

Het beoordelingskader voor de buitengerechtelijke geschillenbeslechting bij Kifid

*Prof. dr. O.O. Cherednychenko**

Inhoud

1. Inleiding
2. De zorgplichten van financiële instellingen in het publiek- en privaatrecht
 - 2.1 De privaatrechtelijke zorgplichten
 - 2.2 De publiekrechtelijke zorgplichten
 - 2.3 De verhouding tussen publiek- en privaatrechtelijke normen
3. Het beoordelingskader van Kifid
 - 3.1 De huidige benadering van KiFID: toepassing van het privaatrecht met inachtneming van het publiekrecht
 - 3.2 Een blik over de grens: het beoordelingskader van FOS
 - 3.3 De publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets als een zelfstandige toets bij Kifid?
4. Conclusie

* Prof. O.O. (Olha) Cherednychenko is Hoogleraar Europees Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen en Directeur van het Groningen Centre for European Financial Services Law (GCEFSL).

1. Inleiding

Het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) biedt consumenten¹ en ondernemers behorend tot het midden- en kleinbedrijf (MKB)² een loket voor klachten over een financieel product of een financiële dienst van de bank, verzekeraar of andere financiële dienstverlener. Het helpt mensen met dergelijke klachten om hun probleem met de dienstverlener op te lossen door bemiddeling of een uitspraak. Kifid kent een Geschillencommissie en een Commissie van Beroep. De Geschillencommissie doet een uitspraak indien bemiddeling niet slaagt. Bij de Commissie van Beroep kan onder voorwaarden een beroep worden ingesteld tegen een bindende uitspraak van de Geschillencommissie. Uitspraken van de Geschillencommissie zijn bindend als zowel de consument als de financiële dienstverlener daarvoor van tevoren hebben gekozen, hetgeen meestal het geval is. Uitspraken van de Commissie van Beroep zijn steeds bindend. Daarmee beoogt Kifid financiële consumenten en MKB-ondernemers laagdrempelige en deskundige geschillenbeslechting te bieden als alternatief voor de rechter.

Kifid wordt wettelijk gezien te minste iedere vier jaar geëvalueerd.³ In het najaar 2020 heeft minister Hoekstra van Financiën de Evaluatie Kifid over de periode 2016-2020 aan de Tweede kamer aangeboden.⁴ Dit onderzoek, uitgevoerd door onderzoeksbureau SEO Economisch Onderzoek, heeft onder andere gekeken naar de borging van de consumentenbelangen door Kifid.⁵ Uit het SEO-rapport blijkt dat de meerderheid van de consumenten (redelijk) tevreden is over Kifid.⁶ Zowel consumenten als dienstverleners hebben echter ook aandachtspunten voor Kifid over hoe het consumentenbelang kan worden geborgd, met name voor wat de handelwijze van de Geschillencommissie betreft. Enerzijds is er een groep consumenten die slechts in beperkte mate ervaart dat zij wordt gehoord en dat voldoende rekening is gehouden met haar argumenten.⁷ Deze consumenten zijn van mening dat de Geschillencommissie een ‘strikt juridische benadering’ hanteert en daardoor ‘overwegingen van redelijkheid en billijkheid te weinig gewicht geeft in uitspraken’.⁸ Een gevolg hiervan volgens hen is dat ‘consumenten met over het algemeen minder juridische kennis op achterstand staan, en hun klacht afgewezen zien worden op juridische ‘technicalities’’.⁹ Anderzijds geven financiële dienstverleners en advocaten aan dat de uitspraken van de Geschillencommissie soms anders

¹ Zie Reglement voor de behandeling van klachten door de Geschillencommissie Financieel Dienstverlening en de Stichting Klachteninstituut financieel dienstverlening (Kifid) <[Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022](#)> hoofdstuk 1 (hierna: ‘Reglement Geschillencommissie Kifid’).

² MKB-ondernemers of ZZP-ers met klachten over hun financiering kunnen onder voorwaarden ook bij Kifid terecht. Zie Reglement Geschillencommissie Kifid, hoofdstuk 2.

³ Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo), art. 48f onder 7.

⁴ Kamerbrief Evaluatie Kifid 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 29 507, nr. 151.

⁵ J. Hers, W. Rougoor & N. Verheuvél (m.m.v. F. de Vries & K. Broekhuizen), *Evaluatie Kifid: Tot zijn recht komen*, SEO Economisch Onderzoek, oktober 2020 <[rapport-evaluatie-kifid-2020.pdf \(overheid.nl\)](#)> (hierna: ‘SEO-rapport’).

⁶ *Ibid.*, p. 66.

⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁹ *Ibid.*, p. 49.

uitvallen dan verwacht juist omdat ‘niet altijd een zuiver juridische redenering gevolgd zou worden, maar ook overwegingen van redelijkheid en billijkheid meegenomen worden.’¹⁰

Naar aanleiding van deze kritiek op het functioneren van Kifid bevat het SEO-rapport onder meer de volgende aanbeveling:

‘Waar het gaat om de beoordeling van klachten zou het Kifid zijn toets aan het juridisch kader breed moeten opvatten. Daarbij zou overwogen kunnen worden dat het Kifid steevast nagaat of de klagende consument zorgvuldig door de financiële dienstverlener is behandeld (anders gezegd: of de financiële dienstverlener aan de op hem rustende zorgplicht jegens de consument heeft voldaan), ook als de consument die vraag niet expliciet aan zijn klacht ten grondslag heeft gelegd. Het ligt in de rede dat deze zorgvuldigheidstoets plaatsvindt als het desbetreffende dossier een aanwijzing voor een zorgplichtschending bevat. De zorgvuldigheidstoets behoeft derhalve niet te behelzen dat het Kifid eigener beweging en op een actieve wijze onderzoekt, bijvoorbeeld door het opvragen van informatie, of mogelijk sprake is geweest van een zorgplichtschending. Een ruim toetsingskader zoals hier voorgestaan doet recht aan de positie van het Kifid als gespecialiseerd klachteninstituut in de financiële sector. In die sector wordt het belang van een zorgvuldige klantbehandeling door alle relevante stakeholders volmondig onderschreven, onder meer door middel van het adagium ‘klant centraal’ of ‘klantbelang centraal’. In de Wet op het financieel toezicht zijn mede met het oog daarop ook algemene, ‘open’, zorgvuldigheidsnormen opgenomen, welke normen tevens deel uitmaken van het civiele recht. Deze gedragsnormen kunnen de grondslag vormen voor de hier bedoelde zorgvuldigheidstoets. De toepassing van een zorgvuldigheidstoets zoals hier bedoeld kan de door sommige financiële dienstverleners geuite zorg wegnemen dat uitspraken door het Kifid af en toe onverwacht resulteren in een redelijkheids- en billijkheidsoordeel dat niet rechtstreeks lijkt voort te vloeien uit het juridische debat dat partijen ten overstaan van het Kifid hebben gevoerd.’¹¹

Deze aanbeveling uit het SEO-rapport suggereert dat bij het beslechten van geschillen tussen financiële instellingen en consumenten Kifid steeds de zorgvuldigheidstoets aan de hand van de open gedragsnormen uit de Wet financieel toezicht (Wft), zoals de generieke zorgplicht van financiële dienstverleners (art. 4:24a Wft), moet uitvoeren. Naar Nederlands recht zijn financiële instellingen echter niet alleen aan deze publiekrechtelijke open normen gebonden, maar ook aan de privaatrechtelijke open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 en art. 6:248 lid 1 BW), de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW) en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 lid 2 BW). Het Nederlandse recht kent dus een dubbel stelsel van publiek- en privaatrechtelijke zorgplichten voor financiële instellingen. Dit doet fundamentele vragen rijzen over het beoordelingskader voor de buitengerechtelijke geschillenbeslechting bij Kifid en de verhouding tussen de publiek- en privaatrechtelijke zorgplichten van financiële dienstverleners daarbinnen. Is de publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets bij Kifid op te vatten als een zelfstandige toets, en zo ja, wat valt dan onder zijn bereik? Zo nee, moet deze toets worden gezien als onderdeel van de privaatrechtelijke toets of een financiële instelling zich aan de op haar in het verbintenissenrecht rustende zorgplicht heeft gehouden? En, hoe ziet het beoordelingskader er dan uit?

¹⁰ *Ibid*, p. 49.

¹¹ *Ibid*, p. 69.

