toenemende rol van de bank als toezichterhouder op grond van bijzondere zorgplicht jegens derden.⁷⁵

3.4.1 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

Op grond van art. 2a Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) dient de bank een cliëntenonderzoek uit te voeren. Naast dit onderzoek is het van belang dat de bank periodiek toetst of de situatie van de cliënt na het moment van acceptatie veranderd is. De frequentie en diepgang van een dergelijke review hangen af van de risicosituatie van de cliënt. Voortdurende monitoring en review van cliënten, rekeningen en transacties volgt dus ook uit dit cliëntenonderzoek.⁷⁶ Tevens volgt uit de Wwft impliciet de eis voor banken om over systemen en procedures te beschikken zodat ongebruikelijke transacties kunnen worden opgemerkt en gemeld.⁷⁷

3.4.2 Wet financieel toezicht

Ook op grond van de Wft en daarop gebaseerde regelgeving dient een bank een cliëntenonderzoek uit te voeren. Denk hierbij aan het ken-uw-client beginsel uit paragraaf 2.1.1.1. Dit vloeit voort uit de eis dat een bank een adequaat beleid moet voeren dat de integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt.⁷⁸ Tevens dient de bank te beschikken over procedures en maatregelen met betrekking tot de analyse van gegevens van cliënten, mede in relatie tot de door de cliënt afgenomen producten of diensten, en terzake van de detectie van afwijkende

⁷⁵ Klaassen en Veldhuijzen, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011, p. 59.

⁷⁶ Nota van toelichting Besluit Prudentiele regels Wft, *Stb.* 2006, 519, p. 108-109.

⁷⁷ Busch e.a. 2013, p. 609.

⁷⁸ Art. 3:10 en 3:17 Wft.

transactiepatronen. Aan de hand van voornoemde procedures en maatregelen bepaalt de bank tevens de risico's van bepaalde cliënten, producten of diensten voor de integere uitoefening van haar bedrijf.⁷⁹ Mocht de bank afwijkende transactiepatronen detecteren, dan moet zij na gaan welke stappen moeten worden ondernomen. Ook op grond van voorgaande geldt dus een onderzoeksplicht wanneer de bank weet dat er sprake is van een afwijkend transactiepatroon.

3.4.3 De bijzondere zorgplicht

In Safe Haven heeft de bank haar bijzondere zorgplicht jegens derden geschonden omdat zij wist dat er mogelijk in strijd met de Wte werd gehandeld door haar cliënt, maar niets deed om hierover zekerheid te verschaffen. In de zaak betreffende de ponzi-zwendel door Van der Berg betoogde zowel het Hof als de Hoge Raad dat de bank wist dat Van der Berg zonder vergunning handelde, althans dit behoorde te weten. Voor het vaststellen van de aansprakelijkheid achtte zij van belang dat de bank op grond van haar toezichtrechtelijke plichten systemen moet aanhouden ter signaleringen van ongebruikelijke transacties. Dit is dus een uitbreiding ten opzichte van Safe Haven, waar het bewustzijn van de bank berustte op concrete informatie. Hiermee lijkt de reikwijdte van de uit de toezichtwetgeving voortvloeiende monitoringsplichten en de systemen die noodzakelijk zijn om invulling te geven aan deze verplichtingen, medebepalend te kunnen zijn voor de aansprakelijkheid van banken jegens derden. Banken lijken de systemen die zij uit hoofde van de toezichtwetgeving dienen aan te houden, ook aan te moeten wenden om de belangen van derden te beschermen. Indien zij dit niet doen, dan zijn zij mogelijk aansprakelijk omdat zij hun bijzondere zorgplicht jegens derden hebben geschonden, door deze niet tegen gevaren te beschermen hoewel de bank zich daarvan wel bewust had moeten zijn.⁸⁰

Niet iedere rechter komt tot de conclusie dat de bank zich in de gegeven omstandigheden bewust moest zijn van mogelijke ongeoorloofde activiteiten. Rechtbank Amsterdam heeft meerdere malen geoordeeld dat van de bank niet gevergd kan worden dat zij zich verdiept in de achtergronden van elk van de overboekingen die van of naar de door haar geadministreerde rekeningen plaatsvinden, gezien het grote aantal transacties dat de bank moet werken. Ook de

⁷⁹ Art. 14 lid 4 Bpr Wft.

⁸⁰ Klaassen en Veldhuijzen, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011, p. 63.

Rechtbank Haarlem heeft geoordeeld dat een bank niet iedere individuele transactie hoeft te controleren.⁸¹ Zou dit wel het geval zijn, dan zou de bank de rol van toezichthouder worden toegeschoven en zou door het enorme tijdbestek en kostenpost, de dagelijkse bedrijfsvoering van de bank ernstig worden belemmerd. Voorts zijn er ongebruikelijke activiteiten die door het huidige geautomatiseerde betalingssysteem van banken niet opgepikt worden. Het zou naar mijn mening onredelijk zijn om aan te nemen dat de bank, juist door het bestaan van deze signaleringssystemen, zich bewust moet zijn geweest van iedere ongebruikelijke transactie.

