

## Voorwoord

Voor u ligt het eerste deel van een nieuwe reeks, getiteld *Privaatrechtelijke essays*, die wordt uitgegeven onder auspiciën van de Stichting Mercatura Honesta.

Mr. Jurriaan de Weert en mr. drs. John Wondergem hebben ieder in het kader van hun afstuderen (in de rechtsgeleerdheid) aan respectievelijk de Universiteit van Amsterdam en de Open Universiteit een essay geschreven op het gebied van het financieel en economisch recht. Het afstudeeronderzoek van De Weert is getiteld 'Krediet & Rechtsnormen – Een macro-economische analyse van het hypothecair beleid'. Het essay van Wondergem heeft als titel: 'Informatieplicht, de Hydra van het financiële recht – Een studie naar de oogmerken van de informatieplicht in het financiële toezichtrecht en het civiele recht'. Zowel zelfstandig als in onderlinge samenhang bezien bieden deze essays een verhelderende en vernieuwende kijk op het functioneren van financiële markten, de wens tot verbeteringen in de (mate van) efficiënte consumentenbescherming met inachtneming van het macro-economisch perspectief op deze belangrijke onderwerpen. Het bestuur van de Stichting Mercatura Honesta heeft daarom gemeend deze essays gezamenlijk te moeten publiceren teneinde bij te kunnen dragen aan het debat over deze kwesties.

De Weert schreef een multidisciplinair essay waarin hij een macro-economische analyse uitvoert van het normatieve kader met betrekking tot hypothecaire dienstverlening. Hij plaatst dit in het kader van de (crisis op de) hypotheekmarkt en de daaraan verbonden vastgoedmarkt. Door de wetgever is een juridisch kader ontwikkeld dat de rechtsbetrekking tussen de financiële dienstverlener en consument normeert teneinde een verantwoorde kredietverstrekking te verzekeren. Het daaruit voortvloeiende transactieregime stelt regels omtrent reclame, informatieve en onderzoeksplichten voorafgaand aan de hypothecaire lening, verantwoorde kredietverstrekking, de inhoud van de kredietovereenkomst en omvat een zorgplicht gedurende en na afloop van de hypothecaire lening. Zijn hoofdvraag is hoe het stelsel van kredietverlening kan worden verbeterd teneinde de consumentenbescherming te vergroten. Op basis van zijn brede onderzoek komt hij tot aanbevelingen die gericht zijn op de hervorming van het financieel systeem op een aantal punten, namelijk het controleren van de geld- en schuldcyclus ('Credit Guidance') en een uitbreiding van de zorgplicht. De onderzoeksbevindingen bevestigen onder meer de noodzaak tot het onder controle krijgen van de geld- en schuldcyclus als primaire doelstelling. De Weert formuleert een tweetal nieuwe wetsartikelen, over kredietbegeleiding en inzake een maatschappelijke zorgplicht voor financiële dienstverleners en banken.

Het essay van Wondergem heeft een brede opzet, waarbij de informatieplichten in het kader van privaatrechtelijke verhoudingen, het toezichtrechtelijke kader en witwaspreventie in samenhang geanalyseerd worden. De zorgplichten in het financiële recht en vermogensrecht hebben inmiddels een veelvoud aan verschijningsvormen. Hieronder zijn te scharen de onderzoeksplicht, informatieplicht, waarschuwingsplicht, en in uitzonderingssituaties, de weigeringsplicht. De zorgplichten uit het BW hebben betrekking op dienstverlening binnen en buiten de financiële sector. De bijzondere zorgplicht, ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad, neemt een centrale en toenemende rol in bij de normering van zorgvuldige financiële dienstverlening. Het essay van Wondergem is gericht op een viertal varianten van de informatieplicht zoals deze voor financiële instellingen geldt. Het ken-uw-klantbeginsel maakt in meer of mindere mate onderdeel uit van de vier varianten van de informatieplicht. Vanuit het privaatrechtelijk perspectief zijn goed opdrachtgeverschap (art. 7:401 BW) en de redelijkheid en billijkheid grondslagen die relevant zijn bij de invulling die gegeven wordt aan informatieplichten. De bijzondere zorgplicht omvat tevens een informatieplicht en de achterliggende overweging hierbij is het corrigeren van een kennis-asymmetrie en het beschermen van cliënten tegen eigen lichtzinnigheid of ontoereikende kennis. In dat opzicht gaat de bijzondere zorgplicht qua normering verder dan de zorgplicht op grond van artikel 7:401 BW. Op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) gelden voor financiële instellingen uitgebreide ken-uw-klantverplichtingen, waaronder ook een informatieplicht. De doelstelling van de zorgplichten op grond van de Wft zijn ingegeven vanuit de wens om de integriteit van de instelling en de sector te beschermen. De zorgplichten die gelden op grond van de Wft en het Bgfo hebben tevens tot doel om de integriteit van de financiële instelling te beschermen, maar bevatten ook doelstellingen die te scharen zijn onder het consumentenrecht (ondanks dat het geen privaatrechtelijke bepalingen zijn). De analyse van de verschillen en overeenkomsten tussen de informatieplichten die voor financiële instellingen gelden is waardevol voor praktijk en wetenschap. Een eerlijke financiële markt met eerlijke marktpraktijken is heden ten dage ondenkbaar zonder het palet aan privaatrechtelijke en publiekrechtelijke informatieplichten. Als deze goed functioneren, zijn zowel aanbieders als afnemers van financiële producten en diensten hierbij gebaat.

