

Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding

Prof.mr. W.H. van Boom en prof.mr. S.D. Lindenberg

HR 5 juni 2009, LJN: BH2815 (De Treek/Dexia)

HR 5 juni 2009, LJN: BH2811 (Levob/Bolle)

HR 5 juni 2009, LJN: BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon)

*Lenen, lenen, betalen, betalen*¹

Eind jaren 90 van de vorige eeuw hebben financiële instellingen op grote schaal beleggingsproducten op de markt gebracht die beoogden ook 'de gewone man' tot beleggen te verleiden. Met veelbelovende benamingen als 'Koerseextra', 'Hefboomeffect', 'Sprintplan', 'Korting Kado', etcetera, werden consumenten uitgenodigd om deel te nemen aan beleggingsvehikels die in essentie neerkwamen op beleggen met geleend geld. Het ging hier om ongeveer 300 verschillende typen producten met als gemeenschappelijk kenmerk dat de afnemer gedurende een bepaalde looptijd een bepaald bedrag leent waarvoor effecten worden aangekocht, welke vervolgens fungeren als zekerheid voor de aanbieder tot betaling van rente en afbetaling van de lening door de afnemer. Aldus wordt direct voor rekening van de afnemer een aanzienlijk bedrag belegd. Dat heeft het voordeel dat bij koersstijging niet het periodiek te betalen bedrag rendeert, maar het volledige geleende bedrag. Bij koersdaling is het nadeel evenwel navenant: koersdalingen worden over het gehele geleende bedrag gevoeld. De producten zijn te onderscheiden in contracten met en contracten zonder een periodieke aflossingsverplichting. Bij de eerste ('aflossingsproducten') betaalt de afnemer naast rente ook periodieke aflossingen en resteert aan het einde koerswinst of koersverlies. Bij de tweede ('restschuldproducten') wordt aan het eind van de looptijd ineens afgelost, voor zover mogelijk uit de waarde van de effecten. Bij dalende aandelenkoersen wordt de afnemer van een aflossingsproduct dus geconfronteerd met een verminderde waarde van de aandelen (en als hij niet conform afspraak heeft afgelost of de overeenkomst voortijdig heeft beëindigd met een restschuld) en wordt de afnemer van een restschuldproduct steeds geconfronteerd met een restschuld. Van dergelijke producten zijn er in Nederland enige honderdduizenden aangeschaft.

De dalende beurskoersen in 2000 leidden tot 'verdampte inleg' en stelden forse restschulden in het vooruitzicht. Afnemers trachtten vervolgens individueel en uiteindelijk ook massaal onder de gevolgen van de door hen aangegane verplichtingen uit te komen. Dat gebeurde door onderhandelingen door diverse ten behoeve van beleggers optredende conglomeraten (Stichting Leaseverlies, Stichting Eegalease, Consumentenbond, Vereniging van Effecten Bezitters), geflankeerd door vele juridische procedures.² De onderhandelingen hebben geresulteerd in de zogenaamde 'Duisenberg-regeling', die door het Amsterdamse Hof overeenkomstig artikel 7:907 BW algemeen verbindend is verklaard.³ Een aantal beleggers heeft er echter voor gekozen 'uit de Duisenberg-regeling te stappen' (vgl. art. 7:908 lid 2 BW) en hun zaak individueel aan de rechter voor te leggen. Dat heeft aanleiding gegeven tot verschillende arresten van de Hoge Raad. Eerder besliste de Hoge Raad bijvoorbeeld al over de vraag of de producten moesten worden aangemerkt als koop op afbetaling, zodat de echtgeno(o)t(e) van de contractant volgens artikel 1:88 BW op straffe van vernietigbaarheid toestemming had moeten verlenen voor de transactie.⁴

De onderhavige drie arresten betreffen de vraag of de aanbieders van de beleggingsproducten de afnemers voldoende hebben geïnformeerd over de kenmerken van die producten en voldoende hebben gewaarschuwd voor het risicovolle karakter ervan. Het ging immers om beleggen met geleend geld, met alle risico's van dien. De arresten gaan ook over de vraag of een onvoldoende gewaarschuwde afnemer daardoor schade heeft geleden en, zo ja, over de vraag hoe de schade die de afnemer lijdt over de aanbieder en afnemer dient te worden verdeeld.

1 Youp van 't Hek, 'Lenen, lenen, betalen, betalen', *Man vermist*, conference 1985.

2 Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen de

conclusies van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor de onderhavige arresten onder 2.

3 Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007, 427.

4 HR 28 maart 2008, *NJ* 2009, 578, m.nt. Jac. Hijma (Dexia/Van Tuijl; Eegalease).

Proefprocedures

Hoewel de arresten gaan over individuele zaken – één ervan (Aegon) betreft overigens een groep spaarders die hun belangen in een stichting hebben verenigd – gaat het hier om ‘proefprocedures’ en staan de door de Hoge Raad gepresenteerde keuzes model voor de oplossing van vele vergelijkbare geschillen. De Hoge Raad geeft zich daarvan uitdrukkelijk rekenschap (Dexia, r.ov. 4.1):

‘De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en is door partijen in cassatie opgezet als een proefprocedure. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop het is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.

Niettemin zal de Hoge Raad, met inachtneming van dat voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschulddoelproducten, hierna in een algemene beschouwing ingaan op het verband tussen de zorgplicht en de schadevergoeding ingeval aan die zorgplicht niet is voldaan. Daarmee wordt niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan.’

Het civielrechtelijke gereedschap

In de onderhavige zaken werd door de afnemers primair ingezet op vernietiging van de overeenkomsten wegens dwaling (art. 6:228 BW) en subsidiair op schadevergoeding wegens misleidende reclame of schending van een pre-contractuele zorgplicht. Voor deze leerstukken is hetgeen zich in de pre-contractuele fase heeft afgespeeld beslissend: hoe hadden partijen zich voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst behoren te gedragen? Welke informatie hadden zij dienen uit te wisselen? Hoe had de informatie moeten worden gepresenteerd? Had er moeten worden onderzocht, medegedeeld, gewaarschuwd? Hun sancties verschillen evenwel wezenlijk: bij dwaling vernietiging met terugwerkende kracht en teruggave van het onverschuldigd betaalde (6:203 BW), bij misleidende reclame of schending van een precontractuele zorgplicht schadevergoeding volgens de regels van artikel 6:95 e.v. De wet kent in beide gevallen mogelijkheden tot verzachting van de gevolgen: bij dwaling aanpassing van de overeenkomst (6:230 BW) en bij schadevergoeding beperkte toerekening (art. 6:98 BW), deling van de schade wegens eigen schuld (art. 6:101 BW) en rechterlijke matiging (6:109 BW). Op artikel 6:230 BW dient door de wederpartij van de dwalende een beroep te worden gedaan en dat was in deze gevallen niet gebeurd.