3.5 Relativiteit

Wanneer derden betogen dat de bank haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden en zij haar aansprakelijk willen stellen op grond van de onrechtmatige daad ex art 6:162 BW, dan moet er worden voldaan aan het bij onrechtmatige daad gestelde relativiteitsvereiste. De geschonden norm moet namelijk strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.⁸² Niet iedere geschonden norm leidt derhalve tot aansprakelijkheid van de bank op grond van haar bijzondere zorgplicht. Bijvoorbeeld dit arrest⁸³ waarin een derde (een aannemer) de bank aansprakelijk stelde, omdat haar cliënt de door de bank verstrekte hypothecaire lening niet heeft aangewend voor de financiering van een woning en de aannemer niet betaald heeft. Het Hof oordeelde dat de bank haar maatschappelijke zorgplicht in dit geval niet had overschreden. De norm die overkreditering verbiedt, strekt namelijk tot bescherming van diegene aan wie de lening wordt verstrekt en niet tot bescherming van de crediteuren van die persoon.⁸⁴

3.6 Tussenconclusie

Onomstotelijk is gebleken dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer

⁸¹ Rechtbank Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BC5573, Rechtbank Haarlem 5 augustus 2009, *LJN* BJ7433 en Rechtbank Amsterdam 10 september 2014 *JOR* 2015/36.

⁸² Art. 6:163 BW.

⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:10276*.

⁸⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:10276* en zie Klomp, *GMW* 2015.

betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. De bank schendt deze zorgplicht wanneer zij wist (of behoorde te weten volgens de Van der Berg-zaak) dat haar cliënt in strijd handelde met een wettelijke norm, maar hier geen verder onderzoek naar heeft ingesteld om hierover zekerheid te verschaffen. De reikwijdte van het derden begrip is niet onbegrensd, maar wordt beperkt door een economisch belang, de professionaliteit en deskundigheid van de derde en de derde moet tevens in beginsel enige verbondenheid met de bank hebben, zoals dat de derde gelden gestort heeft op de betreffende betaalrekening van de aansprakelijkgestelde bank.

In de Van den Berg-zaak lijkt de bijzondere zorgplicht jegens derden verder te gaan dan in Safe Haven. Het Hof oordeelde dat, ook indien de bank zich het niet realiseerde, maar wel had behoren te realiseren (objectieve wetenschap) dat haar rekeninghouder mogelijk in strijd met een wettelijke norm handelde, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zo nodig maatregelen had moeten nemen. Ondanks dat de bank geen daadwerkelijke (subjectieve) kennis had van het feit dat haar rekeninghouder in strijd handelde met de wetgeving, wordt zij toch aansprakelijk gehouden voor de schade die de beleggers van haar rekeninghouder hebben geleden. In Safe Haven mocht eigen onderzoek door de bank worden verwacht, omdat zij een gegrond vermoeden had dat er onrechtmatige activiteiten plaatsvonden. Echter in de Van den Berg-zaak zou de bank op de hoogte moeten zijn geweest van de ongebruikelijke transacties, omdat Van den Berg veelvuldig contact had met het bankkantoor, en zij over systemen dient te beschikken die ongebruikelijke transacties dient te signaleren. Rechtbank Amsterdam oordeelde in 2009 al soortgelijk, en achtte hier voor het vaststellen van aansprakelijkheid ook van belang dat de bank op grond van haar toezichtrechtelijke plichten systemen moet aanhouden ter signalering van ongebruikelijke transacties.

De bank dient op grond van de Wwft over dergelijke signaleringssystemen te beschikken. Hiermee lijkt de reikwijdte van de uit de toezichtwetgeving voortvloeiende monitoringsplichten en de systemen die noodzakelijk zijn om invulling te geven aan deze verplichtingen, medebepalend te kunnen zijn voor de aansprakelijkheid van banken jegens derden. Banken lijken de systemen die zij uit hoofde van de toezichtwetgeving dienen aan te houden, ook aan te moeten wenden om de belangen van derden te beschermen. Indien zij dit niet doen, dan zijn

zij mogelijk aansprakelijk omdat zij hun bijzondere zorgplicht jegens derden hebben geschonden door deze niet tegen gevaren te beschermen hoewel de bank zich daarvan wel bewust had moeten zijn.

Mijns inziens gaat geobjectiveerde wetenschap als criterium bij de bijzondere zorgplicht jegens derden te ver en was dat ook niet de intentie van de Hoge Raad in de standaardoverweging die voortvloeit uit Safe Haven. Naar mijn mening moet er feitelijke oftewel subjectieve wetenschap bestaan aan de zijde van de bank. Daar het betalingsverkeer vrijwel volledig geautomatiseerd verloopt en bepaalde transacties die achteraf aangemerkt kunnen worden als ongebruikelijk betalingsverkeer, op het moment zelf niet als ongebruikelijk kunnen worden gekwalificeerd. (*hindsight bias*) Het zou naar mijn mening onredelijk zijn om aan te nemen dat de bank, juist door het bestaan van deze signaleringssystemen, zich bewust moet zijn geweest van iedere ongebruikelijke transactie. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden, wil de bank het betalingsverkeer van een bepaalde cliënt actief monitoren. De bank kan immers niet iedere cliënt actief monitoren. Zou dit wel het geval moeten zijn, dan zou de bank de rol van toezichthouder worden toegeschoven en zou door het enorme tijdbestek en kostenpost, de dagelijkse bedrijfsvoering van de bank ernstig worden belemmerd.

