

# DE ZORGPLICHT: EEN ETHISCHE BEZINNING EN PRAKTISCHE IMPLICATIES

Mr Karel Frielink

Advocaat/partner Spigthoff Advocaten & Belastingadviseurs

Lezing dinsdag 13 mei 2003

*Vereniging voor Effectenrecht*

## 1. Inleiding

Als beoefenaars van het recht bent u vooral geïnteresseerd in het positieve recht: wat houdt het recht in (interpretatie) en hoe moet het worden toegepast? Degenen die met de implementatie van de rechtsregels in hun bedrijfsprocessen zijn belast zitten bovendien met het probleem van de uitvoerbaarheid daarvan en de controle daarop. Vergeet in dat verband niet dat wij als juristen eindeloos kunnen discussiëren over de aard en strekking van een regel, maar dat deze in de praktijk moet worden toegepast door een in de regel niet juridisch geschoolde account manager. Een dergelijke vertaalslag vraagt het nodige van een organisatie die primair beoogt winst te maken.

Vandaag wil ik in afwijking van (of aanvulling op) wat ik eerder over de zorgplicht heb geschreven, stilstaan bij de ethische kant daarvan. Dat houdt een zeker risico in, in die zin, dat u als toehoorder op dat vlak mogelijk onverschillig of cynisch bent, of misschien wel erg paranoia, of bevreesd bent voor de zoveelste preek die wordt afgestoken. Ik neem dat risico graag voor lief.

Het gaat bij ethische vraagstukken, en de naleving van de zorgplicht mag daar in een aantal opzichten toe worden gerekend (met name die voorschriften die de juridische neerslag van normatieve standpunten zijn), niet altijd om een simpel 'goed' of 'fout'. Er moet soms uit alternatieven worden gekozen die niet perse 'goed' of 'fout' zijn. Echte dilemma's dus.

Ik zal niet erg begripsvast zijn. U bent bekend met het onderscheid tussen:

- Moraal: de voor de hand liggende regels die zien op ons gedrag als mens (gij zult niet liegen, gij zult niet stelen);
- Normen: datgene wat we wenselijk vinden en nastreven (gezondheid, blijheid, vrijheid, respect voor mensenrechten);
- Waarden: eigenschappen van mensen die goed zijn voor henzelf en de samenleving (wijsheid, moed, zelfbeheersing), en

- ethiek: de studie van moraal, normen en waarden, ook wel als de studie naar goed en kwaad met betrekking tot menselijk handelen aangeduid.

Een belangrijke norm die aan ons effectenrecht ten grondslag ligt, is dat beleggers op voet van gelijkheid moeten kunnen opereren. Het gebruik van bijvoorbeeld voorwetenschap wordt unfair en oneerlijk gevonden. Een andere norm is dat een effecteninstituting moet handelen in het belang van de cliënt en dat bij de *uitvoering* van opdrachten de belangen van de cliënt boven die van de effecteninstituting gaan (art. 25 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002). Een effecteninstituting mag niets doen dat het adequaat functioneren van effectenmarkten of het vertrouwen van beleggers daarin zou kunnen schaden. Dit zijn allemaal normen die op de een of andere wijze onder de noemer van de 'zorgplicht' zijn te brengen. De zorgplicht heeft dan ook een ethische dimensie. Maar daarmee is nog niet gezegd wat ethisch correct handelen is.

## **2. Waarom de zorgplicht in acht nemen?**

De aandacht voor toegepaste ethiek, waaronder bedrijfsethiek, die in de afgelopen jaren zichtbaar is gegroeid, komt niet direct voort uit een algemene toewijding voor deugdzaamheid, waarheid en rechtvaardigheid. Mijn inschatting is dat die aandacht het gevolg is van meer en minder omvangrijke schandalen die zich hebben voorgedaan en die niet alleen op een behoorlijke dosis publieke verontwaardiging kunnen rekenen, maar ook juridische implicaties hebben, variërend van aansprakelijkheid tot strafrechtelijke vervolging. Een deel van de Nederlandse effectenregelgeving, de afschaffing van de zelfregulering ter beurze en de aandacht voor de mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders bijvoorbeeld, hangt direct samen met de schandalen rond Nusse Brink en Regio Effect. De politieke aandacht voor de zorgplicht lijkt vooral door de affaire van Rabobank Doetinchem te zijn veroorzaakt. Voor een deel gaat het daarbij om ad hoc-regelgeving waarmee wordt gepoogd geconstateerde misstanden tegen te gaan, en al te lang heeft het daarbij ontbroken aan een duidelijke visie. De effectenregelgeving ontbeert een strakke architectuur. Over de gebrekkige kwaliteit van de regelgeving heb ik al eerder mijn licht laten schijnen en mijn standpunt zal ik hier niet herhalen.

