

De buitencontractuele zorgplicht van financieel planners: van vertrouwensrelatie naar aansprakelijkheid

VFP 2025/105

In dit artikel wordt aandacht besteed aan de op financieel adviseurs rustende, maar minder bekende, buitencontractuele aansprakelijkheid. Wat houdt deze vorm van aansprakelijkheid in en waar moet je op letten?

1. Inleiding

Een financieel adviseur dient ten opzichte van de klant de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel adviseur in acht te nemen. Deze contractuele zorgplicht strekt er onder meer toe de opdrachtgever te beschermen tegen gevaren van eigen lichtvaardigheid of een gebrek aan inzicht. Onder omstandigheden kan op een financieel adviseur (ook) een *buitencontractuele* zorgplicht rusten, zo blijkt uit een tamelijk recente uitspraak die de aanleiding vormt voor het schrijven van dit artikel. De buitencontractuele zorgplicht van een financieel adviseur betreft een relatief onderbelicht onderwerp. In dit artikel bespreken wij de buitencontractuele aansprakelijkheid van een financieel adviseur. Voor een goed begrip van de buitencontractuele aansprakelijkheid gaan wij eerst kort in op de contractuele aansprakelijkheid van een financieel adviseur. Wij sluiten af met een conclusie. Wij beperken ons in dit artikel tot de rechtsverhouding tussen de financieel adviseur en een consument.

2. Contractuele zorgplicht

Een financieel adviseur verricht in beginsel in opdracht van een klant werkzaamheden. De rechtsverhouding tussen de financieel adviseur en de klant kwalificeert als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). De opdrachtnemer dient bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (artikel 7:401 BW).² De reikwijdte hiervan wordt bepaald door de inhoud van de overeengekomen opdracht. Komt de opdrachtnemer verplichtingen uit de overeenkomst van opdracht niet na, dan is sprake van een tekortkoming. Voor wat betreft de rechtsgevolgen heeft te gelden dat een overtreding van publiekrechtelijke bepalingen uit de Wet op het financieel toezicht niet de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst met een financiële instel-

ling tot gevolg heeft.³ De overtreding kan evenwel een invulling geven aan de vraag of een civielrechtelijke norm is geschonden.⁴ Indien sprake is van een tekortkoming aan de zijde van de opdrachtnemer is de opdrachtnemer gehouden om de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden, tenzij de schade niet aan hem kan worden toegerekend (artikel 6:74 BW).

3. Buitencontractuele zorgplicht

Uit de rechtspraak volgt dat aansprakelijkheid van een financieel adviseur niet alleen aan de orde kan zijn als de financieel adviseur met de klant een overeenkomst van opdracht heeft gesloten, maar ook als een dergelijke overeenkomst ontbreekt en/of als de financieel adviseur in een andere hoedanigheid handelt. De juridische grondslag voor het vestigen van buitencontractuele aansprakelijkheid is de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

3.1 Ontwikkeling van het leerstuk

In 1919 heeft de Hoge Raad reeds een algemene zorgvuldigheidsnorm aanvaard,⁵ welke norm 1992 is gecodificeerd in artikel 6:162 lid 2 BW.⁶ Uit deze algemene zorgvuldigheidsnorm volgt dat indien een (rechts)persoon in strijd handelt met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dit als onrechtmatige daad wordt aangemerkt.

In 2007 schreef Tjong Tjin Tai een dissertatie waarin zorgplichten binnen en buiten een overeenkomst centraal stonden.⁷ Volgens Tjong Tjin Tai mag (ook buitencontractueel) van een persoon die over een grotere deskundigheid beschikt hogere eisen worden gesteld aan de in acht te nemen zorgvuldigheid. Een van de voorbeelden die Tjong Tjin Tai aanhaalt, is de dokter van wie verwacht mag worden dat hij anders handelt dan een persoon zonder medische achtergrond op het moment dat diegene op straat een medisch noodgeval signaleert.⁸ Tjong Tjin Tai noemt dat het onaanvaardbaar zou zijn als men zich in dat

¹ Ati Bijnevelt en Bryan Uitman zijn verbonden als advocaat aan Law&Pepper Advocaten te Eindhoven.

² HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375 en HR 7 maart 2003, LJN AF1304, NJ 2003, 302.