In cassatie komen de verschillende leerstukken uitvoerig aan bod. De arresten zijn grotendeels gelijklopend. Daarom, en vanwege de lengte van de arresten, zullen hierna niet alle drie de arresten worden weergegeven, maar is een selectie gemaakt uit de kernoverwegingen. Daarbij staat centraal hoe de Hoge Raad de verschillende

civielrechtelijke gereedschappen op de onderhavige geschillen over beleggingsproducten toepast en hoe deze zich tot elkaar verhouden. Om ons tot de kern te beperken, laten wij het – tevergeefs gedane – beroep op nietigheid of vernietigbaarheid wegens strijd met het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (in Aegon) en met de Wet op het consumentenkrediet (in Aegon en Dexia) en het – eveneens falende – beroep op misbruik van omstandigheden (in Dexia) hier buiten beschouwing.

Dwaling?

In Dexia en in Levob was door de afnemers een beroep gedaan op dwaling. In beide gevallen had het hof dat verworpen, kort gezegd, omdat uit de aan de afnemers voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst ter beschikking gestelde stukken voldoende duidelijk blijkt dat sprake was van het verstrekken van een geldlening, dat koersrisico's werden gelopen en dat het risico bestond van een restschuld als de waarde van de effecten ontoereikend zou blijken om de aankoopssom te voldoen. De Hoge Raad verwoordt het oordeel van het hof (in beide zaken) als volgt (Dexia, r.ov. 4.4.4, Levob, r.ov. 4.4.6):

‘Aldus heeft het hof geoordeeld dat op grond van het verschaft materiaal voor degene die zich redelijke inspanningen getroost voldoende duidelijk was dat sprake was van een lening, dat over het geleende bedrag rente was verschuldigd, dat met de leensom voor risico van de belegger werd belegd in effecten en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten bij het einde van de looptijd. Vervolgens heeft het hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat [de aanbieder] in de gegeven omstandigheden jegens [de afnemer], van wie redelijke inspanningen mochten worden gevergd de verstrekte informatie te begrijpen, niet is tekortgeschoten in de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 BW, zodat [de afnemer] zich niet met succes op dwaling kan beroepen.’

De daartegen gerichte cassatieklachten hielden in dat de aanbieders een mededelingsplicht in de zin van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW hadden geschonden door niet, zoals de volgens het hof op hen rustende bijzondere zorgplicht voorschreef, te waarschuwen voor het restschuldrisico en de ongeschiktheid van het product voor de afnemers gelet op hun financiële positie. Schending van die mededelingsplicht zou eraan in de weg staan aan de afnemer een onderzoeksplicht tegen te werpen. De Hoge Raad oordeelt over die klachten als volgt (Dexia, r.ov. 4.4.5, Levob, r.ov. 4.4.8):

‘Het hof heeft de vraag of, teneinde te voorkomen dat [de afnemer] de overeenkomst onder invloed van dwaling zou aangaan, op [de aanbieder] de plicht rust tevens de vorenbedoelde waarschuwingen te geven ontkennend beantwoord en geoordeeld dat [de aanbieder] tijdig die inlichtingen omtrent de wezenlijke kenmerken van de overeenkomsten heeft verschaft die in de gegeven omstandigheden zijn vereist. Daarbij heeft het hof (...) niet geoordeeld dat [de afnemer] zich niet met vrucht op dwaling kon beroepen omdat hij een eigen onderzoeksplicht naar de financiële risico's van de overeenkomst heeft verzaakt, maar omdat hem door [de aanbieder] op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomsten verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, te voorkomen.

Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk en aan de motivering daarvan behoeven geen strengere eisen te worden gesteld. Dat laat onverlet dat (...) op [de aanbieder] uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwplichten rusten dan de plicht de inlichtingen te verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken – en heeft verstrekt – om te voorkomen dat [de afnemer] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen.'

Een beroep op dwaling slaagt dus niet, omdat de aanbieder geen mededelingsplicht heeft geschonden: de afnemer kon zich volgens het hof op basis van de door de aanbieder verstrekte informatie voldoende een beeld vormen van de eigenschappen van het product. Dat oordeel vindt de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Toch heeft de aanbieder volgens het hof niet gedaan wat hij had moeten doen: waarschuwen voor de mogelijke restschuld en voor de ongeschiktheid van het product gelet op de financiële situatie van de afnemer in kwestie. Die tekortkoming wordt evenwel niet in het kader van het dwalingsleerstuk beoordeeld, maar komt later in ander verband nog aan de orde.

Misleidende reclame?

Door de afnemers was voorts gesteld dat de aanbieders hen door misleidende reclame-uitingen over de producten hadden verleid. Dat zou onrechtmatig zijn geweest (art. 6:194 BW). Voor zover het gaat om consumenten is de problematiek van de misleidende reclame tegenwoordig onderdeel van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW). Het gaat, zowel bij artikel 6:194 als artikel 6:193a e.v. BW om implementatie van Europese richtlijnen, zodat voor de toepassing van die bepalingen de uitleg van het Europese Hof van Justitie bepalend is.