4 De (bijzondere) zorgplicht van banken in de Verenigde Staten

In dit hoofdstuk ga ik de (bijzondere) zorgplicht van banken in de Verenigde Staten bespreken, en een rechtsvergelijking maken met de bijzondere zorgplicht van banken in Nederland. Beide landen beschikken echter over een ander soort rechtssysteem, in Nederland is er namelijk sprake van 'civil law', waar in de Verenigde Staten sprake is van een 'common law'-systeem. Beknopt gezegd wordt civil law gebaseerd op gecodificeerde wetten, en wordt bij common law het systeem voornamelijk gebaseerd op eerdere rechterlijke uitspraken. Een ander verschil is dat in Nederland de rechter de uitspraak bepaalt, terwijl in de Verenigde Staten een jury dit doet. Ten eerste zal ik kort bespreken hoe men in de Verenigde Staten aansprakelijkheid kan vestigen wegens de schending van een zorgplicht door middel van 'the tort of negligence'. Hierna zal ik bespreken of er sprake is van een bijzondere zorgplicht van banken jegens derden

in de Verenigde Staten, en zal ik daarna voorgaande bevindingen vergelijken met de rechtspraktijk in Nederland.

4.1 Tort of negligence

‘Tort’⁸⁵ wordt vaak vertaald met onrechtmatige daad, alhoewel beide begrippen niet volledig overlappen. ‘Negligence’⁸⁶ kan men vertalen als nalatigheid. Om aansprakelijkheid op grond van ‘tort of negligence’ te vestigen, moet de eiser bewijzen dat er voldaan wordt aan de volgende elementen: de verweerder had een zorgplicht tegenover de eiser (*duty*), de gedaagde heeft deze zorgplicht geschonden (*breach*); deze schending heeft schade (*damages*) veroorzaakt (*causation*).⁸⁷

4.1.1 Duty

Een algemene regel in de Verenigde Staten is dat individuen geen plicht hebben om iedereen te behoeden voor schade. In plaats daarvan moet er een ‘*duty of reasonable care*’ zijn, oftewel een zorgplicht, die de verweerder verschuldigd is tegenover de eiser. Om vast te stellen of er sprake is van een zorgplicht, begint de rechtbank meestal met de vraag of een ‘redelijk’ persoon zou voorzien dat zijn daden (of nalatigheid om actie te ondernemen) schade kunnen toebrengen aan een ander. De zorgplicht vergt normaal gesproken dat een persoon zich voorzichtig genoeg gedraagt, zodat een voorzienbaar ongeval welke schade zou brengen aan een ander, wordt voorkomen.⁸⁸

Aangezien de bank geen zorgplicht heeft jegens derden, kan het bewijzen van een tort of negligence claim voor derden problematisch zijn. Desondanks kan een bank aansprakelijk zijn jegens een derde, wanneer zij zelf voordeel behaalt uit de onrechtmatige handelingen van haar cliënt, of als er sprake is van wetenschap bij de bank dat haar cliënt van plan is om onrechtmatige activiteiten uit te voeren of uitvoert.⁸⁹

⁸⁵ Something wrong that somebody does to somebody else that is not criminal, but that can lead to action in civil court; Volgens Oxford Advanced Learner’s Dictionary 2010.

⁸⁶ The failure to give enough care or attention; Volgens Oxford Advanced Learner’s Dictionary 2010.

⁸⁷ Edelson 2014, §7.

⁸⁸ Edelson 2014, §7.1.

⁸⁹ Lerner v Fleet Bank, 459 F 3d 273, 287 (2d Cir 2006).

4.1.2 Breach

Wanneer is er echter sprake van schending van een zorgplicht? Volgens het Amerikaanse Tort Law moet men zich gedragen zoals een redelijk persoon zich zou gedragen in dezelfde omstandigheden. Dit wordt de 'standard of care' genoemd. De verweerder wordt gehouden zich aan deze standaard te houden. Wanneer het gaat om een professionele verweerder, dan zal deze gehouden zijn aan 'the standard of care of a reasonable professional'. De omvang van de 'standard of care' is dus niet altijd gelijk. Wanneer men dus niet voldoet aan deze 'standard of care', dan is er sprake van een schending van de zorgplicht.

Sommige rechtbanken proberen op een rekenkundige manier aan te tonen of de verweerder zijn zorgplicht heeft geschonden. De bekendste methode wordt ook wel de 'Hand Formula'-($B < PL$) genoemd. Volgens deze formule schendt de verweerder zijn zorgplicht als: de last (B) om voorzorgsmaatregelen te nemen minder is dan de voorzienbaarheid (P) van een ongeval vermenigvuldigd met de potentiële aansprakelijkheid als het ongeval zich voordoet (L).⁹⁰

4.1.3 Damages

De schending van de zorgplicht moet daadwerkelijk schade hebben veroorzaakt. Om een beroep op tort of negligence te doen, is het onvoldoende dat de eiser slechts aan onredelijk of roekeloos gedrag is blootgesteld, zonder daadwerkelijke schade. De eiser eist voor deze schade damages, oftewel een schadevergoeding. Er zijn drie soorten schadevergoedingen, namelijk 'compensatory damages', 'nominal damages' en 'punitive damages'. Bij tort of negligence is echter alleen de compensatory damage van toepassing. Compensatory damage is een schadevergoeding bedoeld om de eiser te herstellen naar zijn positie, voorafgaand aan de schade.⁹¹

4.1.4 Causation

Causation bestaat uit twee elementen: 'actual cause' en 'proximate cause'. Bij actual cause moet men bewijzen dat de schending van de zorgplicht ook daadwerkelijk de schade heeft veroorzaakt, en het niet louter toeval was. Twee testen worden bij actual cause gebruikt,

⁹⁰ Edelson 2014, §7.2.

