

CURSUS BELASTING-ADVOCATEN NEDERLAND – CURAÇAO

Onderdeel aansprakelijkheid van banken en trustkantoren

Donderdag 3 mei 2001; 17.00 – 18.00 uur

Docent: mr K. Frielink

1. Inleiding

Er is veel te zeggen over de aansprakelijkheid van banken en trustkantoren. In de syllabus treft u een beschouwing van mijn kantoorgenoot mr Hoff en mij aan over de relatie van banken met hun cliënten, waarin enerzijds op de gronden van aansprakelijkheid wordt ingegaan (wanprestatie, onrechtmatige daad) en anderzijds op een aantal specifieke onderwerpen die met beleggen in effecten samenhangen. Met dat laatste onderwerp ga ik straks kort aan de slag. Eerst nog enkele andere opmerkingen.

In de vele publicaties (rapporten, pers) over anti-witwasmaatregelen worden offshore financial centers, offshore banken en trustkantoren in verband gebracht met financiële criminaliteit, vluchtoorden voor criminelen en zwart geld. Het is moeilijk opboksen tegen al deze negatieve publiciteit. Wij hebben een paar weken geleden gezien hoe een paar niet of weinig gefundeerde opmerkingen van een OvJ en een MOT-medewerkster tot zeer negatieve publiciteit in onze locale kranten hebben geleid. En reken maar dat de OECD juist dat soort stukken aan haar know how-bestand toevoegt.

Voor diegenen die er niet bij waren: Er vond een bijeenkomst plaats over witwaspraktijken en integriteit van de financiële sector in de Nederlandse Antillen. Met name de OvJ stelde een keer of drie met een beschuldigende vinger naar een zaal vol vertegenwoordigers van banken en trustkantoren “*U meldt erg weinig. U zult daar wel uw redenen voor hebben.*” Daarmee werd op zijn minst gesuggereerd dat op grote schaal werd meegewerkt aan het witwassen van gelden, althans behoorlijk wat ogen werden dichtgeknepen. Een dergelijke verstrekkende beschuldiging kan niet worden hardgemaakt. Het gaat er niet om te verdoezelen dat er praktijken bestaan en bestaan hebben die niet door de beugel kunnen, maar het is wel erg makkelijk om een hele sector in het verdomhoekje te plaatsen. Ik

heb als panelvoorzitter de OvJ met kritische vragen bestookt, waarop geen bevredigende antwoorden kwamen, maar daarover stond niets in de krant. Ongenuanceerde uitspraken zijn kennelijk makkelijker te bevatten, dan genuanceerde. Maar de schade is inmiddels wel aangericht.

De positie van de Nederlandse Antillen, en dus ook van banken en trustkantoren, staat fundamenteel ter discussie. U bent beter dan ik op de hoogte van de FATF- (Financial Action Task Force) en OECD-rapporten en de gevolgen daarvan voor onder andere de Nederlandse Antillen. Discussies over de vraag of er in de Nederlandse Antillen een bankgeheim bestaat en wat de reikwijdte daarvan is, of over de vraag of en in hoeverre trustkantoren meldingsplichtig zijn onder de *Landsverordening Melding Ongebruikelijke Transacties*, of financiële diensten verlenen als bedoeld in de *Landsverordening identificatie bij financiële dienstverlening* zijn zeer recent door mijn collega advocaat Dr Lamp als ‘achterhoede discussies’ aangemerkt. En ik vrees dat hij daarin gelijk heeft. Welke mening je ook over de OECD hebt (het blijft immers een organisatie van bureaucraten, in stand gehouden door 30 min of meer welvarende landen, die zich weinig of niets gelegen laat liggen aan soevereiniteitsdiscussies) en hoezeer je ook bezwaar kunt maken tegen (een deel van) de feitelijke aantasting van de soevereiniteit, het gaat om ontwikkelingen die door ons niet zijn tegen te houden, en waarmee we dus moeten leren leven, en die voor een deel ook kunnen worden toegejuicht. Integriteit is geen vies woord, bepaald niet, en kan als marketinginstrument een serieuze rol vervullen.

