

De effectenlease-arresten – HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (afnemer/Dexia), ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob/afnemer), ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon)

Wetsartikelen:	Art. 6:228 BW; art. 6:162 BW; art. 6:101 BW
Kernwoorden:	Effectenlease; misleidende reclame; dwaling en precontractuele mededelingsplicht; zorgplicht en waarschuwingsplicht aanbieder effectenleaseproduct; schadevergoedingsplicht; berekening; eigen schuld
Kern:	De aanbieder van een effectenleaseproduct moet informatie geven die de consument in staat stelt het product te beoordelen. Daarnaast rust een bijzondere zorgplicht op de aanbieder om informatie in te winnen en zonodig te waarschuwen tegen een transactie die de draagkracht van de consument te boven gaat. De consument heeft een eigen verantwoordelijkheid. Bij schadevergoeding moet onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de aanschaf de draagkracht van de afnemer te boven ging en waarin dat niet het geval was.
W.H. van Boom © versie 1 december 2022	

1. Casus en uitspraak

In de jaren 1990 werd door financiële instellingen een nieuw, ‘kant en klaar’ beleggingsproduct ontwikkeld en actief aan de man gebracht, de effectenlease. Er zijn verschillende vormen van dit product ontwikkeld en verkocht, maar ze komen allemaal neer op beleggen met geleend geld. Consumenten met een kleine beurs werden op deze manier verleid om ook een graantje mee te pikken van beurskoersstijgingen. Wat bij verkoop misschien minder goed werd uitgelegd, was dat beurskoersdalingen tot aanzienlijke verliezen en restschulden konden leiden.

De werking van de effectenleaseovereenkomst is als volgt. De afnemer leent bij aanvang van de overeenkomst een grote hoeveelheid geld van de aanbieder. Die brengt maandelijks aan de afnemer een klein bedrag in rekening, namelijk rente over de geldlening. Als het maandbedrag alleen maar rente over het geleende geld betreft, spreken we van een *restschuldproduct* en als het een zogeheten *aflossingsproduct* betreft wordt ook al direct maandelijks een deel afgelost op de hoofdschuld. Vervolgens koopt de aanbieder met de door de afnemer geleende geldsom voor rekening en risico van de afnemer een grote hoeveelheid effecten (meestal beursgenoteerde aandelen of participaties in beleggingen). Dit noemt men wel het hefboomeffect: door maandelijks een klein bedrag te betalen (soms misleidend aangeduid als ‘inleg’) wordt een rendement gerealiseerd over een belegd bedrag dat de afnemer zelf nooit in kas had. Het hefboomeffect werkt twee kanten op. Aan het eind van de looptijd van de overeenkomst worden de effecten weer verhandeld en wordt het contract afgewikkeld. Vandaar dat men spreekt van ‘lease’ (huur) van effecten, hoewel het vaak ook mogelijk was voor de afnemer om de effecten voortaan zelf als rechthebbende te behouden. Hoe dan ook moet de afnemer het geleende geld terugbetalen aan de

aanbieder. Bij het restschuldproduct gaat het om het gehele geleende bedrag, bij het aflossingsproduct is er al gedurende de looptijd iets afgelost op de hoofdschuld. Als de gekochte effecten flink in waarde zijn gestegen, zal aflossen geen probleem zijn: na aftrek van het geleende bedrag blijven koerswinsten over voor de afnemer. Zijn de effecten tijdens de looptijd echter gedaald in waarde of niet genoeg gestegen dan kan de afnemer met een restschuld achterblijven.

Omdat het hier gaat om producten waarbij het risico bestaat dat aan het eind van de looptijd een restschuld bestaat die moet worden afgelost, loopt de afnemer meer risico dan alleen het verliezen van de inleg. De vraag is of dit aan afnemers voldoende duidelijk is geworden toen zij het contract aangingen met de aanbieder. Dat bleek een prangende vraag toen rond 2000 de aandelenkoersen fors daalden. Toen vele duizenden afnemers met een restschuld achterbleven, werden er talloze individuele en collectieve procedures gevoerd over de vraag of de aanbieders misleidende reclame hadden gemaakt, of zij bij het contracteren voldoende informatie hadden gegeven en of zij niet hadden moeten waarschuwen voor de inherente risico's van dit speculatieve risicoproduct.

