

een cliënt over facturen of contante betalingen na (herhaalde) bevragingen alle aanleiding om te denken aan een ongebruikelijke transactie. Dat zou betekenen dat de transacties vanaf dat moment wel als ongebruikelijk konden worden aangemerkt, maar dus niet – zoals het BFT had gedaan – van meet af aan.

9. Wat kan hier voor de praktijk uit worden geleerd? De overgang tussen onderzoeks- en meldplicht is aan de hand van de overweging van de rechtbank objectiever te omlijnen. Wanneer een instelling nog niet direct kan beoordelen of een transactie ongebruikelijk is, en de transactie vooral vragen oproept, moet zij die stellen aan de cliënt teneinde een plausibele verklaring, onderbouwd met concrete, objectieve gegevens, te ontvangen. Indien er geen reactie volgt of de ongebruikelijkheid van de transacties niet is weggenomen door een plausibele, onderbouwde verklaring, is een onverwijfde melding verplicht.

10. Stilstaan door de instelling is ieder geval geen optie, want dan riskeert de instelling alsnog boeteoplegging wegens schending van de verplichting om doorlopend cliëntenonderzoek te verrichten (art. 3 lid 2 aanhef en onder d Wwft). Het missen van belangrijke witwassignalen kan vervolgens over de band van de (verhoogde) verwijtbaarheid van de overtreder door de toezichthouder worden meegewogen en daarmee leiden tot een hoger boetebedrag.

11. Kortom, de overwegingen van de rechtbank overstijgen naar ons oordeel de concrete uitspraak en hebben daarmee voor de praktijk toegevoegde waarde ter verduidelijking van het grijze gebied tussen art. 3 en art. 16 Wwft. Niet alleen de rechtszekerheid wordt gediend met deze uitspraak doordat steeds helderder wordt waar de toepassing en uitwerking van art. 16 Wwft in de praktijk op neerkomt; de uitspraak maakt ook duidelijk dat de bestuursrechter de noodzakelijke rechtsbescherming biedt aan de rechtzoekende op het moment dat de feiten de overtreding (nog) niet kunnen dragen. Het voorgaande past bij de wijze waarop de bestuursrechter de afgelopen jaren steeds kritischer is geworden richting overheden en toezichthouders die

overgaan tot oplegging van een bestuurlijke boete. Wordt vast snel vervolgd.

mr. M. Altena en mr. B.A.J. Haagen
beiden zijn werkzaam als jurist bij het Expertisecentrum Interventie en Handhaving van De Nederlandsche Bank NV

Deze noot is geschreven op persoonlijke titel.

66

Aansprakelijkheid voor gedragingen van financiële franchisenemers

Rechtbank Amsterdam
4 november 2020, nr. HA ZA 20-669,
ECLI:NL:RBAMS:2020:5408
(mr. Jongeneel, mr. Bakker, mr. Haentjens)
Noot mr. M.H.P. Claassen

Geen risicoaansprakelijkheid centrale vergunninghouder voor gedragingen van aangesloten ondernemingen. Strekking van art. 2:105 lid 3 Wft.

[Wft art. 2:105 lid 3, 4:5 lid 1]

Vooropgesteld wordt dat de vennootschap HVA een van HVC te onderscheiden rechtspersoon is; zij vormt immers ondanks haar (franchise)relatie tot HVC geen orgaan van HVC. Voor de vraag of het handelen van [naam medewerker]/HVA aan HVC moet worden toegerekend, moet daarom worden beoordeeld of de frauduleuze gedragingen in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als het handelen van HVC, dan wel aan haar kunnen worden toegerekend, zodat HVC civielrechtelijk als dader van de onrechtmatige daad respectievelijk wanprestatie kan worden aangemerkt. Daarbij is de vraag of het bepaalde in art. 2:105 lid 3 Wft deze civielrechtelijke aansprakelijkheid met zich brengt.

Gezien het wettelijk systeem is duidelijk dat de strekking van art. 2:105 lid 3 Wft is dat met "het handelen en het nalaten te handelen van de aangesloten onderneming" is bedoeld het handelen of nalaten dat relevant is voor de beoordeling of is voldaan aan de in de afdelingen 2.2.5-2.2.11 Wft bedoelde vergunningsplichten en -eisen en de in afdeling 2.3.6 en 2.3.7 Wft bedoelde mel-

dingsplichten. Het gaat met andere woorden om een toezichtrechtelijke en niet een civielrechtelijke aansprakelijkheid van de centrale vergunninghouder voor de aangesloten ondernemingen.

