

onder elk van de door [appellante]-Participanten een QI-product heeft gekocht.

3.63. De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellante] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);
verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. Een deconfiture van een financiële onderneming en “affaires” rondom financiële producten (denk aan beleggingsverzekeringen of rentederivaten) leiden veelal tot de vraag of de verantwoordelijk toezichthouder adequaat toezicht heeft gehouden, tijdig is opgetreden en voldoende stringent heeft gehandhaafd. Procedures omtrent de aansprakelijkheid van toezichthouders zijn kennelijk onvermijdelijk. Deze procedures kunnen in een paar categorieën onderverdeeld worden.
2. De eerste categorie zijn procedures geïnitieerd door de onder toezicht staande instelling zelf. Zo verzette DSB Bank zich tegen het door DNB bij de rechtbank ingediende verzoek tot het uitspreken van een noodregeling als bedoeld in art. 3:160 Wft. De rechtbank wees dit verzoek aanvaankelijk af en later toe omdat een *bank run* ontstond (Rb. Alkmaar 19 oktober 2009, «JOR» 2010/14 en 2010/15, m.nt. Joosen). Ook het nemen van een handhavingsbesluit waarvan in rechte komt vast te staan dat dit besluit onrechtmatig was, kan resulteren in een procedure ter vaststelling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder (HR 9 maart 2018, «JOR» 2018/125, m.nt. Frielink (*GSFS Fund*)).
3. De tweede categorie bestaat uit procedures door belanghebbenden die zich tegen het optreden van de toezichthouder verzetten. Zo dienden diverse professionele beleggers en consumenten bezwaar in tegen het besluit van de Minister van Financiën om over te gaan tot onteigening van aandelen en achtergestelde obligaties uitgege-

ven door SNS Reaal NV en SNS Bank NV. De Raad van State overwoog dat het interventiebesluit rechtmatig was (RvS 25 februari 2013, «JOR» 2013/140, m.nt. Van Ravels en Joosen). Tot een aansprakelijkheidsprocedure leidde het optreden van de Minister van Financiën niet maar wel tot een procedure ter vergoeding van de waarde van de onteigenende effecten (HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:649 en ECLI:NL:HR:2023:650).

4. De derde categorie bestaat uit procedures omtrent het optreden van de toezichthouder nadat de noodregeling of het faillissement is uitgesproken. Zo spande de Stichting Hoop Verlies – na het faillissement van Van der Hoop Effectenbank – een kort geding aan tegen DNB met als inzet de vraag of DNB de bedragen die zij aan particulieren en kleine ondernemingen uit hoofde van het depositogarantiestelsel uitkeerde, mocht verhalen op de boedel (*Kamerstukken* 2005/06, 29 708 nr. 47 p. 6-7). Het kort geding werd overigens ingetrokken nadat DNB zich bereid had getoond een compromis met deze stichting te sluiten.

5. De vierde categorie betreft de wijze waarop de toezichthouder of de Minister van Financiën het publiek informeert gedurende zijn optreden. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2016 dat de Minister van Financiën niet voormalig art. 5:58 Wft (marktmisbruik) had geschonden door misleidende informatie te verspreiden tijdens de reddingsoperatie van het Fortis-concern (HR 25 maart 2016, «JOR» 2017/8, m.nt. Van Tilborg en Van de Sande. Zie voor een toegewezen vordering tot rectificatie door DNB: Rb. Amsterdam 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1857).

6. De vijfde categorie betreft procedures geïnitieerd door de toezichthouder zelf, wellicht mede ter voorkoming van aansprakelijkheidsrisico's. In kort geding werd de vordering afgewezen van DNB tegen RTL strekkende tot verwijdering op de RTL-website van vertrouwelijke gegevens uit het DSB-dossier (Rb. Amsterdam 23 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK7395).