Deze opinie beoogt antwoorden te geven op deze vragen in het licht van wetgeving, rechtspraak, buitengerechtelijke geschillenbeslechting en literatuur. Daartoe wordt in de eerste plaats stilgestaan bij de ontwikkeling van zorgplichten van financiële instellingen in het Nederlandse publiek- en privaatrecht, alsook de verhouding tussen de publiek- en privaatrechtelijke normen (par. 2). Vervolgens wordt ingezoomd op het beoordelingskader van Kifid (par. 3). In het bijzonder ga ik in op wat het nu is en wat het zou moeten zijn in het licht van de boven genoemde bevindingen van het SEO-onderzoek, het in par. 2 besproken juridische kader en de ervaringen met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting uit het buitenland, te weten het Britse Financial Ombudsman Service (FOS). Dit laatste is in dit verband bijzonder relevant. Niet alleen omdat het een belangrijke rol speelt bij het beslechten van geschillen tussen financiële instellingen enerzijds en consumenten en MKB-ondernemingen anderzijds in het Verenigd Koninkrijk, maar ook omdat, zoals uit het navolgende zal blijken, het toepasselijke toetsingskader van FOS thans behoorlijk verschilt van dit van Kifid. De opinie wordt afgesloten met een conclusie (par. 4).

2. De zorgplichten van financiële instellingen in het publiek- en privaatrecht

2.1 De privaatrechtelijke zorgplichten

De zorgplichten van financiële instellingen vinden hun oorsprong in het privaatrecht. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw zijn financiële instellingen volgens vaste civiele rechtspraak onderworpen aan de ‘bijzondere zorgplicht’.¹² Deze ongeschreven zorgplicht kan worden gezien als de concretisering van de eisen van de redelijkheid en billijkheid, de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW) en de algemene zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 lid 2 BW) in de specifieke (pre)contractuele of buitencontractuele context.¹³ Deze meer algemene privaatrechtelijke normen vormen de grondslag voor de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen.

De bijzondere zorgplicht is door de Hoge Raad in eerste instantie tot ontwikkeling gebracht in relatie tot banken en particulieren.¹⁴ De rol van de bank in de maatschappij brengt met zich dat de bank niet langer te kwalificeren valt als een standaardonderneming. Banken zijn immers de grootste aanbieders van allerhande financiële producten en diensten die essentieel zijn voor het maatschappelijk verkeer. Als gevolg hiervan is de bank een maatschappelijk instituut

¹² Zie bijv. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*); HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (*MeesPierson/Ten Bos*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*); 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191 (*X/ABN Amro*); HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*). Zie nader bijv. O.O. Cherednychenko, ‘De civiele zorgplicht van financiële instellingen’, in: D. Busch, K. Lieverse & J.W. van der Velden (red.), *Leerboek financieel recht*, Ars Aequi 2021, p. 567 (hierna: ‘Cherednychenko (2021)’).

¹³ Vgl. bijv. M.W. Wallinga, ‘De bijzondere zorgplicht: de looper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?’ *WPNR* (2016), p. 606, 608 e.v.

¹⁴ Zie o.a. de eerder vermelde rechtspraak in noot 12.

geworden.¹⁵ Daarbij komt dat de bank als professionele en bij uitstek deskundige financiële dienstverlener een grote voorsprong heeft op haar niet professionele (potentiële) cliënten in kennis en ervaring op het gebied van financiële producten en diensten.¹⁶ Deze factoren tezamen vormen in de civiele jurisprudentie een rechtvaardigingsgrond voor het aannemen van een bijzondere zorgplicht van de bank jegens particulieren. Inmiddels zijn echter ook andere financiële instellingen dan banken gehouden tot de bijzondere zorgplicht.¹⁷ Zo zijn bijvoorbeeld professionele aanbieders van beleggingsdiensten (zoals vermogensbeheer, advies en execution-only)¹⁸ en krediet¹⁹ aan dezelfde bijzondere zorgplicht onderworpen als banken die deze diensten aanbieden. Bovendien geldt de bijzondere zorgplicht ook jegens MKB-ondernemingen.²⁰ Hun kennis en ervaring ten aanzien van ingewikkelde financiële producten, zoals renteswaps, kan immers nauwelijks verschillen van die van particulieren.

Omdat de bijzondere zorgplicht van de financiële instelling berust op haar maatschappelijke positie is de door haar te betrachten zorg niet beperkt tot contractanten, maar geldt ook ten behoeve van derden met wie de financiële instelling geen (pre)contractuele verhouding heeft. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan wederpartijen van haar cliënten of het beleggend publiek. In deze buitencontractuele context manifesteert de bijzondere zorgplicht zich door middel van ongeschreven normen van maatschappelijke betamelijkheid.

De zorg die een financiële instelling op grond van haar bijzondere zorgplicht moet betrachten staat niet op voorhand vast. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoort bijvoorbeeld de vraag of het gaat om (potentiële) cliënten van de financiële instelling dan wel om bepaalde derden.²¹ Als het om (potentiële) cliënten gaat is het relevant of de cliënt een particulier of een ondernemer is omdat van ondernemers over het algemeen meer zelfredzaamheid wordt verwacht.²² Andere relevante omstandigheden bij de invulling van de bijzondere zorgplicht jegens zowel particuliere als niet particuliere (potentiële) cliënten zijn bijvoorbeeld de deskundigheid en ervarenheid van de (potentiële) cliënt, de complexiteit van het financiële product en de risico's die daaraan zijn verbonden, de aard van de overeenkomst, het toepasselijke financieel toezichtrecht (waarover meer in par. 2.3) en zelfregulering door de financiële sector (zoals

¹⁵ Vgl. bijv. S.B. Van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Kluwer 2006, p. 119 (hierna: 'Van Baalen (2006)'); T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Kluwer 2007, p. 195 (hierna: 'Tjong Tjin Tai (2007)').

¹⁶ Vgl. bijv. Van Baalen (2006), p. 120; Tjong Tjin Tai (2007), p. 195; E.H. Hondius, 'De aansprakelijkheid jegens particuliere cliënten', in: R.J.P.L. Tjittes & M.A. Blom (red.), *Bank & Aansprakelijkheid*, Kluwer 1996, p. 57.

¹⁷ Zie nader bijv. D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', in: D. Busch et al. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector*, Wolters Kluwer 2020, p. 17.

¹⁸ Zie bijv. Du Perron in zijn noot bij HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/103, *in fine*; D. Busch, *Vermogensbeheer* (Mon BW nr. B-8), Kluwer 2014, p. 126.

¹⁹ Zie expliciet HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2.

²⁰ Zie bijv. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Boomkamp/ABN AMRO*), r.o. 3.5.5; HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 (*Immobilie/Promontoria*), r.o. 2.9.2.

²¹ Vgl. bijv. de conclusie van A-G Wissink d.d. 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1975, nr. 5.3.

²² Zie bijv. HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 (*Immobilie/Promontoria*), r.o. 2.9.2. Vgl. de conclusie van A-G Wissink d.d. 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1057, nr. 3.8.

bijvoorbeeld de door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) opgestelde Gedragscode Consumptief Krediet).²³

Binnen de specifieke context van elke afzonderlijke rechtsverhouding kunnen op een financiële instelling op grond van de bijzondere zorgplicht bepaalde concrete zorgverplichtingen rusten. Denk daarbij aan onderzoeksplichten, informatie- en waarschuwingsplichten, adviesplichten en zelfs weigeringsplichten. Tot welke zorg de financiële instelling is gehouden wordt bepaald door de omstandigheden van het concrete geval. Zo worden de weigeringsplichten, die de meest vergaande beperkingen van de contractsvrijheid meebrengen, slechts in uitzonderingsgevallen aangenomen. Het gaat daarbij veelal om de gevallen waarin de particuliere cliënten van de bank zeer risicovolle financiële producten, zoals opties, hebben aangeschaft en de bank volgens de financiële toezichtregelgeving geen contract met deze cliënten mocht sluiten.²⁴

Dat bij de invulling van de bijzondere zorgplicht de omstandigheden van het geval leidend zijn is de hoofdregel, maar er zijn uitzonderingen. Zo heeft de Hoge Raad met opzet geabstraheerd van de omstandigheden van het geval in de beruchte effectenleasezaken.²⁵ Gezien het feit dat het hier om massaschade ging, kregen deze zaken mede het karakter van ‘proefprocedures’. Daarmee werd beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen en aldus zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden voor de verdere afwikkeling.

De bijzondere zorgplicht wordt gehandhaafd door middel van geschillen die aanhangig worden gemaakt door individuele benadeelden dan wel door middel van een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW. Wil de benadeelde in geval van schending van deze zorgplicht een privaatrechtelijke remedie zoals schadevergoeding of ontbinding van een overeenkomst inroepen, dan dient hij zijn vordering in te bedden in het leerstuk van wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW). De handhaving geschiedt dus achteraf (*ex post*) via het verbintenissenrecht dat naar geldend recht vooral gericht is op het wegnemen van de negatieve gevolgen van de schending van zijn normen. De privaatrechtelijke remedies zijn dan ook voornamelijk reparatoir en restitutoir. Alleen binnen de systematiek van het verbintenissenrecht kan de benadeelde partij alsnog de gevolgen van de schending van de zorgplicht corrigeren en zijn schade geheel of gedeeltelijk vergoed krijgen.

