

Postbus 75510, 1070 AM Amsterdam  
Gustav Mahlerplein 2, 1082 MA Amsterdam  
T +31(20)7953953 F +31(20)7953900  
www.boekeldeneree.com

VERTROUWELIJK  
DAS Nederlandse Rechtsbijstand  
Verzekeringmaatschappij N.V.  
t.a.v. de Weledelgestrenge heer  
mr. R.N. Wessels  
Postbus 23000  
1100 DM AMSTERDAM

200467 12-08-11

Advocaat : mr. C.A.M.J. Raymakers  
Direct tel. : 020 795 33 38  
Direct fax : 020 517 92 42  
E-mail : carel.raymakers@boekeldeneree.com

Amsterdam : 11 augustus 2011  
Uw referentie : GFN.4.11.30629; Herdink Ass.  
Referentie : A.168716.01/1044000 CR/TFS/rh

Inzake : advies

Geachte heer Wessels,

Op uw verzoek verstrekken wij u een advies betrekking hebbende op de in uw brief van 7 juli 2011 vervatte vraagstelling. Samengevat komt uw vraagstelling erop neer of de Stichting SEO Economisch Onderzoek (hierna: "SEO") door het uitbrengen en/of de wijze van totstandkoming van het zogenoemde rapport "Evaluatie provisieregels complexe producten" in opdracht van het Ministerie van Financiën onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de intermediairs (individueel dan wel collectief), of daardoor het imago is geschaad van deze intermediairs en of wij bij een bevestigende beantwoording een redelijke kans van slagen zien in een eventuele schadevergoedingsactie.

## Feiten

In opdracht van het Ministerie van Financiën heeft SEO onderzoek verricht naar het effect van het gewijzigde provisiebeleid. De resultaten van dit onderzoek zijn vastgelegd in het rapport "Evaluatie provisieregels complexe producten" (rapportnr. 2010-44, september 2010).

In dit rapport werden de volgende onderzoeksvragen gesteld:

*"Hebben de beleidswijzigingen op het gebied van provisieregelgeving, specifiek op het gebied van beloningstransparantie, de balans- en terugboekregel en de inducementnorm de beoogde effecten op het gedrag van banken, verzekeraars, adviseurs/bemiddelaars en consumenten?"*

en

*"Is er in de markt reeds een verandering waarneembaar van productgerichte verkoop naar klantgerichte advisering, en zo ja, in welke fase bevindt deze transitie zich?"*

De conclusies uit het rapport luiden:

- Er is slechts beperkt sprake van bewust en welwillend informeren van de klant, om dienstverlening en prijs transparant te maken. De doelstelling om potentiële klanten ‘aan de poort’ te informeren over wat ze aan diensten en kosten mogen verwachten, wordt niet gerealiseerd.
- De transparantie leidt maar in zeer beperkte mate tot mondiger en kritischer consumenten.
- Nog niet alle perverse beloningsprikkelers zijn uit de markt verdwenen. Er is bijvoorbeeld nog steeds sprake van omzetquota (minimum productie-eisen).
- Onder invloed van eenvormigheid onder marktspelers en onvolwaardig geïnformeerde consumenten dreigt een proces van ‘averechtse selectie’, waardoor juist de adviseurs die inzetten op een hoge kwaliteit uit de markt dreigen te verdwijnen. Daarmee versmalt het aanbod, loopt de kwaliteit achteruit en wordt de keuzevrijheid beperkt in plaats van vergroot.
- De gewenste cultuuromslag, waarin klantgerichtheid als vanzelf voorop komt te staan, manifesteert zich voorshands niet.

De probleemstelling kan als volgt worden samengevat:

Het is de overtuiging van de bij u verzekerde intermediairs, al dan niet verenigd in de Commissie Financiële Dienstverlening, dat het rapport “Evaluatie provisieregels complexe producten” door minister De Jager als leidraad is genomen om tot een provisieverbod te komen. Het rapport geeft naar de mening van de intermediairs geen juist en correct beeld van het intermediair en de intermediaire markt in het kader van de provisie en provisieregelgeving. De intermediairs zijn van mening dat het SEO-rapport eenzijdig en onzorgvuldig is en op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen en dat het rapport daarom onrechtmatig is en/of op onrechtmatige wijze tot stand is gekomen. De intermediairs hebben er groot belang bij dat de voorgenomen wetgeving strekkende tot een provisieverbod een halt wordt toegeroepen teneinde eerst te inventariseren wat de wetgeving van de afgelopen jaren heeft opgeleverd.