Op 5 juni 2009 wees de Hoge Raad drie arresten over deze materie: *afnemer/Dexia, Levob/afnemer* en *Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*. De zaken worden hierna als resp. *Dexia, Levob* en *Aegon* aangeduid (de producten droegen de ronkende namen Sprintplan, Hefboomeffect, resp. KoersExtra). De 5 juni-arresten zijn overigens slechts een paar van de vele uitspraken die zijn gedaan over deze producten,¹ en het eind is vermoedelijk nog niet in zicht. Het blijvende belang van de hier besproken arresten zit in het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen precontractuele verplichtingen tot informeren en waarschuwen en de wijze van afwikkeling van de schade die afnemers hadden geleden. Het zijn die elementen die hierna worden uitgelicht.²

Misleidende reclame?

Het verwijt dat het foldermateriaal van de aanbieders misleidend was, strandt. Destijds was misleidende reclame geregeld in art. 6:194 BW, een species van de onrechtmatige daad. Deze regeling is inmiddels opgegaan in art. 6:193a e.v. BW (oneerlijke handelspraktijken). In beide gevallen betreft het implementatie van Europese richtlijnen en dus dient bij de toepassing van deze regels de uitleg te worden gevolgd die het Europese Hof van Justitie geeft aan deze regels. De feitenrechter had daarom het foldermateriaal van de aanbieder getoetst aan art. 6:194 BW (oud) en daarbij werd als uitgangspunt genomen de vraag of de 'gemiddeld geïnformeerd, omzichtige en oplettende consument' verward of misleid zou raken door het materiaal. Die 'model-consument' is van Europeesrechtelijke komaf en hij laat zich niet snel een oor aannaaien, zo blijkt in *Aegon* wat betreft het leaseproduct 'Sprintplan':

"(...) Het hof heeft bij de beantwoording van de vraag of een reclame-uiting misleidend is in de zin van art. 6:194 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, rov. 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

¹ De hoeveelheid rechtspraak en literatuur hierover is overweldigend. Voor een 'terugblik' op de opbrengst van de vele procedures zie J.B.M. Vranken, 'De afwikkeling van massaschade door de rechter lijkt onbegonnen werk - Een onderzoek aan de hand van de precedentwerking van vijftig uitspraken van de Hoge Raad over effectenlease', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 3142 e.v.

² Zie ook al W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenlesezaken', *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2009, p. 228 e.v.; W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010, p. 188 e.v. Ik heb in deze tekst delen van de eerstgenoemde publicatie hergebruikt.

beleggen heeft. Voor een andere maatstaf, die uitgaat van een minder dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, is geen plaats. 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, loftuizingen en voorbeelden met prudentie beschouwt. (...).³

De Hoge Raad laat het oordeel van de feitenrechter op dit punt in stand:

"(...) gelet op de inhoud van de brochures, de deelnemers aan de "Sprintplan"-overeenkomst, handelend als gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consumenten, op grond van de aan hen ter beschikking gestelde informatie moesten begrijpen dat het niet ging om een spaarconstructie maar om beleggen met geleend geld en dat zij om die reden het risico liepen dat hun maandelijkse inleg verloren kon gaan, is niet onbegrijpelijk. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het hof heeft vastgesteld - in cassatie niet bestreden - dat de overgelegde brochures alle (in uiteenlopende, maar vergelijkbare bewoordingen) vermelden dat sprake was van het voorschieten van een bedrag door Aegon, waarover maandelijks een vergoeding (rente) diende te worden betaald, dat het voorgeschoten bedrag werd belegd in een daartoe genoemd fonds, dat op zeker moment het resultaat van de belegging verminderd met het voorschot aan de wederpartij van Aegon zou worden uitgekeerd, dat de waarde van de belegging kon fluctueren, dat in het verleden behaalde rendementen geen garantie voor de toekomst vormden, dat in verband met het voorschot een bepaalde minimumwaarde van de belegging werd gegarandeerd en dat nergens een vast rendement of vaste uitkering wordt toegezegd, terwijl dezelfde gegevens in formelere bewoordingen tot uitdrukking worden gebracht in de samenvatting van de algemene voorwaarden op de achterzijde van het inschrijfformulier. Daarbij wordt voorts erop gelet dat het hof in aanmerking heeft genomen en heeft kunnen nemen dat van de consumenten mocht worden verwacht dat zij zich vooraf redelijke inspanningen getroostten om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden, en dat de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuizingen en voorbeelden met prudentie dienden te worden beschouwd.(...)".⁴