*Juni 2022*

*Mr. dr. A.H. Lamers, prof. mr. J.G.J. Rinkes en mr. dr. M.D.H. Nelemans*

# Hoofdstuk 1

## Introductie

### 1.1 Inleiding

Het is 12 oktober 2020 en we staan aan de vooravond van de grootste financieel-economische crisis die dit land ooit heeft gekend. Hoewel de coronamaatregelen een enorme economische impact hebben gehad, vormen zij slechts een katalysator in de ontwikkeling van deze crisis.

Het ziektebeeld laat zich diagnosticeren aan de hand van verschillende symptomen: hoge private en publieke schulden, toenemende inkomensongelijkheid, minder investering en innovatie,<sup>1</sup> lagere inkomensgroei,<sup>2</sup> een significante daling van de werkgelegenheid en een reductie van het bruto binnenlands product.<sup>3</sup>

Uniek in haar omvang doch gelijk in zijn soort, rijst de vraag: op welke manier kan deze crisis worden aangegrepen om de noodzakelijke hervormingen door te voeren zodat dergelijke crises zich in de toekomst niet meer zullen voordoen?

Net als in de financieel-economische crisis van 2008 speelt de hypotheekmarkt en de daaraan verbonden vastgoedsector een sleutelrol in de ontwikkeling van de onderhavige crisis.

De neoklassieke ideologie waaraan het beleid is ontsproten dat verantwoordelijk is voor dit ziektebeeld, is op fundamentele punten onverenigbaar met de economische realiteit en is dientengevolge beperkt in haar capaciteit om een goed functionerende economie te realiseren.<sup>4</sup>

Een belangrijk kenmerk van deze incongruentie is de aaneenschakeling van financiële en bancaire crises. Sinds de jaren zeventig zijn er meer dan 147 bancaire crises in 114 landen geweest.<sup>5</sup> Deze toename in financieel-economische crises is in belangrijke mate te herleiden tot de toename van kredietschepping van commerciële banken als gevolg van de financiële deregulering.<sup>6</sup>

---

1 Cecchetti & Kharroubi 2012.

2 Arcand e.a. 2012; Bezemer e.a. 2016, p. 652-674.

3 Reinhart & Rogoff 2009.

4 Walras 1874; Arrow & Debreu 1954, p. 265-290.

5 Tevens zijn er gedurende deze periode 218 valutacrisis en 66 staatsschuldencrisis geweest. Laeven & Valencia 2012, p. 3.

6 Werner 1993; Werner 1997, p. 276-309; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018, p. 1-31.

Deze bancaire kredietschepping bestaat hoofdzakelijk uit de financiering van eigenwoninghypotheken.<sup>7</sup> Banken hebben daarmee hun traditionele functie van de financiering van bedrijven verlaten.<sup>8</sup> Deze verschuiving heeft grote macro-economische implicaties gehad.<sup>9</sup>

De these dat een toename van krediet ten opzichte van het bruto nationaal product resulteert in een toename van reële economische groei werd met de intrede van de financieel-economische crisis van 2007, definitief naar het rijk der fabelen verwezen.<sup>10</sup> Het tegenovergestelde blijkt het geval te zijn, de groei van de financiële sector wordt geassocieerd met minder investering en innovatie<sup>11</sup> en lagere inkomensgroei,<sup>12</sup> niet alleen na een crisis maar in algemene zin, in vele landen en jaren.<sup>13</sup>

De financiering van productieve transacties bevordert investeringen en innovatie in de private sector en resulteert zodoende in reële economische groei.<sup>14</sup> De financiering van consumptieve transacties zoals eigenwoninghypotheken resulteert in prijsinflatie, financiële crises en heeft uiteindelijk een negatief effect op de reële economische groei.<sup>15</sup>

De financieel-economische crisis van 2007 heeft duidelijk blootgelegd dat de macro-economische beleidsmodellen geld, krediet, banken en de financiële sector als geheel op inadequate wijze weergeven.<sup>16</sup> Dit vindt weerklank in het onderwijs dat voor meer dan 85% op neoklassieke grondslagen berust en waar deze macro-economische realiteit niet in is vertegenwoordigd.<sup>17</sup>

Sinds de financieel-economische crisis is er een groeiende hoeveelheid onderzoek van theoretische en empirische aard beschikbaar naar de kredietvariabele in economische groei, recessies, de businesscyclus, de financiële cyclus en ongelijkheid.<sup>18</sup> Deze inzichten zijn echter grotendeels niet verdisconteerd in de beleidsmatige vergelijking.