Verdergaande wetgeving zou ook ten koste gaan van het onafhankelijk intermediair en de keuzevrijheid van de consument.

## SEO

SEO is een onderzoeksinstelling dat in deze kwestie in opdracht van het Ministerie van Financiën bovengenoemd rapport heeft opgesteld. SEO, zo is in elk geval de beleving van de intermediairs, heeft gelet op haar feitelijke structuur, achtergrond en uitspraken in de pers, minimaal de schijn in zich niet objectief en onafhankelijk te zijn. Wellicht is er ook sprake van belangenverstremming.

Opgemerkt wordt dat een van de auteurs van het rapport, SEO-directeur Barbara Baarsma, al op 30 maart 2010 in een opiniestuk op discussieforum Me Judice zich een voorstander toonde van het CAR systeem (Customer Agreed Renumeration) en een provisieverbod bepleit voor schadeverzekeringen. Dit was vóór het uitbrengen van het rapport “Evaluatie provisieregels complexe producten” in september 2010. Tevens is Barbara Baarsma commissaris van verzekeraar Loyalis. Gelet hierop heeft dus minimaal één van de auteurs de schijn tegen volledig onafhankelijk en neutraal te zijn ten tijde van het schrijven van het rapport.

Prof. Dr. Eric Fischer, bestuurslid van SEO, was vroeger directeur van het Verbond van Verzekeraars en is momenteel commissaris van verzekeraar Delta-Lloyd.

Voorts valt een en ander aan te merken op de wijze van presentatie van (conclusies in) dit rapport. SEO trekt conclusies die naar waarschijnlijkheid veel invloed hebben op de discussie rond dit onderwerp en beslissing van de minister daar waar in hetzelfde rapport wordt toegegeven dat bijvoorbeeld mis-selling<sup>1</sup> niet goed meetbaar is en geen nulmeting is gedaan (zie verder kopje SEO-rapport).

Als onafhankelijk onderzoeksbureau dient SEO een volledig neutraal onderzoek af te leveren en rekening te houden met het feit dat partijen met dit rapport aan de haal (kunnen) gaan in het publieke debat. Het geeft geen pas conclusies te trekken die deels gebaseerd lijken te zijn op een algemeen bekend verondersteld maar tendentiekus gevoelen – namelijk dat in de branche van de complexe financiële producten niet optimaal klantgericht wordt gewerkt en de consument een zwakke positie heeft – zonder dat deugdelijk wordt onderbouwd dat dit gevoelen ook in waarheid gegrond is.

### SEO-rapport

Het rapport evalueert de provisieregels complexe producten aan de hand van een aantal onderzoeksvragen (zie § 2.1 en bijlage A van het rapport). Een aantal van de onderzoeksvragen is suggestief omdat zij uitgaat van een slechte situatie voor de consument:

*“Laat de adviseur/bemiddelaar zich bij de advisering van een aanbieder minder leiden door beloningsprikkels?”* en

*“Is de advisering door adviseurs meer gericht op het belang van de klant geworden?”* en

*“Handelt de adviseur/bemiddelaar (meer) in het belang van de consument?”* en

*“Is er minder sprake van mis-selling?”*

De vragen suggereren misstanden als beginpunt. Die aanname is niet onderbouwd.

Het SEO-rapport komt tot de conclusie dat de gewenste cultuuromslag, waarop klantgerichtheid als vanzelf voorop komt te staan, zich voorshands niet manifesteert en lijkt daarvoor het intermediair mede verantwoordelijk te stellen (zie ook eerder genoemde conclusies).

Voor zover wij kunnen beoordelen is onderzoek verricht door middel van onder andere gesprekken met gesprekspartners en enquêtes onder consumenten en tussenpersonen (zie bijlage B van het rapport).

De onzorgvuldigheid waarop de intermediairs doelen betreft echter vooral de tendentieuze toon van het SEO-rapport. In een aantal passages wordt de indruk gewekt dat het intermediair voornamelijk gedreven is door eigenbelang en daarbij het belang van de consument uit het oog verliest.

In paragraaf 2.3. wordt gesuggereerd dat het beloningssysteem aanbieders en tussenpersonen verleidt tot het leveren van producten en diensten die vooral het eigenbelang dienen:

---

<sup>1</sup> Het aan de consument verkopen van financiële producten die niet bij zijn financiële situatie of risicoprofiel passen.