³ Artikel 1:23 Wft, zie ook mr. B.M.C. Stenden, 'Ontwikkeling van (bijzondere) zorgplicht in financiële dienstverlening', VFP 2015/50 en Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/165.

⁴ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393-394. De toelichting ziet op artikel 1:6p Wft, welke uiteindelijk in de Wft in artikel 1:23 Wft is opgenomen.

⁵ HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (Lindenbaum/Cohen).

⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 96.

⁷ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007.

⁸ T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Beter dan de maatmens', WPNR 7358, p. 99.

soort gevallen van de domme zou mogen houden. Andersom geldt ook: met wat men niet kent, kan men ook geen rekening houden.⁹ De reikwijdte van deze gedachte beperkt zich (uiteraard) niet tot een dokter, maar kan ook van toepassing zijn op andere partijen die beschikken over een grote of specifieke deskundigheid. Denk hierbij aan de accountant, een advocaat, een notaris of een financieel adviseur. Wij bespreken in het hiernavolgende drie arresten van de Hoge Raad aan de hand waarvan wij dit leerstuk verder toelichten.

In een zaak bij de Hoge Raad uit 2001¹⁰ stond een belastingadviseur centraal die betrokken was bij een aandelentransactie waarbij een vennootschap de eigen aandelen inkocht in ruil voor een optierecht aan de verkopende partij (hierna: 'de klant'). De belastingadviseur verrichtte daarnaast transacties voor zowel de klant als de vennootschap in het kader van respectievelijk belastingaangiften en fiscaal advies. De klant heeft de belastingadviseur aansprakelijk gesteld nadat zij per abuis niet tijdig gebruik heeft gemaakt van het optierecht. De klant vond dat de belastingadviseur haar had moeten wijzen op de mogelijkheid om het optierecht uit te oefenen. Vaststond dat ten aanzien van deze werkzaamheden geen sprake was van een adviesrelatie tussen de belastingadviseur en de klant. De Hoge Raad oordeelde – anders dan het hof – dat buiten een opdracht tot het geven van advies door de belastingadviseur slechts kan worden aangenomen dat de belastingadviseur onzorgvuldig heeft gehandeld als de belastingadviseur (i) zich ervan bewust is geweest dat het optierecht door de klant uit het oog werd verloren dan wel (ii) verzuimd heeft de klant te waarschuwen dat zij ermee rekening moest houden dat de belastingadviseur in het kader van de onderhavige transactie niet optrad als de behartiger van de belangen van klant. Dit was echter niet vast komen te staan, zodat de belastingadviseur niet aansprakelijk werd geacht.

In een arrest uit 2013¹¹ kwam een (financieel) adviseur minder goed weg. De adviseur en de klant kwamen in 2001 met elkaar in contact. De adviseur, die op dat moment een verzekerings- en hypotheekkantoor dreef, heeft voor de klant bemiddeld bij de totstandkoming van enkele verzekeringen, een hypotheek en bij het onderbrengen van beleggingen. De adviseur verkreeg enkele jaren later aandelen in een makelaarskantoor. Op enig moment kreeg de klant de beschikking over een aanzienlijke som geld, waarna de klant met de adviseur heeft gesproken wat hiermee te doen. De klant heeft uiteindelijk aan het makelaarskantoor waar de adviseur een indirect belang in had verkregen, een bedrag ter leen gegeven. Nadat het make-

laarskantoor in staat van faillissement werd verklaard, heeft de klant de adviseur aansprakelijk gesteld.

De Hoge Raad overweegt dat de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid met zich brengt dat de adviseur, ook al was er geen contractuele adviesrelatie met betrekking tot deze aangelegenheid, zich de belangen van de klant zou aantrekken. De Hoge Raad acht daarbij de volgende omstandigheden relevant: (1) de adviseur was tot dan toe opgetreden als adviseur van de klant en (2) de klant had met het oog op die hoedanigheid, en het vertrouwen dat zij in hem stelde, hem benaderd met het verzoek haar te adviseren over de belegging. De Hoge Raad oordeelt dat gelet hierop op de adviseur – die met een en ander bekend was – een (bijzondere) zorgplicht rustte die inhield dat hij de klant duidelijk op de risico's had moeten wijzen die aan de geldlening waren verbonden. De adviseur had, als hij niet over de risico's had willen informeren, de klant naar een andere adviseur moeten verwijzen. De Hoge Raad overweegt verder, anders dan het hof en de A-G,¹² dat deze zorgplicht ook bestaat indien het voor de klant uit de gang van zaken tijdens het gesprek duidelijk was geworden dat de adviseur bij deze aangelegenheid voor het makelaarskantoor optrad en daarom behoorde te begrijpen dat hij niet als opdrachtnemend bemiddelaar kan worden beschouwd.