Volgens de hoven (in Dexia en Aegon) was geen sprake van misleidende reclame, kort gezegd, omdat mocht worden uitgegaan van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument. De kritiek van de afnemers daarop was dat als maatstaf zou moeten gelden de minder op beleggingsgebied geïnformeerde consument, omdat de brochures zich richtten tot een breed segment particulieren en de producten juist aan weinig vermogende particulieren de mogelijkheid tot beleggen boden. De Hoge Raad voelt niets voor toetsing aan een ander consumentbeeld (Dexia, r.ov. 4.5.3, Aegon, r.ov. 4.3.5):

'Het hof heeft bij de beantwoording van de vraag of een reclame-uiting misleidend is in de zin van artikel 194 BW de juiste, aan het arrest van het HvJEG van 16 juli 1998, C-210/96, NJ 2000, 374 (Gut Springenheide) ontleende maatstaf gehanteerd, die ook door de Hoge Raad is overgenomen (vgl. HR 30 mei 2008, nr. C06/302, LJN: BD2820, r.ov. 4.2). Als algemene maatstaf geldt de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument tot wie de brochure zich richt of die zij bereikt. Daarbij wordt, toegesneden op gevallen als de onderhavige, gedoeld op de gewone consument die geen (specifieke) kennis van of ervaring met beleggen heeft. Voor een andere maatstaf, die uitgaat van een minder dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, is geen plaats.'

In het Aegon-arrest legt hij de betekenis daarvan uit:

'Het hof heeft terecht de toepassing van de vereiste maatstaf niet beperkt tot een reclame-uiting 'ten behoeve van alledaagse en niet risicovolle producten die door iedere consument kunnen worden gekocht'. Daarbij heeft het hof, evenzeer terecht, in aanmerking genomen dat van een gemiddeld geïnformeerde gewone consument in ieder geval verwacht mag worden dat hij weet dat effecten niet alleen in waarde kunnen stijgen, maar ook in waarde kunnen dalen, en dat van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich vooraf redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden, en dat hij de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuitingen en voorbeelden met prudentie beschouwt.'

Van misleidende reclame is daarom geen sprake geweest.

Schending van een bijzondere zorgplicht?

De aanbieders hebben dus kennelijk voldoende informatie over de producten verstrekt, zodat een beroep op dwaling faalt. De door hen verstrekte informatie was ook niet misleidend, zodat een beroep op onrechtmatige daad wegens misleidende reclame eveneens strandt. De afnemers hebben evenwel nog een pijl op hun boog: de bijzondere relatie tussen een aanbieder van financiële diensten en consumenten brengt mee dat de aanbieder ten aanzien van de afnemer voor het aangaan van een financiële transactie bijzondere zorg moet betrachten. Het is deze bijzondere zorgplicht die in de onderhavige zaken uiteindelijk de spil vormt. De hoven hadden in de onderhavige zaken een dergelijke verplichting aangenomen. De Hoge Raad verwoordt zijn instemming daarmee aldus in het Levob-arrest (de overwegingen in de andere arresten zijn vrijwel gelijklopend):

'4.5.4 Het hof heeft het volgende vooropgesteld. Op Levob rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante diensten jegens Bolle als particuliere persoon met wie zij een overeenkomst inzake Het Levob Hefboomeffect zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake het Levob Hefboomeffect te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's, en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels. 4.5.5 De rechtsopvatting waarvan deze vooropstelling van het hof blijk geeft, is juist. (...)

In de Levob-zaak had het hof geoordeeld dat Levob was tekortgeschoten in haar verplichting om Bolle uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor het risico dat aan het einde van de looptijd van de overeenkomst nog een schuld zou resteren. Verder oordeelde het hof dat, gelet op de financiële risico's die het product op Bolle legde, Levob met het oog daarop de inko-

mens- en vermogenspositie van Bolle had moeten onderzoeken, waarbij zij had dienen na te gaan of Bolle ook bij een tekortschietende verkoopopbrengst van de effecten redelijkerwijze aan zijn betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen. Als dat niet het geval was, had Levob met Bolle moeten overleggen over flankerende maatregelen om hem te beschermen tegen de gevaren van de overeenkomsten en had zij, als die maatregelen niet waren getroffen, in beginsel de overeenkomsten met Bolle niet mogen aangaan. Volgens de Hoge Raad had het hof deze verplichtingen terecht aangenomen, ook in een geval waarin geen sprake was van een advies- of vermogensbeheerrelatie, maar van een 'kant-en-klaar' financieel product.

Levob had nog aangevoerd dat de destijds geldende publiekrechtelijke regelgeving, met inbegrip van de voor Levob geldende gedragsregels, deze door het hof geconcretiseerde gedragsregels niet voorschreven. Volgens de Hoge Raad is dat niet beslissend:

'Het hof heeft zijn oordeel gegrond op in de precontractuele fase op Levob rustende, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens Bolle. De opvatting (...) dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, is onjuist.⁵

In de Dexia-zaak en in de Aegon-zaak kwam de Hoge Raad tot vergelijkbare oordelen (een bijzondere zorgplicht die inhoudt dat moet worden gewaarschuwd tegen specifieke risico's van het product, een onderzoeksplicht naar de financiële situatie van de afnemer, een eventuele adviesplicht om van de overeenkomst af te zien en het feit dat publiekrechtelijke regelgeving niet beslissend is voor de invulling van een privaatrechtelijke zorgplicht).⁶

In de Dexia-zaak was door de afnemer nog aangevoerd dat de bijzondere zorgplicht van de bank ook meebrengt dat de bank de overeenkomst in het geheel niet had mogen aangaan, althans niet met een onervaren en beperkt draagkrachtige partij als De Treek. De Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat het hof heeft geoordeeld dat Dexia in de gegeven omstandigheden De Treek had moeten adviseren van de overeenkomst af te zien. Hij vervolgt dan (Dexia, r.ov. 4.12.2):

'De opvatting waarop de onderdelen berusten is niet juist. De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht van Dexia gaat niet zo ver dat reeds bij het verzuim van te adviseren van de overeenkomst af te zien op haar de plicht zou rusten – steeds of in beginsel – te weigeren de overeenkomst met (een wederpartij als) De Treek aan te gaan. Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid.'

5 Zie voor een vergelijkbare overweging Dexia, r.ov. 4.10.3 en Aegon 4.6.10.

6 In de Aegon-zaak speelde nog de vraag of een collectieve actie (art. 3:305a BW) wel geschikt is voor een oordeel over de bijzondere zorgplicht, of dat dit een onderzoek vergt naar de individuele omstandigheden (verschil in deskundigheid, ken-

nis, ervaring en financiële positie van afnemers) waaronder de afzonderlijke overeenkomsten zijn aangegaan. Volgens de Hoge Raad (Aegon, r.ov. 4.5.4) bestaat niettemin een zich voor bundeling lenend gelijksoortig belang van de deelnemers bij de gevorderde verklaring voor recht.