Onze fiscale speelruimte wordt meer en meer beperkt door het OECD-streven naar fiscale harmonisatie, eerlijke belastingcompetitie (wat is dat eigenlijk?) en meer uitwisseling van informatie. Maar ook allerlei maatregelen om het witwassen van gelden tegen te gaan hebben een meer verstrekkende invloed. De strafbaarstelling van witwassen, de meldingsplicht van financiële instellingen richting opsporingsautoriteiten (of een voorportaal als het MOT) en de internationale afspraken over samenwerking en uitwisseling van politieke en justitiële informatie (waarover Hertoghs het morgen zal hebben), hebben invloed op de wijze waarop banken en trustkantoren in het algemeen met hun cliënten omgaan. “*Vertrouwen is goed, wantrouwen is beter*” lijkt het toepasselijke motto te zijn geworden.

Het lijkt er op dat deze twee zaken (tegenaan belastingvlucht en tegenaan witwaspraktijken) redelijk tegelijk oplopen, en het zou mij bepaald niet verbazen als tussen de betrokken organisaties enige coördinatie zou bestaan.

Er is dus als het ware een nieuwe periode aangebroken waarbij landen worden aangesproken op de nakoming van hun internationale verplichtingen, en tevens de aard en effectiviteit van de in de verschillende jurisdicties genomen maatregelen tegen het licht worden gehouden. De betrokken rapporten worden vervolgens openbaar gemaakt, zodat transparantie (en dus maximale druk op individuele landen) gegarandeerd is. Zo heeft bijvoorbeeld Oostenrijk onder druk van de internationale gemeenschap op 1 november 2000 een einde gemaakt aan het openen en bezitten van anonieme bankrekeningen: zij hebben zich daar lang tegen verzet, maar gingen uiteindelijk overstag.

Zoals we gisteren van prof. Langereis en mr Van Herksen hebben gehoord, voelt ook Nederland de hete adem van anderen in de nek en voelt zich daarom gedwongen om al te frivole regelingen af te schaffen of in hun toepassing te beperken. Er mag wel belastingcompetitie zijn, maar deze moet voortaan 'fair' zijn (of zoals de Staatssecretaris dat uitdrukt 'te goeder trouw'). Hoewel het knuppeltje dat prof. Langereis gisteren in het hoenderhok gooide over mogelijke procedures van andere staten tegen Nederland, omdat de fiscale wetgeving in het verleden 'niet te goeder trouw' zou zijn geweest en deze staten dus inkomsten hebben gederfd, op zijn zachtst gezegd prikkelend is te noemen, betwijfel ik of daarmee een genoegzame grondslag is gegeven voor een procedure. Hobbels die moeten worden genomen zijn onder andere: soevereiniteits- en immuniteitsvraagstukken, de vraag of sprake is van onrechtmatige wetgeving en wat daar de gevolgen van zijn, welke schade is geleden, welke tegenvorderingen er zijn, enzovoort.

De US Treasury Department heeft een vijftiental landen als 'high risk countries' aangemerkt en op een black list geplaatst, met name door het ontbreken van adequate regelgeving tegen witwaspraktijken (o.a. Bahamas, Cayman Islands, Liechtenstein en Panama). Iedere vorm van zakendoen met deze landen '*should raise a red flag*' en is alleen accep-

tabel wanneer daarvoor een valide reden bestaat. Er is nog een tweede groep landen die in de categorie ‘*primary concern*’ valt (US Department of State, Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs) en ook als high risk worden aangemerkt. Tot die groep behoren onder andere Nederland, de Nederlandse Antillen, Frankrijk, Duitsland, Zwitserland en de USA zelf.