De gemiddelde consument verricht dus redelijke inspanningen om de productvoorwaarden te lezen en te doorgronden én laat zich niet snel verleiden door de verleidingstactieken die de aanbieder hanteert.

Vernietiging wegens dwaling

In de zaken Levob en Dexia deden de afnemers een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) om de leaseovereenkomst te vernietigen. Dat beroep faalde in beide gevallen. De feitenrechter overweeg kort gezegd dat het foldermateriaal niet uitblinkte in duidelijkheid, maar dat de tekst in zijn geheel beschouwd niet onjuist was. Uit de tekst van de overeenkomsten en algemene voorwaarden bleek voldoende duidelijk dat sprake was van een geldlening, rente-aflossingen en het risico van een restschuld. Uit het geheel van het verschaft materiaal had dit voor degene die zich redelijke

³ Aegon, r.ov. 4.3.5.

⁴ Aegon, r.ov. 4.3.7.

inspanningen had getroost voldoende duidelijk moeten zijn. Deze redenering was voor de Hoge Raad overtuigend. Zo oordeelde hij in de Dexia-zaak:

“(…) Het hof heeft het beroep op dwaling verworpen. Zijn overwegingen(…) komen op het volgende neer.

Wie een overeenkomst aangaat, moet voorkomen dat hij de overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Hij heeft derhalve een onderzoeksplicht. Van degene die een overeenkomst aangaat, mag in ieder geval worden verlangd dat hij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van de eventuele daarop toepasselijke voorwaarden en deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Hetzelfde geldt voor de aan hem verstrekte brochures. Indien voormelde stukken onduidelijkheden bevatten, mag van hem tevens worden verlangd dat hij daarover vragen stelt. (...)

4.4.4 Het hof heeft geoordeeld dat uit de voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan [afnemer] ter beschikking gestelde Bijzondere Voorwaarden, de desbetreffende brochure en de vermelde brief van de belastingadviseurs voldoende duidelijk blijkt dat sprake was van het verstrekken van een geldlening, dat aan de overeenkomst koersrisico's waren verbonden en dat het risico bestond van een tekort in het geval de overeenkomst tussentijds zou worden beëindigd en de waarde van de effecten ontoereikend zou zijn om de aankoopsom volledig te voldoen. Het hof heeft voorts geoordeeld dat een en ander voor [afnemer] voldoende duidelijk was, althans had behoren te zijn en dat, indien hij dit niet of onvoldoende mocht hebben begrepen, het op zijn weg had gelegen zich inspanning te getroosten om de strekking van de overeenkomst wel te begrijpen, waarbij geldt dat van degene die effecten koopt mag worden verwacht dat hij ervan op de hoogte is dat die effecten ook in waarde kunnen dalen.

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 Dexia in de gegeven omstandigheden jegens [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 art. 6:228 lid 1 BW, zodat [afnemer] zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen (...).”⁵

De Hoge Raad oordeelt dat het hof terecht had geoordeeld dat het beroep van de afnemer op dwaling niet slaagde omdat hem door Dexia op essentiële punten *voldoende* duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen. Vervolgens blijkt dat de Hoge Raad een scherp onderscheid wenst te maken tussen mededeling en waarschuwing, want:

“(…) Dat laat onverlet dat - zoals hierna (...) aan de orde komt - op Dexia uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwingsplichten 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 [afnemer] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen. (...).”