7. De zesde categorie zijn procedures aangespannen door gedupeerden ter vaststelling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder wegens – kort gezegd – falend toezicht. Al deze procedures hebben – uiteindelijk – niet geleid tot het door gedupeerden beoogde resultaat. Enkele bekende voorbeelden zijn *Vie d'Or* (HR 13 oktober 2006, «JOR» 2006/295, m.nt. Busch), *Ice Save* (Hof Amsterdam 24 september 2013, «JOR»

2013/314, m.nt. Lieverse) en *DSB Bank* (HR 21 november 2014, «JOR» 2015/11, m.nt. Van Tilborg).

8. In deze zaak gaat het om het toezicht van de AFM op zogenoemde viaticale regelingen (*life settlements*). Dit zijn producten waarbij wordt belegd in levensverzekeringen afgesloten op het leven van mensen met een korte levensverwachting. De gedachte is dat een terminaal zieke of hoogbejaarde persoon nog tijdens zijn leven profijt kan hebben van de levensverzekering door de uitkering tegen een lager gedrag te verkopen.

9. Aanvankelijk werden vraagtekens geplaatst bij de wenselijkheid van een dergelijk product. De Minister van Financiën: *“Net als bij andere producten waarbij vanuit moreel perspectief vragen gesteld kunnen worden, is het aan de consument om te besluiten al of niet van zijn vrijheid tot aankoop gebruik te maken en aan de rechter om de polisvoorwaarden te toetsen.”* (Kamerantwoorden 5 juni 2007, FM 2007-01113 U).

10. De AFM had zich in 2002 op het standpunt gesteld dat dergelijke producten niet onder haar toezicht vielen maar veranderde haar standpunt twee jaar later: *“Omdat viaticale regelingen door de AFM als effecten worden gezien, moeten ondernemingen die deze beleggingsproducten aanbieden een prospectus deponeren bij de AFM en algemeen verkrijgbaar stellen aan het belegend publiek. [...] Met bovenstaand oordeel wijkt de AFM af van een eerder door haar ingenomen standpunt, dat zij in 2002 aan enkele partijen heeft gecommuniceerd.”* (www.afm.nl d.d. 9 maart 2004. Zie meer over viaticale regelingen: P. Zijdenbos ‘Viaticale regelingen in Nederland: overleg met de verzekeraar!’, in *NTFR*, 2004/17 nr. 575.)

11. In Nederland werden viaticale regelingen onder andere aangeboden door Easy Life Investments. De AFM deed op 27 februari 2007 aangifte vanwege verdenking van beleggingsfraude nu slechts een beperkt deel van de ingelegde gelden daadwerkelijk was belegd. Dit resulteerde in veroordelingen van de aan Easy Life verbonden personen tot celstraffen oplopend tot 43 maanden (Rb. Amsterdam 12 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7255/7379 en 7383).

12. De Stichting Gedupeerden Easy Life trok in een tegen de AFM, DNB en de Minister van Justitie geïnitieerde procedure aan het kortste eind. De Rechtbank Amsterdam overwoog onder andere dat AFM en DNB geen bevoegdheden hebben

ten aanzien van het commune delict oplichting en dat zij de bevoegdheden die zij wel hebben, daarvoor niet mogen aanwenden. Ook rustte op de AFM geen plicht tot het doen van een openbare waarschuwing (Rb. Amsterdam 16 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2292).

13. Deze zaak betreft een procedure aangespannen door een individuele belegger tegen de AFM en de Minister van Justitie. Quality Investments BV (hierna: “QI”) zou viaticale regelingen hebben aangeboden onder de namen Closed Life Settlement Fund (CLSF) en Bank Guaranteed Interest Fund (BGIF). CLSF is een zogenoemd fonds voor gemene rekening dat rechthebbende zou zijn op overlijdensrisicoverzekeringen. Het gaat te ver om de wijze waarop dit fonds gestructureerd is hier uiteen te zetten.