Daarmee wil maar gezegd zijn, dat het gaat om zeer complexe problematiek, die niet exclusief aan offshore-activiteiten is verbonden, en die alleen met mondiaal werkende maatregelen is te bestrijden. Alleen aan symptoombestrijding doen, verschuift de problemen alleen maar. Toen in Nederland de MOT werd ingevoerd, ontstond er een stroom geldwisselaars naar de omliggende landen. Het ene straatje is schoongeveegd, maar het probleem is daarmee niet opgelost. Nog een voorbeeld: In maart 2000 is bij het Amerikaanse Congres het ontwerp HR3886 ingediend: *the International Counter Money Laundering and Foreign Anti-Corruption Act 2000*. Ik weet niet wat de actuele status van het ontwerp is, maar het doel van het ontwerp was om een instrumentarium te bieden waardoor makkelijker de uiteindelijk belanghebbende bij een bankrekening kon worden achterhaald. Het ontwerp was echter slechts gericht op en beperkt tot dollar-transacties. Ook dat zal dus een verschuivingseffect richting andere valuta teweeg brengen.

Het ontwerp voorzag, maar dat terzijde, in de mogelijkheid voor de Amerikaanse Minister van Financiën om niet alleen bij Amerikaanse financiële instellingen informatie op te vragen over de identiteit van hun klanten ingeval er een redelijk vermoeden van betrokkenheid bij witwaspraktijken in een andere jurisdictie is, maar hij zou tevens kunnen bekijken of deze witwaspraktijken plaatsvinden in een land dat als een belastingparadijs bekend staat, waarna hij een dergelijk *low tax-regime* als het ware kan ‘*kaltstellen*’ door bijvoorbeeld financiële transacties met dergelijke landen te verbieden. En dat gaat toch wel heel erg ver, zeker nu slechts van een ‘redelijk vermoeden’ sprake hoeft te zijn.

Al deze ontwikkelingen betekenen dat de Nederlandse Antillen zich als offshore-jurisdictie zal moeten heroriënteren, en zich meer op andere economische takken van sport zal moeten concentreren (toerisme). Het grote punt daarbij is, dat in de gouden jaren de Nederlandse Antillen wel beschikten over grote hoeveelheden liquide middelen, maar dat

deze niet zijn aangewend voor het creëren van continuïteit in de vorm van wezenlijke economische activiteiten. En dat breekt ons nu duidelijk op.

De Nederlandse Antillen kunnen binnen het kader van de door de OECD gewenste ‘gezonde fiscale competitie’ nog wel een rol vervullen, zij het van meer bescheiden aard. Voor banken en trustkantoren betekenen al deze ontwikkelingen wel dat zij, voor zover zij daarmee nog niet zijn begonnen, er verstandig aan doen om hun interne administratie en organisatie zodanig aan te passen, dat zij niet alleen iedere nieuwe cliënt grondig screenen, maar hem in zijn doen en laten ook kritisch blijven volgen, en steeds wanneer twijfel over de goede bedoelingen ontstaat, actie te ondernemen, bijvoorbeeld door met de cliënt in gesprek te gaan en om nadere informatie te vragen. Twijfel kan reeds ontstaan doordat de cliënt zaken doet met personen of vennootschappen in landen die door enige instantie met gezag (OECD, FATF, USA) *black-listed* zijn. Pro-actief optreden, wordt dat wel genoemd. Dat vraagt tot op zekere hoogte een mentaliteitsverandering, maar wel één die noodzakelijk is.

Deze zwaardere taak moet niet te licht worden opgevat. Het enkele feit dat het voor banken en trustkantoren niet altijd even makkelijk is te doorgronden wat de precieze bedoelingen van hun cliënten zijn, betekent niet automatisch dat zij zijn gedisculpeerd, niet naar Nederlands of Nederlands Antilliaans recht, maar waarschijnlijk ook niet naar het recht van een vreemde jurisdictie. En daarin schuilt een afzonderlijk gevaar. Zo zal een bank die geld uitleent aan een entiteit in een andere jurisdictie zich onder meer de vraag moeten stellen of dat in die andere jurisdictie fiscale consequenties heeft, bijvoorbeeld of over de ontvangen rente belasting moet worden betaald in dat andere land, door wie die moet worden ingehouden (bijvoorbeeld de leningnemer als *collecting agent*) en of dat ook daadwerkelijk gebeurt, enzovoort.

Bij grensoverschrijdende dienstverlening en transacties moeten banken en trustkantoren op eieren lopen. Nu over naar het tweede onderwerp van vandaag.