Dit oordeel vindt steun in de wetsgeschiedenis, waarin de wetgever overwoog dat de houder van een collectieve vergunning over voldoende statutaire bevoegdheden jegens de bij hem aangesloten ondernemingen moet beschikken "om gedragingen van een aangesloten onderneming tegen te kunnen gaan die in strijd zijn met de in het derde lid genoemde bepalingen" en dat de toezichthouder de collectieve vergunninghouder een aanwijzing kan geven voor gedragingen of nalaten van een bij die vergunninghouder aangesloten instelling, maar alleen "uiteraard voorzover het gaat om een normovertreding die op grond van de wet [bedoeld is: de Wft] aan de collectieve vergunninghouder kan worden toegerekend (...)." Een ruimere strekking zoals door het Kifid aangenomen, die neerkomt op een civielrechtelijke risicoaansprakelijkheid van de centrale vergunninghouder (een rechtspersoon zoals bedoeld in art. 2:105 lid 1), in dit geval HVC, voor het handelen en nalaten van een bij die rechtspersoon aangesloten onderneming (in dit geval HVA) inzake "het adviseren van financiële producten en de bemiddeling daarin" kan in art. 2:105 lid 3 Wft niet worden gelezen. Of een franchisegever in civielrechtelijke zin aansprakelijk is voor het handelen of nalaten van een franchisenemer moet in een concreet geval worden beoordeeld aan de hand van de desbetreffende civielrechtelijke maatstaf. Daarbij kan een verleende vergunning als bedoeld in art. 2:105 Wft een relevante omstandigheid zijn, bijvoorbeeld als een aangesloten onderneming niet voldoet aan de vergunningseisen en derden daardoor schade lijden, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval.

Uit art. 2:105 lid 3 Wft kan niet worden afgeleid dat de centrale vergunninghouder voor het handelen en nalaten van een bij die rechtspersoon aangesloten onderneming inzake "het adviseren van financiële producten en de bemiddeling" altijd civielrechtelijk aansprakelijk is. Maar die bepaling kan wel meebrengen dat de centrale vergunninghouder naast de aangesloten onderneming aansprakelijk is voor een fout bij het door de aangesloten onderneming "adviseren van financiële producten en de bemiddeling", indien die fout wordt veroorzaakt doordat de aangesloten onderneming niet voldoet aan de in art. 2:105 lid 3 Wft

bedoelde vergunningsplichten en -eisen. De gevorderde verklaring voor recht is met betrekking tot een risicoaansprakelijkheid van HVC voor HVA dus te algemeen geformuleerd.

Hypotheek Visie Centrale BV te Best, eiseres, advocaat: mr. A.Ch.H. Franken, tegen

1. [gedaagde sub 1],

2. [gedaagde sub 2],

gedaagden,

advocaat: mr. F.H. Oosterloo

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Hypotheek Visie is een franchiseorganisatie. Een van de franchisenemers is Hypotheek Visie Apeldoorn (hierna: HVA).

2.2. [gedaagden] heeft zich voor advies en bemiddeling bij de aankoop en financiering van een nieuwe woning gewend tot HVA.

2.3. Bij HVA was [naam medewerker] werkzaam. [naam medewerker] heeft fraude gepleegd bij zijn advisering en bemiddeling, waardoor [gedaagden] een schade heeft geleden van € 33.000,-. De fraude bestond hierin dat [gedaagden] op advies en met bemiddeling van [naam medewerker] een lening heeft afgesloten bij Defam. Deze lening was bedoeld voor het aflossen van de restschuld op de oude woning en de financieringskosten in verband met een nieuwe woning. Op het moment van afsluiten van de lening bij Defam bleek [gedaagden] deze lening niet meer nodig te hebben. Inmiddels was namelijk gebleken dat zowel de restschuld als de financieringskosten konden worden gefinancierd door een eveneens via [naam medewerker] ten behoeve van de nieuwe woning lopende kredietaanvraag bij ABN AMRO. Niettemin stelde [naam medewerker] voor het kredietverleningsproces bij Defam niet te staken, maar bij totstandkoming van de lening deze direct via hem weer af te lossen. [gedaagde sub 1] betaalde daartoe op 22 februari 2017 de door Defam verstrekte lening aan [naam medewerker] (op een rekening op naam van [naam bedrijf]). Anders dan afgesproken, heeft [naam medewerker] het door [gedaagden] betaalde bedrag niet gebruikt om de lening bij Defam volledig af te lossen.

2.4. De advisering en bemiddeling van HVA geschieden op basis van het "Informatiedocument

Hypotheek Visie Apeldoorn”, waarin [gedaagden] werd geïnformeerd over de door HVA aan [gedaagden] te verlenen diensten. Onderdeel van dit document vormen de Algemene Voorwaarden Hypotheek Visie, die op grond van het Informatiedocument op de dienstverlening van toepassing zijn. Artikel 11 van deze Algemene Voorwaarden bepaalt:

“Artikel 11 Franchiseorganisatie

Hypotheek Visie is een franchiseorganisatie met vestigingen die werkzaam zijn voor eigen rekening en risico. Hypotheek Visie Centrale B.V. is als franchisegever jegens derden niet aansprakelijk voor het handelen en of nalaten van haar vestigingen en de eventuele gevolgen daarvan.”