7 Vgl. ook Dexia, r.ov. 5.3.

Causaal verband en schadevergoeding

'Schending van deze zorgplichten zal in het algemeen meebrengen dat de aanbieder van het effectenlease-product gehouden is de daarmee verband houdende schade te vergoeden.'

Aldus de Hoge Raad (Levob, 4.7.4⁷). In dat verband komt de vraag op tot welke schade schending van de zorgplichten heeft geleid. Voor aansprakelijkheid is in de eerste plaats nodig dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de zorgplichtschending en de schade.⁸ Op dat punt geldt (Levob, r.ov. 4.7.6⁹):

'In beginsel dient de afnemer volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv. te stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van deze zorgplichten.'

Door de aanbieders was in sommige gevallen aangevoerd dat de afnemer de overeenkomst ook zou hebben gesloten, indien de aanbieder aan de op hem rustende zorgplicht had voldaan. De Hoge Raad geeft op dat punt aanwijzingen voor twee varianten (Levob¹⁰):

'4.7.9 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest aanzienlijk, dat – behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel – ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.'

en:

'4.7.10 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal – in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's – het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, [dan] kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.'

Met betrekking tot de vraag welke schadeposten vervolgens aan de aanbieder kunnen worden toegerekend overweegt de Hoge Raad (Levob, r.ov. 4.7.7¹¹):

8 De volgorde die de Hoge Raad kiest (eerst 6:98 BW en daarna *condicio sine qua non*-verband) lijkt ons niet logisch, omdat voor toerekening eerst het feitelijke causaal verband dient vast te staan.

9 Vgl. Dexia, r.ov. 5.4.2.

10 Vgl. Dexia, r.ov. 5.5.2 en 5.5.3.

11 Vgl. Dexia, r.ov. 5.4.3.

‘Waar de verplichtingen waarin de aanbieder is tekortgeschoten er toe strekken te voorkomen dat een potentiële particuliere wederpartij lichtvaardig of met ontoereikend inzicht de effectenlease-overeenkomst sluit, kan – behoudens voldoende door de aanbieder gestelde en te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden waaruit anders kan blijken – het aangaan van de overeenkomst aan de aanbieder worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW, zodat de aanbieder in beginsel als schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen voor de afnemer van het aangaan van de overeenkomst. Onder die schade kan niet alleen de gerealiseerde restschuld worden begrepen, doch tevens de reeds betaalde rente en, in voorkomende gevallen, de reeds betaalde aflossing.’

In de Dexia-zaak had het hof geoordeeld dat geen causaal verband bestond tussen de schending van de zorgplicht en de reeds betaalde rente en aflossingen, omdat de schending van de zorgplicht niet daarin lag dat Dexia de afnemer niet had gewaarschuwd dat de afnemer zijn inleg, waaronder betaalde rente, zou kunnen verliezen. Dat perspectief is volgens de Hoge Raad te beperkt (Dexia, r.ov. 4.15.3):

‘Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat het hof bij de beantwoording van de vraag of causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige daad van Dexia en de door De Treek gestelde schade – de restschuld en de reeds betaalde rente en aflossingen – de situatie waarin De Treek zich thans bevindt, had moeten worden vergeleken met de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien Dexia niet onrechtmatig had gehandeld.’

Hij vervolgt dan:

‘De Treek heeft aangevoerd dat hij de overeenkomst niet zou hebben gesloten als Dexia hem had gewaarschuwd voor het restitutie-risico of hem had ontraden de overeenkomst aan te gaan. De vraag of de stelling van De Treek dat hij in die gevallen de overeenkomst niet zou hebben gesloten opgaat, heeft het hof niet beantwoord. Het hof is kennelijk ervan uitgegaan dat alleen dan causaal verband zou kunnen bestaan met de reeds betaalde rente en aflossingen indien Dexia zou hebben nagelaten De Treek voldoende duidelijk erop te wijzen dat hij zijn inleg, waaronder de betaalde rente, zou kunnen verliezen. Aldus geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dexia heeft immers de op haar rustende zorgplichten geschonden die erop gericht zijn De Treek te behoeden voor het lichtvaardig aangaan van de onderhavige overeenkomst. Alsdan kunnen ook de ingevolge de overeenkomst betaalde rente en aflossing worden aangemerkt als schade ten gevolge van deze onrechtmatige daad van Dexia (...)’

Eigen schuld?

Zowel in de Levob-zaak als in de Dexia zaak had het hof aangenomen dat een deel van de door de afnemer geleden schade (in Levob 40% van de schade en in Dexia 20% van de restschuld) voor diens rekening diende te blijven, omdat dit deel aan ‘eigen schuld’ (art. 6:101 BW) van de afnemer was te wijten. De Hoge Raad laat het oordeel in de Levob-zaak in stand. In de Dexia-zaak vernietigt hij het oordeel van het hof, kort gezegd, omdat het hof reeds bij de causale verdeling tot de conclusie had moeten komen dat de fout van de afnemer minder gewicht in de schaal legde dan die van de aanbieder.¹²

In de Dexia-zaak maakt de Hoge Raad ten behoeve van een ‘praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschuldproducten’ nog een aantal ‘algemene opmerkingen’. Enkele daarvan betreffen de verdelingsmaatstaf voor eigen schuld (Dexia):

‘5.6.1 Indien het (...) oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade kan worden aangenomen, zal op de voet van artikel 6:101 BW dienen te worden beoordeeld in hoeverre deze schade als door de afnemer veroorzaakt voor zijn rekening moet blijven.’

In dat verband stelt de Hoge Raad als vertrekpunt voorop dat de afnemer (mede) eigen schuld treft:

‘5.6.2 Daarbij zal als uitgangspunt kunnen worden gehanteerd dat de reeds betaalde rente, aflossingen en eventuele kosten alsmede de restschuld mede het gevolg zijn van aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden, daarin bestaande dat uit de effectenlease-overeenkomst voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld, dat de overeenkomst voorzag in een geldlening, dat over die lening rente moest worden betaald en dat het gehele bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. Daarbij valt ook in aanmerking te nemen dat van de afnemer mag worden verwacht dat hij alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen getroost om de effectenlease-overeenkomst te begrijpen.’