2. Aansprakelijkheid banken en trustkantoren

In zijn algemeenheid doen trustkantoren niet actief aan het geven van beleggingsadviezen of aan vermogensbeheer, waarbij het beheer van een effectenportefeuille aan een professional wordt overgelaten. Natuurlijk kunnen trustkantoren daarbij wel betrokken zijn, bijvoorbeeld doordat zij bestuurder zijn van de vennootschap waarin het te beleggen vermogen zich bevindt. In die rol is het trustkantoor doorgaans instrumenteel en worden de wettelijke beleggingsbeslissingen door anderen genomen.

Aansprakelijkheid van trustkantoren betreft dan ook niet de beleggingsadviezen of beleggingsbeslissingen zelf, want daarvoor zijn immers anderen verantwoordelijk, maar de aansprakelijkheid als bestuurder van een NV of BV. Dat onderwerp is hier echter niet aan de orde. Ik merk daarover slechts op dat voor trustkantoren als bestuurder eenzelfde aansprakelijkheidsregime geldt als voor andere bestuurders van dergelijke vennootschappen. Ten onrechte wordt soms gedacht dat voor trustkantoren een soort verzwakt aansprakelijkheidsregime zou bestaan. Dat is niet zo. Noch het Wetboek van Koophandel, noch de Landsverordening inzake de BV noch het recent ingevoerde Nieuw BW noch de Antilliaanse rechtspraak bieden ook maar enig aanknopingspunt daarvoor.

Ik zal mij dus concentreren op de aansprakelijkheid van banken. Ik spreek gemakshalve over banken en niet over andere effecteninstituten, zoals commissionairs. Voor hen gelden echter dezelfde opmerkingen.

Nog een enkel woord over de reikwijdte van regelgeving. Afgezien van wat specifieke effectenrechtelijke regelgeving (beurs-LV; LV-zeggenschap; strafbaarstelling misbruik voorwetenschap), kennen wij hier niet een algemene wet zoals de Nederlandse *Wet toezicht effectenverkeer 1995*, zoals aangepast door de Nadere Regelgeving 1999. Kort gezegd moet een in Nederland gevestigde of aldaar opererende bank of andere vermogensbeheerder, beschikken over een vergunning. Bovendien zijn er tal van voorschriften die rechtstreeks betrekking hebben op de contractuele relatie met de cliënt: contract moet in schriftelijke vorm; specificatie kosten; het recht op afschriften met een bepaalde inhoud, etc.

De jaarlijks terugkerende vraag is, of een Nederlandse bank die over een vergunning beschikt, en een bijkantoor op Curaçao heeft, ook aldaar deze materiële voorschriften heeft na te leven. U begrijpt dat de *Stichting Toezicht Effectenverkeer* de vraag met ‘ja’ beantwoordt, maar ik ben nog lang niet zover. Voor de eis van bijvoorbeeld vermogensscheiding vind ik nog wel iets te zeggen dat die in dit geval wereldwijd moet gelden, maar voor een specifieke cliëntenovereenkomst gaat mij dat wat ver. Hopelijk mag de rechter zich hierover nog eens uitspreken. (Ik laat hier het eigenlijke banktoezicht door De Nederlandsche Bank en het Baselse gebeuren maar even buiten beschouwing.)

3. Beleggingsadvies

De verantwoordelijkheid voor het resultaat van een beleggingsadvies berust primair bij de belegger. Een belegger neemt immers zelf de beslissing een advies al dan niet op te volgen. Het advies beoogt de belegger slechts in staat te stellen om een verantwoorde beleggingsbeslissing te nemen. Een advies kan echter niet vrijblijvend worden gegeven. Een beleggingsadvies is onzorgvuldig wanneer het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid niet door de bank had mogen worden gegeven. Bij de advisering dient de bank de zorgvuldigheid in acht te nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend deskundige mag worden verwacht.