Ons recht is met de zorgplicht doordrenkt. Dat is niet iets van de afgelopen jaren. Een begrip als de 'zorg van een goed huisvader' treffen we al eeuwen aan. En die zorgplicht betreft allerlei uiteenlopende situaties: de zorg van een goed vruchtgebruiker, de zorg van de arts voor de patiënt, de zorg van de meester voor de leerling, de zorg van de ouders voor elkaar en hun kinderen, de zorg voor gevangenen, de zorgplicht van de werkgever, de zorgplicht van advocaten voor hun cliënten, de zorgplicht tussen sportbe-

oefenaren (ook bij niet-contactporten, zoals speerwerpen, waarbij ook op de organisator van het evenement een zorgplicht rust, al was het maar om ervoor te zorgen dat speerwerpen ook een niet-contactsport blijft), enzovoort.

De zorgplicht is niet een typisch Nederlands fenomeen; in de Westerse traditie speelt het een wezenlijke rol. Het wordt veelal in verband gebracht met het begrip *professional* (de professionele dienstverlener). De professional heeft een bepaalde expertise (kennis en ervaring) met behulp waarvan hij diensten aan een cliënt verleent. Dat hij daarbij de nodige zorg moet betrachten wordt algemeen en zonder voorbehoud aangenomen, ongeacht of dat in concrete gevallen in wet- en regelgeving is gestipuleerd. Kennelijk is de gedachte dat als het iemands taak is een ander (een cliënt) te bedienen, terwijl hij zich door zijn expertise niet in een gelijke positie als die persoon bevindt, hij dus gehouden is zorgvuldig met de belangen van die ander om te gaan. Deze notie is zo vanzelfsprekend dat het zelfs vreemd aandoet om die zo onder woorden te brengen. Het is de figuurlijke open deur.

Die zorgplicht houdt in algemene zin in dat gedaan moet worden van goed is voor de cliënt: de cliënt mag geen schade worden toegebracht, het toebrengen van schade door anderen moet worden vermeden of worden geredresseerd, en de belangen van de cliënt moeten worden gediend. Als gezegd gaat het hier om vanzelfsprekende, maar tamelijk algemene noties. Hoewel de cliënt zich in zekere zin in een afhankelijke positie bevindt, mag en kan hij ervoor kiezen de adviezen van de professional niet op te volgen. In de relatie arts – patiënt, waarin het verschil in kennis in de regel zeer groot is en er niet zelden veel op het spel staat, spreekt dat het meest duidelijk, en moet het 'paternalisme' van de arts uiteindelijk wijken voor de autonomie van de patiënt. Bij minder existentiële aangelegenheden, zoals het al dan niet opvolgen van een beleggingsadvies, geldt echter hetzelfde.

De zorgplicht wordt door velen in de effectenbranche als een kwelgeest ervaren. Deze kwelgeest doet met name in een bear-market van zich spreken: dan komen de klachten los. In de jaren negentig van de afgelopen eeuw werd natuurlijk ook veelvuldig minder goed met de zorgplicht omgegaan, maar dat werd óf niet opgemerkt óf met de mantel der liefde bedekt.