Dat betekent dat er in beginsel steeds plaats is voor toepassing van artikel 6:101 BW, in welk kader eerst een causale afweging moet plaatsvinden en vervolgens eventueel een billijkheidscorrectie. In verband met het eerste (causale verdeling) geeft de Hoge Raad als leidraad:

‘Bij toepassing van de maatstaf van artikel 6:101 BW zullen fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten.’

Meer concreet geeft de Hoge Raad nog de volgende aanwijzingen (Dexia, r.ov. 5.6.3):

‘Bij de vereiste afweging kan onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende schadeposten, te weten: de reeds betaalde rente en aflossing enerzijds, en de restschuld anderzijds. Daarbij moet in aanmerking worden genomen welke de bestedingsruimte was die de afnemer destijds had.’

Op dat punt maakt de Hoge Raad onderscheid:

‘In gevallen waarin bij onderzoek door de aanbieder zou zijn gebleken dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer naar redelijke verwachting toereikend was de rente en aflossing te voldoen, zullen deze schadeposten in beginsel geheel voor rekening van de afnemer moeten worden gelaten, aangezien deze schade dan geheel kan worden toegeschreven aan de omstandigheid dat, naar de afnemer wist of moest weten, met geleend geld is belegd.

In gevallen waarin echter bij nakoming van deze onderzoeksplicht aan de aanbieder zou zijn gebleken dat de afnemer redelijkerwijs niet in staat zou zijn (geweest) aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te (blijven) voldoen – en de aanbieder de afnemer dan ook had moeten adviseren de overeenkomst niet aan te gaan – zal in be-

¹² Dexia, r.ov. 4.16.2.

ginsel een deel van de betaalde rente en aflossing voor vergoeding in aanmerking komen.

Van de restschuld zal in beginsel steeds een deel voor rekening van de afnemer kunnen worden gelaten.’

Ten slotte geeft de Hoge Raad een nog meer concrete aanwijzing. In de Levob-zaak, waarin het hof had geoordeeld dat de afnemer tegen het aangaan van de overeenkomst had moeten worden beschermd, had het hof 40% van (het saldo van) de reeds betaalde rente (en ontvangen dividend) en 40% van de restschuld voor rekening van de afnemer gelaten. De Hoge Raad geeft als vuistregel:

‘Een zodanige verdeling kan ook in andere geschillen omtrent effectenlease-overeenkomsten waarbij ten aanzien van de financiële positie van de particuliere afnemer soortgelijke vaststellingen worden gedaan, tot uitgangspunt worden genomen.’

Noot

Per saldo

De uitspraken in deze zaken komen er, heel kort gezegd, op neer dat enerzijds de aanbieders zijn tekortgeschoten in hun precontractuele waarschuwingsplicht en daarom gehouden zijn schade te vergoeden, maar dat anderzijds de afnemers met een deel van hun schade – in de regel ruwweg 40% van de restschuld – blijven zitten. Ontdaan van alle juridische franje zou kunnen worden gezegd dat de Hoge Raad vindt dat financiële instellingen prudenter moeten zijn bij het aan de man brengen van hun producten, maar dat particuliere hebzucht en lichtzinnigheid niet onbegrensd wordt beschermd. Deze (‘iets-links-van-het’) middenweg was al ingezet met de Duisenberg-regeling en ook in de lagere rechtspraak werd een middenweg bewandeld.¹³

Wanneer men de door de rechters gekozen oplossing beziet, kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat de gewenste uitkomst (een verdeling van de lasten door vergoeding van slechts een deel van de schade) doorslaggevend is geweest voor de juridische vormgeving en argumentatie. De rechterlijke methode doet hier denken aan de fabel van de Arabische prins die bij uitstek succesvol was in het boogschieten: hij schoot eerst de pijl en tekende daarna de roos eromheen. De redenering is sluitend, maar roept niettemin de vraag op of de gekozen oplossing adequaat in het systeem van het recht kan worden ingebed: de dogmatiek wil ook wat.

Hierna wordt in dat licht achtereenvolgens besproken de precontractuele fase, de inpassing en invulling van de bijzondere precontractuele zorgplicht van financiële dienst-

verleners, de verhouding tussen dwaling en onrechtmatige daad, en de problematiek van causaal verband en eigen schuld.

Verplichtingen in de precontractuele fase

Contractspartijen moeten niet alleen nakomen waartoe zij zich contractueel hebben verplicht, ook voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst gelden voor hen tot op zekere hoogte bijzondere gedragsregels. Zij zijn verplicht om zich in die fase rekenschap te geven van de gerechtvaardigde belangen van hun (beoogde) wederpartij en daarnaar te handelen.¹⁴ Het gedrag in de precontractuele fase kan van betekenis zijn voor de toepassing van verschillende juridische leerstukken. In de eerste plaats kan daarbij gedacht worden aan gevallen waarin de overeenkomst niet tot stand komt (aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen¹⁵) of aan gevallen waarin de overeenkomst onder invloed van een wilsgebrek tot stand komt en op die grond kan worden vernietigd (bijv. dwaling, art. 6:228 BW).

Maar ook als wel een onaantastbare overeenkomst tot stand komt, kan het gedrag in de precontractuele fase van betekenis zijn, bijvoorbeeld voor uitleg van hetgeen is overeengekomen (art. 6:248 lid 1 BW). Voorts kunnen uit dat gedrag kennelijk aansprakelijkheden voortvloeien die het contract als het ware flankeren. Dan rijst de vraag in welk juridisch kader dergelijk handelen moet worden beoordeeld: aan de hand van regels uit het contractenrecht (dwaling) of met behulp van het leerstuk van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)?

De onderhavige arresten laten zien dat de Hoge Raad hier een – tamelijk subtiel – onderscheid maakt tussen enerzijds precontractuele mededelingsplichten, waarvan schending kan leiden tot een succesvol beroep op dwaling, en anderzijds precontractuele waarschuwingsplichten, waarvan schending een beroep op onrechtmatige daad kan rechtvaardigen.