7 Bezemer, Samarina & Zhang 2017, p. 1; Jordà, Schularick & Taylor 2014, p. 2.

8 Schumpeter 1939; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018, p. 1-29.

9 Werner 1993; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018, p. 2.

10 Arcand, Berkes & Panizza 2012; Cecchetti & Kharroubi 2012; Rousseau & Wachtel 2017; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018.

11 Cecchetti & Kharroubi 2012.

12 Arcand, Berkes & Panizza 2012; Zhang & Bezemer 2016, p. 613-631.

13 Zhang & Bezemer 2016, p. 613-631.

14 Werner 1993; Werner 1997, p. 276-309.

15 Werner 1993; Werner 1997, p. 276-309; Büyükkarabacak & Valev 2010, p. 1247-1256; Beck, Büyükkarabacak, Rioja & Valev 2012, p. 1-46; Cournède, Denk & Hoeller 2015; Bezemer, Grydaki & Zhang 2016, p. 652-674; Bezemer & Zhang 2017; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018, p. 1-31.

16 Goodhart 2009, p. 821-830; Stiglitz 2011; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018, p. 1-31.

17 Kavelaars, De Muijnck, Ostermeijer & Tieleman 2017, p. 7.

18 Aikman, Haldane & Nelson 2014; Borio 2014, p. 182-198; Turner 2017; Bezemer, Samarina & Zhang 2017; Jordà, Schularick & Taylor 2017, p. 213-263; Stiglitz 2016; Bezemer, Ryan-Collins, Van Lerven & Zhang 2018, p. 1-31.

De wetgever heeft een juridisch kader ontwikkeld dat de rechtsbetrekking tussen de financiële dienstverlener en consument normeert teneinde een verantwoorde kredietverstrekking te verzekeren.

Dit kader bevat een transactieregime dat regels stelt omtrent:

1. reclame, informatieplichten en onderzoeksplichten voorafgaand aan de hypothecaire lening;
2. verantwoorde kredietverstrekking;
3. regelgeving met betrekking tot de inhoud van de kredietovereenkomst;
4. een zorgplicht gedurende en na afloop van de hypothecaire lening.<sup>19</sup>

De Hypotheekrichtlijn<sup>20</sup> en de EBA-richtsnoeren<sup>21</sup> werken via de Wet op het financieel toezicht (Wft)<sup>22</sup> en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft)<sup>23</sup> door op de rechtsbetrekking tussen de financiële dienstverlener en de financieel consument.<sup>24</sup> In aanvulling op dit juridisch kader houden de meeste financiële dienstverleners zich aan de Gedragscode Hypothecaire Financieringen.<sup>25</sup>

Het belangrijkste instrument in de verzekering van verantwoorde kredietverstrekking is de kredietwaardigheidstoets.<sup>26</sup> Deze toets is opgenomen in artikel 4:34 van de Wet op het financieel toezicht en is onderdeel van het verbod op overkreditering.<sup>27</sup> Op deze wijze wordt geprobeerd om de financieel-economische risico's te minimaliseren.<sup>28</sup> Het doel van deze regel is het voorkomen van betalings- en restschulproblemen bij consumenten via de minimalisering van de informatie-asymmetrie tussen contractspartijen.<sup>29</sup>

Dit juridisch kader normeert uitsluitend de transactie als zodanig en reguleert niet de geldscheppende handeling die inherent is aan het verstrekken van de hypothecaire financiering. Dientengevolge ontstaan er met elke nieuwe hypotheek-

---

19 Van Poelgeest & Masius 2016, p. 41-54.

20 Richtlijn 2014/17/EU inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voorbewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 (Hypotheekrichtlijn) (*PbEU* 2014, L 60/34).

21 European Banking Authority 2015.

22 Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht) (*Stb.* 2006, 475).

23 Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële ondernemingen (Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft) (*Stb.* 2006, 662).

24 Van Poelgeest & Masius 2016, p. 41-54.

25 Nederlandse Vereniging van Banken 2020.

26 European Commission 2008, p. 75. Art. 18 en 20 Hypotheekrichtlijn, art. 4:34 Wft en het EBA-richtsnoer inzake kredietwaardigheidsbeoordeling.

27 Overkreditering wordt gedefinieerd als een situatie waarin de consument, na het betalen van de financieringslasten, onvoldoende geld heeft voor minimale bestaanskosten.

28 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19.

29 *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, nr. 3.

overeenkomst grotere financiële risico's die de consumentenbescherming op zowel micro- als macroniveau ondermijnen.

## 1.2 Onderzoeksvraag

Op basis van de bovenstaande probleemstelling luidt de onderzoeksvraag en de daaruit afgeleide deelvragen als volgt:

- Op welke wijze kan het kredietverstrekkingproces worden verbeterd teneinde de consumentenbescherming te vergroten?

## 1.3 Deelvragen

- Wat zijn de primaire mechanismen op basis waarvan verantwoorde kredietverstrekking wordt nagestreefd?
- Wat zijn de tekortkomingen in het normatieve kader?
- Op welke manier kunnen deze tekortkomingen worden gezuiverd?