2.2 De publiekrechtelijke zorgplichten

Waar zorgplichten van financiële instellingen van oudsher tot het privaatrecht behoorden, zijn ze tegenwoordig ook vervat in regels met een publiekrechtelijk karakter. Ze zijn te vinden in de financiële toezichtwetgeving, namelijk de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) dat een uitwerking is van de Wft, de Nadere

²³ Zie bijv. de conclusie van A-G Wissink d.d. 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1057, nr. 3.8.

²⁴ Zie bijv. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*).

²⁵ Zie o.a. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*).

regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (NRgfo), dat weer een uitwerking is van de BGfo, en de richtlijnen van de AFM. Zo bevat de Wft een afdeling 4.2.3 getiteld ‘Zorgvuldige dienstverlening’ die nader geconcretiseerd is in het BGfo. Hier vindt men de publiekrechtelijke pendanten van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen in het privaatrecht, zoals de generieke zorgplicht van financiële dienstverleners (art. 4:24a Wft), de zorgplicht van beheerders van instellingen voor collectieve beleggingen in effecten (icbe’s)) (art. 4:59b lid 1) en de zorgplicht van beleggingsondernemingen (art. 4:90 lid 1 Wft). Naast deze open normen, bevat de Wft ook meer specifieke gedragsregels voor financiële instellingen bij het verlenen van financiële diensten, zoals vele onderzoeks-²⁶ en informatieplichten.²⁷ Dergelijke publiekrechtelijke normen beogen niet alleen het adequate functioneren van de financiële markten te bewerkstelligen, maar strekken mede tot bescherming van niet-professionele afnemers van financiële producten en diensten.²⁸

Deze ‘publicesering’ van zorgplichten ging gepaard met de opkomst van overheidstoezicht en publiekrechtelijke rechtshandhaving in het privaatrechtelijke domein in de jaren negentig van de vorige eeuw.²⁹ De gedachte dat de privaatrechtelijke handhaving van gedragsnormen tekortschiet bij de bescherming van de consument in de financiële sector, heeft ertoe geleid dat de wetgever zijn heil heeft gezocht in bestuursrechtelijke sanctie-instrumenten zoals een aanwijzing, een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom.³⁰ De gedragstoezichthouder AFM werd de bevoegdheid gegeven om in concrete gevallen bestuursrechtelijke sancties op te leggen bij overtreding van de normen die van oudsher de privaatrechtelijke verhouding tussen financiële instellingen en hun (potentiële) cliënten normeren en tot het privaatrecht behoren. In sommige gevallen was deze oplossing tevens de enige manier om aan de Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen.³¹ Dat is bijvoorbeeld het geval met de Markets in Financial Instruments Directive II (MiFID II).³² Immers, deze richtlijn verplicht de lidstaten er zorg voor te dragen dat op gedragsregels voor beleggingsondernemingen overheidstoezicht wordt uitgeoefend en dat deze langs de bestuursrechtelijke weg worden gehandhaafd.³³

Om de bestuursrechtelijke handhaving van in wezen privaatrechtelijke normen mogelijk te maken worden ze eerst omgezet in bestuursrechtelijke voorschriften, om vervolgens een bestuursrechtelijke sanctie op overtreding daarvan te zetten. De bestuursrechtelijke

²⁶ Zie bijv. art. 4:23 Wft.

²⁷ Zie bijv. art. 4:20 Wft.

²⁸ Zie verder bijv. O.O. Cherednychenko & M.W. Wallinga, ‘Europese consumentenbescherming op financiële markten’, in: E.H. Hondius en V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht: Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Uitgeverij Paris 2020, p. 363.

²⁹ Zie meer uitgebreid hierover O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publiek recht: Over de opmars van het financiële ‘toezichtprivaatrecht’ en haar betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RM Themis* (2012), p. 223; O.O. Cherednychenko, ‘Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?’ (2014), p. 37.

³⁰ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

³¹ Over deze problematiek in de context van het Europees financieel recht, zie bijv. O.O. Cherednychenko, ‘Financial Regulation and Civil Liability in European Law: Towards a More Coordinated Approach?’, in: O.O. Cherednychenko & M. Andenas (eds), *Financial Regulation and Civil Liability in European Law*, Edward Elgar 2020, p. 2.

³² Richtlijn 2014/65/EU (MiFID II).

³³ MiFID II, art. 67 e.v.

normstelling, al dan niet op grond van open bestuursrechtelijke normen zoals de zorgplicht van beleggingsondernemingen (art. 4:90 lid 1 Wft), vindt met het oog op het legaliteitsbeginsel grotendeels vooraf (*ex ante*) plaats. Open bestuursrechtelijke normen worden doorgaans nader geconcretiseerd in de vorm van meer specifieke wettelijke gedragsregels en richtlijnen van Europese en nationale financiële toezichthouders. Anders dan de privaatrechtelijke normstelling, is deze publiekrechtelijke normstelling op de grootste gemene deler toegesneden en is niet gericht op individuele gevallen.

Een uitgesproken voorbeeld van de ‘vertaling’ van open privaatrechtelijke normen in bestuursrechtelijke voorschriften is de generieke zorgplicht van financiële dienstverleners,³⁴ die vooral ten grondslag lijkt te liggen aan de in het SEO-rapport voorgestelde zorgvuldigheidstoets. Volgens het eerste lid van artikel 4:24a Wft dient een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument in acht te nemen. Deze zorgplicht wordt in het tweede lid van deze bepaling nader uitgewerkt voor adviseren. Indien een financiële dienstverlener adviseert, dient hij in het belang van de consument te handelen. Bij advies rust op de financiële dienstverlener dus een zwaardere verantwoordelijkheid dan bij andere vormen van financiële dienstverlening; zijn advies moet het belang van de consument behartigen omdat de dienstverlener juist daarvoor door de consument wordt ingeschakeld.³⁵

Door deze generieke zorgplicht in de Wft op te nemen beoogde de wetgever als uitgangspunt in deze wet te verankeren dat te allen tijde op zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de cliënt die een consument is. De ratio daarvan is drieledig.³⁶ Ten eerste kan volgens de wetgever op deze wijze worden gewaarborgd dat de financiële dienstverlener altijd nagaat of zijn handelen of nalaten geen afbreuk doet aan de ‘gerechtvaardigde belangen’ van de consument; dat zijn ‘de belangen die al dan niet rechtstreeks door de financiële dienstverlening worden geraakt en wier behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener kan worden verwacht’.³⁷ De wetgever acht het wenselijk en noodzakelijk dat de financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze omgaat met dergelijke belangen van de consument, gelet op de informatiescheefheid tussen beiden. Ten tweede hoopt de wetgever dat explicitering van dat uitgangspunt in de Wft zal bijdragen aan de gewenste cultuuromslag in de financiële sector. Ten derde kan een wettelijk vastgelegde generieke zorgplicht volgens de wetgever als vangnet dienen achter de bestaande specifieke normen in de financiële toezichtwetgeving die de consument beogen te beschermen. Daarmee kan de AFM tijdig optreden bij misstanden op de financiële markten indien deze specifieke regels ontbreken.

³⁴ Ingevolge de definitie van ‘financiële dienstverlener’ in art. 1:1 Wft geldt deze zorgplicht voor de volgende diensten: het aanbieden of adviseren over een ander financieel product dan een financieel instrument of het bemiddelen of optreden als (onder)gevolmachtigd agent. Daarmee is art. 4:24a Wft dus niet van toepassing op het verlenen van beleggingsdiensten, nu deze diensten specifiek zien op financiële instrumenten. Voor dergelijke diensten geldt reeds een soortgelijke algemene zorgplicht op grond van art. 4:90 lid 1 Wft.

³⁵ MvT Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 3, p. 79.

³⁶ *Ibid*, pp. 27-28.

³⁷ *Ibid*, p. 27.

Het vangnetkarakter van de generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft houdt in dat deze norm geen derogerende werking heeft ten opzicht van bestaande specifieke voorschriften.³⁸ De AFM kan alleen een beroep doen op de generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft wanneer specifieke voorschriften ontbreken. Sterker nog, uit het doel en het karakter van deze open norm vloeit voort dat terughoudendheid geboden is bij haar toepassing. Dat betekent dat de AFM slechts in geëigende gevallen handhavend kan optreden, namelijk ‘in situaties waarin sprake is van evidente misstanden die schadelijke gevolgen (kunnen) hebben voor de consument’.³⁹

Gezien haar vangnetkarakter kan bij schending van de generieke zorgplicht een last onder dwangsom of een boete slechts worden opgelegd als de AFM een bindende aanwijzing heeft gegeven omtrent de naleving van lid 1 of 2 van art. 4:24a Wft en deze aanwijzing niet is opgevolgd.⁴⁰ Daarmee werd dus bij wijze van uitzondering op de hoofdregel dat de bestuursrechtelijke normstelling *ex ante* geschiedt, een expliciete wettelijke mogelijkheid gecreëerd voor de *ex post* normstelling door de AFM in concrete gevallen.⁴¹ De aanwijzing als primair bestuursrechtelijk handhavingsmiddel kan zo een rol vervullen bij de concretisering van de generieke zorgplicht, net als een verklaring voor recht in de civiele procedure. Daarbij wordt een financiële dienstverlener eerst in staat gesteld om af te zien van schadelijk gedrag, alvorens de AFM een last onder dwangsom of een boete kan opleggen. Anders dan in het privaatrecht wordt de door de AFM voorgeschreven gedragslijn echter gericht op het voorkomen van schadelijk gedrag in de toekomst en dus niet op het wegnemen van de negatieve gevolgen van de schending van de generieke zorgplicht in het verleden.⁴²

2.3 De verhouding tussen publiek- en privaatrechtelijke normen

De vertaling van de privaatrechtelijke zorgplichten in de financieel toezichtrechtelijke normen heeft ertoe geleid dat er een dubbel – publiek- en privaatrechtelijk – normenstelsel van zorgplichten is ontstaan waarmee financiële instellingen rekening moeten houden. Bij de verankering van de generieke zorgplicht in art. 4:24a Wft heeft de Nederlandse wetgever zelfs expliciet aangegeven dat deze publiekrechtelijke zorgplicht de aansprakelijkheid bij schending van de privaatrechtelijke zorgplicht onverlet laat.⁴³ De vraag die in dat verband opkomt is hoe deze twee normenstelsels zich tot elkaar verhouden.