⁹¹ Statsky 2011, p. 220.

namelijk de 'but for'-test en de substantial factor test. Bij de 'but for'-test moet met zich afvragen of de schade zou zijn voorgevallen zonder de handelingen van de verweerder. Als er sprake is van meerdere handelingen/oorzaken die de schade hebben veroorzaakt, dan is volgens de substantial factor test elke handeling die een wezenlijke bijdrage aan de schade heeft geleverd, aansprakelijkheid. Bij proximate cause is er sprake de 'foreseeability test'; is de schade onvoorzienbaar, dan is de verweerder niet aansprakelijk.⁹²

4.2 Duty of care

Het Amerikaans recht legt in de regel een zorgplicht op personen die zich laten voorstaan op gespecialiseerde vaardigheden. In Restatement (Second) of Torts § 299A (1965) staat:

"[O]ne who undertakes to render services in the practice of a profession or trade is required to exercise the skill and knowledge normally possessed by members of that profession or trade (...)."

Dat wil zeggen dat professionals de zorg moeten uitoefenen verbonden aan de professionele standaard, oftewel dat ze moeten voldoen aan de 'industry standards'.⁹³ De relatie die de bank met haar cliënt heeft, is een zogenaamde 'fiduciary relationship'. Op grond van de fiduciary relationship heeft de bank een fiduciary duty, welke bestaat uit twee plichten: 'duty of loyalty' en 'duty of care'. De duty of loyalty vereist dat de bank alleen handelt in het belang van haar cliënt, en niet in haar eigen belang. De duty of care vereist dat de bank haar werkzaamheden uitvoert met een hoog niveau van deskundigheid en zorgvuldigheid, in overeenstemming met de *industry standards*.⁹⁴ De zorgplicht die een bank heeft jegens haar cliënt, vloeit voort uit het contract wat zij met haar cliënt heeft gesloten.⁹⁵ De bank heeft verschillende plichten tegenover haar cliënt, wanneer zij deze schendt, dan is zij aansprakelijk voor de schade.

Van oudsher hebben de rechtbanken in de Verenigde Staten het algemene principe gevolgd dat banken geen zorgplicht hebben jegens derden met wie zij geen (contractuele) relatie hebben.⁹⁶

⁹² Goldberg & Zipursky 2010, p. 94.

⁹³ Van Baalen 2006, p. 125.

⁹⁴ De standaard van zorg waar een redelijk persoon/onderneming in dezelfde industrie naar zou handelen.

⁹⁵ Chazen v. Centennial Bank (1998) 61 Cal.App.4th 532, 543 (Chazen).

⁹⁶ Lerner v. Fleet Bank, N.A., 459 F.3d 273, 286 (2d Cir. 2006).

Zo oordeelden zij dat banken geen zorgplicht hebben om derden te beschermen tegen onrechtmatige handelingen van hun cliënten. Echter door de toename van het aantal fraudes in de financiële wereld, hebben de rechtbanken de zorgplicht jegens derden in sommige omstandigheden uitgebreid.⁹⁷ Bijvoorbeeld in de zaak *Chaney v. Dreyfus Serv. Corp.*⁹⁸ oordeelde ‘the Fifth Circuit’⁹⁹:

“New York Courts have recognized that a bank may be held liable of its customer’s misappropriation where (1) there is a fiduciary relationship between the customer and the non-customer, (2) the bank knows or ought to know of the fiduciary relationship, and (3) the bank has actual knowledge or notice that a diversion is to occur or is ongoing.”

Er is sprake van een ‘fiduciary relationship’ wanneer een partij vertrouwen heeft in de andere partij en in redelijkheid vertrouwt op de expertise of kennis van deze partij.¹⁰⁰ Zogenaamde ‘red flags’, die kunnen duiden op geld witwassen of fraude, kunnen zorgen voor een plicht van de bank dat zij onderzoek moet doen naar de activiteit op de rekening van haar cliënt. Hierdoor zou de bank op de hoogte moeten raken van de fiduciary relationship.¹⁰¹ Alleen het feit dat de bank op de hoogte is dat er gelden van derden op de rekening van haar cliënt worden gestort, is niet voldoende om aan te nemen dat de bank moet hebben geweten van de fiduciary relationship.¹⁰²

Een omstandigheid die aanleiding geeft tot aansprakelijkheid van de bank jegens derden is wetenschap aan de kant van de bank over onrechtmatige handelingen van haar cliënt. Zowel ‘actual knowledge’ als ‘constructive knowledge’ zijn door de Amerikaanse rechtbanken voldoende bevonden om de bank aansprakelijk te stellen wegens het schenden van een ‘fiduciary duty’ jegens derden.¹⁰³ Actual knowledge houdt in dat de bank ook daadwerkelijk

⁹⁷ Phelps & Rhodes 2012, §7.03.