Schending van precontractuele zorgplicht

De derde grondslag die de afnemers aanvoeren, heeft meer succes dan de hiervoor behandelde misleidende reclame en dwaling. Het betreft de precontractuele zorgplicht van financiële

⁵ Dexia, r.o. 4.4.2 e.v.

instellingen zoals banken en verzekeraars, om zich de belangen van de cliënt aan te trekken, hem onder omstandigheden te informeren, te adviseren, inlichtingen in te winnen bij de cliënt, en soms zelfs te waarschuwen of zelfs indringend te waarschuwen tegen onverstandige beslissingen.

Niet-nakoming van de zorgplicht leidt tot de verplichting tot vergoeding van de geleden schade. Niet helder is wat de dogmatische grondslag van de zorgplicht is: gaat het om een plicht die uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid tussen contractanten als bedoeld in art. 6:248, lid 1, BW ontstaat, uit de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 BW, of uit een combinatie van die twee bronnen? De Hoge Raad lijkt in de 5 juni-arresten voor de combinatie te kiezen, maar helemaal helder is de keuze niet.

In een uitgebreide uiteenzetting komt de Hoge Raad in alle drie de zaken tot het oordeel dat de aanbieders hun zorgplichten inderdaad verzaakt hebben. Die zorgplichten zijn privaatrechtelijk van aard en kunnen verder gaan dan de eisen die publiekrechtelijke regelgeving stelt. Het verweer van de aanbieders dat zij de wettelijke regels hebben nageleefd, maakt dus geen indruk bij de Hoge Raad.⁶ Wat ook geen indruk maakt is het verweer dat het product slechts verkocht werd en dat geen adviesrelatie bestond. Juist daarom geldt dat de aanbieder van een kant-en-klaar financieel product dat met geleend geld restschuldrisico's creëert en dat aan het grote publiek van consumenten wordt aangeboden, een zekere zorgplicht heeft.⁷ Ten slotte is ook niet van belang dat bepaalde andere deelnemers, bij wie door stijgende koersen het restschuldrisico zich niet heeft verwezenlijkt, als gevolg van deze schendingen geen schade hebben geleden. Dat zij geen schade hebben geleden, wil niet zeggen dat niet onrechtmatig is gehandeld.⁸

Wat houden de zorgplichten in? De Hoge Raad oordeelt bijvoorbeeld in Levob dat het hof de juiste rechtsopvatting hanteert op dit punt:

“(…) 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 [afnemer] 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 blijkt geeft, is juist. (...) (...)”

Vervolgens onderschrijft de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechters dat op de aanbieders van deze producten de precontractuele zorgplicht rust om ter bescherming tegen lichtvaardigheid of gebrek aan ervaring ondubbelzinnig en indringend te waarschuwen tegen de risico's van beleggen met geleend geld én om onderzoek te doen naar de draagkracht van de afnemer gegeven diens inkomen en vermogen, en zonodig te adviseren over het al dan niet afnemen van het product.

⁶ Levob, r.o. 4.5.8; Dexia, r.o. 4.11.5. Het verweer dat art. 6:162 BW niet meer mag eisen dan publiekrechtelijke regels eisen, noemt men ook wel het regulatory compliance verweer. Het verweer gaat in ons land niet op, zo heeft de Hoge Raad bij herhaling geoordeeld. Zie W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 215 e.v.

⁷ Levob, r.o. 4.5.7.

⁸ Aegon, r.o. 4.6.13.

De onderzoeks- en adviesplichten van de aanbieder staan volgens de Hoge Raad niet op gespannen voet met de contractsvrijheid; zij strekken er toe om particuliere afnemers te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en vloeien voort uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid de aanbieder van effectenleaseproducten als de onderhavige in de gegeven omstandigheden verplichten:

*“(...) [onjuist is] de opvatting dat de (...) onderzoeks- en adviesplicht geen steun vindt in het recht en getuigt van een bevoogding die op gespannen voet staat met het beginsel van de contractsvrijheid; deze bijzondere onderzoeks- en adviesplicht strekt immers ertoe particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en vloeit voort uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid de aanbieder van effectenleaseproducten als de onderhavige in de gegeven omstandigheden verplichten (...)”.*⁹