Deze problematiek kent twee belangrijke facetten: enerzijds, de invloed van de privaatrechtelijke zorgplichten op de publiekrechtelijke zorgplichten, en, anderzijds, de invloed van de publiekrechtelijke zorgplichten op de privaatrechtelijke zorgplichten. Voor wat betreft het eerste aspect is het opmerkelijk dat bij de invoering van de generieke zorgplicht van financiële instellingen uit hoofde van art. 4:24a Wft expliciet aansluiting werd gezocht bij de

³⁸ *Ibid*, p. 29.

³⁹ *Ibid*, p. 29.

⁴⁰ *Ibid*, p. 29.

⁴¹ Tot op heden is echter nog niet formeel gehandhaafd op grond van art. 4:24a Wft. Dat wil zeggen: de toezichthouder heeft nog geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een aanwijzing te geven aan een financiële dienstverlener bij een evidente misstand. De generieke zorgplicht uit hoofde van deze bepaling speelt mogelijk wel een rol bij informele handhaving door de AFM.

⁴² MvT Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 3, p. 29.

⁴³ *Ibid*, p. 28.

bijzondere zorgplicht van financiële instellingen in het privaatrecht. Zo is in de memorie van toelichting bij het betreffende wetsvoorstel aangegeven dat de generieke zorgplicht ‘in beginsel geen verdere reikwijdte beoogt te introduceren dan hetgeen geldt ingevolge de civielrechtelijke zorgplicht’.⁴⁴ Dat houdt mijns inziens in dat de AFM bij de concretisering van de open norm van art. 4:24a Wft voor zover mogelijk rekening dient te houden met de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin invulling wordt gegeven aan de privaatrechtelijke zorgplicht.⁴⁵ Zo moet de AFM terughoudend zijn met de concretisering van art. 4:24a Wft door verder reikende verplichtingen aan te nemen dan die in het privaatrecht zijn aangenomen met het oog op de bescherming van de consument. Maar het is ook denkbaar dat de uitspraak van de civiele rechter, waarin schending van de bijzondere zorgplicht is vastgesteld, aanleiding kan zijn voor de AFM om in soortgelijke gevallen handhavend op te treden; een specifieke gedragsregel die door de civiele rechter uit de bijzondere zorgplicht in het concrete geval is afgeleid, kan dan ook inwerken op de inhoud van de aanwijzing van de AFM waarmee de schending van de generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft wordt gesanctioneerd.

Het omgekeerde is echter ook het geval. Omdat de publiekrechtelijke zorgplichten mede strekken tot bescherming van de belangen van financiële consumenten, werken ze door in het Nederlandse privaatrecht.⁴⁶ Gedetailleerde toezichtrechtelijke gedragsregels, zoals onderzoeksplichten, informatieplichten en weigeringsplichten die de publiekrechtelijke zorgplichten van financiële instellingen concretiseren, spelen een belangrijke rol bij de invulling van de privaatrechtelijke zorgplicht van deze instellingen. Zo zijn deze gedragsregels in toenemende mate van betekenis bij het bepalen van de reikwijdte en inhoud van de specifieke, uit de bijzondere zorgplicht voortvloeiende, zorgverplichtingen, zoals de weigeringsplicht van de bank bij de optiehandel.⁴⁷ De doorwerking van het financieel toezichtrecht in het privaatrecht zorgt ervoor dat publiek- en privaatrechtelijke verplichtingen van financiële instellingen niet helemaal uit elkaar groeien. Maar een financiële instelling die de toezichtrechtelijke gedragsregels in acht heeft genomen, mag er niet van uitgaan dat zij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor schending van haar bijzondere zorgplicht in het privaatrecht. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de bijzondere zorgplicht in de omstandigheden van het geval *verdergaande* verplichtingen op kan leggen aan financiële instellingen dan de plichten die blijken uit de financiële toezichtregelgeving.⁴⁸ Immers, de

⁴⁴ *Ibid*, p. 26.

⁴⁵ Zie nader O.O. Cherednychenko, ‘Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: Op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?’, *WPNR* (2013), p. 1122.

⁴⁶ Zie nader bijv. Cherednychenko (2021), p. 572 e.v. Over de verhouding tussen publiekrechtelijke normen van Europeesrechtelijke origine en het nationaal privaatrecht in het algemeen zie O.O. Cherednychenko, ‘De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht’, *RM Themis* (2022), p. 142 (hierna: ‘Cherednychenko (2022)’); O.O. Cherednychenko, ‘Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law’, (2021) *Modern Law Review*, p. 1294.

⁴⁷ Zie bijv. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*), r.o. 3.6.4. De privaatrechtelijke weigeringsplicht bij de optiehandel kent zijn bestuursrechtelijke pendant in art. 86 lid 1 Bgfo Wft.

⁴⁸ Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*), r.o. 4.10.3; HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.5; HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (*Hypinvest/X c.s.*), r.o. 3.4.2; HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale Nederlanden*), r.o. 3.1-3.8.

privaatrechtelijke zorgplicht wordt niet bepaald maar alleen beïnvloed door de publiekrechtelijke gedragsnormen.

Hieruit volgt dat bij het beslechten van geschillen tussen financiële instellingen en consumenten of MKB-ondernemers naar Nederlands recht de in het SEO-rapport bedoelde publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets onderdeel vormt van de privaatrechtelijke toets of een financiële instelling zich aan haar bijzondere zorgplicht jegens een niet-professionele client of een derde heeft gehouden. In het kader van de privaatrechtelijke verhoudingen is de publiekrechtelijke toets aan de hand van de open normen uit de financiële toezichtwetgeving dus niet op te vatten als een zelfstandige toets. Voor wat betreft de generieke zorgplicht van financiële dienstverleners van art. 4:24a Wft geldt dit uitgangspunt ook binnen het financieel toezichtrecht. Deze open publiekrechtelijke norm heeft immers in beginsel geen verdere reikwijdte dan haar privaatrechtelijke pendant. In het navolgende wordt stilgestaan bij de vraag of deze benadering ook wordt gevolgd en zou moeten worden gevolgd door Kifid bij buitengerechtelijke geschillenbeslechting.

3. Het beoordelingskader van Kifid

3.1 De huidige benadering van KiFID: toepassing van het privaatrecht met inachtneming van het publiekrecht

Volgens de reglementen van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep van Kifid worden klachten van consumenten en MKB-ondernemers beoordeeld naar Nederlands recht.⁴⁹ Daarbij wordt ook rekening gehouden met gedragscodes en andere vormen van zelfregulering door de financiële sector voor zover ze naar Nederlands recht doorwerken in de verhouding tussen een financiële dienstverlener en een consument.⁵⁰ In de praktijk houdt dat in dat bij het beslechten van geschillen tussen deze private partijen Kifid doorgaans aansluiting zoekt bij het Burgerlijk Wetboek en civiele rechtspraak, meer in het bijzonder de jurisprudentie van de Hoge Raad. Deze laatste wordt door Kifid ook gevolgd voor wat betreft de hiervoor besproken verhouding tussen de publiek- en privaatrechtelijke zorgplichten van financiële instellingen. Net zoals civiele rechters, nemen de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep de relevante financieel toezichtrechtelijke regelgeving en zelfregulering in acht bij het beoordelen of de financiële instelling in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht in het privaatrecht. De publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets maakt daarmee deel uit van de privaatrechtelijke toets of een financiële instelling zich aan haar bijzondere zorgplicht ten opzichte van een consument of een MKB-ondernemer heeft gehouden.