Contouren en sanctionering van de bijzondere precontractuele zorgplicht

De Hoge Raad spreekt in de onderhavige arresten van ‘een bijzondere precontractuele zorgplicht’, die dient te worden ingevuld in het licht van de omstandigheden van het concrete geval. De bron van deze bijzondere zorgplicht ligt volgens de Hoge Raad in de redelijkheid en billijkheid. Hoewel partijen (nog) geen schuldeiser en schuldenaar zijn (art. 6:2 BW), wordt hun verhouding dus al wel door redelijkheid en billijkheid beïnvloed. De Hoge Raad (Levob, r.ov. 4.5.4) benadrukt overigens dat de plicht geldt in situaties waarin partijen de totstandkoming van een overeenkomst wel (zeer) dicht zijn genaderd: de verplichting geldt voor Levob ‘in gevallen waarin een persoon haar

13 In het kort kwam de lagere rechtspraak in zogenaamde beslismodules tot vier categorieën, terwijl de Duisenberg-schikking tot grofweg 66% vergoeding van restschuld kwam (zonder teruggave van al betaalde inleg en rente). Zie daarover bijv.

N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, ‘De constructie van een massaclaim – Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire’, *RM Themis* 2007, p. 51-60.

14 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt.

L.E.H. Rutten (Baris/Riezenkamp).
15 Vgl. HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467, AA 2005, p. 1027 (AA20051027), m.nt. T. Hartlief (CBB/JPO).

kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake het Levob Hefboomeffect te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan.’

Tot welk concreet handelen de bijzondere precontractuele zorgplicht precies verplicht, wordt door de feitenrechtters – met instemming van de Hoge Raad – ingevuld: waarschuwen tegen het risico van een restschuld en informeren naar de concrete financiële situatie van de afnemer en afhankelijk van die situatie adviseren af te zien van de aanschaf van het product. Het verweer van de banken dat publiekrechtelijke regelgeving of voor hen geldende gedragsregels hen daartoe niet verplichtten, legt de Hoge Raad terzijde. Dat past in de lijn van eerdere rechtspraak over de betekenis van publiekrechtelijke regelgeving voor de invulling van privaatrechtelijke zorgplichten: dergelijke regelgeving biedt weliswaar oriëntatiepunten voor te betrachten zorg,¹⁶ maar biedt veeleer de binnenmaat (het minimum) dan de buitenmaat (het maximum) van het vereiste beschermingsniveau.

Dat op financiële dienstverleners in de precontractuele fase een bijzondere zorgplicht rust, komt in deze arresten niet uit de lucht vallen. Met name wanneer het gaat om financiële instellingen die als professionele dienstverlener optreden op het terrein van beleggingen in effecten is in de rechtspraak al meermalen een bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van niet in de uitoefening van beroep of bedrijf handelende particulieren (‘consumenten’). Die zorgplicht is in het verleden al aangegrepen om vergaande verplichtingen op banken te leggen om te waarschuwen en soms zelfs diensten te weigeren – bijvoorbeeld bij optiehandel.¹⁷

Mededelen of waarschuwen, dwaling of onrechtmatige daad?

Wie in de precontractuele fase zwijgt waar hij had moeten spreken (art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW), loopt het risico dat de overeenkomst later wegens dwaling wordt vernietigd. Bij beantwoording van de vraag of een verkoper bepaalde mededelingen moet doen, heeft de Hoge Raad in het verleden als aanwijzing geformuleerd dat de mededelingsplicht er juist toe strekt ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden.¹⁸ In de onderhavige zaken hadden de aanbieders kennelijk (zo vonden de hoven, gevolgd door de Hoge Raad) voldoende medegedeeld over de eigenschappen van de producten en strandde daarom het beroep van de afnemers op dwaling. Niettemin oordeelden de rechtters dat de aanbieders waren tekortgeschoten in een waarschuwingsplicht met betrekking tot

het risico van de restschuld en de gevaren voor de individuele financiële posities van de afnemers.

Dat doet de vraag rijzen hoe het onderscheid tussen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht moet worden gezien. Enerzijds lijkt het verschil praktisch flinterdun:¹⁹ in beide gevallen gaat het om het verstrekken van informatie die ertoe strekt ook/juist de onvoorzichtige koper te beschermen. Anderzijds verschilt het resultaat, althans in uitgangspunt, fundamenteel. Bij schending van de *mededelingsplicht* is de overeenkomst vernietigbaar (art. 6:228 BW). Dat is in beginsel – afgezien van rechterlijke aanpassing in de zin van artikel 6:230 BW, maar dat vergt een tijdig voorstel van de wederpartij – een *alles-of-niets* kwestie. Als er een beroep op dwaling is, kan de overeenkomst worden vernietigd en moet de transactie in beginsel geheel worden teruggedraaid (art. 3:53 jo. 6:203 BW). Voor het ‘verdelen van de pijn’ is dan niet direct een grondslag aan te wijzen. Bij schending van de *waarschuwingsplicht* ontstaat daarentegen alleen een recht op schadevergoeding (art. 6:162 BW) met de mogelijkheid van het ‘verdelen van de pijn’ wegens eigen schuld (art. 6:101 BW).

De Hoge Raad laat er overigens geen misverstand over bestaan dat de precontractuele verplichting tot waarschuwen voortvloeit uit redelijkheid en billijkheid, maar dat de *schending* van die rechtsplicht een onrechtmatige daad is die een verbintenis tot schadevergoeding in het leven roept. Dat neemt evenwel niet weg dat ook precontractuele zorgplichten die uit het dwalingsleerstuk voortvloeien kunnen worden gesanctioneerd met het onrechtmatige daadsrecht.²⁰

Nu zou men kunnen zeggen dat een waarschuwingsplicht in dit verband iets – heel²¹ – anders is dan een mededelingsplicht, omdat de waarschuwingsplicht voortvloeit uit de bijzondere verhouding tussen een financiële dienstverlener en een consument, die brengt mee dat op de financiële dienstverlener een bijzondere verantwoordelijkheid rust. Maar die bijzondere verantwoordelijkheid kan men natuurlijk even goed, zo niet beter, tot uitdrukking brengen in de bepaling van de omvang van de mededelingsplicht in het kader van artikel 6:228 BW. Het lijkt er veel meer op dat het onderscheid is ingegeven door het gewenste resultaat: bij vernietiging wegens dwaling zouden alle lasten voor rekening van de aanbieder komen²² en dat zou te weinig recht doen aan het feit dat de onvoorzichtige (lees: kennelijk door hebberigheid gedreven) consument ook zelf boter op zijn hoofd had.