*“Het doel van de regelgeving is dat de markt beweegt in de richting van een [...] wereld waarin de consument goed geïnformeerd is, bereid is om met die informatie te werken, en waarin geen beloningssysteem functioneert dat aanbieders en tussenpersonen verleidt tot het leveren van producten en diensten die vooral het eigenbelang dienen.”*

In paragrafen 4.1. en 4.6. wordt gerept over een conservatieve sector die geneigd is te zoeken naar uitwijkmogelijkheden. Een aantal mechanismen wordt genoemd (p.43) waaronder het ‘waterbedeffect’:

*“Er zijn geen aanwijzingen dat direct volumegerelateerde vormen van beloning in het kanaal van complexe producten nog voorkomen. Er zijn echter wel aanwijzingen dat er sprake is van een verschuiving van dergelijke vormen van beloning naar andere branches, het zogenoemde waterbedeffect.”*

De term ‘waterbedeffect’ wordt vaak gebruikt om bij ingrijpen van de overheid verplaatsing van criminele activiteiten of problemen naar elders te omschrijven en heeft derhalve een negatieve, zo niet criminele, associatie.

Een ander voorbeeld van de tendentieuze strekking is de passage in paragraaf 4.3 over de invulling van de beloningstransparantie. Op grond van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (bgfo) dient in de ‘precontractuele fase’ een dienstverleningsdocument (dvd) te worden overhandigd aan de consument. Uit enquêtes van SEO blijkt dat verschillende meningen bestaan over het begrip ‘precontractuele fase’. Het rapport spreekt van een lock-in strategie: *“De strategie om het dvd pas in een vervolgesprek te overhandigen, op het moment dat er sprake is van concrete producten, kan gezien worden als een lock-in strategie. Immers de consument investeert tijd en moeite in de relatie met de betrokken intermediair, en heeft daarmee een drempel om alsnog elders te rade te gaan als hij informatie over diensten en kosten krijgt.”* Deze woordkeus suggereert opzet bij de intermediairs om de consument afhankelijk te maken. Dat druist in tegen de geest van de provisieregels.

Opgemerkt werd reeds (onder het kopje SEO) dat in het rapport conclusies worden getrokken die moeilijk te trekken zijn indien geen nulmeting is gedaan en in zijn algemeenheid wordt gesteld dat mis-selling niet meetbaar is. Zo stelt het rapport in § 2.5:

*“Een probleem is dat het basisprobleem (mis-selling) niet meetbaar is.”*

Toch was het voorkomen van mis-selling bij de Bgfo regelgeving een leidende gedachte (§2.1 van het rapport). Het intermediair wordt gestigmatiseerd (er zijn regels nodig want kennelijk is er sprake van mis-selling). Echter in hoeverre sprake is van mis-selling en in hoeverre het intermediair daaraan schuldig is blijft onduidelijk omdat mis-selling niet meetbaar is.

Desalniettemin luidt de conclusie van het rapport (zie conclusies van het rapport):

*“De gewenste cultuuromslag, waarin klantgerichtheid als vanzelf voorop komt te staan, manifesteert zich voorshands niet.”*

In § 2.6. wordt geschreven:

*“Helaas is er geen nulmeting uitgevoerd, die aangeeft hoe zwak de positie van de consument was onder het oude regime, respectievelijk in welke mate er sprake was van mis-selling en/of buitensporige beloningen. Deze evaluatie kan dan ook geen nieuwe tegen een oude situatie afzetten.”*

In één zin worden hier, met de mededeling dat er geen nulmeting is en ook anderszins zonder deugdelijke onderbouwing, een zwakke positie van de consument gesuggereerd alsmede het bestaan van zowel mis-selling als buitensporige beloningen. Zo wordt een nooit onderbouwde (veronder)stelling – misstanden in de branche als gevolg van handelen uit eigenbelang door het intermediair – steeds herhaald en wederom niet onderbouwd bevestigd en wordt daarop voortgeborduurd

### **Juridische vereisten Onrechtmatige Daad<sup>2</sup>**

Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardiginggrond (6:162 BW). Daarnaast moet de gedraging de dader kunnen worden toegerekend en moet er sprake zijn van relativiteit. Dat betekent dat de (geschonden) norm dient te strekken ter bescherming van de belangen die geschonden zijn. Vanzelfsprekend dient de schade een direct gevolg te zijn van de onrechtmatige en toerekenbare gedraging (causaal verband).