⁹⁸ *Chaney v Dreyfus Service Corp*, 595 F 3d 219, 233 (5th Cir 2010).

⁹⁹ The Fifth Circuit is een van de Federal Courts of Appeals, oftewel federale rechtbanken voor zaken in hoger beroep in de Verenigde Staten.

¹⁰⁰ *Weiner v. Lazard Freres & Co.*, 672 N.Y.S.2d 8, 14 (N.Y. App. Div. 1998).

¹⁰¹ *Lerner v Fleet Bank, NA*, 459 F 3d 273, 287–886 (2d Cir 2006).

¹⁰² *Chaney v Dreyfus Service Corp*, 595 F 3d 219, 233 (5th Cir 2010).

¹⁰³ *Chaney v Dreyfus Service Corp*, 595 F 3d 219, 233 (5th Cir 2010).

wetenschap had van de onrechtmatige handelingen van haar cliënt. Op grond van constructive knowledge wordt verondersteld door de wet dat de bank wist of had moeten weten van deze handelingen. Als de bank namelijk onderzoek zou hebben gedaan, dan zou zij erachter zijn gekomen dat haar cliënt betrokken is bij onrechtmatige activiteiten. In sommige gevallen kan ‘deliberate ignorance’ ook voldoende zijn voor aansprakelijkheid van de bank jegens derden. Ook dit werd besproken in *Chaney v. Dreyfus Serv. Corp.*:

“(..) the requisite knowledge can be established through the doctrine of deliberate ignorance. Deliberate ignorance exists where there is “a conscious effort to avoid positive knowledge of a fact which is an element of an offense charged . . . so [the defendant] can plead lack of positive knowledge in the event he should be caught.” United States v. Restrepo-Granda, 575 F.2d 524, 528 (5th Cir.1978). It exists if (1) “the defendant was subjectively aware of a high probability of the existence of the illegal conduct” but (2) “purposely contrived to avoid learning of the illegal conduct.” United States v. Faulkner, 17 F.3d 745, 766 (5th Cir. 1994).”

Met deliberate ignorance wordt dus bedoeld dat de bank bewust ‘haar kop in het zand’ heeft gestoken. Deliberate ignorance wordt echter zelden door de rechtbank aangenomen.

Banken hebben geen plicht jegens derden om onderzoek te doen, of informatie te openbaren over verdachte activiteiten aan de zijde van haar cliënt. De rechtbank in de Casey zaak stelde dat, als de banken wel een dergelijke plicht zouden hebben om informatie te openbaren betreffende verdachte activiteiten van haar cliënten aan non-clienten, dit het recht van privacy van haar cliënten zou schenden.¹⁰⁴ Mocht de bank echter door bepaalde omstandigheden kunnen afleiden dat haar cliënt onrechtmatige handelingen (wil gaan) verricht(en), dan heeft zij wegens deze wetenschap alsnog een plicht om hiernaar onderzoek te doen en een inspanning te leveren om het te voorkomen. Ook wanneer de bank stuit op duidelijke signalen van fraude, dan vergt haar plicht dat zij hiernaar onderzoek doet.¹⁰⁵ Echter wanneer de bank dit onderzoek

¹⁰⁴ Casey v. U.S. Bank Nat’l Ass’n, 127 Cal. App. 4th 1138, 1142 (Ct. App. Cal. 2005).

¹⁰⁵ Phelps & Rhodes 2012, §7.05.7b.

nalaat, zorgt dit niet voor aansprakelijkheid tegenover derden die schade hebben ondervonden van de fraude.

“The mere fact that a bank account can be used in the course of perpetrating a fraud does not mean that banks have a duty to persons other than their own customers. To the contrary, the duty is owed exclusively to the customer, not to the persons with whom the customer has dealings.”¹⁰⁶

De hoofdregel in het Amerikaanse recht is aldus dat de bank geen zorgplicht heeft jegens derden met wie zij geen contractuele relatie heeft. Onder zeer uitzonderlijke omstandigheden wordt door de rechtbank de zorgplicht uitgebreid, zoals beschreven in de Chaney zaak. De rechtbank in Massachusetts concludeerde dat: *“there is a now almost universal rule that banks do not owe a common law duty of care to thirdparty noncustomers”*.¹⁰⁷ Als derde een bank aansprakelijk stellen, wegens het schenden van haar zorgplicht jegens derden, heeft aldus een geringe slagingskans. Een derde kan de bank daarentegen wel eventueel aansprakelijk stellen op grond van andere claims, zoals ‘aiding and abetting’, welke ik verder in deze scriptie niet zal bespreken.