16 Vgl. HR 12 december 2008, LJN: BD3129, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf), r.ov. 3.5.2.

17 Vgl. bijv. reeds HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103, m.nt. C.E. du Perron, *AA* 2003, p. 929 (AA20030929), m.nt. T. Hartlief (Van Zuylen/Rabobank).

18 HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof) en HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666,

m.nt. W.M. Kleijn (Ofringa/Vinck & Van Rosberg).

19 W.L. Valk, ‘Dwaling, tekortkoming en effectenlease’, *NTBR* 2009, 29, p. 237, noemt het ‘boterzacht’.

20 Vgl. HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94, m.nt. C.J.H. Brunner (Cattier/Waanders).

21 Volgens A.J.P. Schild, ‘Mededelingsplichten komen van Venus, waarschuwingsplichten van

Mars’, *WPNR* 2009, 6821, p. 939, verschillen zij – letterlijk – hemelsbreed.

22 Zie over de vraag onder welke omstandigheden ‘alles of niets’ bij financiële producten de voorkeur verdient W.H. van Boom, ‘Financiële toezichtgeving en nietige overeenkomsten’, *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006, p. 5 e.v.

Vanuit moreel (Calvinistisch?) oogpunt is er wellicht wat voor te zeggen om onvoorzichtige kopers die handelen uit hebberigheid (kopers van bijvoorbeeld beleggingsproducten) enigszins anders te behandelen dan ‘gewoon’ onvoorzichtige kopers (van bijvoorbeeld een huis), maar het is de vraag of een fundamenteel andere juridisch-technische route daarvoor de aangewezen weg is. Als de aan dwaling verbonden sanctie (vernietiging met terugwerkende kracht, art. 3:53 BW, en afwikkeling volgens onverschuldigde betaling, art. 6:203 BW) als te rigoureuus wordt ervaren, ligt het – zeker vanuit systematisch oogpunt – veeleer voor de hand die sanctie te mitigeren.

Zoals de rechter gedeeltelijk kan ontbinden, zou ook partiële vernietiging en aanpassing meer toepassing moeten (kunnen) vinden.²³ Dat ligt ook in de lijn van andere rechtspraak van de Hoge Raad, waarin werd benadrukt dat één van de doelen van het nieuwe BW zou zijn het tegengaan van alles-of-niets werking van nietigheden.²⁴ Een meer proportionele sanctionering is op meerdere manieren te bewerkstelligen. We noemen er hier twee. Allereerst is er artikel 6:278 BW.²⁵ In de kern zegt artikel 6:278 BW dat als iemand voor vernietiging wegens dwaling kiest (zie lid 2: ‘de stoot tot ongedaanmaking’) en het aannemelijk is dat hij dat niet zou hebben gedaan als de waarde van de door hem geleverde prestaties (inleg, aflossing) niet gunstiger zou zijn geworden ten opzichte van de waarde van de door de aanbieder geleverde prestaties (ter beschikking stellen van effecten, de lening en effectief de waarde van de beleggingen), de afnemer dan het verschil moet vergoeden aan de aanbieder. Niet zeker is of de ratio van het artikel hier goed toe te passen valt; de klacht van de afnemers is namelijk dat zij pas van hun dwaling op de hoogte raakten toen door koersval zich die wijziging van de waarde van de prestatie van de aanbieder voordeed. Indien het artikel toegepast zou kunnen worden, zou het wellicht tot vergelijkbare ‘verdeling van de pijn’ aanleiding kunnen geven als artikel 6:101 BW mogelijk maakt.

Een tweede weg is de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248, lid 2, BW). Denkbaar is dat de Hoge Raad een rechtsregel zou hebben ontworpen die recht doet aan de door hem gevoelde gedeelde verantwoordelijkheid van aanbieders en afnemers voor de ontstane situatie. Die regel zou bijvoorbeeld hebben kunnen luiden:

voor zover in gevallen als deze, waarin sprake is van grote aantallen afnemers van financiële producten, de dwaling niet alleen aan aanbieders maar ook aan de afnemers toe te rekenen valt en vernietiging en ongedaanmaking van de overeenkomsten mede in verband met de ingrijpende gevolgen van die vernietiging uit maatschappelijk oogpunt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is de rechter gehouden om ofwel zonodig ambtshalve te beoorde-

len of proportionele wijziging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 6:230 BW recht kan doen aan de ontstane situatie, ofwel het beroep op vernietiging wegens dwaling af te wijzen en slechts vergoeding van de schade op voet van afd. 6.1.10 BW toe te staan voor zover tevens sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de aanbieder.

Dat is natuurlijk wel een erg creatieve verknoping van dwaling en onrechtmatigedaadsrecht via de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, maar in essentie is het niet veel anders dan datgene wat de Hoge Raad doet in deze arresten.²⁶ Wel moet worden bedacht dat voor de beide geschetste wegen naar proportionele sanctionering noodzakelijk is dat er een beroep op wordt gedaan. Naar geldend recht is ambtshalve toepassing van proportionele oplossingen niet mogelijk: de aanbieder zal er een beroep op moeten doen. In deze zaken is het beroep op artikel 6:101 BW gedaan, en dat wees de rechter de weg naar proportionaliteit.

Causaliteit en eigen schuld

In deze arresten gebruikt de Hoge Raad het eigenschuldartikel 6:101 BW om een simpele boodschap te geven: de aanbieders verzaakten hun zorgplicht, de afnemers waren onvoorzichtig en dus moeten ze beide op de blaren zitten. De manier waarop de Hoge Raad die simpele boodschap uitwerkt, is wat minder simpel.

De zorgplicht van de aanbieders strekt er volgens de Hoge Raad namelijk toe de afnemer te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtzinnigheid of gebrek aan inzicht. Daarom dienen, zo beslist de Hoge Raad met verwijzing naar eerdere rechtspraak inzake bancaire zorgplicht,²⁷ bij de toepassing van artikel 6:101 BW de fouten van de afnemer die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel *minder zwaar* te wegen dan de fouten aan de zijde van de aanbieder. De feitenrechter moet zich daar uitdrukkelijk rekenschap van geven, aldus de Hoge Raad.