## 1.4 Onderzoeksdoelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is het in kaart brengen van de monetaire dimensie van de hypothecaire transactiepraktijk en de consequenties daarvan voor markt en maatschappij.

De integratie van de monetaire dimensie in de beleidsmatige vergelijking resulteert in een benadering van de economische realiteit die ervoor zorgt dat de financiële risico's die geassocieerd worden met de hypothecaire financieringsmarkt gereduceerd worden opdat de consumentenbescherming kan worden vergroot.

Dit wordt gerealiseerd door:

- op integrale wijze het probleem in kaart te brengen;
- een effectieve oplossing aan te dragen voor het probleem.

## 1.5 Onderzoeksmethodologie

- *Deelvraag I:* hier staan de primaire mechanismen centraal die het stelsel van kredietverstrekkingen reguleren. Er zal gebruik worden gemaakt van de doctrinaire onderzoeksmethode. Het geldende recht zal in samenhang met de economische werkelijkheid waarop het betrekking heeft worden bestudeerd. De wetgeving, jurisprudentie en de daaraan gerelateerde literatuur zullen in dit kader worden besproken.
- *Deelvraag II:* er zal een metajuridisch perspectief geadopteerd worden teneinde de tekortkomingen in het huidige normatieve kader te identificeren. Op basis van de laatste economische inzichten omtrent het functioneren van het monetaire systeem zal er worden vastgesteld of, en zo ja in hoeverre, deze inzichten zijn verdisconteerd in het huidige financieel-economische beleid met betrekking tot de hypotheekmarkt. Er wordt vervolgens geconstateerd

in welke mate het huidige stelsel van kredietverstrekkingen effectief is om verantwoorde kredietverstrekking te verzekeren.

- *Deelvraag III:* op basis van deze inzichten worden er twee hervormingsvoorstellen gedaan die beogen het stelsel van kredietverstrekkingen te bestendigen en de hypothecaire kredietverstrekking te verbeteren.
- *Hoofdvraag:* deze deelvragen tezamen leiden tot de beantwoording van de hoofdvraag.

## 1.6 Onderzoeksopzet

### Hoofdstuk II: Normatief kader

De bancaire sector is gebonden aan een grote hoeveelheid regels die de hypothecaire financieringsmarkt normeren, maar het onderzoek zal zich beperken tot de essentiële mechanismen.

Het normatieve kader zal in kaart worden gebracht, te beginnen met de ideologische grondslagen van het beleid. Vervolgens worden de theorema's beschreven die een product zijn van deze ideologie en die van bepalende invloed zijn op de ontwikkeling van het geldende hypothecaire beleid.

Het normatieve kader wordt gesegmenteerd op basis van het abstractieniveau waar de mechanismen actief zijn.

- **Markt:** de twee belangrijkste mechanismen die worden ingezet ter regulering van de kredietmarkt zijn het rente-instrument en de reserveratio.
- **Sector:** het macroprudentieel beleid staat centraal en bestaat uit twee belangrijke mechanismen: de kapitaaleisen en de kredietwaardigheidstoets.
- **Transactie:** op transactieniveau krijgt de zorgplicht de aandacht en de mechanismen waarlangs deze wordt verzekerd. Er zal beschreven worden op welke manier deze mechanismen de hypothecaire financieringsmarkt normeren teneinde verantwoorde kredietverstrekking na te streven.

### Hoofdstuk III: Analyse

Het normatieve kader zal in het licht van de probleemstelling en op basis van het economisch perspectief worden geanalyseerd. Dit komt er concreet op neer dat er wordt vastgesteld in hoeverre de wetgeving en de hieraan ten grondslag liggende economische theorie verenigbaar zijn met de economische realiteit. Dit zal worden gedaan door hoofdzakelijk gebruik te maken van economische literatuur en onderzoek van empirische aard. Deze data is gegenereerd op basis van de inductieve methodologie.

## Hoofdstuk IV: Aanbevelingen

De tekortkomingen die er in het onderzoek in kaart zijn gebracht zullen op basis van twee voorstellen worden gezuiverd. Dit zal ertoe leiden dat er een aanzienlijke verbetering optreedt in het stelsel van kredietverstrekkingen.

### 1.7 Afbakening

Dit onderzoek concentreert zich uitsluitend op de financiering van eigenwoning-hypotheken. Overige financieringen, zoals bedrijfsfinancieringen en consumptief krediet, worden alleen behandeld voor zover deze van toegevoegde waarde zijn voor het vormen van een helder perspectief op het stelsel van hypothecaire kredietverstrekkingen.