2.5. [gedaagde sub 1] heeft over de onder 2.3 bedoelde fraude een klacht ingediend bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: Kifid). Dit heeft geleid tot een tussenuitspraak van 29 januari 2020, waarin onder meer als volgt is overwogen:

“4.4. HVC voert in het verweerschrift aan, voor zover HVA aansprakelijk zou zijn voor de door Consument geleden schade, als franchisegever niet aansprakelijk te zijn voor het handelen van HVA. Volgens HVC zijn zij (als franchisegever) en HVA als franchisenemer zelfstandige entiteiten, zowel economisch als juridisch. HVC kan (op grond van de voorwaarden tussen HVC en HVA) niet aansprakelijk worden gehouden voor fouten van HVA.

4.5. De Commissie overweegt dat HVA ten tijde van het adviseer- en bemiddeltraject een franchisenemer van HVC was. De Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) heeft aan HVC een vergunning verleend voor het verlenen van financiële diensten. Op grond van artikel 2:105 eerste lid Wft bestaat de mogelijkheid dat deze aan HVC verstrekte vergunning mede strekt ten behoeve van bij HVC aangesloten ondernemingen. HVC heeft van die mogelijkheid gebruik gemaakt, zo blijkt uit het register financiële dienstverlener van AFM. Dat register vermeldt namelijk onder meer HVA als aangesloten instelling bij HVC. Daar gebruik te maken van deze door de Wet geboden mogelijkheid, geldt het handelen en nalaten van HVA inzake het adviseren van financiële producten en de bemiddeling daarin, als het handelen en nalaten van HVC (artikel 2:105 lid 3 Wft). Dat betekent dat HVC aansprakelijk gehouden kan worden voor het handelen van HVA. Hoe HVC en HVA hun onderlinge verhouding hebben

vormgegeven, valt buiten deze klachtprocedure (Geschillencommissie Kifid 2019-245).”

2.6. De onder 2.5 aangehaalde uitspraak is niet bindend en er staat geen hoger beroep tegen open.

3. *Het geschil*

3.1. HVC vordert te verklaren voor recht dat zij als centrale vergunninghouder niet risicoaansprakelijk is jegens [gedaagden] voor het frauduleus handelen van [naam medewerker] c.a. (de rechtbank leest: c.q.) Hypotheek Visie Apeldoorn als aangesloten onderneming in de zin van artikel 2:105 lid 3 Wft.

3.2. HVC legt kort gezegd aan het gevorderde ten grondslag dat het Kifid in de onder 2.5 aangehaald uitspraak ten onrechte heeft geoordeeld dat uit artikel 2:105 lid 3 Wft een civielrechtelijke risicoaansprakelijkheid van HVC als centrale vergunninghouder kan worden afgeleid. Bij franchising zijn de franchisenemer en de franchisegever zelfstandige entiteiten zowel economisch als juridisch. De ratio van de collectieve vergunning is dat het toezicht op de aangesloten instellingen via de centrale rechtspersoon loopt. De centrale vergunninghouder is in toezichtrechtelijk opzicht “risicoaansprakelijk” voor gedragingen van de aangesloten ondernemingen. Dit geldt echter jegens de toezichthouder, hierop kan door derden geen beroep worden gedaan. Bovendien geldt in het algemeen dat de Wft is gericht op marktregulering en dat de doeleinden van de Wft anders zijn dan die van het burgerlijk recht. Het schenden van de Wft kan tot aansprakelijkheid leiden, maar dat hoeft niet. De civiele rechter maakt een eigen afweging, aldus HVC.

3.3. HVC verzoekt de rechtbank alvorens te beslissen de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag te stellen: “Brengt artikel 2:105 lid 3 Wft met zich dat een centrale vergunninghouder jegens derden risicoaansprakelijk is voor het handelen en nalaten van via deze collectieve vergunning aangesloten ondernemingen?”

3.4. [gedaagden] onderschrijft de feiten zoals omschreven in de dagvaarding. Hij betwist dat HVC niet aansprakelijk is jegens hem in verband met de fraude gepleegd door [naam medewerker]. Voor de onderbouwing van zijn standpunt verwijst [gedaagden] naar het oordeel van het Kifid in de onder 2.5 aangehaalde tussenuitspraak. [gedaagden] refereert zich voor de beantwoording van de in dit geding aan de orde gestelde zuivere rechtsvraag aan het oordeel van de rechtbank.