14. Op enig moment vermoedt de AFM dat mogelijk de prospectusplicht van art. 5 lid 2 Wft wordt overtreden dan wel de vergunningplicht van art. 2:65 Wft. Op basis van een daartoe ingesteld onderzoek concludeert de AFM onder andere dat niet wordt voldaan aan de verplichting om ingevolge art. 2 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft het belegend publiek te waarschuwen voor het feit dat het fonds niet onder toezicht van de AFM staat. Kortom: het zogenoemde *wild west*-bordje ontbrak.

15. De AFM greep in door aan QI het voornemen kenbaar te maken om een last onder dwangsom op te leggen met als doel dat QI beleggers adequaat zou informeren omtrent de productkenmerken en andere relevante aspecten, waaronder het feit dat QI geen zicht heeft op de geldstromen en geen zeggenschap heeft over de overlijdensrisicoverzekering. QI besluit daarop haar beleggers te informeren middels een participantenbrief, waarna de AFM afziet van het opleggen van de last onder dwangsom. De AFM stuurt het onderzoeksrapport en de participantenbrief overigens in juni 2010 aan de Belgische toezichthouder CBFA.

16. De belegger verwijt de AFM dat deze niet tijdig en adequaat heeft ingegrepen en reeds bij lezing van het prospectus onregelmatigheden had moeten opmerken. Ook zou de AFM eraan hebben meegewerkt dat QI middels de zogenoemde participantenbrief de misleiding niet heeft weggenomen maar zelfs heeft versterkt. Ten slotte zou de AFM zich ten onrechte hebben beperkt tot Nederlandse beleggers die in CLSF investeerden terwijl duidelijk was dat ook Belgi-

sche beleggers die investeerden in BGIF, werden gedupeerd (waaronder de eiser in deze procedure).

17. De rechtbank wijst de vorderingen af op grond van een aantal formele overwegingen maar gaat niettemin in op de geformuleerde verwijten. Ik beperk me tot de verwijten aan de AFM.

De rechtbank overweegt onder andere dat de AFM destijds niet de bevoegdheid had om over te gaan tot een openbare waarschuwing. Ook verwijst de rechtbank naar het mesotheliom-arrest waarin een aan longvlieskanker lijdende persoon de Staat der Nederlanden aansprakelijk stelde wegens het onvoldoende beschermen van zijn gezondheid en meer in het bijzonder omdat sprake was van schending van de observatieplicht en de waarschuwplicht en van zogenoemde regelgevingsfalen en toezichtsfalen (HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987). In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat algemeen toezichtsfalen (het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen) slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid van de toezichthouder kan leiden. Concreet toezichtsfalen kan slechts tot aansprakelijkheid van de toezichthouder leiden indien deze voldoende ernstige en concrete aanwijzingen heeft genegeerd.

18. Het Hof Amsterdam wijst in hoger beroep de vorderingen af. De overwegingen van het hof zijn illustratief voor de maatstaf aan de hand waarvan het optreden van een toezichthouder wordt beoordeeld. Het hof schetst in dit arrest het Europeesrechtelijke regelgevend kader en het Nederlandse wettelijk kader om aan de hand daarvan te komen tot een inhoudelijke beoordeling.

19. Het Europeesrechtelijk kader bestaat uit achtereenvolgens de Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13 EEG van 5 april 1993), de Richtlijn misleidende reclame (2006/114/EG van 12 december 2006), de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG van 11 mei 2005), de eerste MiFID-Richtlijn (2004/39/EG van 21 april 2004) en ten slotte de Verordening samenwerking consumentenbescherming (2006/2004 van 27 oktober 2004). Deze verordening reguleert onder andere de voorwaarden waaronder de bevoegde autoriteiten moeten samenwerken ter handhaving van de relevante wetgeving. Het hof concludeert dat het in beginsel aan lidstaten is om met inachtne-

ming van dit Europeesrechtelijk kader verdere invulling te geven aan de toezichts-, handhavings- en sanctiebevoegdheden van de nationale autoriteiten.