De beoordeling van klachten van consumenten over overkreditering is illustratief voor deze benadering. In de uitspraak van de Geschillencommissie van 27 oktober 2020 bijvoorbeeld ging het om de vraag of de bank in strijd met het geldende recht de consument een consumptief

⁴⁹ Reglement Geschillencommissie Kifid, nr. 15; Reglement voor de behandeling van beroepen door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening van de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) <[Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022](#)>, (hierna: ‘Reglement Commissie van Beroep Kifid’), nr. 33 (2).

⁵⁰ Reglement Geschillencommissie Kifid, nr. 15; Reglement Commissie van Beroep Kifid’), nr. 33 (2).

krediet heeft verstrekt waarvan deze gezien zijn financiële situatie de lasten niet kon dragen, oftewel de consument heeft overgekrediteerd.⁵¹ De commissie beschrijft het relevante juridische kader voor de beantwoording van deze vraag als volgt:

‘... [A]lgemeen wordt aangenomen dat op banken een zorgplicht rust die meebrengt dat zij dienen te waken tegen overkreditering. De omvang van deze verplichting hangt af van de verleende financiële dienst en de omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van de vraag of de Bank haar zorgplicht jegens Consument heeft geschonden kan mede van belang zijn of de Bank zich heeft gehouden aan geldende regelgeving met betrekking tot overkreditering.’⁵²

Alhoewel de Geschillencommissie niet expliciet verwijst naar de door de Hoge Raad in de zaak *SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P* aangenomen bijzondere zorgplicht van de bank bij kredietverlening,⁵³ vormt deze open privaatrechtelijke norm impliciet het vertrekpunt voor de beoordeling van de klacht van de consument in de omstandigheden van het geval. Vervolgens toetst de commissie of de bank heeft voldaan aan de relevante toezichtregelgeving, te weten, de verplichtingen van de bank als geldverstrekker om overkreditering te voorkomen op grond van art. 4:34 Wft, zoals nader uitgewerkt in het BGfo en de Gedragscode Consumptief Krediet, en concludeert dat de bank niet tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens de consument.⁵⁴

In de uitspraak van de Geschillencommissie van 24 maart 2021 inzake overkreditering bij hypotheekverstrekking wordt zelfs expliciet aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁵⁵ Alvorens de klacht van de consument inhoudelijk te beoordelen, vat de commissie de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten als volgt samen onder verwijzing naar de bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad in *SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*:

‘a) de maatschappelijke functie van een bank brengt een bijzondere zorgplicht mee; b) de reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval; c) de civielrechtelijke zorgplicht kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd en d) een kredietverlenende bank is als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen.’⁵⁶

Om vast te kunnen stellen of de professionele kredietverstrekker in het onderhavige geval aan zijn bijzondere zorgplicht ten opzichte van de consument heeft voldaan, beoordeelt de commissie vervolgens of hij de op hem uit hoofde van art. 4:34 Wft en de Gedragscode Hypothecaire Financieringen rustende verplichtingen heeft nageleefd. Naar haar oordeel heeft de kredietverstrekker zijn onderzoeksplicht uit art. 4:34 lid 1 Wft geschonden, aangezien hij *zelf* niet informatie heeft ingewonnen over de financiële positie van de consument, maar is

⁵¹ Uitspraak Geschillencommissie 27 oktober 2020, nr. 2020-881.

⁵² *Ibid*, para. 4.2.

⁵³ HR 16 juni 2017, ECLI: NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*).

⁵⁴ Uitspraak Geschillencommissie 27 oktober 2020, nr. 2020-881, paras 4.4. en 4.5.

⁵⁵ Uitspraak Geschillencommissie 24 maart 2021, nr. 2021-0269.

⁵⁶ *Ibid*, para. 3.8.

afgegaan op de door de consument en zijn financiële adviseur ondertekende inkomensverklaring. Daarbij laat de commissie zich wederom leiden door de rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens het arrest van deze laatste in *Hypinvest/X c.s.* mag een kredietverstrekker immers niet zonder meer afgaan op de door de tussenpersoon aan hem verschaft inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument, omdat hij zelf ervoor verantwoordelijk blijft te waken tegen overkreditering en daartoe zo nodig zelf nadere inlichtingen moet inwinnen of gegevens moet verifiëren.⁵⁷ Door zijn onderzoeksplicht uit art 4:24 lid 1 Wft niet na te leven, is de kredietverstrekker tekort geschoten in zijn bijzondere zorgplicht in het privaatrecht, aldus de commissie.⁵⁸

Met deze uitspraak neemt de Geschillencommissie tevens afstand van haar eerder oordeel waarin ze – anders dan de Hoge Raad in *Hypinvest/X c.s.* – vond dat de bank die een hypotheek aan de consument heeft verstrekt, wel mocht afgaan op de door de financiële adviseur aan haar verstrekte informatie over het inkomen van deze consument.⁵⁹ Dit oordeel, dat werd gegeven vóór de genoemde uitspraak van de Hoge Raad, laat zien dat enige discrepantie tussen de uitspraken van Kifid en die van de civiele rechter onvermijdelijk is. Dat geldt met name voor de kwesties waarover de hoogste rechter zich nog niet heeft uitgesproken. Overigens is deze situatie niet uniek voor Kifid. Het komt immers regelmatig voor dat ook de feitenrechters niet op één lijn zitten over dergelijke kwesties. Een recent voorbeeld hiervan is de onenigheid in de lagere rechtspraak over de verhouding tussen de publiek- en privaatrechtelijke informatieplichten van levensverzekeraars die heeft geleid tot de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.⁶⁰

3.2 Een blik over de grens: het beoordelingskader van FOS

In het Verenigd Koninkrijk kunnen consumenten en MKB-ondernemers met een klacht over een financieel product of een financiële dienst terecht bij FOS.⁶¹ Net zoals Kifid, beoogt FOS hen laagdrempelige en deskundige geschillenbeslechting te bieden als alternatief voor de rechter. Anders dan Kifid beslecht FOS de geschillen tussen financiële instellingen en consumenten of MKB-ondernemingen echter niet naar geldend recht, maar ‘by reference to

⁵⁷ Hoge Raad 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (*Hypinvest/X c.s.*), r.o. 3.4.2.

⁵⁸ Uitspraak Geschillencommissie 24 maart 2021, nr. 2021-0269, paras 3.12 en 3.16. De Geschillencommissie is evenwel van oordeel dat hoewel de bijzondere zorgplicht werd geschonden, er in dit geval geen sprake was van overkreditering. Daarbij verwijst ze naar de uitspraak van de Hoge Raad in *SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P* (HR 16 juni 2017, ECLI: NL:HR:2017:1107, r.o. 4.4.2) waarin werd geoordeeld dat de onderzoeksplicht van de kredietverstrekker geen zelfstandige verplichting is, maar een middel om eventuele overkreditering te kunnen vast te stellen.

⁵⁹ Uitspraak Geschillencommissie 3 september 2018, nr. 2018-564, para. 4.6.

⁶⁰ HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale Nederlanden*). Zie hierover Cherednychenko (2022), p. 142.

⁶¹ Voor het wettelijke kader waarbinnen FOS opereert zie Financial Services and Markets Act (FSMA) 2000, paras 225-234B en Financial Conduct Authority (FCA) Handbook, Dispute Resolution: Complaints (DISP) <[DISP.pdf \(fca.org.uk\)](#)>, paras 3.1-3.9.

*what is, in the opinion of the ombudsman, fair and reasonable in all the circumstances of the case.*⁶²

Volgens Justice Burnton: *‘The words “in the opinion of the ombudsman” themselves make it clear that he may be subjective in arriving at his opinion of what is fair and reasonable in all the circumstances of the case’.*⁶³ Bij de vaststelling van wat ‘fair and reasonable’, oftewel billijk en redelijk, is in de omstandigheden van het geval wordt FOS wel geacht *‘[to] take into account (1) relevant: (a) law and regulations; (b) regulators’ rules, guidance and standards; (c) codes of practice; and (2) (where appropriate) what he considers to have been good industry practice at the relevant time.’*⁶⁴ FOS is *‘free to depart from the relevant law, but if he does so he should say so in his decision and explain why [he departed from it].’*⁶⁵ De uitspraak van FOS kan worden vernietigd *‘only if the Ombudsman has committed such errors of reasoning as to deprive his decision of logic’.*⁶⁶

Daarmee wordt duidelijk dat FOS een grote beoordelingsvrijheid heeft om te bepalen in hoeverre het geldende recht – waaronder het common law en het financieel toezichtrecht – relevant is bij het oplossen van een concreet geschil. In de praktijk wordt het toetsingskader van FOS vooral ingegeven door de financiële toezichtregelgeving, meer in het bijzonder de *Financial Services and Markets Act (FSMA)* (2000), de *Consumer Credit Act* (1974) en het *Conduct of Business Sourcebook (COBS)* van de Britse *Financial Conduct Authority (FCA)*, alsook de gedragscodes en andere vormen van zelfregulering door de financiële sector. De common law-regels daarentegen spelen een bescheiden rol binnen het beoordelingskader van FOS. Dit patroon manifesteert zich niet alleen in individuele uitspraken,⁶⁷ maar ook in de algemene toelichting van FOS bij zijn benaderingswijze voor het beslechten van bepaalde typen geschillen.⁶⁸

Illustratief in dit verband is het beoordelingskader van FOS bij het behandelen van de klachten van consumenten en MKB-ondernemers over de geschiktheid van de gedane beleggingen voor hun behoeften. Zo moest FOS oordelen over de klacht van W Family, een MKB-onderneming, over de door Bank E aan haar verkochte renteswaps ter bescherming tegen rentestijgingen bij haar lening met een variabele rente bij dezelfde bank.⁶⁹ Volgens de uitspraak van FOS, die

⁶² FSMA 2000, para. 228 lid 2.