4. De beoordeling

4.1. In de eerste plaats zal worden beslist op het verzoek van HVC prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Daarvoor zal ingevolge artikel 392 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moeten worden nagegaan of een antwoord op de voorgestelde prejudiciële vraag nodig is om op de vordering te beslissen en of het antwoord op de te stellen vraag rechtstreeks van belang is:

a. voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of

b. voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

4.2. Het enkele feit dat het Kifid een bepaalde uitleg aan artikel 2:105 Wft heeft gegeven, waarvan HVC de juistheid bestrijdt, is op zichzelf onvoldoende grond om de voorgestelde prejudiciële vraag te stellen. Een dergelijke vraag behoeft slechts te worden gesteld als over de juiste uitleg van genoemde bepaling zoveel onduidelijkheid zou bestaan dat een richtinggevend oordeel van de Hoge Raad gewenst zou zijn. De rechtbank is van oordeel dat die situatie zich niet voordoet. Aan dat oordeel doet niet af dat een andere uitspraak van het Kifid of hierboven genoemde uitspraak ondersteunt, of dat ook andere organisaties dan HVC van een vergunning in de zin van artikel 2:105 Wft gebruikmaken.

Bovendien is de rechtbank onvoldoende gebleken dat zoveel andere vorderingsrechten op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, dan wel dat zoveel geschillen aanhangig of te verwachten zijn waarvoor het antwoord op de te stellen prejudiciële vraag rechtstreeks van belang is dat dit het stellen van die vraag rechtvaardigt. Daarbij komt dat, nu partijen deze procedure kennelijk als proefprocedure aan de rechtbank voorleggen, het hen vrij staat door middel van sprongcassatie een oordeel van de Hoge Raad uit te lokken.

4.3. De rechtbank kan zelf een oordeel geven over de strekking van artikel 2:105 Wft en op basis daarvan oordelen over de gevorderde verklaring voor recht.

4.4. Artikel 2:105 Wft maakt deel uit van Deel 2 van de Wft inzake Markttoegang financiële ondernemingen. Op grond van artikel 2:105 Wft is het mogelijk voor een centrale rechtspersoon met aangesloten ondernemingen om een centrale ver-

gunning bij de AFM aan te vragen. Artikel 2:105 lid 3 Wft luidt:

“Voor de toepassing van de afdelingen 2.2.5, 2.2.6, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.11, 2.3.6 en 2.3.7 geldt het handelen en het nalaten te handelen van de aangesloten onderneming als het handelen onderscheidenlijk het nalaten te handelen van de rechtspersoon.”

4.5. Het Kifid heeft overwogen dat HVA is aangesloten bij HVC en dat daardoor “het handelen en nalaten van HVA inzake het adviseren van financiële producten en de bemiddeling daarin” op grond van artikel 2:105 lid 3 Wft geldt als het handelen en nalaten van HVC. Naar HVC terecht stelt betekent dat in feite dat het Kifid een civielrechtelijke risicoaansprakelijkheid van de centrale vergunninghouder aanneemt voor onrechtmatig handelen van de bij haar aangesloten ondernemingen.

4.6. De rechtbank komt hierover tot de volgende beoordeling. Vooropgesteld wordt dat HVA een van HVC te onderscheiden rechtspersoon is; zij vormt immers ondanks haar (franchise)relatie tot HVC geen orgaan van HVC. Voor de vraag of het handelen van [naam medewerker] /HVA aan HVC moet worden toegerekend moet daarom worden beoordeeld of de frauduleuze gedragingen in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als het handelen van HVC, dan wel aan haar kunnen worden toegerekend, zodat HVC civielrechtelijk als dader van de onrechtmatige daad respectievelijk wanprestatie kan worden aangemerkt. Daarbij is de vraag of het bepaalde in artikel 2:105 lid 3 Wft deze civielrechtelijke aansprakelijkheid met zich brengt.

4.7. Afdeling 2.2.5 Wft betreft het aanbieden van beleggingsobjecten. Afdeling 2.2.6 geeft regels over het aanbieden van krediet. Afdeling 2.2.8 betreft het adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten. Afdeling 2.2.9 betreft bemiddelen en Afdeling 2.2.10 herverzekeringsbemiddelen. Afdeling 2.2.11 is getiteld “Optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent”. Deze afdelingen hebben steeds dezelfde structuur: zij bevatten vergunningsplichten en -eisen, uitzonderingen op de vergunningsplicht en een vrijstellingsregeling, maar geen regeling met betrekking tot civiele aansprakelijkheid.

Afdeling 2.3.6. “Bemiddelen in verzekeringen” en afdeling 2.3.7 “Herverzekeringsbemiddelen” geven regels voor de situatie dat een bemiddelaar in

verzekeringen (respectievelijk herverzekeringen) met zetel in Nederland voornemens is vanuit een in een andere lidstaat gelegen bijkantoor te bemiddelen in verzekeringen (dan wel herverzekeringen). Ook in deze afdelingen is geen bepaling inzake civiele aansprakelijkheid opgenomen.