Dat de zorgplicht als een kwelgeest wordt ervaren is ook wel begrijpelijk, omdat uit een schending van de zorgplicht aansprakelijkheid voortvloeit. En omdat de zorgplicht maar gedeeltelijk door wet- en regelgeving is ingekleurd, en we overigens dus van de burgerlijke rechter en de Klachtencommissie DSI afhankelijk zijn, is niet altijd op voorhand dui-

delijk wat die zorgplicht in een concrete situatie voorschrijft. Anders gezegd: je kunt tamelijk onverwacht met aansprakelijkheid worden geconfronteerd. En daarbij komt dat een effecteninstelling in het 'hier en nu' en niet zelden à la minuut allerlei afwegingen moet maken, waarvan er één of meer, maanden of jaren later, in de rust waarmee procedures zijn omgeven en na een uitvoerige uitwisseling van standpunten tegen het licht worden gehouden. Dat vraagt nogal wat van effecteninstellingen.

Daarmee is een eerste reden gegeven om de zorgplicht serieus te nemen: het vermijden van aansprakelijkheid. Maar dat is vooral een negatieve reden, ingegeven door de wens om geen schadevergoeding te willen betalen.

Een meer positieve reden is dat het naleven van de zorgplicht en bedrijfsethiek in het algemeen zakelijk gezien verstandig kan zijn. In veel gevallen zal ethisch correct handelen op waardering van de klanten kunnen rekenen, in overeenstemming met het recht zijn en bovendien een optimaal rendement voor de onderneming voortbrengen. Veel ondernemers hebben voor dit soort zaken, zorgplicht en ethiek als marketinginstrument, een neus. Wat voor individuele ondernemingen geldt, kan overigens ook voor landen gelden: in 1999 hebben Spigt en ik in het WPNR (6356 /1999, blz. 362-367) betoogd dat de Nederlandse Antillen kwalitatief goede wetgeving tegen o.a. witwaspraktijken als marketinginstrument moeten inzetten.

Maar ook hier behoeft het ideaalbeeld nuancering. Zal een belegger immers niet méér (of in de regel uitsluitend) geïnteresseerd zijn in het voor hem behaalde resultaat, dan in de vraag of dat resultaat ethisch respectievelijk met warme naleving van de zorgplicht is behaald? Betekent dat dan niet dat niet alleen sommige (medewerkers van) effecteninstellingen, maar ook (vele) beleggers moeten worden opgevoed? Wezenlijk lijkt mij dat effecteninstellingen eerst zelf aangeven waarvoor ze gaan en staan: dus een soort ethisch of maatschappelijk profiel opstellen, en daardoor 'herkenbaar' worden.

Als we een notie van rechtvaardigheid hebben en daar serieus inhoud aan willen geven, dan wordt het naleven van de zorgplicht van binnenuit gedreven en gemotiveerd. Het gaat dan niet om een norm die van buitenaf wordt opgelegd (en dus bijna per definitie de kans loopt weerstand op te roepen), maar om een norm waarmee wij ons vereenzelvigen. En het gaat daarbij niet om een soort 'wie goed doet, goed ontmoet' in concrete zin. Het gaat veeleer om het streven naar een meer rechtvaardige samenleving en dus om een abstractie waar wij als praktijkjuristen in de regel wat verder of misschien wel heel ver vanaf staan.

Een voorbeeld. Een advocaat die een zwakke zaak heeft kan twee dingen doen: trachten tot een schikking te komen of het toch op een procedure laten aankomen, misschien in de hoop dat zijn cliënt een langere adem heeft dan de wederpartij. De zorg voor de eigen cliënt (en tot op zekere hoogte die voor de wederpartij) zou de advocaat wel eens kunnen dwingen om te trachten een schikking te bereiken, hoewel hij zelf (al dan niet vanwege welbegrepen financieel eigenbelang) liever zou procederen. Door het belang van de cliënt zwaarder te laten wegen handelt hij in overeenstemming met hetgeen er maatschappelijk van hem wordt verwacht. Wanneer dat het richtsnoer van velen is, mag worden aangenomen dat de samenleving er als geheel minder onrechtvaardig door wordt. Verdedigd kan worden dat het zijn van professional een dergelijke verantwoordelijkheid met zich brengt.