20. Dat brengt het hof bij het nationaal wettelijk kader bestaande uit de Wet op het financieel toezicht ("Wft") maar ook de Wet handhaving consumentenbescherming ("Whc"). De Whc dient mede ter uitvoering van de Verordening samenwerking consumentenbescherming. Vanuit een oogpunt van toezicht en handhaving zijn de Wft en Whc enigszins complementair nu aanbiedingen die niet onder het toepassingsbereik van de Wft vallen, wel onder het bereik van de Whc (kunnen) vallen nu deze wet dient ter handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken die geïmplementeerd is in boek 6 BW (C.W.M. Lieveverse & J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2010).

21. De algemene maatstaf waaraan het optreden van een toezichthouder getoetst dient te worden is of sprake is geweest van "behoorlijk en zorgvuldig toezicht". Het hof hanteert deze algemene maatstaf voor zowel de Wft als de Whc.

22. Het hof stelt voorop dat de stel- en bewijsplicht met betrekking tot tekortschietend toezicht rust op de eisende partij. Het enkel stellen dat sprake is geweest van tekortschieten volstaat niet: feiten en omstandigheden moeten aangevoerd worden waaruit een tekortschietend toezicht blijkt.

De Hoge Raad heeft in voormeld mesotheliom-arrest aangenomen dat op de Staat geen verzwaarde stelplicht rust met betrekking tot het uitgevoerde toezicht.

23. Het hof overweegt vervolgens dat aan een toezichthouder aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt met als gevolg een terughoudende toetsing door de rechter.

Het gaat er daarbij – aldus het hof – niet om of achteraf gezien een andere beslissing beter was geweest maar of de toezichthouder op basis van de op dat moment beschikbare kennis in redelijkheid tot de genomen beslissing had kunnen komen, mede gegeven het aan de orde zijnde risico. Bij de afweging die de toezichthouder op dat moment moet maken, spelen een aantal eisen een rol: de eisen van doelmatigheid, evenredigheid, proportionaliteit en subsidiariteit en de eventuele nadelige gevolgen van de te nemen maatregel voor de onderzochte entiteit. Busch

noemt in zijn annotatie bij het *Vie d'Or*-arrest dat toezicht geen garanties inhoudt maar wel tijdig en adequaat handelen vereist. Dat laatste houdt in – aldus Busch – dat de toezichthouder niet ermee kan volstaan om pas maatregelen te treffen indien sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture van de verzekeraar, maar dat zij tijdig en adequaat die maatregelen treft, die met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van een deconfiture in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van haar kunnen worden gevergd (HR 13 oktober 2006, «JOR» 2006/295, m.nt. Busch).

24. Voor de praktijk is relevant of en onder welke omstandigheden een toezichthouder gehouden is om onderzoek te doen. Een toezichthouder kan immers niet alles of ieder signaal onderzoeken en zal dus prioriteiten moeten stellen. Het hof overweegt dat het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen (“algemeen toezichtsfalen”) slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid kan leiden: *“dat van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht met name sprake kan zijn indien de schade – van hier de [appellante]-Participanten – in een concreet geval voor de toezichthouder – hier de AFM – voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding of inbreuk die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen (concreet toezichtsfalen)”* (HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987).

25. De vraag is dus of die aanwijzingen er in deze zaak waren. Eiser stelt – kort gezegd – dat de AFM in 2007 kennis had genomen van het prospectus en onregelmatigheden had moeten constateren. Het hof volgt dit betoog niet: *“Voor de beoordeling kan slechts bepalend zijn wat de AFM in 2007 als toezichthouder wist of behoorde te weten, wat zij behoorde te onderzoeken en hoe zij de haar ter beschikking staande informatie behoorde te beoordelen, met inachtneming van de haar toekomstige beleids- en beoordelingsvrijheid.”* Nu het onderzoek van de AFM zich richtte op een mogelijke overtreding van art. 5:2 Wft (prospectusplicht) of art. 2:65 Wft (vergunningplicht) en er onvoldoende ernstige en concrete aanwijzingen waren dat sprake was van andere mogelijke overtredingen, behoefde de AFM geen verdergaand onderzoek te doen.