Het onderzoek heeft uitsluitend betrekking op directe kredietrelaties: de financiële dienstverlener, in het bijzonder een bancaire instelling, en de financieel consument. Derden zoals hypotheekadviseurs worden alleen betrokken in de analyse voor zover het van toegevoegde waarde is voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

Voorts zijn er een aantal onderwerpen die strikt genomen relevant zijn, maar lager in rangorde staan en als gevolg van de formele eisen die de Universiteit van Amsterdam aan een scriptie stelt, niet behandeld zullen worden. Dit maakt echter voor de beantwoording van de onderzoeksvraag in materiële zin niet uit aangezien de integratie van deze onderwerpen niet tot een inhoudelijke wijziging van de onderzoeksbevindingen zou hebben geleid. Integendeel, zij zouden enkel een versterking opleveren van de onderzoeksconclusies.

- *Europese Centrale Bank*: het beleid van de Europese Centrale Bank wordt geanalyseerd voor zover dit van belang is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Dit betekent dat het onderzoek zich beperkt tot de ‘conventionele beleidsinstrumenten’. De zogenoemde ‘onconventionele beleidsinstrumenten’, in het bijzonder het *Quantitative Easing* beleid,<sup>30</sup> dat de ECB heeft ingezet in reactie op de financieel-economische crisis van 2007, worden daarbij buiten beschouwing gelaten.

30 Een verzamelnaam voor een aantal ‘large scale asset purchase programma’s’: in mei 2010 lanceerde de ECB het Securities Market Programme (SMP). Dit werd in september 2012 vervangen door het Outright Monetary Transactions programme (OMT). In een serie Covered Bonds Purchase Programmes (CBPP) kocht de ECB gedekte obligaties op. Dit programma werd in december 2018 afgerond. Van november 2014 tot december 2018 voerde de ECB het Asset Backed Securities Purchase Programme (ABSPP) uit. Van maart 2015 tot december 2018 was het Public Sector Purchase Programme (PSPP) actief. Van juni 2016 tot december 2018 kocht de ECB bedrijfsobligaties op via het ‘Corporate Sector Purchase Programme’ (CSPP). In maart 2020 is de ECB het Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) gestart ter mitigatie van de risico’s die de coronacrisis presenteert voor het ‘monetary policy transmission mechanism’. De ECB heeft via deze asset purchase programmes de geldhoeveelheid met meer dan 5 biljoen verruimd.



- *Hypotheekrenteaftrek*: de hypotheekrenteaftrek is het meest prominente fiscale mechanisme dat de consument stimuleert om vreemd vermogen te verkiezen boven eigen vermogen in de financiering van de eigenwoning.<sup>31</sup> Een belastingstelsel dat een *bias* kent met betrekking tot kredietfinanciering ten opzichte van financiering uit eigen vermogen wordt geassocieerd met een significant hogere bank *leverage* en draagt op deze wijze bij aan de financiële instabiliteit van het systeem en resulteert in een grotere kans op een bancaire crisis.<sup>32</sup>
- *Nationale Hypotheek Garantie*: een dergelijke garantie heeft twee belangrijke effecten:
  - Geldverstrekkers geven een rentekorting aan geldnemers indien het onderpand in aanmerking komt voor een nationale hypotheekgarantie. Dientengevolge levert dit een incentive op voor financieel consumenten om de eigenwoning te financieren met vreemd vermogen en een grotere hypotheekfinanciering aan te gaan dan het geval zou zijn geweest indien deze maatregel niet zou bestaan.
  - De belastingbetaler staat garant voor het totale bedrag aan NHG-hypotheek. Het waarborgfonds kan de restschuld van een NHG-hypotheek absorberen indien de consument voldoet aan de voorwaarden.<sup>33</sup> Dit levert een financieel risico op en creëert een letale vorm van *moral hazard* voor de financiële dienstverlener.

---

31 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2019, p. 100; *Kamerstukken II* 2012/13, 33194, nr. 3.

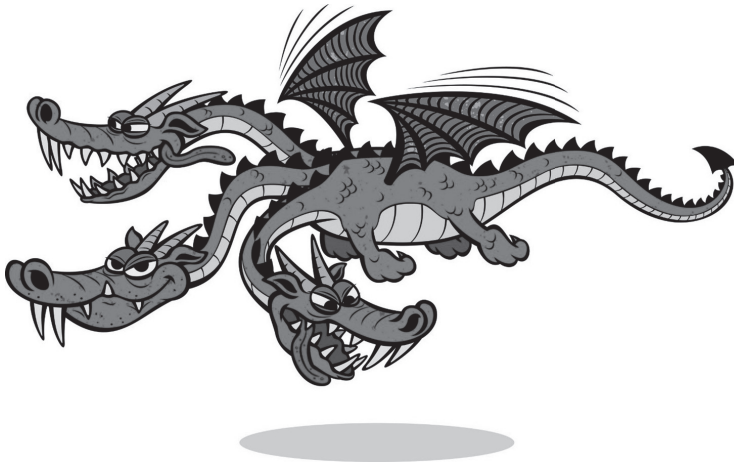
32 De Mooij, Keen & Orihara 2013, p. 13.