Een voorbeeld ter illustratie: een belegger verwachtte in februari 1994 dat er een einde was gekomen aan de rentedaling. Hij wilde, om de koerswinst veilig te stellen, een groot deel van zijn obligaties verkopen en de opbrengst daarvan storten op zijn rekening bij Roparco. Zijn bank bracht hem echter op andere gedachten en adviseerde de opbrengst te beleggen in een door de bank beheerd rentegroefonds. Toen de koers van de aandelen in dit fonds bleef dalen, heeft de belegger zijn aandelen met verlies verkocht. In de vervolgens door de belegger aangehangen gemaakte procedure bij (toen nog) de KCE spreken partijen elkaar tegen over hetgeen de bank bij de advisering over het rentegroefonds en het mogelijke renterisico heeft gezegd. De Klachtencommissie stelt dat de bank meer rekening had kunnen houden met de zienswijze en de duidelijke wensen van de belegger, die obligaties verkocht omdat hij in verband met het door hem verwachte einde van de rentedaling zijn koerswinst veilig wilde stellen. Advisering van een deposito of een deelneming in een geldmarktfonds

in plaats van in een obligatiefonds was meer in overeenstemming geweest met de bedoelingen van de belegger. De Klachtencommissie vervolgt dan:

'De opvatting van (de bank), dat het een zorgvuldig advies heeft gegeven, onderschrijft de Commissie op zichzelf niet. Een meer adequaat advies was denkbaar en wenselijk geweest.

Evenwel bestaat naar Nederlands recht aansprakelijkheid voor de resultaten van een advies slechts wanneer dit advies door een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet gegeven had mogen worden. Naar het oordeel van de Commissie is daarvan in het onderhavige geval geen sprake. (De bank) had er weliswaar beter aan gedaan klagers wensen uit te voeren, althans hem te adviseren op de grondslag van diens - niet onzinnige - verwachtingen, maar dit neemt niet weg dat ten tijde van het uitbrengen van het advies velen van mening waren dat er sprake was van een kortstondige rentestijging en dat de rentedaling weer spoedig zou doorzetten.' (KCE 94/34)

Een advies hoeft dus niet goed te zijn en zeker niet het best denkbare advies, maar er moeten wel zinnige argumenten voor kunnen worden aangevoerd. Chiquier gezegd: het moet beleggingsanalytisch kunnen worden onderbouwd.

4. Vermogensbeheer door banken

Op het terrein van het vermogensbeheer houden veel klachten van beleggers verband met het onvoldoende geregeld zijn van de vrije hand-relatie. Zo diende een belegger een klacht in over het vermogensbeheer dat door de bank gedurende een periode van zeven maanden was gevoerd. Het in beheer gegeven vermogen, dat beschikbaar was gekomen als schadevergoeding na een ernstig verkeersongeval, bedroeg bij aanvang f 840.000,-. In de korte beheersperiode zijn door de bank bijna 300 transacties uitgevoerd, waarvoor een provisie van ca. f 93.000,- in rekening was gebracht. De waardevermindering van de portefeuille bedroeg ca. f 329.000,- (inclusief provisie).

De belegger verweet de bank niet gehandeld te hebben op basis van de overeengekomen gematigde activiteit, hetgeen een netto-rendement van ongeveer 4% had moeten opleveren. De bank zou de belegger ook onvoldoende op de hoogte hebben gesteld van de stand van zaken betreffende het vermogen, ondanks de vele verzoeken daartoe. Tenslotte had de bank van de vóór de aanvang van het beheer gemaakte afspraken over het in acht te nemen risiconiveau niets in de tussen partijen gesloten beheersovereenkomst opgenomen.

In lijn met eerder door haar gedane uitspraken stelt de Klachtencommissie voorop dat de bank - in strijd met de regelgeving van de Amsterdamse Beurs, tegenwoordig in strijd met de Wte 1995 zoals gewijzigd in de NR 1999- had nagelaten in de beheersovereenkomst duidelijke afspraken over het vermogensbeheer vast te leggen. De belegger had de bank slechts de vrije hand gegeven. De belegger trof volgens de Commissie in dit verband ook schuld, omdat deze vastlegging van de afspraken had moeten verlangen.

Ik teken daarbij aan dat het niet schriftelijk vastleggen van afspraken op zichzelf geen schadeveroorzakend feit is. Wel kan daardoor twijfel ontstaan over de vraag wat er wel of niet is afgesproken. Bij twijfel moet mijns inziens de niet-professionele partij het voordeel van de twijfel krijgen.