Daar staat tegenover dat de zorgplicht niet zover gaat dat reeds bij het verzuim om te adviseren van de overeenkomst af te zien steeds of in beginsel de plicht rustte op de aanbieder om te *weigeren* een overeenkomst te sluiten. Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid, aldus de Hoge Raad. De plicht om negatief te adviseren houdt niet ook een plicht tot contractweigering in:

*“(...) De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht van [de aanbieder] gaat niet zo ver dat reeds bij het verzuim 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 afnemer] aan te gaan. Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid (...)”.*¹⁰

Afwikkeling

Dan de gevolgen van de schending van de zorgplicht. De zorgplichten zijn niet nageleefd, en *dus* zijn de aanbieders tot schadevergoeding verplicht. De grondslag is de precontractuele betamelijkheid die niet in acht is genomen (art. 6:162 BW). De vraag is welke schade door de zorgplichtschending is veroorzaakt. Om die vraag te beantwoorden moet worden bekeken (a) wat de afnemer zou hebben gedaan in het hypothetische geval waarin de zorgplicht wel zou zijn nageleefd: zou die het product wel of niet hebben gekozen? De beantwoording van een dergelijke ‘what if’ vraag geschiedt in termen van het meest aannemelijke hypothetische scenario. Vervolgens (b) moet worden vastgesteld of de afnemer de ontstane schade deels aan eigen onvoorzichtigheid heeft te danken, zodat de schade op grond van art. 6:101 BW gedeeltelijk voor eigen rekening moet blijven.

In de Levob zaak wordt de afwikkeling als volgt aangepakt. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van vraag (a):

“(...) Voorafgaande beschouwing inzake zorgplicht en schadevergoeding

4.7.1 Het hof heeft (...) met juistheid geoordeeld dat in de omstandigheden van dit geval op Levob voor het aangaan van de onderhavige effectenlease-overeenkomsten een waarschuwplicht voor het restschuldrisico rustte, alsmede dat zij gehouden was onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van [afnemer].

⁹ Dexia, r.o. 4.11.5.

¹⁰ Dexia, r.o. 4.12.2.

(...)

4.7.3 De verplichting van aanbieders van effectenleaseproducten de afnemer bij het aangaan van de overeenkomst indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico strekt ertoe de potentiële particuliere wederpartij te informeren over en te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van risico's die hij redelijkerwijze niet kan dragen. Deze verplichting heeft zelfstandige betekenis, ongeacht het antwoord op de vraag of de plicht inlichtingen in te winnen omtrent inkomen en vermogen van de afnemer is nageleefd. Ook indien immers naleving van deze onderzoeksplicht van de aanbieder aan het licht zou hebben gebracht dat de afnemer de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst, waaronder een mogelijke restschuld, redelijkerwijze zou kunnen dragen, is niet uitgesloten dat de afnemer zich bij gebreke van zodanige waarschuwing voor het restschuldrisico niet op verantwoorde wijze heeft kunnen realiseren dat de te sluiten overeenkomst financiële risico's meebracht die hij redelijkerwijze niet zou hebben willen dragen. Indien de financiële positie van de afnemer van dien aard was dat hij destijds naar redelijke verwachting niet aan zijn (periodieke) betalingsverplichtingen zou kunnen (blijven) voldoen, brengt de plicht van de aanbieder tot inkomens- en vermogensonderzoek de verplichting mee de afnemer te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan.

4.7.4 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.

Kort gezegd betekent zowel de schade door de schending van de waarschuwingplicht als schade door de schending van de plicht om negatief te adviseren bij onvoldoende draagkracht van de afnemer voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Daarvoor is wel bewijs van causaal verband nodig. Volgens de hoofdregel van bewijsrecht moet de afnemer bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de gestelde schade en de zorgplichtschending (art. 150 Rv), maar de Hoge Raad brengt daar enkele subtiele nuanceringen op aan. Als de aanbieder stelt dat de afnemer de overeenkomst ook zou hebben gesloten als de aanbieder wél had gedaan wat de zorgplicht van hem vergde, dan geldt volgens de Hoge Raad:

“(…) 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 zo 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.