33 Nationale Hypotheekgarantie 2020.

# Informatieplicht, de Hydra van het financiële recht

*Een studie naar de oogmerken van de informatieplicht in het financiële toezichtrecht en het civiele recht<sup>1</sup>*

J.H.M. Wondergem



---

<sup>1</sup> In deze scriptie worden de termen 'bank', 'bancaire instelling' en 'financiële instelling' door elkaar heen gebruikt. Zoals Joosen enige tijd geleden al opmerkte is het begrip 'financiële instelling' in de Wet op het financieel toezicht (Wft) niet nader geconcretiseerd. In deze scriptie worden hiermee de niet kredietverlenende instellingen bedoeld zoals bijvoorbeeld beleggingsondernemingen; zie Joosen, in: *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 3:110 Wft, aant. 6.2.2.

De wederpartij van de financiële instelling wordt doorgaans aangeduid met de term cliënt; dit kan zowel een particuliere klant als een zakelijke klant betreffen, afhankelijk van de relevante wet- en regelgeving die in bepaalde gevallen wel een onderscheid maakt tussen particuliere consumenten en bedrijfsmatig opererende partijen. Vanwege de leesbaarheid wordt in de tekst gebruikgemaakt van de mannelijke vorm.

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

De informatieplicht in het financiële recht gedraagt zich als een mythologisch fabeldier dat meerdere gezichten toont.<sup>2</sup> In het Burgerlijk Wetboek (BW) worden in meerdere bepalingen informatieplichten aangetroffen die ook bij het uitvoeren van financiële transacties en het aanbieden van financiële diensten in acht genomen dienen te worden. Op de eerste plaats dient hierbij gedacht te worden aan de bepalingen die tot doel hebben te voorkomen dat een rechtshandeling op grond van een gebrekkige wil tot stand komt. Het meest relevant in de context van deze scriptie zijn de bepalingen die betrekking hebben op bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling (art. 3:44 lid 2 en lid 3 BW alsmede art. 6:228 BW) en meer specifiek de bepalingen in het kader van de consumentenbescherming, de (woning) kredietovereenkomsten en de betalingsdiensten. Naast de privaatrechtelijke betrokkenheid bij financiële transacties komt sinds de vorige eeuw het publiekrecht tot ontwikkeling met name geïnitieerd door malversaties en bedrog op de financiële markten.<sup>3</sup> Toezicht op het ordelijk verloop van de transacties op deze markten werd een belangrijke overheidstaak. De laatste dertig jaar is het financiële publiekrecht, ook wel financieel toezichtrecht genoemd, sterk veranderd onder invloed van Europese richtlijnen en verordeningen die de uitvoering zijn van de door de Europese Commissie geformuleerde strategische doeleinden zoals de verwezenlijking van een interne markt voor financiële diensten, de totstandbrenging van open en veilige retailmarkten en versterking van het kader voor het bedrijfseconomisch toezicht.<sup>4</sup> De belangrijkste bepalingen van dit financiële toezichtrecht worden aangetroffen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) met verdere uitwerking in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft), het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr Wft) en ministeriële regelgeving zoals de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Nrgfo Wft). De Wft, die een aantal sectorale regelgevingen verving, regelt het prudentieel toezicht dat gericht is op de soliditeit van de financiële ondernemingen en de stabiliteit van de financiële sector (art. 1:24 lid 1 Wft). In het belang van deze stabiliteit ziet deze wet ook toe op het ordelijke en transparante verloop van financiële marktprocessen waarbij zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en een zorgvuldige behandeling van cliënten een belangrijke rol spelen (art. 1:25 lid 1 Wft).<sup>5</sup> In deze regelgeving heeft de informatieplicht twee gezichten: de eerste informatieplicht heeft betrekking op

---

2 In de westerse literatuur is de Hydra van Lerna het bekendst, zie Graves 2017, hoofdstuk 124; Ogden 2013, p. 52-56.

3 Grundmann-van de Krol & Van der Klooster 2019, p. 55-56.

4 Actieplan voor financiële diensten (APFD), COM(1999)232 def, meerdere malen herzien zie: 'Actieplan inzake financiële diensten voor de consument: Betere producten, meer keuze', COM (2017)139 def.

5 Silverentand & Van der Eerden 2018, par. 1.4.

de *know your customer*-bepaling van artikel 4:23 Wft in het kader van de zorgvuldige dienstverlening (afdeling 4.2.3 Wft).<sup>6</sup> Deze vereist kort gezegd dat de financiële onderneming voldoende informatie inwint die relevant is voor een adequaat advies of het beheer van het vermogen van de cliënt, waarbij krachtens artikel 4:24a lid 1 Wft de onderneming op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument in acht neemt.<sup>7</sup> Informatieplichten die derhalve met name dienen ter bescherming van de cliënt. Een ander soort informatieplicht wordt aangetroffen in afdeling 3.3.2 Wft die met name het vertrouwen in de financiële onderneming en financiële markten dient (art. 3:10 lid 1 onder b en c). Dit betreft de *customer due diligence*-bepalingen die verder uitgewerkt zijn in artikel 14 Bpr Wft.<sup>8</sup> Voor beleggingsondernemingen is dit in artikel 4:11 lid 1 onder c juncto artikel 26 BGfo Wft nader verduidelijkt: procedures en maatregelen nodig voor risicoclassificatie ten aanzien van cliënten, producten of diensten is vereist. Daartoe dient de cliënt geïdentificeerd te kunnen worden.<sup>9</sup>