Ten aanzien van de wijze waarop het vermogensbeheer is verricht, stelt de Klachtencommissie dat zij niet aan de indruk ontkomt dat het genereren van provisie mede een rol heeft gespeeld tijdens het door de bank gevoerde beheer. Dit fenomeen wordt wel aangeduid met provisiejagen of 'churning'. Verder is de Commissie van oordeel dat de bank niet het beheer heeft gevoerd dat van een goed huisvader mag worden verwacht. De bank heeft op een agressieve wijze ongebruikelijk veel transacties verricht. Opvallend was ook het grote aantal transacties in futures.

Hiertegenover staat volgens de Commissie dat onweersproken is de stelling van de bank, dat de belegger vóór het beëindigen van de beheersrelatie noch bij de directie noch bij een medewerker van de bank zijn misnoegen op enigerlei wijze kenbaar heeft gemaakt. Ook kon de belegger op grond van de effectennota's en de dagafschriften vaststellen dat er een zeer groot aantal mutaties in de portefeuille was en dat debetposities op de rekening ont-

stonden. Als dit niet strookte met de wensen van de belegger, dan had deze hiertegen bezwaar kunnen aantekenen of het beheer door de bank eerder kunnen doen beëindigen.

Het voorgaande leidde tot het oordeel van de Commissie dat beide partijen naar redelijkheid en billijkheid het vermogensverlies van de belegger in gelijke mate dienen te dragen (KCE 95/16).

Af en toe komen geschillen tussen beleggers en vermogensbeheerders bij de burgerlijke rechter terecht. Eén van de meest recente uitspraken is die van de Hoge Raad van 20 april 2001 in de zaak van een beleggende tandarts tegen Intereffekt Commissionairs uit Joure.

De relatie tussen de belegger en Intereffekt was niet geheel duidelijk. Waarschijnlijk is deze als een adviesrelatie begonnen en is Intereffekt zich meer en meer als vermogensbeheerder gaan opstellen. Vaststaat dat Intereffekt al geruime tijd als vermogensbeheerder optrad voordat zij de belegger een beheerovereenkomst voorlegde. De belegger tekende deze overeenkomst op 9 april 1991. In deze overeenkomst sloot Intereffekt haar aansprakelijkheid voor schade als gevolg van waardedalingen van de effectenportefeuille uit, tenzij haar grove schuld zou kunnen worden verweten.

Of een dergelijke uitsluiting, die in dit geval als een algemene voorwaarde heeft te gelden, stand houdt tegen de achtergrond van de grijze lijst, laat ik hier onbesproken. Belangrijk is dat toen de belegger Intereffekt aansprak op grond van slecht vermogensbeheer, door de rechter een scheiding werd aangebracht tussen de periode zonder en die met een beheerovereenkomst. In de periode zonder beheerovereenkomst kan Intereffekt in beginsel voor iedere tekortkoming worden aangesproken, maar in de periode mét een beheerovereenkomst alléén wanneer sprake is van grove schuld. Het is dus nog maar de vraag of de belegger wel zo blij moet zijn met een schriftelijke vastlegging van de afspraken.

Voor de eerste periode is vastgesteld dat Intereffekt niet heeft voldaan aan één van de meest wezenlijke eisen die in het kader van een vrije handrelatie aan een vermogensbeheerder kunnen worden gesteld, namelijk de verplichting tot vermogensspreiding. Het is een gouden regel dat men niet *“alle eieren in één mandje”* mag stoppen. Hoe hoog het percen-

tage van een vermogen mag zijn dat in één fonds mag worden belegd, hangt af van de aard en omvang van het vermogen, van het bewuste fonds en ook van degene die het oordeel geeft. In het berechte geval werd 25% procent van het vermogen in “Superclub” als teveel geoordeeld.

Er bestaan overigens wel gouden regels hoe niet moet worden belegd, maar geen gouden regels hoe wel moet worden belegd. En daar moet u het maar mee doen!

* * * * *