Het hof voegt daaraan toe dat de stellingen van eiser pas kleur krijgen in het licht van de fraude die eerst in 2011 aan het licht kwam.

26. Vervolgens dient zich de vraag aan of de AFM in 2008 behoorlijk en zorgvuldig toezicht heeft gehouden. Weliswaar had AFM toen hernieuwde aandacht voor QI maar deze aandacht werd ingegeven door (i) de ingediende vergunningaanvraag en (ii) het niet voldoen aan het zogenoemde *wild west*-bordje. Naar het oordeel van het hof kon de AFM zich daarom beperken tot het voornemen om een last onder dwangsom op te leggen.

27. Een andere relevante vraag is of een toezichthouder gehouden is om het publiek te waarschuwen. Voorwaarde is wel dat een toezichthouder een daartoe strekkende wettelijke bevoegdheid heeft. Het hof oordeelt dat de bevoegdheid van art. 2:23 Whc slechts ziet op de openbaarmaking van een reeds genomen besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete (en dus niet een voornemen).

28. Ten slotte de vraag of de AFM het Unierecht heeft geschonden. Het hof overweegt dat het de AFM vrijstond om geen procedure te initiëren op de voet van art. 3:305d BW. De in art. 12 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken neergelegde bevoegdheid om de bewijslast om te keren is daarom niet aan de orde (geïmplementeerd in art. 6:193j en art. 6:195 BW).

Eiser stelde namelijk dat de AFM van QI had moeten verlangen om bewijzen aan te dragen voor de juistheid van de door QI aan beleggers verstrekte informatie. Verder overweegt het hof dat de AFM geen gebruik had hoeven maken van de in art. 4 lid 6 van de Verordening samenwerking consumentenbescherming neergelegde bevoegdheid tot openbaarmaking. Deze bevoegdheid ziet immers op het openbaar maken van een reeds verkregen toezegging en/of reeds gegeven beslissing op een ingestelde vordering tot beëindiging of een verbod. De keuze van de AFM om na aanzegging van de last onder dwangsom de geconstateerde inbreuken te laten adresseren middels een aangepaste tekst en een participantenbrief behoort tot de hiervoor bedoelde beleids- en beoordelingsvrijheid van een toezichthouder. Ten aanzien van een eventuele schending door de AFM van art. 7 Verordening samenwerking consumentenbescherming overweegt het hof dat causaliteit ontbreekt nu eerdere toezending van het concept-Whc-rapport aan de Belgische toezichthouder CBFA niet tot een ander op-

treden van de Belgische toezichthouder zou hebben geleid aangezien deze toezichthouder al in 2007 een onderzoek naar QI was gestart. De vorderingen van eiser worden op grond van het voorgaande dus afgewezen.

29. Een paar opmerkingen. De Nederlandse wetgever heeft in 2012 de aansprakelijkheid van de toezichthouder wettelijk beperkt (Wijzigingswet Wft van 7 juni 2012, *Stb.* 2012, 265). Een toezichthouder is slechts aansprakelijk voor gevallen van onbehoorlijke taakuitoefening, opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of grove schuld (MvT, 33 085. Nr. 3 d.d. 1 november 2011 en ook I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005).