Zoals hierboven al duidelijk werd, maakt de Hoge Raad vervolgens onderscheid tussen twee soorten schade:

- 1 de al betaalde rente en aflossingen,
- 2 de (nog openstaande) restschuld.

Van de restschuld zal in beginsel steeds een deel voor rekening van de afnemer kunnen worden gelaten, aldus de Hoge Raad. Gezien de voorkeur die de Hoge Raad voor 40% eigen schuld van de afnemer ten toon spreidt, lijkt het voor de hand te liggen dat de restschuld dus voor (in beginsel) 60% verhaald kan worden op c.q. voor rekening blijft van de aanbieder.

Maar dat ligt anders voor de rente en aflossingen. Voor die schade hangt het ervan af wat de aanbieder zou hebben vastgesteld als hij bij het aangaan van de overeen-

²³ Vgl. in deze zin Valk, *NTBR* 2009, 29, p. 237.

²⁴ HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378, m.nt. Mendel (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures).

²⁵ Weliswaar is dit artikel uit de aard der zaak niet van toepassing bij vernietiging wegens het aangaan van een effectenleaseovereenkomst zonder schriftelijke toestemming van de echtgenoot in

strijd met artikel 1:88 BW (zie HR 28 maart 2008, LJN: BC2837, r.ov. 4.10), maar die categorische uitsluiting lijkt minder voor de hand te liggen bij vernietiging wegens dwaling.

²⁶ Te wijzen valt op HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378, m.nt. Mendel (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), waarin werd geoordeeld dat het

mogelijk is dat een rechter oordeelt dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden een vervalbeding als het ware kan converteren in een schadevergoedingsbeding.

²⁷ HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (Rabobank/Everaars).

komst onderzoek zou hebben gedaan naar de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer. Zou die namelijk ‘naar redelijke verwachting’ toereikend zijn geweest om de rente en aflossing te voldoen, dan blijft die schade in beginsel *geheel* voor rekening van de afnemer ‘aangezien deze schade dan geheel kan worden toegeschreven aan de omstandigheid dat, naar de afnemer wist of moest weten, met geleend geld is belegd’.

Zou de aanbieder bij onderzoek hebben ontdekt dat de afnemer niet draagkrachtig was om die betalingen te doen, dan komt (in beginsel) een deel van de betaalde rente en aflossing voor vergoeding in aanmerking. Wij denken dat ook dan weer de 60-40 regel opgeld zal doen. De redenering dat de rente en aflossing geheel voor rekening van de draagkrachtige afnemer moet blijven omdat deze ‘geheel kan worden toegeschreven’ aan de omstandigheid dat de afnemer had moeten weten dat hij met geleend geld belegde, overtuigt niet. De Hoge Raad concentreert zich kennelijk op het niet-causaal zijn van de verzaking van de onderzoeksplicht voor het aangaan van de overeenkomst. Als de aanbieder de draagkracht van de afnemer had onderzocht wat betreft rente en aflossingen, en zou hebben vastgesteld dat de afnemer die lasten inderdaad kon dragen, dan hoefde de aanbieder wat dat betreft niet negatief te adviseren. Maar dat betekent niet dat rente en aflossingen dan geheel toe te schrijven zijn aan de beslissing van de afnemer om te contracteren. Er is namelijk ook nog de waarschuwingsplicht. Als de aanbieder had moeten waarschuwen voor een restschuld en dit niet heeft gedaan, en ten processe staat vervolgens vast dat de afnemer de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien wel was gewaarschuwd, hoe kan dan de ‘schade’ van rente en aflossingen uitsluitend aan zijn eigen beslissing zijn ‘toe te schrijven’? Dat zal dan waarschijnlijk een doelredenering onder het kopje van de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW opleveren. Een afnemer, die genoeg middelen had om rente en aflossingen te dragen, en die bewijst dat de aanbieder tekortgeschoten is in de on-

derzoeksplicht en de waarschuwingsplicht, die ook *condicio sine qua non*-verband aantoonde tussen verzaking van beide plichten en het aangaan van de overeenkomst, krijgt dus niets van zijn ingelegde geld en betaalde rente terug, terwijl wel vaststaat dat de verzaking van die zorgplichten (mede-)oorzakelijk is geweest voor het ontstaan van de ‘schade’. Het lijkt erop dat hier de draagkracht van de afnemer wordt gehanteerd als factor voor verdeling van de pijn, met als gevolg dat de waarschuwingsplicht in dit opzicht tandeloos wordt. Waarom moet de draagkrachtige afnemer hier meer op de blaren zitten dan de niet-draagkrachtige afnemer? Met inzicht in de eigen situatie of mate van verantwoordelijkheid voor het aangaan van de overeenkomst heeft dat niet noodzakelijkerwijs van doen. De Hoge Raad maakt geen onderscheid tussen hoogopgeleide en laagopgeleide afnemers. Dat is wel begrijpelijk vanuit de gedachte dat het al moeilijk genoeg is om de vele duizenden nog openstaande effectenleasedossiers efficiënt af te wikkelen, maar een bevredigende grondslag voor deze ‘toedeling van de pijn’ in plaats van ‘verdeling van de pijn’ biedt het niet.

Een waardering

Effectenlease is niet alleen voor banken een interessante melkkoe gebleken, die het mogelijk maakte de ‘gewone man’ naar het beleggingscircuit te lokken. Het bleek ook de voedingsbodem voor een *lawyer’s paradise*, waarin ongetwijfeld een goede boterham wordt verdiend. De problematiek blijkt ten slotte een bron van juridisch-technisch puzzelwerk: is het verschil tussen precontractuele mededelingsplichten en precontractuele waarschuwingsplichten een bruikbaar criterium voor een onderscheid in gevolgen: vernietiging of schadevergoeding. Het lijkt erop dat achter dit fundamenteel ogende onderscheid niet teveel moet worden gezocht: het diende vermoedelijk vooral als middel om de schuld bij beide partijen te leggen en tot een verdeling van de schade te komen. ■