Dit arrest van de Hoge Raad uit 2013 laat zich in een bepaalde mate vergelijken met een (kort daarvoor gewezen) arrest van de Hoge Raad dat ook wel bekend staat als het *Spaanse Villa*-arrest.¹³ Een echtpaar kocht een Spaanse villa met 'hulp' van een deskundig bemiddelaar. De bemiddelaar won het vertrouwen van het echtpaar en begeleidde hen bij de aankoop van de Spaanse villa. Het echtpaar is vervolgens met de bemiddelaar naar Spanje afgereisd om het project, onder de begeleiding van de bemiddelaar, te bezichtigen. Ten tijde van deze bezichtiging waren er bij het project rode borden geplaatst met daarop een van de gemeente afkomstige waarschuwingstekst. De bemiddelaar heeft het echtpaar gerustgesteld met onjuiste mededelingen. De villa bleek echter na de koop te zijn afgebroken omdat het stond op grond waarop niet mocht worden gebouwd. Het echtpaar had een 'kat in de zak' gekocht. De Hoge Raad nam in dat arrest – naast de aansprakelijkheid van een contractueel verbonden vennootschap ten behoeve van wie deze persoon optrad – een buitencontractuele aansprakelijkheid (in privé) aan van de bemiddelaar. Relevant daarbij was dat de bemiddelaar zichzelf had gepresenteerd als deskundig bemiddelaar en zozeer professioneel betrokken was bij de totstandkoming van de overeenkomsten dat die persoon zich op grond van hetgeen krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, de belangen van de ander diende aan te trekken door zich goed op de hoogte te stellen van de

9 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 140; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Beter dan de maatmens', *WPNR* 7358, p. 93.

10 HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9766.

11 HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759.

12 Parket bij de HR 22 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6759.

13 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302.

(on)mogelijkheden van woningbouw ter plaatse en het kunnen verkrijgen van een bouwvergunning, en daar [het echtpaar] ter zake juist en volledig te informeren of te waarschuwen (rov. 4.7.2).

Kort na de arresten van de Hoge Raad uit 2012 en 2013 diende het Hof Arnhem-Leeuwarden zich te buigen over de buitencontractuele zorgplicht van een assurantietussenpersoon.¹⁴ In deze zaak had de assurantietussenpersoon de klant geadviseerd en geholpen bij de afkoop van een lijfrentepolis. De opbrengst daarvan had de klant ondergebracht in een internetspaarvorm. Achteraf bleek het te gaan om een oplichtingspraktijk. De klant was het belegde vermogen kwijt. De klant heeft vervolgens de adviseur aansprakelijk gesteld en zich op het standpunt gesteld dat de adviseur zijn (buitencontractuele) zorgplicht had geschonden. De adviseur verweerde zich door de stelling in te nemen dat hij slechts een tip van een kennis had doorgespeeld. Het hof stelde echter vast dat de adviseur niet alleen de tip heeft doorgespeeld, maar hij de klant ook heeft voorzien van informatie over het beleggingsproduct die nodig was om de inleg te realiseren. Dit leidde volgens het hof tot een actieve en vertrouwenwekkende opstelling van de adviseur. Het hof overweegt dat gelet op de al jarenlang tussen partijen bestaande adviesrelatie de klant er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de adviseur in dit verband ook voor zijn belangen waakte. Dit geldt ook als de adviseur geen opdracht had gekregen om de klant in dit verband financieel advies te geven. Onder deze omstandigheden geldt, aldus het hof, dat de adviseur heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, door niet eerst onderzoek te doen naar de risico's van de investering en de klant daarvoor te waarschuwen, of hem in elk geval te ontraden zijn vermogen in te leggen zolang er geen duidelijkheid over die risico's bestond. Het hof concludeert dat de adviseur onrechtmatig heeft gehandeld door niet de zorgvuldigheid te betrachten die in de gegeven omstandigheden van hem had mogen worden verwacht.¹⁵