⁶³ *R (IFG Financial Services Ltd) v FOS* [2005] EWHC 1153 [13].

⁶⁴ DISP, para. 3.6.4.

⁶⁵ *R (Heather Moor & Hedgecomb Ltd) v FOS* [2008] EWCA Civ 642 [49].

⁶⁶ *R (Norwich and Peterborough Building Society Ltd) v Financial Ombudsman Service Ltd (Formerly Building Society Ombudsman Ltd)* [2002] EWHC 2379 (Admin) [78].

⁶⁷ Zie bijv. FOS 5 July 2013, DRN-7432617 <[FINAL DECISION \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/decisions/7432617)>; FOS 23 August 2018, DRN-1923324 <[payday decision lender B \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/decisions/1923324)>; FOS 24 February 2022, DRN-3266264 <[https://www.financial-ombudsman.org.uk/decision/DRN-3266264.pdf](https://www.financial-ombudsman.org.uk/decisions/3266264)>.

⁶⁸ Zie bijv. FOS, *Assessing the Suitability of Investments* <[Assessing the suitability of investments \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/assessing-the-suitability-of-investments)> (Last updated: 26 January 2021); FOS, *Unaffordable Lending* <[Unaffordable lending \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/unaffordable-lending)> (Last updated: 22 June 2022).

⁶⁹ FOS 5 July 2013, DRN-7432617 <[FINAL DECISION \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/decisions/7432617)>.

onder ‘Key Decisions’ op zijn website staat genoemd,⁷⁰ dienden in deze zaak de volgende twee vragen te worden beantwoord:

‘[W]hether Bank E gave the W Family advice about the interest rate swap (and if so whether the Bank took adequate steps to ensure that the advice was suitable); and if Bank E did not give advice, whether it gave the W Family information that was clear, fair and not misleading in order to put them into a position where they could make an informed choice about the swap.’⁷¹

Bij de formulering van deze vragen liet FOS zich voornamelijk leiden door de ten tijde van de transactie geldende *Principles and Conduct of Business* (COB) rules opgesteld door de *Financial Services Authority* (FSA), de voorganger van de huidige COBS FCA, gelet op de EU MiFID I-richtlijn,⁷² de voorganger van MiFID II. Daaruit volgt dat de door de bank aan de client verstrekte informatie duidelijk, correct en niet misleidend moet zijn; dat voordat de bank een beleggingsadvies aan een client verleent, ze de nodige informatie moet inwinnen over zijn of haar persoonlijke en financiële situatie en op basis van deze informatie ervoor zorgen dat het beleggingsadvies geschikt is voor de client; en dat de bank geen beleggingsadvies mag verstrekken zonder zich ervan te vergewissen dat de client de risico’s van de aanbevolen transactie begrijpt.⁷³ Gelet op deze financieel toezichtrechtelijke regels heeft FOS in zijn voorlopige beslissing in deze zaak geoordeeld dat de bank het ongeschikte advies aan de MKB-onderneming heeft verstrekt.

Echter, voordat zijn uitspraak definitief werd, heeft de Britse lagere rechter een arrest gewezen in een vergelijkbare renteswap zaak – *Green and Rowley v Royal Bank of Scotland plc*.⁷⁴ Bij de beoordeling of de bank in deze zaak in strijd heeft gehandeld met zijn uit het *Hedley Byrne*-arrest van het Britse House of Lords (thans Supreme Court) voorvloeiende common law-zorgplicht,⁷⁵ concludeerde de rechter dat de toezichtrechtelijke COB-regels omtrent de informatievoorziening van een client – COB 2.1.3R and COB 5.4.3R – geen invloed hebben op de inhoud van deze zorgplicht.⁷⁶ Tony Boorman, een ombudsman bij FOS, zag in dit rechterlijke oordeel niettemin geen aanleiding om zijn voorlopige beslissing te heroverwegen en redeneerde daarbij als volgt:

‘I also note that the Court appeared to have found that COB 2.1.3R and COB 5.4.3R are not encompassed within the Hedley Byrne duty. This issue is not strictly relevant in the context of this decision (because I have found that advice was given). But even if this was a complaint solely about the provision of information, I would still consider the COB rules to be a relevant consideration that I would take into account, in accordance with my duties under DISP 3.6.4R and statute. That is because,

⁷⁰ FOS, *Key Decisions: Investment Advice* <[Key decisions \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/key-decisions)>.

⁷¹ FOS 5 July 2013, DRN-7432617 <[FINAL DECISION \(financial-ombudsman.org.uk\)](https://www.financial-ombudsman.org.uk/final-decision)>, p. 7.

⁷² Richtlijn 2004/39/EG (MiFID I).

⁷³ FSA Principles 1, 6, 7 en 9; FSA COB 2.1.3R, 2.1.4G, 5.2.5R, 6.2.7 G, 5.3.5R en 5.4.3R.

⁷⁴ *Green and Rowley v Royal Bank of Scotland plc* [2012] EWHC 3661 (QB).

⁷⁵ *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465 (HL).

⁷⁶ *Green and Rowley v Royal Bank of Scotland plc* [2012] EWHC 3661 (QB), para. 15. Zie ook bijv. *Thornbridge Ltd v Barclays Bank Plc* [2015] EWHC 3430 (QB); *Crestsign Ltd v (1) National Westminster Bank Plc*; (2) *The Royal Bank of Scotland Plc* [2014] EWHC 3034 (Ch), [2015] 2 All ER (Comm) 133. Zie verder D. Bugeja, *Reforming Corporate Retail Investor Protection: Regulating to Avert Mis-Selling* (Oxford: Hart Publishing, 2019) 140.

*as I have already mentioned, the Principles and the COB rules remain important standards that a financial business must still observe in the conduct of its business. The Court's analysis in Green and Rowley was focussed upon the application of common law duties, rather than a direct analysis of the bank's adherence to the COB rules and other regulatory rules. Importantly, the judgment was not an assessment of what is fair and reasonable. I must determine this complaint by reference to what is, in my opinion, fair and reasonable in all the circumstances of the case.*⁷⁷

Deze uitspraak laat zien dat bij de vaststelling van wat billijk en redelijk is in de omstandigheden van het geval FOS rekening houdt met de relevante rechterlijke uitspraken naar common law, maar de financieel toezichtrechtelijke regelgeving doorslaggevend acht. Opmerkelijk is bovendien dat in de algemene toelichting bij de wijze waarop de geschillen over de geschiktheid van een belegging worden beoordeeld, FOS alleen naar de financieel toezichtrechtelijke normen verwijst, maar niet naar het common law.⁷⁸

Zo'n terughoudende houding van FOS ten aanzien van het common law-stelsel van privaatrechtelijke normen kan worden verklaard door het feit dat de rechterlijke interpretatie van deze normen het voor de gedupeerde consumenten en MKB-ondernemers doorgaans praktisch onmogelijk maakt om de financiële instellingen aansprakelijk te stellen voor de geleden schade. Door zich van deze restrictieve benadering van het common law te distantiëren en zich vooral te laten leiden door de financieel toezichtrechtelijke normen biedt FOS de zwakkere partijen de mogelijkheid om alsnog hun recht te halen. Zoals de bovengenoemde uitspraak van FOS in het geschil tussen W Family en Bank E laat zien, staat FOS anders dan de Engelse rechter open voor de doorwerking van de toezichtrechtelijke normen in de privaatrechtelijke verhoudingen. Omdat de toezichtrechtelijke gedragsregels voor financiële instellingen over het algemeen meer bescherming de MKB-ondernemers bieden dan de common law-regels, hebben dergelijke ondernemers meer succes bij FOS dan bij de rechter.

Dat geldt des te meer voor consumenten. Een voorbeeld hiervan is de geschillenbeslechting naar aanleiding van de grootschalige mis-selling van *payment protection insurance* (PPI) – een verzekeringspolis waarmee een consument de terugbetaling van zijn of haar lening kan verzekeren – in het Verenigd Koninkrijk. Dit prijzige financieel product werd vaak aan consumenten in combinatie met krediet verkocht, maar in veel gevallen hadden ze er niets aan. Opvallend is dat de beoordeling van de aansprakelijkheid van de PPI-aanbieders tot verschillende resultaten leidde, afhankelijk van het forum dat de consumenten hebben gekozen om een vordering in te stellen. De consumenten hadden over het algemeen weinig succes bij de Engelse rechter die de zaken strikt op basis van het common law afhandelde.⁷⁹ Daarentegen werden hun vorderingen in de meeste gevallen toegewezen door FOS.⁸⁰

⁷⁷ FOS 5 July 2013, DRN-7432617 <[FINAL DECISION \(financial-ombudsman.org.uk\)](#)>, p. 8.