30. Busch en Keunen zijn van oordeel dat met de wettelijke beperking van de aansprakelijkheid een hogere drempel is geïntroduceerd dan de voorheen geldende onrechtmatigedaaadnorm (Busch en Keunen, 'Een ruime uitleg van een beperkte aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders', *AA* juni 2018, nr. 513). Zij merken verder op dat het maar de vraag is of de nationale beperking van de wettelijke aansprakelijkheid tot opzet en grove schuld ook van toepassing is indien sprake is van een schending van een Europese toezichts- of handhavingsnorm. Het Hof van Justitie heeft inmiddels in het in 2018 gewezen Kantarev-arrest overwogen dat een nationale bepaling die voor het aannemen van aansprakelijkheid als voorwaarde stelt dat sprake moet zijn van opzet niet is toegestaan voor zover er sprake is van een schending van het Unierecht die resulteert in lidstaataansprakelijkheid (waarbij moet zijn voldaan aan de vereisten dat de geschonden bepaling rechten toekent aan particulieren en er een rechtstreeks causaal verband aanwezig is). Een dergelijke voorwaarde gaat namelijk verder dan de Unierechtelijke voorwaarde van een voldoende gekwalificeerde schending (HvJ 4 oktober 2018 ECLI:EU:C:2018:807). Meijer stelt dat een verdergaande aansprakelijkheidsbeperking mogelijk wel is toegestaan voor zover het Unierecht een aansprakelijkheidsbeperking expliciet toelaat; hij verwijst daarbij naar art. 3 lid 12 Richtlijn 2014/59/EU van 15 mei 2014 (R. Meijer, 'Nationale aansprakelijkheidsbeperking financiële toezichthouders vanuit Unierechtelijk perspectief: een ingekaderde beperking', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2019, 4). Het Kantarev-arrest is in latere uitspraken van het HvJ bestendigd (zie o.a. HvJ 22 december 2022 ECLI:EU:C:2022:1015, HvJ

28 juni 2022 ECLI:EU:C:2022:503 en HvJ 18 januari 2022 ECLI:EU:C:2022:33).

31. Een belangrijke reden om de aansprakelijkheid van de toezichthouder wettelijk te beperken is het zogenoemde toezichthoudersdilemma. Een toezichthouder wordt in de praktijk geconfronteerd met diverse aspecten en diverse – soms tegenstrijdige – belangen.

32. Illustratief is een arrest van de Hoge Raad ten aanzien van de mogelijke aansprakelijkheid van de AFM door het publiek niet te waarschuwen voor de risico's van een achtergesteld spaardepotito bij DSB Bank, welke bank onder verhoogd toezicht stond van DNB: *"Bij dit laatste verdient opmerking dat de toezichthouder voor het 'toezichthoudersdilemma' kan komen te staan, waarbij de belangen van de cliënten enerzijds gediend zijn met maatregelen ter onverkorte naleving van de toepasselijke normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering van de aan toezicht onderworpen in gevaar brengen, hetgeen het belang van de cliënten kan schaden"* en *"Het hof heeft voorts geoordeeld dat het belang van [eiseres] bij het verkrijgen van informatie omtrent de situatie waarin DSB zich bevond ten tijde van het sluiten van de deposito-overeenkomst in juni 2008, heeft meegewogen, maar dat het uiteindelijk het risico van het aldus in gevaar brengen van het voortbestaan van DSB zwaarder heeft laten wegen, aangezien vele anderen ernstig in hun belangen zouden worden getroffen indien dit risico zich zou realiseren. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is in het licht van de, gezien het toezichthoudersdilemma, aangewezen terughoudende toetsing, geenszins onbegrijpelijk* (HR 21 november 2014, «JOR» 2015/11, m.nt. Van Tilborg).

33. Bedacht moet worden dat de toename aan onderzoeksbevoegdheden (waaronder de opkomst van datagedreven toezicht) en de uitbreiding van het handhavingsarsenaal (waaronder de ongebreidelde populariteit van informele maatregelen: zie F.M.A. 't Hart, 'Informeel handhaving', *FR* 2021/6) hogere eisen zullen stellen aan de alertheid en het optreden van een toezichthouder. Succesvol tot op heden of niet, nieuwe procedures omtrent de (mogelijke) aansprakelijkheid van toezichthouders zullen

ongetwijfeld volgen. Tegen dit arrest van het hof is geen cassatie ingesteld.