Aan allerlei mogelijke calculaties waag ik mij niet. Zo kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of het belang van de cliënt moet wijken voor dat van de (meerderheid in de) samenleving, aangenomen dat dergelijke belangen zijn te identificeren en tegen elkaar af te wegen. Dat is overigens geen nieuwe vraag en in de een of andere vorm al terug te vinden bij de oude Grieken en in de Bijbel. Waar het mij om gaat is om aandacht te vragen voor een zekere bezinning omtrent de motieven voor het naleven van de zorgplicht. Niet dat er nu snel nog wat cursussen bedrijfsethiek moeten worden gegeven, maar er lijkt mij een correlatie te bestaan tussen een bedrijfscultuur en de wijze waarop de mensen die namens het bedrijf handelen zich gedragen. Dat betekent dat, voor zover dat nog niet is gebeurd, er een lange termijnstrategie moet worden ontwikkeld waarin dit vraagstuk expliciet aandacht krijgt. Dat houdt in dat niet alleen het streven naar rendement aandacht moet krijgen, rendement van de onderneming als geheel en de inkomsten (bonussen) van het individu, omdat geld nu eenmaal corrupteert (en de gevolgen daarvan zijn in de effectenwereld sterker voelbaar dan in bijvoorbeeld de medische), maar er ook oog moet zijn voor de positie van de onderneming in de samenleving en de verantwoordelijkheden die een dergelijke positie meebrengen. Verantwoord ondernemen (ruim opgevat) is niet een begrip dat exclusief ter linkerkant in het politieke spectrum kan worden geclaimd. En de zorg voor de samenleving begint in dit geval bij de zorg voor het individu waarmee een contractuele relatie bestaat.

### **Stelling 1:**

De zorgplicht wordt beter nageleefd wanneer dat als goed voor de belegger, de effecteninstelling en de betrokken medewerker wordt gezien, dan wanneer dat alleen maar wordt gedaan omdat het juridisch moet.

### 3. Enkele praktische implicaties

Dat klinkt natuurlijk heel mooi, maar de realiteit is dat naast goede eigenschappen bij mensen ook slechte eigenschappen een rol spelen, zoals angst (het niet durven opbiechten van fouten en ze daarom blijven maken; vgl. Nick Leeson) en simpele hebzucht ('als mijn zakken maar worden gevuld'). Beide eigenschappen maken mensen kwetsbaar. Het komt er dan ook op aan hoe je als effecteninstelling deze mensen en hun eigenschappen weet te identificeren en vervolgens voor zover mogelijk te begeleiden. En dat is nog niet zo makkelijk, onder meer door de omvang van vele effecteninstellingen, gedecentraliseerde verantwoordelijkheden en bevoegdheden, complexe bedrijfsprocessen, een snel wisselend personeelsbestand en minder sociale bindingen en controle.

De zorgplicht zoals die in de loop der tijd vorm heeft gekregen dwingt effecteninstellingen tot wezenlijke aanpassingen, bijvoorbeeld met betrekking tot hun interne systeem van *checks and balances*, compliance, het opstellen van profielen, het informeren van beleggers, etcetera. Maar bovendien dwingt deze tot een herbezinning op de dienstverlening. De inhoud en omvang van de zorg die kennelijk wordt verwacht kan niet aan grote groepen mensen tegelijk worden aangeboden. Denk in dat verband aan de hoeveelheid tijd die alleen al met *intake* gesprekken is gemoeid. Maar het kleinschaliger maken van de effecteninstelling om die uitgebreide zorg aan een beperkte groep beleggers wel te kunnen geven, roept natuurlijk de vraag op naar de economische haalbaarheid daarvan. En dus proberen effecteninstellingen het midden te houden tussen de eisen van de zorgplicht aan de ene kant en het bedienen van zoveel mogelijk beleggers aan de andere kant. Zo is er bijvoorbeeld bij allerlei effecteninstellingen een minimumgrens gekomen voor vermogensbeheer. En wordt gepoogd de grote massa cliënten zoveel mogelijk op het niveau van *execution only* te houden, bij voorkeur via beursorderlijnen. De zorgplicht bij beursorderlijnen reikt immers veel minder ver dan bij een reguliere adviesrelatie en het *intake* gesprek kan worden vervangen door een on-line vragenformulier (de onpersoonlijke dienstverlening).