4.8. Gezien dit wettelijk systeem is duidelijk dat de strekking van artikel 2:105 lid 3 Wft is, dat met “het handelen en het nalaten te handelen van de aangesloten onderneming” is bedoeld het handelen of nalaten dat relevant is voor de beoordeling of is voldaan aan de in de afdelingen 2.2.5-2.2.11 van de Wft bedoelde vergunningsplichten en -eisen en de in afdeling 2.3.6 en 2.3.7 Wft bedoelde meldingsplichten. Het gaat met andere woorden om een toezichtrechtelijke en niet een civielrechtelijke aansprakelijkheid van de centrale vergunninghouder voor de aangesloten ondernemingen.

4.9. Dit oordeel vindt steun in de wetsgeschiedenis, waarin de wetgever overwoog dat de houder van een collectieve vergunning over voldoende statutaire bevoegdheden jegens de bij hem aangesloten ondernemingen moet beschikken “om gedragingen van een aangesloten onderneming tegen te kunnen gaan die in strijd zijn met de in het derde lid genoemde bepalingen” en dat de toezichthouder de collectieve vergunninghouder een aanwijzing kan geven voor gedragingen of nalaten van een bij die vergunninghouder aangesloten instelling, maar alleen “uiteraard voorzover het gaat om een normovertreding die op grond van de wet [bedoeld is: de Wft] aan de collectieve vergunninghouder kan worden toegerekend (...)” (Vierde NvW, Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 469 en 471).

4.10. Een ruimere strekking zoals door het Kifid aangenomen, die neerkomt op een civielrechtelijke risicoaansprakelijkheid van de centrale vergunninghouder (een rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2:105 lid 1), in dit geval HVC, voor het handelen en nalaten van een bij die rechtspersoon aangesloten onderneming (in dit geval HVA) inzake “het adviseren van financiële producten en de bemiddeling daarin” kan in artikel 2:105 lid 3 Wft niet worden gelezen. Of een franchisegever in civielrechtelijke zin aansprakelijk is voor het handelen of nalaten van een franchisenemer moet in een concreet geval worden beoordeeld aan de hand van de desbetreffende civielrechtelijke maatstaf. Daarbij kan een verleende vergunning als bedoeld in artikel 2:105 Wft een relevante om-

standigheid zijn, bijvoorbeeld als een aangesloten onderneming niet voldoet aan de vergunnings-eisen en derden daardoor schade lijden, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval.

4.11. Het zojuist gegeven oordeel betekent evenwel niet dat de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is. Deze is namelijk te ruim geformuleerd. In de eerste plaats is dat zo omdat [naam medewerker] daarin wordt genoemd en [naam medewerker] geen aangesloten onderneming is in de zin van artikel 2:105 Wft. Bovendien kan de vraag of het frauduleuze handelen van [naam medewerker] aan HVA kan worden toegerekend in dit geding niet worden beslist. In de tweede plaats is de gevorderde verklaring voor recht ook met betrekking tot het handelen van HVA te vergaand, nu HVC een verklaring van afwezigheid van “risicoaansprakelijkheid” eist. Overwogen is reeds dat als een aangesloten onderneming bijvoorbeeld niet voldoet aan de vergunningseisen en derden daardoor schade lijden, dat civielrechtelijke aansprakelijkheid van de centrale vergunninghouder jegens die derde kan doen ontstaan.

Anders gezegd: uit artikel 2:105 lid 3 Wft kan niet worden afgeleid dat de centrale vergunninghouder voor het handelen en nalaten van een bij die rechtspersoon aangesloten onderneming inzake “het adviseren van financiële producten en de bemiddeling” *altijd* civielrechtelijk aansprakelijk is. Maar die bepaling kan wel meebrengen dat de centrale vergunninghouder naast de aangesloten onderneming aansprakelijk is voor een fout bij het door de aangesloten onderneming “adviseren van financiële producten en de bemiddeling”, indien die fout wordt veroorzaakt doordat de aangesloten onderneming niet voldoet aan de in artikel 2:105 lid 3 Wft bedoelde vergunningsplichten en -eisen. De gevorderde verklaring voor recht is met betrekking tot een risicoaansprakelijkheid van HVC voor HVA dus te algemeen geformuleerd. De gevorderde verklaring voor recht wordt afgewezen.

4.12. Nu HVC geen proceskostenveroordeling heeft gevorderd en [gedaagden] zich heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank, zal de rechtbank de kosten compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst het gevorderde af,

5.2. compenseert de kosten tussen partijen, met dien verstande dat elke partij de eigen kosten draagt.