dr. mr. F.M.A. 't Hart
advocaat te Amsterdam

185

Opzegging van bankrelatie wegens verkoop tabaks- en smartshopproducten

Rechtbank Amsterdam
29 maart 2023, nr. HA ZA 22-315,
ECLI:NL:RBAMS:2023:2009
(mr. Purcell)
Noot mr. B.W. Wijnstekers

Opzegging van bankrelatie. Bank heeft opzegging gebaseerd op niets anders dan categoriale bezwaren over tabakszaken en smartshops. Bank heeft in strijd met zorgplicht geen individuele belangenafweging gemaakt. Opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Verwijzing naar HR 10 oktober 2014, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams (ING/De Keijzer) en HR 5 november 2021, «JOR» 2022/35, m.nt. Van Wingerden (ING/Yin Yang II).

[BW art. 6:248 lid 2]

Het gaat in deze zaak om de vraag of Knab de bankrelatie met eiseres mocht opzeggen. Bij het beantwoorden van die vraag gelden de volgende uitgangspunten. Knab heeft in haar voorwaarden bedongen dat zij de bankrelatie mag opzeggen (art. 35 ABV). Deze mogelijkheid is gebaseerd op het beginsel van de contractsvrijheid. Daarnaast kunnen banken een gerechtvaardigd belang hebben om klanten te weigeren vanwege toezicht-rechtelijke eisen of integriteitsrisico's. Het recht om klanten te weigeren of de klantrelatie te beëindigen is fundamenteel en zwaarwegend, maar is niet onbegrensd. Dat komt onder andere omdat banken vanwege hun maatschappelijke functie een zorgplicht hebben. Op grond daarvan moeten banken bij hun dienstverlening rekening houden met de belangen van derden. Zo mag een bank een klantrelatie niet beëindigen als die opzegging

in een concreet geval onredelijk zou zijn. Zowel consumenten als ondernemingen hebben een zwaarwegend belang om te kunnen beschikken over een betaalrekening, omdat het vrijwel onmogelijk is deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer zonder een betaalrekening. Daarom kan een bank onder bijzondere omstandigheden worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan of aan te houden. Om te bepalen of die verplichting in een concreet geval bestaat, moet het belang van de bank worden onderzocht en afgewogen tegen het belang van de klant. Bij die belangenafweging komt gewicht toe aan de verschillende onderzoeks- en controleverplichtingen van Knab op grond van bijvoorbeeld de Wwft. Eiseres moet op haar beurt voldoen aan haar zorgplicht tegenover Knab. Die zorgplicht houdt in dat zij (na eventuele vragen van Knab) openheid van zaken moet geven, zodat Knab kan voldoen aan haar wettelijke verplichtingen. Een bank kan haar acceptatiebeleid wijzigen of aanscherpen. Een bank die een bestaande relatie opzegt omdat zij geen zaken meer wil doen in een bepaalde sector, zonder enige aandacht voor de concrete omstandigheden rondom de individuele klant, zal evenwel al snel in strijd met haar zorgplicht handelen. Knab heeft haar opzegging gebaseerd op niets anders dan (categoriale) bezwaren over tabakszaken en smartshops. Knab heeft dan ook geen individuele belangenafweging gemaakt, terwijl dat op grond van haar maatschappelijke zorgplicht wel mocht worden verwacht. De rechtbank kan niet vaststellen dat eiseres willens en wetens een verkeerde indruk heeft willen maken bij haar aanvraag bij Knab. Op het moment dat Knab eiseres vroeg meer informatie over haar bedrijfsactiviteiten te geven, heeft zij de vragen naar het oordeel van de rechtbank open en eerlijk beantwoord. In de opstelling van eiseres na het aangaan van de relatie is daarmee ook geen rechtvaardiging te vinden voor de opzegging. Knab heeft daarom onzorgvuldig gehandeld door de bankrelatie met [eiseres] op te zeggen, en die opzegging is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Knab moet de bankrelatie met eiseres voortzetten.

[Eiseres],
advocaat: mr. R.G.M. Michels,
tegen
Aegon Bank NV te Den Haag, tevens handelend onder de naam Knab,