Welnu de uitspraak uit 2023 die aanleiding vormde voor het schrijven van dit artikel.¹⁶ In deze zaak was een financieel adviseur in dienst van een grootbank en had in die hoedanigheid een adviesrelatie met de klant. De adviesrelatie tussen de financieel adviseur en de klant werd vervolgens beëindigd doordat de financieel adviseur uit dienst was getreden bij de grootbank. Niet veel later meldde de (op dat moment voormalig) adviseur zich bij zijn voormalig klant om een beleggingsproduct aan de (op dat moment voormalige) klant te verkopen. Deze belegging

(in de vorm van een converteerbare geldlening) pakte echter verkeerd uit. De vennootschap waar het geld aan was uitgeleend ging failliet. De klant stelde de financieel adviseur aansprakelijk. De rechtbank overwoog dat de betreffende adviseur in strijd kan handelen met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, ook al was er op dat moment geen sprake (meer) van een overeenkomst van opdracht tot het geven van financieel advies. Of sprake is van handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, hangt af van alle omstandigheden van het geval, zoals de aard en duur van de voormalig adviesrelatie en de daarbij door de voormalige adviseur verkregen kennis met betrekking tot de voormalige klant, de aard van de voorgestelde transactie en meer in het bijzonder de daaraan verbonden risico's en de feitelijke omstandigheden waaronder deze is aangegaan.¹⁷ De rechtbank achtte in die zaak de eerder aanwezige relatie tussen de voormalig adviseur en de klant relevant en de kennis en wetenschap die de (voormalig) adviseur in dat kader met betrekking tot de klant had van belang. Ook vond de rechtbank het vertrouwen dat de klant stelde in de (voormalig) adviseur van belang om tot de conclusie te komen dat de voormalig adviseur zich op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, de belangen van de klant had behoren aan te trekken. De algemeen in een disclaimer verwerkte waarschuwing vond de rechtbank onvoldoende omdat het hier ging om een investering met een hoog risicogehalte en de klant een groot deel van diens vermogen investeerde in één beleggingsproduct. Op de adviseur rustte op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt de verplichting om de klant te verwijzen naar een andere adviseur of te informeren en te waarschuwen voor de risico's van de belegging. Het laatste geldt temeer nu de klant nog aan de adviseur had gevraagd of het verstandig was om de gelden eerst te parkeren op een rekening van een notaris. De voormalig adviseur had verder niet verteld dat hij een eigen financieel belang had bij de investering. Al deze omstandigheden waren voor de rechtbank aanleiding om een (buitencontractuele) zorgplichtschending aan te nemen en de adviseur te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding.

4. Conclusie

Uit de hiervoor besproken rechtspraak volgt dat ook in buitencontractuele situaties het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt de zorgvuldigheid met zich kan brengen dat een (voormalig) financieel adviseur zich de belangen van een partij moet aantrekken. Een financieel adviseur dient zich hiervan bewust te zijn en het handelen hierop aan te passen in situaties waarvoor geen formele adviesrelatie is aangegaan. Uit de rechtspraak volgt dat zeker in situaties waar sprake is van een vertrouwensrelatie, extra voorzichtigheid moet worden betracht.

¹⁴ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6030.

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6030, r.o. 4.5-4.7.

¹⁶ Rb. Zeeland-West-Brabant 8 november 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7819. In deze zaak was de auteur van dit artikel, mr. A. Bijnevelt, advocaat van de eisende partij.

¹⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant 8 november 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7819, r.o. 3.7.

Van een voormalig financieel adviseur mag worden verwacht dat hij, ondanks dat geen sprake is van een overeenkomst van opdracht, bij werkzaamheden of betrokkenheid bij activiteiten die zijn deskundigheid raken wijst op en waarschuwt voor risico's van een bepaald (beleggings)-product of verwijst naar een andere financieel adviseur. Het is zonder meer verstandig om duidelijk en ondubbelzinnig vast te leggen dat de (voormalig) adviseur niet optreedt in hoedanigheid van adviseur in een voorkomend geval en de klant wordt aangeraden om contact op te nemen met een (andere) adviseur.

Denkbaar is dat er zelfs situaties zijn waarin deze voorzichtigheid ook betrachtd moet worden als er geen sprake is van een (reeds) bestaande vertrouwensrelatie vanwege de specifieke deskundigheid van de financieel adviseur.

Informatie: atibijnevelt@lawandpepper.com en bryanuitman@lawandpepper.com