Eenzelfde soort informatieplicht als opgenomen in artikel 4:11 lid 1 onder c Wft wordt aangetroffen in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) waarin voor financiële instellingen, naast allerlei andere instellingen en functionarissen zoals vastgoedmakelaars, casino's en belastingadviseurs, een soort poortwachtersfunctie is voorzien (art. 2a lid 1 Wwft en hoofdstuk 2 Wwft: 'Bepalingen betreffende cliëntenonderzoek').<sup>10</sup> Uitgebreide informatie over de identiteit van de cliënt, de aard en het beoogde doel van de zakelijke relatie en transacties dient te worden ingewonnen en indien op basis van objectieve indicatoren een vermoeden bestaat van een ongebruikelijke transactie dient deze te worden gemeld aan FIU-Nederland (Financial Intelligence Unit).<sup>11</sup>

Ten slotte kan een waarschuwingsplicht in niet voor misverstand vatbare bewoordingen en zelfs een vergewisplicht deel uitmaken of volgen uit de informatieplicht als gevolg van de door de Hoge Raad aangenomen bijzondere zorgplicht die op banken en andere financiële instellingen rust. Deze plicht wordt afgeleid uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid naar de aard van de contractuele verhouding met particuliere, niet-professionele cliënten meebrengen. De

6 'Know your customer', in de literatuur frequent afgekort met KYC, is in de Nederlandse literatuur en publicaties beter bekend als het 'ken uw klant'- of 'ken uw cliënt'-principe of -beginsel. Al deze termen worden in de scriptie gebruikt en indien relevant verder toegelicht.

7 De zinnende 'op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht nemen' is voor het eerst geformuleerd door de Hoge Raad in HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

8 Silverentand & Van der Eerden 2018, par. 2.12.2.

9 Silverentand & Van der Eerden 2018, par. 5.9.2.

10 Dit geldt na implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn ook voor aanbieders van bewaarportemonnees en aanbieders van bitcoin-ATM apparaten, zie Van Poelgeest, *TvCo* 2019, p. 12-16.

11 Art. 2a Wwft en 'Hoofdstuk 2. Bepalingen betreffende cliëntenonderzoek'; [fiu-nederland.nl/nl/wetgeving/wetgeving-algemeen/wwft](https://fiu-nederland.nl/nl/wetgeving/wetgeving-algemeen/wwft). Het cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties heeft met name ook betrekking op de aanbieders van virtuele valuta's waartoe Richtlijn (EU) 2018/843 in de nationale wet- en regelgeving is geïmplementeerd (de zesde Europese anti-witwasrichtlijn); Rinkes & Nelemans, *VAST-Magazine* 2020, p. 150-160; FIU-Nederland is op basis van de Wwft de aangewezen organisatie, waar meldplichtige instellingen ongebruikelijke transacties dienen te melden, zie [fiu-nederland.nl](https://fiu-nederland.nl) en Leidraad Wwft en Sw 2019, DNB 2019, par. 5.6.

bank is immers een bij uitstek professionele en deskundige partij.<sup>12</sup> Deze civiel-rechtelijke zorgplicht strekt ertoe de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht; de reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>13</sup>

Dé informatieplicht bestaat dus niet, maar dient ingevuld te worden naar de omstandigheden van het geval.<sup>14</sup> Zuiver taalkundig bezien is het een plicht, een gehoudenheid, tot informeren waarbij het woord 'informeren' volgens het Groot woordenboek van de Nederlandse taal twee betekenissen kan hebben. De eerste betekenis is 'inlichtingen verstrekken', de tweede betekenis is 'inlichtingen inwinnen'.<sup>15</sup> Beide betekenissen zijn relevant in de relatie tussen financiële instellingen en hun cliënten. Civielrechtelijk is met name het verstrekken van voldoende en duidelijke inlichtingen in de precontractuele fase van belang, opdat de cliënt zich een duidelijke voorstelling kan maken van het product of de dienst die hij wil afnemen. De cliënt heeft in deze fase ook zelf de plicht om die inlichtingen in te winnen die hij nodig heeft alvorens de overeenkomst wordt gesloten. Overlapend hiermee zijn de inlichtingen die de financiële instelling krachtens de ken uw klant-verplichting dient in te winnen als bepaald in de publiekrechtelijke regelgeving. Deze inlichtingen zijn vaak onmisbaar voor de instelling om haar zorgplicht en vooral haar bijzondere zorgplicht in voldoende mate te kunnen vervullen. Ten slotte is er nog een andere invulling van de informatieplicht. In het kader van de regelgeving tegen dubieuze financiële transacties kan de plicht bestaan om in gegeven omstandigheden nadere inlichtingen over de voorgenomen financiële transacties of de te verlenen diensten bij de betrokken cliënten in te winnen. Bij geconstateerde onregelmatigheden kan dan de plicht ontstaan zo nodig de aangewezen instanties daarover inlichtingen te verstrekken; in dit geval is dan ook sprake van een onderzoeksplicht én een inlichtingenplicht.