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 die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal - in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht 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, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten. (...)”

Kort gezegd betekent dit: (i) als de financiële risico's van de overeenkomst de draagkracht van de afnemer te boven gingen, is het zo waarschijnlijk dat hij deze niet zou hebben gesloten dat daar in beginsel van mag worden uitgegaan (r.o. 4.7.9); (ii) als de financiële risico's van de overeenkomst de draagkracht van de afnemer niet te boven gingen, moet de aanbieder nog steeds concreet onderbouwen waarom het waarschijnlijk is dat de afnemer de overeenkomst ook zou hebben

gesloten als de zorgplicht wel was nageleefd. Ontbreekt die onderbouwing, dan mag de rechter ervanuitgaan dat de overeenkomst dat de afnemer de overeenkomst niet zou hebben gesloten (r.o. 4.7.10).

De Hoge Raad gaat ook in op eigen schuld (art. 6:101 BW) van de benadeelde. De afnemer draagt namelijk ook verantwoordelijkheid voor het ontstaan van de eigen schade. Deze overwegingen laat ik hier rusten. De verdeling kwam er in veel gevallen op neer dat de reeds betaalde aflossing, rente en kosten geheel voor rekening van de afnemer blijven en dat alleen een eventuele restschuld voor 2/3 verhaalbaar is op de aanbieder. Komt echter vast te staan dat de overeenkomst de draagkracht van de afnemer te boven was gegaan en is aannemelijk dat deze de overeenkomst bij naleving van de zorgplicht niet zou hebben gesloten, dan komen ook de reeds betaalde aflossing, rente en kosten voor 2/3 voor rekening van de aanbieder.¹¹

2. Commentaar

De 5 juni-arresten zijn belangrijk gebleken voor de afwikkeling van zorgplichtschending bij de verkoop van gebrekkige financiële producten. De Hoge Raad maakt veel werk van het onderscheid tussen dwaling en zorgplicht, mogelijk omdat een geslaagd beroep zou leiden tot vernietiging en daarmee algehele ongedaanmaking (art. 3:53 jo. 6:203 e.v. BW). De zorgplichtschending geeft via art. 6:162 BW recht op vergoeding van schade, en daarbij kan met behulp van art. 6:101 BW een (aanzienlijk) deel van de schade bij de benadeelde worden gelaten. Denkbaar is dat de Hoge Raad liever niet een ‘alles of niets’-uitkomst maar een ‘verdeling van de pijn’-uitkomst passend vond. In dat verband is het zinvol om de 5 juni-arresten te bezien in het licht van de latere ontwikkelingen. Een volgende stap in de ontwikkeling zien we namelijk in *Renteswap* (2019), waarin het verschil in uitkomst tussen dwaling en zorgplichtschending door de Hoge Raad wordt verkleind.¹²

Hoe dat ook zij, het in de 5 juni-arresten gemaakte onderscheid tussen informeren en waarschuwen – informeren zou iets heel anders zijn dan waarschuwen – overtuigt niet echt. In wezen oordeelt de Hoge Raad enerzijds 1) dat afnemers genoeg informatie hadden gekregen (die met inspanning begrijpelijk zou zijn) om te weten dat het een contract betrof waarin met geleend geld werd belegd en dat dus een restschuldrisico zou bestaan, maar anderzijds 2) dat aanbieders uitdrukkelijk en indringend hadden moeten waarschuwen voor de gevaren van lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en onderzoek hadden moeten doen naar de inkomens- en vermogenspositie van potentiële afnemers. Tegen de achtergrond van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad die stelt dat de mededelingsplicht van art. 6:228 BW ook strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling,¹³ is het weinig begrijpelijk waarom wél genoeg informatie was gegeven over de risico's van het product maar níet voldoende was gewaarschuwd voor die risico's.

¹¹ Zie bijv. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40.

¹² HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257 (*rentederivaat ABN Amro*).

¹³ Zie bijv. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63.