⁷⁸ FOS, *Assessing the Suitability of Investments* <[Assessing the suitability of investments \(financial-ombudsman.org.uk\)](#)> (Last updated: 26 January 2021).

⁷⁹ Zie bijv. *Barnes v. Black Horse Ltd.* [2011] EWHC 1416 (QB).

⁸⁰ Zie hierover bijv. G. Howells, 'The Consumer Credit Litigation Explosion', *Law Quarterly Review* (2010), p. 617, 634.

Het beoordelingskader van FOS biedt dus de nodige flexibiliteit en manoeuvreerruimte. Maar er is ook reden tot zorg over de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de buitengerechtelijke geschillenbeslechting door FOS. In de woorden van Justice Jay:

‘... I do have personal concerns about a jurisdiction such as this which occupies an uncertain space outside the common law and statute. The relationship between what is fair and reasonable, and what the law lays down, is not altogether clear... Who, or what, defines the contours and content of fairness and reasonableness? If the law takes one policy direction, what can rationally survive of a policy which has been eschewed?’⁸¹

3.3 De publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets als een zelfstandige toets bij Kifid?

Uit het voorgaande is gebleken dat de in het SEO-rapport aanbevolen financieel toezichtrechtelijke zorgvuldigheidstoets thans niet als een zelfstandige toets door Kifid wordt toegepast (par. 3.1). In lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad maakt deze toets in de uitspraken van Kifid deel uit van de privaatrechtelijke toets of een financiële dienstverlener zich aan zijn bijzondere zorgplicht ten opzichte van een consument of een MKB-ondernemer heeft gehouden. Deze open privaatrechtelijke norm vormt het vertrekpunt voor de beoordeling van een klacht, maar wordt nader mede ingekleurd door meer specifieke voorschriften uit hoofde van de financiële toezichtregelgeving.

Indien de publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets als een zelfstandige toets door Kifid wordt toegepast, zijn twee scenario's denkbaar. Ten eerste zou dit kunnen betekenen dat Kifid de geschillen tussen private partijen niet langer primair overeenkomstig de daarvoor in de Nederlandse rechtsorde geldende regels van het privaatrecht zou beslechten. In plaats daarvan zou Kifid vooral aansluiting zoeken bij het financieel toezichtrecht. Een dergelijke benadering zou in de praktijk kunnen neerkomen op die van het Britse FOS waarbij de nadruk op de financieel toezichtrechtelijke normen wordt gelegd. In dit scenario zouden de privaatrechtelijke zorgplichten een belangrijke rol kunnen blijven spelen bij de beoordeling van een klacht als Kifid een generieke zorgplicht van financiële dienstverleners (art. 4:24a Wft) daarbij tot uitgangspunt neemt. Uit het voorgaande is immers gebleken dat deze publiekrechtelijke zorgplicht in beginsel dezelfde reikwijdte heeft als vastgesteld in civiele rechtspraak (par. 2.3). Het is echter niet de bedoeling van de wetgever geweest dat deze vangnetbepaling zou worden toegepast indien er meer specifieke publiekrechtelijke zorgvuldigheidsnormen bestaan, hetgeen doorgaans het geval is (par. 2.1). Ten tweede zou het invoeren van de publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets als een zelfstandige toets kunnen betekenen dat deze toets door Kifid *naast* de privaatrechtelijke toets wordt uitgevoerd. Een dergelijke dubbele toets is denkbaar in gevallen waarin de publiekrechtelijke norm zou verschillen van de privaatrechtelijke norm voor wat betreft de zorg die een financiële instelling jegens een consument of een MKB-ondernemer moet betrachten.

In beide scenario's zou Kifid 'zijn toets aan het juridische kader breed ... opvatten'⁸² en zich niet primair richten op de privaatrechtelijke zorgplicht die in de rechtspraak van de Hoge Raad

⁸¹ *R (Aviva Life and Pensions Ltd) v FOS* [2017] EWHC 352 (Admin) [74].

⁸² SEO-rapport, p. 69.

tot ontwikkeling is gekomen. Is zo'n koerswijziging ten aanzien van het beoordelingskader van Kifid echter wenselijk? In het navolgende zal ik aan de hand van twee hoofdargumenten betogen dat dit niet het geval is.

Ten eerste zou de toepassing van de zelfstandige publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets door Kifid niet bevorderlijk zijn voor de *materiële rechtvaardigheid* tussen financiële dienstverleners en consumenten of MKB-ondernemers in individuele gevallen. Zoals de bovenstaande analyse laat zien (par. 2.2 en 2.3), is de publiekrechtelijke normstelling over het algemeen niet gericht op individuele gevallen, maar is op de grootste gemene deler toegesneden. Het financieel toezichtrechtelijke stelsel van gedragsregels kan dan ook niet op alle mogelijke misstanden in de financiële sector anticiperen en alle mogelijke ongewenste financiële transacties opvangen. Dit gegeven heeft de Nederlandse wetgever in feite ertoe gebracht de privaatrechtelijke zorgplicht van financiële instellingen als een generieke vangnetbepaling in art. 4:24a Wft op te nemen. Deze publiekrechtelijke zorgplicht heeft echter geen derogerende werking ten opzichte van specifieke financieel toezichtrechtelijke normen. Maar het is niet ondenkbaar dat de toepassing van deze *ex ante* bestuursrechtelijke normen tot onaanvaardbare *ex post* oplossingen zou kunnen leiden in de omstandigheden van het concrete geval.

Een goed voorbeeld zijn de bovengenoemde effectenleasezaken. In deze zaken hebben de banken aangevoerd dat ze zich mochten richten op de bepalingen van de ten tijde van het sluiten van de effectenleaseovereenkomsten geldende financiële toezichtregelgeving en dat ze mochten verwachten dat ze aan hun privaatrechtelijke zorgplicht voldeden als ze aan deze bepalingen voldeden. De Hoge Raad verwerpt echter deze argumenten van banken. Het feit dat de toezichtrechtelijke regelgeving de banken niet verplichtte tot het verrichten van onderzoek naar hun cliënten en tot het waarschuwen voor de aan deze overeenkomsten verbonden risico's brengt volgens hem niet mee dat de banken zich ook civielrechtelijk gezien redelijk en billijk tegenover hun niet-professionele cliënten hebben gedragen door deze zorg niet te verlenen.⁸³ De redelijkheid en billijkheid, zoals die tot uitdrukking komt in de bijzondere zorgplicht van banken, noopte daartoe teneinde de contractuele rechtvaardigheid tussen de banken en de beleggers te realiseren.

Zoals dit voorbeeld laat zien, is het privaatrecht, in tegenstelling tot het financieel toezichtrecht, goed toegerust om een gebrek aan evenwicht tussen financiële instellingen en hun niet-professionele cliënten het hoofd te bieden en zo de rechtvaardigheid en individuele rechtsbescherming in de omstandigheden van het geval te waarborgen. Daarin verschilt het Nederlandse privaatrecht ook van het Engelse common law waar, zoals hierboven is besproken (par. 3.2), de zwakkere partij veel minder bescherming geniet. De toepassing van het Nederlandse privaatrecht met inachtneming van de relevante financiële toezichtregelgeving stelt Kifid dan ook in staat om de materiële rechtvaardigheid te realiseren. De hierboven geschetste uitspraken van de Geschillencommissie inzake overkreditering (par. 3.1) zijn hier een illustratie van. Maar ook op basis van alleen al het privaatrecht kan de rechtvaardigheid tussen de partijen worden gewaarborgd. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de recente uitspraak van de

⁸³ Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*), r.o. 4.10.3.