4.3 Rechtsvergelijking Verenigde Staten/Nederland

Naast het verschillen van rechtssysteem en de wijze van uitspraak doen tussen Nederland en de Verenigde Staten, blijken er ook verschillen te zijn betreffende de zorgplicht van banken jegens derden. Uit de bijzondere zorgplicht jegens derden in Nederland volgt dat de bank rekening moet houden met de belangen van derden, met wie zij derhalve geen contractuele relatie heeft. In de Verenigde Staten wordt echter van oudsher vastgehouden aan de regel dat de bank juist geen zorgplicht heeft jegens derden. Met uitzondering wordt een beroep op de zorgplicht jegens derden door de Amerikaanse rechtbanken toegestaan, zoals beschreven in Chaney v. Dreyfus Serv. Co. Er bestaat dan de mogelijkheid dat de bank aansprakelijk is jegens derden wanneer wordt voldaan aan de volgende elementen: (1) dat er sprake is van een fiduciary relationship tussen de cliënt en de derde, (2) de bank wist of behoorde te weten van deze

¹⁰⁶ McCallum v. Rizzo, 1995 WL 1146812 (Mass. Super. Ct. Oct. 13, 1995).

¹⁰⁷ VIP Mortgage Corp. v. Bank of America, N. A., F. Supp. 2d, 2011 WL 573601, at *6 (D. Mass. Feb. 11, 2011).

fiduciary relationship, en (3) dat de bank daadwerkelijke wetenschap heeft van onrechtmatige handelingen. In Nederland is de bijzondere zorgplicht jegens derden afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo zijn er geen specifieke elementen beschreven in de rechtspraak waaraan moet worden voldaan.

Om een geslaagd beroep te doen op de tort of negligence in de Verenigde Staten, moet er mede sprake zijn van wetenschap aan de zijde van de bank. Deze wetenschap kan zowel bestaan uit daadwerkelijke, subjectieve wetenschap (actual knowledge), objectieve wetenschap (constructive knowledge) en bewuste onwetendheid (deliberate ignorance). Alhoewel deliberate ignorance zelden wordt aangenomen, bestaat de mogelijkheid om als derden je daarop te beroepen wel. In Nederland was er in Safe Haven voor aansprakelijkheid van de bank in eerste instantie alleen sprake van daadwerkelijke, subjectieve wetenschap aan de zijde van de bank. Echter in latere rechtspraak, zoals in de Van de Berg-zaak, blijkt objectieve wetenschap voldoende te zijn voor aansprakelijkheid van de bank. Op dit punt sluit de Nederlandse rechtspraak aan bij de Amerikaanse rechtspraak.

Mijns inziens moet voor aansprakelijkheid van de bank jegens derden in Nederland echter daadwerkelijke, subjectieve wetenschap aan de zijde van de bank vereist zijn. In de Verenigde Staten is het dan wel mogelijk om een bank aansprakelijk te stellen op grond van objectieve wetenschap, maar een bank aansprakelijk stellen op grond van de zorgplicht jegens derden lijkt echter veel minder snel te worden aangenomen dan in Nederland. Het actief monitoren van de rekeningen van haar cliënten kost de bank veel tijd en geld, en zou de plichten van de bank aanzienlijk oprekken. Zie tevens onderstaande uitspraak van de New Yorkse rechtbank:

"As a general matter, "[b]anks do not owe non-customers a duty to protect them from the intentional torts of their customers." (...) ("[T]o hold that banks owe a duty to their depositors' creditors to monitor the depositors' financial activities so as to assure the creditors' collection of the depositors' debts would be to unreasonably expand banks' orbit of duty."). As a New York trial court concluded in another Schick-related case, "a bank has no duty to customers of other banks. With billions of banking transactions occurring in

New York alone, this would be the equivalent of making New York banks liable to the world's banking public." (...)"¹⁰⁸

Wanneer in Nederland een bank kennisneemt van het feit dat haar cliënt onrechtmatige handelingen verricht, zoals andermans gelden beleggen zonder vergunning, dan moet zij een onderzoek starten en eventueel maatregelen nemen om verdere schade te voorkomen. Doet zij dit niet, dan loopt zij het risico dat zij (met succes) aansprakelijk wordt gesteld door derden. Dit is niet het geval in de Verenigde Staten. In beide landen moet de bank een onderzoek instellen wanneer zij signalen krijgt van fraudeleuze handelingen door haar cliënt, echter is dit in de Verenigde Staten geen grond voor aansprakelijkheid jegens derden wanneer zij dit nalaat.

4.4 Tussenconclusie

De zorgplicht van banken jegens derden heeft in de Verenigde Staten een hele andere vorm aangenomen dan in Nederland. Over het algemeen is van een zorgplicht jegens derden in de Verenigde Staten namelijk geen sprake, terwijl in Nederland de bank rekening moet houden met de belangen van derden, met wie zij derhalve geen contractuele relatie heeft. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden wordt in de Verenigde Staten een zorgplicht jegens derden aangenomen.

5 Conclusie

Tenslotte rest de algehele conclusie van deze scriptie. De centrale vraagstelling luidde:

“Gaat de strekking van de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden in de richting van een toezichthoudende rol van de bank op haar cliënten en zijn de ontwikkelingen op dit gebied vergelijkbaar in de Verenigde Staten?”