#### **Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt**

Zoals gezegd kunnen meerdere onrechtmatigheidscategorieën worden onderscheiden. Wij zien voorsnog geen inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke verplichting. Het ligt het meest voor de hand de onderhavige kwestie te scharen onder de derde en meest ruim geformuleerde categorie: strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

In deze derde categorie geldt als criterium: datgene dat in het maatschappelijk verkeer aanvaard wordt. Daaronder vallen ook zorgvuldigheidsnormen. Een zorgvuldigheidsnorm is de ongeschreven norm die jegens een ander in acht dient te worden genomen. De vraag is: hoever moet men gaan in het voorkomen van schade voor anderen? Wanneer kan gesproken worden van onzorgvuldig handelen en wanneer is men daarvoor aansprakelijk? Er zijn verschillende categorieën van onzorgvuldig handelen. Naast de bekende categorieën van hinder en gevaarzetting zijn er de minder bekende categorieën aantasting van de eer en goed naam, staking en oneerlijke concurrentie.

#### **Relativiteitsvereiste (6:163 BW) bij strijd met zorgvuldigheidsnormen**

In geval er een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm is geschonden dient uiteraard eveneens te zijn voldaan aan het vereiste van relativiteit. Maar de zorgvuldigheidsnorm uit 6:162 BW heeft betrekking op “de zorgvuldigheid die in een bepaalde verhouding tegenover een of meer bepaalde anderen behoort te worden betracht en is dus naar haar aard niet een norm die strekt tot bescherming van de

<sup>2</sup> Het navolgende is met name ontleend aan Prof. Mr. J. Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Studiereeks Burgerlijk Recht.

Onrechtmatige Daad (losbladige) art 162 (1-93), art. 162 lid 3 (13-73) art. 163 (3-251).

belangen van allen die schade lijden als gevolg van het feit dat de vereiste zorgvuldigheid tegenover die anderen niet in acht is genomen.” (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 - Poot/ABP). De Hoge Raad heeft er voorts op gewezen dat dergelijke zorgvuldigheidsnormen uitsluitend strekken ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn (HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-198 - 30 september-arresten).

De geschonden zorgvuldigheidsnorm wordt met het oog op een bepaalde verhouding vastgesteld. De relativiteit zit als het ware ingebakken in de zorgvuldigheidsnorm. Er is dus ons inziens sprake van relativiteit.

### Gedraging SEO

De vraag is of totstandkoming en/of publicatie van het rapport door SEO kan worden aangemerkt als een gedraging die onrechtmatig en toerekenbaar is omdat door de schuld van SEO een zorgvuldigheidsnorm jegens het intermediair is geschonden. De maatstaven naar welke dit moet worden beoordeeld zijn nog altijd te vinden in Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919 NJ 1919, p. 161). In dat arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat ook zonder een geschreven rechtsregel een gedraging onrechtmatig kan zijn als deze indruist tegen de zorgvuldigheid.

Ondanks het feit dat het onderzoek een *algemene* evaluatie betreft van de provisieregels complexe producten wordt het intermediair geschaad indien onvoldoende zorgvuldig onderzoek wordt verricht of indien onvoldoende zorgvuldigheid wordt betracht in de bewoordingen van een dergelijk onderzoek. Er is geen twijfel mogelijk dat SEO zich hiervan bewust was en/of bewust diende te zijn.

### Jurisprudentie

De voorliggende problematiek vertoont gelijkenis met een recent geschil betreffende twee onderzoeksrapporten van Wageningen UR en een standpunt van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde (KNMvD) over onverdoofd ritueel slachten. Het Nederlands-Israëlitisch Kerkgenootschap e.a. (NIK) achtten de rapporten en het standpunt onvoldoende wetenschappelijk onderbouwd en spanden een kort geding aan. Zij vorderden op grond van onrechtmatig handelen een veroordeling van Wageningen UR en KNMvD tot – kort gezegd – beantwoording van vragen naar aanleiding van de inhoud van de rapporten en het standpunt van de KNMvD en wat betreft Wageningen UR tevens over de herkomst en de wijze van totstandkoming van de rapporten. Voorts vorderden zij veroordeling van de Staat als opdrachtgever van de rapporten om Wageningen UR opdracht althans toestemming te geven de vragen te beantwoorden en de gevraagde informatie te verstrekken. De voorzieningenrechter, aan wie dit geschil werd voorgelegd, overwoog als volgt:

*“De vraag onder welke omstandigheden een wetenschappelijke publicatie onrechtmatig jegens een derde kan zijn, kan daarom slechts worden beantwoord in het kader van deze aldus beschermde rechten en binnen de grenzen van de inbreuken daarop die volgens artikel 10 lid 2 EVRM toelaatbaar zijn. Dat kunnen slechts zijn ‘beperkingen of sancties die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen’. Ook beperkingen op grond van artikel 6:162 BW wegens handelingen die in strijd zijn met hetgeen volgens ongeschreven recht in het*

*maatschappelijk verkeer betaamt, hebben te gelden als beperkingen die bij de wet zijn voorzien (HR 2 mei 2003 NJ 2004, 80)”*.