Maar het voorgaande neemt niet weg dat er nog steeds ten aanzien van grote groepen beleggers een bijzondere zorgplicht bestaat. Het enkel op papier zetten van interne instructies of een *code of conduct*, maakt nog niet dat die zorgplicht ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Daarvoor moet een bepaalde cultuur worden gecreëerd, die al begint bij het aannamebeleid. Er is niets op tegen om een sollicitant ook enkele ethische kwesties voor te leggen om te zien hoe hij daarop reageert (dat gaat dus verder dan de plicht om inlichtingen in te winnen met het oog op de deskundigheid en betrouwbaarheid van de sollicitant; art. 42 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 en art. 12 Nadere Regeling prudentieel toezicht effectenverkeer 2002). Maar dat is niet genoeg. Het is

mijn overtuiging dat alleen door middel van intensieve sessies de 'normen en waarden' op de betrokken personeelsleden kunnen worden overgebracht, zodat die gaan leven en bepalend worden voor het dagelijkse doen en laten.

Wezenlijk daarbij is dat dit proces van bovenaf wordt gestuurd, dat wil zeggen door de voorzitter van de Raad van Bestuur. Die heeft immers een voorbeeldfunctie. Hij moet niet alleen het belang van dergelijke regels onderstrepen, maar bij herhaling zijn eigen commitment tonen onder andere door bij enkele van genoemde sessies zelf aanwezig te zijn. Andere leden van de Raad van Bestuur zouden dergelijke sessies ook moeten bijwonen en daarin moeten participeren. Voor sector-, afdelings- en andere hoofden of managers geldt hetzelfde. Een voortdurende en breed gedragen dialoog is meer waard dan enkel schriftelijke instructies. Dergelijke instructies worden bovendien te gemakkelijk als *window dressing* aangemerkt.

In dat verband moet de Raad van Commissarissen evenzeer worden genoemd. Dit orgaan moet niet voor niets toezicht op de effecteninstelling uitoefenen. De RvC heeft mede tot taak er op toe te zien dat ook bestuurders de toepasselijke voorschriften naleven. Bij het benoemen van commissarissen moet er ook op worden gelet dat de betrokkenen in staat zijn ook dit aspect van hun taak uit te oefenen. Aangezien de rol van de RvC als gevolg van de maatschappelijke ontwikkelingen (m.n. de diverse boekhoudschandalen en de discussies over de beloning van en exitregelingen voor bestuurders, alsmede de handel in effecten door bestuurders en commissarissen) de komende jaren toch al moet en zal veranderen, opdat beter en meer kritisch toezicht zal worden uitgeoefend, kan dit aspect direct worden meegenomen.

De effectiviteit van een code of conduct is dus afhankelijk van de inhoud, het commitment van de managers, het draagvlak bij de medewerkers, de implementatie in de bedrijfsprocessen en de institutionalisering, in het bijzonder de verantwoording en rapportage. En bij dat laatste speelt de RvC een wezenlijke rol. De effectiviteit van zelfregulering zal waarschijnlijk veel beter zijn dan wanneer enkel op van overheidswege opgestelde regels moet worden teruggevallen.

Terzijde merk ik op dat gezien de anti-witwaswetgeving, de verplichte identificatie bij (financiële) dienstverlening en in zijn algemeenheid de wetgeving die criminaliteit beoogt te voorkomen (gebruik voorwetenschap), effecteninstellingen niet zonder een behoorlijke integriteitstraining kunnen. Had bijvoorbeeld de employé van het KBC filiaal te België de order van Boonstra om Endemol-aandelen te kopen niet moeten weigeren, nu om discretie was gevraagd, in plaats van het tegenovergestelde te doen, en intern van de daken te

schreeuwen dat iedereen ook in Endemol moest gaan? Dit is het soort vragen dat onder ogen moet worden gezien.