Na het bestuderen van de ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden, lijkt de strekking inderdaad in de richting te gaan van een toezichthoudende rol van de bank op haar cliënten. Sinds het Safe Haven arrest is de bijzondere zorgplicht jegens derden steeds verder opgerekt, en het laatste woord zal hier ook nog niet over gesproken zijn. Zo was er in Safe Haven nog daadwerkelijke wetenschap benodigd, doch

¹⁰⁸ Lerner v. Fleet Bank, N.A., 459 F.3d 273, 286 (2d Cir. 2006).

volgde uit de Van den Berg-zaak dat, ook indien de bank zich het niet realiseerde, maar wel had behoren te realiseren dat haar rekeninghouder mogelijk in strijd met de Wte handelde, zij daarnaar nader onderzoek had moeten doen en zo nodig maatregelen had moeten nemen.

Mijns inziens is een toezichthoudende rol van de bank geen slechte ontwikkeling, mits men er niet te ver in doorslaat. Het lijkt mij namelijk niet de bedoeling dat de bank elke transactie actief zal moeten monitoren, uit 'angst' dat derden haar anders aansprakelijk zullen stellen. Dit zou voor de bank ook een onmogelijke opgave zijn, gezien het grote aantal transacties die door middel van een automatisch systeem verwerkt worden. Dit zou een enorme tijdrovende en kostbare gelegenheid zijn voor de bank. Ik vind het echter vanzelfsprekend dat de bank, wanneer zij vermoedens heeft van onrechtmatige handelen door haar cliënt, hier nader onderzoek naar moet doen, en eventueel maatregelen moet nemen. Ik benadruk echter nogmaals dat naar mijn mening daadwerkelijke wetenschap bij de bank vereist is, en dat er sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden, wil de bank het betalingsverkeer van een bepaalde klant actief monitoren. Tevens moeten banken ervoor waken dat zij niet te voortvarend zijn met het nemen van maatregelen. Zoals uit de Fibonacci/Binc Bank-zaak naar voren kwam, moet de bank zich eerst zekerheid verschaffen over het feit of de cliënt een wettelijk norm schendt. Pas wanneer zij over deze zekerheid beschikt, mag zij maatregelen nemen. Zo nam de bank in deze zaak te voortvarend drastische maatregelen, en had de bank eerst een schriftelijke waarschuwing moeten geven.

De ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht van de bank jegens derden in Nederland, is vrijwel niet te vergelijken met de ontwikkeling in de Verenigde Staten. Uit de bijzondere zorgplicht jegens derden in Nederland volgt dat de bank rekening moet houden met de belangen van derden, met wie zij derhalve geen contractuele relatie heeft. In de Verenigde Staten wordt echter van oudsher vastgehouden aan de regel dat de bank juist geen zorgplicht heeft jegens derden. Met uitzondering wordt een beroep op de zorgplicht jegens derden door de Amerikaanse rechtbanken toegestaan. In de Verenigde staten kan bij een claim voor aansprakelijkheid van de bank echter sprake zijn van daadwerkelijke, subjectieve wetenschap, of objectieve wetenschap. In Nederland was er in Safe Haven voor aansprakelijkheid van de bank in eerste instantie alleen sprake van daadwerkelijke, subjectieve wetenschap aan de zijde van

de bank. Echter in latere rechtspraak, zoals in de Van de Berg-zaak, blijkt objectieve wetenschap voldoende te zijn voor aansprakelijkheid van de bank. Op dit punt sluit de Nederlandse rechtspraak aan bij de Amerikaanse rechtspraak.

Alles overziend is de vraagstelling zowel bevestigend als ontkennend te beantwoorden. Het eerste gedeelte van de vraagstelling lijkt te worden bevestigd: de bank lijkt een steeds grotere rol als toezichthouder te worden toegeschoven. Met de bank als uitstekende deskundige en professionele financiële dienstverlener lijkt een rol als toezichthouder op haar cliënten tot op een zekere hoogte evident. Men moet echter oppassen dat de bank in deze rol niet te ver doorschiet. Zij blijft in de eerste plaats een financiële dienstverlener, en een toezichthoudende rol mag dit niet overschaduwen. Eveneens is de vraagstelling ontkennend te beantwoorden, omdat de ontwikkelingen van de bijzondere zorgplicht van de bank jegens derden in de Verenigde Staten geenszins vergelijkbaar zijn met die in Nederland. Mijns inziens moeten er in de Nederlandse rechtspraak nog duidelijke normen worden ontwikkeld met betrekking tot de bijzondere zorgplicht jegens derden, en dan met name wanneer de bank 'behoort te weten' dat haar cliënt in strijd handelt met een wettelijke norm.

6 Literatuurlijst

6.1 Boeken

Asser/Tjong Tjin Taj 7-IV 2014

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. De geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Baalen 2006

S.B. van Baalen, *Zorgplicht in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006.

Bierman e.a. 2015

B. Bierman e.a., *Hoofdpijnen Wft*, Nijmegen: Kluwer 2015.

Broekhuizen & du Perron 2013

K.W.H., Broekhuizen & C.E. du Perron. "De Zorgplicht in Twee Gedaanten." In: *Christels Koers: Liber Amicorum Prof. Mr. Drs. C.M. Grundmann-Van De Krol*, Deventer: Kluwer 2013, p. 149-162.

Busch 2013

D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons, *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Nijmegen: Kluwer 2013.