Tot zover strookt deze overweging met hetgeen hierboven reeds uiteen is gezet. Het uiteindelijk oordeel van de voorzieningenrechter luidde echter:

*“Al het voorgaande tegen elkaar afwegende kan niet worden gezegd dat vanwege de inhoud van de rapporten en het standpunt sprake is van onrechtmatig handelen dat een inbreuk op het recht van vrijheid van meningsuiting en wetenschappelijke vrijheid rechtvaardigt. Dat er los van het voorgaande sprake is van onrechtmatig handelen van Wageningen UR en KNMvD jegens NIK door de vragen niet te willen beantwoorden, kan niet worden aangenomen. Het enkele feit dat zij een maatschappelijke functie hebben en een zeker maatschappelijk prestige genieten, is daarvoor onvoldoende, ook in de context van het debat over onverdoofd ritueel slachten en het mogelijke gewicht dat aan hun rapporten en standpunten in dat debat wordt toegekend.”*

(Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 7 juli 2011, LJN: BR0659)

### Conclusie

Hoewel op bepaalde punten het SEO-rapport tendentius is en de woordkeuze niet altijd even zorgvuldig, verwachten wij dat de mate van onzorgvuldigheid onvoldoende is om een onrechtmatige daad op te leveren. Ook het feit dat het SEO-rapport naar de mening van de Commissie Financiële Dienstverlening hiaten vertoont of onwaarheden verkondigt is onvoldoende. Dit is mede ingegeven door de redactionele vrijheid die onderzoekscommissies in hun rapporten hebben. De vrijheid van meningsuiting weegt zwaar bij de beoordeling van wetenschappelijke publicaties en beperkingen daarop worden zelden toegelaten. Over de totstandkoming van het rapport kan worden opgemerkt dat uit de ons beschikbare gegevens geen onvolkomenheden blijken met betrekking tot de uitvoering van het onderzoek. Dat een van de auteurs wellicht niet geheel onbevooroordeeld op basis van onderzoeksgegevens een rapport schrijft lijkt ons niet voldoende voor het aannemen van een onrechtmatige daad. Daarvoor zal bewezen moeten worden dat zij willens en wetens gegevens alsmede drie medeauteurs gemanipuleerd heeft. Ten tweede blijkt uit de recente jurisprudentie, alhoewel wij enige argumenten zien die beantwoorden aan de criteria van Lindenbaum/Cohen, dat de werkelijkheid weerbarstiger is dan de mooie open normen uit de wet en Lindenbaum/Cohen doen vermoeden.

De uitkomst van een schadevergoedingsactie op grond van onrechtmatige daad is gezien de recente uitspraak van 7 juli 2011 zeer onzeker en wij schatten de kans van slagen in als beperkt.

Deze inschatting laat onverlet dat de onvrede van de intermediairs met het SEO-rapport alsmede de wens om daarop actie te ondernemen begrijpelijk is. De intermediairs hebben immers groot belang bij een zorgvuldige besluitvorming van de Minister van Financiën omtrent de provisieregels. In de regel leent zich hiervoor het publieke debat. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat wel enige argumenten zijn aan te dragen, die de nodige vragen oproepen omtrent de zorgvuldigheid (bij totstandkoming) van bedoelde rapportage, hetgeen ertoe zou kunnen bijdragen dat het Ministerie van Financiën alsnog uitvoering geeft aan het eerder gedane verzoek tot een separate onafhankelijke rapportage dan wel (subsidiar) tot aanvullende rapportage door SEO. Als gezet schatten wij echter de kans op succes van een eventuele schadevergoedingsactie in een gerechtelijke procedure als zeer onzeker en beperkt in.

Wij gaan er vanuit dat met het voorgaand aan uw verzoek tot het verstrekken van een eenmalig advies wordt voldaan en zijn uiteraard beschikbaar, indien u prijs stelt op nadere toelichting en/of overleg.

Hoogachtend,  
Boekel De Nerée N.V.

  
i.o. sec.

C.A.M.J. Raymakers