NOOT

1. Dit vonnis is een opsteker voor (financiële) franchisegevers. Na een teleurstellend niet-bindend advies/tussenuitspraak van de Geschillencommissie van het Kifid van 29 januari 2020 (niet gepubliceerd), heeft Hypotheek Visie Centrale BV (HVC) het heft in eigen hand genomen en principieel en hoog ingezet. De Geschillencommissie had geoordeeld dat op HVC als houder van een collectieve vergunning ex art. 2:105 Wft een risicoansprakelijkheid rustte voor het handelen van de bij haar aangesloten ondernemingen, in dit geval voor het frauduleus handelen van een medewerker bij Hypotheek Visie Apeldoorn. In plaats van te wijzen op het niet-bindende karakter van het advies en achterover te leunen, stapt HVC zelf naar de rechter en vordert een verklaring voor recht dat zij als houder van een collectieve vergunning niet risicoansprakelijk is voor het handelen van de bij haar aangesloten ondernemingen. Hoog inzetend, verzoekt HVC de rechtbank alvorens te beslissen, hierover een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad. Dat acht de rechtbank evenwel niet nodig. En inderdaad. Het is een kort, begrijpelijk en goed gemotiveerd vonnis dat met alle nuances recht doet aan de positie van de houder van een collectieve vergunning.

2. De regeling van de collectieve vergunning is bedoeld voor organisaties met meerdere zelfstandige vestigingen, die zonder deze bepaling voor iedere zelfstandige vestiging een aparte vergunning nodig zouden hebben (*Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 469*). De regeling is van belang voor veel financiële franchiseketens zoals Hypotheek Visie, maar ook voor andere samenstellingen van ondernemingen, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 2:105 lid 1 Wft. In de kern komen deze erop neer dat de houder van de collectieve vergunning i) krachtens statuten of overeenkomst over voldoende bevoegdheden beschikt om op te treden tegen aangesloten ondernemingen die in strijd handelen met het Deel Gedragtoezicht financiële ondernemingen, ii) beschikt over voldoende mogelijkheden tot deskundige ondersteuning van de aangesloten

ondernemingen en iii) gemachtigd is om de aangesloten ondernemingen te vertegenwoordigen ter zake de vergunningaanvraag en de naleving van de Wft.

3. De collectieve vergunning op grond van art. 2:105 Wft ziet uitsluitend op het collectief gebruik van de vergunningen voor financiële dienstverleners, te weten voor het aanbieden van beleggingsobjecten (art. 2:55 Wft), aanbieden van krediet (art. 2:60 Wft), adviseren (art. 2:75 Wft), bemiddelen (art. 2:80 Wft), herverzekeringsbemiddelen (art. 2:86 Wft) en optreden als gevolmachtigd agent (art. 2:92 Wft). De Wft kent overigens een aantal min of meer vergelijkbare regelingen voor andere financiële ondernemingen om "mee te liften op de vergunning van een derde". Dat is bijvoorbeeld de "verbonden (onder) bemiddelaar" die slechts bemiddelt voor één aanbieder of voor één bemiddelaar, waarbij de aanbieder of bemiddelaar volledig verantwoordelijk is voor de bemiddelaar, in die zin dat deze er zorg voor draagt dat de bemiddelaar voldoet aan het bij of krachtens de Wft bepaalde (art. 2:81 lid 2 resp. lid 3 Wft). Verder kunnen worden genoemd de "verbonden agent" die onder de volledige en onvoorwaardelijke verantwoordelijkheid van slechts één beleggingsonderneming voor diens rekening optreedt (art. 2:97 lid 5 Wft) en de "betaaldienstagent" die bij de uitvoering van betaaldiensten voor rekening van een betaalinstelling (art. 2:3c Wft) of elektronischgeldinstelling (art. 2:10e Wft) optreedt.

4. Het gebruik van een collectieve vergunning is niet zonder gevolgen voor de houder hiervan, de centrale rechtspersoon. Op grond van art. 2:105 lid 3 Wft geldt voor de toepassing van het Deel Markttoegang financiële ondernemingen het handelen en het nalaten te handelen van de aangesloten onderneming als het handelen onderscheidenlijk het nalaten te handelen van de centrale rechtspersoon. Een eventuele aanwijzing op grond van art. 1:58 Wft wordt ook niet gegeven aan een aangesloten onderneming, maar aan de centrale rechtspersoon, voor zover deze de overtreding kan worden toegerekend (*Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 471*). Als een aangesloten onderneming in strijd met het Deel Markttoegang financiële ondernemingen handelt, kan de AFM (alleen) jegens de centrale rechtspersoon handhaven indien deze de overtreding kan worden toegerekend (CBb 15 december 2020, ECLI:NL:CBb:2020:983). In zoverre oordeelt de

rechtbank terecht dat art. 2:105 lid 3 Wft ziet op een toezichtrechtelijke aansprakelijkheid van de centrale rechtspersoon voor de aangesloten ondernemingen.