## Vraagstelling

Informatieplichten spelen zoals boven uiteengezet dus een zeer belangrijke rol in de contractuele verhoudingen tussen financiële instellingen en hun cliënten. De vraagstelling die in deze scriptie wordt behandeld is: Welke aspecten van de informatieplicht komen bij het aangaan van een financiële contractuele relatie aan de orde? en als vervolgvraag: Gaan deze aspecten samen of zijn ze juist strijdig met elkaar?

In de volgende hoofdstukken zullen deze verschillende facetten van de informatieplicht verder uitgewerkt worden. Enige beperkingen zijn hierbij noodzakelijk.

12 HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 3.3, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabo/Everaars*).

13 Concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2009:BH2815, bij HR 5 juni 2009, JOR 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieveverse, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), onder nr. 3.1; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3, NJ 2005/103, m.nt. C.E. du Perron (*Van Zuylen/Rabo Schaijk-Reek*); Janssen 2017, hoofdstuk 3.

14 Informatieplicht en mededelingsplicht hebben hier dezelfde lading en worden derhalve beide gebezigd.

15 *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, vijftiende editie, Utrecht: VBKmedia 2015.

Ingegaan wordt alleen op het facet van de informatieplicht zowel ter bescherming van de consument, de cliënt of de relatie, afhankelijk van de gehanteerde begrippen in de diverse relevante wetten, alsook ter bescherming van het vertrouwen in het financiële stelsel. Voor de leesbaarheid wordt het begrip cliënt gehanteerd en met betrekking tot de Wwft een enkele keer het begrip relatie.

Het gehanteerde begrip financiële instelling heeft in deze scriptie doorgaans betrekking op banken en beleggingsinstellingen. Andere instellingen die ook onder de reikwijdte van de Wft en Wwft vallen zoals (levens)verzekeringsmaatschappijen, trustkantoren, enzovoort blijven buiten beschouwing.

In hoofdstuk 2 zal aandacht besteed worden aan het leerstuk van de dwaling en vervolgens aan de regelgeving met betrekking tot de consumentenbescherming.

In hoofdstuk 3 komen de informatieplichten aan bod als onderdeel van de zorgplicht in het kader van goed opdrachtnemerschap en vervolgens in het kader van de bijzondere zorgplicht waarbij ook aandacht zal worden besteed aan het leerstuk van de causaliteit. Met betrekking tot causaliteit kan de vraag gesteld worden of het verlies van de cliënt wel toe te schrijven is aan de nalatigheid van de financiële instelling en zo ja of er dan ook sprake kan zijn van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW (zie arrest *De Treek/Dexia*, r.o. 5.7). Voor een betere begripsbepaling zal in dit hoofdstuk een inleiding worden opgenomen over zorgplichten en een korte geschiedenis hiervan.

In hoofdstuk 4 worden de bepalingen uit de Wft behandeld die de bescherming van de cliënt als oogmerk hebben waarbij zowel de invloed van het Europese recht op deze bepalingen alsmede de invloed op het burgerlijk recht in het kort aan de orde zullen komen. Hierbij zal ook enige aandacht worden besteed aan het begrip minimum- en maximumharmonisatie naar aanleiding van het verschil van mening in de literatuur bij de arresten *Genil/Bankinter* en *Nationale Nederlanden/Van Leeuwen* van het Europese Hof van justitie.<sup>16</sup>

Aangestipt zal worden of de verstrekte informatie aan de afnemer van een financieel product wel 'aankomt'. Door de *overload* aan informatie, zeker in de hedendaagse prospectus, kan hieraan getwijfeld worden.<sup>17</sup>

Hoofdstuk 5 behandelt de informatieplicht ten behoeve van de integriteit en vertrouwen in financiële instellingen en financiële markten. Wellicht neemt deze plicht heden ten dage het snelst aan belang toe.<sup>18</sup>

In hoofdstuk 6 zullen de verschillende facetten van de informatieplicht naast elkaar geplaatst worden en zal een afsluitende conclusie worden getrokken.

16 HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344 (*Genil/Bankinter*), HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, NJ 2016/352, m.nt. M.M. Mendel (*Nationale Nederlanden/Van Leeuwen*).

17 Zie over het informatieparadigma: Grundmann-van de Krol 2009, p. 165-180.

18 Niet alleen de financiële instellingen zijn voor de uitvoering van deze plicht verantwoordelijk, ook hun bestuursvoorzitters kunnen voor het nalaten van deze plicht strafrechtelijk ter verantwoording worden geroepen, zie recent: Betlem & Leupen, *FD* 2020, p. 1 en 3; Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, r.o. 8.1.3 en 8.2 laatste alinea.