Commissie van Beroep inzake de compensatie voor de te veel betaalde rente op doorlopend krediet waarin de commissie het volledige herstel van de contractuele balans tussen de bank en de consument tot uitgangspunt neemt.⁸⁴

Uit het onderzoek naar het functioneren van Kifid volgt bovendien niet dat zijn huidige beoordelingskader dat het privaatrecht als vertrekpunt neemt, problematisch is vanuit het oogpunt van materiële rechtvaardigheid. De in het SEO-rapport genoemde kritiek op de werkwijze van Kifid uit de consumentenhoek suggereert dat consumenten met over het algemeen minder juridische kennis dan de vertegenwoordigers van financiële instellingen vooral de ongelijkheid in de klachtprocedure ervaren.⁸⁵ Dit kernprobleem komt ook duidelijk naar voren in het recente evaluatieonderzoek naar de ervaren procedurele rechtvaardigheid bij Kifid.⁸⁶ Procedurele rechtvaardigheid ziet op de gang van zaken tijdens een procedure: Heeft men het gevoel serieus te worden genomen? Wordt er goed geluisterd? Kan men hun eigen kant van het verhaal vertellen? Het genoemde evaluatieonderzoek laat zien dat ‘met name bij de zittingen van de Geschillencommissie consumenten het gevoel [hebben] dat er sprake is van een ongelijk speelveld en dat de stem van de financiële dienstverlener meer invloed heeft dan de stem van de consument.’⁸⁷ De oplossing voor dit probleem moet in mijn optiek dan ook worden gezocht niet op materieel, maar op procedureel vlak. Het valt in dit verband bijvoorbeeld toe te juichen dat Kifid op eigen initiatief de bepalingen van een overeenkomst toetst aan (Europese) wet- en regelgeving die is opgesteld om consumenten te beschermen.⁸⁸ De verplichting tot ambtshalve toetsing vloeit overigens voort uit het in Nederland geldende privaatrecht van Europese komaf.⁸⁹

Ten tweede zou het invoeren van de zelfstandige publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets in de praktijk van Kifid, in afwijking van vaste rechtspraak van de Hoge Raad, de *rechtseenheid* en de *rechtszekerheid* niet ten goede komen. De Hoge Raad levert als hoogste rechter een belangrijke bijdrage aan een uniforme toepassing van het recht in Nederland. Door zijn rechtspraak kan hij ervoor zorgen dat verschillende lagere rechters in het land regels op dezelfde manier uitleggen en toepassen. Lagere rechters zijn in Nederland niet uitdrukkelijk op grond van de wet verplicht om de uitleg van de Hoge Raad te volgen. In de praktijk doen zij dat echter bijna altijd wel. Om de rechtseenheid te bereiken is het immers noodzakelijk dat de lagere rechters de beslissingen van de hoogste rechter als richtinggevend aanvaarden en dus in de regel niet de vrijheid nemen om van de jurisprudentie van de Hoge Raad af te wijken.

⁸⁴ Zie bijv. Uitspraak Commissie van Beroep 10 augustus 2022, nr. 2022-0036.

⁸⁵ Zie SEO-rapport, p. 69.

⁸⁶ M. Hertogh, B. Marseille & M. Wever, *Financiële geschillen en procedurele rechtvaardigheid: Ervaringen van consumenten met het Klachteninstituut financieel dienstverlening (Kifid)*, Groningen: Rijkuniversiteit Groningen, GELR/GCEFSL 2021; M. Hertogh, B. Marseille & M. Wever, *Financiële geschillen en procedurele rechtvaardigheid: Hoe ervaren consumenten het Klachteninstituut financieel dienstverlening (Kifid)*, *NJB* (2021), p. 1390.

⁸⁷ Hertogh, Marseille & Wever, *NJB* (2021), p. 1397.

⁸⁸ Zie bijv. Uitspraak Commissie van Beroep 9 maart 2021, nr. 2021-0017; Uitspraak Geschillencommissie 2 mei 2022, nr. 2022-0355. Zie ook Reglement Geschillencommissie Kifid, nr. 15 (3).

⁸⁹ Zie bijv. HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, par. 38 (*Mostaza Claro/Centro Movil Milenium SL*).

De rechtseenheid wordt gewaarborgd indien ook Kifid als een orgaan voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting tussen private partijen zich aan het in Nederland geldende recht, zoals uitgelegd door de Hoge Raad, houdt. Zoals uit het voorgaande is gebleken (par. 3.1), wordt deze lijn nu gevolgd door de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep van Kifid die doorgaans aansluiting zoeken bij civiele rechtspraak. Zo sluit Kifid zich aan bij de vaste rechtspraak van de Hoge Raad over de hiervoor besproken verhouding tussen de publiek- en privaatrechtelijke zorgplichten van financiële instellingen (par. 2.3) en past het de bijzondere zorgplicht van deze instellingen in het privaatrecht toe met inachtneming van financieel toezichtrechtelijke gedragsregels. Daarbij moet worden opgemerkt dat ook de civiele rechters in toenemende mate oog hebben voor de uitspraken van Kifid. Deze laatste komen bijvoorbeeld uitgebreid aan bod in de conclusie van de advocaat-generaal Hartlief bij de recente prejudiciële beslissing van de Hoge Raad in de procedure van de *Vereniging Woekerpolis.nl* tegen *Nationale-Nederlanden*.⁹⁰ Kifid draagt daarmee bij aan de rechtsontwikkeling op het gebied van het financiële consumentenrecht.

De rechtseenheid is essentieel voor de realisatie van rechtsstatelijke waarden zoals de rechtszekerheid. Geschillenbeslechting wordt voorspelbaarder wanneer rechters en alternatieve geschilbeslechters in het land dezelfde lijn volgen. Daarmee wordt een bijdrage geleverd aan de rechtszekerheid. Indien rechters en alternatieve geschilbeslechters in gelijke gevallen tot uiteenlopende uitspraken komen, dan ondermijnt dit het vertrouwen in het recht en de rechtspraak, alsmede het gezag van Kifid. Dit komt ook naar voren in de bovengenoemde kritiek op het functioneren van het Britse FOS (par. 3.2), maar ook in het eerder besproken SEO-rapport (par. 1). Uit dit laatste blijkt namelijk dat financiële dienstverleners en advocaten zich zorgen maken over de rechtszekerheid bij de geschillenbeslechting door Kifid. Deze zorgen leiden er volgens de brancheverenigingen voor financiële adviseurs ertoe dat ‘steeds meer (kleinere) financiële dienstverleners momenteel overwegen om niet langer te kiezen voor een bindende uitspraak om daarmee de weg naar de rechter open te houden.’⁹¹ Het is niet onwaarschijnlijk dat deze trend zich zal voortzetten indien Kifid de zelfstandige publiekrechtelijke zorgvuldigheidseis gaat toepassen en daarmee van het geldende recht, meer in het bijzonder de opvattingen van de Hoge Raad, gaat afwijken. En daar worden financiële consumenten en MKB-ondernemers die Kifid beoogt bij te staan in hun zoektocht naar gerechtigheid, uiteindelijk de dupe van.

4. Conclusie

Naar aanleiding van het SEO-onderzoek naar het functioneren van Kifid staat het door Kifid gehanteerde beoordelingskader voor de buitengerechtelijke geschillenbeslechting ter discussie. In deze opinie werd onderzocht of de publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets voorgesteld in het SEO-rapport op te vatten is als een zelfstandige toets. Uit de bovenstaande analyse is gebleken dat Kifid klachten van consumenten en MKB-ondernemers beoordeelt naar het in Nederland geldende recht. Aangezien naar Nederlands recht verhoudingen tussen private

⁹⁰ Concl. A-G T. Hartlief 14 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:973, rn. 12.27, 14.15, 14.26 e.v. Zie ook HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale Nederlanden*).

⁹¹ SEO-rapport, p. 69.

partijen door het privaatrecht worden beheerst, zoekt Kifid vooral aansluiting bij de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en civiele rechtspraak.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat financiële instellingen als professionele en bij uitstek deskundige financiële dienstverleners gehouden zijn tot een bijzondere zorgplicht jegens consumenten en MKB-ondernemers. Deze privaatrechtelijke open norm wordt onder meer ingekleurd door de publiekrechtelijke zorgplichten uit hoofde van de financiële toezichtregelgeving die hun oorsprong vinden in het privaatrecht. Naar geldend recht maakt de publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets dus deel uit van de privaatrechtelijke toets of een financiële instelling in strijd heeft gehandeld met de op haar in het privaatrecht rustende bijzondere zorgplicht en is niet op te vatten als een zelfstandige toets.

Het invoeren van de zelfstandige publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets zou ertoe leiden dat Kifid de geschillen tussen private partijen niet langer primair overeenkomstig de daarvoor in de Nederlandse rechtsorde geldende regels van het privaatrecht zou beslechten. Zo'n koerswijziging ligt echter niet voor de hand. Ten eerste zou de toepassing van de zelfstandige publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets door Kifid niet bevorderlijk zijn voor de materiële rechtvaardigheid tussen financiële dienstverleners en consumenten of MKB-ondernemers in individuele gevallen. Ten tweede zou dit de rechtseenheid en de rechtszekerheid niet ten goede komen.

De publiekrechtelijke zorgvuldigheidstoets moet dan ook door Kifid worden gezien als onderdeel van de privaatrechtelijke zorgvuldigheidstoets. De oplossing van de door consumenten gesignaleerde problemen moet worden gezocht op procedureel vlak. Om ervoor te zorgen dat consumenten meer procedurele rechtvaardigheid bij de Geschillencommissie ervaren, zou meer gedaan kunnen worden om een inherente ongelijkheid tussen financiële dienstverleners en consumenten te compenseren in lijn met de desbetreffende aanbevelingen uit het SEO-rapport.⁹²

⁹² SEO-rapport, pp. 68-69.