5. Overigens lijkt de verwijzing door de rechtbank – maar ook door de Geschillencommissie van het Kifid in al haar uitspraken ter zake – naar uitsluitend art. 2:105 lid 3 Wft niet juist. Het vermeende frauduleuze handelen door een medewerker bij Hypotheek Visie Apeldoorn heeft niet zozeer te maken met handelen in strijd met de bepalingen inzake markttoegang, maar eerder met de integriteitsbepalingen in het lopende toezicht. In zoverre zou een verwijzing naar art. 4:5 lid 1 Wft juist zijn geweest. Dit in het Deel Gedragtoezicht financiële ondernemingen verstopte artikel is de evenknie van art. 2:105 lid 3 Wft, maar dan voor de toepassing van het lopend toezicht op grond van het Deel Gedragtoezicht financiële ondernemingen. Voor de principiële uitkomst zou het geen verschil maken. De bepalingen zijn gelijklopend en ook art. 4:5 lid 1 Wft ziet derhalve uitsluitend op een toezichtrechtelijke aansprakelijkheid van de centrale rechtspersoon voor de aangesloten instellingen.

6. Art. 2:105 lid 3 Wft en art. 4:5 lid 1 Wft zien dus niet op de civielrechtelijke (risico)aansprakelijkheid van de centrale rechtspersoon. Dat is ook in lijn met het uitgangspunt dat aan overtredingen van de bij of krachtens de Wft gestelde publiekrechtelijke regels in beginsel geen civielrechtelijke gevolgen worden verbonden (*Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 392). Vergelijk daarvoor ook art. 1:23 Wft, op grond waarvan overtreding van de Wft de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels uit dien hoofde niet aantast, tenzij in de Wft uitdrukkelijk anders is bepaald. Of het handelen van een van de centrale rechtspersoon te onderscheiden rechtspersoon/aangesloten onderneming moet worden toegerekend aan de centrale rechtspersoon, moet in een concreet geval worden beoordeeld aan de hand van de desbetreffende civielrechtelijke maatstaf, zoals de rechtbank terecht oordeelt. Die aansprakelijkheid is niet per definitie al gegeven door art. 2:105 lid 3 Wft (en art. 4:5 lid 1 Wft).

7. De rechtbank komt derhalve tot een andere conclusie dan de Geschillencommissie in de tussenuitspraak van 29 januari 2020 van HVC, waarbij de Geschillencommissie wél uitging van een

risicoaansprakelijkheid van de centrale rechtspersoon op grond van art. 2:105 lid 3 Wft. De Geschillencommissie refereerde daarbij ook aan haar eerdere uitspraak van 5 april 2019 (nr. 2019-245). Ook in die procedure oordeelde de Geschillencommissie dat gelet op art. 2:105 lid 3 Wft het handelen van aangesloten onderneming moest worden toegerekend aan de centrale rechtspersoon. Hoe de centrale rechtspersoon en de aangesloten onderneming hun onderlinge aansprakelijkheid en verhaalsmogelijkheden hebben geregeld, is voor de klachtprocedure niet relevant, aldus de Geschillencommissie.

8. Inmiddels is de Geschillencommissie van het Kifid echter ook om. In de uitspraak van 6 november 2020 (nr. 2020-906), gedaan daags na het onderhavige vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 4 november 2020 en eveneens in een klacht tegen Hypotheek Visie Centrale, volgt de Geschillencommissie het standpunt van HVC volledig. De Geschillencommissie onderkent nu uitdrukkelijk dat art. 2:105 lid 3 Wft niet ziet op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de franchisegever of haar franchisenemers: “[d]at de franchisenemer gebruikt maakt van een collectieve AFM-vergunning van de franchisegever betekent niet dat de franchisegever civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor het doen of laten van een franchisenemer”. Het is blijkbaar ook voor het Kifid een mijlpaal, gelet op het persbericht dat zij op 18 november 2020 heeft uitgedaan (te raadplegen op www.kifid.nl) en waarin zij erop wijst dat de Geschillencommissie met deze uitspraak terugkomt op haar eerder gedane uitspraken. Met dank aan de inzet en volhoudendheid van Hypotheek Visie Centrale lijkt dus voor franchisegevers en andere houders van een collectieve vergunning ex art. 2:105 Wft het gevaar op risicoaansprakelijkheid voor het handelen en nalaten van de bij hen aangesloten ondernemingen geweken.