Bevorder ook dat er wordt geklikt en open de mogelijkheid dat anoniem te doen. Naarmate een organisatie groter wordt, blijft steeds meer informatie hangen op een te laag niveau, waardoor problemen niet of te laat worden onderkend. Wordt een probleem eenmaal ontdekt, dan zullen collega's van de boosdoener niet zelden reeds geruime tijd daarvan op de hoogte blijken te zijn, zonder dat zij daarmee iets hebben gedaan. Ik praat bewust over 'klikken', hoewel dat begrip door onze opvoeding een negatieve klank heeft; het is een vorm van sociale controle. Maar het belang van de organisatie als geheel is veel meer gediend bij het tijdig vanuit de eigen organisatie opvangen van signalen waardoor problemen kunnen worden aangepakt, dan wanneer van die problemen eerst blijkt uit een geschil met een cliënt of door een onderzoek van de toezichthouder. De compliance officer zou in dit verband als vertrouwensfiguur kunnen functioneren en dit zou dan in een intern reglement moeten worden opgenomen. Terzijde wijs ik in dat verband op de administratie- en rapportageplicht ex art. 39 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 en art. 11 Nadere Regeling prudentieel toezicht effectenverkeer 2002: een effecteninstituting moet alle overtredingen van de eigen medewerkers van de effectenregelgeving registreren en daaromtrent aan de AFM, of ingeval van een kredietinstelling aan DNB, (op geaggregeerd niveau) ieder kwartaal rapporteren. Aldus wordt gepoogd het integriteitsbesef in alle geledingen van de effecteninstituting te bevorderen én te bewaken.

Ik noemde terloops de Bijbel. Een goed devies is natuurlijk: breng ons niet in verzoeking. Een gevoelig punt, dat ik toch noem: als adviseurs en beheerders extra worden beloond aan de hand van bijvoorbeeld de gegenereerde provisie, dan kan dat voor sommigen betekenen dat ze in de verleiding worden gebracht om zich niet-ethisch te gedragen en bijvoorbeeld op provisiejacht te gaan. Op zich is een dergelijke beloning niet verkeerd (wie ben ik om die anderen te ontzeggen?), vermits er maar goede controlemechanismen zijn op het doen en laten van deze adviseurs en vermogensbeheerders. Op het vlak van de analistenrapporten heeft ABN AMRO Bank het roer recent omgegooid.

### **Stelling 2:**

Regels zijn niet voldoende; er moet een top-down commitment en betrokkenheid zijn, mede blijkend uit een voortdurende en open dialoog.



#### 4. De synthese?

Het aantal schendingen van de zorgplicht, voor zover die uit de rechtspraak en waarnemingen blijkt, is wat mij betreft nog steeds te groot. Ontbreekt het de effecteninstellingen of sommige medewerkers daarvan aan goede wil? Zo moeilijk kan het toch niet zijn, zou je denken, om die zorgplicht na te leven. Zo simpel lijkt het mij niet te liggen.

Eén van de verklaringen zou kunnen zijn dat allerlei externe regels in het leven zijn geroepen zonder dat er enig empirisch onderzoek naar de zin daarvan is uitgevoerd. Regels die een ad-hoc karakter dragen omdat ze op één specifiek geval van onrecht zijn toegesneden of zijn bedacht in een werkkamer ten departemente of bij een toezichthouder. Normen en waarden zijn nuttig, omdat ze aangeven hoe we ons ten opzichte van anderen moeten opstellen. Maar hoe moeten die normen en waarden luiden?

Een synthese tussen mijn vertrekpunt (een globale ethische verkenning) en de praktische implicaties (met name de implementatie) is misschien wel daarom zo moeilijk, omdat het ingewikkeld is om die "normen en waarden" te formuleren. Ook ik heb vandaag in redelijk vage termen gesproken: ik heb bijvoorbeeld niet de vraag beantwoord wat ethisch correct handelen is. En misschien moeten we daarmee eens beginnen: in gezamenlijk overleg in kaart proberen te brengen wat de uitgangspunten van ethisch correct handelen zijn, welke waarden worden nagestreefd en met name hoe die zich in concrete situaties vertalen. En dat is een wezenlijk andere benadering dan een overvloed aan regels over de effecteninstellingen uitstorten, die vervolgens maar moeten zien hoe ze die in hun bedrijfsprocessen toepasbaar maken. Het resultaat van deze speurtocht zou heel wel de vorm van een *code of conduct* kunnen krijgen. En dan komt het formuleren van de norm (mede) te liggen op het niveau waarop de norm moet worden toegepast: dat van de effecteninstellingen. Maar dan is wel vereist dat die effecteninstelling hun krachten bundelen en hiervan serieus werk maken!

\*\*\*