Van Dam 2013

C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

D. Edelson 2014

D. Edelson, *United States Law: An Introduction for International Students*, z.p., 2014.

Goldberg & Zipursky 2010

J.C.P. Goldberg & B.C. Zipursky, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Torts*, z.p.: Oxford University Press 2010.

Jansen, Munneke & van Ommeren 2011

C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren e.a., *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Nijmegen: Kluwer 2012.

Phelps & Rhodes 2012

K. Phelps & S. Rhodes, *The Ponzi Book: A Legal Resource for Unraveling Ponzi Schemes*, z.p.: LexisNexis 2012.

Pijls 2010

A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', In F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (Eds.), *'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Statsky 2011

W.P. Statsky, *Essentials of Torts*, z.p.: Delmar 2011.

Straus 2015

Y.J.G.H.L. Straus, *De toepasbaarheid van proportionele aansprakelijkheid*, Amersfoort: Celsus 2015.

Tjong Tjin Tai 2007

Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007.

6.2 Tijdschriften

Van Amsterdam, *MvV* 2014

L.A. van Amsterdam, 'Ben ik mijn broeders hoeder? De bijzondere zorgplicht van banken bij beleggingsfraude nader bekeken', *MvV* 2014, afl. 5, p. 140-144.

Van Baalen, *Contracteren* 2006

S.B. van Baalen, 'De bijzondere zorgplicht bij financiële contracten: Een aantal vuistregels ten aanzien van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten voor financiële ondernemingen', *Contracteren* 2006-04.

Boom, *NTBR* 2003

W.H. Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003, afl. 10.

Bierens, *NTBR* 2013

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013, afl. 3.

Claassen & Snijders, *MvV* 2014

M.H.P. Claassen & J.L. Snijder, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *MvV* 2014, afl. 7/8.

Caylor e.a., *Business Law International* 2011

L. Caylor e.a., 'Emergence of the Mareva by Letter: Banks' Liability to Non-Customer Victims of Fraud', *Business Law International* 2011, vol. 12-2.

Cherednychenko, *NTBR* 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek en privaatrecht', *NTBR* 2010.

Cortenraad, *Ondernemingsrecht* 2012

W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012/128.

Ebben, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015

L.A.G. Ebben, 'Safe Haven-problematiek: reactie op de noot van Van der Velden bij Fibonnaci/Binck Bank', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, afl. 11.

Van der Houwen, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015

D.M. van der Houwen, 'Bancaire zorgplicht jegens derden: actie of reactie?', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, afl. 4.

Klaassen en Veldhuijzen, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011

O. Klaassen & R. Veldhuijzen, 'Toezicht van banken op hun klanten; waar ligt de grens?', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011, afl. 3.

Klomp, *GMW* 2015

L. Klomp, 'Zorgplicht van banken jegens derden', *GMW* 26 februari 2015, Gmw.nl/artikel/zorgplicht-van-banken-jegens-derden.

Meijs, *MvV* 2013

A.J.C.M. Meijs, 'Bank, zorgplicht en derden: enkele lessen voor de bancaire praktijk', *MvV* 2013, afl. 12, p. 349-354.

6.3 Jurisprudentie

Nederland

HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/192 (*Rabobank/Everaars*).

HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 288 (*MeesPierson/Ten Bos c.s.*).

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660. (*Van de Klundert/Rabobank*).

HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

HR 23 december 2005, *NJ* 2006 (*Safe Haven*).

HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 333. (*ABN Amro/Van Velzen*).

Rechtbank Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BC5573.

Rechtbank Amsterdam 22 april 2009 ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4260.

HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

Rechtbank Haarlem 5 augustus 2009, *LJN* BJ7433.

Hof Amsterdam 5 juli 2011, *NJF* 2011/333, *JOR* 2011/95.

Rechtbank Rotterdam 13 juli 2011, *JOR* 2011/335.

HR 3 februari 2012, *LJN* BU4914.

Rechtbank Haarlem 30 mei 2012, *RF* 2012/79 (*Safe Haven II*).

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, *JOR* 2013/313.

Hof Den Haag 18 maart 2014, *JOR* 2014/136.

Rechtbank Amsterdam 10 september 2014 *JOR* 2015/36.

Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10276.

Rechtbank Amsterdam (vzr.) 6 maart 2015, ECLI: NL: RBAMS: 2015: 1246.

HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399.

Verenigde Staten

McCallum v. Rizzo, 1995 WL 1146812 (Mass. Super. Ct. Oct. 13, 1995).

Chazen v. Centennial Bank (1998) 61 Cal.App.4th 532, 543 (Chazen).

Weiner v. Lazard Freres & Co., 672 N.Y.S.2d 8, 14 (N.Y. App. Div. 1998).

Casey v. U.S. Bank Nat'l Ass'n, 127 Cal. App. 4th 1138, 1142 (Ct. App. Cal. 2005).

Lerner v Fleet Bank, 459 F 3d 273, 287 (2d Cir 2006).

Chaney v Dreyfus Service Corp, 595 F 3d 219, 233 (5th Cir 2010).

VIP Mortgage Corp. v. Bank of America, N. A., F. Supp. 2d, 2011 WL 573601, at *6 (D. Mass. Feb. 11, 2011).

6.4 Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 515.

Nota van toelichting Besluit Prudentiele regels Wft, *Stb.* 2006, 519.