9. Helemaal zonder gevaar is het leven van een franchisegever echter niet. Ook zonder gebruik van een collectieve vergunning ex art. 2:105 Wft kan haar in voorkomend geval het handelen van de aangesloten onderneming worden toegerekend. Onder omstandigheden kan sprake zijn van “vereenzelviging” van de franchisegever en de franchisenemer, ook al is er sprake van gescheiden rechtspersonen met eigen AFM-vergunningen en ook al is er geen contractuele relatie tussen franchisegever en consument. Dat een franchisenemer (als zelfstandige entiteit) naar

buiten treedt met het logo en met de voorwaarden van de franchisegever is op zichzelf onvoldoende grond om vereenzelvinging aan te nemen, maar bijzondere omstandigheden kunnen dat anders maken. Zie in dat verband ook de (tussen) uitspraak van de Commissie van Beroep van het Kifid van 3 januari 2018 (nr. 2018-001A). In die uitspraak nam de Commissie van Beroep vereenzelvinging aan, maar waren de bijzondere omstandigheden vooral gelegen in uitlatingen van derden en niet zozeer van de franchisegever. In zoverre blijft het uitkijken voor (financiële) franchisegevers bij het Kifid.

mr. M.H.P. Claassen
advocaat bij FIZ advocaten

67

Aansprakelijkheid bank wegens schending van zorgplicht

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
9 december 2020, nr. NL19.22661,
ECLI:NL:RBMNE:2020:5579
(mr. Van den Boom)
Noot mr. B.W. Wijnstekers

Bank schiet tekort in nakoming van zorgplicht door verkoopopbrengst te blokkeren van pand waarop onder paraplu-hypothek zekerheid is verstrekt. Aansprakelijkheid voor schending van zorgplicht door kredietnemers te dwingen tot aflossing van niet-opeisbare leningen. Schade als gevolg van winstderving is voldoende aannemelijk.

[BW art. 3:268 lid 1, 6:74]

Dat een hypotheekrecht tot zekerheid van bepaalde verplichtingen strekt, heeft tot gevolg dat het hypotheekrecht kan worden uitgewonnen als de schuldenaar in verzuim is bij de nakoming van één of meerdere van die verplichtingen (art. 3:268 lid 1 BW). Die verplichtingen moeten dus opeisbaar zijn. Rabobank draait dit om bij haar betoog dat zij – nu het hypotheekrecht een bankhypothek is – bij verkoop van het zekerheidsobject kan verlangen dat de kredieten tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht strekt, geheel of ge-

deeltelijk worden afgelost, ongeacht of deze opeisbaar zijn. Dat is onjuist. Dat een door [eiseressen c.s.] ten gunste van Rabobank gevestigd hypotheekrecht een bankhypothek is, zegt in beginsel niets over hoe door [eiseressen c.s.] de opbrengst bij een onderhandse verkoop van het betreffende object moet worden aangewend.

De stelling van Rabobank dat zij niet weet van het door [eiseressen c.s.] bedoelde gebruik en de breukdeelformule is te weinig concreet, nu het voor de hand ligt dat partijen over de aanwending van verkoopopbrengsten afspraken hebben gemaakt of dat tussen hen een gebruik geldt. Het ligt dan ook op de weg van Rabobank om duidelijk te maken wat, volgens haar, onder normale omstandigheden dan wél geldt. Dat verkoopopbrengsten ook onder normale omstandigheden altijd volledig worden aangewend voor aflossing (tot Rabobank geen vordering meer heeft) ligt niet voor de hand, omdat dit de afbouw en niet het continueren van de bankrelatie veronderstelt.

De conclusie is derhalve dat tussen partijen geldt dat de verkoopopbrengst bij leningen in parapluverband onder normale omstandigheden niet volledig wordt aangewend voor aflossing van krediet. Bovendien geldt tussen partijen de breukdeelformule.

Het belangrijkste verwijt van [eiseressen c.s.] is dat Rabobank ten onrechte de verkoopopbrengst van het object “[object 1]” heeft geblokkeerd. Voor de rechtbank staat vast dat de blokkade was ingegeven door de – onterechte – zorgen van Rabobank over de liquiditeit van [eiseressen c.s.] en door de wens van Rabobank om haar vastgoedfinanciering terug te brengen.

Vervolgens is de vraag aan de orde of Rabobank door het instellen van de blokkade haar zorgplicht heeft geschonden. Rabobank moest begrijpen dat het blokkeren van ongeveer € 3,1 miljoen aan liquide middelen gevolgen zou hebben voor de onderneming van [eiseressen c.s.]. Met minder liquide middelen heeft een onderneming minder vrijheid bij het doen van investeringen en desinvesteringen. [Eiseressen c.s.] hebben nog tijdens de blokkade aan Rabobank gemeld dat zij transacties wilden aangaan die door de blokkade en de gevolgen daarvan voor de beschikbaarheid van liquide middelen, werden belemmerd. Tegenover deze gevolgen voor [eiseressen c.s.] stond een onduidelijk belang van Rabobank, waarbij de onjuiste veronderstelling dat de kasstroom over 2016 negatief was en het eigen belang van Rabo-